

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HAROLD HOPPE

**O CONSENSO COMO MEIO DE SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO
CRIMINAL: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Porto Alegre
2018

HAROLD HOPPE

**O CONSENSO COMO MEIO DE SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO
CRIMINAL: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

Porto Alegre
2018

HAROLD HOPPE

**O CONSENSO COMO MEIO DE SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO
CRIMINAL: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Odone Sanguiné, que me conferiu liberdade para elaborar o trabalho à minha maneira, sem deixar de fazer valiosos apontamentos críticos, direcionando meus questionamentos e apontando rumos à pesquisa.

Agradeço também aos meus diletos amigos Átila Sônego e Andrey Borges de Mendonça, cujas inquietudes intelectuais assombram-me há mais de uma década e me inspiram a seguir em frente, sempre.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar como o consenso tem sido utilizado para abreviar, interromper ou encerrar antecipadamente o procedimento criminal. A inserção do consenso ou dos acordos entre acusação e defesa nos sistemas jurídicos de *civil law* exigiu a abertura de espaços de oportunidade ao exercício da ação penal (princípio da legalidade), e tem contribuído para a superação da ideia de que todo o processo penal deve contar sempre com as fases preliminar, intermediária e decisória. O estudo de Direito Comparado revela como Itália, Alemanha e Espanha incorporaram as soluções negociadas norte-americanas em seus respectivos ordenamentos, ora oferecendo soluções diversionistas à aplicação da lei penal, ora admitindo que a declaração de culpa e a consequente aplicação da pena tomem em conta o acordo firmado entre acusação e defesa. A pesquisa prossegue com a averiguação dos principais óbices à admissibilidade dos acordos no processo penal, notadamente a eventual violação aos direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, e a suposta privatização do processo com a admissão de uma verdade consensuada. Diante deste cenário internacional, analisam-se as alterações legislativas levadas a efeito pelo Brasil para admitir os acordos em seu processo penal, bem como a principal inovação no projeto de novo Código Processual Penal brasileiro: os acordos penais. O estudo conclui que o consenso não é incompatível com os princípios e valores do devido processo legal, mas reconhece a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de controle judicial daquele, salvaguardas essas que não só protegem o acusado mas também reforçam a natureza pública e indisponível do processo penal.

Palavras-chave: Consenso no processo penal. Simplificação do procedimento. Projeto do novo Código de Processo Penal. Acordos penais.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze how the consensus has been used to shorten, interrupt or close the criminal procedure in advance. The insertion of consensus or agreements between prosecution and defense in the civil law legal systems has required the opening of opportunities for criminal prosecution (the principle of legality), and has contributed to overcoming the idea that all criminal proceedings must always have the preliminary, intermediate and decision-making phases. The Comparative Law Study reveals how Italy, Germany, and Spain incorporated US negotiated solutions into their respective jurisdictions, sometimes offering diversionary solutions to the application of criminal law, or assuming that the guilty plea and the consequent application of the penalty take into account the agreement between accusation and defense. The investigation proceeds with the investigation of the main obstacles to the admissibility of the agreements in criminal proceedings, namely the possible violation of the rights to silence and of not producing evidence against itself, and the supposed privatization of the process with the admission of a truth agreed upon. In view of this international scenario, we analyze the legislative changes carried out in Brazil to admit the agreements in the criminal process, as well as the main innovation present in the draft new Brazilian Criminal Procedure Code: penal agreements. The study concludes that consensus is not inconsistent with the principles and values of due process, but recognizes the need to improve judicial control mechanisms, which safeguards not only protect the accused but also reinforce the public nature and unavailability of criminal proceedings .

Keywords: Consensus in criminal proceedings. Simplification of the procedure. Draft new Criminal Procedure Code. Criminal agreements.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	8
<u>1. JUSTIÇA CONSENSUAL E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO</u>	13
<u>1.1. Política Criminal, Crise no Sistema Punitivo Estatal e expansão da Justiça Consensual: contextualização do problema</u>	13
<u>1.2. Justiça consensual: resolução alternativa de conflitos, simplificação procedimental e colaboração com a justiça</u>	21
<u>1.3. Acordos no processo penal e simplificação do procedimento</u>	29
<u>2. JUSTIÇA CONSENSUAL NO DIREITO COMPARADO</u>	39
<u>2.1. Considerações iniciais</u>	39
<u>2.2. Modelo americano</u>	40
<u>2.2.1. Breve histórico e delimitações conceituais</u>	40
<u>2.2.2. Requisitos e garantias</u>	47
<u>2.2.3. Procedimento</u>	50
<u>2.3. Modelo italiano:</u>	52
<u>2.3.1. Breve histórico e delimitações conceituais</u>	52
<u>2.3.2. Requisitos e garantias</u>	62
<u>2.3.3. Procedimento:</u>	66
<u>2.4. O modelo alemão</u>	67
<u>2.4.1. Breve histórico e delimitações conceituais</u>	67
<u>2.4.2. Requisitos e garantias</u>	76
<u>2.4.3. Procedimento</u>	78
<u>2.5. O Modelo espanhol:</u>	79
<u>2.5.1. Breve histórico e delimitações conceituais</u>	79
<u>2.5.2. Requisitos e garantias</u>	85
<u>2.5.3. Procedimento</u>	94
<u>3. JUSTIÇA CONSENSUAL: CRÍTICAS, OBSTÁCULOS E COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL</u>	97
<u>3.1. Considerações iniciais:</u>	97
<u>3.2. Obrigatoriedade e oportunidade da ação penal:</u>	100
<u>3.3. Renúncia a direitos e garantias fundamentais:</u>	108

<u>3.4. Verdade consensual e seu controle judicial</u>	118
<u>4. CONSENSO E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</u>	132
<u>4.1. Antecedentes históricos e previsão constitucional</u>	132
<u>4.2. Lei nº 9.099/1995</u>	139
<u>4.2.1. Composição civil dos danos</u>	142
<u>4.2.2. Transação penal</u>	145
<u>4.2.3. Suspensão condicional do processo</u>	155
<u>4.3. Acordo de não persecução penal (art. 181 da Resolução CNMP n. 181/2017)</u>	161
<u>5. PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DOS ACORDOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</u>	171
<u>5.1. Questões preliminares</u>	171
<u>5.2. O consenso no projeto de Novo Código de Processo Penal</u>	174
<u>5.3. Composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo</u>	178
<u>5.4. Acordos sobre a pena: a grande inovação</u>	182
<u>5.4.1. Hipóteses de cabimento e requisitos</u>	187
<u>5.4.2. Garantias</u>	193
<u>5.4.2. Procedimento</u>	198
<u>5.4.3. A fixação da pena</u>	205
<u>CONCLUSÕES</u>	212
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	220

INTRODUÇÃO

A justiça penal negociada já é realidade nos sistemas jurídico-penais de grande parte do mundo ocidental. Inspirada no pragmatismo dos países de origem anglo-saxônica, expandiu-se rapidamente na última quadra do século XX para ordenamentos jurídicos de *civil law*, primeiro na Europa e depois na América Latina.

Esta tendência, chamada recorrentemente de contratualista e privatista, põe em xeque nada menos do que a tradicional função cognitiva do processo penal: a apuração e reconstrução de fatos pretéritos, o alcance da verdade e a aplicação da lei penal por um juiz imparcial, cuja pena será individualizada em conformidade com as peculiaridades do caso concreto e de seu autor.

Aceitar que a verdade pode ser mais ou menos construída mediante consenso entre acusador e acusado, e que a quantidade de pena decorrente da violação da lei também pode ser pactuada, parece, num primeiro momento, a negação de todos os alicerces que sustentam um processo penal justo e legítimo, o esfacelamento de garantias penais e procedimentais erigidas durante séculos pelos Estados; parece, ao fim e ao cabo, a própria negação do devido processo legal.

O objetivo primordial do surgimento, expansão e consolidação das soluções negociadas no âmbito processual penal é sem dúvida a reativação da resposta social, rápida e eficiente, ao aumento da criminalidade das sociedades pós-modernas. A luta de forças que caracteriza o processo penal consiste justamente nisso: dar cabo da tarefa de aplicação de lei penal mediante rigorosa observância das garantias penais materiais e processuais do imputado.

Com o consenso, a posição de resistência do investigado ganha relevo na determinação da velocidade do procedimento; se for da vontade do réu, este pode abreviar, acelerar ou mesmo evitar o processo criminal, beneficiando-se de alguma maneira ao não resistir, ou resistir menos. A relação entre o consenso e o tipo ou complexidade de procedimento a ser empregado no caso concreto constitui o cerne das reformas processuais penais tendentes à aceleração e simplificação dos processos penais.

Para além do consenso ou aquiescência do imputado, em algumas hipóteses as partes podem efetivamente discutir, barganhar e negociar condições para encerramento do processo, fixando inclusive as bases da condenação e as penas a serem aplicadas.

Nesse contexto, o papel do juiz altera-se consideravelmente; já não seria ele o vértice do triângulo a pronunciar – isoladamente – a verdade dos fatos. Esta – a verdade – é construída coletivamente mediante a observância de *standards* mais ou menos predefinidos, e não mais aflora como resultado de uma atividade contraditória, antagônica, conflitiva.

Todas estas mudanças exigiram e estão a exigir novas compreensões acerca da persecução penal e de seu procedimento, bem como do papel dos sujeitos intervenientes *no* processo.

O presente trabalho busca investigar o consenso como meio de simplificação do procedimento criminal, notadamente através da interrupção ou supressão de etapas ou abreviação de fases da persecução, tradicionalmente composta, como se sabe, pelas fases investigativa, intermediária e decisória. A possibilidade de o Estado proferir sentença condenatória sem proceder à produção de provas em contraditório constitui o ápice ou o triunfo máximo da chamada justiça negocial. Isso pode ocorrer no Brasil?

Breve análise de experiências de Direito Comparado auxiliam sobremaneira na busca por respostas. Compreender a lógica e funcionamento do *plea bargaining* no sistema norte-americano, referência maior da justiça negociada, e compreender também se e como se deu o transplante daquele instituto para países como Alemanha, Itália e Espanha, de grande influência em ordenamentos jurídicos de mesma base (*civil law*), fornecem importantes subsídios para refletir sobre as possibilidades de simplificação do procedimento criminal brasileiro a partir da vontade – consenso – das partes.

O trabalho está organizado em cinco capítulos. O primeiro cuida da contextualização do problema e do processo evolutivo de assimiliação e aceitação do consenso nos sistemas penais contemporâneos, ora como meio alternativo de resolu-

ção de conflitos criminais, ora como meio de obtenção de prova através da colaboração com a Justiça, e, ainda, como meio de simplificação do procedimento criminal – objeto da presente pesquisa. Embora todas estas formas de manifestação do consenso estejam interligadas entre si, a presente investigação dedica-se apenas àqueles casos em que o consenso atua como meio de simplificação do procedimento criminal, excluindo-se, portanto, os meios alternativos de resolução de conflitos e os acordos de colaboração com a Justiça.

O capítulo seguinte navega por mares internacionais. Sob uma perspectiva de Direito Comparado, traz a lume o modelo negocial norte-americano, referência máxima em justiça negocial, sua extrema capacidade de resolver litígios penais através de acordos, dispensando-se, conseqüentemente, os julgamentos pelo tribunal do júri. Depois, investiga como Alemanha, Itália e Espanha introduziram mecanismos de negociação em seus processos criminais, a possibilidade de aqueles determinarem ritos e penas, apontando suas especificidades e limitações.

O capítulo terceiro debruça-se sobre os maiores obstáculos ou críticas ao acolhimento do consenso num processo cujo objeto é indisponível, em que o contraditório e o conflito sempre afiançaram, por si mesmos, o resultado justo daquele. Assim, a questão da compatibilidade entre a legalidade ou obrigatoriedade da ação penal pública e a celebração de acordos pelo Ministério Público aflora com força, pondo em discussão a margem de discricionariedade necessária para a acusação celebrar acordos penais. Ademais, a aparente proeminência da função do acusador no processo penal, que subjugaria o réu ou investigado à aceitação dos acordos mediante renúncia ao exercício de seus direitos e garantias fundamentais, também constitui forte crítica ao modelo consensual de processo penal. Aliás, o próprio tema da renúncia ao direito ao silêncio e ao *nemo tenetur se detegere* e sua repercussão no devido processo legal também constitui obstáculo aos acordos no processo penal, lançando dúvidas sobre a compatibilidade constitucional daquela renúncia. Finalmente, partindo-se do pressuposto de que a função precípua do processo penal é a busca da verdade no caso concreto, como se legitima a atividade jurisdicional diante da verdade consensuada e qual a função do juiz diante dos acordos no processo penal também constituem indagações e críticas que são enfrentadas neste capítulo.

A pesquisa avança aferindo como o legislador inseriu o consenso no âmbito do processo penal brasileiro. Se a maioria dos países latino-americanos promulgou novos códigos processuais penais nas últimas décadas do século XX, contemplando mecanismos de consenso em suas codificações, o Brasil procedeu a reformas pontuais de seu vetusto código ao longo de quase um século e optou por cuidar do consenso no processo penal em legislação apartada, destinada unicamente à criminalidade leve e num contexto de informalidade, celeridade e economia processual. Os institutos despenalizadores – cuja marca comum é o consenso ou ao menos a vontade do imputado – da Lei dos Juizados Especiais Criminais são resultado da autorização constitucional prevista no art. 98, inc. I da Constituição Federal, que pela primeira vez no ordenamento pátrio prevê soluções consensuadas no âmbito criminal para infrações penais de menor potencial ofensivo.

Este capítulo quarto analisa a repercussão destas medidas despenalizadoras baseadas no consenso no procedimento criminal brasileiro, aludindo sempre a referências do direito estrangeiro, similitudes, alcances e controvérsias. Por fim, o acordo de não persecução penal, instituto recém criado mediante Resolução pelo Conselho Nacional do Ministério Público sinaliza a assunção, pelo órgão acusador, de uma política criminal direcionada a soluções consensuadas e conseqüentemente uso da ação penal apenas para situações imprescindíveis. As hipóteses de cabimento, procedimento e críticas do novel instituto encerram este capítulo.

A partir do estudo do projeto do novo Código de Processo Penal, o quinto e último capítulo traça algumas reflexões acerca da simplificação e agilização dos procedimentos criminais através do consenso ou, se se preferir, do acordo entre acusação e defesa. Para além do aperfeiçoamento dos mecanismos já existentes, sem inovações de maior envergadura, o projeto é audacioso e (per)segue a tendência internacional de ampliar os espaços de consenso e admitir acordos sobre a sentença (pena), não só interrompendo o processo penal mas encerrando-o com julgamento de mérito estribado fundamentalmente no acordo entabulado entre o Ministério Público e o réu e seu defensor. A envergadura da inovação exige análise de suas hipóteses de cabimento e requisitos, bem como – e especialmente – as salvaguardas necessárias para proteger-se os direitos e garantias do acusado e assegurar que a

sentença condenatória e a pena aplicada estejam em consonância com os fatos apurados e na exata medida da culpabilidade do réu. Com isso, a investigação pretende avançar na análise dos acordos penais e suas possibilidades de simplificação do procedimento criminal brasileiro, fornecendo alguns subsídios para amadurecimento da crítica e desenvolvimento da literatura jurídica em relação ao tema em estudo.

1. JUSTIÇA CONSENSUAL E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO

1.1. Política Criminal, Crise no Sistema Punitivo Estatal e expansão da Justiça Consensual: contextualização do problema

Um bom ponto de partida para compreender os acordos no processo penal é deitar os olhos sobre as razões político-criminais em que se estribam sua expansão e consolidação em nível mundial, o que ocorreu de um modo mais ou menos homogêneo quanto à sua forma e práxis tanto na Europa como na América Latina, ainda que em momentos diversos, mediante reformas pontuais ou amplas dos códigos processuais destes países.

Compreendendo a Política Criminal como um campo do saber que se dedica ao estudo do “[...] conjunto de medidas, critérios e argumentos que empregam os poderes para prevenir e reagir frente ao fenômeno criminal”¹, e levando em conta a recente aproximação da dogmática jurídico-penal àquela (e à própria Criminologia)², formando uma unidade teleológico-fundamental, denota-se daí que a “[...] extensão, o sentido e, enfim, a aplicação do direito penal ficam em última análise dependentes

1 JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, 2003, p. 148. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>>. Acesso em maio de 2017.

2 Desde Von Litz, a dogmática jurídico-penal e a Política Criminal eram “[...] considerados como dos sectores del conocimiento humano en relación con el delito y sus consecuencias, con ámbitos de actuación y fines autónomos, separados y limitados entre sí. El Derecho penal era concebido como una ciencia estructurada en torno a unos principios de garantía de las libertades del ciudadano (legalidad, culpabilidad, intervención mínima, etc), sistematizada con una firmeza lógica inquebrantable y cuya finalidad estaba más próxima a limitar al poder punitivo que a tutelar la sociedad. La Política Criminal, por el contrario, se contemplaba como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad” (JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, 2003, p. 114. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>>. Acesso em maio de 2017). Ou seja, a criminalidade não era problema da dogmática jurídico-penal, mas sim da Política Criminal, que deveria – autonomamente em relação à dogmática – ocupar-se deste tema. Foi sobretudo Claus Roxin, em sua famosa conferência em Berlim em 1970 sobre Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal, que conferiu novos desenhos à dogmática jurídico-penal contemporânea, fazendo nela inserir “[...] parámetros político-criminales en la elaboración de las instituciones más relevantes de la ciencia penal, lo que ha contribuido a construir sus bases desde los fundamentos materiales y valorativos de la realidad social” (ROXIN, Claus *apud* JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, 2003, p. 116. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>>. Acesso em maio de 2017.

da teleologia, das valorações e das proposições político-criminais inerentes ao sistema”³.

Ou seja, se a dogmática jurídico-penal não se restringe unicamente aos conceitos normativos cunhados pelo legislador, mas tampouco está pré-determinada absoluta e isoladamente pela sua estrutura ontológica, ela deve decorrer de valorações jurídicas – entre os diversos sentidos de juridicidade possíveis – assentadas e orientadas por “[...] finalidades valorativas e ordenadoras de natureza político-criminal, numa palavra: a valorações político-criminais co-naturais ao sistema”⁴.

O que se quer sublinhar aqui é que o Direito Penal é vocacionado teleologicamente a alcançar seus objetivos, notadamente a prevenção do crime, ou seja, à proteção de bens jurídicos relevantes, o que deve ocorrer através de um Sistema de Justiça Penal⁵ orientado e conformado por “[...] proposições de política criminal, nos limites postos pelo modelo jurídico-constitucional”⁶.

Nesse sistema há de inserir-se também o Direito Processual Penal⁷. Isso porque, segundo Figueiredo Dias, o processo penal constitui parte do direito penal, formando uma unidade, de maneira que o direito penal total⁸ legitima-se a partir da proteção da ordem social e, a partir desta e conseqüentemente, também mediante o cumprimento do “[...] dever de administração e realização da justiça penal”⁹. Não

3 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 26.

4 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 17.

5 Refere-se aqui a Sistema Penal como “[...] o conjunto de instituições vinculadas ao exercício da coerção penal e do castigo estatal”, abrangendo, naturalmente, o Direito Penal e o Direito Processual Penal (BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.13).

6 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 36.

7 Conforme Rosimeire Ventura Leite, “[...] não obstante a independência de cada ramo das ciências criminais, evidencia-se a relação entre política criminal e processo penal, pelo menos quando se opta por uma visão multidisciplinar do delito e de suas conseqüências. De fato, alterações na legislação processual penal são influenciadas por tendências político-criminais preponderantes em dado momento histórico” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65).

8 O autor identifica o direito penal substantivo, o direito processual penal e o direito de execução das penas como três setores do mesmo ordenamento jurídico (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 27).

9 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 24.

obstante a tradicional concepção de que o processo penal seria a trincheira insuperável dos objetivos da política criminal¹⁰, inexistem razões para excluir o processo penal da missão atribuída a todo o ordenamento jurídico, devendo-se inseri-lo no sistema como parte integrante do processo de aplicação do direito penal¹¹.

Aqui, vale reproduzir a advertência e os esclarecimentos de Fernando Fernandes:

Enfatize-se, por último, que a noção da política criminal aqui versada não faz profissão de fé exclusiva ao seu aspecto de mecanismo tendente a melhorar e racionalizar as estratégias de prevenção e repressão do crime, alinhando-se, ao invés, à sua característica trans-sistemática, no sentido de competir-lhe mesmo a determinação dos limites em que deve operar a punibilidade, no interior dos quais deve actuar a dogmática jurídico-penal. Ou seja, antes de se limitar à indagação do como reagir-se, a política criminal passa a preocupar-se também com aquilo a que deve reagir-se. Ela assume os seus próprios fins que, inclusive, 'podem colidir com os fins inscritos no sistema jurídico-penal em nome da procura de alternativas não penais de controlo ou tolerância'. Isso torna-se evidente a partir de uma construção do processo penal como instrumento de política criminal, na medida em que a necessidade (conflito ou consenso) e a forma (sumário, sumaríssimo, abreviado, directo ou directíssimo) do procedimento são determinados, entre outros factores, por razões político-criminais. Ou seja, à política criminal não estará reservada apenas a missão de determinar como deve ser a reacção penal mas também a de seleccionar aquilo contra o que deverá reagir-se de modo mais formalizado ou não e o tipo dessa formalização (maior ou menor)¹².

As intenções político-criminais que orientam o Sistema Jurídico-Penal devem constituir também balizas estruturantes para o processo penal, voltado à sua funcionalidade e eficiência, mas sem olvidar da sua fundamental função de garantia, delineada pela tutela da dignidade da pessoa humana¹³.

10 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 30.

12 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 50.

13 AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 257. ISSN: 2525-510X. Sobre esta compatibilização entre funcionalidade e garantia, sob a ótica da Política Criminal, concluem os autores citados: "Sendo assim, para um processo penal não apenas limitado à protecção do acusado, mas também em conformidade com os valores políticos criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, deve se realizar uma integração teleológica entre o Sistema Punitivo, e o modelo

Essa ideia de funcionalidade e eficiência do sistema, a ser perseguida pela Política Criminal, também encontra alicerce – por exemplo – na Constituição portuguesa quando esta contempla, em seu art. 20, o princípio da tutela judicial efetiva¹⁴, que, em consonância com o preâmbulo daquela Magna Carta, assegura aos cidadãos o direito a um processo penal funcionalmente orientado¹⁵.

Pois bem, postas estas considerações epidérmicas sobre Política Criminal e a exigência de racionalidade e funcionalidade do Sistema Jurídico-Penal, incluindo-se, aqui, o processo penal, retoma-se o tema dos acordos no processo penal para referir, desde logo, que eles nunca foram tidos como o melhor caminho, senão o caminho possível¹⁶ diante das vicissitudes enfrentadas pelo processo penal em especial a partir da década de setenta do século XX.

Trata-se, pois, de indiscutível opção político-criminal destinada ao enfrentamento da ineficiência e disfuncionalidade do sistema punitivo estatal¹⁷.

processual nele adotado, havendo uma estrutura da norma processual que permita em si um conteúdo prognóstico, de maneira que também se cumpram as necessidades de funcionalidade e eficiência do processo penal, sem dispensar sua irrenunciável tradição de garantia, irrenunciabilidade que se representa, no Estado Democrático de Direito, pela intransponível tutela da dignidade da pessoa humana”(p. 260-261).

¹⁴Sobre o tema da proibição de proteção deficiente no Brasil, ver FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁵DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 38.

¹⁶A afirmação aqui estriba-se em dois fundamentos: o primeiro no sentido de que os acordos no processo penal foram acolhidos como resposta utilitarista à crise mencionada, e não como convicção teórica ou ideológica; em segundo lugar, trata-se de medida diversionista que se disseminou rapidamente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos de matriz continental, embora esta escolha político-criminal pela justiça consensual em absoluto exclua outras medidas tendentes a enfrentar a não funcionalidade do processo penal, inclusive de direito material, como a descriminalização, princípios da intervenção mínima, *ultima ratio* e proporcionalidade, direito penal mínimo (FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 105 e seguintes).

¹⁷Estas opções, como se verá ao longo do trabalho, compõem um conjunto de conhecimentos e técnicas utilizados pela política criminal para fazer frente ao tema da morosidade e ineficiência do sistema, opções estas mais ou menos uniformes não só no tempo (época) e espaço (ordenamentos jurídicos), mas também quanto ao próprio conteúdo – simplificação e abreviação do procedimento criminal.

São múltiplas as razões que conformam esta “crise”¹⁸, que escapam de todo dos objetivos deste trabalho, embora se possa afirmar que a inflação legislativa em matéria penal¹⁹ e o congestionamento processual²⁰ – cada qual com suas nuances próprias mas também correlacionadas entre si – bem situam o problema²¹ do sistema punitivo estatal.

Especificamente no campo processual penal, o incremento quantitativo (fenômeno demoniado *overload*²²) e a maior complexidade dos casos que ingressavam no sistema de justiça criminal como resultado da modernidade e da multiplicação de conflitos daí advindos, impulsionaram fortes críticas direcionadas às regras e sistemas jurídicos então vigentes, pressionando-os para mudanças.

18“Há um certo consenso em torno de que um dos graves problemas da justiça criminal é a demora na solução dos processos criminais. O problema cresce nos países em que é comum ficar o acusado preso por longos períodos até ser proferida a decisão. Aponta-se a lentidão no andamento dos feitos como o principal motivo para que se busquem formas alternativas de resolução da causa e maneiras de simplificação do procedimento” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 52-53).

19A referência comum da doutrina à expansão do Direito Penal remete ao movimento difundido inicialmente nos Estados Unidos e depois mundo afora denominado “*law and order*”, na década de setenta, que se caracterizava, segundo Silva Sánchez, por “[...] reclamar uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra os fenômenos de delinquência de massas, da criminalidade das ruas (patrimonial e violenta)”. (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 31). Tal movimento, adverte o autor citado, não propugnava necessariamente a expansão do Direito Penal, senão uma reação mais intensa, um incremento do punitivismo. De qualquer sorte, esta expansão teria conduzido ou ao menos coincido com uma crise nos procedimentos penais europeus (e latino-americanos), severamente criticados pela sua capacidade limitada de resolver em tempo razoável o número expressivo de casos criminais que aportava nos tribunais a partir da década citada (SCHÜNEMANN, Bernd. *Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento criminal americano em el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes de Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecno, 2002, p. 289).

