

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE À JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E A SUA TENDÊNCIA
EXPANSIONISTA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Bruno Seiso Kian

Presidente Prudente

2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ANÁLISE À JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E A SUA TENDÊNCIA
EXPANSIONISTA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Bruno Seiso Kian

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Mario Coimbra.

Presidente Prudente

2019

**ANÁLISE À JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E A SUA TENDÊNCIA
EXPANSIONISTA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Mario Coimbra
Orientador

Florestan Rodrigo do Prado
Examinador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2019.

Qualquer pessoa, qualquer criança, para se estruturar como sujeito e ter um desenvolvimento saudável necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. E afeto significa “afeição por alguém”, “dedicação”. Afeiçãoar significa também “instruir, educar, formar”, “dar afeição, forma ou figura”. Esta é uma diferença entre afeto e amor. O afeto não é somente um sentimento, mas sim uma ação.

Rodrigo da Cunha Pereira

RESUMO

A justiça negocial não é novidade no direito penal brasileiro, sendo atualmente aplicada aos crimes de menor gravidade os benefícios instituídos pela Lei nº 9.099/95, e à crimes específicos, onde a lei possibilita, o acordo de colaboração premiada. Trata-se de um meio alternativo à resolução de conflitos penais, todavia, verifica-se uma forte resistência à ideia da expansão de sua aplicação. Destarte, o presente trabalho tem por finalidade demonstrar a possibilidade da ampliação da aplicação da justiça negocial, sem necessariamente afrontar os princípios instituídos pela Constituição Federal. Assim, utilizando-se do método dedutivo, passamos por uma breve análise à evolução do direito penal e da persecução criminal, inclusive, às atuais normas no ordenamento jurídico brasileiro e expondo as principais teses contrárias à expansão do espaço de consenso. Feito isso, foi realizado um estudo ao direito criminal negocial, tanto em sua aplicação no direito estrangeiro, utilizou-se como referência o modelo negocial norte-americano *plea bargaining*; quanto no direito brasileiro, expondo as principais características dos mecanismos de negociação atualmente existentes, a fim de demonstrar a perfeita harmonia com as normas constitucionais. Para esse fim, nos baseamos especialmente no acordo de não persecução penal, uma vez que, além de ser uma das grandes expressões à expansão do espaço consensual no Brasil, acaba por abordar as principais críticas realizadas a justiça negocial.

Palavras-chave: Justiça Criminal Negocial. Justiça Consensual. *Plea Bargaining*. Acordo de Não Persecução Penal.

ABSTRACT

Negotiating justice is not new in Brazilian criminal law, and the benefits established by Law No. 9.099 / 95 are currently applied to crimes of lesser gravity, and to specific crimes, where the law allows, the award-winning collaboration agreement. It is an alternative way to resolve criminal conflicts, but there is strong resistance to the idea of expanding its application. Thus, this paper aims to demonstrate the possibility of expanding the application of negotiating justice, without necessarily facing the principles established by the Federal Constitution. Thus, using the deductive method, we go through a brief analysis of the evolution of criminal law and criminal prosecution, including the current norms in the Brazilian legal system and exposing the main theses contrary to the expansion of the space of consensus. Once this is done, a study will be carried out on the criminal criminal law, both in its application in foreign law, using as reference the bargaining model of North American bargaining; as well as in Brazilian law, exposing the main characteristics of the existing negotiating mechanisms, in order to demonstrate the perfect harmony with the constitutional norms. To this end, we will be based especially on the agreement of non-prosecution, since, besides being one of the great expressions to the expansion of the consensual space in Brazil, ends up approaching the main criticisms made to the business justice.

Keywords: Commercial Criminal Justice. Consensus Justice. Plea Bargaining. Criminal Non-Pursuit Agreement.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DO DIREITO PENAL E DA PERSECUÇÃO CRIMINAL	9
2.1 Da Evolução Histórica do Direito Penal	9
2.1.1 Da justiça privada	10
2.1.2 Da necessidade do controle do <i>jus puniendi</i> estatal	12
2.2 Da Persecução Penal no Direito Brasileiro.....	13
2.2.1 Da fase investigativa	13
2.2.2 Da fase processual.....	14
2.2.2.1 Da ação penal de iniciativa privada	15
2.2.2.2 Da ação penal pública	16
3 DA JUSTIÇA NEGOCIAL COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESPOSTA ESTATAL.....	18
3.1 <i>Plea Bargaining</i> : O Mecanismo de Consenso Negocial Norte-Americano	20
3.2 Os Papéis na Realização do <i>Plea Bargaining</i>	23
4 DAS CRÍTICAS À ESPANSÃO DO ESPAÇO DE CONSENSO	26
4.1 Dos Ideais do Garantismo Penal	26
4.2 A Corrupção dos Valores dos Sujeitos do Processo	28
4.3 Do Empoderamento do Ministério Público	30
4.4 Da Condenação de Inocentes	31
4.5 Das Provas.....	32
5 DO DIREITO CRIMINAL NEGOCIAL NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO	35
5.1. Dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM)	35
5.2 Da delação premiada	38
6 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXPANSÃO DO ESPAÇO DE CONSENSO.....	41
6.1 Força normativa	44
6.2 Natureza normativa	45
6.3 Dos Princípios da Legalidade, Obrigatoriedade e Oportunidade.....	46
6.4 Do devido processo legal	50
6.5 Da necessidade.....	54
7 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vivenciamos uma justiça que, diante da sobrecarga de processos, não é incomum decorrer a prescrição em diversos casos, ou, ao menos, diante de uma resposta excessivamente morosa às práticas criminosas, comprometer sua efetividade, o que acaba por resultar em um sentimento de impunidade à população.

Deste modo, diante da necessidade de uma maior eficiência na resolução dos conflitos penais, vem crescendo cada vez mais a ideia da expansão do espaço de consenso, isto é, a criação de mecanismos a permitir uma maior aplicação da justiça consensual. Trata-se de um meio alternativo a permitir o encerramento da persecução penal de forma antecipada.

Contudo, surgiu diversas críticas a isso, defendendo sua incompatibilidade com a Constituição Federal, uma vez que violaria garantias constitucionais concedidas ao acusado, além de causar a desvirtuação das finalidades da persecução penal.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar, utilizando-se do método dedutivo, por meio de um estudo bibliográfico e normativo, a possibilidade de expandir a justiça negocial respeitando as normas constitucionais por meio de uma oportunidade regrada.

No segundo capítulo foi feito uma breve análise ao direito penal e à persecução penal. Visa-se o aludido capítulo expor a evolução histórica da matéria, pois necessário para a compreensão da base para a formação dos princípios constitucionais do processo penal. Feito isso, foi introduzido as principais normas da persecução penal no direito brasileiro, uma vez que o direito negocial é um meio alternativo a sua resolução.

No terceiro capítulo centrou em introduzir as principais características do direito negocial. Com esta finalidade, utilizamos como base a *plea bargaining*, tendo em vista sua ampla aplicação na justiça norte-americana, responsável pela resolução de mais de 90% das lides penais do país. Ademais, trata-se de mecanismo de ampla incidência, alcançando todos os crimes, independentemente do novel de gravidade.

Após compreendido a essência da persecução penal e da justiça negocial, no quarto capítulo foi exposto as principais críticas quanto á expansão do

direito criminal negocial do ordenamento jurídico brasileiro, defendendo desde à inerente ofensa a garantias constitucionais, quanto à desvirtuação dos sujeitos processuais.

Por fim, no quinto capítulo foram analisados os mecanismos negociais atualmente vigentes na justiça brasileira, em especial ao acordo de não persecução penal, visto ser o mecanismo mais criticado pela doutrina. Assim, com base no aludido mecanismo, ao final, foram contestadas as críticas expostas no capítulo anterior, demonstrando ser possível à expansão da justiça criminal negocial.

2 DO DIREITO PENAL E DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Vivemos atualmente um estado de direito, dessa forma, é imprescindível que a persecução penal seja realizada respeitando os limites definidos pela lei, em especial as incorporadas ao ordenamento jurídico pela Constituição Federal.

Tendo em vista que o presente trabalho tem por objetivo o estudo do direito criminal negocial e as consequências de sua expansão no nosso ordenamento jurídico e, uma vez que sua principal consequência é possibilitar o encerramento da persecução penal por meios alternativos, assim, buscando evitar-se a sua fase processual (ou ao menos encurtá-la), faz-se necessário uma abordagem à persecução penal brasileiro,

Desta forma, realizamos uma análise à evolução histórica do sistema de persecução penal no mundo, a fim de compreender a formação de seus principais princípios e valores, necessários a formar um Estado democrático de direito, uma vez que foram sendo moldadas de forma progressiva e lenta, conforme a evolução da sociedade.

Feito isso, expomos as principais regras do nosso sistema de persecução penal, suas fases e principais diferenças, dando especial atenção à persecução penal dos crimes de ação penal pública, visto que aos crimes de ação privada já incidem de forma plena os princípios da disponibilidade e oportunidade.

2.1 Da Evolução Histórica do Direito Penal

O direito penal ou direito criminal é o ramo do direito público que tem como uma de suas finalidades, a proteção dos bens jurídicos fundamentais. Conforme Garcia (2008, p. 4-5), o direito penal pode ser classificado em: direito penal subjetivo, referindo-se ao *jus puniendi* do Estado; direito penal objetivo, que seria o conjunto de normas jurídicas penais estabelecidas pelo Estado.

Vemos, então, o direito penal como o instituto que define condutas reprováveis, assim como suas consecutivas penas, com o fim de coibir a prática de crimes. Ainda, o Direito Penal também tem o papel de limitar o poder punitivo do Estado, função indispensável para um Estado Democrático de Direito.

Contudo, assim como qualquer outro ramo do direito, não nasceu de

um dia para o outro, trata-se de uma ciência que foi sendo desenvolvida com o decorrer do tempo.

2.1.1 Da justiça privada

Inicialmente, o Direito Penal nasceu da necessidade de um controle da conduta do homem, uma forma de impedir a agressão aos bens jurídicos fundamentais como a vida, integridade física, honra e patrimônio.

Como apontado por Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã*, “o homem é o lobo do próprio homem”. Defendia o filósofo quanto à necessidade de um contrato social com o poder centralizado em uma autoridade absoluta, para que fosse possível atingir a paz social, uma vez que o homem, em seu estado natural, o mais forte tendia a subjugar os mais fracos, resultando em constantes guerras.

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens... Portanto tudo aquilo que é válido para um tempo de guerra, em que todo homem é inimigo de todo homem, o mesmo é válido também para o tempo durante o qual os homens vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida por sua própria força e sua própria invenção. (HOBBS, 1651, p. 46)

Embora questionável o modelo de governo defendido, o referido autor descreve de forma precisa a natureza individualista do homem. A vista disso, vemos a necessidade de uma limitação da liberdade das pessoas, posto que em um meio aonde reina a “liberdade natural”, torna-se inviável a convivência saudável entre as pessoas.

Assim escreve Mises (2011, p. 23), neste sentido:

Os pensadores que desenvolveram, no século XVIII, a ideia da “lei natural” - sobretudo Jean-Jacques Rousseau – acreditavam que um dia, num passado remoto, os homens haviam desfrutado de algo chamado liberdade “natural”. Mas nesses tempos remotos os homens não eram livres – estavam à mercê de todos os que fossem mais fortes que eles mesmos. As famosas palavras de Rousseau: “O homem nasceu livre e se encontra acorrentado em toda parte”, talvez soem bem, mas na verdade o homem não nasceu livre. Nasceu como uma frágil criança de peito. Sem a proteção dos pais, sem a proteção proporcionada a esses pais pela sociedade, não teria podido sobreviver.

Em um primeiro momento, tínhamos um período onde predominava o

exercício da vingança pelo particular. Em outras palavras, em face da ofensa, a vítima, ou o seu grupo social, reagiam como forma de resposta que, uma vez que não existia qualquer instrumento de controle, em sua maioria das vezes eram aplicadas em níveis excessivamente desproporcionais, o que fomentava o conflito entre os grupos sociais.

Trata-se de período em que não havia a figura de um Estado, entidade a garantir o respeito às leis da sociedade, portanto, a solução dos conflitos geralmente se efetivava pela autotutela.

Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava (GARCIA, 2008, p. 7).

