

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JOÃO VITOR FELIPE**

**BARGANHA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À (IN)DEVIDA  
IMPORTAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA AO SISTEMA PROCESSUAL  
PENAL BRASILEIRO PROPOSTO NO PACOTE ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA  
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**

**FLORIANÓPOLIS**

**2019**

**JOÃO VITOR FELIPE**

**BARGANHA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À (IN)DEVIDA  
IMPORTAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA AO SISTEMA PROCESSUAL  
PENAL BRASILEIRO PROPOSTO NO PACOTE ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA  
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro

**FLORIANÓPOLIS**

**2019**



**Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

**Aluno(a): João Vitor Felipe**

**RG:**

**CPF:**

**Matrícula: 14209714**

**Título do TCC: Barganha no Processo Penal: uma crítica às medidas para  
introduzir soluções negociadas propostas no Projeto de Lei Anticrime.**

**Orientador(a): Matheus Felipe de Castro**

Eu, **João Vitor Felipe**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,  
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico  
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 9 de Julho de 2019

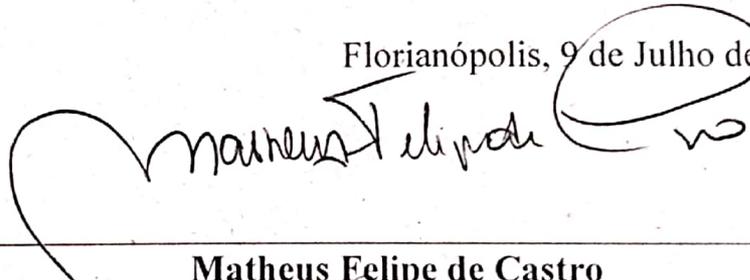
  
João Vitor Felipe

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

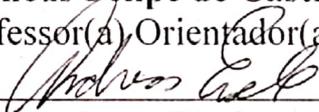
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Barganha no Processo Penal: uma crítica às medidas para introduzir soluções negociadas propostas no Projeto de Lei Anticrime.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **João Vitor Felipe**, defendido em **09/07/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,7 (nove e sete), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 9 de Julho de 2019



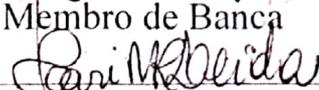
**Matheus Felipe de Castro**  
Professor(a), Orientador(a)



**Andreas Eisele**  
Coorientador(a)



**Luciano Zanetti**  
Membro de Banca



**Marilande Fátima Manfrin Leida**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Rose e José Carlos, por serem a minha base, meu ponto de equilíbrio, os maiores protagonistas pela pessoa a qual me tornei, bem como os responsáveis por todos os sonhos que já realizei.

À minha irmã, Luiza, minha melhor amiga, por todo o apoio e cumplicidade ao longo da vida.

Ao meu amigo de sempre, Paulo Roberto Zeferino Júnior, por todos os anos de amizade.

Aos meus amigos de faculdade e, agora, de vida: Alexssander Chaves Almeida, Felipe Prange Piva e Juliana Gabriella Martins Barnabé, pela prestatividade e companheirismo ao longo destes quase cinco anos.

Ao meu orientador, Matheus Felipe de Castro, pela contribuição e orientação dispensada no processo de elaboração desta monografia.

Aos colegas de gabinetes do Juizado Especial Cível e Criminal do Norte da Ilha, Procuradoria do Ministério Público de Contas e 30ª Procuradoria Cível do Ministério Público do Estado de Santa Catarina que contribuíram para o meu amadurecimento e o meu despertar pelo conhecimento jurídico.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão analisará a compatibilidade da negociação da sentença penal com o sistema processual penal brasileiro (proposta legislativa trazida pelo Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública). Tal análise se faz a partir das tradições jurídicas do modelo *civil law* adotado pelo Brasil, bem como das regras da ação penal, das garantias individuais de quem está sendo acusado e do sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988. Desse modo, observa-se que o Ministério Público brasileiro, por estar inserido no modelo da *civil law*, não goza de tanta discricionariedade para atuar, o que se reflete nas regras da ação penal, uma vez que esse está vinculado aos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. Ademais, a negociação da sentença viola garantias individuais e desvirtua os papéis dos atores processuais do sistema acusatório, o que permite concluir que a proposta trazida pelo Pacote Anticrime não é compatível com o sistema processual penal brasileiro.

**Palavras-chave:** *Plea bargain*; sistema acusatório; garantias individuais; ação penal; justiça negociada.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
<b>1. SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PACOTE ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA NO PACOTE .....	9
1.2 TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA.....	14
1.3 EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA NA APRESENTAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME.....	16
<b>2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O PARADIGMA <i>PLEA BARGAIN</i> .....</b>	<b>Erro! Indicador não definido.1</b>
2.1 O QUE É <i>PLEA BARGAIN</i> .....	<b>Erro! Indicador não definido.3</b>
2.2 COMO ELE SE ADAPTA AO SISTEMA DE DIREITO ANGLO-SAXÃO.....	28
2.3 OS ACORDOS PENAIIS NO DIREITO COMPARADO.....	<b>Erro! Indicador não definido.1</b>
<b>3. O SISTEMA PENAL BRASILEIRO, SUA TRADIÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>E</b>
<b>rrro! Indicador não definido.</b>	
3.1 OBRIGATORIEDADE E INDISPONIBILIDADE NA TRADIÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA.....	38
3.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL E A NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA .....	41
3.3 A NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA PENAL E OS CONFLITOS COM O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	48
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>5Erro! Indicador não definido.</b>

## INTRODUÇÃO

O número de processos criminais tem aumentado vertiginosamente nos últimos anos, por consequência, o Poder Judiciário não consegue processar e julgar todas as ações que são a ele submetidas. Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça confirmam essa assertiva.

A ineficácia do sistema de administração da justiça brasileira fica evidente diante desses apontamentos. Em virtude da morosidade para processar os supostos infratores, nasce a sensação coletiva de impunidade. Essa coletividade requer a resposta punitiva do Estado o quanto antes, pouco importando a observância das garantias individuais de quem está sob julgamento, afinal, para o senso comum, o caráter estigmatizante de estar sendo processado já tratou de condenar o suposto infrator.

Diante desse contexto de insatisfação com a insuficiência judiciária, o poder público procura medidas para solucionar ou amenizar o problema, como é o caso do Pacote Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no corrente ano.

O Pacote Anticrime trouxe uma série de medidas, visando a reformar quatorze diplomas do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as medidas propostas, está a introdução da negociação da sentença penal, inspirado no modelo norte-americano da *plea bargain*, para tanto, foi apresentado o art. 395-A ao Código de Processo Penal, que se incumbiu da tarefa de regulamentar esse acordo entre acusação e defesa para imposição da sentença, na qual o acusado deve declarar-se culpado e renunciar seu direito de produzir provas.

A negociação no âmbito processual penal não é novidade no direito brasileiro, uma vez que a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 já introduziu mecanismos de resolução consensual do processo, como a transação penal e a suspensão condicional. Todavia, a proposta agora apresentada é inusitada, em virtude de que, caso o acusado aceite o acordo, esse terá efeito de sentença condenatória, com a possibilidade de imposição imediata de pena privativa de liberdade.

Os institutos negociais ganharam espaço no cenário jurídico mundial em decorrência da economia e celeridade provenientes da sua adoção e é com fundamento nesses pontos que o modelo de negociação da sentença é proposto no Pacote Anticrime.

No entanto, a melhor doutrina sempre afirma que todo comércio de institutos jurídicos entre países de tradições diferentes deve ser realizado com cautela e observância a preservação da organicidade do sistema em que pretende ser inserido.

Assim, o presente estudo debruçar-se-á em analisar a compatibilidade da proposta modelo negocial trazido pelo art. 395-A do Pacote Anticrime com o sistema processual penal

brasileiro, mediante a análise das tradições jurídicas do modelo da *civil law* adotado pelo Brasil, das regras da ação penal, das garantias individuais e do sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988.

De início será traçado um panorama sobre como ocorrerá o trâmite legislativo do Pacote Anticrime, bem como detalhar-se-á seus fundamentos. No segundo capítulo, será trabalhado o modelo da *plea bargain* (que serviu de inspiração para proposta legislativa) e como ele se adapta ao direito norte-americano, além de compará-lo com modelos negociais de outras nacionalidades. Por fim, será analisada a compatibilidade da negociação da sentença com as regras que norteiam a ação penal, com as garantias individuais de quem está sendo acusado e com o sistema acusatório do processo penal brasileiro e seus atores.

## **1 SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO PACOTE ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**

O Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública, proposto pelo Ministro Sergio Moro, veio a público em 04 de fevereiro de 2019, quando o Ministro reuniu-se com governadores, secretários de segurança pública e representantes de 24 (vinte e quatro) Estados federados e do Distrito Federal, com a finalidade de apresentar propostas de alterações legislativas em quatorze diplomas legais do ordenamento jurídico pátrio. Dentre eles, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, o Código Eleitoral, além de outras normas.

Referido Pacote foi didaticamente dividido pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública em vinte medidas com diferentes finalidades, quais sejam:

- I) Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância;
- II) Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri;
- III) Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes;
- IV) Medidas relacionadas à legítima defesa;
- V) Medidas para endurecer o cumprimento das penas;
- VI) Medidas para alterar conceito de organização criminosa;
- VII) Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo;
- VIII) Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime;
- IX) Medida para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública;
- X) Medidas para evitar a prescrição;
- XI) Medida para reformar o crime de resistência;
- XII) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade;
- XIII) Medidas para alteração de procedimento para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro;
- XIV) Medida para melhor criminalizar o uso de caixa dois em eleições;
- XV) Medidas para alterar o regime de interrogatório por videoconferência;
- XVI) Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais;
- XVII) Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais;
- XVIII) Medidas para aprimorar a investigação de crimes;

XIX) Introdução do “informante do bem” ou do whistleblower;

XX) Medidas para alteração da competência para facilitar o julgamento de crimes com autoridades com foro (projeto de lei complementar separado).

## 1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA NO PACOTE

O Pacote Anticrime traz uma vasta gama de sugestões de alterações legislativas. Sugestões essas que abrangem diversos aspectos do Direito Penal e Processual Penal pátrio. Todavia, apesar da proporcional relevância entre as alterações propostas, o presente estudo debruçar-se-á sobre as medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal, mais especificamente a proposição do art. 395-A no referido diploma legal.

Apesar do anteprojeto prever a “introdução” de soluções negociadas no Código de Processo Penal, mister ressaltar que já estão presentes, no Direito brasileiro, instrumentos de resolução consensual do processo penal.

Nesse diapasão, a Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) é considerada precursora, porquanto prevê três instrumentos despenalizadores que têm por base o consenso como medida para resolução da lide. Dentre os institutos trazidos pela Lei 9.099/1995, está a transação penal, prevista em seu artigo 76, o qual estabelece que “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”<sup>1</sup>.

Referido instituto visa a beneficiar os acusados de crimes chamados “de menor potencial ofensivo”. No caso da transação penal, são abrangidos os crimes com pena máxima em abstrato de 2 (dois) anos ou contravenções penais. Para fazer jus ao benefício, o suposto infrator deverá, ainda, preencher os requisitos do §2º do aludido artigo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

<sup>2</sup> Art. 76. [...]

§ 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.

Ao avaliar o instituto da transação penal, Afrânio Silva Jardim afirma que o legislador optou pelo que intitula de descriminalização indireta (ou despenalização<sup>3</sup>), mediante processo, dos crimes de menor monta:

Essa lei tem uma engenharia, vamos dizer assim, importante. Ao invés de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, Direito Penal Mínimo, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Seria mais ou menos o seguinte: já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização.<sup>4</sup>

Além da transação penal, há, também, a presença de outros institutos negociais em nosso ordenamento, tais quais a composição civil dos danos e a suspensão condicional do processo (também previstas na Lei 9.099/1995), e a colaboração premiada.

Já no Anteprojeto de Lei<sup>5</sup> posto em debate, as medidas negociais propostas buscam introduzir no Código de Processo Penal os artigos 28-A e 395-A, assim transcritos:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

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 máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

<sup>3</sup> A esse respeito, cita-se a lição trazida por Carlos Alberto Dias Torres: “Despenalizar, como visto, consiste em adotar processos substitutivos ou alternativos, de natureza penal ou processual, que visam a dificultar, evitar, substituir ou restringir a aplicação da pena privativa de liberdade, sem que, para tanto, seja afastada a ilicitude do fato.” (TORRES, Carlos Alberto Dias. *O Instituto da Transação Penal. Temas Contemporâneos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.423-487.)

<sup>4</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª ed., rev e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 336.

<sup>5</sup> BRASIL. Anteprojeto de Lei Anticrime, de 2019. Brasília, Disponível em:

<<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019.

II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - 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.

§ 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, 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, prevista no § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução. (NR)

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. (NR)

Salvaguardadas as devidas proporções, o artigo 28-A assemelha-se aos já consagrados procedimentos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos, respectivamente, nos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/1995, tendo em vista que ambos resultam na extinção da punibilidade do infrator, por intermédio de um acordo entre acusação e defesa.

Na suspensão condicional do processo, por sua vez, o Ministério Público - observando os requisitos do artigo 89 da Lei 9.099/1995 - poderá oferecer junto à denúncia uma proposta ao acusado, sujeitando-o a algumas condições para que o processo seja suspenso. As condições estão elencadas no rol do §1º do referido artigo: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; e d) comparecimento pessoal e obrigatório a júízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Recebida a denúncia e aceitas as condições, o acusado ficará em período de prova durante o prazo estabelecido pelo juiz. Expirado o prazo da suspensão, será extinta a punibilidade do acusado.