20A lentidão dos processos pode ter razões externas ao processo penal, tal como a estrutura judiciária decifiente, e razões internas, dentre as quais estão “[...] a excessiva rigidez do vigente sistema processual, resultado, de um lado, da previsão de uma variedade pouco restrita dos procedimentos alternativos em relação ao procedimento ordinário; de outro, da regra segundo a qual todos os procedimentos ordinários devem preferencialmente atingir os debates” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 53).

21No Brasil, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, tramitam 6,5 milhões de casos penais, cujo prazo médio de duração da fase de conhecimento é de 3 anos e 1 mês (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/c3337960542e0b3747309de0befed19c.pdf>>. Acesso em dezembro de 2017.)

22Ressaltando o caráter universal desta “crise” que se apresenta em grande parte dos ordenamentos jurídicos, Fernando Fernandes ressalta que “[...] um maior agravamento do problema verifica-se naqueles Ordenamentos Jurídicos centrados num maior apego às preocupações para com as garantias a serem atribuídas ao cidadão, com a correlativa rigidez conceitual do dogma da legalidade (material e processual), dadas as exigências dele decorrentes” (FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p.97).

Segundo Mirjain Damaska²³, estão na base destas pressões dois eixos fundamentais. O primeiro deles é de caráter pragmático e constitui uma reação direta ao aumento vertiginoso de casos criminais e na incapacidade de os processos tradicionais darem conta deste incremento de forma minimamente aceitável; com isso, ganhou voz e corpo a necessidade de racionalização da justiça, que, com recursos limitados, deveria adotar mecanismos e ferramentas tendentes a reagir a este fenômeno moderno. O segundo eixo referido pelo autor tem cores ideológicas e se vincula aos processos de transição à democracia, que logicamente repercutiriam na política criminal e na questão dos direitos humanos²⁴. Como rechaço às barbáries praticadas por regimes totalitários na primeira metade do século XX, a preocupação com a justiça do processo criminal, com o respeito ao devido processo (incluindo-se aqui, em especial, a ampla defesa²⁵) e com a proteção dos direitos humanos impulsionou um movimento – inicialmente internacional e depois mediante acolhida nos ordenamentos internos – tendente a garantir um tratamento adequado aos indivíduos que se encontram sujeitos a um processo penal.

Nesse contexto, os países europeus (e latino-americanos) foram buscar no modelo norte-americano de justiça consensual inspiração para atacar a crise e alcançar a almejada eficácia das funções penais²⁶. A propósito disso, a influência do sistema de *common law* nos países de tradição romano-germânica não constitui

23DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p. 01-02. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/der echo_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017.

24ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual e Penal*, Porto Alegre, v.1, n.1, p.43-65, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>>. Acesso em maio de 2017.

25O exercício de uma defesa efetiva, com paridade de armas, culminou por fazer ainda mais penoso e lento os processos criminais: “Las percepciones comenzaron a cambiar con la ampliación de los derechos de la defensa y la posibilidad de que el abogado defensor los afirmara de manera agresiva. Se hizo evidente que la defensa ha adquirido una forma de hacer más lento la ya sobrecargada maquinaria de la justicia” (DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p.05. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/der echo_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017).

26ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual e Penal*, Porto Alegre, v.1, n.1, p.43-65, 2015, p.44. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>>. Acesso em maio de 2017.

fenômeno recente, existindo referências de que a história dos sistemas civilistas nos últimos duzentos²⁷ anos tem sido marcada por “[...] adoções esporádicas de esquemas processuais cuja origem espiritual se encontra em terras anglo-americanas”^{28 29}.

Especificamente sobre o transplante dos acordos dos EUA à Europa, pontua Mirjain Damaska:

Os mecanismos para evitar julgamentos utilizados nos Estados Unidos foram estudados e serviram de inspiração para alguns reformadores do continente no desenho de formas análogas apropriadas aos seus estilos processuais. Diversas formas de "negociar" com o réu começaram a surgir nas jurisdições europeias, embora não tenha sido prática nos casos de crimes mais graves³⁰.

Stefano Maffei aponta três fatores que têm fomentado este recente fenômeno consistente na transição de um modelo de aplicação impositiva da lei para um modelo de aplicação negociada. O primeiro deles é a perda de prestígio do *Welfare*

27LANGER, Maximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 97-133.

28DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p.14. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/der echo_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017.).

29“In the eighteenth century, continental European commentators and policy-makers became deeply interested in English criminal procedure, discussed the differences between the criminal processes of England and the Continent, and considered the former as a model for reform” (LANGER, Maximo. Strength, Weakness or Both? On the Endurance of the Adversarial-Inquisitorial Systems in Comparative Criminal Procedure. In: ROSSA, Jaqueline; THAMAN, Stephen. *Research Handbook on Comparative Criminal Procedure*. London: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 4).

30DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p. 16. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/der echo_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017). Tradução nossa. Como se verá ao longo do trabalho, os mecanismos de consenso foram sendo introduzidos nos países de civil law de forma paulatina, e com uma marca mais ou menos homogênea: restrição de sua incidência aos crimes de natureza “leve” cujo apenamento não alcançasse restrição da liberdade (prisão). Nereu Giacomolli bem apreendeu esse processo: “Em nosso modo de pensar, os mecanismos regrados de oportunidade e/ou consenso – sempre que limitados legalmente –, são admissíveis nas infrações criminais de menor entidade, onde se pode aceitar uma certa renúncia ao devido processo legal clássico e de todas as suas garantias. Isso porque, sempre que advenha uma condenação, os efeitos não são o cumprimento de uma pena privativa de liberdade. A garantia do status libertatis está acima dos interesses individuais, particulares de cada cidadão, constituindo-se em um direito fundamental irrenunciável” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.178).

State, em que sociedades mais igualitárias, mais complexas e menos coerentes são menos propensas a legitimar decisões impostas; o segundo é que o aumento da criminalização expõe os países da Europa a um problema de capacidade do sistema: espera-se por um sistema mais eficiente com menor aporte de recursos; por último, a Convenção Europeia de Direitos Humanos tem exigido dos Estados-membros a redução dos trabalhos das Cortes e pressionado legisladores locais a assegurar processos penais e decisões mais rápidos³¹.

Nesse sentido, na Recomendação R (87) 18, de 17 de setembro de 1987, do Conselho de Ministros da Europa, o tema da simplificação de processos foi tratado textualmente no sentido de que a assunção de culpa pelo imputado deve conduzir à simplificação de processos e conseqüentemente à celeridade na prestação jurisdicional^{32 33}.

Nesse panorama, desde meados da década de 80 do século passado, com nítidas razões de política-criminal, um número quantitativo de países na Europa e na América Latina³⁴ incorporou em seus procedimentos penais diversas formas de consenso em que as partes podem chegar a acordos, abreviando ou mesmo

31MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2,2004, p. 1051.

32A Recomendação assim dispõe, textualmente, no que aqui importa: "Wherever constitutional and legal traditions so allow, the procedure of "guilty pleas", whereby an alleged offender is required to appear before a court at an early stage of the proceedings in order to state publicly to the court whether he accepts or denies the charges against him, or similar procedures, should be introduced. In such cases, the trial court should be able to decide to do without all or part of the investigation process and proceed immediately to the consideration of the personality of the offender, the imposition of the sentence and, where appropriate, to decide the question of compensation. 8. i. The "guilty plea" procedure must be carried out in a court at a public hearing. ii. There should be a positive response by the offender to the charge against him. iii. Before proceeding to sentence an offender under the "guilty plea" procedure, there should be an opportunity for the judge to hear both sides of the case". Disponível em: <[http://www.antonioacasella.eu/restorative/rec\(87\)18.pdf](http://www.antonioacasella.eu/restorative/rec(87)18.pdf)>. Acesso em dezembro de 2017.

33Nas palavras de Nereu Giacomoli: "De modo expresso, o Comitê de Ministros recomenda o procedimento da guilty plea, de forma que o acusado possa comparecer ante o Tribunal e reconhecer ou não sua culpabilidade, ainda na fase inicial do procedimento, permitindo-se ao órgão jurisdicional proferir imediatamente a sentença" (GIACOMOLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 37).

34ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 142.

evitando processos criminais³⁵, dando início ao processo de expansão da justiça consensual para além dos países de origem anglo-saxônica.

O tradicional modelo de justiça conflitiva passa a conviver com outro, de natureza não conflitiva³⁶, que *tende* a alterar – mediante supressão de fases ou encerramento antecipado – o procedimento de apuração do fato criminoso, com relevantes implicações no *due process of law*³⁷. Este novo paradigma, entretanto, não significa uma ruptura, pois “[...] não se está diante de uma total alteração de modelos: de um fundado no conflito para um baseado no consenso e sim de uma complementariedade entre ambos”³⁸.

Esta complementariedade consiste basicamente na criação de mecanismos para evitar, interromper, encerrar ou abreviar o procedimento criminal ordinário, tradicionalmente conflitivo, mecanismos estes baseados num acordo de vontades – consenso – entre os sujeitos processuais.

35LANGER, Maximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 97-133. Nesse sentido, a Espanha introduz em seu ordenamento o *juicio abreviado* em 1988; em 1987, Portugal regulamenta o *consenso*; na América latina, ao longo da década de noventa, Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolívia, Paraguai, Brasil, El Salvador e Argentina adotam mecanismos de consenso denominados, em geral, de juízos ou procedimentos abreviados.

36Ao lado da justiça tradicionalmente conflitiva, retributiva, de oposição entre acusação e defesa, que medem forças em uma arena cujas regras preestabelecidas devem ser rigorosamente observadas para legitimação de uma decisão final, imposta por um julgador imparcial, que a sua vez, a partir da dialética processual e do rígido antagonismo entre os contendores, extrai a “verdade” dos fatos e reconhece - ou não - a incidência da lei penal ao caso concreto, passando *incontinenti* à aplicação do castigo previsto no preceito secundário da norma penal infligida (se for o caso), emerge em paralelo um novo mecanismo ou modalidade de resolver conflitos penais, não mais com base na oposição de forças entre acusação e defesa, mas mediante espaços de consenso e acordo em que os atores processuais se movem, mediante concessões mútuas, renúncias ou não exercício de determinados direitos ou garantias, em direção a uma solução mais ou menos concertada, dentro do processo ou mesmo fora dele.

37Não se trata de uma alteração puramente técnica sob a ótica do procedimento. A justiça penal negocial é fenômeno extremamente complexo, que atua ao lado e sem prejuízo de outros fenômenos de que se ocupa a Política Criminal, como a descriminalização, não-intervenção radical, diversão e o *due process*. Para além disso, a doutrina ainda persegue seus fundamentos filosófico – discussão que campeia entre teoria filosófica do utilitarismo, do agir comunicativo e da legitimação através do processo – e criminológico, conforme expõe FERNANDES, Fernando. O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 141 e seguintes.

38FERNANDES, Fernando. O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 141. No mesmo sentido OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 77, para quem o consenso não seria um modelo processual em si, mas apenas um modelo processual *orientado* pelo consenso.

1.2. Justiça consensual: resolução alternativa de conflitos, simplificação procedimental e colaboração com a justiça

Os espaços de consenso que se abrem no processo penal e mesmo fora dele constituem alternativas implementadas dentro de um conjunto de medidas destinadas a minimizar o descompasso existente entre a teorização do processo penal e a sua eficiência prática³⁹. A expansão da criminalidade de massa que ameaçava colapsar a justiça criminal nas últimas décadas do século passado impunha a necessidade de simplificação de ritos, aceleração de processos e economia de custos. A crise era (e é), enfim, um problema de capacidade⁴⁰.

Embora os países de origem anglo-saxônica já tivessem mais ou menos acolhida (embora de forma não menos controvertida)⁴¹ a prática de acordos no processo criminal, a grande maioria dos modelos de processos criminais do mundo ocidental adotou, com maior ou menor amplitude e abrangência, com alguns pontos de convergência e outros tantos de dissonância, diversos mecanismos ditos alternativos de solução de conflitos criminais⁴², que, não obstante apresentem-se sob roupagens ritualísticas e procedimentais nem sempre uniformes, carregam como marca comum a presença de um ato de vontade de um ou ambos os sujeitos processuais tendentes a ceder alguma posição jurídica ou direito para em contrapartida alcançar algum benefício, penal ou processual.

A justiça consensual pode manifestar-se de várias maneiras e com objetivos imediatos nem sempre comuns, cumprindo funções diversas e submetendo-se a princípios e ritos próprios. Podem variar quanto à natureza, efeitos e objeto⁴³. Por

39SCARANACE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010, p. 192.

40TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 680.

41Ver capítulo III, subitem 1.

42SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p.175-198, 2004. O autor chega a mencionar que a crise do processo penal e do direito penal enfrentada pelos países europeus nos últimos trinta anos apresenta fundamentos equivalentes àqueles que provocaram a substituição do processo inquisitivo pelo reformado, após a Revolução Francesa de 1789 (p. 175).

43FERRETI, Carlos del Rio. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, v.35, n. 1, p. 157-182, 2008, p.158. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>>. Acesso em novembro de 2017.

vezes possuem alcance muito específico e limitado, como nos acordos referentes ao *thema probandum*, em que a convenção das partes delimita o espectro probatório. Em outras ocasiões o consenso manifesta-se fora do processo e tem por objeto efetivamente evitá-lo; constituem acordos não jurisdicionais respaldados pela lei, como nas hipóteses em que a reparação do dano fora dos autos obsta o próprio início da persecução penal (autênticas saídas alternativas ao processo).

De outra parte, o consenso também manifesta-se dentro do processo, com ou sem reconhecimento de culpa, com a aplicação ou não do *ius puniendi*, mas sempre mediante cessão de posições jurídicas por uma ou ambas as partes com o objetivo de facilitar o encerramento do processo ou a incriminação do imputado.

A conceituação e categorização destas formas de manifestação do consenso no âmbito processual penal é tema tormentoso na doutrina, já que a identificação dos limites entre as tipologias nem sempre constitui tarefa fácil⁴⁴. Para fins deste trabalho, e sem receio de equívocos metodológicos, optou-se por uma divisão tríade conforme sua repercussão no procedimento criminal: (a) o consenso como meio alternativo de resolução de conflitos, fora do processo, com ou sem repercussão nele, mas – em regra – sem alteração do procedimento criminal; (b) o consenso

⁴⁴Apoiado na tipologia de Michel van de Kerchove, Françoise Tulkens elenca quatro modelos de justiça criminal, interdependentes entre si: justiça conflitiva, justiça participativa, justiça consensual e justiça negociada (TULKENS, Françoise. *Justiça Negociada*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 676). Luis Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva entendem que a resolução alternativa do conflito penal através da justiça consensual pode ocorrer de diversas formas: “Dentro do guarda-chuva “Justiça consensual” é necessário distinguir quatro subespécies: (a) Justiça reparatória (que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos – juizados criminais; crimes ambientais-TAC); (b) Justiça restaurativa (que exige um mediador, distinto do juiz; visa a solução do conflito, que é distinta de uma mera decisão); (c) Justiça negociada (onde se encaixa a plea bargaining, tal como nos EUA – 97% dos casos são resolvidos pela negociação, de acordo com o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, em entrevista para o Conjur) e (d) Justiça colaborativa (que é subespécie de Justiça negociada, caracterizando-se por premiar o criminoso quando colabora consensualmente com a Justiça criminal)” (GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada*. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 6, n. 1, jan./jun 2015. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/476>> Acesso em agosto de 2017). Rosimeire Ventura Leite, a seu turno, procura distinguir justiça consensual e justiça negociada: “A diferença entre consenso e negociação pode ser admitida no sentido de esses termos representarem diferentes graus de autonomia da vontade conferida às partes. A negociação seria a forma mais extrema de solução consensual do processo. A justiça negociada, portanto, a nosso ver, expressa uma das manifestações do consenso no âmbito do processo penal, tendo no plea bargaining americano o seu exemplo por excelência” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 24).

como meio de colaboração com a justiça, destinado primordialmente à obtenção de provas; e, por fim, (c) o consenso como mecanismo de simplificação procedimental (objeto do presente trabalho)⁴⁵.

Os modos alternativos de resolução de conflitos (conhecidos pela sigla ADR – *Alternative Dispute Resolution*) consistem em métodos flexíveis de resolução de conflitos, que excluem ou no máximo complementam as instâncias judiciais. Em um espaço informal, fora do Poder Judiciário, os envolvidos no fato criminoso são chamados para participarem diretamente da resolução do litígio, de forma independente do Poder Judiciário⁴⁶. Estes métodos alternativos à jurisdição assumem uma posição complementar àquela, notadamente os casos de mediação (justiça restaurativa) e conciliação, que, como regra geral, não excluem a possibilidade de se recorrer à Justiça Estatal formal em caso de fracasso daqueles⁴⁷.

Dentre estas alternativas à jurisdição destaca-se a Justiça Restaurativa, que emergiu como um movimento político-criminal de revalorização da vítima no âmbito do processo penal, num período de progressiva perda de valor dos modelos rígidos e predeterminados em favor de “[...] processos mais flexíveis frente à rigidez do modelo judicial”⁴⁸. Sua origem remonta ao ano de 1974, no Canadá, com a criação do primeiro programa de reconciliação entre vítima e agente perpetrador do ilícito (*Victim Offender Mediation*), estendendo-se posteriormente para os Estados Unidos e depois à Europa⁴⁹.

45Antonio Scarance Fernandes denomina “deformalização das controvérsias” as equivalências jurisdicionais, vias alternativas ao processo capazes de evitá-lo, como a mediação. Outrossim, denomina “deformalização do processo” a sua simplificação, buscando rapidez e economia, sendo a solução consensuada uma de suas principais vertentes (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010, p. 193).

46LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 48.

47ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 153.

48ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 155.

49FERNANDEZ, Maria Auxiliadora Garcia. La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. *Revista internacional de Doctrina Y jurisprudência*, v. 15, maio 2017, p.2. Disponível em: <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-09/articulos-mediacion_penal.pdf>. Acesso em novembro 2017. Conforme Álvaro E. Marquez Cárdenas, “[...] el primer Programa de Reconciliación entre víctima y delincuente comenzó como un experimento en Canadá, donde un empleado de prisiones en la cárcel de jóvenes, solicitó al juez del caso la oportunidad de conceder la libertad condicional a dos menores condenados por vandalismo a

A conciliação e a mediação têm como viga mestra o consenso, o acordo entre as partes, que é facilitado pela atuação/auxílio de um terceiro – mediador sem papel decisório – com vistas a compor o litígio de forma amigável⁵⁰.

A repressão típica da justiça conflitiva, com a imposição de pena aos culpados, é objetivo secundário ou até mesmo inexistente no âmbito da justiça restaurativa. O resgate da vítima no âmbito penal tem aqui vital importância, assim como a compreensão de que o crime produz fissuras no tecido social. Desse modo, vítima e comunidade são chamadas a dialogar com o autor do fato, promovendo-se a reparação dos prejuízos causados pelo último ao primeiro, incentivando que o agressor reconheça seu comportamento desviado e comprometa-se a mudar de atitude⁵¹.

Trata-se de fenômeno crescente que o Direito há de contemplar e regular, sobretudo após a revalorização do papel da vítima no processo penal, expressamente reconhecida e recomendada pelas Resoluções do Comitê de Ministros do Conselho da Europa n. (77)27, de 28/09/1977, Recomendação n. (87) sobre a assistência às vítimas e prevenção à vitimização, de 17/09/1987, Recomendação n. (99)19 referente à mediação em matéria penal e Resolução 14, de 27/07/2000, que enumera os princípios básicos dos programas de justiça restaurativa em matéria penal⁵².

cambio que se reunieran con las víctimas de los daños causados y que buscaran la manera de restituir o indemnizar a los afectados con sus conductas ilícitas. La experiencia tuvo éxito y se fue implementada esta forma de dar la libertad a cambio de los encuentros útiles entre los afectados con el delito. En ocasiones para las víctimas de los daños fue suficiente el arrepentimiento sincero de los jóvenes para superar la reparación del daño y para darse la reconciliación entre las partes, en otra oportunidad los menores se comprometían a realizar trabajos en bien de la comunidad o de la víctima” (CÁRDENAS, Álvaro E. Márquez. Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera. *Diálogos de Saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Bogotá, n. 32, p.273-296, 2010,p.181. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3295822.pdf>>. Acesso em novembro 2017).

50LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 49. Para Brandalise, a justiça restaurativa “[...] compreende o crime como causa de um dano individual e social. Nela, a responsabilidade é definida por aqueles que estão envolvidos em suas consequências, de maneira informal, emotiva e sentimental. O resultado desejado é construído para fins de reparação subjetiva daquilo que o crime causou” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista de Derecho*, Segunda época, ano 12, n.13, p. 11-32, julho 2016, p. 14).

51LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 54.

52ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 156. Sobre os propósitos da Resolução, destaca Brandalise: “À partida, oportuno dizer que a própria Recomendação destaca que é a mediação uma forma flexível,

A partir de então, diversas foram as formas e meios com que os países inseriram a mediação como meio alternativo ao processo penal, ora apenas de forma complementar, quando a reparação conduz à redução de pena (atenuante) ou suspensão do processo, por exemplo, ou de forma efetivamente alternativa, quando o resultado da atuação da justiça restaurativa evita o processo penal, com alguma repercussão no exercício da ação penal⁵³.

Embora concebidas inicialmente fora do processo, a expansão dos modos alternativos e a "[...] tendência de contratualização das formas de resolução dos conflitos", compreendida como uma ampliação da própria atuação estatal, culminaram por fazer inserir a conciliação e a composição no próprio processo penal, "[...] com o objetivo de abreviá-lo, de aliviar a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais e de reparar os prejuízos suportados pela vítima". Segundo Rosimeire Ventura Leite, tal tendência significa o "[...] retraimento da participação do Estado mesmo no domínio interno do processo penal, dando lugar, ainda que de maneira reduzida e controlada, a uma atuação mais ampla das partes na satisfação de seus interesses"⁵⁴.

No entanto, há forte relutância em implementar a justiça restaurativa no Brasil, não obstante a existência de Protocolo de Cooperação Institucional para Difusão da Justiça Restaurativa, firmado em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça, e da Resolução n. 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do

compreensiva, resolutive, participativa, seja de forma complementar, seja de forma alternativa, ao procedimento criminal tradicional. As diretrizes nela expostas consideram a liberdade da vítima e daquele que pratica o delito em aderir à proposta de mediação como forma de resolução do conflito penal, que será conduzida por um terceiro imparcial. Salientam que a vontade expressada pode ser retirada durante sua realização. E, mais importante, que o conteúdo da mediação deve ser confidencial e não pode ser utilizado além daquilo que leve à efetivação da mediação, salvo concordância das partes" (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista de Derecho*, Segunda época, ano 12., n. 13, p. 11-32, julho 2016, p. 15).

⁵³Exemplificativamente, as hipóteses de suspensão condicional do processo no Brasil e na Alemanha podem ser concebidas como manifestações de justiça restaurativa, em que a reparação do dano causado à vítima pelo ofensor repercute na esfera criminal, evitando ou interrompendo o processo penal. Nesse caso, todavia, não se trata efetivamente de método alternativo ao processo, mas antes meio de simplificação ou reorganização de seu procedimento, como se verá.

⁵⁴LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 52.

Ministério Público⁵⁵. Rodrigo da Silva Brandalise observa que inexistente lei federal sobre o tema, apenas iniciativas pontuais de implementação de sua sistemática⁵⁶.

De outra parte, o consenso também se manifesta nos chamados acordos de colaboração premiada. Igualmente inspirado em origens anglo-saxônicas, o consenso aqui se manifesta como ferramenta de facilitação a investigações de determinado tipo de criminalidade, ou seja, como meio de obtenção de prova, em que a colaboração processual do imputado confere a ele benefícios penais e processuais penais, correlacionando os acordos no direito processual penal ao chamado direito premial.

A transnacionalidade – real e virtual – típica da globalização do século XXI, apta à prática de crimes de forma remota, em qualquer lugar e por intermédio de uma enorme gama de ferramentas decorrentes da sociedade em rede, torna quase impossível a tarefa de combate e investigação destes crimes pelos métodos ditos tradicionais⁵⁷.

Acrescente-se ainda a estrutura organizacional destes grupos criminosos, em que vige a lei do silêncio (*omertá*) entre seus integrantes, que não raro penetram nas próprias estruturas do Estado mediante abuso de poder econômico e corrupção. Estas organizações criminosas apresentam estrutura hierárquica e por vezes bases de atuação em diversos países, características que também enfraquecem – senão inviabilizam totalmente – a persecução penal⁵⁸.

55ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise do Direito Comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 275.

56BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista de Derecho*, Segunda época, ano 12., n. 13, p. 11-32, julho 2016.

57ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez. *El colaborador con la justicia*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 14.

58MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus podvm, 2016, p. 232.

Nesse passo, a comunidade internacional⁵⁹ passou a reconhecer que o enfrentamento a esta criminalidade organizada não poderia prescindir de meios excepcionais de investigação, dentre os quais se destaca a atuação pós-delitiva do imputado, que auxilia as forças do Estado no desbaratamento da organização criminosa, interrupção de sua atividade delitiva e identificação de seus integrantes; em contrapartida, recebe algum tratamento mais benéfico, processual ou material (prêmio)⁶⁰.

A possibilidade de o agente criminoso firmar *acordo* com o Estado a fim de colaborar com a investigação constitui inegável utilização do processo penal como instrumento de política-criminal, dirigido, aqui, por valorações político-criminais referentes à produção probatória voltada exclusiva ou predominantemente à grave criminalidade⁶¹.