Também nesse sentido, escreve Vinicius Xavier (2009, s.p.):

[...] quem desejasse algo que outrem o impedisse de obter, seja como forma de relação comercial ou pessoal, haveria de buscar por si só, com seus esforços e na medida de seu poder, a satisfação de seus interesses sem qualquer mecanismo de freio ou limitação nessa atividade, sendo que a própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada.

Diante de tal situação, que se mostrava cada vez mais insustentável, o modelo de justiça privada foi sendo abandonado e substituído paulatinamente por um modelo de justiça pública, criando-se um ente detentor do poder de julgar e punir.

Dessa forma, o Estado passa a ganhar cada vez mais força, e acaba por assumir o direito de punir para si, sendo este o único a deter a legitimidade de julgar e punir as pessoas, pondo um fim à era da justiça privada.

Conforme salienta Marcellus Polastri (2016, p. 64)

Passada a fase de vingança privada, o Estado tomou para si o monopólio da persecução penal, e, com o cometimento da infração penal, sendo atingido um interesse público, surge o direito-dever de exercer o jus puniendi, com a imposição da respectiva sanção àqueles que infringiam o mandamento penal proibitivo.

Concentrado o jus puniendi nas mãos do Estado, inicia-se a formação à ciência do Direito Penal e Processual Penal, no qual busca-se uma resposta mais

eficiente e proporcional à prática do crime

Nessa perspectiva, originou-se o Código de Hamurabi, introduzindo os princípios da Lei de Talião. Mesmo que, em uma visão atual, o referido instituto trazia normas com penas excessivamente cruéis e desumanas, trata-se indiscutivelmente de uma conquista à evolução do Direito Penal, visto ser o primeiro vislumbre da tentativa em buscar à proporcionalidade da pena em face da conduta.

Posteriormente, foram sendo criadas outras formas de solução, por exemplo, a figura da composição pecuniária, em que a compensação pelo ato ilícito se dava pelo pagamento à vítima ou seus parentes. Nascendo assim, a ideia da finalidade restaurativa da pena.

2.1.2 Da necessidade do controle do *jus puniendi* estatal

É comum ao iniciar o estudo do Direito Penal, supormos que o instituto que se limita a prevenção e o combate ao crime, contudo, como já afirmado anteriormente, o Direito Penal está relacionado também ao *jus puniendi* do Estado, mais precisamente quanto a sua limitação e controle de sua aplicação. Ponto de extrema relevância, que começou a ter seu valor reconhecido após longo período de tirania adotado por diversos Estados.

Ao transferir o *jus puniendi* ao Estado, adveio outro grande problema. As primeiras sociedades que adotaram a justiça pública sofriam com a arbitrariedade de seus soberanos, que detinham poderes praticamente ilimitados em seus respectivos domínios, inclusive quanto ao julgamento de crimes e a aplicação de penas.

Temos como exemplo o reino inglês do século XIII, o qual tinha como líder soberano o Rei João Sem-Terra. Em face de seu governo abusivo, em 1215, os barões ingleses tomaram Londres e obrigaram o Rei a assinar a Carta Magna, no intuito de limitar seus poderes. Em seu texto, trazia diversos valores essenciais à um Estado Democrático que um dia viriam a se tornar alguns dos princípios bases de nossa Constituição, dentro deles está o princípio do devido processo legal, princípio da legalidade e o princípio da presunção de inocência.

É relatado que o Rei João Sem-Terra não respeitou as regras da Carta Magna, desencadeando uma guerra civil entre os barões e o Rei, apesar disso, o aludido documento é um dos grandes marcos na luta contra a tirania estatal e a

busca de uma sociedade democrática.

Atualmente no Brasil, temos a nossa atual Constituição Federal, que já em seu art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, enquanto no art. 5, de forma não taxativa, concretiza os diversos princípios e garantias fundamentais, sendo considerados cláusulas pétreas.

2.2 Da Persecução Penal no Direito Brasileiro

A persecução penal é o conjunto de atividades, devidamente reguladas em lei, executadas pelo Estado afim de punir a prática de crime, englobando desde a atividade investigativa quanto o processo judicial.

Dessa forma, a persecução penal é composta de duas etapas, a fase investigativa e a fase processual. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 129):

[...] a persecução penal estatal se constitui de duas etapas: **(1)** a investigação preliminar, gênero do qual é espécie o inquérito policial..., cujo o objetivo é formar lastro probatório mínimo para a deflagração válida da fase seguinte; e **(2)** o processo penal, que é desencadeado pela propositura de ação penal perante o Judiciário.

Dito isso, faremos uma análise aos preceitos básicos da fase investigativa, e posteriormente a fase processual, dando enfoque à ação penal de iniciativa pública e os princípios que a regem quanto a obrigatoriedade e indisponibilidade da persecução penal, uma vez que são os objetos dos mecanismos de negociação.

2.2.1 Da fase investigativa

Trata-se da fase pré-processual de natureza administrativa, o qual visa a obtenção de elementos de convicção suficientes a dar suporte a eventual ação penal, através da instauração de inquérito policial ou outro procedimento investigatório trazido por lei.

Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017, p. 131):

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar,

presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado. Pontua-se que a Lei nº 12.830/2013, ao dispor sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, deixa consignado que a apuração investigativa preliminar tem como objetivo apuração de circunstâncias, materialidade e autoria das infrações penais (art. 2º, §1º).

O inquérito policial será conduzido pelo Delegado, havendo a discricionariedade por parte deste na condução da investigação.

Não há na fase investigativa o exercício do contraditório ou ampla defesa pelo investigado, visto tratar-se de mera investigação. A vista disso, sequer se fala em partes. Tal fato não desnatura a natureza acusatória da persecução penal brasileira, uma vez que, obtidos elementos de convicção suficientes para a continuidade da persecução penal, a pena somente poderá ser imposta por meio de ação, fase esta em que todas os direitos e garantias deverão ser disponibilizados ao acusado.

Seguindo a mesma lógica, na fase investigativa impera o caráter sigiloso, pois caso contrário, prejudicaria sua finalidade, qual seja, colher elementos suficientes a elucidação dos fatos.

Explica Marcellus Polastri (2016, p. 97):

[...] para que se tenha a exigida justa causa, deve ser precedido de uma fase de investigação (ou ao menos elementos como uma completa notícia-crime com suporte), e essa fase tem características inquisitorial, imperando o sigilo, e na fase de investigação, assim, não há o contraditório, justamente para melhor se possibilitar a elucidação do fato típico. Mas, tal não desnatura o sistema acusatório da fase processual, pois é a fase do processo que deve ter um acusatório puro.

Visto ter por única finalidade proporcionar elementos de convicção suficientes a propositura da ação penal, não se trata de procedimento indispensável à persecução criminal. Nesse sentido, existindo elementos suficientes para embasar a denúncia ou queixa-crime, pode ser dispensado a instauração do inquérito policial.

2.2.2 Da fase processual

A ação penal condenatória é o meio pelo qual concluímos a fase investigativa da persecução penal e damos início à fase judicial/processual.

Oferecido a peça inicial, entendendo o magistrado estarem presentes todas as condições para a ação, irá recebê-las e designará data para a realização da audiência e intimando as partes. Momento este que se dá o início da fase processual.

A instauração do processo penal deverá ser dada por meio do recebimento da denúncia nos delitos de ação pública condicionada ou incondicionada, onde o Ministério Público é a entidade que possui legitimidade exclusiva para sua propositura, e por meio da queixa-crime, nos delitos de ação privada, em que o legitimado é o próprio ofendido.

2.2.2.1 Da ação penal de iniciativa privada

Nos delitos de ação penal de iniciativa privada, vigoram o princípio da oportunidade e o princípio da disponibilidade, de modo que, não há qualquer imposição da lei quanto à obrigatoriedade de sua persecução penal.

Não obstante a prática do crime, sua persecução é de total discricionariedade do ofendido, podendo optar pela não persecução, independentemente de seus motivos, prevalecendo os princípios da oportunidade e disponibilidade da ação penal privada.

Conforme Eugênio Pacelli (2017, p. 85):

[...] a ação privada existiria para reservar inteiramente ao seu respectivo titular – ofendido e/ou legitimados para o processo – não só o juízo de conveniência e oportunidade da ação, mas, sobretudo, para permitir que o ofendido (ou seu representante legal e os demais legitimados para a ação, em caso de morte ou ausência dele) manifeste livremente a sua convicção – *opinio delicti* – acerca da existência do crime e da suficiência da prova para a instauração da ação penal.

Nesse sentido, conforme o do princípio da oportunidade, não há qualquer imposição do dever de iniciar a persecução, o ofendido possui a faculdade de oferecer a queixa-crime, desde que respeitado o prazo de 6 (seis) meses do conhecimento da autoria, sob pena de decadência do direito de ação, nos termos do art. 103 do Código Penal.

Na mesma lógica, conforme o princípio da disponibilidade, uma vez buscado o judiciário para a resolução do conflito de interesses, nada obsta o ofendido à desistência da ação durante o decurso do processo. Inclusive, sendo

possível a desistência tácita, precisando o ofendido simplesmente fazer-se inerte nos termos do art. 60 do Código de Processo Penal, para que seja declarado o encerramento do processo pela desistência.

2.2.2.2 Da ação penal pública

Nos crimes de ação penal pública, entendeu o legislador que em face da natureza ou gravidade do crime, sua efetiva repreensão seria de interesse não apenas da vítima, mas de toda a coletividade. Assim, o Estado retira da vítima direta a legitimidade como parte da ação penal, concedendo-a ao Ministério Público.

Dessa forma, a Constituição Federal, através de seu parágrafo I do art. 129, confere a competência privativa ao Ministério Público em promover a ação penal pública. Logo, ao membro do Ministério Público compete realizar o juízo quanto a presença de todos os quesitos ao oferecimento da denúncia, independentemente da vontade da vítima direta.

Assim, sendo de interesse da sociedade a persecução penal dos crimes definidos de iniciativa por ação penal pública, de maneira distinta dos crimes de ação de iniciativa privada, predominam os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

Com base no princípio da obrigatoriedade, o promotor, ao estar diante de um fato típico, ilícito, culpável e punível, havendo indícios suficientes de materialidade e autoria, tem o dever funcional de propor a denúncia, sendo denominado de princípio da obrigatoriedade.

Seguindo o mesmo raciocínio, temos o Princípio da indisponibilidade, não podendo o Ministério Público desistir do processo em seu tramite. Importante salientar que nada impede o *parquet*, em meio ao trâmite processual, entender pela inocência do acusado, contudo, o processo não será interrompido e o juiz não estará vinculado à tal posicionamento, podendo ao final, condená-lo.

Insta salientar que é possível que um crime de ação penal pública seja instaurado através da iniciativa privada, decorrendo na hipótese em que o promotor se mantém inerte, deixando de manifestar-se dentro do prazo legal. Conforme o art. 29 do CPP, diante da omissão do Ministério Público, poderá o ofendido ofertar ação penal privada subsidiária da pública.

Contudo, mesmo na hipótese acima mencionada, o Ministério Público

ainda estará vinculado a ação, devendo participar do processo como uma espécie de assistente do acusado. Ademais, diante de eventual omissão da vítima na atuação processual, conforme o art. 29 do CPP, o Ministério Público deverá retomar a ação como parte principal, dando prosseguimento ao processo. Tal disposição demonstra que mesmo que a ação judicial tenha se iniciado por meio de queixa-crime, o delito mantém sua essência, vigorando o princípio da indisponibilidade.

Conforme art. 28 do Código de Processo Penal, não obstante tenha o Parquet promovido o arquivamento da investigação, entenda o Juiz existir nos autos elementos de convicção suficientes a sustentar a denúncia, poderá remeter a peça ao Procurador-Geral, este que por meio de designação de outro membro do Ministério Público fará a reanálise do caso. Nestes termos, o Juiz exerce o papel de fiscal da referida atividade do promotor, a fim de zelar o respeito ao princípio da obrigatoriedade.

Embora restrita a autonomia do Ministério Público, em face dos princípios acima mencionados, a lei nos traz hipóteses em que ela é relativizada: a Lei nº 9.099/95, que trouxe a possibilidade de acordo de transação penal aos delitos de menor potencial ofensivo (art. 76), suspensão condicional do processo (art. 81) aos delitos de pena abstrata não superior à 1 ano, e de compensação cível (art. 72-74) aos crimes de menor potencial ofensivo; a Lei nº 12.529/11 que trouxe a possibilidade do acordo de leniência; e com a Lei nº 12.850/13, e diversas outras leis esparsas, que trouxeram a possibilidade da colaboração premiada; e por fim, o mais atual de negociação trazida pela Resolução nº 181/17 do CNMP, o acordo de não persecução penal (art. 18), possibilitando o consenso aos crimes de pena mínima até 4 anos, desde que não praticados em contexto de violência ou grave ameaça.