Entende-se que a proposta do artigo 28-A no CPP é inaugurar mais um meio alternativo de resolução do processo penal, mediante consenso, adotando o que a doutrina denomina de diversão/desjudicialização. Em linhas gerais, a diversão consiste num meio de resolução do conflito, onde são impostas condições ao infrator, as quais aceitas e cumpridas, resultam na conclusão do processo, sem que haja condenação<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Joruá, 2016. p. 24-26.

A desjudiciarização leva em consideração os prejuízos causados pela estigmatização do Direito Penal (condenação criminal) ao infrator de menor potencial ofensivo<sup>7</sup>, portanto deve ser entendida como uma forma de solução do conflito jurídico fora do tradicional processo penal.

Já o art. 395-A traz uma verdadeira inovação e quebra de paradigma ao sistema processual penal pátrio, admitindo a imposição imediata de pena privativa de liberdade mediante negociação de sentença com o Ministério Público. Logicamente, para ser “favorecido” pelo acordo, com a possibilidade de diminuição da pena em até a metade, ou alteração do regime de cumprimento das penas, ou, ainda, a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, o denunciado está sujeito a algumas regras, sendo a confissão de culpa a principal. Ademais, o acordo levará em conta a gravidade do crime, as circunstâncias em que foi praticado e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

A negociação da pena entre acusação e defesa, proposta no art. 395-A do anteprojeto, possui afinidades com o instituto da colaboração premiada esculpido no art. 4º da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), assim positivado:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Apesar das negociações do art. 395-A e da colaboração premiada convergirem quanto aos resultados, ou seja, o acusado obter abrandamento de pena, os institutos divergem quanto à sua aplicabilidade.

Afinal, a colaboração premiada “trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de *acusar* ou *denunciar* alguém - vulgarmente, o *dedurismo*”<sup>8</sup>, ao passo que o acordo previsto no art. 395-A impõe ao indiciado a admissão de culpa e a dispensa da instrução processual, para, então, negociar a própria condenação.

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e redefinições. 2. Ed. Curitiba: Joruá, 2001. p. 78

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 57.

É nesse ponto que reside a principal diferença entre a redação proposta no art. 395-A e os institutos negociais já estabelecidos em nosso ordenamento, uma vez que nenhuma das negociações anteriormente citadas (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada) resultam na condenação criminal do acusado.

Traçadas as considerações iniciais do objeto desta pesquisa, convém, agora, elucidar alguns pontos desse anteprojeto de lei, como a forma que tramitará o processo legislativo até a promulgação da lei e a sua exposição de motivos.

## 1.2 TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

O Anteprojeto de Lei Anticrime foi primeiramente apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública à Câmara dos Deputados, que seria, a princípio, a casa legislativa responsável pela iniciação do processo legislativo. A Câmara dos Deputados chegou a desmembrar o anteprojeto em três projetos de lei para dar início à tramitação (Projeto de Lei n. 881/2019, Projeto de Lei n. 882/2019 e Projeto de Lei Complementar n. 38/2019).

Todavia, com o objetivo de dar impulso imediato à tramitação do Pacote Anticrime, foi adotada a estratégia de trazer o texto do anteprojeto ao Senado Federal, enquanto a Câmara dos Deputados encarrega-se de discutir a reforma da previdência.

O senador Marcio Bittar (MDB-AC) afirmou em entrevista: “Não podemos ficar olhando a segurança e a economia sendo discutidas na Câmara, sendo que pode e deve trazer isso para o Senado, como foi feito. A Câmara prioriza a Previdência e nós priorizamos a segurança, não só com o pacote do Moro, e depois trocamos”<sup>9</sup>. Foi informado, também, que o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, e o Ministro da Justiça, Sergio Moro, foram consultados antes do início da tramitação dos textos no Senado Federal.

Assim, o anteprojeto de lei - apesar de ter sido proposto inicialmente pela Câmara dos Deputados - tem o Senado Federal como sua casa iniciadora, o qual também desmembrou o texto do anteprojeto em três projetos de lei, para tramitarem independentemente e facilitar o processo legislativo (Projeto de Lei Complementar n° 89/2019, Projeto de Lei n° 1864/2019 e Projeto de Lei n° 1865, de 2019).

Em síntese, o Pacote Anticrime resultou na elaboração de seis projetos de lei (3 em cada casa legislativa), entretanto, visando à celeridade da tramitação, devem prosseguir tramitando os projetos de iniciativa do Senado Federal.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/02/projeto-do-pacote-anticrime-sobre-caixa-2-tera-relatorio-nesta-terca-afirma-bittar>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

O texto do anteprojeto restou assim distribuído pelo Senado Federal: 1) o Projeto de Lei Complementar nº 89/2019 ficou com as medidas para modificar regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral; 2) o Projeto de Lei nº 1865/2019 com as medidas para criminalizar o uso de caixa dois em eleições; e 3) o Projeto de Lei nº 1864/2019 com as medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa, dentre elas, as medidas para introduzir soluções negociadas.

Já em relação à tramitação do pacote anticrime, sendo o Senado Federal a sua casa iniciadora, os projetos de lei serão primeiramente debatidos nas comissões e plenário da respectiva casa, onde poderão ser formuladas emendas que alterem o texto originalmente proposto (fase constitutiva do processo). Finalizado o período de debates, inaugurar-se-á a fase da deliberação/votação.

Para iniciar a fase da votação, deverão estar presentes no plenário maioria absoluta dos seus membros (art. 47 da Constituição Federal), trata-se de quórum de instalação. Atingida a maioria dos membros, será iniciada a votação.

Para os Projetos de Lei Ordinária (PL 1864/2019 e PL 1865/2019) exigir-se-á a maioria simples dos votos dos presentes (quórum de aprovação). Já para o PLC 89/2019, por se tratar de projeto de lei complementar, será necessária a aprovação por maioria absoluta (art. 69 da CF).

Aprovados no Senado Federal (casa iniciadora), os projetos seguirão para a Câmara dos Deputados (casa revisora), onde novamente serão submetidos à fase constitutiva e à fase de votação. Caso haja a proposição de alteração do texto do projeto na Câmara (emenda parlamentar), o projeto retornará à casa iniciadora para discussão e votação da alteração (art. 65 da CF).

Se a casa revisora aprovar de plano o projeto ou, em caso de emenda, essa for aprovada pela casa iniciadora, o projeto seguirá para sanção ou veto do Presidente da República.

Assim que o Presidente da República (Chefe do Poder Executivo) receber quaisquer dos projetos de lei do Poder Legislativo, ele terá o prazo de 15 (quinze) dias úteis para sancioná-los ou vetá-los.

A sanção poderá ocorrer de duas formas, expressa ou tacitamente. A sanção expressa perfectibiliza-se com a manifestação da concordância do Chefe do Poder Executivo, já a sanção tácita ocorre caso o projeto de lei não seja vetado dentro do prazo de 15 (quinze) dias.

Uma vez sancionado, o projeto de lei passará a ser lei. A lei (ex-projeto) será, então, promulgada pelo Presidente da República e publicada na imprensa oficial. Após publicada, iniciará o período da *vacatio legis* (salvo disposto em contrário, considera-se o prazo de 45

dias). Transcorrido o período (ou tendo o texto da lei expressamente o dispensado), a lei passará a vigorar em todo o país.

### **1.3 EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA NA APRESENTAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME**

Todo projeto de lei possui um fundamento, uma razão pela qual foi proposto. Tal finalidade convencionou-se chamar de exposição de motivos ou justificativa, que são normalmente encontrados após o texto da proposição ou da legislação.

No caso do Pacote Anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública ao Congresso Nacional, o Ministro Sergio Moro afirmou que as medidas propostas têm como objetivo combater a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Para tanto, o anteprojeto enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, tendo em vista que eles são interligados e interdependentes. Dessa maneira, não adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas.

O Ministro da Justiça expôs que a questão da segurança pública está associada à corrupção e ambas avançam de forma assustadora, sendo que é possível afirmar que o Brasil nunca se viu tão acuado pela criminalidade.

Na audiência pública realizada na Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal, ocorrida em 27/03/2019, o Ministro pontuou que o foco do pacote é o endurecimento em relação à criminalidade mais grave, propondo novos instrumentos para investigações eficazes na área de dados e métodos e, por outro lado, o enfrentamento de pontos de estrangulamento da legislação processual penal.

No que diz respeito às medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal, o Projeto de Lei nº 1864/2019 de iniciativa do Senado Federal reproduziu integralmente em seu texto as justificativas trazidas pelo Ministro da Justiça:

O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

Porém, neste novo tipo de acordo que ora se propõe, as partes submetem-se a uma série de requisitos, citando-se como exemplo a proibição de ser concedida de quem já o tenha recebido nos últimos cinco anos. Por outro lado, pode o juiz recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas. É dizer, a homologação judicial dá a necessária segurança à avença.  
[...]

O art. 395-A. aumenta as hipóteses e disciplina a prática de acordos que poderão ser requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante e o acusado, assistido por seu defensor. A situação aqui é diferente da justificada para o art. 28-A., porque pressupõe a existência de denúncia já recebida. No mérito, valem os argumentos lá mencionados, ressaltando-se que, homologada a concordância, a pena será aplicada de pronto.

De pronto, observa-se a principal razão pela qual se propôs as novas modalidades de acordos: a insuficiência do Poder Judiciário em processar e julgar os delitos, frente ao crescimento exponencial da criminalidade.

A ineficácia do sistema de administração da justiça brasileira é uma realidade. A justiça criminal não dá conta da enorme demanda de acusações e processos. No Superior Tribunal de Justiça o estrangulamento é evidente, basta observar que existem duas turmas criminais (5ª e 6ª Turmas) que são responsáveis pelo julgamento dos recursos especiais, *habeas corpus*, mandados de segurança, etc., de todo o país<sup>10</sup>.

Tendo por base os dados estatísticos fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, dispostos no Relatório de Justiça em Números de 2018<sup>11</sup>, o tempo médio de duração do processo criminal na primeira instância é de 3 anos e 8 meses (30% mais demorado que os casos não criminais). Apenas no ano de 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pode ser eleito um dos mais caóticos para fins penais. Apenas em 2017, referido Tribunal registrou 455.588 novos casos criminais, restando pendentes para julgamento 1.919.043 casos (excluídas as execuções penais). Com esses números, o Tribunal de São Paulo opera com o segundo maior tempo para julgar uma ação penal (6 anos e 11 meses), ficando atrás apenas do Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul, com o tempo de 7 anos e 10 meses.

Assim, enquanto a criminalidade cresce de um lado, o judiciário carece de recursos para apreciar do outro. É ao entorno dessa justiça criminal morosa que se reforça a sensação de impunidade, nascendo os discursos utilitários do processo penal, levando-se a crer nos acordos penais para a solução da crise do sistema.

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 92.

<sup>11</sup> Disponível

em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf>>. Acesso em. 10 jun. 2019.

Questionando-se a capacidade do funcionamento do sistema contemporâneo, surge, então, propostas para transformar o processo penal em eficaz instrumento de concretização do poder punitivo do Estado<sup>12</sup>.

Desse modo, avançam as teorias econômicas em torno dos custos processuais, introduzindo mecanismos de eficiência com o intuito de produzir o maior número de julgamentos/condenações com o menor alocamento de recursos e dispêndio de tempo possíveis<sup>13</sup>.

Nesse sentido, imperioso destacar as lições do consagrado professor e advogado Aury Lopes Jr.:

A crise de credibilidade do processo e da jurisdição conduz à ampliação dos casos de prisão preventiva, a menos liberdade no processo, menos direitos e garantias processuais e mais eficiência (leia-se: atropelamento procedimental). Em suma, conduz à ilusão de que, acelerando de forma utilitarista os processos, restringindo direitos, limitando o uso do *habeas corpus* e ampliando o espaço de justiça negocial, se chega o mais rápido possível a uma pena, de preferência sem precisar do processo.<sup>14</sup>

Diante da realidade enfrentada pelos tribunais, o Estado vislumbra duas soluções instantâneas/aparentes para desafogar o fluxo processual: 1) maior destinação de verbas orçamentárias ao Poder Judiciário para atendimento das necessidades; ou 2) ampliação dos espaços de consenso no processo penal, constituindo na negociação da sentença criminal uma forma de otimização dos procedimentos e resolução dos conflitos<sup>15</sup>.

As duas opções podem ser observadas e bifurcadas sob a óptica da política criminal a ser adotada pelo legislador. A primeira, sob um viés garantista, defende a maximização das garantias ao cidadão, sob a égide do princípio da legalidade, em contrapartida ao poder punitivo do Estado.<sup>16</sup> Já a segunda, influenciada pelo eficientismo, busca alternativas de aceleração e simplificação processual, almejando abreviar o percurso necessário à imposição de uma sanção penal, encontrando na negociação um campo fértil para ministrar seus ideais.

<sup>12</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1108-1134, dez. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em:

<<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

<sup>13</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. 156.

<sup>14</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 92.

<sup>15</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Jorúá, 2016.

<sup>16</sup> BARROSO, Erica Montenegro Alves. **Justiça penal negociada sob a ótica do sistema garantista penal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=20457](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20457)>. Acesso em. 05 jun. 2019.