59A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/04, dispõe que cada “Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas”, estabelecendo, ainda em seu art. 24, que “cada Estado parte poderá considerar a possibilidade [...] de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) possui norma de idêntico conteúdo em seu art. 37, prevendo a atenuação da pena ou mesmo imunidade em casos de cooperação efetiva de imputados. O Conselho da União Europeia pronunciou-se sobre o tema através da Resolução CE, de 20/12/96, propondo que os Estados-membros considerem a possibilidade de conceder benefícios àqueles que rompem seus vínculos com a criminalidade e auxiliem na investigação e desbaratamento da organização criminosa. Posteriormente, a Decisão-marco (CE) do Conselho de Europa referente à luta contra o terrorismo, de 13/06/02, e a Decisão-marco (CE), também do Conselho, atinente ao tráfico de entorpecentes, de 25.10.04, também estimulam os Estados-parte a criar medidas de incentivo à colaboração de imputados com a Justiça. Note-se, como adverte Isabel Sánchez García de Paz, que tanto a Resolução como as Decisões-marco não exigem a autoincriminação (GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. El coimputado que colabora con la justicia penal. *Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*, n. 7-05, p. 05:1-05:33, 2005. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>, acesso 30/09/2017>. Acesso em junho de 2017.).

60Os Tribunais Internacionais também acolheram os acordos por razões político-criminais vinculadas à obtenção de provas. As circunstâncias especiais dos tipos de crimes combatidos nestes foros também resultam em grande dificuldade na obtenção de provas, o que estimulou a acolhida dos acordos no âmbito do Direito Penal Internacional (ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 139).

61AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 262. ISSN: 2525-510X.

Referindo-se à colaboração premiada prevista na legislação brasileira, esclarecem os autores: “Os mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13, entre eles a colaboração premiada, refletem claramente o processo penal em complementariedade funcional com o direito penal material, agora direcionado à criminalidade grave. Constata-se ainda que se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação e, sendo assim,

Se é verdade que o Direito Premial constitui tema de direito substantivo, e não processual, presente na literatura jurídica há vários séculos⁶², foi apenas nas últimas décadas que o comportamento do imputado após a prática delitiva deixou de ser apenas uma questão de redução ou atenuação da pena, e passou a ser regulado também pelo processo penal, mediante a formalização de pacto entre os sujeitos processuais, em um autêntico negócio jurídico destinado à facilitação do alcance de meios probatórios para a investigação.

Nestes casos, a acordo não visa primordialmente a abreviar ou simplificar o procedimento criminal, mas a conceder ao colaborador processual redução ou isenção de pena, ou até mesmo imunidade, em troca de seu auxílio na obtenção de provas⁶³.

Finalmente, feitas estas breves referências acerca do consenso como meio alternativo ao processo criminal e também como meio de colaboração com a justiça, destinado à facilitação na obtenção de provas, cumpre debruçar-se especificamente sobre o consenso alcançado dentro do processo criminal e que conduz à simplificação ou agilização da marcha procedimental, objeto específico deste trabalho.

1.3. Acordos no processo penal e simplificação do procedimento

da própria possibilidade de edificação de fatos pretéritos que possam representar condutas delituosas taxadas como de maior gravidade (p. 262-263).

⁶²No fim do século XVIII, em seu livro *As Recompensas em Matéria Penal*, Jeremy Bentham trata do direito premial, defendendo a recompensa ou o perdão ao criminoso que denuncie seus cúmplices, “[...] porque a impunidade de um só é um mal menor do que a de muitos”. Rechaça as críticas de Beccaria quanto ao perdão, e defende não uma recompensa estabelecida em termos gerais, como propôs Beccaria, mas pontual e subordinada à discricção do juiz segundo este entenda necessário. Afirma o autor ainda que: “Dizer que a lei manifesta a sua debilidade, implorando o socorro daquele que a ofendeu, é uma sutileza vã, pois a lei busca os delinquentes que fogem dela, e se os meios de que se serve para descobri-los são bons, dá uma prova de sabedoria” (BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. São Paulo: Editora Rideel, 2007, p. 79).

⁶³PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e Procedimento. Curitiba: Juruá Editora, 2016. Nas palavras do autor: “[...] sublinhe-se que está na ideia de estímulo à atitude colaborativa do acusado, mais do que na premiação, a determinante previsão do instituto, daí por que tratar-se, preponderantemente, de instrumento de política criminal, o qual, de algum modo, subverte a relação genérica entre direito e processo, tradicionalmente concebida como de funcionalização do aspecto dinâmico processual aos objetivos do direito substancial” (p. 32).

O processo histórico de afirmação e consolidação do processo penal é resultado da sistematização de um conjunto de princípios gerais, de forte conteúdo ético, social e político, que, independentemente da técnica e da dogmática jurídicas, sustentam e legitimam um sistema processual⁶⁴. Estes valores, mais ou menos homogêneos em todo o mundo, podem ser agrupados numa cláusula geral ou sobreprincípio denominado devido processo legal, que asseguram às partes, de um lado, “[...] o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”⁶⁵. Se no passado o *due process of law* vinculava-se ao resguardo dos direitos públicos subjetivos das partes, atualmente as regras do devido processo legal constituem garantias não só da parte mas também do justo processo⁶⁶.

Expressamente contemplado no art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal de 1988, o devido processo abrange também o direito a um procedimento adequado, cujo desenvolvimento ocorra num prazo razoável⁶⁷ e que seja consentâneo com o direito material a ser aplicado.

É corrente na doutrina a distinção entre processo e procedimento. Aquele, como manifestação da jurisdição, constitui a atividade desenvolvida pelo Estado para a aplicação da lei penal. Já o procedimento é a maneira como essa atividade se realiza, delimitando os caminhos a serem seguidos, a sequência lógica de atos para alcance da sentença⁶⁸. Atualmente a visão meramente formalista do procedimento vem sendo substituída por uma compreensão de que os atos que

64CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 50.

65CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 82.

66SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43. Conforme ensina o autor, como uma espécie de “garantia inominada”, o devido processo legal fortalece e alarga as garantias individuais, assim como, mediante construções doutrinárias e jurisprudenciais, confere status constitucional a outras garantias nela não expressas (p. 44).

67Embora desdobramento do devido processo legal, também constitui – autonomamente – uma garantia individual expressa no art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

68Nas palavras de José Frederico Marques, “[...] o procedimento é o conteúdo formal do processo, do mesmo modo que a lide é o seu conteúdo material ou substancial. O processo é a atividade jurisdicional na sua função de aplicar a lei; o procedimento, o *modus faciendi* com que essa atividade se realiza e se desenvolve” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium Editora, 2009, p. 330).

formam o procedimento são interligados entre si e possuem uma unidade teleológica⁶⁹. Dessa vinculação resulta que o procedimento é um dos elementos conceituais do processo⁷⁰, e pode ser dividido em fases ou em tipos diversos, conforme a espécie de crime ou gravidade de pena estabelecida.

A aplicação da lei penal em conformidade com o devido processo, portanto, materializa-se através de um tipo de procedimento que deve ser rigorosamente observado. Toda e qualquer sanção penal carece desta legitimação prévia: obediência ao procedimento.

Por sua vez, para conduzir a um resultado justo e legítimo, o procedimento deve ser célere a ponto de concretizar o direito fundamental à segurança, mediante a aplicação das normas de direito repressivo, ao mesmo tempo em que deve assegurar ao imputado uma gama de ferramentas essenciais à sua defesa. É a tradicional e insuperável dicotomia do processo penal moderno: assegurar eficiência da aplicação da lei penal com a integral garantia dos direitos de defesa do acusado⁷¹.

É possível identificar-se um modelo ordinário de procedimento criminal para a apuração de crimes, mais ou menos comum nos países da América Latina e Europa, consolidando-se ao longo do tempo a ideia de que a aplicação da lei penal de forma correta e segura não pode deixar de observar um processo cuja sequência de atos formais seja rigorosamente atendida. Para Scarance Fernandes, os procedimentos ordinários incluem quatro etapas sucessivas, nesta ordem: investigação, acusação e admissibilidade, instrução e julgamento⁷². Com nuanças

69Essa concepção de que o procedimento visa a possibilitar o correto exercício da função jurisdicional, conferindo segurança às partes, possui relevo também sob a ótica da invalidade e ineficácia dos atos processuais, tomados isoladamente (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23).

70Sob esta ótica, o processo seria o “procedimento em contraditório”, conforme: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 283.

71SCARANACE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

72SCARANACE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73. Em sede de Direito Comparado, a doutrina costuma referir-se a três fases do procedimento criminal: preliminar (investigação), intermediária (preparação do julgamento) e principal (audiência de instrução e julgamento, ou juízo oral). No mesmo sentido, são três as fases estabelecidas no Código-modelo para América-latina: a preparatória, a intermediária e a de julgamento. Ver infra, capítulo III.

próprias em cada ordenamento, e com variações internas importantes (ritos ordinários, sumários, comuns e especiais), os procedimentos apresentam esta base estrutural comum, cujo encerramento dá-se através da audiência de instrução, debates orais e a imediata prolação de sentença.

Conforme Alberto Binder, os procedimentos criminais apresentam a fase de investigação, cujo objetivo é preparar a acusação ou o julgamento; depois, sobrevém a fase em que se critica e analisa o resultado desta investigação, chamada intermediária; e, por fim, a fase de julgamento, etapa principal e ápice do processo penal⁷³.

Não obstante existam ordenamentos jurídicos que organizem as fases processuais de forma diversa, até porque não se pode falar em procedimento certo ou ideal, com todas as fases supramencionadas, pode-se afirmar, por outro lado, a existência de um “[...] direito assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo legal”⁷⁴. Estes paradigmas ou princípios conformam um núcleo essencial destinado a conferir legitimidade ao processo e que não podem ser suprimidos de nenhuma maneira, sob pena de desfigurá-lo e afastá-lo de um processo penal justo⁷⁵.

⁷³BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.173.

⁷⁴SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43.

⁷⁵“Es el «Due Process of Law», el punto culminante de una herencia histórica con el aval de su reconocimiento internacional y constitucional en casi todos los Textos Fundamentales contemporáneos. Ya sosteníamos hace tiempo que el establecimiento de esos principios y reglas indisponibles orientados a salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de las personas cuando sus intereses se ven sometidos a un litigio de resultado incierto, y en un medio extraño, como es el propio proceso, ha tornado más complejo este mecanismo. El proceso, el actual debido proceso, es comparativamente más complicado, estructuralmente y en orden a su comprensión, pero además resulta mucho más oneroso que su precedente, cuando esas reglas o bien eran inéditas, o bien ignoradas a pesar de su previsión. Uno de los componentes de ese derecho al debido proceso presta atención al tiempo necesario para la tramitación de las causas penales, cristalizando en el derecho a un plazo razonable (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) o, desde diverso punto de vista, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 Constitución). Tanto las víctimas como los investigados tienen el derecho a que las causas en que se ven inmersos no se perpetúen en el tiempo sin que pueda vaticinarse un límite temporal en que sus cargas y servidumbres tengan fin. La combinación entre elevados índices de litigiosidad y un proceso plenamente respetuoso con los derechos y libertades que pueden verse comprometidos afecta necesariamente a la duración de los procedimientos por más que los recursos que se dediquen a la administración de la justicia crezcan, cosa que no pueden hacer de forma ilimitada” (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezu. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 5. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia

Modo geral, os parâmetros para determinação do rito são a gravidade do crime e a complexidade do fato a ser investigado, sem excluir algumas especificidades do tipo de delito.

O movimento relativamente recente de flexibilização deste rito ordinário de persecução penal é denominado diversão, “[...] o qual implica a tentativa de encontrar alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional”⁷⁶.

O termo diversão é amplo⁷⁷ e abrange medidas extremas como aquelas em que o conflito é resolvido fora do sistema formal e estatal de administração da Justiça⁷⁸, assim como alcança hipóteses em que, mesmo dentro dos aparelhos formais do Estado, o conflito sofre um desvio ou diversificação⁷⁹.

As reformas legislativas mundo afora têm como substrato comum movimentos tendentes a superar a lentidão dos processos, cujas múltiplas causas extraprocessuais e endoprocessuais não cabem neste trabalho; todavia, dentre estas causas endoprocessuais, importa referir aqui a excessiva submissão da persecução penal ao procedimento ordinário e a compreensão de que os processos devem sempre atingir os debates: tal rigidez seria resultado do *mito* de que somente um modelo processual é válido às exigências do *due process of law*, independentemente da “[...] maior ou menor complexidade das investigações e do tipo de criminalidade, individual ou organizada, sobre a qual são chamados a intervir os sujeitos públicos operantes no processo penal”⁸⁰.

[%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>](#). Acesso outubro de 2017, p. 2-3).

76 FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 133. O autor citado inclui a diversificação de ritos no conceito amplo de diversão, abrindo espaço para questionar-se se o rito simplificado com declaração ou determinação de culpa pode ser incluído no conceito de diversão.

77 Sobre a classificação dos tipos de diversão, ver BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 24 - 26.

78 Nestes casos, há uma verdadeira desjudicialização do conflito, com a entrega aos atores sociais diretamente envolvidos a missão de resolver os conflitos. Regra geral, é o que ocorre com a justiça restaurativa.

79 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 24-26.

80 SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

Aqui, a simplificação dos processos através de medidas diversionistas identifica-se com a adequação dos procedimentos, ajustados às exigências do direito material e às vicissitudes da realidade concreta de cada sociedade: “[...] não se ajusta às necessidades da Justiça um regramento inflexível do procedimento”⁸¹.

Outra observação parece de relevo: a aproximação entre o direito penal e o processo penal, que se expressa claramente no caso dos acordos, revelando uma “[...] nova óptica polifuncional do processo e da pena”⁸². Esta superação da desconexão entre o direito penal e o processo penal não se apresenta em apenas um sentido, do segundo para o primeiro, mas também o inverso, quando o processo penal – e particularmente o consenso – pressupõe uma redução no apenamento a ser finalmente imposto⁸³.

Ou seja, perseguem-se finalidades de direito penal com ferramentas processuais. Traduzindo esta premissa para o direito positivo, aparentemente não se incorre em erro correlacionar os arts. 6º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, que, respectivamente, asseguram ao investigado o direito de ser julgado em prazo razoável e sem atraso, com a Recomendação nº 18/1987 do Conselho da Europa, que cuida da simplificação da Justiça Penal, e estabelece pontualmente que a simplificação procedimental constitui um dos meios relevantes para tornar a justiça criminal mais ágil.

81SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

82FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 159.

83Esta “relação mútua de complementariedade funcional” entre os direitos penal e processual também se manifesta claramente como resultado de políticas criminais, conforme exemplificava Figueiredo Dias ainda em 1974: “O actual movimento em favor da 'eticização e purificação do direito penal', ao pretender que este só intervenha nos casos de insuportável violação de bens fundamentais da comunidade, é, sem dúvida, também consequência da exigência processual de que os tribunais penais não sejam submersos por uma multidão de infracções de duvidoso relevo ético-social” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p.31). No mesmo sentido Fernando Fernandes: “Já demonstrado que as modernas tendências verificadas no processo penal são uma resultante da necessidade produzida no âmbito do Direito Penal material, particularmente no que se refere aos novos ritos processuais, neles incluídos aqueles de natureza negocial, a experiência italiana mostra que 'corresponde aos ritos especiais a difícil missão de absorver a sobrecarga penal, segundo o deplorável hábito de verter sobre o terreno processual os problemas não resolvidos pelo direito material'. De forma genérica fala-se então de uma reforma indirecta e não declarada do Direito Penal pelo processo penal” (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 162).

As reformas processuais penais buscam rapidez dos feitos mediante criação de procedimentos especiais que interrompem sua tramitação em determinadas fases, ora eliminando a investigação, ora a fase intermediária ou mesmo a audiência de instrução e julgamento⁸⁴. Em boa parte destes casos, segundo Armenta Deu, o acordo forma o substrato básico que alicerça estes casos de aceleração e simplificação dos procedimentos⁸⁵. Entretanto, é bom que se diga, algumas destas medidas não guardam relação com o consenso das partes, mas com a situação de flagrância, evidência probatória ou mesmo a confissão do imputado⁸⁶.

A simplificação dos processos com base na admissão dos fatos pelo imputado guarda relação também com a relativização do princípio da legalidade processual, que abre espaços legais de oportunidade para o Estado poder prescindir da acusação, e também para que o acusado, mediante consentimento livre e seguro, abra mão de certas formalidades e autorize o julgamento de modo simplificado⁸⁷.

Nesta mesma linha, afirma Antonio Scarance Fernandes que a simplificação procedimental pode ocorrer mediante: a) encerramento antecipado do processo; b) supressão de fase do procedimento ordinário; c) reorganização do procedimento ordinário⁸⁸.

84CASTEJÓN, Pablo Varela. El proceso por aceptación de decreto en la Lecrim. *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 2, 2016. Nas palavras do autor, tais reformas passam pela reestruturação do processo em alguma de suas fases instrutória, intermediária ou mesmo na audiência de instrução e julgamento: “Así se explican soluciones de reducir o eliminar la fase de instrucción, bien por el reconocimiento de los hechos investigados, bien por la flagrancia de los mismos, o bien porque su escasa entidad permita superar la fase de investigación, que es el caso de infracciones más leves”(p. 83-84).

85ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 142 e seguintes. Elenca a autora o “*Juicio rápido*” na Espanha e o “*Gudizio direttísimo*” na Itália como exemplos de mecanismos de “[...] supresión o limitación de la fase investigadora por flagrancia, por disposición inmediata sobre el sujeto o por la previsible eficacia de las fuentes de prueba [...]”, ao passo que indica o “[...] proceso por mandato alemán (Strafbefehlsverfahren) [...]” e o “[...] procedimiento por decreto italiano” como exemplos de procedimentos que dispensam o próprio ajuizamento, verdadeira “[...] renuncia al juicio, (que) son aquellos procesos especiales que cercenan la oralidad del proceso [...], finalidad que deriva de adoptar una tramitación escrita de significado análogo al monitorio civil” (p. 149).

86LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 62.

87BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 213.

88SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59. Não é diferente o entendimento de Fernando Fernandes, para quem o enfrentamento do aumento da criminalidade dá-se “[...] mediante negociações no processo penal, processos sumários e através de processos mais curtos inspirados

Seja como for, todos estes mecanismos de simplificação do procedimento criminal carregam como marca comum o limitado conhecimento do caso penal pelo órgão jurisdicional, seja porque não tem contato direto com algumas das fontes de prova, ou porque a instrução restringe-se a um resumo conciso dela mesma⁸⁹.

Tratando dos mecanismos de aceleração dos procedimentos criminais, Nicolás Cabezudo Rodriguez⁹⁰ divisa aqueles que afetam a fase preliminar ou intermediária do feito, tidos por ele como menos radicais, daquelas hipóteses mais graves de encurtamento ou supressão da própria fase de ajuizamento da ação ou da instrução judicial do feito.

No primeiro caso, é a situação flagrancial do fato (ou ao menos o comparecimento imediato do investigado) e a simplicidade probatória que abrem espaços para a aceleração do procedimento. É o que o corre com os *giuzios direttissimo e immediato* italianos e com o *juicio rápido* espanhol⁹¹.

Já no segundo caso exsurtem hipóteses de manifestação do princípio da oportunidade, com o arquivamento unilateral pelo Ministério Público, sem dar-se início à persecução, bem como todos os casos – que nos interessa particularmente – de acordos entre acusação e defesa e/ou defesa e juízo, como o procedimento monitorio, o *plea bargaining* americano, *patteggiamento* italiano e a *conformidad espanhola*⁹².

na técnica do consenso; todos esses mecanismos voltados para imprimir uma maior aceleração ao processo” (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 140).

⁸⁹RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal*: análisis de derecho comparado, p. 5. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez.%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017.

⁹⁰RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal*: análisis de derecho comparado, p. 5-8. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez.%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017.

⁹¹Dispensa-se a audiência ou fase preliminar, confere-se poder à polícia para proceder a notificações e citações, visando com isso submeter o caso a julgamento em curto espaço de tempo.

⁹²Nas palavras do autor: “En este apartado se comprenden tanto las diversas formas autocompositivas de resolución de las causas penales sobre una base convencional, conocidas entre nosotros como conformidades, como las facultades de archivo del procedimiento por el acusador oficial o los denominados procesos monitorios penales. En todas estas instituciones las facultades del acusador se sustentan en el reconocimiento de un cierto margen de libertad en el ejercicio de la acción penal; en definitiva, en la vigencia del principio de oportunidad con mayor o

Os acordos referidos conduzem à simplificação procedimental através do encerramento antecipado do processo ou mediante a supressão de fase do procedimento; o consenso ocorre basicamente mediante acordos sobre o rito ou ainda acordos sobre a pena⁹³, que podem evitar até mesmo a própria instauração formal do processo (saídas alternativas à persecução penal), vinculando-o a medidas de política-criminal correlacionadas ao princípio da oportunidade⁹⁴.

De um modo geral, pode-se conceituar a justiça consensual como um acordo entre acusação e defesa, ou entre defesa e juízo, em que o imputado "[...] renuncia a sua posição de resistência, com antecipação, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, com o objetivo precípuo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução"⁹⁵.

Atualmente, todos os códigos processuais penais na Europa e América Latina contemplam alguma forma de aplicação do consenso para conferir rapidez na aplicação da justiça penal⁹⁶, dispositivos que, não obstante submetidos a requisitos objetivos e subjetivos que variam conforme a legislação de cada país, mantêm uma base comum: o acordo como elemento terminativo do processo ou de fase dele, aplicados geralmente em crimes de menor gravidade (criminalidade leve) cujo apenamento não inclui – como regra – privação da liberdade.

Está claro, pois, que o tema da simplificação e adequação dos procedimentos encontra no consenso seu principal ponto de apoio, por razões de fácil compreensão: a instrução revela-se desnecessária quando “[...] a admissão de fatos ou o acordo entre acusação e defesa deixam sem conteúdo aquela”⁹⁷.

menor amplitud” (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezado. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 9. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez.%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017.

93SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

94LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 61.

95VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: Ibcrim, 2015, p. 55.

96ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 139.

97ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 142.

Como já salientado, em boa parte das vezes, os mecanismos de simplificação ou abreviação do procedimento criminal através dos acordos promovem uma restrição cognitiva da atividade jurisdicional, que não tem acesso direto aos meios de prova (em face da supressão da audiência de instrução de julgamento) ou tem seu acesso restrito, em uma espécie de corte vertical da cognição.

Nessa ordem de ideias, cumpre apreciar os métodos de realização de acordos e mecanismos de controle de sua legalidade e legitimidade, sobretudo naquelas hipóteses em que o negócio implica em assunção de culpa e aplicação de pena privativa de liberdade. Ao lado disso, cumpre aferir o resultado desta manifestação do consenso no *iter* procedimental e na abreviação ou simplificação do procedimento criminal.

Para tanto, afigura-se importante verificar como os países acolheram e acomodaram os acordos dentro de seus procedimentos criminais, simplificando-os, interrompendo-os ou abreviando-os. É disso que se ocupa o próximo capítulo.

2. JUSTIÇA CONSENSUAL NO DIREITO COMPARADO

2.1. Considerações iniciais

O presente capítulo incursiona pelos acordos nos processos penais norte-americano, italiano, alemão e espanhol. O primeiro deles constitui a fonte primeira, inspiração e causa da expansão da justiça penal negocial em todo o mundo. São muitos os estudos que se dedicam à suposta “americanização do processo penal”⁹⁸ em escala mundial. Não por outra razão afigura-se relevante esboçar algumas referências históricas do *plea bargaining*, seu amadurecimento e consolidação nos Estados Unidos da América, a fim de subsidiar e compreender como foram – ou não – importados para países do sistema *civil law*.

O processo penal italiano é referência no Brasil. Inspirou o vigente Código de Processo Penal brasileiro e inspira também o projeto do novo código processual, inclusive no que tange à simplificação do procedimento mediante celebração de acordos entre acusação e defesa (*patteggiamento*).

Não obstante extremamente arraigado ao princípio da legalidade, os alemães encerraram processos criminais mediante acordos informais, sem previsão legal, durante décadas, praticamente obrigando o legislador a regulamentar a arraigada prática forense, o que ocorreu apenas em 2009.

Por fim, se é verdade que o processo penal espanhol contempla a figura da *conformidad* desde o século XIX, é igualmente verdadeiro que recentes alterações legislativas conferiram-lhe uma nítida marca negocial, com importantes semelhanças ao *patteggiamento* italiano. Por essa razão, o estudo de como o consenso simplifica e acelera o procedimento criminal espanhol aporta importantes subsídios para pensar criticamente o processo penal brasileiro e as possibilidades que se abrem para a consolidação e ampliação do consenso em seu seio.

⁹⁸LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/langer.pdf>>. Acesso em setembro de 2016.

2.2. Modelo americano

2.2.1. Breve histórico e delimitações conceituais

Ao contrário do que se supõe, a utilização corrente do *plea bargaining* no processo penal americano é recente. Remonta ao século XIX, desenvolveu-se amplamente no século seguinte e atualmente está presente em cerca de 90% dos casos criminais. Embora comumente se diga que é da essência dos modelos adversariais do *common law* a possibilidade de realização de acordos para evitar-se o processo e o julgamento pelo júri⁹⁹, a doutrina especializada tem enfatizado a recenticidade do instituto e da sua marcha progressiva como principal ferramenta para solução de casos criminais nos Estados Unidos, afastando ou pelo menos questionando a ideia preconcebida de que o *plea bargaining* acompanha o modelo adversarial (*adversarial system*) desde tempos imemoriais¹⁰⁰.

Há referência a condenações pela prática de caça ilegal na Inglaterra no século XVI baseadas apenas na confissão do acusado; também no século XVI, nos EUA, registra-se que confissões ensejaram a abreviação de processos e condenações por crimes menos graves do que aqueles a que os réus foram originalmente imputados. Entretanto, a doutrina americana sempre considerou tais reconhecimentos de culpa como meras confissões, e não resultado de algum tipo de barganha ou acordo¹⁰¹.

⁹⁹A negociação entre acusação e defesa é, indiscutivelmente, a marca característica do sistema americano. Conforme Pedro Albergaria, “[...] ao lado da exuberância inerente à 'concepção duelística ou guerresca do processo' definitiva do adversary system, é a amplíssima disponibilidade do seu objecto pelas partes (acusação e defesa) aquela característica que, porventura, mais ressalta nos média e que marca indelevelmente o plea bargaining system” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11).