Atualmente, temos diversos projetos de Lei que, entre suas propostas, está a criação de novos mecanismos de negociação, a fim de se expandir o espaço de consenso no direito brasileiro.

3 DA JUSTIÇA NEGOCIAL COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESPOSTA ESTATAL

Em um primeiro momento, após a concentrar o jus puniendi no Estado, existia apenas a ideia de retribuição à conduta criminosa, praticamente ignorando o interesse da vítima, ou mesmo se a resposta Estatal efetivamente prevenindo a prática de crimes.

Assim, a aplicação do jus puniendi foi evoluindo e, atualmente são classificados em três modelos de resposta à prática de um crime, quais sejam:

- a) Dissuasório Clássico: pautado na ideia de retribuição. Através da simples imposição da punição, serviria como meio de prevenir que o infrator voltasse a praticar crimes. Assim, a pena possuiria uma finalidade puramente retributiva. Explica Laila Figueirêdo (2019, s.p.):

O modelo dissuasório clássico acredita na resposta dada pelo Estado na sua forma insensível de punir o infrator, sendo suficiente para que este não volte a cometer novos delitos futuramente, funcionando como um bom grau de reprovabilidade e de prevenção. Nesse modelo, a pena conta com apenas uma finalidade, que é a retributiva, não havendo o interesse em eventual reparação do dano causado, ressocialização ou qualquer outro fim.

- b) Ressocializador: ao contrário do modelo anterior, a pena teria por finalidade a reintegração do delinquente à sociedade
- c) Consensual: modelo que busca a solução do conflito através da negociação, conciliação, transação etc. Neste modelo, busca-se meios alternativos de resolução dos conflitos penais.

O modelo consensual pode ser subdividido em duas espécies: A justiça restaurativa e a justiça negociada. Enquanto a primeira tem por objetivo buscar a conciliação entre a vítima e o infrator, em regra, visando a reparação dos danos, a segunda tem por finalidade o encerramento antecipado do conflito por meio de acordo entre o acusado e a acusação, devendo haver a confissão do infrator.

Na prática, a justiça consensual (tanto a restaurativa quanto a negociada) possibilita uma resolução alternativa do conflito penal. Desta forma, ao invés do conflito entre as partes, busca-se a princípio, se possível, o consenso entre elas.

Diante de sua natureza, há uma maior incidência de sua aplicação em países que adotam o sistema do *common law*, tendo em vista que, nesses sistemas

jurídicos prepondera o princípio da oportunidade da ação penal, havendo a discricionariedade do representante do Ministério público.

Todavia, diversos países em que se predomina o princípio da obrigatoriedade da ação penal, diante de uma demanda elevada de processos que acaba por impossibilitar o Estado em oferecer uma resposta eficiente à prática de crimes, vem cada vez mais flexibilizando tal norma.

A justiça negocial é o modelo de justiça que, decorrente do princípio da oportunidade, permite a solução dos conflitos penais por meio do consenso entre a acusação e a defesa. Dessa forma, seria possível dispensar a necessidade da realização integral do processo (ou até mesmo evitar a sua instauração), por meio de ajustes de condições alternativas a serem cumpridas pelo acusado.

Em sua essência, busca-se um resultado mais benéfico a ambas as partes. Enquanto decorre a economia da receita pública e a redução da sobrecarga do trabalho, por outro lado, o acusado será premiado.

Conforme Vinicius Gomes (2015, p. 55) a justiça consensual:

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

Apesar de definido como finalidade da justiça negocial o encerramento antecipado do processo, nada obsta a introdução de mecanismos negociais que tenham também diversas finalidades.

Grande exemplo é a instituto da colaboração premiada, introduzido com fim de contribuir ao combate às organizações criminosas. No aludido mecanismo, a finalidade da negociação não é o encerramento antecipado do processo em si, mas a obtenção de elementos probatórios ou informações que colabore a perseguição do crime organizado.

Do mesmo modo, nada impede a criação de mecanismos com finalidades mistas, como por exemplo o acordo de não persecução penal. Apesar de ter como principal finalidade o encerramento antecipado do processo, vemos que a finalidade restaurativa também foi prestigiada em sua edição, ao estipular no rol de

possíveis condições, a reparação dos danos, prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária às entidades públicas ou de interesse social que, preferencialmente, tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos que foram lesados pelo delito.

3.1 *Plea Bargaining*: O Mecanismo de Consenso Negocial Norte-Americano

O direito norte-americano adota o sistema *common law*, utilizando-se dos costumes e precedentes, sendo um de seus principais aspectos a predominância do princípio da oportunidade na persecução criminal exercida pelo do Ministério Público. Consequentemente, prevalece um amplo espaço de consenso.

Estima-se que mais de 90% dos casos no Estados Unidos são solucionados através da *plea bargaining*, nas cortes federais o número de casos em que termina em barganha chega a ultrapassar os 96% (YAROSHEFSKY, 2008, p. 1). Conclui-se assim que predomina a justiça consensual à conflitiva no direito norte-americano, uma vez que grande maioria esmagadora dos casos são julgados de maneira antecipada, sendo considerado um meio mais prático e eficaz de resolução das lides.

Existem diversas correntes quanto a origem histórica da *plea bargaining*, entre elas acabam-se destacando duas: conforme a tese da profissionalização dos atores processuais, afirma que em meados do Século XIX, com a maior profissionalização dos juízes e advogados, os processos de júri começaram a se tornar cada vez mais complexos e, conseqüentemente mais demorados, resultando na sobrecarga do judiciário (*overload cases*). Surge então a *plea bargaining* como meio de resposta a solucionar tal adversidade; e a tese sociológica que defende que o instrumento da barganha tenha surgido devido a questões econômicas. (CRUZ, 2016, p. 16-17)

A *plea bargaining* é o mecanismo negocial pelo qual se realiza um contrato de natureza bilateral entre o Promotor de Justiça (*prosecutor*) e o acusado (*defendant*), podendo ser realizado antes da instauração da ação (*plea bargaining* como instrumento pré-processual) ou no seu decorrer (*plea bargaining* como instrumento processual), no qual o réu aceita os crimes a ele imputados (*guilty plea*) ou deixa de contestá-los (*plea of nolo contendere*), em contrapartida, o Promotor lhe concederá certos benefícios legais. Realizado a *plea bargaining*, poderá se aplicar a

pena nos termos acordados, assim, encerrando o processo de forma antecipada.

Assim, negocia-se o direito o acusado em se defender, podendo se dar por duas condutas distintas. O acusado pode confessar sua culpa no delito imputado (*guilty plea*), ou simplesmente abrir mão da contestação. Tal acordo é denominado *no-contest plea*, ou do latim, *nolo contendere*

À primeira vista, o *nolo contendere* possui os mesmos efeitos da confissão (*guilty plea*), uma vez que ambos os casos resultam na condenação do acusado. Contudo, há uma grande diferença. A condenação do acusado devido a realização da *nolo contendere*, diferentemente da confissão do crime, não gera efeitos em outros processos. (ALVES, 2018, p. 205)

Desta forma, ao ser condenado por um crime por meio da realização de acordo de *plea bargaining*, apenas deixando de contestar a acusação, tal condenação não poderia ser utilizada como prova em eventual ação civil. Trata-se da principal vantagem da *nolo contendere*.

Importante frisar que o acusado tem o direito de não realizar a *plea bargaining*, tendo o direito de se declarar inocente (*not guilty*). Nesta hipótese, deverá o acusado ser julgado conforme o devido processo legal local estadunidense.

Em relação as espécies de benefícios a serem oferecidos pelo promotor, podemos dividir a *plea bargaining* em duas principais modalidades:

Primeiramente temos a *change bargaining*. Nesta hipótese de negociação sobre a própria imputação. Em troca da confissão, o promotor promove uma desclassificação da acusação substituindo para uma com a pena mais branda, podendo ser de modo qualitativo (forma vertical) em que substitui o delito imputado por um outro de menor gravidade; ou então de modo quantitativo (forma horizontal), possível nas hipóteses de múltiplos crimes praticados, podendo o promotor abrir mão de uma ou mais imputações, sendo este poder de seleção detido pelo promotor conhecido como *screen out* (informação verbal). A *change bargaining* de modo quantitativo, é denominado para alguns, como *count bargaining*. (SCHWARTZBACH, s.a., s.p.)

Outra espécie de *plea bargaining* é a *sentence bargaining*, em que, diferente da *change bargaining*, o qual a negociação envolve a imputação do delito, neste caso o objeto de negociação é a própria sanção (pena), podendo ser de modo qualitativo, reduzindo a quantidade da pena, quanto de forma qualitativa, convertendo a espécie de pena, como por exemplo, a substituição da pena privativa

de liberdade por uma restritiva de direitos (informação verbal).¹

Segundo Alves (2018, p. 204), na *sentence bargaining*, o promotor assume o compromisso de recomendar ao Juiz a aplicação de uma sanção mais branda, inclusive, sendo possível suspensão da pena, livramento condicional etc. Contudo, não obriga o Juiz a acatar a recomendação do promotor. Por este motivo, sua realização é bem menos comum do que a *charge bargaining*.

Trata-se das duas principais espécies de proposta de *plea bargaining*, contudo, o Promotor possui liberdade quanto à elaboração dos termos do acordo, não havendo qualquer obstrução em optar por outras espécies de proposta, inclusive podendo propor mais de uma espécie de benefício.

Dessa maneira, a justiça norte-americana, por meio da *plea bargaining*, possui um espaço de consenso extremamente amplo, alcançando todas as espécies de crime, independentemente da gravidade.

Apesar disso, a ampla discricionariedade exercida pelo promotor não se confunde com arbitrariedade, uma vez que, deverá ser feita análise pelo juiz que, entendendo haver qualquer vício na negociação, esta será declarada inválida.

Assim, para ser considerada válidas são necessária a verificação de três condições definidas pela *Federal Rules of Criminal Procedure*.

O primeiro requisito é prescrito no Rule 11, (b), (1) denominado de *Advising and Questioning the Defendant*. Busca-se garantir ao acusado conhecimento de sua situação quanto à persecução, além das consequências advindas da realização do acordo de *plea bargaining*.

Dessa forma, para que seja válido o acordo, deverá ser verificado se o acusado possui ciência de todos os fatores essenciais a permitir seu consentimento legítimo, a fim de evitar acordos realizados a partir da ignorância do acusado.

Conforme o dispositivo legal, deverá ser marcada audiência para que o acusado seja informado pessoalmente.

O segundo requisito, prescrito no Rule 11, (b), (2), denominado de *Ensuring That a Plea is Voluntary*. Busca-se garantir a autonomia do acusado em aceitar ou não a proposta ofertada pela acusação, no sentido de evitar eventuais atos de coação, ameaças ou promessas (salvo as efetuadas no próprio acordo)

Percebe-se a existência de uma certa conexão dos requisitos da

¹ Informação fornecida pelo Dr. Gianpaolo Poggio Smanio em palestra ministrada no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente no ano de 2018.

informação e voluntariedade. Ambos visam garantir que o acusado agiu da livre vontade ao concordar com a *plea bargaining*.

O terceiro e último requisito é prescrito na Rule 11, (b), (3), denominada de *Determining the Factual Basis for the Plea*. Conforme o referido dispositivo, deve-se exigir uma base fática que sustente a realização da *plea bargaining*. Posto isso, será inválido acordo realizado, no caso de não existir elementos probatórios mínimos a sustentar eventual ação penal.

Basicamente, a realização de acordos na *plea bargaining* resulta em um órgão judiciário mais eficiente, uma vez que abrevia o processo, dispensando a fase de colheita de provas e posteriormente a fase de debate, antecipando a proclamação da sentença pois a lide penal é solucionada de maneira antecipada, proporcionando uma maior economia das verbas públicas.

No tocante a sua legalidade, conforme a Emenda VI da Constituição dos Estados Unidos², é garantido ao acusado o direito ao julgamento, contudo, os Tribunais norte-americanos vêm entendendo que se trata de um direito disponível, tornando-se desnecessária a realização do processo nos casos em que se realiza a *plea bargaining*. (CRUZ, 2016, p. 15)

Parte da doutrina norte-americana critica o fato de que a grande maioria das lides penais ser solucionadas pelo reconhecimento da culpabilidade através da realização da *plea bargaining*, contudo, predomina o entendimento que o instituto é necessário, no sentido de que seria inviável oferecer um julgamento com todas as garantias a todos os acusados.