Semelhante constatação foi feita por Gabriel Silveira de Queirós Campos ao analisar o tratamento dado às questões penais a depender da política criminal adotada:

Com respaldo nas lições de Fernandes (2001, pp. 10-11), pode-se sustentar que, na atualidade, existem dois modelos básicos de tratamento da chamada questão penal: um primeiro, denominado “garantista” ou garantidor, para o qual o Direito Penal serve como instrumento de defesa não só social e dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, através da sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, um segundo modelo, a que se poderia chamar “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.<sup>17</sup>

Segundo se observa do pacote anticrime, o poder público optou pela saída efficientista, com a proposta de acordo penal trazida no art. 395-A do Projeto de Lei 1864/2019, abreviando o caminho necessário para a imposição da sanção penal, por intermédio da relativização de direitos e garantias fundamentais.

Ressalta-se que o Pacote Anticrime não foi precursor em promover na seara política o debate sobre a imposição imediata de pena mediante confissão do acusado, sob argumento utilitarista do processo penal. A realidade do judiciário pátrio já serviu de alicerce à proposição de um novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), o qual também previu semelhante disposição que possibilita a negociação da sentença em seu art. 283, contudo, limitando aos crimes cuja pena máxima cominada não exceda oito anos.

A proposição do instituto negocial em questão não é visto com espanto, afinal a flexibilização do processo, mediante informalização, para obtenção de eficiência, visando à imediata redução de custos, já pode ser verificada com a implementação dos Juizados Especiais Criminais<sup>18</sup>. Assim, a conclusão que se chega não é a de introdução do discurso político efficientista na seara criminal, mas sim a sua consolidação.

Juridicamente, a saída adotada pelo legislador brasileiro também não é novidade. A proposta da negociação debatida é, de maneira clarividente, influenciada pelos ares do direito norte-americano, mais especificamente, pelo instituto negocial da *plea bargaining* concebido nos Estados Unidos, conforme se mostrará adiante.

---

<sup>17</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de Funcionalidade e Garantismo. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

<sup>18</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5 ed. ver. e atual. Florianópolis: EModara, 2018, p. 106

No entanto, o modo de pensar e as tradições do direito anglo-saxônico (Estados Unidos) diverge do modo continental brasileiro. Enquanto aqui prevalece a concepção de garantias individuais, lá predomina a função coletiva, vinculada ao interesse público, consistindo as garantias em objetos disponíveis e negociáveis, ou seja, em privilégios processuais<sup>19</sup>. A noção de processo difere substancialmente no contexto dos dois países, razão pela qual esse comércio de institutos jurídicos entre países de tradições jurídicas distintas deve ser procedido com muita cautela.

---

<sup>19</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5 ed. ver. e atual. Florianópolis: EModara, 2018, p. 104.

## 2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA E O PARADIGMA *PLEA BARGAIN*

Para introduzir o instituto da *plea bargain* é necessário fixar algumas considerações iniciais acerca da justiça penal negociada.

Consoante já sublinhado anteriormente, a justiça consensuada surge como uma alternativa ao custo do processo judicial, uma vez que o aparato judicial encontra-se cada vez mais inchado, exigindo maior investimento de recursos por parte do Estado<sup>20</sup>.

Brandalise aponta como consequência desse sobrecarregamento a impressão de que a impunidade prevalece sobre a resposta do Estado, perpetuando os prejuízos amargados pela vítima e pela sociedade, de modo que essas apenas percebem uma prestação negativa do judiciário, poder para onde é destinado grande parcela dos tributos recolhidos pela Administração Pública. Diante desse contexto, defende a celeridade e o prazo razoável da duração do processo como causa legitimadora da justiça negociada. Para tanto, afirma que a lentidão da justiça prejudica os interesses do Estado, da vítima e da sociedade, transmitindo a sensação de insegurança e ausência de proteção de direitos individuais, em virtude da falta de repressão penal. Além dos prejuízos coletivos, constitui prejuízo ao próprio acusado que tem sua vida pessoal, profissional, liberdade e paz comprometidas<sup>21</sup>.

A afirmativa acima é acertada, à vista disso, Beccaria já asseverava que o processo deve ser conduzido sem delongas injustificadas, afinal, quanto mais rápido se aplicar a pena, mais perto do delito estar-se-á, portanto, mais justa e útil ela será<sup>22</sup>.

Nessa perspectiva, a duração razoável do processo configura, assim, como interesse não só do Estado, sociedade e vítima, mas, também, como um direito de quem está sendo acusado. Esse entendimento foi recepcionado pela Constituição pátria por intermédio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que fixou no art. 5º da CF/88, o inciso LXXVIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>20</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 20.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 30-31.

<sup>22</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 59.

Dessarte, a justiça proveniente da duração razoável do processo decorre da diminuição da sensação de incerteza sofrida pelo réu, admitida a própria demora como pena. “A rapidez do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade (em sede de medida cautelar) já é uma pena e, enquanto pena sem sentença, deve limitar-se pela estrita medida que a necessidade o exigir”<sup>23</sup>.

A exemplo, importante levantar os números registrados pelo Conselho Nacional de Justiça, em relação às prisões decretadas preventivamente. Com um total de aproximadamente 718 mil presos, hoje, 247 mil estão recolhidos provisoriamente, o que corresponde a 34,4% da população carcerária<sup>24</sup>. Aludidos números guardam intrínsecas relações com a demora da resposta estatal, afinal, uma vez que constatado que o julgamento tardará colecionado às expectativas sociais ao entorno da punição como instrumento de vingança, projeta-se nas medidas cautelares penais (prisões preventivas, quebras de sigilo, etc.) um meio de efetivar o processo<sup>25</sup>. O resultado desse apelo punitivo agregado à ambição pela velocidade da sanção é a banalização da prisão cautelar e a relativização dos princípios da excepcionalidade e proporcionalidade que regem a medida<sup>26</sup>.

Por conseguinte, é percebido que a demora da prestação jurisdicional é atentatória aos interesses de todos os envolvidos, e é nesse contexto que as reformas em direção ao consenso são motivadas, contrapondo-se ao paradigma do processo conflitivo. Todavia, o anseio pela aceleração processual não deve ser empreendido como razão para suprimir atos e preterir garantias processuais, em busca da imposição de uma sanção penal<sup>27</sup>.

Superado o fundamento pelo qual se propõe a introdução de mecanismos de soluções consensuadas no processo penal, deve-se pontuar que quando se fala em justiça penal negociada, faz-se alusão a um gênero, que pode ser dividido em espécies, tais quais: a diversão (diversificação) e a negociação da sentença criminal.

Como já sublinhado brevemente no Capítulo 1.1, a diversão é “um fenômeno recente dentro das ciências penais e que tem o objetivo de criar uma ponderação entre a criminalidade de massa e a vontade legislativa em aumentar o discurso penalizador”<sup>28</sup>. Nesse contexto, a política criminal orienta suas pretensões na resolução do litígio penal de modo diverso do

<sup>23</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 81.

<sup>24</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php)>. Acesso em: 29 maio 2019

<sup>25</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 20

<sup>26</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.119.

<sup>27</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 94.

<sup>28</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 24

ordinariamente adotado, resultando na conclusão do processo sem a determinação ou declaração de culpa do acusado<sup>29</sup>.

A diversão, portanto, é destinada aos crimes de menor potencial ofensivo e procura meios alternativos à condenação criminal, levando em consideração a adequação entre a gravidade do delito cometido e os meios persecutórios, bem como os efeitos da estigmatização social decorrentes da sentença criminal.

A título de exemplo de meios resolutivos do processo pela diversão, citam-se os mecanismos trazidos pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), já trabalhados no Capítulo 1.1.

Já a negociação da sentença criminal, trata-se de um acordo entre acusação e defesa, em que há concessões mútuas, de um lado o acusado deve admitir sua culpa ou renunciar o direito de se defender, do outro a acusação renuncia à possibilidade de obter uma sentença mais gravosa<sup>30</sup>.

O art. 395-A, proposto no projeto de lei em análise no presente estudo, classifica-se na espécie de negociação da sentença criminal, que pode ser conceituada tomando por base o modelo da *plea bargaining*.

## 2.1 O QUE É *PLEA BARGAIN*

*Plea bargain*, consoante já sublinhado no capítulo anterior, é um instituto jurídico nascido nos Estados Unidos da América, motivo pelo qual mostra-se imperioso fazer algumas considerações prévias acerca do país em questão.

Ao contrário do federalismo que vivenciamos no Brasil, o federalismo norte-americano é resultado do processo de emancipação das Treze Colônias. A vitória das colônias frente aos colonizadores ingleses culminou na formação de dois grupos divididos entre os federalistas e os republicanos. Os federalistas defendiam o fortalecimento do poder central, objetivando preservar a união política dos estados. Já os republicanos pregavam que um governo centralizador não poderia se sobrepor à autonomia dos estados<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 121.

<sup>30</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 27

<sup>31</sup> SOUSA, Rainer Gonçalves. "A Constituição dos Estados Unidos"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historia-da-america/a-constituicao-dos-estados-unidos.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

Diante dessa divisão, a Constituição estadunidense buscou o equilíbrio entre os interesses, vigorando, a partir do ano de 1789, com a edição original de sete artigos, garantindo a autonomia dos estados membros para elaborar leis que versassem de modo mais específico sobre os temas da vida civil.

A Constituição estadunidense sofreu apenas vinte e sete emendas até então. Dentre elas, as dez primeiras alterações, conhecidas como *Bill of Rights*, estabeleceram na décima emenda que os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.

Logo, nos Estados Unidos, tanto o governo federal quanto os governos estaduais, têm autoridade para processar delitos criminais. O governo federal e os governos estaduais possuem suas próprias normas criminais, tribunais, promotorias e departamentos de polícia. O resultado dessa diferenciação de ordenamentos reflete no julgamento dos casos cometidos no país, onde um ato delitivo praticado em um Estado pode não ser considerado crime em outro, bem como ao mesmo delito podem ser aplicadas penas diferentes a depender do Estado em que fora cometido.

Diante dessas peculiaridades, para contextualizar a justiça norte-americana, primeiramente traçaremos aspectos gerais dos procedimentos criminais lá adotados, antes da implementação da *plea bargaining*.

Quando o membro do Ministério Público tem ciência de eventual infração e as provas indicam a provável existência de um crime, o órgão acusador apresentará as provas ao grande júri (*Grand Jury*) e pugnará pelo recebimento da acusação.

O papel do grande júri é desempenhar o *judicium accusationis*, numa fase preliminar (*before trial*) ao juízo da culpa. Para tanto, poderá requerer a oitiva de testemunhas que achar pertinente, bem como levantar outras provas. O grande júri tem sua previsão constitucional na quinta emenda<sup>32</sup> e é composto por 16 a 23 cidadãos. As acusações a ele submetidas serão aceitas caso obtiverem um quórum de maioria simples<sup>33</sup>.

Analisadas as acusações, o grande júri realizará o indiciamento (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento, passando-se para fase do juízo de culpa (*trial*)

---

<sup>32</sup> Emenda V: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

<sup>33</sup> REIS, Wanderlei José dos. O júri no Brasil e nos Estados Unidos. Algumas considerações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

realizado pelo pequeno júri (*Petit Jury*), garantido pela sexta emenda<sup>34</sup>, que tem a responsabilidade de julgar o acusado (condenar ou absolver). O pequeno júri terá sua composição e funcionamento a variar se estadual ou federal, bem como - caso estadual - a depender de cada estado. Nos júris federais o julgamento se dá na presença de 12 jurados, mediante decisão unânime entre eles. Já nos júris estaduais essa composição e unanimidade podem variar. Ressalta-se que o réu pode renunciar o direito de ser julgado pelo júri, podendo optar pelo julgamento de um juiz singular (*bench trial*)<sup>35</sup>.

Apesar da garantia ao julgamento por seus pares (júri), trazido pela sexta emenda, no final dos anos 1960, houve uma reformulação do sistema judicial criminal norte-americano, em virtude dos corriqueiros acordos celebrados entre acusação e defesa<sup>36</sup>, evidenciados na realidade da prática forense, em que pese as regras procedimentais impedirem a admissão de culpa em troca de benefícios.

Diante desse contexto, surgiu a necessidade do legislador adequar a lei para regular a prática, a fim de evitar abusos, surgindo, então, o instituto denominado *Plea Bargain*, que consistiu na inclusão de uma audiência preliminar ao júri (*arraignment on indictment*), onde o acusado poderia realizar um acordo com o Ministério Público para que não fosse a julgamento em troca de sua confissão<sup>37</sup>.

Na audiência preliminar ao pequeno júri, o acusado, devidamente assistido por ser defensor e na presença do juiz, pode, então: a) confessar a culpa (*plead guilty*), b) negar a culpa (*not guilty*), ou c) não se defender (*nolo contendere*). Optando por se confessar culpado ou abrir mão de sua defesa, inicia-se a fase da barganha, quando Ministério Público e defesa negociarão os termos da acusação e pena<sup>38</sup>.

A principal diferença entre a admissão de culpa (*plead guilty*) e a abstenção à defesa (*nolo contendere*) repercute na esfera cível, uma vez que, apenas abrindo mão de sua defesa, o

---

<sup>34</sup> Emenda VI: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

<sup>35</sup> REIS, Wanderlei José dos. **O júri no Brasil e nos Estados Unidos**. Algumas considerações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

<sup>36</sup> MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”**. Revista de Processo, ano 16, n. 62, abr./jun. 1991. p.92: “No direito norte-americano, até o ano de 1968 e como instrumento de auto-composição de litígios penais, a *bargaining* era empregada de maneira oculta, sem publicidade: *under the table*, conforme os críticos”.