¹⁰⁰ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan.1979. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017.

¹⁰¹“Indeed, while the legal phenomenon that we call a guilty plea has existed for more than eight centuries, the term 'guilty plea' came into common use only about one century ago. During the previus 700 years, what we call a guilty plea was simply a 'confession’”. (ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979, p.13. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017.)

De qualquer sorte, tais ocorrências eram isoladas, não representavam o comportamento usual das partes e tampouco são reconhecidos unanimemente como embriões do que hoje se chama *plea bargaining*.

É em meados do século XIX que o instituto exsurge com força¹⁰². Sem previsão legal ou autorização formal das Cortes, os *guilty plea* começam a se disseminar ainda antes da Guerra Civil americana e se consolidam como a principal ferramenta para soluções de casos criminais no final daquele século¹⁰³. Na época, quando provocados, os Tribunais (inclusive a Suprema Corte americana) mantinham as condenações baseadas na confissão sem reconhecer expressamente que aquelas constituíam resultado de barganhas entre as partes, nem reconheciam eventual leniência ou aplicação de pena mais branda em face dos acordos¹⁰⁴.

Sobre o surgimento e consolidação do *plea bargaining* nos EUA, Maximo Langer afirma:

O *plea guilty* e o relativo poder discricionário do promotor para dispor dos fatos - elementos característicos do modelo da disputa - eram condições de possibilidade para o desenvolvimento do *plea bargaining* como forma sistemática de resolução de processos criminais. Mas isso não significa que a prática sistemática do *plea bargaining* foi inicialmente aceita por todos os juizes americanos, que inicialmente tiveram reações diferentes a esse fenômeno. Nesse sentido, a proximidade relativa do sistema americano com o modelo da disputa era, ao mesmo tempo, uma condição de possibilidade e um efeito da prática maciça do *plea bargaining*. Ou seja, a presença de certos elementos do modelo de disputa facilitou o desenvolvimento do *plea bargaining* nos Estados Unidos. Mas, ao mesmo tempo, o desenvolvimento deste mecanismo trouxe o sistema americano e seus atores para mais perto

102GARCIA, Nicoláz Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 4, n. 13, jan-mar 1996, p. 80.

103As estatísticas do Estado de Nova Iorque no período bem revelam o impressionante crescimento dos acordos: "Although only 15% of all felony convictions in Manhattan and Brooklyn were by guilty plea in 1839, this figure increased steadily at decade intervals to 45, 70, 75 and 80. This last figure remained steady until 1919, when it grew to more than 86%. By 1926, 90% of all felony convictions in Manhattan and Brooklyn were by plea of guilty, and the figures for New York State as a whole revealed a comparable increase" (ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979, p.19. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017).

104"Various crime commissions demonstrated in the 1920's that plea bargaining had become common and that the use of this route to conviction had increased in the immediately preceding decades. For the first time, the practice came to the attention of the public, and once again the general reaction – of scholars, of the press, and of the crime commissions themselves – was disapproval". (ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979, p.7 Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017).

do modelo de disputa como forma de pensar e perceber o processo criminal¹⁰⁵.

Outro elemento endoprocessual facilitador de sua receptividade diz respeito à gestão da prova e busca da verdade no processo penal americano. A postura passiva do Juízo diante do modelo adversarial, e conseqüentemente a produção de provas concebida efetivamente como potestatividade das partes, trazem ínsita a ideia de que o processo é uma disputa entre acusação e defesa, de modo que não há a necessidade de produção de provas atinentes a fatos sobre os quais inexistisse o dissenso. Daí a facilidade em aceitar-se a realização de acordos, inexistindo motivos para o Estado-juiz prosseguir com a investigação de fatos quando as partes já alcançaram um acordo sobre eles. Preocupa-se o juiz menos com o que efetivamente ocorreu e mais com o que as partes voluntariamente acordaram; com isso, abre-se a possibilidade para que os contendores disponham sobre o processo antes mesmo de seu início ou abreviem-no substancialmente.

Em outras palavras, se o *plea bargaining* não constitui fenômeno tradicionalmente arraigado à história do modelo adversarial, é possível afirmar que encontrou nele ambiente fértil para florescer. E não parece equivocada a tributação à ampla discricionariedade da acusação, vinculada ao Poder Executivo e regida pelo princípio da oportunidade¹⁰⁶, a característica estrutural do sistema e conseqüentemente o *sucesso* dos acordos no processo penal americano¹⁰⁷.

105LANGER, Maximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 28, nota 45. Tradução nossa.

106Contestada várias vezes nos tribunais americanos, estes sempre rejeitaram um controle judicial efetivo sobre a discricionariedade da acusação, entre outras razões porque resultaria em violação à separação dos Poderes. Conseqüentemente, as faculdades negociadoras dos promotores americanos também são, em regra, intangíveis pelos tribunais, a ponto de a doutrina afirmar que “[...] ningún funcionario público tiene más poder sobre un ciudadano que el fiscal que acusa a ese ciudadano por la comisión de un delito” (BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Pena y Estado. Revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, n. 2, 1997, p. 35).

107Se nos países de *civil law* a persecução penal pública (levada a cabo pelo Estado, e não mais por particulares) deu-se a partir do século XII, nos EUA tal fenômeno ocorreu com cinco séculos de atraso, consolidando-se apenas no século XVIII. Ademais, se na Europa continental o Estado-acusador passou a submeter-se a regras de direito público – notadamente a legalidade processual, os promotores americanos herdaram o procedimento de partes próprio dos acusadores particulares, incluindo-se aqui naturalmente a oportunidade/discricionariedade e o consenso. Tais elementos históricos também ajudam a explicar porque a busca da “verdade” pelos tribunais americanos é

Paralelamente a isso, os julgamentos pelo júri popular (na maioria dos estados americanos a única alternativa ao *plea bargaining*), outrora rápidos e simples, tornavam-se mais lentos na medida em que se fortaleciam as garantias processuais do imputado e elementos técnicos invadiam os tribunais, conferindo maior complexidade aos debates e prolongando sobremaneira as audiências orais, o que acabava indiretamente *empurrando* os atores para a realização de acordos¹⁰⁸.

Ademais, a consolidação de direitos do acusado (*due process revolution*) também impulsionou advogados a barganharem penas mais brandas diante de possíveis ilegalidades na coleta da prova aptas a serem eventualmente arguidas em audiências preliminares¹⁰⁹. Ou seja, não obstante o fortalecimento da posição do réu no processo penal, as estatísticas referentes ao número de renúncias ao julgamento pelo tribunal mediante realização de *plea guilty/plea bargaining* não se alteraram¹¹⁰.

menos, por assim dizer, obsessiva do que nos países civilistas (BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Pena y Estado. Revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, n. 2, 1997, p. 35 e seguintes).

108“The Court's decisions probably contributed to the increased length of the criminal trial. In the District of Columbia, the length of the average felony trial grew from 1.9 days in 1950 to 2.8 days in 1965, and in Los Angeles the length of the average felony jury trial increased from 3.5 days in 1964 to 7.2 days in 1968” (ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979, p.39. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017). Segundo Christopher Slobogin, “The huge increase in criminal cases since 1960s, combined with the expense, in both time and money, of full-blown jury trials, has made plea bargaining the primary engine of American criminal justice, the mechanism of resolving over 95 percent of all criminal cases” (SLOBOGIN, Christopher. Plea Bargaining and the Substantive and Procedural Goals of Criminal Justice: From Retribution and Adversarialism To Preventive Justice And Hybrid-Inquisitorialism, *William & Mary Law Review*, v. 57, p.1505-1547, 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/12>>. Acesso em maio de 2017).

109“The 'due process revolution' also led directly to more intense plea negotiation. In the words of an Oakland public defender, 'rights are tools to work with', and rather than insist on a hearing on a motion to suppress illegally obtained evidence, a defense attorney was likely to use a claim of illegality to exact prosecutorial concessions in plea bargaining. A New York defense attorney explained, 'As the defendant gains more rights, his bargaining position grows stronger. That is a simple matter of economics', and an Assistant Attorney General in Massachusetts observed, 'If guilty pleas are cheaper today, it is simply because Supreme Court decisions have given attorneys an excellent shot at beating us’” (ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979, p.39. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017).

110Embora a maioria da doutrina afirme que o percentual de incidência de *plea bargaining* é superior a 90%, tanto em âmbito nível federal quanto estadual, é preciso obterem-se que o instituto não é aplicado de forma uniforme no país, resultado da informalidade que permeia as negociações e das divergências de entendimentos sobre os acordos entre os promotores e juizes de diferentes Estados e jurisdições. O efeito disso é negativo, causando “[...] descontentamentos e um sentimento de injustiça entre os acusados, os quais sentem que foram vulnerados no seu direito a um tratamento em conformidade com o 'princípio da igualdade’” (GARCIA, Nicoláz Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 83).

O que mudou, sob esta ótica, foi que os acusados puderam alcançar acordos mais favoráveis, com penas mais brandas ou tipificações menores do que as inicialmente imputadas.

Registre-se também que a década de 1960 experimentou um grande aumento do número de casos criminais¹¹¹, provocando a maior crise do Sistema de Justiça americano, fazendo-o ainda mais dependente do *plea bargaining*.

Nesse panorama, não obstante a alta controvérsia sobre o instituto e fervorosas críticas quanto à sua validade, e após décadas sem enfrentar diretamente a legalidade do instituto, em uma série de decisões¹¹² a Suprema Corte americana avalizou a prática do *plea bargaining*, reconhecendo-o como inerente ao sistema de justiça daquele país e assentando que o poder de disposição da acusação mediante acordo com o investigado não só é parte essencial do processo criminal como altamente desejável¹¹³.

Do ponto de vista conceitual, Pedro Soares de Albergaria, em monografia sobre o tema, define *plea bargaining* como:

[...] a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a

111O volume de casos criminais praticamente dobrou em comparação com a década anterior, em parte como resultado de altas taxas de natalidade pós-Segunda Guerra (fenômeno denominado *baby boom*) e do conseqüente aumento da população jovem na sociedade americana (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45).

112Santobello v. New York, 404 U.S. (1971); North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970); Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970); McMann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970); Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790 (1970).

113Em Santobello v. New York (1971), a Suprema Corte assinalou: "The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called 'plea bargaining', is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged" (Disponível em <www.law.cornell.edu/rules/frcmp/rule_11>. Acesso em novembro de 2017).

declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*)¹¹⁴.

Note-se que o autor coloca a negociação como o elemento principal do instituto, embora a declaração de culpa seja sempre necessária à ocorrência de *plea bargaining*¹¹⁵.

Os procedimentos de negociação – chamados *plea bargaining* – têm por objetivo alcançar acordos quanto à condenação e pena a ser aplicada – as *guilty pleas*. Estas estão previstas no *Federal Rules of Criminal Procedure* nº 11 e oportunizam ao réu, já no início do processo: a) declarar-se culpado – *plea of guilty*; b) afirmar que não contesta a acusação mas que tampouco assume a culpa – *plea of nolo contendere*; e, por último, c) declarar-se inocente ou manter-se em silêncio – *plea of not guilty*.

A declaração de culpa¹¹⁶ (a) resulta em uma condenação criminal, com todos os gravames daí advindos, inclusive efeitos no âmbito cível. Neste caso, o acusado negocia com a promotoria uma pena mais branda, renunciando ao direito de ser

114ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20. A sua vez, Nicolás Rodríguez Garcia define *plea bargaining* como “[...] o processo de negociação que possibilita discussões entre a acusação e a defesa, com vistas à obtenção de um acordo, no qual o acusado se declarará culpado, em troca de uma redução na imputação que lhe é dirigida ou de uma recomendação por parte do Ministério Público, evitando assim a celebração do processo” (GARCIA, Nicolás Rodríguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 81).

115No ponto, argumenta o autor citado que “[...] sendo a *guilty plea* elemento necessário da *plea bargaining*, não é, por força, elemento principal desta, ao contrário do que sugerem alguns autores com estabelecerem uma directa e singela relação entre a declaração de culpa e as concessões do Estado. Aquele elemento definidor está, antes, nas recíprocas concessões entre acusação e defesa”. Consequentemente, o autor afasta do conceito de *plea bargaining* os atos unilaterais de clemência e o chamado *plea bargaining* implícito ou induzido, entendidos como aqueles em que o “[...] arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19-21).

116Na prática, a declaração de culpa pode ser voluntária (*voluntary*), quando o acusado confessa porque sua culpabilidade é tão evidente de modo que se submeter ao julgamento carece de qualquer sentido; pode ser induzida (*structurally induced*), naquelas hipóteses em que o próprio sistema (lei ou jurisprudência) indica que o acusado receberá pena mais benigna do que receberia se se submetesse a julgamento (não há propriamente negociação com a acusação); e, por fim, pode ser negociada (*negotiated*), incidindo a barganha sobre o delito ou sobre a pena (GARCIA, Nicolás Rodríguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 83).

julgado pelo júri e de eventualmente sofrer uma reprimenda mais severa¹¹⁷. O processo avança direto para a audiência de determinação do *quantum* da pena.

No caso de *plea of nolo contendere* (b) o acusado expressamente afirma que não se opõe à acusação, mas tampouco reconhece a sua culpa. A sentença imposta também é condenatória, com todos os efeitos penais daí decorrentes. Entretanto, não constitui título executivo judicial para eventual indenização, bem como não produz qualquer outra consequência na esfera cível¹¹⁸.

Em ambas as hipóteses, não obstante reconheça os fatos ou não os conteste, o acusado pode pretender invocar questões atinentes à legalidade das provas e da persecução, discutindo-as posteriormente mediante recurso. Trata-se de *conditional plea*, em que o acusado não se opõe aos fatos mas sim à legalidade da persecução (*factually guilty* mas *not legally guilty*)¹¹⁹. Ou seja, abre-se a ele a possibilidade de realizar o acordo (*guilty plea* ou *nolo contendere*) sem abrir mão da posterior discussão acerca de eventual ilegalidade procedimental.

Finalmente, se o acusado declara-se inocente (c), o processo tem seu transcurso natural com o embate entre partes típico do modelo adversarial, com a decisão final proferida pelo júri, após a produção probatória.

117Um dos estímulos à realização do acordo consiste justamente em receber uma retribuição menor, já que as condenações pelo júri costumam ser três a quatro vezes mais pesadas do que os acordos firmados. Ou seja, embora possa haver uma discussão acerca do merecimento da retribuição, é fato que tais dados estatísticos constituem forte estímulo à *guilty plea*. (SLOBOGIN, Christopher. Plea Bargaining and the Substantive and Procedural Goals of Criminal Justice: From Retribution and Adversarialism To Preventive Justice And Hybrid-Inquisitorialism, *William & Mary Law Review*, v. 57, p. 1505-1547, 2016, p.7. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/12>>. Acesso em maio de 2017.

118Os casos de *nolo contendere* são particularmente interessantes porque revelam que a Constituição americana admite a imposição de pena de prisão a um cidadão que não pretende declarar-se culpado, mas que, diante das dificuldades processuais e da ausência de alternativas, dispõe-se a renunciar ao julgamento e a aceitar a pena proposta. Segundo Pedro Albergaria, é uma espécie de sublimação da autonomia individual, já que o réu pode submeter-se a uma pena sem declarar-se culpado e sem julgamento. (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 90). Conforme anota Marcos Paulo Dutra Santos, tratando-se de sentença condenatória sem efeitos cíveis, sua implementação depende de prévia aprovação do Tribunal, que, neste caso, não está vinculado à vontade das partes (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35).

119Dependendo do pedido manejado na apelação, seu provimento pode resultar inclusive na exclusão da declaração de culpa.

2.2.2. Requisitos e garantias

Não há requisitos objetivos para a celebração de acordos entre acusação e defesa, podendo o procedimento negocial ser deflagrado pela promotoria ou mediante provocação do imputado em qualquer hipótese. Pode abranger quaisquer espécies de crime, independentemente da gravidade daquele, do comportamento da vítima ou de eventual reincidência do réu ou reiteração delitiva. Pode abarcar um ou mais crimes, e até mesmo dar azo à supressão de acusações pela promotoria. A negociação é chamada vertical quando a assunção de culpa resulta na redução da pena (sentença barganhada)¹²⁰, e horizontal quando da negociação resulta arquivamento ou modificação na própria imputação a ser levada à Corte pela acusação (imputação barganhada)¹²¹.

Outrossim, a *Federal Rules of Criminal Procedure n° 11* elenca dois requisitos de natureza subjetiva a serem observados para que as declarações de culpa sejam levadas em conta pelo Juízo: a voluntariedade e a inteligência.

O *guilty plea* deve ser resultado da livre manifestação de vontade do imputado, isenta de qualquer interferência capaz de comprometer sua declaração. O acordo não pode resultar de coações físicas ou emocionais, ou ainda de promessas falsas ou má-fé da promotoria, vinculando o acordo a situações jurídicas inadmissíveis.

¹²⁰Na *sentence bargaining* a declaração de culpa dá-se em troca de uma promessa feita pelo promotor de que irá pleitear alguma “[...] brandura na fixação da pena, que solicitará um benefício específico (por exemplo, a probation), que se absterá de fazer recomendações (recommendations) ao juiz, ou que não se oporá ao pedido de moderação da pena interposto pelo acusado” (GARCIA, Nicoláz Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 86).

¹²¹TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 695. Chamado de *charge bargaining*, *charge reduction* ou *charge dismissal*, nesta negociação a defesa tenta convencer a promotoria a imputar ao réu crime menos grave. Firmado o acordo mas posteriormente negado pelo juiz, poderá o réu retratar-se sem qualquer prejuízo. Aqui pode ocorrer também o fenômeno da *overcharging*, quando a promotoria acusa mais severamente o imputado a fim de obter posição vantajosa na negociação. Daí a relevância do controle judicial sobre o objeto dos acordos, ou seja, a aferição – pelo juiz – de que aquele corresponde efetivamente aos fatos apurados na investigação (*factual basis*) (GARCIA, Nicoláz Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 84).

A Suprema Corte americana tem sido restritiva na análise de recursos assentados na tese de que o réu foi coagido pela promotoria para declarar-se culpado¹²². Se a estratégia utilizada pela promotoria para persuadir o acusado não é ilegal ou revestida de má-fé, pela própria natureza de negócio jurídico processual do *plea bargaining*, tem-se negado sistematicamente pedidos de anulação de declarações de culpa com base em coação mental e emocional. Admitiu-se, por exemplo, que a promotoria – apoiada na lei – informasse ao acusado que pleitearia a prisão perpétua em face de sua reincidência caso ele não se declarasse culpado de crime cuja pena variava de dois a dez anos de reclusão¹²³. Em caso de *package deal*, a acusação imputou crime de conspiração internacional a um homem, fazendo recair à sua esposa – gravemente enferma – a condição de partícipe. O réu declarou-se culpado mediante a promessa de que sua esposa – também optando pelo *guilty plea* – receberia tratamento penal mais benigno. Após, alegando coação mental e emocional decorrente da exploração da condição de enfermidade de seu cônjuge, pleiteou a anulação do acordo perante a Suprema Corte, que, a sua vez, negou o apelo sob o argumento de que a manifestação daquele foi livre e que não houve ameaças ilícitas ou abusos pela acusação¹²⁴.

É imperioso que o réu também tenha pleno conhecimento do conteúdo, condições e consequências da barganha, demonstrando não só livre vontade, mas também completa compreensão dos significados e desdobramentos de sua declaração de culpa (*knowing and intelligent factor*)¹²⁵. Para tanto, a *Federal Rules of Criminal Procedure* nº 11 determina ao juiz que:

1. *Advising and Questioning the defendant*: em audiência pública e sob juramento, o réu deve ser informado e questionado acerca de suas renúncias, implicações e consequências do acordo.

122“O único limite imposto pelo Tribunal, quanto ao uso de uma ameaça de acusação por um crime mais grave, é o de que o 'prosecutor' não pode mentir (bluff). Ele tem de ter 'causa provável' para acreditar que o arguido cometeu os crimes que são objeto de sua 'ameaça" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 84).

123Bordenkircher v. Hayes (1978).

124U.S. v. Pollard (1992).

125SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 41.

O acusado deve ser alertado da natureza da imputação que se declara culpado e as reprimendas mínimas e máximas abstratamente previstas em lei, incluindo regimes de cumprimento e livramento condicional; possibilidade de o juízo divergir da proposta de condenação; dever de indenizar a vítima; confisco de bens, etc. Além disso, deverá ser advertido de que tem direito a um advogado, de declarar-se inocente e de não se autoincriminar, assim como de ser julgado por um tribunal e que a sua declaração de culpa implica renúncia a estes direitos. Por fim, deve restar claro que tem o dever de dizer a verdade em relação aos fatos que se declarou culpado, sob pena de perjúrio ou falso testemunho¹²⁶.

O conhecimento exigido pelo *Rule 11* não significa que o imputado deva ter conhecimento prévio da sentença que lhe será imposta, que, conforme o caso, poderá ser até mais severa¹²⁷.

Os precedentes norte-americanos albergam o entendimento de que a ignorância dos efeitos colaterais da declaração de culpa, para além daquelas expressamente definidas na *Rule 11, (b) (1)*, não invalida o acordo, uma vez que todos os sujeitos processuais são responsáveis pela lisura do negócio: “[...] na medida em que o acusado se encontra assistido por um defensor, é dever deste, e não do juiz, informar-lhe acerca de todos os desdobramentos de uma condenação criminal, caso opte pela declaração de culpa”¹²⁸.

2. *Ensuring that a plea is voluntary*: antes de aceitar a *plea guilty* ou *plea of nolo contendere*, o juiz deve certificar-se de que a vontade do acusado é voluntária e não constitui resultado de ameaça, coação ou promessas não contidas no acordo.

3. *Determining the factual basis for a plea*: o juiz deve verificar se há base probatória apta para a realização do acordo. Trata-se de requisito exigido pela

126Consoante *Rules 11, (b) (1)*. Constam, aqui, quinze alíneas (A a O) sobre as quais o réu deve ser expressamente advertido e inquirido. A íntegra das regras americanas está disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em novembro de 2017.

127A sentença mais gravosa não invalida o acordo, salvo se “[...] as expectativas de brandura na fixação da pena foram geradas por atos do tribunal ou do governo” (GARCIA, Nicolás Rodríguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 88).

128SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 42.

legislação federal e também em vários estados americanos¹²⁹. O próprio termo “*base fática*” parece não exigir exata correspondência entre os fatos tais quais ocorreram e o crime confessado. O grande problema reside, portanto, em determinar qual o *grau de conformidade* exigível entre a declaração de culpa e os fatos apurados de forma indiciária, bem como o método a ser empregado para alcançá-lo. Segundo Albergaria, a jurisprudência americana varia entre “*probabilty-of-guilt standard*” e “*significant evidence that the accused was involved or implicated in the offense*”, revelando ampla disparidade jurisprudencial na determinação da base fática suficiente. É possível deduzir-se, a partir do que se disse, que a prova exigida para a *plea-bargaining* não constituiria isoladamente *standard* probatório suficiente para a condenação, mas que, agregada à declaração de culpa voluntária e inteligível do imputado, bastaria para o decreto condenatório. Ademais, persistindo a dúvida, pode o juiz determinar a realização de investigações que reputar necessárias, tais como relatórios policiais e oitiva de testemunhas¹³⁰.

2.2.3. Procedimento

O procedimento para celebração de acordos ocorre entre a promotoria e o acusado sem a participação do juiz¹³¹. A fase do *pretrial* consta expressamente na *Rule 11 (c) – Plea agreement procedure* – e determina que as negociações devem ser gravadas pelo sistema do tribunal ou outro dispositivo adequado¹³².

129A interpretação mais extrema parece advir dos tribunais novaiorquinos, para quem a declaração de culpa pode abarcar delitos inexistentes e contrariar logicamente os fatos indiciados (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 86).

130ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 87.

131Embora seja objetivamente vedada a participação do juiz apenas no âmbito federal, e embora a regra geral seja de que a participação do juiz está juridicamente vedada, Pedro S. de Albergaria afirma que há uma “[...] generalizada tolerância relativamente à participação do juiz no processo de plea bargaining, uma espécie de favor negotii no que respeita à preservação do sistema negocial” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 80).

132*Federal Rule 11 (g)*, Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcmp/rule_11>. Acesso em novembro de 2017.

Encerrada a fase de discussões, o acordo é levado ao tribunal, em audiência pública. Uma vez acatada a proposta, o juiz anexará o acordo à sentença a ser proferida.

Se o acordo contém recomendação ou pedido de determinada sentença condenatória (espécie de “sugestão”), o réu deverá ser advertido de que não poderá retratar-se, ainda que a proposta seja recusada¹³³. Nas demais hipóteses, a rejeição do acordo pelo juiz oportuniza ao réu a retirada de sua declaração de culpa, ocasião em que será advertido de que eventual condenação pelo júri poderá ser mais gravosa do que a prevista no acordo não acatado¹³⁴.

Fracassadas as negociações, ou não homologado o acordo alcançado pela promotoria e defesa, a declaração de culpa e as demais declarações porventura proferidas pelo réu não poderão ser utilizadas em seu desfavor, assegurando, assim, segurança e liberdade às partes para procederem às negociações¹³⁵.

Segundo a *Federal Rule 11 (d)*, o acusado pode retratar-se do acordo, sem qualquer justificativa, se aquele ainda não foi aceito pelo juiz¹³⁶; entretanto, somente poderá retratar-se após a aceitação pelo juiz – mas antes da prolação da sentença – se demonstrar justas e fundadas razões. Após a imposição da sentença, não caberá retratação, subsistindo ao condenado apenas a via recursal (inclusive *habeas corpus*).

Em regra, o processo de negociação dá-se entre a promotoria e o advogado de defesa, sem a participação do acusado, salvo se este estiver atuando em causa própria. Entende-se que o procedimento negocial é atividade ínsita a profissionais do Direito, não sendo recomendável a presença do acusado.

133 *Federal Rule 11 (c) (3) (B)*. Nesse caso, o juiz pode proferir sentença distinta, inclusive mais grave ao réu, conforme autoriza a *Federal Rule 11 (c) (1) (B)* (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em novembro de 2017).