3.2 Os Papéis na Realização do *Plea Bargaining*

Um aspecto muito importante a ser discutido em relação à *plea bargaining* é o papel exercido por cada uma das partes do processo de negociação, pois necessário é a compreensão das regras do jogo, para que conseqüentemente possamos compreender os controles possíveis e que devem ser observados para evitar a arbitrariedade nos acordos.

O Promotor de Justiça norte-americano é o detentor do papel da

² 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.

acusação e conseqüentemente da elaboração da *bargaining*.

Albert Alschuler (1968, p. 52) categoriza a função do promotor na *plea bargaining* em quatro partes; em primeiro lugar o promotor tem a função de administrador, no sentido de dever sempre buscar resolver o caso da forma mais rápida e eficaz.

Em segundo lugar, o promotor deve agir como um defensor, no sentido de que, ao elaborar o acordo a ser oferecido ao acusado, deve estimar a pena que seria atribuída em uma eventual condenação após o decorrer do processo, e então descontar dela, pela possibilidade da absolvição buscando então certa proporcionalidade.

Em terceiro lugar, o promotor pode agir como o Juiz, podendo levar em consideração ao elaborar o acordo a ser proposto, as circunstâncias sociais do réu e as circunstâncias peculiares do crime.

Por fim, o promotor pode atuar como Legislador, no sentido de abrandar a situação quando entender que a lei é “dura demais”. Quanto a essa função, alguns promotores negam permitir que opiniões pessoais, bem como a lei, influenciem na formulação das propostas. Contudo, outros dizem ser válido por se tratar de uma maneira de combater penas desproporcionais prescritas em certos crimes.

Como exposto anteriormente, o Ministério Público norte-americano possui uma ampla liberdade quanto a elaboração dos acordos a serem propostos na *plea bargaining*, o que gera certa sensação de insegurança jurídica.

No mesmo raciocínio, para que seja realizada a barganha, é requisito necessário que o acusado esteja acompanhado de seu advogado (Emenda VI da Constituição Norte-americana), para que este o aconselhe e que ao lado do Promotor de Justiça, cheguem a um acordo aceitável para ambas as partes sendo o mais benéfico possível ao acusado. Ademais, sua presença também se mostra indispensável no sentido de evitar eventual prática de coação pelo Promotor.

Na *plea bargaining*, a função do Juiz será basicamente a de realizar um controle do acordo firmado, devendo averiguar a presença de todas as condições para a realização da *plea bargaining*.

Em relação às acusações a serem imputadas ao acusado, o Juiz poderá rejeitá-las caso as considere equivocadas, no entanto, o encargo de decidir quais encargos levar, pertence unicamente ao promotor, tendo este a liberdade em

alterar ou até mesmo descartar acusações. (BERGMAN, s.a., s.p.)

As negociações são realizadas em sua maioria fora da corte de forma privada entre o Promotor de Justiça e o acusado, não possuindo o Juiz qualquer papel neste momento, até que o acordo firmado seja apresentado em audiência. Em outras palavras, o único momento em que o Juiz irá atuar de fato na realização da *plea bargaining* é na declaração da sentença, não tendo qualquer ofício na elaboração de seus termos.³

O Juiz é aquele que irá concretizar os acordos firmados na *plea bargaining* através da sentença, por isso, deve-se estar ciente de todos os termos firmado entre as partes, principalmente aqueles de caráter incomum, para que então possa fazer um devido juízo quanto ao acordo firmado e, ao fim, rejeitá-lo caso o considere abusivo ou desproporcional. (STREICKER, s.a., s.p.)

Para desempenhar tal controle sob a barganha, o juiz poderá levar em consideração diversos fatores, como a personalidade do acusado e seus antecedentes criminais, o interesse da vítima, o interesse social, entre outras.

³ Há casos em que o juiz acaba por auxiliar na negociação.

4 DAS CRÍTICAS À ESPANSÃO DO ESPAÇO DE CONSENSO

Não obstante à tendência atual de expansão do espaço de consenso, percebido pelas diversas propostas de lei que visam instaurar novos mecanismos de negociação, percebe-se ainda forte resistência doutrinária, fundamentando-se em suposta depravação do papel do direito como limitador do poder estatal, uma vez que relativiza garantias dispostas na constituição federal e fere a divisão de poderes das partes processuais.

A expansão do espaço de consenso seria um retrocesso jurídico, pois baseia-se na mitigação de princípios fundamentais ao Estado de Direito Democrático, comprometendo seriamente a segurança jurídica, configurando-se em potencial fonte ao nascimento de uma nova ditadura.

4.1 Dos Ideais do Garantismo Penal

A teoria do garantismo penal defende a imprescindibilidade da observância dos direitos e garantias individuais para que exista de fato um estado democrático, sendo necessária a criação de dispositivos para garanti-las, buscando impedir a arbitrariedade do estado através da limitação de seu poder punitivo.

Neste sentido explica Alvaro Stipp (2006, s.p.)

O garantismo em um sistema sociocultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais a vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitam com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado. Esses instrumentos jurídicos são as garantias, as armas jurídicas que visam proteger os cidadãos que abrem mão de parcela de sua autonomia em benefício da coletividade, entregando ao Estado o poder para que ele lhes propicie segurança, saúde, trabalho etc. Para estar seguro da realização desse desiderato por parte do Estado, as constituições do Estado de Direito preveem instrumentos jurídicos expressos em limites, vínculos e obrigações impostos ao poder estatal, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças. O Garantismo se vincula, portanto, ao conceito de Estado de Direito, modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal.

Os direitos fundamentais são frutos de lutas que, paulatinamente vem sendo conquistados com o decorrer dos tempos, são intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e da limitação do poder estatal, e por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2016, p. 30)

A Carta Magna, documento de extrema relevância na evolução histórica dos direitos fundamentais, foi assinada em 1215 pelo Rei da Inglaterra, João Sem-Terra, devido a coação de seus súditos, por exercer o poder de forma abusiva, desrespeitando leis e costumes da época, tendo como finalidade obrigar o Rei a respeitar direitos e garantias, como por exemplo, o devido processo legal. (SILVA, 2014, s.p.)

Art. 39. Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Art. 40. A ninguém vendemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.

A atual Constituição Federal Brasileira resguarda a garantia à dignidade da pessoa humana, que é uma de suas principais preocupações, normatizando em seu texto, diversos direitos e garantias fundamentais, visando uma maior proteção legal e a criação de mecanismos para sua aplicação. (CARLUCCI, 2018, s.p.)

Tamanha precaução e aplicação dos direitos e garantias fundamentais presente na nossa atual Constituição Federal, é justificada pelo contexto histórico da época da sua entrada em vigência, surgindo após o fim da Ditadura Militar, período em que ficou marcado pela ausência de democracia, a supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão aos que eram contra o regime militar. (NUNES, 2016, s.p.)

Apesar de o nosso ordenamento jurídico possuir tal inclinação ao garantismo, no âmbito criminal vem ocorrendo uma tendência à flexibilização dos procedimentos processuais e certa reinterpretação de princípios e direitos e garantias fundamentais no sentido de mitigá-las⁴ por diversos fatores.

Estariamos passando por um difícil período de expansão penal, em que a população aclama por uma maior proteção, devido a evolução dos meios de comunicação, aumento da violência e o surgimento de novos riscos. (SUXBERGER, 2016, p. 7-8)

Somado a tal fenômeno, temos a impotência do Estado quanto à persecução penal dos crimes de organização criminosa, como os comandos, milícias

⁴ Conclusão formada a partir da análise de leis atuais como a Lei 8.072/1990, Lei 12.850/2013 e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a prisão em 2ª instância.

e a máfia do colarinho branco, o que gera na sociedade um sentimento de indignação e clamor por justiça.

Devido a tais fatores, vem ocorrendo uma colisão entre os direitos e garantias fundamentais com o interesse coletivo.

Este fenômeno de relativização de direitos e garantias fundamentais justificada pelo interesse coletivo da sociedade é extremamente criticada pelos autores que adotam os ideais garantistas, considerando ilegítimo qualquer modelo de controle social que relativize os direitos e garantias individuais sob o pretexto de garantir a defesa social. (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p. 19)

Atualmente, vivemos uma forte tendência mundial no que refere a expansão do espaço consensual no âmbito criminal, principalmente devido a seus benefícios, trazendo um sistema processual mais eficiente e conseqüentemente, resultando em economia de gastos públicos e o alívio da sobrecarga de processos.

Contudo, em contrapartida a tal benefício, resulta-se uma inerente relativização dos direitos e garantias do acusado, comprometendo o Estado Democrático assegurado pela Constituição Federal, posto que, conseqüentemente à expansão do espaço consensual, ocorre a mitigação de direitos e garantias individuais e a corrupção dos papéis dos sujeitos processuais, em prol do simples interesse econômico.

Dessa forma, a busca pela maior eficiência processual não pode ser tida como prioridade em custo dos direitos e garantias fundamentais que foram conquistados ao longo da história. Sua relativização compromete a segurança jurídica, e modifica a regra geral do processo para um sistema inquisitorial.

4.2 A Corrupção dos Valores dos Sujeitos do Processo

O processo criminal originado por ação pública possui três principais sujeitos participantes da relação processual, sendo eles o Juiz, o Ministério Público e o defensor.

O Juiz é o sujeito imparcial do processo, uma vez que é o responsável pela boa condução do processo e ao seu final, o julgamento. Para que o Juiz tenha independência, é necessário que ele esteja apartado dos interesses que envolvem as partes (o Ministério Público e o acusado), devendo pautar suas decisões

simplesmente baseadas nas leis e nas provas produzidas no processo. (NERES, 2019, s.p.)

O Ministério Público, detentor exclusivo da ação penal pública, tem o papel de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁵. Desta forma, embora exerça a função acusatória estatal, o Ministério Público não tem o dever com a acusação, mas sim com a ordem jurídica.

Portanto, diferente do que muitos acreditam, o Ministério Público é um órgão imparcial, possuindo liberdade na formação de seu convencimento, podendo optar pelo arquivamento do inquérito policial na hipótese de entenda pela inocência do réu ou pela insuficiência de provas, ou mesmo que iniciado a ação, opine pela absolvição do réu.

O advogado de defesa, responsável pelo exercício da defesa do acusado, função imprescindível ao processo penal democrático. A vista disso, o legislador, no art. 261 do Código de Processo Penal, determinou a obrigatoriedade do acompanhamento da vítima por um advogado, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Deste modo, não sendo constituído defensor pelo acusado, o Juiz deverá nomear um defensor público. Isto porque, o defensor exerce função indispensável para a administração da justiça.

Dito tudo isso, vemos que cada um dos sujeitos possui um papel a ser exercido no processo, sendo todos imprescindíveis ao bom andamento processual.

A crítica que se faz aqui é a consequente desvirtuação das funções dos sujeitos processuais em razão da possibilidade de consenso. Tendo em vista que o encerramento célere dos processos é, de alguma forma, interessante a todos, com exceção do acusado, o qual este apenas seria cerceado de seus direitos individuais.

Conforme VASCONCELLOS (2015, p. 159-161), com a possibilidade de consenso, assim como a diminuição da carga de trabalho, seria amortizado a preocupação do Juiz da possibilidade de revogação de suas sentenças pelo tribunal, visto que no acordo de barganha o acusado abre mão de seu direito de recurso, enquanto o Promotor manteria sua imagem pública diante dos clamores sociais

⁵ Constituição Federal, Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

punitivos.

Nos Estados Unidos, há fortes críticas quanto ao cenário em que é posto o acusado no intuito de firmar o maior número de barganhas possíveis. Enquanto o promotor atua de forma extremamente severa com aqueles que optassem pela realização do processo integral, haveria um controle extremamente superficial feita pelo Juiz.

Se não suficiente, o advogado de defesa, aquele que estaria buscando alcançar o melhor resultado ao seu cliente, também teria sua função prejudicada por interesses pessoais, uma vez que o encerramento célere dos processos de causas menores permitiria aos advogados darem mais atenção aos processos de maior complexidade ou aos que possuam maior valor em jogo, ou então, ao menos os possibilitariam a pegar um maior número de causas.