<sup>37</sup> PRADO, Rodolfo Macedo do. Sobre Plea Bargain, Pacote Anticrime, Crasso e a moderna Batalha de Carras. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargain-crasso-moro/>>. Acesso em. 25 mai. 2019.

<sup>38</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação Premiada conforme a Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 108-109.

acusado não se declara responsável pelos fatos imputados, cabendo à vítima, então, demandar autonomamente no juízo cível eventuais indenizações pelos danos sofridos.

A negociação quanto à acusação a ser imputada, denominada *charge bargain* ou *charge concession*, pode acontecer antes mesmo do grande júri, onde acordar-se-á acerca da classificação do crime, projetando-se a quantidade mínima e máxima de pena a ser imposta. Há, também, a negociação “quanto à sentença a ser aplicada (*sentence bargaining* ou *sentence concession*), pela qual há imediato arranjo acerca da sentença a ser aplicada na declaração de culpa - tipo de pena a ser aplicada, atenuantes a serem reconhecidas, medidas acessórias cabíveis, local onde a pena será cumprida”<sup>39</sup>.

Podemos extrair das lições de Walter Franganiello Maierovitch um panorama geral dessa negociação:

Consiste numa transação, acordo (*agreement*), que abrevia a solução do processo pela eliminação da colheita da prova e supressão dos debates entre as partes. O imputado, “em troca de benefícios”, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido (*plea of guilty*). Em regra, acusador “*prosecutor*” e imputado celebram acordo na audiência pré-debatimental “*arraignment*”. Nela o juiz, feita a leitura da acusação, convida o arguido ao *pleading* “declarar se confessa sua culpabilidade”. Admitida a culpabilidade “*pleads guilty*”. o juiz designa audiência para lançar sentença acerca da pena “*sentencing*”. Em alguns estados federados, por exemplo Illinois, o juiz participa das tratativas tendentes a concretizar a *plea bargaining*.<sup>40</sup>

O presente texto apenas exemplifica algumas das modalidades de negociação vivenciadas no âmbito criminal estadunidense, visto que, consoante sublinhado anteriormente, o federalismo lá praticado permite que cada estado-membro crie o seu próprio modelo de *plea bargaining*<sup>41</sup>.

Ademais, a Suprema Corte norte-americana enfrentou a constitucionalidade da *plea bargaining*, em 1970, momento em que o Tribunal fixou condições para validade do acordo:

a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (McCarthy v. USA, 1969); b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e

<sup>39</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Jorua, 2016. p. 30

<sup>40</sup> MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”. **Revista de Processo**, ano 16, n. 62, abr./jun. 1991. p.92

<sup>41</sup> ANDRADA, Doorgal. A delação premiada tem limites na Lei nº 12.850/2013 e não se confunde com o plea bargaining. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-delacao-premiada-tem-limites-na-lei-no-12-8502013-e-nao-se-confunde-com-o-plea-bargaining/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.<sup>42</sup>

A partir da consolidação da *plea bargain* pode-se sintetizar que há dois ritos processuais penais na justiça norte americana:

a) *The due process model*: por ele, há a realização do sistema adversarial em sua versão mais conhecida, pela qual há um embate entre as partes (Estado e acusado), com a nítida compreensão de que “um ganha outro perde”. A definição da responsabilidade é feita pelo júri ou pelo juízo. Exige que o Estado cumpra o seu dever probatório quanto à acusação e possibilita que o acusado apresente provas em seu favor. Há a preocupação com a produção da justiça no caso concreto. Volta-se para a punição da conduta criminalmente tipificada, a condenação e a sentença final. Na teoria, mantém os direitos dos acusados e estabelece a culpa a partir de critérios legais para apuração dela;

b) *The plea bargain model* (onde presente o *nolo contendere*): por ele há uma divisão na compreensão entre perdas e ganhos, à medida que o acusado tende a receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento aos moldes anteriores, enquanto que a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação, que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal (da mesma forma que há uma redução de custos a serem suportados pelo acusado na promoção de sua defesa, além da melhor preservação da imagem e tempo consumido). Também ele demonstra uma preocupação entre juízes, *prosecutors* e advogados com a administração da justiça, na medida em que auxilia no rápido processamento e conclusão da carga de processos que assola o sistema. Aqui, o ponto central da punição passa pelo *prosecutor*, que define as acusações, o estabelecimento da culpa e a quantidade a ser imposta na sentença.<sup>43</sup>

Desde sua regulamentação, percebeu-se que a *plea bargaining* passou de um subterfúgio/instrumento do sistema de justiça criminal, ao próprio sistema penal dos Estados Unidos. Hoje, estima-se que 97% dos casos criminais são resolvidos mediante acordos de não persecução<sup>44</sup>.

Como se vê, o modelo de barganha norte-americano abre uma grande margem para possibilidades de composição, inclusive permitindo que as partes (acusação e defesa) pactuem qual será a acusação proposta, ou seja, negociem os termos da peça acusatória que imputará os fatos cometidos, que aqui no Brasil se reconhece como denúncia. Já na proposta trazida no art. 395-A, para que se inicie a possibilidade de acordo penal, a denúncia já terá sido oferecida pelo

<sup>42</sup> MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

<sup>43</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 66.

<sup>44</sup> PRADO, Rodolfo Macedo do. **A chegada do plea bargaining ao Brasil**. Disponível em: <[https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#\\_ftn8](https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#_ftn8)>. Acesso em: 19 mai. 2019.

Ministério Público e recebida pelo magistrado, reduzindo, assim, consideravelmente a amplitude negocial<sup>45</sup>.

Para os defensores da implementação da negociação da sentença no ordenamento pátrio, a diferença supracitada constitui caráter legitimatório ao modelo aqui proposto, uma vez que, ao receber a denúncia, o juiz togado continuaria adstrito à análise das condições do art. 395<sup>46</sup> do CPP, bem como do art. 397<sup>47</sup> do CPP, que estabelecem, respectivamente, as hipóteses de rejeição da denúncia e as causas de absolvição sumária. Por conseguinte, esse juízo prévio evitaria a ocorrência da prática do *overcharging* (excesso de acusação para forçar a realização do acordo), constatada nos Estados Unidos.

Em que pese a presente pesquisa concordar que referida medida é importante para fins de verificação da regularidade da negociação, entende de modo diverso quanto à própria legalidade do acordo, conforme se aprofundará nos capítulos seguintes.

## 2.2 COMO ELE SE ADAPTA AO SISTEMA DE DIREITO ANGLO-SAXÃO

A *plea bargaining* surge no Direito norte-americano como medida para desafogar os tribunais, em virtude do aumento de tipos penais e, via de consequência, processos criminais.

Após a avassaladora Guerra Civil ocorrida nos Estados Unidos, entre os anos de 1861-1865, os tribunais norte-americanos presenciaram a ocorrência de um grande número de *plea bargains*. Diante da prática que até então não era regulada, os tribunais proibiram a concessão de benefícios em troca de confissões. Todavia, as decisões proferidas pelos tribunais não foram suficientes para impedir que os acordos continuassem a ser celebrados de maneira velada. Além disso, estuda-se que os acordos culminaram na corrupção de promotores. “Há relatos de que, em 1914, em Nova York, um advogado de defesa vendia sentenças da seguinte forma: US\$ 150 por 30 dias de prisão; US\$ 200 por 20; ou US\$ 300 por 10 dias de encarceramento”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais.**

Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

<sup>46</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

<sup>47</sup> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

<sup>48</sup> RODAS, Sérgio. **Nos EUA plea-bargain foi instituído para desafogar tribunais.** Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>. Acesso em: 10 jun. 2019

Os acordos penais continuaram sendo celebrados ilegalmente até início do século XX, na medida em que a legislação penal ocupava-se de tipificar cada vez mais crimes. A onda criminalizatória atingiu seu ápice em 1919, quando, por força da pressão popular realizada pelos protestantes, foi aprovada a 18ª Emenda à Constituição norte-americana, que proibiu a produção e o comércio de bebidas alcoólicas no território nacional, popularmente conhecida como Lei Seca.

Frente à demanda processual, os promotores passaram a recorrer ainda mais à justiça negocial, por intermédio da *plea bargain*, que se popularizou e se converteu de proibida para necessária.

Por conseguinte, consoante já sublinhado no capítulo anterior, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou de maneira definitiva a possibilidade da celebração de acordos penais em 1970, concluindo pela sua constitucionalidade.

Para fins de contextualização, é imperioso destacar o sistema jurídico que se insere os Estados Unidos, qual seja o do *Common Law*, bem como as implicações dele decorrentes.

O *Common Law* surgiu na Inglaterra, por volta dos séculos XI e XII, após a invasão normanda. À época, funcionários do Rei, eram incumbidos de viajar pelo território e fiscalizar a administração local. Além disso, resolviam as controvérsias jurídicas, o que culminou na origem dos *Royal judges* e das *Royal courts*. Quem não se conformasse com a decisão proferida pelo funcionário do Rei, poderia recorrer da decisão junto às jurisdições reais de Westminster, por intermédio de um sistema de *writs*. Com o passar do tempo, verificou-se que algumas matérias, em decorrência da sua relevância, deveriam ser decididas por cortes reais e não locais, o que culminou na criação de um direito uniforme a ser aplicado em todo o país. Esse direito, então, denominou-se *Common Law* (o direito comum)<sup>49</sup>.

Ainda, enquanto colônia inglesa, os Estados Unidos adotou o sistema do *Common Law* como norteador, que segue até os dias de hoje, mesmo após a independência em 1783. Em que pese adotado com algumas peculiaridades do direito inglês, os Estados Unidos também têm seu sistema jurídico orientado tradicionalmente pelos precedentes judiciais, informalidade e oralidade dos procedimentos.

Nesse sistema, acredita-se que, para garantir a equidade e estabilidade das decisões, casos semelhantes devem possuir resultados semelhantes.

---

<sup>49</sup> GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. **COMMON LAW NO SISTEMA JURÍDICO AMERICANO**: Evolução, críticas e crescimento do direito legislado. 2011. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Fundamentals Of U.S. Law, Thomas Jefferson School Of Law, 2011.

Apesar dessa predileção pelos precedentes, “a evolução econômica, social e política dos Estados Unidos demandou, em diferentes níveis, frequente intervenção legislativa, a qual se intensificou no século XX, tanto no âmbito federal, quanto no estadual”<sup>50</sup>.

Todavia, é imperioso destacar que a concepção do *Common Law* nos Estados Unidos foi bastante influenciada pelos valores culturais dessa nação, especialmente pelas ideias de liberdade e propriedade.

Diante dessa ideia de liberdade é que as garantias constitucionais são concebidas como um direito renunciável pelo cidadão, o que, agregado à cultura de mercado e otimização de custos, projeta-se na presunção de inocência e devido processo legal a compreensão de normas disponíveis. Nesse viés, a culpa pode ser negociada, afinal trata-se de um privilégio, que pode se abrir mão, em troca de benefícios que venham a ser oferecidos pela acusação<sup>51</sup>.

Nesse cenário, o processo penal rege uma disputa entre duas partes (acusação e defesa), perante um juiz, que assume a figura passiva.

Outro ponto a se destacar é a diferença entre a estrutura do modelo de Ministério Público dos Estados Unidos e a do Ministério Público brasileiro, visto que ambos possuem formas e funções distintas. Os membros do Ministério Público nos Estados Unidos estão, geralmente, inseridos no contexto da estrutura do poder executivo, portanto representam os respectivos governos (federal ou estadual) perante o Judiciário, nas causas criminais<sup>52</sup>, dando, assim, maior representatividade do povo ao órgão acusador, que, uma vez que majoritariamente composto por indicações políticas, tende a corresponder às ideologias do chefe do executivo eleito democraticamente naquela região.

Desse modo, pontua-se que, ao contrário dos promotores que no Brasil ingressam na carreira, por intermédio do concurso público, garantindo sua vitaliciedade após o estágio probatório; os promotores estadunidenses, uma vez que nomeados politicamente, não gozam desse direito.

No entanto, o fato do Ministério Público do Estados Unidos estar intrinsecamente ligado à esfera executiva confere aos seus membros uma maior confiança e discricionariedade

<sup>50</sup> GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. **COMMON LAW NO SISTEMA JURÍDICO AMERICANO: Evolução, críticas e crescimento do direito legislado**. 2011. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Fundamentals Of U.s. Law, Thomas Jefferson School Of Law, 2011.

<sup>51</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação Premiada conforme a Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 103.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Gregório. **O Sistema Jurídico nos Estados Unidos - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors e Lawyers): O que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?** Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produto\\_s/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.19.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF)> Acesso em: 20 jun. 2019.

para atuação, que repercute no princípio da oportunidade da ação penal, que permite maior autonomia e participação ativa do Ministério Público para consecução do direito penal, inclusive possibilitando a celebração de acordos com as partes para reduzir o trâmite processual penal<sup>53</sup>.

Como se vê, o sistema do *common law*, em que se insere os Estados Unidos, é dotado de percepções próprias acerca da tutela jurisdicional e seu funcionamento. Por conseguinte, a importação de institutos jurídicos desse sistema ao ordenamento brasileiro, deve ser conduzido com ponderação, sob o risco de ignorar a matriz romano-germânica orientadora de nosso sistema processual.