134 *Federal Rule 11 (c) (5) (C)* (Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em novembro de 2017).

135 Marcos Paulo Dutra dos Santos, invocando o precedente da Suprema Corte "United States v. Mezzanatto (1995)", adverte que tal garantia não é absoluta, podendo as declarações prestadas pelo réu durante as tratativas serem utilizadas em seu desfavor em caso de prévia e voluntária renúncia a tal prerrogativa (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016).

136 Embora formalizado e submetido ao juiz, trata-se de meras negociações, de modo que o Ministério Público também pode retratar-se caso encontre motivos para tanto.

Finalmente, para fins de acatamento do acordo, deve o juiz verificar se existe suporte probatório (*factual basis*) para tanto, sob pena de rejeição do pacto¹³⁷.

O descumprimento do acordo pelo réu enseja a anulação da declaração de culpa, procedendo-se à instrução e julgamento do feito. Outrossim, se a falta for do Ministério Público, não obstante divergência doutrinária e jurisprudencial¹³⁸, prevalece o entendimento de que o *guilty plea* também é anulado, com o que as partes podem formular novo acordo ou submeterem-se ao plenário do júri.

2.3. Modelo italiano:

2.3.1. Breve histórico e delimitações conceituais

Até 1988 vigia o Código Rocco (1930), ainda resquício do fascismo da primeira metade do século XX. Aludida legislação era reflexo das ideias oitocentistas que emergiram na França e culminaram com o Código de Processo Criminal de Napoleão, inspirador de vários diplomas nos países vizinhos, inclusive na Itália peninsular¹³⁹.

Ainda sob a vigência do processo penal antigo, a Lei nº 689/81 autorizava um rito especial para pequenos crimes e processos simples que se encerrava mediante acordo entre as partes: através de requerimento da defesa e concordância da

¹³⁷Federal Rule 11 (b) (3). Conforme orientações da "American Bar Association", tanto nas hipóteses de *guilty plea* como *nolo contendere*, o juiz deve realizar todas as investigações que se reputarem necessárias, inclusive inquirições de testemunhas, se for o caso, para confirmar a base fática do acordo (*Standard 14-1.6*) (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016).

¹³⁸Causa espécie que o tema desperte tanta dissensão doutrinária e jurisprudencial. Os tribunais chegam a ser contraditórios, pois se trata o *plea bargain* como se fosse um contrato, é regra comezinha que, inadimplido o acordo por uma das partes, a outra tem a seu favor o direito à execução específica do pactuado. Isso demonstra que, não obstante enxergarem na transação penal um contrato, os tribunais se recusam a dispensar às partes – acusação e réu – tratamento igual, privilegiando, sempre que possível, a promotória" (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 49, nota 42).

¹³⁹CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 435.

acusação, o juiz poderia aplicar uma punição diversa da prisão (liberdade condicional, recolhimento domiciliar, multa) e com isso encerrar sumariamente o feito¹⁴⁰.

Entretanto, foi em 1988 que a Itália superou o Código de Processo Penal de 1930. Pressionado pela crescente criminalidade, afastou-se do modelo inquisitorial tradicional (hierárquico) e aproximou-se do modelo de justiça coordenada¹⁴¹.

O novo Código de Processo Penal entrou em vigor em 24 de outubro de 1989 e foi recebido pela doutrina (especialmente estrangeira) como o maior avanço do modelo *adversarial* em países de tradição romano-germânica¹⁴². Tratando-se de reforma geral e não pontual, e considerando que os legisladores conferiram à comissão responsável pela elaboração do projeto ampla abertura para a transição dos sistemas, vários institutos do modelo americano foram introduzidos no ordenamento italiano, configurando autêntico *turning point* da história do processo penal daquele país¹⁴³.

Assim, com traços nitidamente acusatórios, a nova legislação extinguiu a figura do juiz instrutor¹⁴⁴, entregando o controle da investigação na fase preliminar à promotoria, que, nesta etapa, busca o Judiciário apenas e tão somente para realização de medidas invasivas protegidas pela cláusula de reserva jurisdicional

140Previsto no art. 77 da lei mencionada, referido procedimento foi revogado com a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal Italiano. À época, havia discussão acerca da natureza jurídica desta sanção criminal, tendo a Suprema Corte Italiana decidido, em 1984, que se tratava efetivamente de sanção de natureza criminal, ainda que com efeitos limitados (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006). Trata-se efetivamente do “embrião” do *patteggiamento* atualmente em vigor na Itália.

141MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 2, 2004, p. 3.

142LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/lander.pdf>>. Acesso em setembro de 2016.

143“After two decades of vibrant debate, 16 February 1987 marked the departure from tradition. On that day, the Parliament delegated the Government to draft a new Code of Criminal Procedure; the delegating Statute listed 105 criteria based upon on adversarial principles to which the CPP was to conform” (MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 3).

144Até então, o juiz-instrutor era o diretor das investigações, cabendo a ele coletar as provas. Com a reforma processual penal na Itália, o juiz intervém na investigação apenas para apreciar pedidos cautelares do Ministério Público e, assim agindo, fica impedido de atuar posteriormente, durante a instrução e julgamento da ação penal.

(prisão, busca e apreensão, interceptação telefônica, entre outras), separando, com maior vigor, as funções investigativas das decisórias; além disso, outra inovação marcante do código – ainda que timidamente – foi o reconhecimento de que a defesa pode conduzir sua própria investigação. Consagrou-se também o entendimento de que a decisão judicial somente pode basear-se em provas apresentadas/produzidas em juízo, mediante contraditório em audiência oral, cujas testemunhas são convocadas em nome das partes e submetidas à inquirição por elas mesmas (*three-stage examination: examination-in-chief, cross-examination, re-examination*)¹⁴⁵.

Outrossim, conforme anota Stefano Maffei, os italianos também aprenderam com os norte-americanos que o modelo adversarial é extremamente custoso e portanto deve ser aplicado apenas para uma pequena parcela de litígios¹⁴⁶. Conseqüentemente, introduziram na reforma legislativa procedimentos de justiça negocial: *giudizio abbreviato* e *patteggiamento*.

As novidades receberam fortes críticas. A incompatibilidade com a Constituição italiana e os supostos danos causados aos princípios fundamentais do processo penal foram o centro das críticas na década que se seguiu¹⁴⁷, culminando com decisões da Corte Constitucional italiana que relativizaram sobremaneira as inovações trazidas pelo modelo que se implantava.

145Luigi Ferrajoli aponta a eliminação da figura do juiz instrutor e conseqüentemente a clara separação entre as funções acusatória e decisória como a principal inovação estrutural introduzida pelo novo código. Entretanto, critica a acolhida, pelo novo código processual penal italiano, de muitas instituições antigarantistas do velho sistema, dentre os quais inclui os procedimentos especiais em geral e os acordos sobre a pena em particular (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 737 e seguintes).

146MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 4. No mesmo sentido, citando vários doutrinadores italianos: CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual– REDP*. v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 443.

147Exemplificativamente, decisões do Tribunal Constitucional reconheceram a inconstitucionalidade das regras que determinavam a exclusão de provas, supostamente incompatíveis com o dever judicial de buscar a verdade, autorizou a utilização de depoimentos colhidos na fase preliminar e aceitou a fundamentação de sentenças com base em atos investigatórios preliminares (CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual– REDP*. v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 441).

Foi diante deste conflito entre Judiciário e Legislativo que sobreveio alteração da Constituição italiana. Tratava-se de uma reação a decisões da Suprema Corte, que, pressionada pelo combate ao crime organizado e à máfia na década de 1990, ainda decidia sob a sombra do sistema antigo¹⁴⁸.

Com isso, o Legislador italiano reforçou os princípios adversariais de um sistema acusatório, em geral, e inseriu na Carta italiana dispositivo expresso acerca dos negócios penais, em particular. Restabeleceu-se em parte as previsões julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional.

Segundo Andrey Borges de Mendonça¹⁴⁹, a partir de então a Constituição italiana passou a admitir a formação da prova sem o contraditório em três situações: por consenso do imputado, por impossibilidade objetiva e em razão de comprovada conduta ilícita. No que aqui importa, o consenso do imputado dá azo ao chamado contraditório implícito, em que aquele renuncia ao seu exercício¹⁵⁰. Dito de outro modo, a Constituição italiana admitiu expressamente que o réu pode renunciar ao contraditório sempre que entender conveniente ou para alcançar alguma concessão da acusação ou outra vantagem. É dizer, a Lei Maior italiana abertamente insere outros valores no sistema de persecução criminal, abrindo espaço para a resolução de conflitos criminais mediante vontade das partes.

Esse é o contexto em que os mecanismos de simplificação do procedimento criminal italiano, previstos no Código de Processo Penal de 1988, vieram a consolidar-se. São eles: a) *giudizio abbreviato*; b) *patteggiamento*; c) *giudizio*

148MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 7.

149MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo.

150Atualmente, o art. 111 (4) dispõe que as provas devem ser colhidas mediante contraditório judicial, observadas as seguintes exceções contidas no art. 111 (5): "(a) there is a case of 'proved misconduct' (e.g. Threats against a witness so as to keep him or her from testifying); (b) an 'objective impossibility' prevents the taking of oral evidence; (c) the defendant consents to such a departure". Como se vê, a alínea (c) admite a utilização de prova colhida unilateralmente mediante consentimento do réu, o que, conforme Stefano Maffei, "[...] more importantly, for the first time in the history of Italian law, a constitutional provision reflects the idea that the process of adjudication may be subject to the will of the defendant, rather than being a legally predetermined, publicly run and non-negotiable process" (MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 7).

immediato; d) *giudizio direttissimo*; e e) *procedimento per decreto* (monitório)¹⁵¹. Consistem em procedimentos especiais destinados à abreviação ou simplificação do processo, mediante consenso de uma ou ambas as partes. Os procedimentos imediato, diretíssimo e monitório podem transformar-se em procedimento abreviado ou *patteggiamento*, transmutando o procedimento que é inicialmente conflitivo em um rito consensual com redução de pena¹⁵².

O *giudizio direttissimo* e o *giudizio immediato* eliminam a audiência preliminar¹⁵³ e remetem os autos diretamente à fase de julgamento (debates). O primeiro pode ocorrer quando o réu é preso em flagrante e as partes consentem que o julgamento ocorra diretamente, ou mediante solicitação da acusação, no prazo de duas semanas a contar da prisão. O julgamento também pode ser *direttissimo* se o imputado confessa os fatos na fase investigatória e, em face disso, o Ministério Público – também no prazo máximo de duas semanas – encaminha os autos diretamente ao juiz para a realização da audiência de instrução e julgamento¹⁵⁴.

Já o *giudizio immediato* tem lugar quando a investigação preliminar esclareça desde logo, e suficientemente, os fatos (evidência probatória), oportunizando à acusação ou à defesa prescindir da fase preliminar e solicitar a realização dos debates e julgamento imediatamente.

O *giudizio por decreto*, por sua vez, aplica-se apenas aos crimes de pequeno potencial ofensivo em que o Ministério Público, ainda na fase preliminar, propõe a aplicação de uma pena pecuniária ou de detenção no mínimo legal, reduzida pela

151Anota Luigi Ferrajoli que apenas os dois primeiros constituem efetivamente novidade no processo penal italiano, já que os juízos imediato e diretíssimo e o procedimento por decreto, que o autor chama de procedimentos sumários, possuíam correspondentes no antigo Código Rocco (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 745).

152PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 322.

153Os procedimentos referidos não eliminam a fase dos debates orais, realizado sob o crivo do contraditório, mas tão somente dão azo a um “salto” do procedimento para a fase final, suprimindo a audiência preliminar, que é a fase em que o Ministério Público expõe as provas que respaldam sua tese acusatória; após a defesa do imputado, o juiz da fase preliminar decide se remete ou não os autos aos debates orais (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 94, nota 79).

154DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 378-379. A legislação também simplifica e desburocratiza a audiência oral, permitindo o comparecimento de testemunhas sem prévia intimação e a substituição do depoimento da vítima pela leitura de suas declarações documentadas, entre outras.

metade, ao acusado¹⁵⁵. Aceito o requerimento ministerial¹⁵⁶, o juiz expede um mandado de condenação e determina a notificação pessoal do réu, que pode impugnar o decreto penal ou silenciar a respeito. No primeiro caso, afasta-se o decreto e o processo segue o rito normal. Na segunda hipótese, aquiescendo tacitamente o acusado, o juiz homologa a proposta ministerial como sentença condenatória¹⁵⁷.

O viés consensual do *giudizio* por decreto fica claro com as vantagens outorgadas ao condenado, que fica isento de custas e penas acessórias, não assume responsabilidade extrapenal, enfim, não constitui confissão expressa de culpa.

Recentemente, a Lei n. 67, de 28 de abril de 2014, agregou um novo procedimento especial àqueles previstos no Código de Processo Penal de 1988. Inserido nos arts. 464-*bis* a 464-*novies*, trata-se de suspensão do processo condicionada à prova, aplicável a crimes punidos com multa ou detenção não superior a quatro anos¹⁵⁸. Já prevista nos processos de menores, a suspensão *messa alla prova* institucionaliza um caminho em direção à mediação penal, já que a condição primeira para sua incidência é o ressarcimento do dano¹⁵⁹.

Mas os procedimentos especiais efetivamente marcados pelo consenso e simplificação/abreviação procedimental consistem no *giudizio abbreviato* (ou *patteggiamento sul rito*) e *applicazione della pena su richiesta delle parti* (*patteggiamento sulla pena*).

O procedimento abreviado dá-se quando o acusado pede o imediato julgamento com base nos elementos de prova colhidos unicamente na fase

155Art. 459 e seguintes do CPP italiano.

156Se o juiz nega o requerimento ministerial, devolve-lhe os autos, que seguirão o rito ordinário.

157SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 57.

158CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 444.

159Pode dar-se por solicitação do imputado, “[...] precedida de un programa de tratamiento que comprenda los aspectos relativos al trabajo en beneficio de la comunidad o a la mediación o conducta reparadora y resarcitoria de la cual se compone la *messa alla prova*” (PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El *patteggiamento* tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 323).

investigatória (pré-processual), renunciando ao contraditório e à produção de provas na fase de debates¹⁶⁰. Em troca, se condenado, o juiz deve reduzir-lhe a pena em percentuais previstos em lei. Cuida-se, portanto, de negócio ou aceitação unilateral do imputado acerca do procedimento adotado, com reflexo na reprimenda penal material. Em sua feição original, o juízo abreviado dependia da concordância de ambas as partes e da aceitação pelo magistrado de que os elementos probatórios eram suficientes para decidir a causa. Entretanto, ao longo da década de noventa, várias decisões da Corte Constitucional¹⁶¹ passaram a exigir que a negativa ministerial ao juízo abreviado deveria ser motivada, podendo ser afastada pelo juiz em caso de recusa injustificada. Da mesma forma, a Corte também permitiu que o imputado contestasse a negativa judicial ao procedimento especial *premiado*, temperamentos jurisprudenciais esses que culminaram com uma reforma legislativa¹⁶² que tornou irrelevante a vontade do Ministério Público, traduzindo-se o *giudizio abbreviato* em autêntico direito subjetivo do acusado¹⁶³ a escolher rito célere e simplificado, orientado à economia processual, e com isso alcançar a redução de 1/3 da pena, após a devida individualização da reprimenda¹⁶⁴.

Outrossim, o *patteggiamento* consiste na aplicação imediata de pena a pedido do réu e do acusador. O pacto ajustado entre o Ministério Público e o réu implica no encerramento do processo e aplicação de pena mais branda ao acusado¹⁶⁵.

O *patteggiamento allargato* foi introduzido mediante alteração legislativa (Lei n. 134/2003), com o fim claro de permitir a negociação entre as partes para crimes mais graves, quando o acordo para o caso concreto implique em pena de até 5 (cinco) anos de prisão¹⁶⁶, excluindo-se os crimes relacionados ao crime organizado e aqueles praticados por réus reincidentes (nestes casos, aplica-se o limite anterior de

160SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 56.

161Sobre a evolução legislativa e jurisprudencial do *Giudizio Abbreviato*, ver DI DEDDA, Enrico. “// *consenso delle parti nel processo penale*”. Padova: CEDAM, 2002, p. 2/104.

162Leis n. 479/99, Lei n. 144/00 e Lei n. 4/01.

163Trata-se, portanto, de ato unilateral e não mais dependendo do consenso, como ocorria em sua conformação originária.

164LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 97.

165SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 60.

três anos de prisão)¹⁶⁷. Também estão excluídos do *patteggiamento allargato* os crimes sexuais, prostituição de menores e pedofilia.

Tal alteração legislativa conferiu nova importância às negociações na medida em que permitiu a realização de acordos para delitos graves como corrupção, roubo à mão armada e até mesmo alguns tipos de homicídio.

Quanto à natureza do julgamento através de negociação das partes, a Corte Suprema afirmou, ainda em 1990, que como não se impõe à acusação a demonstração cabal (prova além de dúvida razoável) da responsabilidade do réu, e a defesa pode aderir voluntariamente ao acordo mediante seu exclusivo juízo de conveniência, o julgamento deve ser considerado como uma “hipótese de responsabilidade”, e não a determinação definitiva daquela¹⁶⁸.

Contudo, a própria Corte italiana evoluiu no sentido de que a decisão com base no *patteggiamento* equipara-se a uma condenação criminal, haja vista que o juiz verifica a base fática daquele acordo (*factual basis*)¹⁶⁹. Ademais, ao proferir sentença com base no acordo, impõe-se uma pena criminal, a qual somente pode ser executada após verificada a culpabilidade do réu (com o afastamento de sua presunção de inocência).

De qualquer sorte, tendo em vista que o juiz avalia as provas existentes quando da formalização do *patteggiamento*, sem a possibilidade de sua confirmação através do contraditório, a doutrina italiana refere que a sentença que acolhe o

166O art. 444.1 do Código de Processo Penal italiano impõe como limite ao *patteggiamento allargato* penas de até 5 anos, já diminuída de 1/3, razão pela qual o instituto pode manifestar-se, na realidade, para crimes com apenamento de até 7 (sete) anos e (6) seis meses. Assim dispõe o Código de Processo Penal, no original: “Art. 444. Applicazione della pena su richiesta. 1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria”.

167“The reform was intended as a response to the rather disappointing figures of the first decade of plea-bargaining in Italian litigation. In the period 1988-1993, the charged offences that were disposed of through such bargaining were 10 times fewer in number than those which proceeded to trial. These figures are no match for the US system of justice, where nearly 95% of all criminal cases are settled with a bargained plea of guilt or no contest” (MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 14).

168GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 264.

169Aliás, é o que se extrai da redação do art. 444 do Código de Processo Penal italiano.

acordo apresenta uma cognição ou averiguação incompleta (“*accertamento incompleto*”). Nesses termos é que a Corte Constitucional conseguiu equilibrar o princípio da *nulla poena sine iudicio* com o princípio da duração razoável dos processos¹⁷⁰.

Sobre a possibilidade de o Judiciário intervir na negociação estabelecida, a doutrina italiana é firme no sentido de que inexistente obrigação de a Corte acatar acordos firmados pelos contendores, poder este que pode ser considerado, para Stefano Maffei, como um nostálgico emblema do sistema processual penal italiano pré 1988¹⁷¹. De fato, o Judiciário italiano tem o poder de interferência sobre os termos do acordo¹⁷², inclusive para refutá-lo. Essa possibilidade de intrusão pode ocorrer para (a) proteger direitos fundamentais do réu ou (b) assegurar o interesse público na efetiva punição dos criminosos. Não é diferente o entendimento de Silvia Puigvert, para quem o juiz deve controlar a correta aplicação da pena aos fatos investigados, não podendo prescindir da determinação da responsabilidade penal do acusado. Todavia, vinculado ao acordo e à instrução sumária, este *accertamento* será necessariamente limitado ou incompleto¹⁷³.

170 PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 340.

171 MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p.14. A despeito disso, o estudo de Direito Comparado aqui realizado revela que todos os países – inclusive os EUA – estabelecem alguma espécie de controle judicial da base fáctica do acordo e da correspondência entre aquela, a norma penal incriminadora e a pena concertada.

172 Ainda em 1990, a Corte Constitucional italiana decidiu pela constitucionalidade do *patteggiamento*, entendendo seu rito compatível com os princípios tradicionais do processo penal. Conforme anota Guerrero, o juiz tem a obrigação de valorar a aderência da sanção acordada aos fatos em julgamento, devendo rechaçar eventos hipotéticos desfavoráveis ao imputado. Com isso, a Corte manteve nas mãos do juiz a capacidade de controle e avaliação dos negócios processuais penais (GUERRERO, Oscar Julián. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 1048-1069, 2006. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>. Acesso em dezembro de 2017).

173 Nas palavras da autora: “Al juez le corresponde la potestad de controlar la correcta aplicación de la pena a los hechos investigados, aunque con una capacidad de decisión limitada ya que debe respetar el acuerdo de las partes si éste cumple con las exigencias legales. En este orden de cosas, el juez desestimaré la richiasta cuando entienda que la calificación jurídica de los hechos es incorrecta o cuando crea que no concurren las circunstancias atenuantes fijadas por las partes” (PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 344).

Conforme dispõe o art. 444 (2) do Código de Processo Criminal italiano, o Judiciário pode recusar acordo quando a acusação que pesa sobre o réu não possuir lastro probatório, preservando, com isso, a legalidade do processo criminal. No mesmo sentido, quando infundadamente rejeitado pela acusação, a pena proposta pelo réu pode ser acolhida pelo Judiciário, mas, nesse caso, apenas após a realização da fase final de *dibbatimento*.

Por outro lado, o Judiciário também pode rejeitar o acordo quando o interesse público que subjaz a persecução penal não estiver minimamente atendido. A Suprema Corte italiana já considerou excessivamente indulgente acordo firmado entre Ministério Público e acusado de tráfico de drogas, o que violaria a Constituição. A partir de então, o Poder Judiciário passou a rejeitar pré-acordos firmados entre as partes quando excessivamente lenientes e incompatíveis com as funções de prevenção e repressão da pena, abrindo, com isso, possibilidade de novas negociações ou então prosseguimento do feito com a instrução (*full trial*)¹⁷⁴.

Como se vê em rápida digressão histórica, os processos de negociação introduzidos no sistema processual penal italiano acomodaram-se não sem algum esforço ao processo tradicional. Não obstante o reconhecimento de sua constitucionalidade em 2009 pela Suprema Corte, remanescem questionamentos acerca da incompatibilidade dos negócios penais com os princípios da legalidade, presunção de inocência e indisponibilidade da ação penal pública.

De qualquer forma, o *patteggiamento alargato* expandiu sobremaneira os negócios penais naquele país, não sendo equivocado concluir que emergem atualmente dois tipos de procedimentos penais na Itália, com valores e princípios

174MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 18. Esta decisão paradigma da Corte Constitucional italiana (Decisão 313/90) afastou a compreensão de que a função judicial seria meramente homologatória, notarial, da vontade das partes, mas sim uma autêntica verificação da proporcionalidade do acordo e de sua consonância com as provas existentes nos autos. Nas palavras de GIACOMOLI, “[...] além da análise das possíveis circunstâncias modificadoras da pena (critérios do art. 133 do CP, inclusive as atenuantes inominadas previstas no art. 62-bis do CP, as agravantes e a compensação entre elas), a aplicação da pena consensuada ou solicitada pela defesa se consubstancia quando não incidir nenhuma hipótese de absolvição, a qual é prejudicial em relação ao patteggiamento. Assim, o magistrado emite um juízo valorativo sobre o material fático recolhido e sua adequação jurídica” (GIACOMOLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 268).

absolutamente diferentes conforme as partes optem por uma solução imposta ou negociada no âmbito do processo criminal¹⁷⁵.

2.3.2. Requisitos e garantias

A legislação italiana admite que as partes negociem sobre o procedimento e sobre o mérito, ou seja, mediante acordo, as partes podem deliberar acerca do rito¹⁷⁶ a ser adotado e também sobre a pena a ser aplicada.

No juízo abreviado, o imputado potestativamente renuncia ao exercício do direito de impugnar as provas até então colhidas e mesmo de pleitear a produção de outras provas. Abreviado o processo, a sentença é proferida imediatamente; se condenatória, a pena será reduzida em 1/3¹⁷⁷. Após tomar conhecimento da acusação que pesa contra si, e de verificar as provas produzidas na fase pré-processual, a defesa pode solicitar ao juiz, na audiência preliminar, que este profira o julgamento do feito no estado em que se encontra.

Pode ser aplicado para quaisquer crimes, independentemente da gravidade em abstrato daquele e de aspectos subjetivos do réu (reincidência, por exemplo).

Na prática, não há essencialmente negociação do procedimento, mas sim um autêntico prêmio ou recompensa (redução da pena em 1/3) pela postura cooperativa do réu, que renuncia – unilateralmente – à instrução mediante contraditório.

Outrossim, para além dos acordos acerca do trâmite do processo criminal, as partes também podem deliberar acerca do mérito da ação penal (*patteggiamento*). Trata-se do acordo por excelência do processo penal italiano, cujos requisitos e garantias merecem ser apreciados com mais vagar.

175MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 20.

176Em 2001, a Corte Constitucional italiana reconheceu a constitucionalidade do juízo abreviado, conforme assinala SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 56.

177Art. 442, *comma* 2 do CPP italiano. Se a pena cominada for a perpétua, a renúncia ao contraditório implica sua substituição por pena privativa de liberdade de 30 anos.

Inicialmente previsto para aplicação em condenações com penas de até dois anos, o instituto foi ampliado em 2003 para alcançar, nos termos do art. 444, 1 do CPP italiano, crimes cuja pena acordada não supere cinco anos, já observada a diminuição de 1/3¹⁷⁸.

O acordo ocorre entre a defesa e o Ministério Público e tem por objeto direto a redução da pena e a abreviação do feito, com a prolação de sentença condenatória. Prevista nos arts. 444 a 448 do CPP italiano, pode ocorrer em qualquer procedimento e antecede a apreciação do mérito pelo Juízo, seja na fase judicial, seja ainda na fase pré-processual (inquérito).