Desta forma, a justiça negocial gera cenários em que o acusado estaria totalmente desprotegido, a mercê dos interesses pessoais e egoístas dos atores do processo penal.

4.3 Do Empoderamento do Ministério Público

São feitas críticas também no sentido de que a justiça negocial resultaria na violação da divisão de poderes, visto que o Ministério Público, órgão que detém o poder acusatório estatal, conseqüentemente à expansão do espaço de consenso, passaria a ter também, o poder de julgamento.

No acordo de não persecução penal trazida pela Resolução 181/17 do CNMP, nos projetos legislativos do novo Código Penal e novo Código de Processo Penal, e a mais recente, o projeto de Lei Anticrime, o Juiz seria mero fiscal da barganha, uma vez que participam do procedimento de negociação apenas o acusado (acompanhado de seu defensor) e o Promotor.

Desta forma, ao realizar a barganha, o acusado seria apenado sem a realização do devido processo, pena esta que seria definida através da discricionariedade do Promotor.

Como exposto anteriormente, no sistema norte-americano temos a figura da homologação do juiz, que teria plena liberdade em vetar o acordo firmado entre as partes, caso entendesse que não houve o respeito aos requisitos de voluntariedade, inteligência e adequação. Apesar disso, o que se vê na realidade é

que tal mecanismo de controle se tornou “mera formalidade, diante da brevidade irrisória dessa análise, da ausência de lastro probatório para o embasamento de uma decisão consciente e do interesse do Judiciário em reduzir ao máximo os casos em que o julgamento ordinário seja necessário.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 89-90)

Logo, vemos que o juiz, detentor do poder fiscalizador nos acordos, pode acabar por ignorar os vícios do procedimento de negociação, a fim de priorizar o processo de desafogamento do judiciário. Em outras palavras, busca-se o aumento da eficiência processual em prejuízo à eficácia, desvencilhando cada vez mais o direito da justiça.

4.4 Da Condenação de Inocentes

Outro reflexo da justiça criminal negocial seria aumento do índice de condenação de pessoas inocentes.

A liberdade do acusado exercido na negociação criminal em optar pelo acordo ou julgamento é falsa, tendo em vista a existência de uma coerção inerente da acusação sobre a acusado, como mostra diversos estudos empíricos feitos nos Estados Unidos em relação a grande quantidade de inocentes que acabam por aceitar o acordo, pois caso insista na realização do processo, é praticamente certo que a punição estatal será maior.

Conforme Vasconcellos (2015, p. 205), “os mecanismos negociais invertem por completo a lógica fundamental do processo penal democrático”. Trata-se de tema relacionado com o anterior, no sentido de que, havendo interesses particulares dos sujeitos do processo na realização da barganha, inclusive pelo advogado de defesa, seria imposto uma pressão ao acusado no intuito de que anísse ao acordo.

Neste sentido, a coação seria inerente a natureza da barganha, existindo certo nível de coação às negociações, seja por um tratamento mais rigoroso pela acusação, seja por uma assistência negligente do advogado, somado à um controle superficial pelo Juiz dos vícios da negociação, compelindo mesmo os inocentes, em face do temor de punições rigorosas, a optarem pela realização da barganha.

Conforme aqueles que apoiam o aumento do espaço de consenso, defendem a ideia que a realização do acordo resultaria em uma resolução mais

célere e eficiente que, através do consenso das partes, resultaria em um final mais benéfico a ambas. No entanto, tomando como base os mecanismos de negociação trazidos pela Lei 9.099/95, o que resultaria na realidade é a desvirtuação de tal preceito. A realidade presenciada é o Estado priorizando a busca do encerramento mais rápido possível, deixando em segundo plano a conciliação entre o acusado e a vítima.

Sobre o assunto, escreve VASCONCELLOS (2015, p. 20):

[...] os mecanismos negociais são instrumentos de expansão do poder punitivo, que se concretizam com o objetivo de impor uma punição célere e inquestionável, de modo que os atores envolvidos restam instrumentalizados por tal pretensão. Ou seja, qualquer espaço de diálogo efetivo com o objetivo de resolver o conflito visando aos interesses das partes (ofensor e vítima) é reduzido (ou até excluído), configurando um processo em que a única voz ativa é a pretensão acusatória, a qual, por meio de coação, se sobrepõe a qualquer resistência defensiva.

Tal coação fere o direito do acusado a não autoincriminação, levando o acusado a aceitar a barganha mesmo nas hipóteses de inocência ou de acordos desproporcionais.

As leis referentes ao processo penal, assim como todas as leis infraconstitucionais, devem ser interpretadas e aplicadas sob a luz da Constituição, devendo haver o respeito aos seus princípios e garantias e consequentemente garantindo um processo penal democrático. Nos termos do art. 5, inciso LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo FERRAJOLLI (apud ROSA, 2013, p. 33-34), para que haja a legitimidade na aplicação da sanção, é necessária a verificação de onze princípios: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa. A ausência de uma delas seria o suficiente para tornar ilegítima a resposta estatal.

Logo, concluímos que na visão do autor, quaisquer mecanismos de negociação criminal violam os princípios de um Estado Democrático, uma vez que seria inaceitável a imputação da pena sem antes decorrer todo o devido processo legal.

4.5 Das Provas

Antigamente, em sociedades que se utilizavam de sistemas inquisitórios de persecução criminal, faziam o uso do medo para obter a confissão do acusado. Desta forma, por meio de torturas e ameaças, o Estado obtinha a confissão.

Em referida época, a confissão era conhecida como rainha das provas, visto que era possível fundamentar a condenação exclusivamente pelo reconhecimento da culpabilidade do acusado.

É visível que a confissão obtida por meio do medo e da dor era plenamente viciada, considerando que muitos inocentes optavam por confessar a fim de evitar a tortura.

Atualmente a confissão é considerada um meio de prova de valoração relativo, podendo o Juiz apreciá-la e confrontá-las com as demais provas produzidas, conforme art. 197 do Código de Processo Penal. Ademais, para que a confissão seja considerada válida, não poderá ser obtida por qualquer meio de coação.

Na justiça negocial, o Estado acaba por se contentar com a verdade formal, pois a realização da barganha, resulta na condenação imediata do acusado, muitas vezes com base em provas superficiais, inclusive, podendo a condenação se basear na simples confissão de acusado.

Nesse sentido, o respeito do devido processo legal e os demais princípios constitucionais é indispensável para que haja a limitação e controle do *jus puniendi* do Estado.

Sobre o assunto, diz Salo de Carvalho (2008, p. 29):

A postura comprometida com os direitos e as garantias das pessoas pressupõe, inexoravelmente, a desconfiança do agir dos aparatos punitivos, visto a tendência, sempre presente e real, do abuso do poder pelos atores que o detém. Significa ter presente que a constituição do poder repressivo penal é fundada no inquisitorialismo, de maior ou menor intensidade conforme a maior ou menor adequação constitucional da estrutura do processo penal.

Conforme Luiz Flávio Gomes (2011, s.p.), ao contrário dos outros ramos do Direito, no processo penal, o Estado não deveria se conformar com a realidade formal dos fatos, devendo sempre buscar *ius puniendi* seja concretizada da forma mais eficaz possível.

Logo, a justiça negocial resulta na hipervalorização da confissão como

meio de prova, uma vez que a condenação obtida pela barganha é fundada simplesmente pela confissão de culpa. Nessa perspectiva haveria um retrocesso da persecução penal.

5 DO DIREITO CRIMINAL NEGOCIAL NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, analisaremos os institutos criminais negociais existentes atualmente no direito brasileiro, abordando quanto a sua área de incidência, regras de aplicação e procedimento em geral, afim de que, ao final, possamos debater quanto as principais críticas ao direito criminal negocial, utilizando-se do acordo de não persecução penal como referência, visto que o referido mecanismo negocial abrange os principais temas que o presente trabalho busca debater.

5.1. Dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM)

O Juizado Especial Criminal foi implantado com a finalidade de proporcionar uma resolução mais célere aos delitos de menor gravidade. Nesse raciocínio, possibilitou a aplicação da justiça consensual em relação aos crimes em que a lei não comine pena máxima superior a 2 (dois) anos, estes denominados de crimes de menor potencial ofensivo.⁶

A implantação dos Juizados Especiais foi prevista pela Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I⁷, legitimando a criação de juizados especiais em território nacional, para a resolução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Apesar de prevista no texto original da nossa Constituição, pelo fato de tratar-se de norma de eficácia limitada, a implementação dos Juizados Especiais veio a acontecer apenas em 1995, por meio da Lei nº 9.099/05.

Visando a atingir maior agilidade nas resoluções dos crimes de menor potencial ofensivo, o legislador não apenas possibilitou a soluções dos conflitos por meio da justiça consensual, mas também optou pelo procedimento sumaríssimo, tendo um caráter de maior informalidade e celeridade que o procedimento ordinário.

⁶ Art. 61 da Lei 9.099/95 Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁷ Artigo 98, inciso I da CF: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O objetivo dessa norma constitucional foi propiciar uma justiça criminal mais ágil e mais adequada à conjuntura social em um Estado democrático, simplificando procedimentos e impedindo a estigmatização do acusado pelo processo penal, que tem em si as próprias agruras. (ARAS, 2018, p. 269)

Com esse propósito, dispensa-se a instauração de inquérito policial, sendo substituído por um modelo mais simplificado denominado termo circunstanciado⁸, devendo ser realizada audiência preliminar de conciliação, presidida pelo juiz ou por conciliador sob sua orientação⁹, com a finalidade de obter um acordo entre as partes e conseqüentemente o encerramento antecipado da lide.

São introduzidas pela aludida lei, três mecanismos para a realização do consenso: a composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo.

A composição dos danos civis trata-se do acordo realizado entre a vítima e o acusado em que, mediante a reparação dos danos causados há a renúncia ao direito de queixa ou representação (nos casos das ações de iniciativa privada e ação pública condicionada a representação), devendo ser homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível.¹⁰

A transação penal é o mecanismo pelo qual negocia o não exercício do direito de ação por parte do Ministério Público, possíveis aos crimes de pena máxima abstratas não superior a dois anos.

Não configurado nenhuma das vedações definidas pelo artigo 76, § 2º¹¹, o promotor deverá formular proposta de pena alternativa (restritivas de direito ou multas) de aplicação imediata. Tal acordo, ao ser aceita pelo acusado, deverá ser submetida a apreciação do juiz.¹²

Firmado o acordo de transição penal, ocorrendo eventual descumprimento do acordo, o promotor deverá oferecer a denúncia.

Por fim, a suspensão condicional do processo, possível aos crimes em

⁸ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

⁹ Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

¹⁰ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

¹¹ § 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.

¹² § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

que a pena mínima abstrata for igual ou inferior a um ano. Como a própria nomenclatura indica, é aplicada após instaurado a ação, podendo o promotor oferecê-la após ou concomitantemente ao oferecimento da denúncia.

Aceitando os termos da proposta, haverá a paralização do processo por prazo entre dois a quatro anos, submetendo-se o acusado a um período de prova, devendo este cumprir com todas as obrigações impostas pelo juiz sob pena de revogação da suspensão e conseqüentemente a retomada do processo.¹³

Cumprida as condições estabelecidas, resultará na extinção da punibilidade do denunciado.

Assim como a *plea bargaining*, a sistemática do JECRIM trazida pela lei nº 9099/1995 tem como objetivo a busca de uma maior celeridade e eficiência processual ao se orientar pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade¹⁴, contudo são mecanismos bastantes distintos ao modelo norte-americano.

Ao contrário do que ocorre na *plea bargaining*, não é concedida ao membro do Ministério Público uma ampla discricionariedade na prática da justiça consensual. Trata-se de uma discricionariedade bem delimitada por lei, tanto à área de aplicação, quanto do procedimento a ser seguido.

Nesse sentido, vemos que tanto na transação penal quanto na suspensão condicional do processo predomina o entendimento de que são direitos subjetivos do acusado. À vista disso, uma vez presentes todos os requisitos definidos pela lei, diante de eventual omissão do promotor em oferecê-las, resultará na decretação da nulidade de todos os atos posteriores praticados.

Ao contrário dos outros mecanismos negociais brasileiros e as propostas de expansão da justiça negocial, os mecanismos de transação penal é aceita de forma mais pacífica, pelo fato de existir disposição constitucional que prevê a sua aplicação no juizado especial.