### 2.3 OS ACORDOS PENAIIS NO DIREITO COMPARADO

A prática de negociações de sentenças criminais pode ser encontrada em outros países além dos Estados Unidos. Como exemplo, demonstrar-se-á o modelo de negociação alemão (*Absprachen*) e o italiano (*Patteggiamento*).

Assim como visto nos Estados Unidos, a negociação da sentença criminal na Alemanha começou de forma obscura, por volta de 1970. Inicialmente, a negociação ocupou-se dos crimes menores, passando a ser exercida no decorrer do tempo inclusive nos crimes que continham violência. A prática, até então velada, veio a público em 1982, quando um jurista alemão utilizou um pseudônimo para divulgar como ocorria a negociação. Após divulgada, ocorreu um crescimento no número de negociações, o que levou a Corte Federal Constitucional a se manifestar em 1987 pela constitucionalidade dos mecanismos, uma vez que “a confissão se apresentava como benéfica ao acusado, desde que admitido ao acusado o direito ao julgamento justo e à definição legal de culpa”<sup>54</sup>.

A confissão, por si só, ainda não tinha o condão de resolver o processo. Todavia, a acusação e a defesa formularam uma forma de negociação, denominada *Absprachen*, que aceleraria o trâmite processual e limitaria a aplicação da pena. A negociação poderia contar, inclusive, com a participação do juiz<sup>55</sup>.

Em decorrência das críticas quanto à legalidade dos acordos, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha enfrentou, mais uma vez, a problemática em 1997, estabelecendo os

<sup>53</sup> GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo**: novos rumos e redefinições. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 92-93.

<sup>54</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83.

<sup>55</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83-84.

primeiros parâmetros para a negociação. A decisão da Corte Alemã foi o primeiro marco jurídico a regular a prática da *Absprachen*. Em síntese, o tribunal definiu que: a *Absprachen* deve ocorrer em audiência pública, caso ocorra fora da audiência os termos e fundamentos do acordo devem ser trazidos à Corte; o acusado não pode ser forçado a negociar sua confissão; o acordo deve ser compatível com a culpa do acusado; não pode ser feita promessa de pena vinculante, apenas a apresentar o limite máximo cabível; apenas a confissão como instrumento probatório não pode incidir na condenação do réu; não é admissível impor cláusula de renúncia ao direito de recorrer como condição de acordo<sup>56</sup>.

Em 2009, o Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung*) passou a prever expressamente a possibilidade do acordo penal e, ao contrário do modelo americano, depositou no juiz a figura do responsável pela negociação. O acordo pode ocorrer em qualquer momento processual, e a iniciativa partir de qualquer dos envolvidos (acusado, Ministério Público ou juiz), todavia é imprescindível que estejam presentes acusado e juiz, não sendo obrigatória a participação do membro ministerial. Ademais, a negociação, não pode ocupar o lugar da fixação da pena, apenas estabelecer limites máximos e mínimos para tanto, pois, caso assim ocorresse, ficaria esvaziado o exame jurisdicional quanto a culpa. Extrai-se que a confissão exercida no âmbito negocial alemão, não implica diretamente na condenação do réu, e sim se utiliza para buscar provas que evidenciem essa confissão, sem dispensar, portanto, a busca pela verdade que continua sendo perquirida pelo juiz<sup>57</sup>.

Além dos modelos norte-americano e alemão, há, também o *Patteggiamento* na Itália, advindo com a reforma do código de processo penal italiano ocorrida em 1988.

Em linhas gerais, no *Patteggiamento*, a acusação e a defesa estabelecem um acordo e propõe uma sentença ao julgador, trazendo critérios de redução de pena, cabendo ao juiz - caso não se convença pela absolvição - aceitar ou recusar o acordo. Para aceitar o juiz deverá analisar a proporcionalidade e a adequação da pena negociada, bem como a qualificação jurídica dos fatos imputados. No *Patteggiamento* o acusado não chega a assumir expressamente sua culpa, apenas concorda com a imputação que lhe é feita e dispensa a instrução probatória. Ressalta-se que o *Patteggiamento* é cabível a crimes em que a pena cominada não exceda cinco anos<sup>58</sup>.

O código de processo penal italiano ainda prevê quais benefícios podem ser auferidos por quem está disposto a resolver o processo consensualmente:

---

<sup>56</sup> Ibidem. p. 86.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 88-91.

<sup>58</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93-98.

- a. nas hipóteses de crimes com apenamento de até dois anos, uma redução de pena que pode ser de até  $\frac{1}{3}$ , mas que, na prática é o montante utilizado;
- b. quando a pena acordada for definida em até dois anos, é concedida ao acusado a suspensão condicional da pena, a dispensa do pagamento de custas processuais, a incapacibilidade de penas acessórias e de medidas de seguranças previstas na lei (salvo o confisco), consoante consta no art. 445, n. 1, do Código de Processo Penal italiano; e
- c. se a pena ficar entre os limites de dois e cinco anos, a redução da pena em montante de  $\frac{1}{3}$ .<sup>59</sup>

Os motivos que levaram o início da negociação na Alemanha e na Itália foram a busca pela celeridade e economia processual. Ambos inspiraram-se no modelo norte-americano para criarem seus próprios mecanismos negociais, adequando as regras e as funções dos envolvidos de acordo com suas tradições jurídicas. Pode-se concluir, portanto, que no “cenário contemporâneo legitimam-se inúmeras reformas legais sob o argumento da busca por eficiência, o qual propõe o máximo de celeridade na persecução penal para, em regra, responder às demandas sociais punitivistas”<sup>60</sup>.

No que diz respeito a influência do direito norte-americano como fonte de pesquisa e inspiração jurídica por outros países, cita-se lição trazida por Flávia Pereira Hill:

Consiste em grave erro se pensar que esse intercâmbio se cinge a países economicamente classificados como Terceiro Mundo. O interesse pelo estudo do ordenamento jurídico norte-americano e a consequente inserção de seus institutos e primados em ordenamentos estrangeiros podem ser constatados em países de economia bastante sólida, como a Alemanha, o que permite concluir pela universalização deste fenômeno.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Ibidem. p. 99.

<sup>60</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 154.

<sup>61</sup> HILL, Flávia Pereira. Plea Bargaining - Uma Incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.489-541.

### 3. O SISTEMA PENAL BRASILEIRO, SUA TRADIÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Consoante já salientado nos capítulos anteriores, o comércio de institutos jurídicos entre países de tradições distintas deve ser sempre precedido de estudos, sob o risco de desvirtuar princípios norteadores e prejudicar a organicidade do sistema. Ademais, “a análise da conformidade constitucional de todo novel instituto é procedimento obrigatório para se atestar a preservação dos interesses persecutórios do Estado e defensivos do sujeito passivo da persecução penal”<sup>62</sup>.

Após introduzido o projeto de lei que prevê a implementação da negociação da sentença penal em nosso ordenamento, debatido as razões que levaram a sua proposição, apresentado o modelo negocial da *plea bargain* em que ela se inspirou, bem como o modo que a *plea bargain* se adapta às tradições do país em que foi concebida (Estados Unidos), o presente capítulo destinar-se-á a compreender se a proposta é compatível com os princípios e garantias aqui vigentes, adotando uma percepção crítica acerca da negociação das sentenças penais.

De início, oportuno pontuar que - ao contrário do modelo do *common law* recepcionado pelo direito estadunidense - o Brasil adotou o sistema de origem romano-germânica, qual seja o da *civil law*. A *civil law* “deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, pois o direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, dando ensejo à elaboração de leis, códigos, constituições”<sup>63</sup>.

Em linha gerais, com a Revolução Francesa e o movimento contra o absolutismo, coube à lei a função de limitar abusos de poder do Estado e determinar aos juízes a função de aplicar a lei que é elaborada pelo parlamento.

O sistema Civil Law tem início na Idade Média, com o convívio entre os romanos e germanos, que resultou na aplicação simultânea dos ordenamentos jurídicos de ambos os povos, sob as promessas do paradigma jurídico do Estado Liberal, como forma de auxílio aos ideais que foram desfraldados pela Revolução Francesa. Nesse momento histórico, a sociedade buscava, principalmente, impedir o absolutismo, limitando o poder do Estado. Assim, surgiu a necessidade de se criar um formalismo na ordem

<sup>62</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da Ufrgs**, Porto Alegre, v. 37, p.239-262, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401>>. Acesso em: 30 maio 2019.

<sup>63</sup> GALIO, Morgana Henicka. **HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

jurídica, fixando-se normas legais que fossem incontestáveis, não cabendo o seu desvirtuamento por meio da hermenêutica interpretativa.<sup>64</sup>

Em decorrência da concepção liberal introduzida no modelo romano-germânico, incumbe ao Estado o monopólio da justiça, tendo por finalidade a garantia de igualdade na aplicação da lei. Cabe, então, a um terceiro (magistrado) fazer o juízo de valor das condutas. O modelo da *civil law*, no âmbito processual, busca aferir a verdade mais próxima ao fato e passa a enxergar o acusado não como um objeto, mas como um sujeito do processo<sup>65</sup>.

Em relação à relevância do Poder Judiciário e do processo penal como garantia ao arbítrio do Estado, colhe-se das lições de Vicente Greco Filho:

O processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia.

Costuma-se dizer que o processo penal é o modo pelo qual atua a jurisdição em matéria penal. Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade de pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coação estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição à liberdade.<sup>66</sup>

Superada a concepção do princípio da verdade material, afinal é intangível perquirir processualmente um fato até se alcançar uma verdade absoluta, cabe ao juiz buscar “a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir a verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tende a refletir ao máximo a verdade”.<sup>67</sup>

Nesse viés, nasce o princípio da busca pela verdade<sup>68</sup>, que autoriza o juiz a determinar diligências que venham dirimir suas dúvidas (art. 156 do CPP).

<sup>64</sup> FIGUEIRÊDO, Laíla. **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha**. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>65</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 76.

<sup>66</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

<sup>67</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 68

<sup>68</sup> Cumpre pontuar que alguns autores criticam a possibilidade do juiz produzir provas, afinal, como a Constituição brasileira adotou o sistema acusatório, caberia ao juiz apenas apreciar as provas apresentadas pelas partes, isentando-se de qualquer ato instrutório. A exemplo, cita-se o doutrinador Aury Lopes Jr. que explicita: “A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória”. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 65.

Assim, ao contrário do que se vislumbra no modelo anglo-saxão, onde as partes podem pactuar qual verdade será declarada, aqui incumbe ao juiz essa função, mediante um compilado de procedimentos que compõe o processo.

Pontua-se que o processo penal não perde seu caráter repressivo ao trazer garantias a quem está sob julgamento, apenas atua como instrumento de verificação, evitando que inocentes sejam condenados<sup>69</sup>.

O processo apresenta-se, então, como indispensável à aplicação da sanção penal. Essa característica culminou na elaboração do princípio da necessidade, o qual estabelece o caráter instrumental do processo penal com o direito penal e à pena, uma vez que “o processo penal é o caminho necessário para a pena”<sup>70</sup>.

Nesse sentido, a nossa Lei Fundamental trouxe em seu bojo o princípio do devido processo legal, a fim de estabelecer a obrigação de que qualquer privação de liberdade seja determinada com respeito aos procedimentos e regras previstas em lei, o que será mais aprofundado no capítulo 3.2.

Outro aspecto relevante para distinção dos modelos romano-germânico para o anglo-saxão é a atuação do Ministério Público na persecução penal. Ressalta-se que o Ministério Público, na figura do promotor de justiça, é o órgão estatal responsável constitucionalmente por promover as ações penais públicas e acompanhar o processo, devendo fiscalizar a correta aplicação da lei e a observância das garantias do acusado<sup>71</sup>.

Ao contrário da atuação ministerial estudada no modelo norte-americano, não cabe ao Ministério Público brasileiro ponderar e decidir sobre quais ações penais irá atuar a partir de critérios políticos criminais, de modo que, uma vez presentes os requisitos legais, deverá promover o exercício da ação penal<sup>72</sup>.

Tanto as garantias do devido processo legal quanto as regras da ação penal impostas ao Ministério Público, serão melhor debatidas em capítulo próprio subsequente, tendo em vista que estão umbilicalmente ligadas às controvérsias trazidas pela introdução do modelo negocial em nosso ordenamento.

Constata-se, então, que o papel do juiz e o papel do acusador (promotor/querelante) não se confundem no processo penal. O promotor (representante do Ministério Público) exerce uma

---

<sup>69</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

<sup>70</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 36.

<sup>71</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

<sup>72</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 202.

pretensão acusatória, ou seja, caso constate um fato aparentemente punível, deve exercer, por intermédio da ação penal, seu direito potestativo de acusar. Já o juiz detém o poder de punir, que está condicionado à procedência da pretensão acusatória, bem como as regras previstas em lei<sup>73</sup>.

A negociação em termos tão amplos, por sua vez, concedendo ao Ministério Público a faculdade de estabelecer acordos quanto à sentença a ser aplicada, parece inverter a figura dos agentes no processo. O juiz, ao invés de declarar a verdade e exercer seu poder punitivo, reduz-se a função de homologador do acordo, limitando-se a verificar a legalidade e a voluntariedade dos pactuantes.