Embora se trate de um acordo entre as partes, a jurisprudência italiana sedimentou entendimento de que o controle jurisdicional abrange não só a legalidade da transação, mas também a conveniência em relação à imputação praticada e as provas constantes nos autos (base fática, lastro probatório mínimo)¹⁷⁹. Para além disso, a iniciativa do acordo pode partir do próprio réu, nos autos, ocasião em que o Ministério Público será ouvido. Se a acusação negar-se a realizar o pacto, tal decisão poderá ser submetida à apreciação judicial ao final da instrução (nesse caso não há abreviação do processo), que poderá, mesmo diante da negativa acusatória, acolher o pedido da defesa e conceder-lhe o benefício da redução da pena em 1/3.

Não se admite a concessão do *patteggiamento* de ofício, nem deve o juiz participar da negociação.

Caso o juiz não aceite o *patteggiamento* proposto pelas partes, estas podem repactuar e submetê-lo novamente à apreciação judicial, ou, se não for o caso, o processo segue com a instrução e posterior julgamento de mérito. A Corte Constitucional italiana já decidiu que a rejeição da proposta de acordo pelo juiz

178A doutrina costuma chamá-lo de *patteggiamento allargato*, em contraposição ao *patteggiamentotradizionale*. Sobre o tema, Nereu Giacomolli, citando Alberto Macchia, GIACOMOLLI: “O magistrado, ao examinar o consenso das partes, não realiza uma operação lógico-formal ou adesiva às conclusões das partes, mas valorativa do material constante nos autos, em face da sujeição do órgão jurisdicional aos ditames da lei” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 268).

179SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 63.

torna-o impedido de prosseguir em face do indevido contato prévio com o mérito do caso¹⁸⁰.

Não cabe ao juiz alterar o conteúdo do acordo, ou mesmo interferir na composição da lide. Em caso de rejeição, deve fazê-lo justificadamente, mediante *ordinanza*¹⁸¹.

Como visto acima, as partes podem estabelecer penas privativas de liberdade ou medidas substitutivas, bem como a suspensão condicional da pena. Normalmente pleiteiam a aplicação de uma pena determinada, embora em algumas situações possa ocorrer alguma negociação acerca da tipificação a ser imputada ao réu.

Quanto à natureza jurídica da sentença estribada no *patteggiamento*, expressa o art. 445.1 tratar-se de sentença penal condenatória, embora não se equipare *ipsis litteris* à condenação alcançada mediante julgamento, por assim dizer, tradicional. Isso porque persiste uma compreensão de que não há um reconhecimento formal de culpa pelo réu (como ocorre, por exemplo, na *plea bargaining*), nem sua responsabilidade criminal é estabelecida integralmente pelo Juízo. Daí que, para alguns, seria uma sentença condenatória *tout court* ou *sui generis*¹⁸².

Não obstante aludidas ponderações, tem prevalecido o entendimento de que o *patteggiamento* contém, em seu bojo, ainda que tacitamente, renúncia à presunção de inocência, com a admissão de responsabilidade. Mais do que isso,

180CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 446.

181BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 98.

182Estribado em decisão da Corte de Cassação de 1991, Nereu Giacomolli afirma tratar-se de sentença em hipótese de responsabilidade: "Trata-se de um instituto novo em nosso ordenamento jurídico, introduzido para evitar o dibattimento, mediante a prolação de uma sentença com a qual, chegando a separar a fórmula reconhecimento da responsabilidade-aplicação da pena, o imputado não demonstra ao Juiz a efetiva ofensa aos interesses protegidos pela norma que se assume como violada, nem a culpabilidade do autor do fato, exonerando a acusação do ônus probatório sobre a responsabilidade, e aceitando o imputado, por suas valorações pessoais de conveniência, a definição antecipada do procedimento para usufruir de seus efeitos premiais. Querendo-se enquadrar a sentença em alguma categoria, haveria, definitivamente, de ser colocada nas denominadas 'sentenças em hipótese' e, no caso específico, 'em hipótese de responsabilidade'" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 271).

considerando que não pode o Estado legitimamente aplicar pena (muito menos privativa de liberdade) a qualquer pessoa sem verificar sua responsabilidade, nos exatos termos dos princípios da legalidade e da culpabilidade estabelecidos constitucionalmente, não há como negar a natureza condenatória decorrente do estabelecimento da responsabilidade penal do autor de crime signatário do acordo de *patteggiamento*¹⁸³.

De qualquer sorte, a sentença baseada no *patteggiamento* possui efeitos jurídicos limitados. Não constitui título executivo civil, nem repercute no âmbito administrativo, nos termos do art. 445.1 do CPP italiano. O réu é isento do pagamento das custas processuais e renuncia ao duplo grau de jurisdição, na medida em que incompatível com o acordo e também por previsão legal (art. 448.2 do CPP). Cabe, porém, recurso de cassação nas hipóteses de nulidade ou violação à legislação¹⁸⁴.

No que concerne às garantias, a primeira delas naturalmente é a plena capacidade do réu em manifestar sua vontade, nos termos do art. 446.5 do CPP italiano, o que pode ocorrer por escrito ou de forma oral em audiência, diretamente pelo acusado ou por procurador com poderes especiais (art. 446.2 e 3). Existindo dúvidas acerca da livre e consciente manifestação de vontade do réu apresentada por escrito nos autos, o juiz pode determinar a realização de ato específico para avaliar com precisão a livre manifestação daquele (art. 446.5). Se a legislação espanhola exige a dupla garantia para a aceitação da *conformidad* (a anuência do acusado e seu defensor, em manifestações distintas), no caso do *patteggiamento* a

¹⁸³Portanto, há de ser dito que, na realidade, inexistente uma renúncia das partes acerca da manifestação judicial relacionada à verdade e à responsabilidade, pelo que não pode a decisão embasar-se, unicamente, no acordo formulado. Entretanto, a busca pela verdade não pode afastar a compreensão de que se está a falar de uma negociação, motivo pelo qual se admite que a sua perquirição não seja tão extensa como acontece nas hipóteses de procedimento em sua completude. Porém, até na linha do que vem em decisão recente da Corte Constitucional italiana, a existência do acordo traz consigo o reconhecimento de responsabilidade do arguido e demanda a existência de um fato que ofendeu um determinado interesse público” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 99).

¹⁸⁴PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 329.

vontade do acusado será prestada pessoalmente ou por advogado com poderes especiais¹⁸⁵.

Outrossim, além de aferir que o réu não está sujeito a pressões para a realização do acordo, bem como que conhece seu conteúdo e consequências jurídicas, questões relacionadas à validade da sua vontade em firmar o acordo, o juiz também deve avaliar aspectos externos ao acordo, que consistem na proporcionalidade entre os fatos imputados e o benefício alcançado, e, por fim mas não menos importante, na existência de provas referentes à existência do fato criminoso e da autoria imputada ao réu. No ponto, vale repetir: à míngua de provas suficientes, o juiz pode absolver o acusado mesmo quando este celebra acordo com o Ministério Público.

2.3.3. Procedimento:

A legislação italiana não estabelece procedimento específico acerca das negociações. Tradicionalmente, o advogado de defesa procura o Ministério Público em seu escritório para tratar dos detalhes do acordo, o que também pode ocorrer por telefone ou *e-mail*. Alcançado o acordo a respeito de uma pena específica, as partes solicitam ao juiz por escrito a aplicação da sentença ou requerem a aplicação oral da condenação em audiência. Na prática, as partes minutam um projeto de sentença¹⁸⁶.

185PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 347. Conforme a autora, a fim de assegurar o caráter personalíssimo da manifestação de vontade do acusado, esta poderá ser tomada oralmente, em audiência, ou por escrito, também pessoalmente com firma reconhecida por notário, ou pelo advogado com poderes especiais.

186MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 20.

O acordo pode dar-se ainda na fase investigatória¹⁸⁷, embora seja comum a negociação encerrar-se durante a audiência preliminar, e, nas hipóteses de rito sumário, na audiência de instrução e julgamento (art. 446, 2 e 3 do CPP italiano). Ainda assim, é possível que o acordo seja celebrado até a abertura dos debates (*dibattimento*). Caso o pedido de *patteggiamento* formulado pelo réu não tenha tido a concordância/anuência do Ministério Público, o juiz ainda assim pode conceder-lhe o benefício da redução de pena; entretanto, neste caso, tal somente ocorrerá após a fase de *dibattimento*, ao final do processo.

Por derradeiro, lembre-se que as informações, provas e confissões alcançadas durante a fase de negociação não poderão ser utilizadas no processo caso a avença não se perfectibilize.

A sentença de *patteggiamento* não é apelável, mas comporta recurso de cassação.

2.4. O modelo alemão

2.4.1. Breve histórico e delimitações conceituais

Dentre os países do sistema *civil law*, assentados nos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, a Alemanha foi o pioneiro na regulamentação de hipóteses de oportunidade, entendida esta como mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública mesmo nas hipóteses de presença de justa causa¹⁸⁸.

¹⁸⁷"Na fase das investigações preliminares, apresentado o pedido pelas partes (ambas assinam a mesma petição ou a parte adversa manifesta sua concordância num escrito a parte), o magistrado designa uma audiência com o escopo de analisar o consenso, podendo convocar as partes a fim de certificar-se da voluntariedade do ato (arts. 446.5, 447.1 e 447.2 do CPP)" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 271).

¹⁸⁸"O atual rol de exceções dos §§ 153 e 154 do Código de Processo Penal alemão constitui uma regulação taxativa dos rompimentos da regra da obrigatoriedade da acusação. Dessa forma, o já muitas vezes mencionado princípio da oportunidade está parcialmente introduzido no Código de Processo Penal alemão. Por intermédio desse princípio, a persecução penal é tornada dependente das ponderações de finalidade, especialmente daquelas de caráter político e econômico" (ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual*

O processo penal alemão destaca-se pela posição ativa do juiz na condução do processo (princípio da acumulação dos poderes ou forças processuais¹⁸⁹), que, sob as regras do Código de Processo Penal alemão de 1877 (StPO) e suas alterações posteriores, deve obediência a outro princípio fundante do sistema processual daquele país: o da verdade real (*das prinzip der materiellen wahrheit*).

A investigação – oficial – é conduzida pelo Ministério Público, que após a coleta de informações e provas suficientes (fase preliminar), exercita a ação penal mediante solicitação da abertura de processo ao juiz (fase intermediária). É nesse momento que o imputado é notificado para responder à acusação, impugnar provas e solicitar diligências. Se o juiz entender que a acusação deve continuar, tomará todas as providências a fim de realizar-se a audiência de instrução e julgamento (fase principal), momento em que são ouvidas as testemunhas e peritos, interrogado o acusado e, por fim, realizados os debates¹⁹⁰. Em seguida, o tribunal se retira para deliberação e prolação da sentença¹⁹¹.

As exceções ao princípio da legalidade/obrigatoriedade da ação penal estão predeterminadas em lei e consistem no arquivamento decorrente de insignificância, desinteresse estatal na sua persecução, ou mesmo quando a persecução puder ser iniciada pelo próprio ofendido, bem como na suspensão condicional ou incondicional do processo; há, ainda, o procedimento monitório denominado ordem penal. Todas estas medidas levam à interrupção do processo e seu encerramento sem a realização do juízo oral.

Penal. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 196).

189 Segundo Schünemann, "[...] todas as funções da audiência estão reunidas em uma única mão, a saber, na mão daquele que a preside e que decide segundo sua discricionariedade sobre o exercício destas funções" (SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 225).

190 Para Kai Ambos, a fase oral constitui o ponto culminante de todo o procedimento, já que a sentença somente pode fundar-se nas provas produzidas na audiência (§§ 261, 264 I). Vige, aqui, o princípio da imediação formal e material: "[...] según este último solamente pueden constituir fundamentos de la sentencia, los hechos comprobados por el mismo tribunal (inmediación formal) fundados en base a prueba primaria (inmediación material)". Como se não bastasse, o princípio da oralidade impõe que somente o material processual aportado oralmente pode ser fundamento da sentença (AMBOS, Kai. Procedimientos abreviados em el proceso penal alemán y em los proyectos de reforma sudamericanos. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 12, p. 319-320, 1997. ISSN 1133-1259.)

191 A sentença é proclamada em audiência, e os seus fundamentos expostos também oralmente. A íntegra da decisão deve ser escrita e juntada aos autos em até 5 (cinco) semanas (§ 275).

A suspensão do processo, condicional ou incondicional, relativa ou absoluta, estriba-se no § 153 da StPO, e conforme o caso põe fim imediato ao procedimento ou o encerra após o cumprimento, pelo réu, das condições estabelecidas¹⁹². Trata-se de medida despenalizadora, aplicável às infrações leves e médias, a critério do legislador, e não possui efeito ou natureza de condenação criminal comum¹⁹³.

A ordem (ou mandado) penal consiste na imediata proposta de aplicação de pena pecuniária ou pena privativa de liberdade de até um ano, com possibilidade de suspensão, sempre que a existência de indícios da prática de crimes leves prescindir da fase oral¹⁹⁴. Trata-se de procedimento escrito, célere, destinado à delinquência de massa e de menor importância¹⁹⁵.

O procedimento acelerado alemão (§§ 417-420 da StPO) acarreta a supressão da fase intermediária, com a formulação oral da denúncia no início do juízo oral. É dizer: aqui a simplificação procedimental independe do consenso do acusado ou de qualquer outra forma de acordo¹⁹⁶. É aplicável apenas nos casos em

¹⁹²Dependendo da hipótese, a suspensão pode dar-se por decisão unilateral do Ministério Público, antes mesmo da formulação da denúncia, ou após o oferecimento desta, com o consentimento do Tribunal. Pode ocorrer, ainda, no caso da suspensão condicional, que Ministério Público e imputado – com o aval do Tribunal – acordem a suspensão do processo mediante pagamento de multa ou prestação comunitária, “[...]siempre y cuando las condiciones o instrucciones sean idóneas para eliminar él interés público” (GOSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal em el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 279).

¹⁹³GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: 2006, p. 153.

¹⁹⁴Se o imputado deixar transcorrer *in albis* o prazo de duas semanas, o mandado penal torna-se definitivo e equivale a uma sentença condenatória. Todavia, se o imputado apresenta objeção ao mandado, realiza-se o juízo oral, e após o juiz profere sentença. Curioso que, nesse caso, o Judiciário não está adstrito à proposta de pena apresentada pelo Ministério Público, podendo concluir que a culpabilidade do réu é mais intensa e assim condená-lo à pena superior, não se aplicando, portanto, a proibição da *reformatio in pejus* (AMBOS, Kai. Procedimentos abreviados em el proceso penal alemán y em los proyectos de reforma sudamericanos. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 12, p. 319-320, 1997. ISSN 1133-1259, p. 335).

¹⁹⁵GIACOMOLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: 2006, p. 126. Atualmente, a grande maioria dos procedimentos que não são arquivados com base na falta de justa causa ou com base na oportunidade resultam em mandatos penais. Segundo Torbem Asmus, “[...] em algumas promotorias da Baixa Saxônia, a cifra dos procedimentos que são resolvidos mediante um mandato penal chega a 80% do total de procedimentos” (ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 96).

¹⁹⁶RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 6. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017.

que a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou inferior a um ano; é vedada, neste tipo de procedimento, a aplicação de medida de segurança.

É destinado aos casos que apresentam menor complexidade (evidência dos fatos e da prova), e durante a instrução em audiência admite-se a substituição da oitiva de testemunhas pela leitura dos seus respectivos termos de depoimentos, desde que as partes assim consentam. Aplica-se, por exemplo, em delitos de trânsito (cabível aqui a suspensão de habilitação para dirigir veículos) e em tumultos ocorridos em estádios de futebol¹⁹⁷.

Tais mecanismos legais de *diversão*¹⁹⁸ foram inseridos na legislação alemã inicialmente em 1923¹⁹⁹ e receberam importante consolidação em 1974, sedimentando os primeiros alicerces para o desenvolvimento e crescimento dos acordos penais no processo alemão. Em síntese, a lei processual penal alemã faculta ao Ministério Público a tomada de uma destas providências: oferecimento de acusação normal, solicitação de ordem penal e arquivamento do processo com fundamento no princípio da oportunidade²⁰⁰.

197FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 295.

198“Em termos estatísticos, com dados de 2003, as hipóteses de oportunidades foram aplicadas em 51,7% por cento das disposições finais do Ministério Público germânico em casos de suspeita suficiente; já o instituto da ordem penal chega a ser utilizado em até 80 por cento do total de processos em certas localidades” (DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n.6,p. 195-244, 2015). Não obstante os dados estatísticos, Kai Ambos adverte tratar-se de um procedimento escrito e portanto alheio à natureza de um processo acusatório oral, cujos perigos sob a ótica do Estado de Direito são manifestos (AMBOS, Kai. Procedimientos abreviados em el proceso penal alemán y em los proyectos de reforma sudamericanos. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 12, p. 319-320, 1997. ISSN 1133-1259, p. 337).

199O dispositivo legal mais importante referente à consagração do princípio da oportunidade no processo penal alemão é o § 153, introduzido pelo decreto de emergência (reforma de Emminger), em 1924, admitindo a desistência da persecução no caso de delitos cuja culpa do agente é leve e o interesse público na sua punição é inexistente (ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus ROXIN. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Editorial Del Rey, 2007, p. 196).

200PERRON, Walter; LÓPES-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 79. Com base em dados estatísticos do ano de 2003, os autores afirmam que “[...] em mais de metade dos processos em casos de suspeita suficiente se arquivam em virtude do princípio da oportunidade” (p. 80).

Ao contrário da Itália, a Alemanha não teve a pretensão de importar práticas do *common law* de resolução de conflitos mediante acordos sobre a pena²⁰¹. Se na Itália o *turning point* do processo penal, com sua aproximação a um modelo de disputa com todas as consequências daí advindas, inclusive o acolhimento dos acordos, foi a promulgação de um novo Código Processual em 1988, na Alemanha a virada do processo penal ocorreu silenciosamente e sem intervenção do Poder Legislativo.

Aponta a doutrina que na década de setenta os tribunais, promotores e defensores passaram a celebrar acordos informais²⁰², sem respaldo legal (*praeter legem*), abreviando processos e formalizando condenações criminais que refletissem os acordos não documentados²⁰³.

Conhecidos como *Absprachen*²⁰⁴, estes acordos informais consistiam em que o acusado oferecia sua confissão em troca de que o juiz garantisse uma redução

201VASCONELOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016.

202DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015. O autor aponta a sobrecarga de trabalho na Administração da Justiça como a causa do surgimento dos “Absprachen”.

203Sublinhando criticamente que o objetivo dos acordos no processo penal alemão visavam à redução do tempo e do conteúdo do processo penal, Hassemer bem resume como se davam os *Absprachen*: “El derecho a ofrecer pruebas está regulado de manera muy extensa y complicada en el ordenamiento procesal penal alemán, lo cual en manos de un buen defensor puede llegar a ser un arma que ponga en apuros y bajo presión a un juez. Es así que el Juez conjuntamente con el defensor (y negociando con el ministerio público) acuerdan recortar o incluso eludir el ofrecimiento de pruebas; y así cuando se logra la conciliación, el defensor promete renunciar a sus derechos de impugnación y al mismo tiempo el juez le promete una reducción de la pena, la cual ya fue negociada con anterioridad fuera de la sala de audiencias” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida medida de la Constitución. Trad.: Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009, p. 21).

204Fernando Fernandes menciona que este termo era mais utilizado por aqueles que combatiam os acordos informais, em contrapartida a “Vergleiche” ou “Verständigung”, apontados como eufemismos ao primeiro (FERNANDES, Fernando. *O processo Penal como instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 416).

determinada da pena, ou mesmo sua suspensão²⁰⁵. Uma vez não previstos na lei, os acordos estribavam-se sobretudo na confiança de seus intervenientes²⁰⁶.

A prática velada e silenciosa²⁰⁷ no meio jurídico veio à tona com a publicação de um artigo anônimo, em 1982, denunciando os acordos sem respaldo legal, inaugurando período de intensos debates acerca do mecanismo em apreço. Como os *Absprachen* eram informais e condicionados à renúncia ao direito ao recurso pela parte, a matéria não havia sido diretamente enfrentada pelos Tribunais, que, esporádica e timidamente, vinham ratificando as decisões assentadas em acordos penais²⁰⁸.

Entretanto, em 1987 o Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfG) apreciou recurso de um condenado que reclamava que as partes e o juiz chegaram a um acordo não permitido em lei. O Tribunal considerou que o acordo estava em consonância com a Constituição alemã; afirmou que os componentes essenciais de justiça, os deveres de garantia de um eficaz funcionamento do sistema de administração da Justiça, com a persecução e condenação dos delinquentes a uma

205Aqui o acusado não se declara culpado como no *plea bargaining*, mas formaliza uma confissão que é valorada pelo Tribunal como prova importante (embora não única) para a sua condenação. Nas palavras de Fernando Fernandes, “[...] por um lado implica uma aceitação plena ou limitada da acusação pelo inculcado, por outro, uma transigência na medida da pena pelo ministério público e Tribunal, contentando-se com uma sanção moderada, cuja medida se encontra num nível inferior àquele que se costuma atribuir ao delito concreto” (FERNANDES, Fernando. O processo Penal como instrumento de Política Criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 417).

206DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 206. Sublinha o autor citado que o silêncio era tal a ponto de um autor americano do escol de Langbein escrever um artigo, em 1979, intitulado “Land without Plea Bargaining: how the Germans do it” (nota de rodapé n. 43).

207“Como el StPO no permitía esta clase de acuerdos, las partes y los jueces intentaban esconder las negociaciones. Estas últimas solían tener lugar em los pasillos de los tribunales, en la oficina del juez e incluso a través de conversaciones telefónicas” (DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 205, nota 41).

208Além das fortes objeções acerca da própria compatibilidade dos acordos com o processo penal alemão e seus pilares constitucionais, a crítica também atacava frontalmente a completa ausência de transparência do processo de negociação, que, bem assim, assumia vestes de um negócio “quase privado” (TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 697).

pena justa, não proibia a realização de acordos entre as partes intervenientes no processo penal²⁰⁹.

De qualquer sorte, os balizamentos elencados pelo Tribunal foram vagos e não ofereciam *standares* minimamente seguros para coibir o arbítrio, exigindo o enfrentamento da *quaestio* com maior fôlego pela Corte Constitucional alemã.

Foi nesse panorama que, a partir de 1989, o Tribunal Supremo Federal (BGH) passou a ocupar-se do tema dos acordos, ainda que indiretamente, e a avaliar a prática daqueles com o estabelecimento de exigências e requisitos para sua utilização. Nesse sentido, afirma Leandro Dias que a jurisprudência do tribunal estabeleceu outras exigências, tais como a proibição de que o Ministério Público formalize acusação por outros crimes quando havia se comprometido a não fazê-lo, bem como a necessidade de informar os demais acusados das negociações levadas a efeito com um imputado²¹⁰.

Objetivando harmonizar a prática dos acordos com os princípios reitores do processo penal, introduzindo o princípio do consenso no processo penal e colocando-o em plano de igualdade com o princípio da investigação²¹¹, a jurisprudência alemã tratou de estruturar as práticas negociadoras. Assim, sobreveio então em 1997 a decisão paradigma do Tribunal Supremo Federal (BGH), que, a par de afirmar a legitimidade dos acordos, não proibidos pelo Código de Processo Penal alemão (StPO) e tampouco incompatíveis com o sistema processual penal como um todo, foi além e fixou uma série de requisitos para a validade dos negócios realizados no âmbito de processos criminais²¹².

209DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015). Segundo o autor, “[...] se reiteró que, de todos modos, ciertos principios esenciales deben ser respetados, como el de persecución obligatoria, el deber del juez de investigar para determinar los hechos del caso y la correspondencia entre castigo y culpabilidad del autor. Así, el Tribunal hizo hincapié en que las negociaciones no pueden en ningún caso reemplazar la decisión independiente de un juez con respecto a la pena y a la determinación de la culpabilidad” (p. 207).

210DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 208-209.

211HUBNER, Bárbara. Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán. *Revista Penal*, n. 22, p.43-49, 2008, p. 46. ISSN 1138-9168.

212VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic.2016, p. 23.

O primeiro ponto ressaltado pelo Tribunal Supremo Federal (BGH) foi a impossibilidade de que a confissão, por si só, justificasse qualquer condenação. O princípio investigatório exige a apuração dos fatos pelo Juízo, em consonância com o postulado da busca da verdade real. Consequentemente, o Tribunal não poderia fazer nenhuma promessa vinculante sobre a pena a ser imposta, admitindo-se unicamente a indicação de um limite máximo, sem prejuízo da adequada análise da culpabilidade²¹³.

De outra parte, estabeleceu que as negociações devem ser públicas, registradas em atas e constantes dos autos, a fim de permitir inclusive eventuais recursos. Quanto ao direito a não auto-incriminação, pontuou que o réu não pode ser pressionado mediante ameaça de penas mais altas²¹⁴ ou, ao revés, oferta de vantagens não previstas em lei. Por fim, a Corte (BGH) proibiu expressamente a renúncia ao direito ao recurso, "[...] em virtude de que as faculdades recursivas são independentes da medida da pena, e de que não se pode exigir a uma pessoa que desista de controlar sua sentença de antemão"²¹⁵. Com isso, a renúncia ao recurso somente poderia ocorrer após o imputado conhecer a sentença.

Oito anos mais tarde, já em 2005, nova decisão do BGH ratificou aqueles pressupostos e, mais do que isso, reclamou a atuação urgente do Poder Legislativo, para regular através de lei as práticas negociadoras no processo penal alemão²¹⁶.

Encerrava-se, então, o período de realização de acordos *praeter legem*. Em 2009 sobrevém alteração legislativa no Código de Processo Penal (StPO, § 257c²¹⁷),

213HUBNER, Bárbara. Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán. *Revista Penal*, n. 22, p.43-49, 2008, p. 46. ISSN 1138-9168.

214Segundo Barbara Hubner, o Tribunal deixou assentado que a diferença entre resultado da negociação e aquela que adviria após o contraditório não pode ser de tal magnitude a ponto de serem insustentáveis do ponto de vista da individualização da pena (HUBNER, Bárbara. Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán. *Revista Penal*, n. 22, p.43-49, 2008, p. 46. ISSN 1138-9168.).

215DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 211. Tradução nossa.

216VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016, p. 24.

217Assim dispõe o § 257 do StPO:“(1) Nos casos adequados e conforme as regras dos seguintes parágrafos, o tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo.

que formalmente introduz um mecanismo de aceleração/abreviação do processo mediante realização de acordos. A lei não alterou substancialmente a prática dos acordos levada a efeito pelos tribunais, procedendo a uma espécie de “domesticação” da prática jurisprudencial que vicejava há anos no país tedesco²¹⁸.

Referindo-se a “entendimentos” entre o tribunal e as partes, o dispositivo autoriza negociações sobre questões relacionadas ao processo, tais como provas, medidas cautelares, confissão e comportamento processual do imputado, mas proíbe a realização de acordos sobre a culpabilidade e medidas de segurança²¹⁹. Com isso, o legislador alemão pretendeu – ao menos formalmente – vedar a negociação direta da pena pelas partes, ratificando a concepção de que o resultado do processo penal não depende e não pode depender das partes, e sim da lei penal material.

(2) Podem ser objeto deste acordo somente as sanções criminais previstas no tipo legal do crime determinadas no julgamento ou nas demais decisões da Corte, bem como nas outras medidas processuais do processo de conhecimento subjacente, assim como o comportamento processual das partes do processo. A confissão deve ser parte constituinte de todos acordos. A decisão condenatória, as providências de reabilitação do réu e as medidas de segurança não podem ser objeto de acordo.

(3) O tribunal comunicará qual conteúdo poderá fazer parte do acordo. A Corte pode indicar, após livre apreciação de todas as circunstâncias do caso, tanto as considerações gerais de sentenciamento, como também os limites máximos e mínimos da sanção penal. Às partes do processo é assegurado o direito de manifestação. O acordo se concretiza quando o acusado e o acusador público concordam com a proposta da Corte.

(4) O tribunal não fica vinculado ao acordo quando circunstâncias jurídicas ou fáticas significativas tenham sido negligenciadas ou fato novo surgir e o tribunal, em razão disso, estiver convencido de que os limites propostos à sentença não correspondem mais à conduta ou à culpabilidade do acusado. O mesmo se aplica quando as demais condutas processuais do réu não corresponderem àquela em que foi baseado o prognóstico do tribunal. Nesses casos, a confissão do acusado não pode ser usada como prova. O Tribunal comunicará imediatamente qualquer desacordo aos participantes.

(5) O acusado deve ser informado sobre as condições e as consequências da discordância do tribunal a respeito do resultado acordado, a que se refere o parágrafo (4)” (tradução extraída de VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016, p. 24).

²¹⁸ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 109. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolos_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017.

²¹⁹ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 112. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolos_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017. Ao contrário do que ocorre nos EUA, em que o réu pode declarar-se culpado (*guilty plea*) desde o início do processo, o item segundo do § 257c proíbe que os acordos recaiam sobre a culpabilidade, abrindo-se espaço apenas para estabelecimento de limites mínimo e máximo de pena.

Em 2013, o Tribunal Federal Constitucional Alemão (BverfG)²²⁰ confirmou a constitucionalidade abstrata da legislação supramencionada, afirmando que, “[...] se atendidas na prática, as limitações previstas respeitam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico”²²¹. Debruçando-se sobre requisitos e condições de validade dos pactos, a Corte Constitucional assentou que (a) a confissão deve submeter-se à regra de corroboração, ou seja, ser confirmada por outras provas, (b) o réu deve ser previamente informado do conteúdo do acordo e de suas consequências, e que (c) as negociações devem ser públicas e documentadas nos autos do processo.

Conforme reconhece a doutrina, o Tribunal Federal Constitucional Alemão apreciou não só a legislação alemã, como também a prática judicial que se formou desde a edição da lei em 2009. Quanto ao primeiro aspecto, mediante interpretação precisa (*präzisierende*) da norma (espécie de comentário autorizado da lei), o Tribunal assentou que a legislação autorizou a prática dos acordos penais “[...] dentro de um contexto limitado e dotado de mecanismos de proteção, e que quando se interpretam e aplicam com exatidão estes últimos pode-se esperar que se cumpram com os requisitos constitucionais do processo penal”²²². Quanto ao segundo aspecto, o BverfG argumentou que os déficits verificados na prática não conduzem por si só à inconstitucionalidade da lei, devendo ser objeto de correção jurisprudencial ou mesmo de nova intervenção legislativa no futuro, se for o caso²²³.

Esta interpretação precisa, de efeitos individuais, teve por objetivo orientar a aplicação da legislação processual com as garantias que se devem respeitar durante a negociação, aprovação e controle dos acordos, evitando, com isso, colisão daqueles com direitos constitucionais.

220BverfG, 2BvR 2628/10, de 19/03/2013, parágrafos 1-132.

221VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016, p. 27.

222DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 214-215. Tradução nossa.

223ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 115. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolos_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017.

2.4.2. Requisitos e garantias

As partes podem negociar e acordar sobre questões processuais e penais. Não há limites objetivos ou subjetivos à realização do *Absprachen*, que pode abarcar negociações sobre o resultado do processo referente a crimes de qualquer natureza e gravidade, bem como atinentes a réus primários ou mesmo reincidentes. O § 257c, 1 da StPO dispõe que “nos casos adequados” o tribunal e as partes poderão firmar acordos, mas em nenhum momento deixou pistas acerca de quais seriam estes casos. A doutrina critica o dispositivo legal, que no ponto não diz nada e remete à conveniência do Tribunal determinar quais são os casos adequados aptos aos acordos, não se podendo falar no processo penal alemão a um direito subjetivo do imputado em celebrar acordos penais²²⁴.

Pode-se incluir nos acordos a confissão referente a outros crimes, a incriminação de terceiros (colaboração premiada), a desqualificação da acusação e questões atinentes à pena. A par disso, questões processuais também podem ser objeto do *Absprachen*: (des)necessidade da custódia, admissão de provas/evidências tendentes à abreviação do processo, entre outras²²⁵.

É requisito inafastável do acordo a confissão em relação ao(s) crime(s) imputado(s), mas é também garantia do réu de que aquela deverá ser confirmada por outros elementos de prova (busca da verdade real, resultado do princípio da investigação oficial), afastando, portanto, qualquer possibilidade de condenação com base única e exclusivamente no *Absprachen*.

Conforme § 261 do StPO, o acordo não pode assegurar ao réu pena determinada, mas apenas estabelecer qual o montante máximo cabível ao caso, levando em conta as variáveis dos autos, como a pessoa do réu, vítima e demais circunstâncias do delito (princípio da culpabilidade). Ademais, como regra, não é

224ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 111. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolos_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017.

225BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 88.

cabível condicionar o acordo à renúncia ao direito de apelar, salvo em caso expreso e de excepcional desejo do réu²²⁶.

A fim de criar ambiente confiável, transparente e seguro à negociação, caso o acordo não venha a ser firmado, a confissão do réu durante as tratativas não pode ser contra ele utilizada, *ex vi* do § 257c, 4 do StPO. Fatos supervenientes que infirmem o acordo devem ser imediatamente comunicados ao réu, inclusive para possibilitar a ele eventual mudança dos termos ou rumos da negociação (§ 257c, 4)²²⁷.

Digno de nota salientar que no julgamento paradigma, a Corte Constitucional alemã não só reconheceu o papel proeminente do juiz na condução e pactuação dos acordos, como, bem por isso, encomendou ao Ministério Público a tarefa de controlar o cumprimento dos requisitos constitucionais à formação do pacto, abstendo-se de negociar quando as tratativas desbordarem do procedimento legal.

2.4.3. Procedimento

O destacado poder do juiz no processo penal alemão manifesta-se também na condução das negociações dos acordos, cabendo a ele iniciar e coordenar as tratativas tendentes ao alcance da confissão e demais variáveis do acordo²²⁸, inclusive os limites – moldura máxima e mínima – da sentença condenatória a ser

²²⁶En caso de que la defensa de todos modos desee renunciar a este derecho, el tribunal deberá explicarle al acusado que si esa renuncia formó parte del acuerdo, el tribunal no está obligado a mantenerla. Sólo tras esta notificación agravada podrá ser válida la mencionada renuncia" (DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 213, nota n. 91).

²²⁷Segundo a norma mencionada, a vinculação do Tribunal ao acordo perde validade quando relevantes questões fáticas ou jurídicas são omitidas, ou surgem novas circunstâncias igualmente relevantes que comprometem o conteúdo do acordo, revelando-o inadequado. Conforme Rolon, trata-se da possibilidade de se revogar o acordo com base em erro de apreciação do tribunal, que pode ocorrer quando uma agravante ou atenuante considerada não se subsuma ao fato, ou quando verifica-se que o réu omitiu determinados atos no processo. Ainda segundo o autor citado, apesar do silêncio da lei, na prática o comportamento revogatório do réu acaba sendo valorado negativamente, assim como o rompimento do acordo pela acusação conleva à redução da pena (ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 114. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolás_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017).

²²⁸StPO, § 257c, 1.

eventualmente imposta. Nada impede, entretanto, que a proposta de acordo possa ter início no Ministério Público ou na defesa. Na prática, o Tribunal faz um juízo prognóstico e com base nele sugere às partes qual conteúdo poderia ter o acordo, submetendo-o ao Ministério Público e à defesa, permitindo que estes se manifestem nos autos. Não se pode deslembrar que um rascunho – por assim dizer – do acordo normalmente já está preestabelecido nas conversas preliminares fora dos autos. O Tribunal pode até mesmo fixar um prazo para as partes acatarem ou concordarem com a proposta.

Ao contrário do que ocorre no modelo americano de disputa, o caráter oficial da investigação impõe que se franqueie ao réu a íntegra dos elementos de prova à disposição da acusação em seu desfavor, a fim de propiciar àquele amplo conhecimento acerca das circunstâncias fático-jurídicas que estribam o possível acordo.

A celebração do acordo deve dar-se em audiência, em homenagem à oralidade e publicidade que caracterizam o processo penal, com os devidos registros em ata de seus fundamentos e principais aspectos das tratativas, para controle posterior. Dito de outro modo, ainda que as tratativas ocorram predominantemente fora da Corte, estão vedadas negociações secretas, de modo que a formalização em ato solene, com a verificação de que o réu não é pressionado a aceitar os termos do acordo, deve ocorrer em audiência pública, com a advertência e orientação do réu acerca do alcance e consequências de seu ato voluntário (§ 257c, 5)²²⁹. Na prática, junta-se ao processo mediante protocolo o resumo das negociações preliminares entabuladas e seu resultado.

Embora pareça paradoxal a previsão de recurso contra decisão que encerra antecipadamente processo estribado em acordo, aquele pode dar-se contra a sentença e devolve a matéria à superior instância, que, apesar de poder valorar o acordo firmado, não está a ele vinculado. Além disso, vale frisar, também não se proíbe a realização de novo acordo em sede recursal²³⁰.

229BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 89.

230ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2015, p. 109. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicolos_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017.

2.5. O Modelo espanhol:

2.5.1. Breve histórico e delimitações conceituais

Tratar do tema do consenso ou dos acordos no processo penal espanhol remete sempre e necessariamente ao instituto da *conformidad*, previsto no art. 655 da LECrim (Lei Processual Criminal espanhola)²³¹. E sem mais cabe advertir: a LECrim data de 1882²³², cujas significativas modificações ao longo dos cento e trinta anos de sua vigência não afetaram o artigo supracitado, que mantém sua redação originária até hoje.

Daí que a *conformidad* do art. 655 da LECrim sempre guardou correspondência com o *allanamiento*²³³, ou mesmo com a confissão, e não

²³¹Redação do art.655 da LECrim: “Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor si, esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.

También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.

Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”.

²³²“Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicado em BOE num. 260, de 17/09/1882, entrada em vigor em 03/01/1883”, conforme Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (www.boe.es). A doutrina assinala a presença da *conformidad* no processo criminal espanhol desde o *Real Decreto y Reglamento Provisional para la Administración de la Justicia, de 26 de septiembre de 1835*, mantendo-se presente nos dispositivos legais posteriores até a edição do atual Código de Processo Penal em 1882 (HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano*. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 16).

²³³Espécie de reconhecimento ou não oposição do pedido, o *allanamiento* vai além da confissão, abrangendo não só os fatos imputados na acusação mas também a qualificação jurídica ali contida e suas consequências. Ademais, implica renúncia ao exercício do direito de resistência, inclusive o direito de não produzir provas contra si mesmo, renunciando ao direito à produção de provas. Sobre a natureza jurídica do *allanamiento*, a Corte Suprema de Justiça Colombiana assim se manifestou: “Con el allanamiento a la imputación fáctica y jurídica efectuada por la fiscalía el procesado admite ser el responsable de la conducta punible que se le endilga, en los términos en que se le formula, y renuncia al derecho de no autoincriminación y a un juicio público en el que se debata su

propriamente com o consenso²³⁴. Isto é, segundo a doutrina e a jurisprudência espanholas, tratava-se de ato unilateral do acusado, que poderia eleger qual o caminho procedimental a trilhar: prosseguir com o juízo oral (instrução do feito), ou encerrar antecipadamente o processo sem necessidade daquele, conformando-se com a qualificação fático-jurídica provisória²³⁵ levada a efeito pela acusação.

Dito de outro modo, com a conformidade o imputado unilateralmente reconhece a pretensão acusatória, assentindo com a qualificação fático-jurídica e com a pena solicitada pelo acusador, e com isso evita a instrução do feito e oportuniza ao juízo a imediata prolação de sentença, com todos os efeitos de coisa julgada²³⁶. Sobressaía, portanto, a concepção de que a *conformidad* constituía um

responsabilidad en la comisión del ilícito” (Sentencia radicado no. 28.872 de Julio 15 de 2008, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. CASTILLA, José Carlos Sarabia. El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos. *Revista CES DERECHO*, v.4, n. 1, ene./jum. 2013, p. 8-9. ISSN 2145-7719.

234O livro *El Allanamiento En El Proceso Penal*, de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El Allanamiento em el processo penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, 295 p.), referência no tema em estudo, debruça-se sobre as dúvidas dogmáticas que o art. 655 da LECrim despertou – a ainda desperta – na doutrina espanhola e latino-americana. Resenhando aludida obra, Rafael de Pina assim resume a controvérsia acerca da natureza jurídica da *conformidad*: “Respecto a este punto, los tratadistas no se encuentran de acuerdo, ni al parecer llevan camino de estarlo. Según las diferentes opiniones que sobre la naturaleza de esta institución se han formulado, puede ser una modalidad de la transacción, una confesión, un allanamiento o, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal español, un procedimiento especial. Entre estas posiciones las más generalizadas son las que atribuyen a la conformidad del imputado con la sanción para él pedida (em los términos señalados) la del allanamiento y la de la confesión, pues las otras no tiene el diablo por dónde agarrarlas”. Especificamente sobre a natureza negocial da *conformidad*, Rafael de Pina rechaçou-a com veemência: “La idea de una transacción entre el Ministerio Público y el imputado es verdaderamente disparatada, por lo que consideramos que no merece la pena ocuparse de ella”. (PINA, Rafael de. Reseña bibliográfica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.47, p. 540-543. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25910>>. Acesso em novembro de 2017). Na doutrina nacional, Giacomolli realiza estudo histórico do instituto, inclusive anterior à Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.180 e seguintes).

235Os requisitos dos “escritos de qualificação” constam no art. 650 da LECrim. Diz-se provisória a imputação porque o juiz ou tribunal pode, após a instrução, determinar às partes que procedam à readequação da acusação, nos termos do art. 733 da lei processual penal referida. Por isso, ao conformar-se com a qualificação (provisória) levada a efeito pela parte acusadora quando do oferecimento da denúncia, o réu evita eventual readequação posterior à instrução que pudesse eventualmente ser prejudicial à defesa. Sobre o tema, Nereu Giacomolli: “A defesa aceita esta situação provisória, forçando seu caráter definitivo, na medida em que evita a alteração da pretensão acusatória, o que poderia ocorrer na qualificação definitiva. Ante a possibilidade de que o órgão judicial possa fixar uma pena menos grave do que a pedida, o que é a regra, o acusado evita toda a dimensão jurisdicional da medição da sanção criminal” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 194-195).

236GALLEGO, Ana Isabel Vargas. *Algunas cuestiones acerca de la conformidad en el sistema procesal actual*, 2017. Disponível em: <<http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Sistema-procesal-penal->

procedimento especial²³⁷, já que a manifestação do acusado ocasionava a modificação (abreviação/encerramento) do processo, que se direcionava diretamente para a sentença, dispensando-se a instrução do feito.

Não se trata de uma declaração de conhecimento sobre os fatos em julgamento (confissão), mas sim de uma manifestação de vontade para com a imputação dada e a pena solicitada (a mais grave, em caso de mais de um acusador), uma conformidade, assentimento a uma qualificação jurídica, com consequências de índole formal (processual) e material²³⁸. A consequência formal é a dispensa do *juicio oral*, enquanto a material é a sujeição à condenação nas penas solicitadas na qualificação provisória.

Considerando que a parte acusadora procedia à qualificação do fato em consonância com as provas produzidas no *sumario* (fase preliminar), cabendo unilateralmente ao imputado conformar-se ou não, entendia-se majoritariamente que o instituto não guardava relação com o consenso no processo penal e tampouco constituía qualquer exceção ou mitigação aos princípios da legalidade e obrigatoriedade da ação penal²³⁹.

[actual_11_1110805001.html](#)>. Acesso em novembro de 2017.

237A ênfase na interrupção do procedimento criminal constava inclusive no título original da mencionada obra de Alcalá-Zamora y Castillo, cuja primeira edição recebeu o nome de “El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano”, posteriormente rebatizado para “El allanamiento en el proceso penal”, modificação que teve como justificativa o fato de que “[...] al no ser el trancamiento del juicio sino la consecuencia del allanamiento, parece mas lógico cargar el acento sobre la causa que no sobre el efecto” (PINA, Rafael de. Reseña bibliográfica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.47, p. 540-543, Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25910>>. Acesso em novembro de 2017.).

238Segundo Guillén, “Conformes con estos dos autores (ALCALÁ-ZAMORA y FENECH) en que se trata de ‘un acto de disposition’ estimamos, frente al segundo, que no es una simple ‘disposition procesal’ sobre el tipo de procedimiento a seguir en el futuro, por parte del acusado; este decide mas allá, sobre el contenido material-penal de la sentencia (dejemos aparte la cuestion de su responsabilidad civil) [...]. Lo que era provisional -la acusacion- pasa, por su voluntad, a ser definitivo”. (GUILLÉN, Víctor Fairen. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatório español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 22, Fasc/Mes 2, 1969, p. 257. ISSN 0210-3001.)

239OLIVA SANTOS, Andres de. Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n. 13, p.11-28, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017. Conforme as palavras do autor: “El principio de legalidad resultaba escrupulosamente respetado al imperar que la acusación oficial se diese siempre ante un hecho que revistiese caracteres de delito (art. 105 Lecrim) y que las calificaciones del Ministerio Fiscal se ajustaran por completo y sin excepción a los parámetros legales” (p. 14).

Contudo, o panorama da *conformidad* vem alterar-se substancialmente com a entrada em vigor da Lei Orgânica nº 7/1988²⁴⁰, que criou o “*procedimiento abreviado*” para a apuração e julgamento dos crimes punidos com pena privativa de liberdade de até 9 (nove) anos de prisão. Referido diploma legal, complementado posteriormente pela Lei nº 38/2002, constituiu o ponto de partida para a implementação de soluções negociadas no processo penal espanhol, já que implícita mas eloquentemente veio a potencializar o instituto da conformidade naquele país²⁴¹.

Embora mantendo a redação original prevista no art. 655 do Código de Processo Penal espanhol, a lei mencionada autorizou expressamente que acusação e defesa apresentem petição conjunta, por escrito, de conformidade, o que naturalmente pressupõe conversas e negociações extraprocessuais prévias, autorizando um modelo de Ministério Público menos oficial e burocrata²⁴². Além disso, o legislador também previu a possibilidade de modificação da acusação quando da abertura do juízo oral, hipótese em que as partes manifestam conformidade em relação à nova tipificação apresentada conjuntamente, sempre inferior à qualificação originária (provisória). Nesse último caso, resta claro que acusação e defesa negociam nova qualificação jurídica dos fatos – sempre mais benéfica ao imputado, por expressa previsão legal – com o objetivo de alcançar a conformidade (acordo) e com isso evitar a realização da audiência de instrução e julgamento²⁴³.

240Duramente criticada por sua vagueza conceitual e falta de sistematicidade, referida lei data de 28 de dezembro de 1988 e foi editada após o Tribunal Constitucional espanhol declarar inconstitucional o art. 2º, § 2º da Lei Ordinária 10/1980 (STC 145/1988, de 12/07/1988), e assentar a necessidade de o legislador regular um novo procedimento, separando claramente as funções de acusar e de julgar, e observando, com isso, a imparcialidade jurisdicional.

241A Lei Orgânica nº 8/2002 completa as reformas processuais daquele ano, já que determinadas modificações levadas a efeito somente poderiam ocorrer, segundo a Constituição Espanhola, mediante lei orgânica, como, por exemplo, a modificação de competência jurisdicional (autorização para que o juiz de instrução proferisse sentenças de conformidade em determinados casos).

242MORAL GARCÍA, Antonio del. La Conformidad en el Proceso Penal. *Revista Auctoritas Prudentium*, n. 1, 2008, p. 3. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017.

243As duas possibilidades de manifestação conjunta de conformidade no “*procedimiento abreviado*” encontram-se no art. 784.3 da LECrim: “En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787. Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1”.

Claro o consenso, já não se pode falar que a conformidade constitui ato unilateral da defesa, mas sim de ato conjunto, bilateral, em que as partes firmam acordo com o objetivo de antecipar o encerramento do processo. Nada impede, é verdade, que a conformidade ocorra unilateralmente, como originariamente prevista, embora desde então afigure-se impossível afastar a marca negocial presente na conformidade espanhola.

Como se vê, trata-se de um instituto poliédrico, cuja marca preponderante dependerá da forma em que se manifestará no caso concreto:

No que diz respeito à natureza jurídica da *conformidad*, não existe um critério uniforme. Discute-se se a conformidade está configurada como uma instituição comparável ao *allanamiento* civil, ou, ao contrário, é uma instituição de natureza transacional. Em primeiro lugar, Gimeno Sendra diferencia a plena conformidade, entendendo como tal a que recai nos fatos puníveis e no pedido de sentença das partes acusadoras, da limitada conformidade, que se baseia exclusivamente na pretensão de punição e não nos fatos criminosos. Assim, entende que a primeira parte da natureza jurídica da confissão, enquanto a segunda representa uma espécie de aquiescência unilateral do acusado em termos do pedido de punição, porque o sucesso da conformidade no procedimento dependerá exclusivamente da vontade da parte passiva de cumprir a pena mais grave daquelas solicitadas pelas diferentes partes acusadoras. Além disso, acrescenta que, após a introdução de novas características à conformidade do procedimento abreviado (especificamente a possibilidade de tal conformidade se manifestar em um documento conjunto ratificado por todas as partes intervenientes), uma nota de negociação é inevitavelmente incluída nesta figura, que se distancia da natureza do *allanamiento* mencionado acima e aproxima esse instituto da transação penal²⁴⁴.

De qualquer sorte, a inovação legislativa foi recebida com entusiasmo por parte da doutrina e pelos tribunais, de modo que, malgrado a ausência de previsão legal expressa, passou-se a reconhecer amplamente a presença de soluções negociadas no processo penal espanhol. Tão logo entrara em vigor a alteração legislativa, a *Fiscalía General del Estado* (FGE) fez publicar a Circular n. 01/1989, verdadeira apologia²⁴⁵ às soluções negociadas, fazendo eco às recentes

244GALLEGO, Ana Isabel Vargas. *Algunas cuestiones acerca de la conformidad en el sistema procesal actual*, 2017. Disponível em: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Sistema-procesal-penal-actual_11_1110805001.html>. Acesso em novembro de 2017. Tradução nossa.

245MORAL GARCÍA, Antonio del. La Conformidad en el Proceso Penal. *Revista Auctoritas Prudentium*, n. 1, 2008, p. 2. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017.

modificações processuais do continente europeu e estimulando o estabelecimento de zonas de consenso no processo penal, “[...] que eliminem conflitos desnecessários aos fins do processo” e estimulem a “[...] função ressocializadora da pena”²⁴⁶.

Presente na legislação espanhola desde meados do século XIX, e submetida a recentes alterações que lhe aproximaram sobremaneira da justiça penal consensual, a *conformidad* inegavelmente insere-se numa política criminal cujas reformas legislativas objetivaram a agilização da justiça penal, com especial ênfase aos crimes menos graves²⁴⁷. Presente nos procedimentos ordinário, abreviado, rápidos e nos *Tribunais del Jurado*, cumpre aferir seus requisitos, hipóteses de cabimento e garantias, a fim de bem delinear o tratamento legal e jurisprudencial que se confere aos acordos no processo penal espanhol.

2.5.2. Requisitos e garantias

246Mais adiante, consta da Circular: “Se ha dicho que la búsqueda del consenso en tales casos es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros vendría apoyado en dos parámetros constitucionales: 1. que la obtención del consentimiento del acusado de someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (art. 10.1); 2.0, que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción, implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso, ni por la sumisión a la estigmatización del juicio oral”(Disponível em:<www.fiscal.es>. Acesso em maio de 2017).

247HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada* – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 20. Segundo a autora, todas as reformas parciais levadas a efeito ao longo das últimas décadas tiveram como objetivo a agilização e simplificação dos processos, objetivos alcançados apenas (ainda que parcialmente) naqueles em que houve a aplicação da *conformidade* (p. 21). Consoante Antonio del Moral Garcia, advém daí o fascínio diante do instituto mencionado e seu visível crescimento na prática judicial espanhola (MORAL GARCÍA, Antonio del. La Conformidad en el Proceso Penal. *Revista Auctoritas Prudentium*, n. 1, 2008, p. 2. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017).