Desta forma, VASCONCELLOS (2015, p. 110) fala:

¹³ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena

¹⁴ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade

[...] em razão da imposição constitucional, que determina a previsão infraconstitucional da transação, mostra-se mais consolidada a sua existência no ordenamento pátrio. Portanto, propõe-se que a abrangência dos mecanismos negociais deve se limitar a tal âmbito, repelindo-se, assim, as propostas de expansão.

Não existe nenhum direito de caráter absoluto, mesmo aqueles que são revestidos de caráter constitucional são passíveis de certa limitação. Não há ofensa à hierarquia constitucional, nas hipóteses em que tal limitação advenha do próprio texto constitucional (restrição imediata) ou por lei ordinária que tenha fundamento imediato na Constituição Federal. (MENDES, 2013, p. 43)

5.2 Da delação premiada

A delação premiada ou colaboração premiada um instrumento criminal de barganha no qual o réu aceita colaborar com as investigações policiais em troca de benefícios. Prevista em diversas leis esparsas, como por exemplo a Lei nº 9034/95 referente as organizações criminosas e a Lei nº 8072/90 aos crimes hediondos.

Atualmente, a principal lei relativa à colaboração premiada é a Lei nº 12850/13 que permite que o Juiz possa conceder o perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direito como forma de premiar aquele que tenha colaborado com a investigação policial.¹⁵

Em relação ao Ministério Público, a lei traz a possibilidade de que deixe de oferecer a denúncia, nos casos em que o colaborador for o primeiro a realizar a colaboração e não for o líder da organização criminosa.¹⁶

São requisitos para que a colaboração seja tida como válida, que ela tenha sido efetiva¹⁷ e voluntária, em outras palavras, a inexistência de qualquer

¹⁵ 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 [...]

¹⁶ Art 4. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

¹⁷ Art 4. [...]:

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

modo de coação empregado para que o acusado aceitasse.

Assim como na *plea bargaining*, a negociação da colaboração premiada é realizada em regra entre o delegado e o acusado (devendo este estar sempre acompanhado de seu advogado), ou então este com o Promotor, dependendo do caso.¹⁸

Ao fim, o acordo firmado deve ser encaminhado ao Juiz para que este faça uma análise quanto ao preenchimento de todos os requisitos formais, devendo recusar ou adequar os termos contratados.¹⁹

Uma característica extremamente interessante é trazida pelo § 16 do artigo 4º da lei, que proíbe qualquer sentença condenatória que tenha como fundamento exclusivamente a declaração do agente colaborador, visando evitar decisões sumarias.

Atualmente em nossos Pais temos uma situação extremamente complicada quanto ao crime organizado, onde o Estado se mostra muitas vezes ineficiente em seu combate, e até mesmo questionável, devido ao elevado nível de corrupção existente hoje no nosso país, como por exemplo o Primeiro Comando da Capital (PCC) que apesar de ter origem no Estado de São Paulo, hoje tem atuação em todas as 27 unidades da federação (DELGADO, 2017, s.p.), possuindo também grande influência política.

Além dos comandos²⁰, temos os grandes esquemas de crime de colarinho branco, formados principalmente por políticos, para a realização de crimes como corrupção ativa, corrupção passiva, peculato etc. objetivando o seu próprio enriquecimento em detrimento do bem-estar social. (PINHEIRO, 2013, s.p.)

No crime organizado há acentuadas dificuldades probatórias pois são realizados de forma profissional, preocupando-se antecipadamente em evitar,

organização criminosa;

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

¹⁸ Art 4. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹⁹ § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

²⁰ Os comandos são formados por quadrilhas que obtém o controle das rotas de tráfico de uma determinada região, citados no parágrafo anterior.

destruir ou dificultar o acesso as evidências, adotando-se estratégias como a corrupção de agentes públicos e violência ou ameaça contra testemunhas. (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 169-170)

Infelizmente a justiça brasileira vem se demonstrando insuficiente na produção de provas contra as grandes organizações criminosas, tanto quando se fala de tráfico de drogas e armas, quanto aos grandes esquemas de corrupção que de certa forma estão interligados.

Apesar de ser extremamente criticada, a delação premiada se estabeleceu devido a necessidade de um mecanismo eficiente no combate ao crime organizado, sendo esta a sua principal finalidade, trazer as “peças principais” do crime organizado à justiça, objetivo este improvável sem a colaboração dos autores e partícipes. (GUIDI, 2006, p. 145-148)

Esta talvez seja a maior diferença desse instituto com a *plea bargaining*, pois esta tem como principal finalidade o encerramento antecipado do processo, buscando atingir a maior eficiência processual possível, economizando verbas dos cofres públicos e evitando o *overload-case*. Enquanto na colaboração premiada, o encerramento antecipado do processo é uma das possíveis consequências de sua realização, contudo sua finalidade é combater o crime organizado, este que é um dos maiores males na realidade atual brasileira.

6 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXPANSÃO DO ESPAÇO DE CONSENSO

No dia 07 de agosto de 2017, foi editado a Resolução nº 181 do CNMP, que em seu art. 18 introduziu o “acordo de não persecução penal”, um novo mecanismo negocial, que busca expandir o espaço de consenso aos “crimes de médio potencial ofensivo”.

Conforme o art. 18 da Resolução do CNMP, o Ministério Público pode oferecer proposta de acordo de não persecução penal (acordo de barganha) aos crimes que é cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que não praticada com violência ou grave ameaça a pessoa.

Para isso, o investigado deverá confessar o crime de maneira formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as condições expostas nos parágrafos do aludido artigo, que serão definidas cumulativa ou alternativamente a depender do caso concreto, pelo representante do Ministério Público, quais sejam:

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;

V – Cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Assim, ao ler as condições descritas, vemos que o acordo de não persecução penal se trata de uma justiça consensual reparadora, visto que tem por principal finalidade a reparação dos danos.

Nesse sentido, afirma Rogerio Sanches em entrevista ao Estúdio MPSP (2018), existe na resolução 181, uma preocupação constante com a

reparação do dano à vítima, esta que há muito tempo foi esquecida no processo penal, uma vez que o acordo de não persecução penal pressupõe a reparação do dano à vítima.

Em seu §1º traz as hipóteses em que não se admite a proposta de não persecução, quais sejam:

- I – For cabível a transação penal, nos termos da lei
- II – O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;
- III – O investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;
- IV – O aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;
- V – O delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. 16/20 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO de 7 de agosto de 2006;
- VI – A celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Exige-se também que os termos da proposta sejam adequados. Desta forma, as condições a serem impostas ao acusado não podem ser excessivos, ao mesmo tempo que devem ser suficientes para compensar os danos advindos da conduta criminosa.

No mesmo sentido, para que seja viável a propositura do acordo, deve haver nos autos, elementos de convicção quanto a autoria e materialidade suficientes para a promover a denúncia, pois caso contrário, deve o Ministério Público promover o arquivamento.

Assim, como forma de garantir a adequação da proposta, a Resolução nº 181 exige para a sua validade, a necessidade de fiscalização pelo Juiz, nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 18.

Realizado o acordo de não persecução penal, deve-se submeter os autos à apreciação judicial (§ 4º), concluindo que o acordo é cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (§ 5º), caso contrário, o Juiz deverá fazer remessa dos autos ao procurador geral, conforme dispõe o § 6º:

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação,

nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – Oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – Complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – Reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – Manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

Do mesmo modo que os outros mecanismos negociais já existentes no sistema brasileiro, para assegurar o livre consentimento do acusado na realização do acordo de não persecução penal exige necessidade de o investigado estar acompanhado pelo advogado

Escreve Renee Souza e Patrícia Eleutério (2018, p. 119-120) escrevem:

A previsão tem por escopo evidente dotar de maior racionalidade o nosso sistema penal, assegurando, de um lado, resposta mais rápida aos crimes menos graves, respeitando sempre a autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica e, de outro lado, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade também no que toca à apuração de crimes graves, opção já indicada pela Constituição ao definir os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995.

O § 2º do art. 18 da Resolução traz uma inovação ao nosso sistema jurídico. Conforme o aludido artigo, todo o procedimento de negociação entre as partes deve ser registrado por meio de gravação audiovisual.

Assim, possibilita, caso necessário, uma ampla reanálise de todo procedimento de negociação, a fim de reprimir qualquer espécie de coação que eventualmente possa ser imposta ao acusado. Vemos que o Conselho Nacional do Ministério Público buscou enaltecer o princípio da publicidade

Ainda nesse sentido, buscando a máxima transparência da justiça negociada, em seu § 3º, o art. 18 traz o requisito de, após firmado o acordo, deverá ser integrado aos autos, devendo ser estipulado de forma clara suas condições, eventuais valores a serem restituídos, e as datas para cumprimento.

Após cumprido integralmente o acordo, deverá o Ministério Público propor o arquivamento da investigação. Caso contrário, deverá oferecer a denúncia, ou, na hipótese de não haver elementos de convicção mínimos, poderá requisitar a instauração de um inquérito policial ou instaurar um procedimento investigatório criminal. (BARROS, 2018, p. 54)

Por fim, insta salientar que arquivamento motivado pelo acordo de não persecução penal não faz coisa julgada. Nesse sentido, se em momento posterior advir notícia de que houve o descumprimento do acordo por parte do acusado, poderá o Ministério Público requerer o desarquivamento dos autos, nos termos do art. 20 da aludida Resolução.

6.1 Força normativa

O Conselho Nacional do Ministério Público, tratado pelo art. 130-A, da Constituição Federal, e criado em 30 de dezembro de 2004 pela Emenda Constitucional nº 45.

Conforme o aludido artigo, o CNMP tem por função controlar a atuação administrativa e financeira dos órgãos do Ministério Público nacionais, assim como supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, podendo para isso, expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Assim, através da criação de resoluções, o CNMP possui competência legislativa, desde que respeitada a sua área de competência, uma vez que o art. 59 da Constituição Federal, em seu inciso VII, que expressamente inclui a elaboração de resoluções.

[...] a lei não é a única forma legislativa capaz de veicular atos dotados de generalidade e abstração fundamentados na Carta Magna. O próprio texto Constitucional prevê as resoluções como meio idôneo à estruturação de normas gerais e abstratas, aptas a emanar direitos e obrigações para o jurisdicionado (BARROS, 2018, P. 56).

Conforme julgamento da ADC 12, que discutia a constitucionalidade da Resolução nº 7 do CNJ o qual vedava o nepotismo, entendeu o STF que “a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais”. (FILHO apud CABRAL, 2017, p. 31)

Assim, nada obsta o acordo de não persecução penal, uma vez que tem por finalidade a aplicação dos princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37, caput), da proporcionalidade (CF, ART. 5, LIV), da celeridade (CF, art. 5, LXXVIII) e do acusatório (CF, art. 129, I, VI). (CABRAL, 2017, p. 31-32)

Nesse sentido, complementa Rodrigo Leite (2017, p. 32):

[...] o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada mais fez do que emprestar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada.

Uma vez que sua validade advém da própria Constituição Federal, trata-se de ato normativo primário, recebendo poder normativo equivalente à da lei.

6.2 Natureza normativa

Conforme analisado anteriormente, muito se critica a possibilidade da expansão Do Espaço de consenso alegando sua inconstitucionalidade por afrontar o art. 22 da Constituição Federal, visto que, em seu parágrafo I, define como competência privativa da União a elaboração de normas penais e de processo penal.

Norma processual é aquela que tem por finalidade instruir o processo judicial

Trata-se de norma procedimental, não está relacionada diretamente ao processo judicial, visto que o acordo de não persecução penal é anterior à propositura da denúncia ou queixa crime, ou seja, anterior ao processo, possuindo natureza de norma administrativa, sendo por sua finalidade a busca de evitar a instauração do processo.

Conforme Cabral (2017, p. 23-33):

“Ora, para que se considere uma norma como de natureza processual deve ela, necessariamente, envolver hipóteses em que existe o exercício de um pretensão punitiva, manifestada por uma parte legítima (normalmente, o Ministério Público), perante autoridade judicial (Juiz), em que deve ser realizado plenamente o princípio do contraditório e da ampla defesa (acusado). As normas processuais, envolvem, pois a concorrência desses três autores: Ministério Público, Juiz e réu.”

Conforme Renee Souza e Patricia Eleutério (2018, p. 120):

Não se trata, a toda evidência, de norma processual penal. A atuação ministerial na fase investigatória tem evidente natureza administrativa, pré-processual, que se destina à colheita de elementos informativos, os quais poderão ser posteriormente submetidos ao contraditório, em Juízo. Assim, não há que se falar em violação ao inciso I do art. 22 da Constituição

Federal, uma vez que o tema regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público não diz respeito propriamente ao direito processual penal, mas à fase que lhe antecede, como relatado.