Quando coloca-se na posição de analisar eventuais incongruências decorrentes do comércio desregulado de institutos jurídicos entre países de tradições jurídicas distintas - como se dá no presente caso (*common law - civil law*), é imperioso destacar a decisão proferida por Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal, na PET 7.265, que não homologou o acordo de delação premiada de Renato Rodrigues Barbosa por conter cláusulas ilegais:

Bem examinados os autos, ressalto, na esteira do voto que proferi há quase uma década no HC 90.688/PR, que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada.

No entanto, deve-se ponderar que o arcabouço processual penal brasileiro, de matriz romano-germânica, guarda profundas diferenças estruturais em comparação com seu equivalente anglo-saxão.

[...]

Segundo Langer, com a evolução separada, e também sob o influxo de diferentes colonizações, esses sistemas passaram a se diferenciar não apenas quanto à distribuição de poderes e responsabilidades entre seus principais atores, o juiz ou júri, o promotor e o defensor, mas, de forma diametralmente opostas, como duas culturas legais diversas, com concepções distintas sobre como os casos criminais devem ser processados e julgados, além de apresentarem diferentes estruturas de interpretação e significado (LANGER, M., op.cit., p. 10).

Uma das diferenças centrais desses sistemas consiste em que o anglo-saxão concebe o processo criminal como um instrumento para reger disputas entre duas partes (a acusação e a defesa), perante um juiz, cujo papel é eminentemente passivo, ao passo que o romano-germânico entende a ação penal como uma forma de apuração oficial dos fatos, a qual tem por finalidade lograr a apuração da verdade. Neste último, tradicionalmente, o responsável pela acusação também é visto como um guardião da lei e do interesse público, e não como mero agente estatal interessado na condenação (DAMASKA, Miriam R. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3).

Tal modelo estruturou-se sobre uma profunda crença no papel do juiz como responsável pela busca da verdade real. Por isso, institutos arraigados no sistema anglo-saxão, como a admissão de culpa (*guilty plea*) não encontram amparo no sistema romano-germânico, no qual a confissão do acusado é possível, porém não sua admissão de culpa, como forma de finalização do processo (DAMASKA, Miriam R., op.cit., p. 2).

<sup>73</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 52-53.

Em razão disso, a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o modelo romano-germânico, porque, naquele, a acusação, como parte interessada, pode entender que determinada controvérsia não é digna de uma persecução penal.

De outro lado, na metodologia romano-germânica, o núcleo essencial do processo consiste em apurar, por meio de uma investigação oficial e imparcial, se um determinado crime ocorreu e se o acusado foi o responsável por sua prática. Nesta sistemática, não há lugar para a ampla discricionariedade por parte do órgão acusador (LANGER, Máximo, *op.cit.*, p. 21-22).

A decisão do Ministro Ricardo Lewandowski encerra-se introduzindo o problema a ser discutido no próximo capítulo: a não admissão da ampla discricionariedade por parte do órgão acusado.

### **3.1 OBRIGATORIEDADE E INDISPONIBILIDADE NA TRADIÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA**

De início, importante retomar a noção de processo penal como meio persecutório destinado à aferição da verdade e necessário à aplicação do poder punitivo do Estado, afinal, o processo se encontra intimamente relacionado com a ação penal que é “o ato jurídico, ou mesmo a iniciativa de se ir à justiça, em busca do direito, com efetiva prestação da tutela jurisdicional, funcionando como forma de se provoca o Estado a prestar a tutela jurisdicional.”<sup>74</sup>

No ordenamento pátrio, a ação penal é tratada no Código Penal (arts. 100 a 106) e no Código de Processo Penal (arts. 24 a 62).

A ação penal, ainda, tem seu fundamento extraído do texto constitucional (art. 129, I, da CF/88), que imprime ao Ministério Público a titularidade privativa (legitimidade ativa) de promover a ação penal nos crimes processados mediante ação penal pública.

No entanto, para exercer seu direito potestativo de promover a ação, o Ministério Público está adstrito a algumas regras/princípios que norteiam a ação penal pública, dentre eles o da obrigatoriedade e da indisponibilidade<sup>75</sup>.

O princípio da obrigatoriedade, também denominado de legalidade processual, dispõe no sentido de que o órgão ministerial, caso presentes as condições da ação, tem o dever de oferecer a denúncia (peça acusatória). Entendendo não estarem presentes as condições para propositura da ação, o membro do Ministério Público deverá requerer o arquivamento do inquérito (peça investigativa), perante ao juiz, cabendo, então, a este proceder o arquivamento caso assim se convença<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 209.

<sup>75</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.202.

<sup>76</sup> *Ibidem*, *idem*.

Em relação ao respectivo princípio, Renato Brasileiro complementa afirmando:

[...] aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.<sup>77</sup>

O princípio da obrigatoriedade não está expressamente consagrado em nosso ordenamento, sua aplicabilidade é extraída da leitura do art. 24<sup>78</sup> do CPP.

Jacinto Coutinho, ao mencionar aludido princípio, afirma que ele é uma criação doutrinária e jurisprudencial, com a finalidade de proteger a autonomia do Ministério Público, precipuamente, em combate a interferências externas, como de natureza política<sup>79</sup>.

Importante pontuar que a obrigatoriedade extraída da leitura do artigo 24 do Código de Processo Penal não diz respeito ao Ministério Público estar sempre compelido a pugnar pela condenação do acusado. Referida interpretação é descabida, na medida que incumbe ao Ministério Público a tutela de interesses individuais, como a liberdade de locomoção. Por conseguinte, caso conclua pela ausência de conjunto probatório apto à condenação, deve postular a absolvição do réu<sup>80</sup>.

Além do princípio da obrigatoriedade, crucial trazer ao debate o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

O princípio da indisponibilidade atua como um desdobramento do princípio da obrigatoriedade, afinal, seria ilógico obrigar que o órgão ministerial iniciasse o processo e sem justificativa o abandonasse. Portanto, além do Ministério Público ser obrigado a oferecer a denúncia - caso presentes as condições da ação - é obrigado, também, a continuar atuando no processo. Logo, o princípio da obrigatoriedade pode ser observado na fase pré-processual, ou seja, antes de iniciada a ação em si, já o princípio da indisponibilidade é vislumbrado na fase processual, uma vez que, após iniciada a ação o Ministério Público, não poderá dispor ou desistir do processo<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 245.

<sup>78</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial**. Revista de Processo, n. 70, p. 51.

<sup>80</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 246.

<sup>81</sup> Ibidem. p. 249-250.

Em textos legais, o princípio da indisponibilidade é encontrado nos artigos 42<sup>82</sup> e 576<sup>83</sup> do Código de Processo Penal.

Assim, como já alertado em relação ao princípio da obrigatoriedade, o princípio da indisponibilidade não impede que o Ministério Público - caso assim se convença - requeira a absolvição do acusado. Acerca do pedido ministerial de absolvição, pontua-se, novamente, que o membro ministerial “não o faz por ‘imparcialidade’ e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade”<sup>84</sup>.

Como se pode concluir, ao contrário do que se vivencia no direito estadunidense, o Ministério Público brasileiro está legalmente compelido a promover a ação penal pública quando presente suas condições ensejadoras. Em sentidos diametralmente opostos, enquanto aqui vigora a regra da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação, lá vige o princípio da oportunidade e conveniência, o que atribui ao Ministério Público norte-americano a possibilidade de dispor do processo, suprimindo a etapa instrutória mediante acordo com a defesa, negociando-se diretamente a sentença aplicável ao caso.

Oportuno assinalar, no entanto, que os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade - com a introdução da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995) - tiveram sua aplicação relativizada.

Consoante já delineado no Capítulo 1.1, a Lei nº 9.099/1995 trouxe ao nosso ordenamento jurídico institutos negociais (transação penal e suspensão condicional do processo) que tem o condão de resolver o processo mediante acordo entre as partes.

A introdução da transação penal mitigou o princípio da obrigatoriedade, afinal, caso preenchidos os requisitos expressos no art. 76 da Lei nº 9.099/1995, o Ministério Público poderá abster-se de oferecer a denúncia, mediante proposta de imposição imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que, uma vez aceita e cumprida, extingue a punibilidade do investigado. Esse fenômeno fez a doutrina criar um novo princípio, o da discricionariedade regrada ou obrigatoriedade mitigada<sup>85</sup>. Ressalta-se que o princípio da “discricionariedade regrada” pode ser observado, também, nos casos de perdão judicial concedidos com base nos acordos de colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013)<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>83</sup> Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

<sup>84</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 204.

<sup>85</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 246.

<sup>86</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 203.

Já a suspensão condicional do processo (requisitos previstos no art. 89 da Lei nº 9.099/1995), encarregou-se de relativizar o princípio da indisponibilidade, uma vez que junto ao oferecimento da denúncia (que deve ser recebida pelo magistrado) o Ministério Público pode propor acordo para suspender o processo, desde que o denunciado aceite a proposta e cumpra as medidas acordadas, durante o prazo estabelecido. Assim que decorrido o prazo da suspensão e o acusado adimplido os termos estabelecidos, será declarada a extinção de sua punibilidade.

Por fim, em relação às regras da obrigatoriedade e da indisponibilidade e suas exceções, é imperioso destacar que os acordos estabelecidos em ambos os casos são destinados a crimes “de menor potencial ofensivo” e acarretam na extinção de punibilidade do agente (são medidas diversificadoras, como já destacado no capítulo 2), o que diverge da proposta trazida no art. 395-A do pacote anticrime, o qual prevê a possibilidade de negociação da sentença condenatória, com imposição de pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, surgem correntes criminológicas que apoiam a adoção de espaços de consenso no processo penal, desde que destinados aos crimes de menor monta, afinal é uma alternativa aos efeitos estigmatizantes da sentença criminal. Cita-se:

Com efeito, na moderna criminologia, há uma forte tendência metodológica a separar a criminalidade de acordo com seu potencial ofensivo, dando-se a cada faceta do fenômeno criminal uma “resposta adequada”. Cabe ao ordenamento jurídico prever, para cada espécie de criminalidade, respostas penais quantitativa e qualitativamente distintas, com instrumentos e procedimentos próprios (MOLINA, GOMES, 2008, pp. 507-508). Além disso, dentro de um novo modelo de justiça criminal, devem ficar bem delimitados os “espaços de consenso” (associados à pequena e média criminalidade) e os “espaços de conflito” (criminalidade grave).<sup>87</sup>

### **3.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL E A NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA**

A Constituição Federal preocupou-se em estabelecer garantias a quem viesse a ser processado criminalmente. A explicação para essa adoção expressa de princípios em seu texto é decorrente da origem histórica das garantias individuais como forma de proteção às arbitrariedades do Estado, bem como a relevância do bem jurídico posto em julgamento: a liberdade.

---

<sup>87</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2019.

Como princípio regente, pode-se invocar o do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88<sup>88</sup>) que “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei.” Referido princípio garante ao acusado a plenitude de sua defesa, bem como está intrinsecamente ligado aos demais princípios constitucionais que se abordará na sequência.

Cesare Beccaria, em 1764, já advertia que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”<sup>89</sup>.

Aludido pensamento foi recepcionado em diversas declarações e convenções, tais quais a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdade Fundamentais (1953), Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (1966) e Convenção Americana de sobre Direitos Humanos (1969).

No Direito brasileiro, a ideia de não poder declarar o cidadão culpado enquanto ainda há dúvida, era tratada de forma implícita até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Após a promulgação, o art. 5º, inciso LVII, da CF/88 trouxe expressamente o princípio da presunção de inocência (presunção de não culpabilidade):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em síntese, referido princípio “pode ser definido como o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).”<sup>90</sup>

O princípio da presunção de inocência importa em três manifestações que se integram. A primeira, como princípio fundante, fixando garantias ao réu frente à pretensão punitiva

---

<sup>88</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>89</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 69.

<sup>90</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 43.

estatal, construindo o processo liberal. A segunda, na forma de um postulado relacionado ao tratamento do imputado durante a persecução. A terceira como regra de aplicação da sentença penal, uma vez que exige prova completa da culpabilidade, que, não sendo suficientemente demonstrada, impõe a absolvição do acusado<sup>91</sup>.

Aury Lopes Jr. ensina que o princípio da presunção de inocência impõe um dever de tratamento ao sujeito que está sendo acusado, sendo esse dever observado na dimensão interna e externa ao processo:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto- inicialmente - ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de julgamento para o juiz.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>92</sup>

Do princípio da presunção de inocência deriva a regra probatória (*in dubio pro reo*), que estabelece que “a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não esse de provar sua inocência”<sup>93</sup>. Gustavo Henrique Badaró afirma que essa regra probatória consiste numa exigência para imposição da sentença condenatória, que só poderá ser proferida após dirimida qualquer dúvida razoável<sup>94</sup>.

Essa regra de julgamento trazida pela presunção de inocência determina que o juiz ao analisar o conjunto probatório agregado aos autos, deve se convencer da comprovação de autoria e materialidade do crime, de modo que derrube a presunção de que o acusado seja inocente. Ou seja, “impõe uma regra para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente comprovada”<sup>95</sup>.

Imperioso destacar, ainda, os princípios do contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF/88:

<sup>91</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 98.

<sup>92</sup> Ibidem. p. 98.

<sup>93</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 44

<sup>94</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

<sup>95</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 357.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O contraditório é concebido como um meio de quem está sob acusação confrontar a prova e comprovar a verdade, no contexto do conflito ocasionado pelo processo judicial (acusação x defesa). O ato de contradizer os fatos imputados pela acusação é imprescindível para configuração do sistema acusatório do processo e para a existência de sua estrutura dialética<sup>96</sup>.

Na clássica lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.<sup>97</sup>

O contraditório passou a ser visto como uma medida em respeito à paridade de armas. Pois, deve-se assegurar o equilíbrio entre acusação e defesa. Atribui-se, portanto, ao contraditório, a importante função na democratização do processo penal, de modo que a sentença deve garantir a igualdade de participação entre as partes do processo penal<sup>98</sup>.

Ainda, importante tecer considerações acerca do princípio da ampla defesa (previsto constitucionalmente no mesmo inciso que o princípio do contraditório). O direito de defesa é intrinsecamente ligado ao contraditório, tendo em vista que aquela constitui-se como um mecanismo de exercer esse.

A Constituição Federal - ao prever o direito à ampla defesa - assegura o direito à defesa técnica (na pessoa do advogado de defesa) e à defesa pessoal, as quais possuem relação de complementariedade.

A defesa técnica é indisponível e irrenunciável, ou seja, não se admite processo penal sem que a defesa seja exercida por profissional da advocacia (redação trazida pelo art. 261<sup>99</sup> do

<sup>96</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 99.

<sup>97</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 52.

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 100-101.

<sup>99</sup> Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

CPP). Caso o acusado não possua condições econômicas de constituir defensor próprio, ou se abstenha de nomear defensor por qualquer motivo, caberá ao juiz nomear um defensor público ou advogado dativo<sup>100</sup>. O transcurso do processo sem exercício de defesa técnica constitui nulidade absoluta (art. 564, III, c, do CPP<sup>101</sup>). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 708<sup>102</sup>.

Já a defesa pessoal (autodefesa) é o direito do acusado impugnar pessoalmente as alegações da pretensão acusatória. A autodefesa pode ser compreendida como um direito disponível, afinal, o réu não pode ser compelido a participar de atos como se submeter a exames e exercer seu direito de interrogatório<sup>103</sup>.

Por força dos princípios delineados, a noção de prova, no âmbito do processo penal, só pode ser utilizada para fazer menção aos elementos de convicção produzidos, via de regra, no transcurso do processo, logo, necessária a participação dialética da acusação e da defesa. Essa estrutura dialética configura importante mecanismo para a busca da verdade (já mencionada anteriormente)<sup>104</sup>.

Aury Lopes Jr., no que diz respeito à matéria probatória, estabelece que o contraditório e a defesa devem ser observados nos quatro momentos de prova:

- 1º Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular provas, em igualdade de oportunidades e condições.
- 2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa caracterizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.
- 3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção de prova.
- 4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal.<sup>105</sup>

Nesse ponto, oportuno mencionar a função do inquérito policial e seu caráter informante.

---

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

<sup>100</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 54-55.

<sup>101</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

<sup>102</sup> Súmula 708, STF. É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

<sup>103</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 59.

<sup>104</sup> Ibidem. p. 53.

<sup>105</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 364-365.

O inquérito policial constitui um instrumento de natureza administrativa (não se trata de processo), presidido por autoridade policial, destinado a obtenção de fontes de prova e coleta de elementos informativos de eventual infração penal, para viabilizar a propositura da ação penal, por parte do órgão acusatório. Não existe nessa fase administrativa a estrutura dialética que se encontra no processo (acusação e defesa), por conseguinte, não se aplicam os princípios do contraditório e ampla defesa<sup>106</sup>.

Em virtude dos aludidos princípios não estarem presentes na fase investigativa, os elementos lá colhidos não podem ser utilizados como prova no processo penal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacificada acerca da nulidade da condenação fundamentada exclusivamente em elementos colhidos em inquéritos policiais, afinal consiste em evidente afronta ao princípio do contraditório<sup>107</sup>:

I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial. II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação. (STF - RE: 287658 MG, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 16/09/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 03-10-2003 PP-00022 EMENT VOL-02126-02 PP-00408)

Em que pese as informações obtidas na fase investigativa não poderem ser usadas como fundamento para condenação, referidos elementos podem ser utilizados de modo subsidiário (em complemento às provas produzidas no processo). Nesse sentido, cita-se decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

*HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL A QUO. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA NA PROVA PRODUZIDA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I As alegações constantes neste writ não foram objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, circunstância que impede o exame da matéria pelo STF, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. II A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte assentada no sentido de que a via do *habeas corpus* não comporta reexame de fatos e provas para*

<sup>106</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 107-108.

<sup>107</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 496.

alcançar a absolvição do paciente. III A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ademais, firmou-se no sentido de que os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo (RE 425.734-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie), e é válida a prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial (HC 82.622/SP, Rel. Min. Carlos Velloso). Trata-se, contudo, de matéria a ser examinada em sede própria. IV *Habeas corpus* não conhecido. (STF - HC: 114592 MT, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 12/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-057 DIVULG 25-03-2013 PUBLIC 26-03-2013)

Referidas ponderações acerca da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa são relevantes, uma vez que o acordo previsto no art. 395-A será celebrado antes de iniciada a instrução processual, subsistindo no processo apenas os elementos da fase investigativa (que, em regra, não há presença de defesa técnica, logo, não produz prova). Ademais, pontua-se que o inciso III do aludido artigo impõe, ainda, como condição de aceitação do acordo, a expressa manifestação da parte no sentido de dispensar a produção de prova.

Nesse sentido, diante da possibilidade, trazida pelo acordo penal, de condenação com fundamento em informações colhidas na fase investigativa colecionada à confissão, Vinícius Vasconcellos, acertadamente, afirma que há uma evidente fragilização do princípio da presunção de inocência, um retorno ao passado, que desprestigia a regra de necessidade de provas sólidas e lícitas para imposição de sentença penal condenatória<sup>108</sup>.

Logo, se o acordo será celebrado antes da produção de provas e o inquérito policial não possui o condão de ensejar a condenação criminal (apenas pode ser usado subsidiariamente), voltará a confissão a se consagrar como rainha das provas, o que nos remonta ao tempo da Inquisição e ao processo inquisitivo.

Como se pode concluir, a introdução da negociação da sentença criminal desvirtua princípios previstos constitucionalmente (premissas do processo penal democrático), uma vez que ignora que uma pessoa só pode ser considerada culpada após regular instrução processual que convença o juiz da sua culpabilidade, bem como aceita como verdade os elementos colhidos na fase investigativa, sem que estivesse presente a defesa para verificar a regularidade da obtenção das informações, concedendo espaço para a elaboração de elementos ilícitos<sup>109</sup> que não serão submetidos ao contraditório.

<sup>108</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.176-177.

<sup>109</sup> Nesse sentido, importante trazer a lição de Vinicius Vasconcellos: “Ademais, em um sistema permeado pelo mecanismo da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da licitude das provas, já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferenciais pautadas por preconceitos, por exemplo.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça**

Nesse diapasão, Carlos Alberto Dias Torres, desde a introdução da Transação Penal ao ordenamento pátrio, já afirmava que “não se deve afastar determinados princípios, frutos de séculos de amadurecimento político, como o devido processo legal, em prol de uma cega subserviência à celeridade processual, sob pena de desnaturar o sistema como um todo”<sup>110</sup>.

### 3.3 A NEGOCIAÇÃO DA SENTENÇA PENAL E OS CONFLITOS COM O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Como visto, o modelo negocial proposto no art. 395-A (inspirado na *plea-bargain*), retoma à confissão valor probatório que havia sido enfraquecido no decorrer da história do processo penal.

A confissão pode ser conceituada como a aceitação do acusado à imputação que lhe é feita. Seu caráter probatório persiste até os dias de hoje, a doutrina afirma que “funciona como meio de prova, pois é um dos instrumentos disponíveis para que o magistrado possa chegar à veracidade das afirmações feitas pelas partes”<sup>111</sup>.

Desse modo, a confissão possui capítulo próprio no Código de Processo Penal, no título que versa sobre provas. Como exemplo, cita-se o art. 197, que determina como se aferirá o valor da confissão:

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

O Código Penal, buscando agraciar quem contribui com a Justiça, estabeleceu no art. 65, III, d, a confissão espontânea de autoria como circunstância atenuante da pena, desde que realizada perante a autoridade.

A confissão não é novidade no processo penal, afinal, percebida como uma colaboração com a Justiça, ela “encontra sua origem e lógica de funcionamento no interior das legislações

---

**Criminal Negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2018.176-177).

<sup>110</sup> TORRES, Carlos Alberto Dias. O Instituto da Transação Penal. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.423-487.

<sup>111</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 699.

inquisitórias da Idade Média, aparecendo sempre como um instrumento no chamado *combate à criminalidade* pela via autoritária”<sup>112</sup>.

Como visto, a confissão encontra suas origens no sistema inquisitorial, sistema que foi construído paulatinamente entre os séc. XII e XIV, na medida em que ia modificando o sistema acusatório, que predominava até o séc. XII.<sup>113</sup> Após seu declínio hegemônico, a Igreja Católica iniciou um processo de criminalização de todos que discordassem de seus dogmas, colocando como papel do juiz a perseguição da verdade escondida por Satanás.<sup>114</sup> No final do séc. XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição (Santo Ofício), com o objetivo de reprimir qualquer ideia que fosse contrária ou questiona-se os Mandamentos da Igreja Católica.<sup>115</sup>

O juiz, que até então ocupava a função de árbitro imparcial no sistema acusatório, passa a atuar, também, como acusador; e o que era uma disputa entre acusação e acusado, com paridade de armas, passa a ser uma batalha desigual entre juiz-inquisidor e acusado, de modo que o acusado passa a ser visto como um objeto de investigação, devendo a verdade ser extraída dele.<sup>116</sup>

No processo por heresia, a sentença poderia absolver ou condenar o acusado. Caso fosse condenado, esse era submetido à tortura para que obtivessem sua confissão e, após, ser declarado definitivamente culpado, com a execução da pena de morte na fogueira.<sup>117</sup>

Autores como John Langbein comparam a *plea bargain* com o método medieval de tortura para extração da confissão. Apesar da discrepância entre a intensidade da coação suportada, o procedimento da negociação de sentença guarda similitudes com o procedimento do interrogatório para condenação definitiva, previsto no livro *Malleus Maleficarum* utilizado pelos inquisidores, durante a Inquisição, para processar e julgar os hereges, como se pode observar:

Durante a execução do interrogatório mediante tortura, primeiro eram mostrados os instrumentos de suplício ao acusado, oportunizando-lhe a confissão espontânea; f) não havendo confissão espontânea, passava-se à tortura que poderia durar dias até que o

<sup>112</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

<sup>113</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 43.

<sup>114</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

<sup>115</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 44.

<sup>116</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 185.

<sup>117</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

acusado confessasse ou sucumbisse. Dependendo da gravidade da heresia que lhe fosse reconhecida, ele podia simplesmente abjurar (*abrenuntio satanae*) e receber uma pena menor como a prisão perpétua, ou simplesmente se negar a abjurar e ser entregue ao braço secular que, acatando as decisões das sentenças eclesiais, executavam a pena de morte do condenado na fogueira.<sup>118</sup>

Na negociação da sentença, o acusado também é premiado com uma pena abrandada caso confesse “espontaneamente” seu crime e poupe o trabalho da acusação em buscar provas que o incrimine. Caso não queira colaborar, será processado, podendo ser submetido às medidas cautelares, como a prisão preventiva (que deixou de ser uma medida excepcional para virar regra, conforme demonstram os números do sistema carcerário apresentados no capítulo 1.3). Essas semelhanças evidenciam a natureza inquisitiva da negociação da sentença criminal como modo de coerção para busca da confissão.

Como características do processo inquisitivo, cita-se:

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há que se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.<sup>119</sup>

Em virtude das abusividades configuradas no sistema inquisitorial, a Constituição Federal de 1988 acolheu de forma explícita o sistema acusatório em seu texto, tornando privativa a titularidade do Ministério Público para propor a ação penal (art. 129, I, da CF/88). Desse modo ficam bem delimitados os papéis dos envolvidos no processo, não podendo o juiz iniciar um processo penal de ofício, bem como promover atos investigativos, cabendo exclusivamente às partes a produção das provas que posteriormente serão analisadas pelo magistrado.<sup>120</sup>

Nesse sentido, são características do processo penal acusatório:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência da lógica de distinção entre as atividades;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de imputação como de descargo;

<sup>118</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. *Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?*. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

<sup>119</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 39.

<sup>120</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. p. 40

- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.<sup>121</sup>

Como se pode observar, a estrutura do modelo acusatório prima pela cristalina separação das funções entre quem acusa e quem julga, todavia, a lógica introduzida pela negociação da justiça criminal desvirtua esses papéis, hipervalorizando a atuação do acusador. O acordo – caso homologado – retira do juiz a função de análise da culpabilidade do acusado, invertendo as funções de quem acusa e quem julga, uma vez que quem decidirá sobre a culpabilidade do acusado será o promotor, a partir de elementos produzidos na investigação preliminar (que se transforma de instrumento informativo para instrumento da verdade), o que configura um violação à separação de poderes prevista no modelo acusatório.<sup>122</sup>

Ademais, Matheus Felipe de Castro, ao analisar o instituto da colaboração premiada (que, como já sublinhado, no capítulo 1.1, possui semelhanças ao da *plea bargain*), constatou a contradição do instituto com a finalidade do direito processual penal, uma vez que a colaboração absorveu uma forma jurídica contratual, um mercado negocial entre as partes, assim, deve-se ater ao fato que “as formas econômicas liberam o poder de Estado ao contrário das jurídicas que tendem a limitar o poder”<sup>123</sup>, asseverando que “reproduzindo formas econômicas, as colaborações premiadas tendem a expandir o Estado de Polícia sobre o Estado de Direito, incrementando o poder punitivo do Estado por intermédio da adoção de práticas regidas pelo princípio inquisitivo”<sup>124</sup>.