Conforme o SFT, na ADI 2970, são normas de direito processual aquelas relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição”.

Conforme o STF na ADI 2886, a legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois, o inquérito é procedimento submetido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Posto que o acordo de não persecução penal é norma procedimental, assim como o inquérito policial, não há que se falar em ofensa ao art. 22 da Constituição Federal.

No mesmo sentido, também não seria norma de natureza penal, uma vez que o acordo apenas estabelece direitos e obrigações de natureza negocial, dessa forma, diferente do que vemos na *plea bargaining*, não é possível o cumprimento forçado do acordo. (CABRAL, 2017, p. 35) Logo, não há que se falar em pena, trata-se de mero acordo a evitar o oferecimento da denúncia,

Descumprida o acordo, conforme o § 9º do art. 18 da Resolução nº 181/17, deverá o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, ou sendo caso, requisitar novas diligências a fim de obter suporte probatório mínimo à denúncia. Dito isto, não há o que se falar em ofensa ao devido processo legal, visto que, diante do descumprimento do acordo, resulta na simples retomada da persecução na exata situação que se encontrava

Ante todo o exposto do presente capítulo, concluímos que o acordo de não persecução penal não viola o art. 22 da Constituição Federal, uma vez que apresenta natureza negocial.

6.3 Dos Princípios da Legalidade, Obrigatoriedade e Oportunidade

A justiça negocial tem por base o princípio da oportunidade, podendo o

parquet deixar de oferecer a denúncia por motivos alheios às condições da ação penal pública, sejam eles econômicos, políticos-criminais ou de eficiência.

Contudo, como já exposto, vigora na ação penal pública o princípio da obrigatoriedade, o que inviabilizaria a adoção da justiça negocial pelo direito brasileiro.

Segundo o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, existindo elementos de convicção suficientes de autoria e materialidade do crime, o Ministério Público teria o dever legal de atuar. Muitos doutrinadores defendem que o princípio da obrigatoriedade advém do princípio da legalidade, ou mesmo como Renato Brasileiro (2015, p. 235) que o denomina de princípio da legalidade processual.

Conforme Guilherme Nucci (2015):

[...] a *legalidade* impõe a *obrigatoriedade* da ação penal. Havendo elementos suficientes, comprovando a materialidade e a autoria de crime de ação pública incondicionada, *deve* o Ministério Público atuar. Não se está no campo da discricionariedade, como ocorreria caso o princípio da oportunidade estivesse vigorando. Note-se, inclusive, que o pedido de arquivamento do inquérito ou outras peças de informações deve ser *fundamentado*, bem como lastreado em insuficiência probatória no tocante à materialidade ou à autoria. Não é cabível a solicitação de arquivamento por critérios políticos ou institucionais, leia-se, por mero juízo de oportunidade.

Renato Brasileiro (2017, p. 235) também se posiciona no mesmo sentido:

[...] 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

Conforme entendimento, o princípio da oportunidade nas ações penais públicas, seria incompatível com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que ofenderia não só o princípio da obrigatoriedade, como também o princípio da legalidade. No entanto, entendemos não ser este o caso.

O princípio da legalidade é descrito no art. 5º, II, da Constituição Federal: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Conforme o art. 9 do Pacto são José da Costa Rica Ninguém poderá

ser condenado por atos ou omissões que, quando foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável.

Trata-se de uma norma indispensável a um Estado Social e Democrático, pois essencial é o seu papel como limitador do poder estatal. Conforme seus ditames, o indivíduo somente poderá ser condenado penalmente existindo lei anterior que tipifique a respectiva conduta, devendo toda a persecução ser desenvolvida conforme as regras legais.

Isso posto, qual seria a ofensa ao princípio da legalidade pela expansão do espaço de consenso, desde que, devidamente reguladas por lei? Nesse sentido, como bem explica Vinicius Vasconcellos (2015, p. 49-51):

O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade... Assim, torna-se possível avariar a caracterização de espaços de oportunidade/ não obrigatoriedade em um cenário de legalidade, em que a obrigatoriedade mantém seu papel estruturalmente e geral como regra.

Os mecanismos de negociação do direito brasileiro apresentam todo seu procedimento negocial regulamentado por lei (ou ato normativo primário diverso, que o caso do acordo de não persecução criminal). Dessa forma, não há o que se falar em ofensa ao princípio da legalidade.

Questiona-se se na hipótese de definição por lei dos critérios para dispor do direito de acusar caracterizaria um cenário de adoção do princípio da legalidade ou da oportunidade. (VASCONCELLOS, 2015, p. 39)

Apesar de prevalecer o princípio da obrigatoriedade das ações penais públicas, não é de caráter absoluto, não havendo qualquer obstrução a sua mitigação, desde que realizada respeitando o princípio da legalidade.

Tanto é verdade que a própria Constituição Federal em seu art.98, I, prevê uma hipótese à sua relativização, permitindo a transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo.

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

Conforme todo o exposto, entendemos que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não foi colocado no sentido de obrigar o promotor a buscar incessantemente a condenação do acusado, mas sim a impedir eventuais arbitrariedades pelo Ministério Público, no sentido de impedir a desistência da persecução sem justa causa.

Segundo Vladimir Aras (2018, p. 276) “o art. 28 do Código de Processo Penal, permite ao Ministério Público invocar razões de mérito administrativo para não promover a ação penal pública, para o qual só esta instituição tem legitimidade”.

Embora o aludido dispositivo possua a função de fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, verifica-se também que ao final, permanece o Ministério Público como legitimado a decidir pelo oferecimento da denúncia, contudo dessa vez na figura do Procurador-geral.

A respectiva norma é legítima, visto ser coberta pelo princípio da autonomia e independência do Ministério Público (art. 127, §§ 1º e 2º da Constituição Federal).

Conforme o art. 5, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, trata-se da garantia constitucional de ter sua pretensão apreciada pelo judiciário, contudo, esta não se confunde com o direito de ação.

“Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que ele, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica... a coerção jurídica nem sempre é judicial” (MIRANDA 1972, APUD, Suxberger, 2018, p. 92)

Logo, o exercício da pretensão do Estado na repreensão de condutas criminosas trata-se de um poder-dever, contudo sua aplicação não consiste obrigatoriamente no exercício da ação penal. Como bem explicado por Antônio Suxberger (2018 p. 93), “o direito de ação penal só surge quando a pretensão, compreendida como o direito de punir do Estado, não se veja satisfeita de outro modo”.

Assim, não há razão em acionar o judiciário quando a pretensão já estiver sido efetivada, pois, como aponta pelo aludido autor, seria o exercício de uma ação penal “esvaziada”.

O referido dispositivo constitucional não vem a definir o caráter de obrigatoriedade a ação penal, mas sim a garantir o direito a todos ao acesso à justiça, desta forma, a todos é dado o direito de poder de acionar a prestação jurisdicional.

6.4 Do devido processo legal

Assim, como o princípio da legalidade, essencial ao Estado Social de Direito Democrático, também teve origem pela Carta Magna de 1215, o qual, em seu art. 39:

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.

Atualmente temos em nosso ordenamento jurídico o art. 5º, LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conforme Renato Brasileiro (2017, p. 1.290):

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como princípio básico o do devido processo legal, o procedimento deve ser realizado em contraditório, dentro de um prazo razoável, e cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, concorrendo para a formação do convencimento do magistrado.

Assim, a justiça negocial recebe críticas no sentido de que objetiva a condenação de forma mais rápida por meio da relativização dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme Vinicius Vasconcellos (2015, p. 157-159), a justiça negocial busca possibilitar o máximo de condenações com o mínimo de recursos e tempo possíveis, sendo um processo de mercantilização da persecução penal.

Contudo, compreendemos a justiça negocial de maneira diversa.

Explica Rogerio Sanches (2019) em entrevista ao Estúdio MPSP, nós

vivemos no ordenamento jurídico brasileiro, uma justiça que, em geral, incentiva o conflito entre a acusação e a defesa, não permitindo-os negociarem a solução da lide, resultando em decisões judiciais que nem sempre agradam as partes.

Primeiramente, insta salientar que, o devido processo legal não é prejudicado pela realização da barganha, uma vez que, todos os acordos são de natureza extrajudicial, com exceção da suspensão condicional do processo, este que possui origem constitucional, e da colaboração premiada, que como já exposto, foge do objetivo deste trabalho.

Em seu estudo sobre o acordo de não persecução penal, bem explica Vladimir Aras (2018, p. 293):

O acordo de não persecução penal não viola a legalidade nem o devido processo legal porque é mero ajuste extrajudicial, para não exercício do direito de ação pelo seu titular. As obrigações assumidas pelo investigado estão no limite da sua autonomia da vontade.

Não há qualquer ofensa ao direito de não autoincriminação, mas sim é dado ao acusado o direito de escolha, devendo esta ser livre e consciente, valorizando a autonomia da vontade individual. Permitindo-lhe optar pelo que entender ser o melhor para si.

Assim, o acusado poderá optar por uma sanção mitigada, benéfico principalmente nas hipóteses que se vislumbra grande possibilidade de condenação; ademais, ainda haveria uma redução dos custos financeiros e desgaste emocional do julgamento. Em contrapartida, ao Estado haveria a redução da sobrecarga de trabalho, além de permitir seus membros se dedicarem a casos de maior necessidade. (ALVES, 2018, p. 207)

Como explica Renee ó Souza e Patricia Eleutério (2018, p. 143):

Nessa perspectiva, o papel da defesa do investigado não é diminuído, mas configurado de forma diferente, uma vez que a ela caberá analisar a conveniência no acordo e as correspondências entre eventuais direitos fundamentais mitigados e os prêmios negociados. Em última análise, caberá à defesa escolher entre a tradicional preservação de todos os direitos fundamentais do colaborador, naquilo que podemos nominar como uma defesa convencional, ou escolher entre avaliar a pertinência de mitigação de alguns direitos fundamentais em troca de prêmios penais que podem aumentar a liberdade e o bem-estar do colaborador.

A ampla defesa resta, assim, prestigiada pelo instituto do acordo de não persecução. Na verdade, ousamos afirmar que, frente à liberdade de escolha franqueada à defesa, seu exercício reclama maturidade superior àquela exercida no sistema processual tradicional. Há uma emancipação,

verdadeiro rompimento com um certo paternalismo estatal que, desconfiado da ineficiência da ampla defesa e do grau de autonomia do indivíduo, impede que o cidadão realize, livremente, escolhas conscientes que podem favorecer ambos, cidadão e estado.

Frágil é a tese da desvirtuação dos papéis dos sujeitos processuais, pois se baseia na presunção da corrupção por interesses pessoais. Principalmente aos Juízes e Promotores e Defensores públicos, estes são beneficiados pela vitaliciedade, logo, salvo a prática de erro grave, seus cargos não serão ameaçados. Ademais, os valores da remuneração são fixos, não recebendo um centavo pelas condenações.

Seria ilusório afirmar que não exista qualquer corrupção entre os juízes, promotores e advogados, contudo, tal qualidade não é consequência da introdução da justiça negocial, existindo também na execução tradicional do processo. Em que, possivelmente haveria um prejuízo maior ainda ao acusado, visto que seria obrigado a enfrentar o processo integral e eventualmente coagido a cumprir a pena integral.

Nesse sentido escreve Jamil Alves (2018, p. 210):

O argumento de que os defensores públicos e os advogados seriam inábeis ou, por comodismo, orientariam os clientes a aceitarem acordos contrários aos seus interesses, além de infundado, é desrespeitoso quanto a esses profissionais. Ao menos no Brasil, os defensores públicos são aprovados mediante rigoroso concurso público. Da mesma forma, a advocacia somente pode ser exercida por pessoas devidamente habilitadas, muitas das quais tão experientes – ou até mais – quanto os promotores de justiça... Esse não é um problema inerente à justiça negociada nem ao plea bargaining. E caso se parta do pressuposto que o acusado está sendo defendido por alguém inapto ou que age contra os seus interesses, ter-se-á de concluir que o prejuízo potencial em um julgamento pode ser ainda maior que num acordo

O problema do overcharging, ou seja, exceder-se o promotor na acusação como meio para forçar o acusado a aceitar o acordo, não parece um problema tão recorrente no Brasil, notadamente porque os promotores daqui são concursados e vitalícios, não sofrem o mesmo tipo de pressão por índices de condenação que os colegas eleitos americanos. Ademais, nos modelos de previstos no país (e mesmo naqueles trazidos nos projetos do novo Código Penal e de Processo Penal), o poder da barganha do promotor é bem delimitado por regras pré-estabelecidas (princípio da discricionariedade regrada), muito diferente do que ocorre nos E.U.A.

Há de se considerar que não possuindo natureza de pena, aceito os termos do acordo, não incidirão os efeitos secundários da pena.

Trata-se de grande valor, uma vez que a reincidência e os antecedentes criminais

A sociedade, por sua vez, tomada pela crescente insegurança das relações, vê naquele cidadão egresso seu inimigo. Nega-lhe direitos, possibilidades, emprego, atenção. As oportunidades de vida digna são consideravelmente diminuídas para aquele que possui antecedentes criminais, restando-lhe, por vezes, como único meio de vida, o crime. (SILVA, s.a., s.p.)

Como anteriormente exposto, o CNMP ainda inova no sentido de buscar garantir a autonomia da vontade do acusado, pois somados a exigência do acompanhamento por um advogado e ao fim, a fiscalização pelo juiz natural da causa, em seu § 2º determina que todo procedimento negocial seja registrado por meio de gravação audiovisual.

Um caso marcante no direito norte-americano é o de *Christopher Ochoa and Richard Danziger*, em que foram acusados do estupro e assassinato de Nancy DePriest. (OCHOA, s.a., s.p.)

De maneira resumida, Christopher Ochoa confessou a autoria do crime e afirmou a coautoria de Richard Danziger, resultando na prisão de ambos. Após alguns anos, Achin Marino, o verdadeiro autor do crime confessou a autoria, assumiu que não conhecia Christopher e nem Richard e que desconhecia o motivo pelo qual Christopher teria confessado crime que não praticou. Com base na confissão de Achin, sendo preciso quanto à descrição dos fatos do crime e após uma nova perícia dos fluidos sexuais deixados na cena do crime, foi possível constatar que Christopher e Richard não tinham qualquer envolvimento no caso.

Posteriormente, Christopher Ochoa, teria admitido ter feito isso devido a constantes atos de coação dos policiais e do medo de receber a pena de morte.

Apesar dessa declaração, fico a questionar se Ochoa teria consentido a barganha em face de uma suposta coação, ou talvez porque teria sido a única alternativa que encontrou a evitar uma possível pena de morte.

A justiça consensual, desde que devidamente regulamentada, oferece ao acusado uma solução alternativa, de caráter facultativa que, em regra, é mais benéfica.

Em face de eventual coação exercida pelo Promotor, todo o procedimento de negociação deverá ser considerado nulo.

Observamos que diversos filtros são utilizados a fim de evitar a aprovação de propostas aderidas mediante coação, ou simplesmente pela desproporcionalidade e adequação de seus termos.

6.5 Da necessidade

A justiça consensual possui uma maior incidência em países que adotam o sistema *common law*, contudo vivemos em uma tendência da sua adoção mesmo por países de sistemas *civil law*, em face da necessidade.

Temos como exemplo o direito alemão, que acabou introduzindo a justiça negocial através da iniciativa de juízes e promotores, através de uma negociação baseada na confiança, uma vez que não havia qualquer legislação quanto ao procedimento negocial. Apenas em momento posterior foi previsto de forma expressa a possibilidade de acordo, contudo, não introduzindo qualquer inovação na prática legal, mas tão somente apresentando uma regulamentação mais detalhada. (CABRAL, 2017, p. 29)

Posteriormente a Corte Constitucional Alemã posicionou-se favorável possibilidade já justiça negocial, desde que por meio de acordo público, transparente e formalizado.

Rodrigo Leite Cabral (2017, p. 28):

[...] o sistema apresentado pela Resolução nº 181/2017 do CNMP, apresenta uma grande vantagem com relação ao sistema alemão. Isso porque – além de não ter surgido da simples prática, mas sim de um ato normativo autônomo do Conselho Nacional – a resolução impõe uma negociação transparente, com a necessidade de filmagem em áudio e vídeo de todo procedimento negocial, devendo o acordo ser devidamente celebrado por escrito e assinado pelo Membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Note-se que o seguinte trecho foi editado em momento anterior as alterações pela Resolução nº 183/2018, o qual introduziu ainda a necessidade da fiscalização pelo juiz.

Assim, vemos que a busca de meios alternativos de resolução dos conflitos penais configura-se uma necessidade a sociedade atual. Claramente não possuímos não mera incompetência da justiça brasileira.

O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados,

não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento (SCHUNEMANN, 2009; apud CABRAL, 2018, p. 22)

Apesar da alegação de que a atual sobrecarga processual que atualmente sofre o judiciário é resultado da expansão de direito penal não ser totalmente falsa, insta salientar certos pontos.

Muito se critica, no sentido de que, em face do crescente sentimento de insegurança em razão da evolução dos meios de comunicação e não estritamente do risco real, diante da pressão popular, o legislador acaba por criar leis a expandir a intervenção do Estado na conduta individual.

Concordamos com a referida afirmação, pois entendemos que o aumento excessivo de normas penais não é eficiente a produzir os efeitos pretendidos, visto que a tutela penal não impede a prática da conduta, caso contrário, não haveria a prática das condutas já tipificadas (Antunes, 2013, p. 71).

Entretanto, com a evolução da sociedade e as consequentes mudanças sociais, surgem novos bens jurídicos a serem tutelados, devendo o direito penal acompanhá-la (Miguel, 2011. p.n). Percebemos tal situação nos crimes virtuais.

7 CONCLUSÃO

A justiça negocial vem cada vez ganhando mais força do direito brasileiro como meio de solucionar os problemas de eficiência da persecução penal. Embora não seja a maneira perfeita de solucionar o problema da grande demanda processual, contudo, demonstra-se urgente a necessidade em buscar alguma solução.

Apesar das diversas críticas no sentido de considerá-la ofensiva aos princípios constitucionais do processo penal, concluímos pela sua compatibilidade, desde que, respeitado o princípio da legalidade, e haja a previsão de todo procedimento negocial, a fim de garantir a vontade livre e consciente do acusado.

Neste trabalho, tomamos por modelo o acordo de não persecução penal, pois contempla todas as críticas a serem debatidas:

A princípio foi debatido a questão do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Entendemos que a obrigatoriedade da ação penal pública não possui natureza absoluta, sendo possível sua mitigação, desde que por meio de lei, ou por outro ato normativo primário, assim, não há obstrução constitucional ao princípio da oportunidade mitigada.

Também foi concluído que a expansão do espaço de consenso, não configura inerente ofensa ao devido processo legal. Primeiramente, diante do fato de que se exige a vontade livre e consciente do acusado, significa permitir deixá-lo optar pelo que entender ser o melhor caminho.

É frágil o argumento da existência de coação inerente a proposta, posto que se baseia em uma descabida presunção da corrupção de todos os sujeitos do processo penal.

Assim, não se pode falar em ofensa ao princípio da não-autoincriminação. Permitir o encerramento antecipado do processo pela confissão do acusado significa um retrocesso ao direito medieval. Constatado o vício de consentimento do acusado em face da coação, o acordo será declarado nulo.

Ademais, os termos do acordo não possuem natureza de pana, mas uma negociação afim de impedir a instauração da ação. Havendo o descumprimento de seus termos, diferente da pena imposta por sentença judicial, não há como aplicá-lo coativamente. Apenas irá retomar a persecução do ponto em que foi suspensa.

Embora seja apresentada pelos críticos como algo prejudicial ao acusado, vemos que na realidade é o oposto. Permitir o consenso é possibilitar ao réu optar por uma punição mais branda do que eventualmente seria sentenciado, evitar os efeitos secundários da pena, além de evitar os desgastes psicológicos inerentes ao processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

ALSCHULER, Albert. **The Prosecutor`s Role in the Plea Bargaining**. University of Chicago Law Review, 1968.

ALVES, Jamil Chaim. **Justiça Consensual e plea bargaining**. In: Acordo de Não Persecução Penal. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2018.

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna. In: Tribuna Virtual, ano 01, ed. nº 03, abr. 2013, ISSN nº 2317-1898. **IBCCRIM**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/tribunavirtual/pdf/Edicao03_02_leonardo.PDF>. Acesso em: 20 mai. 2019.

ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil: Uma Análise à Luz do Direito Comparado**. In: Acordo de Não Persecução Penal. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivm, 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas do controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BERGMAN, Paul. How Plea Bargains Get Made. **Site Nolo**. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/how-plea-bargains-get-made.html>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

BEZERRA, Juliana. Carta Magna. **Site Toda Matéria**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/carta-magna/>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

CAN a “No Contest” Plea Bit You Later in Life? **Site Nolo**. Disponível: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/question-no-contest-plea-nolo-contendere-28127.html>>. Acesso: em 04 mai. 2018.

CARLUCCI, Stefano Di Cònsolo. A influência do neoconstitucionalismo da Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização do Direito Civil. **Migalhas**. 03 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI271756,51045-A+influencia+do+neoconstitucionalismo+na+Constituicao+Federal+de+198>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

CRUZ, Flavio Antônio da. **Plea Bargaining e Delação Premiada: Algumas perplexidades**. 2016.

CUNHA, Rogerio Sanches. Estudo MPSP 57 - Rogerio Sanches Cunha, assessor do CAO Crim. Canal Ministério Público do Estado de São Paulo. **Youtube**. 14 set. 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/xSZA3FsfK1o>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

DELGADO, Malu. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. **Site Carta capital**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do direito penal. **Jus**. ago. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acesso em: 13 mai. 2019

FERREIRA, Vinicius Xavier. A persecução criminal no ordenamento jurídico brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6891>. Acesso em: 12 mai. 2019.

FIGUEIRÊDO, Laila. Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha. **Jus**. 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 12 mai. 2019.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**, v. 1, tomo I / 7 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **CONAMP**. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da verdade real. **Jusbrasil**. 2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada: No combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Paris, 1651. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, Volume único. 5 ed. Bahia. Editora Juspodivm, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6 ed. São Paulo. Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Constitucionais e Controle de Constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MIGUEL, Érika Andrade. A expansão do Direito Penal. **DireitoNet**. 11 abr. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6251/A-expansao-do-Direito-Penal>>. Acesso em 20 mai. 2019.

MISES, Ludwig von. **As Seis Lições**. 7 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.60, ago. 2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Rafael_Moreira.html>. Acesso em: 12 mai. 2019.

NERES, Rogério. O papel do Poder Judiciário no processo penal. **Migalhas**. 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278164,51045-O+papel+do+Poder+Judiciario+no+processo+penal>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

NUNES, Ramon de Souza. A História do Direito e a Ditadura Militar. **Conteúdo Jurídico**. 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-do-direito-e-a-ditadura-militar,55150.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

OCHOA, Christopher. **Site Innocence Project**. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/christopher-ochoa/>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PINHEIRO, Rinaldo. Crimes de colarinho branco: Um crime contra o desenvolvimento do Brasil. **Jusbrasil**. 2013. Disponível em: <<https://profrinaldo.jusbrasil.com.br/artigos/111849348/crimes-de-colarinho-branco-um-crime-contra-o-desenvolvimento-do-brasil>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5 ed. Bahia: Editora Juspodivm: 2016.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

SCHWARTZBACH, Micah. What are the different kinds of Plea Bargaining? **Site Nolo**. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-the-different-kinds-plea-bargains.html>>. Acesso em: 12 mai.2019.

SILVA, Evander de Oliveira. A Magna Carta de João Sem-Terra e o devido processo legal. **Jus**, fev. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33931/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SILVA, Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. **Revista Liberdades**. ISSN 2175-5280. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=201>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

STIPP, Alvaro. Garantismo. Dicionário de Direitos Humanos. **ESMPU**, 04 jul. 2006. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

STREICKER, Sherilyn. How Judges Accept and Reject Plea Deals. **Site Nolo**. Disponível em: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/can-the-judge-reject-plea-deal.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: O Direito Penal Negocial**. 13^o Vol. UniCEUB. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12^a ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WHAT is the Role of A Defense Attorney. **Site ACE**. Disponível em: <<http://www.acelsat.com/what-is-the-role-of-a-defense-attorney>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining: What's Discovery Got to Do With It? **Criminal Justice**, Volume 23, Number 3, 2008.