Pode-se concluir, portanto, que aludida contradição também é constatada no instituto negocial da *plea bargain*, transformando o sistema penal em um mercado de penas criminais, caracterizando-se como verdade aquela que é negociada entre as partes, pouco importando o convencimento do juiz acerca dos fatos imputados, que passa a ter a função de homologador.<sup>125</sup>

Importante mencionar, por fim, que a “solução” trazida no art. 395-A desconsidera dados decorrentes da *plea-bargain* lá no seu país de origem, uma vez que “A experiência dos

<sup>121</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 46.

<sup>122</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: D’plácido, 2018. p. 180.

<sup>123</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

<sup>124</sup> Ibidem, p.171-217.

<sup>125</sup> Ibidem, p.171-217.

EUA demonstra que houve crescente encarceramento (a maior do mundo), bem como diversos casos em que fora provada a inocência de condenados após uma confissão falsa”<sup>126</sup>. No que diz respeito a condenação de inocentes, não faltam exemplos nas doutrinas que demonstrem a ocorrência.

Ao contrário do que se pretende na política brasileira, os Estados Unidos, que também sofre com as consequências da política punitiva adotada historicamente, começaram a adotar medidas para redução da sua população carcerária, veja-se:

Enquanto as autoridades revelam a intenção de transplantar para o Brasil um instituto adotado nos EUA, acaba de ser divulgada a aprovação do First Step Act, uma lei que pretende ser o início de uma reforma processual destinada a conter a superlotação dos presídios norte-americanos e dar instrumentos legais para juízes diminuírem as penas atualmente aplicadas. Sobre o assunto, há um raro consenso: tanto os defensores de políticas de lei-e-ordem quanto os progressistas entendem que o modelo de Justiça Criminal daquele país não está dando certo. Afinal, esse país possui a maior população carcerária do mundo, e a as minorias negra e latina representam mais da metade dos presos.<sup>127</sup>

A relativização de princípios constitucionais e a distorção dos atores do processo, mediante implementação de acordo sobre a sentença penal (art. 395-A do pacote anticrime), aumentam exponencialmente a possibilidade de condenação de inocentes e promovem o encarceramento em massa, de modo que se pode concluir que por trás do discurso de celeridade processual, há o velho discurso punitivista, que, desta vez, vislumbra no mercado de negociações um campo fértil para exercer suas pretensões.

Nesse sentido, imperioso destacar a lição trabalhada com maestria por Matheus Felipe de Castro quando da análise da ampliação dos espaços de consenso no processo penal, sob fundamento da economia:

Vimos que o direito foi constituído na modernidade como um elemento de oposição ao poder de Estado, na medida em que sua lógica nasceu como organizadora do exercício do poder punitivo estatal. Mas que, em determinado momento da modernidade, o Direito deixou de ser o elemento da legitimação do exercício do poder, cedendo espaço para a economia política

A economia política tem caráter utilitário e pragmático, se constituindo em uma técnica de enriquecimento do Estado. Para esse fim, os Estados contemporâneos se instituíram como Estados Mercantis em suas políticas externas e Estados de Polícia em suas gestões internas. Tanto em uma direção quanto em outra, a economia política

<sup>126</sup> PRADO, Rodolfo Macedo do. **A chegada do plea bargaining ao Brasil**. Disponível em: <[https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#\\_ftn8](https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#_ftn8)> Acessado em 20 jun. 2019.

<sup>127</sup> PRADO, Arthur. **Plea-Bargain: remando contra a maré**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/plea-bargain-remando-contra-a-mare-21012019>>. Acessado em 20 jun. 2019.

tende a liberar o poder de Estado ao invés de contê-lo, como acontecia quando o elemento de legitimação era o Direito.<sup>128</sup>

Vislumbra-se, portanto, que a proposta de acordo nos termos do art. 395-A distorce a função precípua do processo penal de limitação do poder estatal, essa limitação se fundamenta em virtude das arbitrariedades constatadas no decorrer da história. Por conseguinte, o discurso de eficientismo do processo, com base em argumentos econômicos, não pode servir de razão para o atropelo de garantias constitucionais e máculas à separação das funções dos atores processuais do sistema.

---

<sup>128</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar a compatibilidade da negociação da sentença penal, proposta no Pacote Anticrime, com o modelo jurídico brasileiro e suas tradições. Para tanto, discorreu sobre a medida proposta no Pacote, bem como sobre sua tramitação nas casas legislativas e sua exposição de motivos (razão de ser).

Para alicerçar a explanação, foi necessário entender como funciona o modelo negocial da *plea bargain* e como ele se adapta ao sistema norte-americano, citando, ao final, outros exemplos de negociação da sentença criminal, presentes na Alemanha e na Itália.

Pode-se constatar que os motivos que levaram referidos países a implementar os acordos penais foram os mesmos que no Brasil: a busca por alternativas de aceleração e simplificação processual e redução de custos. Nesse contexto, surge o discurso da política eficientista do processo penal, que - desvirtuando a instrumentalidade do processo - encontram nas negociações um campo fértil para aplicar suas ideologias.

Nesse discurso utilitarista, o que passa a vigorar é o custo do processo, de modo que quanto mais condenações forem feitas com o menor dispêndio de recursos melhor, pouco importando as garantias individuais e o Estado democrático de direito.

Ao analisar o instituto negocial sob a perspectiva do modelo jurídico da *civil law* (que foi adotado pelo Brasil historicamente), constatou-se que, no Brasil, o Ministério Público não goza da discricionariedade de atuação como nos Estados Unidos, o que pode ser extraído dos princípios da ação penal pública.

Em relação a esses princípios, importante pontuar o regramento trazido pela obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, que impõe que o Ministério Público, ao ter ciência de eventual prática de infração penal, tem o dever de iniciar a persecução penal (oferecer a denúncia, caso entenda presentes os requisitos necessários, ou requerer o arquivamento), bem como, após iniciada a persecução, não poderá desistir ou dispor dela sem justificativa. Tais princípios, no entanto, já vêm sendo relativizados por institutos diversificadores (transação penal e suspensão condicional do processo), o que levou a doutrina a adotar a ideia do princípio da discricionariedade regrada.

As inconsistências mais aparentes surgem quando confrontamos a negociação da sentença penal com as garantias individuais do acusado e o sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro.

Nesse sentido, foi estudado que as garantias surgem como instrumentos necessários para proteger o réu das arbitrariedades do Estado, constatadas no decorrer da história, assim como a própria função do processo penal, que tem como fundamento a limitação do poder estatal.

Dentre essas garantias, encontra-se o princípio do devido processo legal, que pode ser conceituado como regente, estabelecendo que nenhuma pessoa será privada de sua liberdade ou seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma prescrita em lei. Em decorrência desse princípio, desdobram-se garantias imprescindíveis para analisar a controvérsia da justiça negocial, como o princípio da presunção de inocência e o princípio do contraditório e ampla defesa.

Do princípio da presunção de inocência deriva uma regra de tratamento ao réu: só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Para ser considerado culpado, os fatos e as provas produzidas devem ser submetidos ao crivo do juiz, único que tem o poder de declarar a culpabilidade de alguém. A lógica negocial parece inverter essa regra; apenas com os elementos colhidos na fase investigativa, o Ministério Público presume o réu culpado, analisa sua culpabilidade e propõe um acordo incentivando que o denunciado não exerça seu direito de defesa, para tanto oferece um abrandamento da pena a ser imposta. Logo, o inquérito que deveria possuir valor informativo, pois não foi submetido ao princípio do contraditório (a defesa não participou da coleta das informações), passa a ter valor probante, aptos a convencer o Ministério Público da culpabilidade do réu, que, caso aceite o acordo, será sentenciado como entende o órgão ministerial.

Além do inquérito, volta a vigorar como rainha das provas a confissão, que teve seu reinado nos tempos da Inquisição da Igreja Católica. Seu retorno é decorrente da obrigatoriedade do réu declara-se culpado para poder iniciar a negociação. Todavia, autores como John Langbein anunciam a natureza coercitiva das negociações, afinal, quem não estiver disposto a cooperar com a justiça (em outras palavras, renunciar seu direito de defesa) está fadado a receber uma pena mais severa, bem como estará sujeito às medidas cautelares, como a prisão preventiva (que passou a ser regra no hodierno processual). Essas circunstâncias evidenciam a natureza inquisitiva do modelo negocial, que se utilizava da tortura para obter a confissão.

Outrossim, o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, tem como principal característica a separação das funções entre quem acusa e quem julga, visando a coibir excessos praticados pelo Estado, observados no período inquisitivo. Entretanto, na negociação da sentença penal, vislumbra-se uma completa desvirtuação desses papéis. O acordo retira do juiz a função de análise da culpabilidade do acusado, agora quem analisa é o Ministério Público

(também responsável pela pretensão acusatória). Ou seja, centraliza-se no órgão acusador as duas funções, além de que transforma o inquérito policial de instrumento informativo para instrumento da verdade, o que configura uma violação à separação de poderes dos atores processuais, prevista no modelo acusatório.

Agora quem dirá a justiça será a negociação e o juiz, uma vez que se resumirá em homologar os acordos estabelecidos.

O direito, que tem sua lógica voltada à limitação de poder do Estado, cede espaço para a economia política (e seu pensamento eficientista), a qual vê no mercado das negociações, um ambiente fértil para implementar suas pretensões, pouco importando as regras do processo, as garantias de quem está sob julgamento e o sistema acusatório, afinal, a regra agora é punir mais com o menor gasto possível.

## REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Sistema Jurídico nos Estados Unidos** - Common Law e Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors e Lawyers): O que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.19.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF)> Acesso em: 20 jun. 2019.

ANDRADA, Doorgal. A delação premiada tem limites na Lei nº 12.850/2013 e não se confunde com o plea bargaining. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/a-delacao-premiada-tem-limites-na-lei-no-12-8502013-e-nao-se-confunde-com-o-plea-bargaining/>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Erica Montenegro Alves. **Justiça penal negociada sob a ótica do sistema garantista penal**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=20457](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20457)>. Acesso em. 05 jun. 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

BRASIL. Anteprojeto de Lei Anticrime, de 2019. Brasília, Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995 . Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: Entre os ideais de Funcionalidade e Garantismo. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/2013: Um novo paradigma de sistema penal contratual?. **Revista de Estudos Criminais**, Florianópolis, v. 69, p.171-217, abr. 2018.

COUTINHO, Jacinto. **A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial.** Revista de Processo, n. 70.

FIGUEIRÊDO, Laíla. **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

GALIO, Morgana Henicka. **HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW:** a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: CRÍTICA À FRAGILIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL EM UM CENÁRIO DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1108-1134, dez. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. **COMMON LAW NO SISTEMA JURÍDICO AMERICANO:** Evolução, críticas e crescimento do direito legislado. 2011. 28 f. Monografia (Especialização) - Curso de Fundamentals Of U.S. Law, Thomas Jefferson School Of Law, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 8 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. **Dogmática penal e poder punitivo:** novos rumos e redefinições. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

HILL, Flávia Pereira. Plea Bargaining - Uma Incursão no Sistema Processual Penal Norte-Americano. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 9ª ed., rev e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”.** Revista de Processo, ano 16, n. 62, abr./jun. 1991. p.92: “No direito norte-americano, até o ano de 1968 e como instrumento de auto-composição de litígios penais, a

*bargaining* era empregada de maneira oculta, sem publicidade: *under the table*, conforme os críticos”.

MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano.**

Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Arthur. **Plea-Bargain:** remando contra a maré. Disponível em:

<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/plea-bargain-remando-contr-a-mare-21012019>>. Acessado em 20 jun. 2019.

PRADO, Rodolfo Macedo do. **A chegada do plea bargaining ao Brasil.** Disponível em: <[https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#\\_ftn8](https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/#_ftn8)>. Acesso em: 19 mai. 2019.

PRADO, Rodolfo Macedo do. **Sobre Plea Bargain, Pacote Anticrime, Crasso e a moderna Batalha de Carras.** Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargain-crasso-moro/>>. Acesso em. 25 mai. 2019.

RODAS, Sérgio. **Nos EUA plea-bargain foi instituído para desafogar tribunais.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>. Acesso em: 10 jun. 2019

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 5 ed. ver. e atual. Florianópolis: EModara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação Premiada conforme a Teoria dos Jogos:** táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

REIS, Wanderlei José dos. O júri no Brasil e nos Estados Unidos. Algumas considerações.

**Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

SOUSA, Rainer Gonçalves. "**A Constituição dos Estados Unidos**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historia-da-america/a-constituicao-dos-estados-unidos.htm>>. Acesso em: 29 de maio de 2019.

TORRÃO, Fernando. **A relevância político-crimal da suspensão provisória do processo.** Coimbra: Almedina, 2000.

TORRES, Carlos Alberto Dias. O Instituto da Transação Penal. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 423-487.)

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.