A conformidade pode ocorrer no âmbito do procedimento ordinário²⁴⁸ (arts. 655 e 688 e seguintes da LECrim) observados os seguintes requisitos: a) o apenamento máximo não seja superior a 6 (seis) anos; b) o acusado manifeste sua *conformidad* com a qualificação e pena mais graves²⁴⁹; c) o advogado do acusado entenda desnecessária a continuação do processo e a instrução do feito.

O limite máximo de 6 (seis) anos extrai-se do art. 787 da LECrim, que cuida da conformidade no âmbito do procedimento abreviado e aplica-se igualmente ao rito ordinário. O limite refere-se à pena em concreto requerida pela acusação, levando-se em conta, portanto, eventuais causas de diminuição da pena e atenuantes, mesmo que a previsão do preceito secundário do tipo penal abstratamente considerado ultrapasse o limite indicado.

Se a conformidade incluir a responsabilidade civil eventualmente deduzida junto à ação penal, encerra-se o processo; se, todavia, o acordo limitar-se apenas à responsabilidade criminal, determinará o juiz o prosseguimento do feito apenas para fins de ressarcimento dos danos²⁵⁰. Tratando-se de mais de um réu, e sendo possível a cisão do feito²⁵¹, a conformidade dar-se-á para cada um deles, isoladamente; *contrario sensu*, continuará o processo se algum ou alguns réus não manifestarem sua *conformidad*²⁵².

Finalmente, determina o art. 655 da LECrim que o advogado deve, por último, e a despeito da conformidade, ser expressamente questionado se entende

248Originalmente a LECrim espanhola contemplava o Procedimento Ordinário, para processamento de todos os delitos, e o Procedimento para o processamento de Faltas, que constituíam infrações leves. Ao longo dos anos vários procedimentos especiais foram surgindo, com diferentes nomenclaturas. Atualmente, mantêm-se o Procedimento Ordinário, o Procedimento Abreviado, destinado ao processamento de crimes punidos com pena de até 9 anos de reclusão, e o Procedimento para julgamentos rápidos, que abrangem crimes punidos com até cinco anos de reclusão que se enquadrem nas condições estabelecidas no art. 795 da LECrim.

249Nos casos em que há acusação também formulada por particular, normalmente a vítima.

250A primeira é denominada "*conformidad total*", ao passo que a outra intitula-se "*conformidad parcial*". Segundo o art. 655, 5º parágrafo: "Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad".

251A possibilidade de cisão aqui referida decorre do grau de independência dos fatos entre si, de modo que a *conformidad* de uns não prejudique a situação ou mesmo a instrução do feito em relação a outros.

252Art. 655, 4º parágrafo da LECrim.

necessária a realização da instrução, enfatizando o legislador a necessária e imprescindível dupla garantia²⁵³.

A legislação aponta dois momentos para a *conformidad*: o primeiro deles ocorre na fase intermediária²⁵⁴, quando o acusado apresenta sua defesa escrita (*escrito de calificación provisional*) e manifesta sua *conformidad* com a acusação mais grave, dispensando-se assim a realização da audiência de instrução; o segundo momento dá-se na própria abertura do *juicio oral*, momento em que o juiz questiona se o acusado confessa o delito, nos termos do art. 688 da LECrim²⁵⁵.

Embora parte minoritária da doutrina entenda que as conformidades do rito ordinário foram tacitamente revogadas pela Lei Orgânica n. 7/1988, fato é que apenas excepcionalmente pode o instituto ser aplicado no âmbito do rito ordinário, restando sua aplicação massivamente reservada para o procedimento abreviado²⁵⁶.

Com efeito, o rito especial denominado *abreviado* ganhou foros de ordinariedade, sendo o principal procedimento de apuração e julgamento de crimes no processo penal espanhol. Nele, a *conformidad* pode dar-se em três momentos: a) quando, na própria denúncia oferecida pelo Ministério Público, a defesa manifesta – por escrito – sua conformidade aceitando os fatos, a qualificação jurídica e a

253 Não se trata unicamente da presença, aconselhamento e acompanhamento de advogado, mas sim de questionar, em um segundo momento e após a conformidade do acusado, se o defensor entende desnecessária, no caso concreto, a instrução do feito (HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano*. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 52).

254 É o que se deduz do art. 655 da LECrim.

255 Embora o art. 688 refira-se a confissão, a doutrina entende que este dispositivo possui “identidad sustancial com el art. 655 de la Lecrim”, tratando-se, pois, de uma classe de *conformidad* (HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano*. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 39).

256 Isso porque o rito abreviado abrange crimes punidos com penas máximas abstratas de até 9 anos de prisão, enquanto a *conformidad* é admitida para delitos de até 6 anos de reclusão, quantitativo concreta – e não abstratamente – considerado. Assim, para quem admite a conformidade no rito ordinário, apenas em casos excepcionais cuja pena abstrata seja superior a 9 (nove) anos, e o apenamento concreto solicitado pela acusação seja inferior a 6 (seis) anos, é que pode dar-se, em tese, a *conformidad* no rito ordinário. Nesse sentido: GALLEGO, Ana Isabel Vargas. *Algunas cuestiones acerca de la conformidad en el sistema procesal actual*, 2017, p.3. Disponível em: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Sistema-procesal-penal-actual_11_1110805001.html>. Acesso em novembro de 2017. No mesmo sentido, LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 13. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-espa%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

responsabilidade penal (e até mesmo civil, se for o caso) delineadas pela acusação²⁵⁷; trata-se de petição conjunta que logicamente é antecedida por contatos entre o membro do Ministério Público e o advogado de defesa a fim alcançar um acordo nesta fase intermediária do processo; b) quando da apresentação da defesa escrita, momento em que o acusado e o defensor *conformam-se* com a maior pena requerida²⁵⁸; aqui o consenso é menos visível, já que se cuida de uma manifestação unilateral do processado, embora nada impeça que seja estimulada ou fomentada pela acusação²⁵⁹; c) vencidas as três etapas, a conformidade ainda pode dar-se na fase do *juicio oral*, antes do início da produção probatória²⁶⁰. Pode o acusado conformar-se com a maior pena requerida pela acusação, ou, ainda, podem as partes substituírem a denúncia inicial por outra, a ser apresentada na própria audiência, que não poderá todavia referir-se a fatos distintos ou conter qualificação mais gravosa do que a imputação originária²⁶¹.

257Art. 784.3, segundo parágrafo: “Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1”.

258Art. 784.3: “En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787”.

259Conforme anota Jacobo Vigil Levi: “Parece distinguir así el legislador entre una conformidad espontánea, que se produce por la mera adhesión de la defensa a la pretensión de la acusación, sin obtener ninguna ventaja, y otra negociada, que se plasma en el escrito de acusación modificado, resultado de un acuerdo. La distinción es sin embargo artificial, puesto que la práctica nos enseña que las conformidades son resultado, salvo casos excepcionales, de una negociación extraprocesal que se plasma en ventajas de algún tipo para el reo” (LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 17-18. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017).

260Art. 787.1: “Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior”.

261Quando da entrada em vigor da Ley n. 7/1988, a Circular n. 01/1989 da FGE assim posicionou-se e advertiu os agentes ministeriais sobre a novidade: “La Ley prevé aquí una nueva oportunidad para el acuerdo entre el Fiscal y la defensa, permitiendo incluso al primero presentar un nuevo escrito de calificación, con la limitación de que la acusación no pueda ser más grave - ni por hecho distinto del contenido en el escrito de acusación originario pero autorizando, en cambio, a suavizar las peticiones de forma que sean más aceptables para el acusado (siempre recordemos, dentro de los términos de las facultades de arbitrio que la Ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar). La sensibilidad y habilidad de los Señores Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio” (Disponível em:<www.fiscal.es>. Acesso em maio de 2017).

Na prática, a grande maioria das conformidades ocorre na própria audiência de instrução e julgamento²⁶² pela singela razão de que as negociações travadas entre acusação e defesa dão-se apenas momentos antes de iniciar o ato²⁶³. A propósito disso, vale lembrar que embora a conformidade possa ser firmada por escrito conjuntamente com o Ministério Público quando do oferecimento da denúncia ou com a apresentação da defesa, nesse caso apenas pelo acusado, em ambas as hipóteses é imprescindível o encaminhamento dos autos ao juiz competente para a abertura do *juicio oral*, momento em que a conformidade haverá de ser ratificada pelo órgão julgador²⁶⁴.

As Leis n. 8/2002 e 38/2002 criaram os *Juicios Rápidos*²⁶⁵, destinados ao processamento e julgamento imediato de crimes cuja pena máxima não exceda 5 (cinco) anos e decorram de prisões em flagrante ou se tratem de crimes de furto, roubo, delitos de trânsito, ou, ainda, de crimes cuja instrução seja presumivelmente simples.

Quanto aos acordos, a lei criou a chamada *conformidad premiada* ou *privilegiada*, estimulando os processados a assentirem quanto à qualificação fático-jurídica e apenamento proposto pelo Ministério Público perante o próprio plantonista (*Juez de Guardia*), que, em contrapartida, profere a sentença de conformidade com redução de 1/3 (um terço) da pena proposta pela acusação e aceita pela defesa²⁶⁶.

262GALLEGO, Ana Isabel Vargas. *Algunas cuestiones acerca de la conformidad en el sistema procesal actual*, 2017, p. 1. Disponível em: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Sistema-procesal-penal-actual_11_1110805001.html>. Acesso em novembro de 2017.

263Embora as conformidades apresentadas por escrito também exijam ratificação perante o juiz ou tribunal sentenciador, o inconveniente decorrente das negociações tardias consiste na necessidade de proceder-se à preparação de toda a audiência de instrução e julgamento, com a intimação e notificação de vítima, testemunhas, peritos e força policial, quando, ao final, em face da conformidade, frustra-se a instrução – por desnecessária – e dispensam-se os convocados.

264HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada* – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 41.

265Referidas leis orgânicas autorizaram os juizes de instrução a proferirem desde logo sentenças de conformidade, dando azo a grandes discussões acerca da (in)observância do direito a um juiz imparcial, já que aquele participa – em maior ou menor grau – da instrução preliminar.

266Conforme art. 801 da LECrim, o juiz proferirá oralmente a sentença de conformidade “[...] en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal”. Do ponto de vista da dogmática penal, a doutrina espanhola definiu esta causa de diminuição da pena como circunstância atenuante, similar às genéricas e específicas previstas no Código Penal (LEVI, Jacobo Vigil. *La institución de la conformidad en el proceso penal español*. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 30. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017).

Aqui os requisitos para a *conformidad* são: que não haja acusação particular; que se trate de crime cuja pena cominada abstratamente no tipo penal seja de até 3 (três) anos de prisão; e que eventual soma das penas solicitadas não supere, já reduzida da terça parte, os 2 (dois) anos de prisão²⁶⁷. A *conformidad premiada* deve resultar na suspensão da pena privativa de liberdade ou em sua substituição.

Outrossim, o legislador espanhol também previu uma hipótese de modificação (abreviação) do rito com base no reconhecimento dos fatos²⁶⁸ pelo imputado. O art. 779.1 5^a²⁶⁹ da LECrim permite a conversão do procedimento abreviado em *juicio rápido*, dando lugar à aplicação da *conformidad* premiada típica deste rito. Ou seja, trata-se de outra forma de aplicar a *conformidad* premiada do juízo rápido àqueles crimes cujo procedimento não a admitiria²⁷⁰. Para tanto, deve o imputado reconhecer os fatos na presença do juiz antes do encerramento das diligências prévias²⁷¹; exige-se, ainda, que os fatos objeto da *conformidad* não sejam puníveis com pena de prisão superior a 3 (três) anos.

Por fim, ainda na temática dos procedimentos, o processo *del Tribunal del Jurado*²⁷² também admite a *conformidad* como causa de dissolução do júri, com a prolação da sentença pelo Juiz presidente. Embora prevista legalmente na etapa final do *juicio oral*, nada impede que o réu o faça em momento anterior, mediante aplicação subsidiária da LECrim²⁷³. A *conformidad* deve recair sobre a pena mais

267Os requisitos constam nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 801 da LECrim.

268Note-se que não se trata de conformidade com a pena, pois ainda não houve a formalização da pretensão acusatória.

269Art. 779.1 5.^a: “Si, en cualquier momento anterior, el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801”.

270HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada* – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 52.

271Como o objetivo é simplificar o rito, abreviando-o, a conformidade manifestada após o início do trâmite do procedimento abreviado não terá efeito premial (redução de 1/3). Pelas mesmas razões, somente fará jus ao prêmio a manifestação de vontade prestada imediatamente (de forma oral ou escrita), sob pena de preclusão do direito à *conformidad* premiada (HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada* – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano. Munich: Grin Publishing: 2010, p. 55).

272Previsto na Lei Orgánica n. 5/1995 (LOTJ), a *conformidad* consta precisamente no art. 50.

273GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 234.

grave solicitada na denúncia, que não pode ser superior a seis anos de pena privativa de liberdade.

Como se vê, a conformidade está presente nos procedimentos ordinário e especiais do sistema processual penal espanhol, com algumas variáveis importantes supramencionadas, mas mantendo intangíveis suas características essenciais e garantias a serem fielmente observadas a fim de assegurar lisura e justiça na sua aplicação.

A *conformidad* deve ser íntegra, absoluta e não condicionada; deve abranger os fatos, a qualificação jurídica (com eventuais circunstâncias modificativas incidentes) e a pena requerida. Ainda que formulada por escrito na fase intermediária, deverá ser ratificada na abertura do *juicio oral*, sempre pelo próprio acusado, de forma personalíssima.

O sistema espanhol acolhe a denominada dupla garantia, exigindo a aquiescência do acusado e de seu advogado. O juiz deverá informar aquele das consequências de sua decisão e o incitará a que se manifeste de forma expressa sobre a *conformidad*, exigindo clara demonstração de que sua *vontade* é livre e assentada em conhecimento (inteligência) de todas as suas implicações, ou seja, qualificação jurídica dos fatos e penas correspondentes (e eventuais alternativas em caso de prosseguimento do feito), inclusive a repercussão de seu ato voluntário no que se refere a garantias constitucionais²⁷⁴.

Existindo dúvida acerca da vontade e inteligência da *conformidad*, o juiz não homologará o acordo e determinará a continuação do processo, com a abertura da instrução.

De outra parte, o controle judicial do conteúdo do acordo firmado pelas partes recai sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena proposta²⁷⁵. Quanto ao primeiro, prevalece o entendimento de que o juiz deve atuar com base nos fatos acordados,

274Após, o juiz ainda deve indagar o advogado acerca da necessidade ou não de prosseguir-se com a instrução do feito.

275Art. 787.2: “Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad” (grifo nosso).

não podendo aferir se aqueles coincidem efetivamente com a “verdade real”²⁷⁶. Claro que eventual acordo que desborde do que se extrai da instrução preliminar e da fase intermediária não vincula o juiz, podendo-se falar inclusive em fraude à lei²⁷⁷. Nesse caso, deverá o juiz determinar o prosseguimento do feito.

O controle da qualificação jurídica inclui a própria tipificação dada pelas partes, bem com o grau de participação do agente e de execução do crime, eventuais causas de aumento e diminuição de pena, e demais circunstâncias modificativas de sua responsabilidade. Em caso de discordância, poderá intimar a acusação para proceder à retificação, e então submetê-la novamente à defesa. Insistindo o Ministério Público com a qualificação originária, dar-se-á a instrução com a realização do *juicio oral*.

Já o controle da pena acordada refere-se substancialmente à sua legalidade, ou seja, que se encontre dentro dos limites legais preestabelecidos pelo legislador, ajustando-se à qualificação dada. Segundo Vigil, está fora do controle judicial a individualização da pena ou a sua proporcionalidade e reprovabilidade em relação aos fatos, contanto que esteja de acordo com a lei²⁷⁸. O tema não é pacífico, como era de se esperar, existindo parcela da doutrina que sustenta a possibilidade de um controle sobre a proporcionalidade da pena aceita pelo acusado, mais ou menos como ocorre com o *patteggiamento* na Itália.

276 Segundo Jacobo Vigil Levi: “Esta conclusión parece lógica si consideramos que en puridad no se ha producido prueba y que el conocimiento que el Juez pueda tener del suceso resulta del resultado de la instrucción. Ya desde antiguo lo ha reconocido así nuestra jurisprudencia afirmando que ‘lo que en cualquier caso vincula al Juez es el hecho’. Esto no quiere decir que las partes puedan libremente elegir el contenido fáctico de su acuerdo, puesto que en todo caso los hechos son los que han quedado determinados por la imputación, realizada por el Juez de Instrucción, y depurada en los distintos momentos de la denominada fase intermedia” (LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 24. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017). Adverte o autor, entretanto, que o Tribunal Supremo Espanhol admite pequenas modificações pelo juiz ao homologar a *conformidad*, contanto que não afetem o conteúdo essencial do fato.

277 LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 25. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

278 LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 27. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

Finalmente, na linha do que estabelece o legislador²⁷⁹, é tranquila a jurisprudência espanhola no sentido de que a sentença de conformidade somente pode ser atacada por recurso nas hipóteses de inobservância das formalidades legais inerentes ao acordo (requisitos, cabimento, vício da vontade, etc) e/ou ao descumprimento do que foi estabelecido, por exemplo, quando o juiz prola sentença de conteúdo diverso do pactuado pelas partes²⁸⁰.

Recentemente, a Lei n. 45/2015, de 05 de outubro, inseriu o procedimento monitório no processo penal espanhol²⁸¹, com a conversão da proposta sancionadora apresentada pelo Ministério Público em sentença definitiva quando, cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos, o investigado manifesta sua conformidade²⁸². Trata-se do “*proceso por aceptación de decreto*”, cujo objetivo é facilitar o tratamento da criminalidade leve e propiciar imediato julgamento do processo.

Será cabível o processo por decreto para os delitos apenados com multa ou prestação de serviços à comunidade, ou, ainda, pena de prisão que não exceda um ano e que possa ser suspensa com base no art. 80 do Código Penal espanhol, com

279Art. 787.7: “Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”.

280Em recente decisão, Supremo Tribunal Espanhol assim se manifestou: “Este criterio se apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el tribunal casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición. Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres (SSTS. 2.1.2001 y 6.4.2001): 1) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente sin oposición y con el asesoramiento jurídico necesario. 2) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla “*pacta sunt servanda*”; que se conculcaría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado. 3) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad”(Roj: STS 2802/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2802 Id Cendoj: 28079120012017100541 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 05/07/2017 Nº de Recurso: 10071/2017 Nº de Resolución: 512/2017.Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso dezembro de 2017).

281Art. 803 bis da LECrim.

282Anota Pablo Varela Castejón que o legislador espanhol buscou nas experiências de direito comparado inspiração para a introdução do procedimento monitório na Espanha (notadamente as experiências italiana e portuguesa), obtemperando, todavia, que o fato de o Ministério Público espanhol não ser o responsável pela condução da maior parte das investigações, nem possuir monopólio do exercício da ação penal, põem em dúvida o acerto do legislador (CASTEJÓN, Pablo Varela. Reformas processo penal espanhol. *Revista Fiscalía*, n. 2, 2016, p. 91).

ou sem suspensão do direito de conduzir veículos; é necessário, ainda, que não haja acusação particular²⁸³.

O decreto de proposta de imposição de penalidade apresentado pelo Ministério Público deverá descrever o fato punível, com sua qualificação e referências sucintas às provas existentes, bem como motivos pelos quais entende desnecessária a prisão no caso concreto; por fim, proporá a pena de multa ou prestação de serviços, ou ainda, se for o caso, de suspensão de direito de conduzir veículos automotores, reduzida de um terço, ainda que inferior ao limite mínimo previsto no tipo penal infringido²⁸⁴.

Preenchidos os requisitos legais, o juiz determinará a citação do imputado para que compareça ao Juizado, acompanhado de advogado, e manifeste concordância com a pena proposta²⁸⁵, com o que a proposta converter-se-á em sentença condenatória para todos os efeitos, da qual não caberá recurso.

Se o juiz rechaçar a proposta da acusação ante a ausência de requisitos legais, ou o autuado a ela não se conformar, o decreto de proposta de pena perderá seu efeito, não vinculando o Ministério Público futuramente.

283 Segundo Cabezado Rodriguez, o decreto monitorio espanhol abrange número significativo de crimes, tais como, exemplificativamente, algumas modalidades de homicídio culposo, aborto e lesões corporais, resistência ou desobediência à autoridade, e porte ilegal de armas (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezado. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 19. Disponível em: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7, acesso outubro 2017).

284 Note-se aqui a natureza premial do decreto monitorio, claro estímulo à renúncia do investigado ao procedimento ordinário.

285 O modelo espanhol afasta-se dos decretos monitorios de Itália e Alemanha na medida em que exige o comparecimento e a aceitação expressa da proposta ministerial, enquanto naqueles citados países a aceitação tácita, mediante decurso do prazo, constitui fundamento jurídico para aplicação da pena criminal. Prestigia-se, conforme anota Nicolás C. Rodriguez, o “[...] derecho de defensa y la presunción de inocencia, amén de los derechos del investigado a no autoincriminarse o no declararse culpable y su eventual renuncia a los mismos. Es más, frente a esos ordenamientos, la opción patria garantiza un consentimiento más informado del acusado al confiar este aspecto esencial al órgano jurisdiccional, quien “en la comparecencia... se asegurará de que el encausado comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación” (art. 803 bis h.3)” (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezado. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 21. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017).

2.5.3. Procedimento

Como se viu, a legislação espanhola prevê três hipóteses de *conformidad*, todas com a aptidão para encerrar antecipadamente o procedimento criminal, sem a necessidade de realização do chamado *juicio oral* (audiência de instrução e julgamento). Prevista no século XIX como manifestação unilateral de aceitação da qualificação fático-jurídica levada a efeito pela acusação, a *conformidad* foi paulatinamente admitindo as conversações entre as partes e atualmente seu caráter negocial é inegável.

Do ponto de vista analítico, a doutrina classifica as conformidades em ordinária, consensuada e premiada. A primeira consiste na aceitação unilateral do réu e dá-se em sua defesa escrita ou mesmo oralmente na abertura da audiência. Assemelha-se ao chamado “*allanamiento*”.

Já a *conformidad* consensuada ocorre quando acusação e defesa apresentam petição conjunta requerendo a aplicação da pena nos termos ali contidos, o que pode ocorrer na fase preparatória ou antes do início da produção probatória.

Por fim, a *conformidad* premiada ou privilegiada ocorre no *juicio rápido*, ainda durante a fase preliminar, e preenchidos os requisitos legais acima elencados. Nesse caso, diante da evidente economia de atos e custos para a administração da justiça, o acusado terá sua pena reduzida em 1/3.

Não obstante tal classificação analítica, as manifestações de consenso no processo penal espanhol submetem-se a procedimento muito semelhante: dá-se em audiência, com a presença do defensor, entre a fase inicial até a abertura da audiência de instrução, e em todos os casos implica na eliminação da produção judicial da prova.

Não é demais insistir, também, que mesmo nas hipóteses de *conformidad* ordinária e privilegiada a natureza convencional faz-se presente, já que não se supõe que a defesa consentirá com a qualificação dada pela acusação e abrirá mão

da instrução sem que daí obtenha algum benefício ou vantagem processual ou material, ainda que não previsto objetivamente em lei²⁸⁶.

Dito isso, e finalmente, depois da análise dos acordos no processo penal americano e em especial como se deu a sua importação e recebimento pelos países de tradição civilista (Espanha, Alemanha e Itália), que indubitavelmente inspiraram e inspiram o ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se imprescindível averiguar as críticas e controvérsias que cercam o tema da justiça consensual.

Com efeito, parte da doutrina rechaça os acordos sob a alegação de que sua base epistemológica é incompatível com as garantias constitucionais processuais, notadamente a inderrogabilidade do juízo²⁸⁷. Outros, como Bernd Schünemann, embora crítico ferrenho do consenso no processo penal, reconhece ser impossível realizar-se na prática um juízo oral completo para todos os casos penais, admitindo inexistir outra alternativa senão aceitar condenações sem uma instrução judicial detalhada naquelas hipóteses em que o fato em tese delitivo se encontre profundamente esclarecido na fase investigativa, que nem mesmo ao réu interesse a repetição da produção probatória em juízo²⁸⁸.

A tarefa que se descortina, pois, é a de investigar os principais óbices e críticas à justiça consensual, bem como as soluções encontradas pela dogmática para preservar os direitos e garantias do réu num processo penal não conflitivo.

286 Nas precisas palavras de Cabezudo Rodriguez: "Aunque la naturaleza negociada del resultado es más patente en la segunda modalidad, lo normal y realmente previsible es que la defensa sólo se plegará a las pretensiones de la acusación a sabiendas de que va a obtener algún beneficio sustancial y que para ello esa ganancia le tendrá que ser descubierta. Es por ese motivo que el propio sentido común nos dicta que cualquiera que sea la forma en que la conformidad trascienda, necesariamente tendrá un origen convencional. En otras palabras, lo más lógico será que, ya antes de presentar el primer escrito de acusación, el Fiscal promueva una entrevista privada con la defensa para alcanzar un acuerdo si pretende explorar esta vía de resolución, aunque este no se visualice efectivamente y aparentemente el acusado se allane a las pretensiones formuladas por la acusación, sin perjuicio de que el Fiscal pueda servirse, precisamente, de su inicial calificación para convencer a la defensa de las bondades de aceptar un acuerdo ulterior menos gravoso" (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 12-13. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017).

287 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 995.

288 SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-198, 2004, p. 196.

3 JUSTIÇA CONSENSUAL: CRÍTICAS, OBSTÁCULOS E COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1. Considerações iniciais

A ideia de que os processos criminais podem encerrar-se através de acordos entre acusação e defesa não é isenta de fortes críticas mesmo nos países do sistema de *common law*, onde foram gestados há mais de um século e encontram-se atualmente consolidados.

Outrossim, as marcas diferenciadoras entre os dois grandes sistemas jurídicos – *civil law* e *common law*²⁸⁹ – parecem igualmente óbices intransponíveis à celebração de acordos nos países da Europa continental e latino-americanos, de modo que o transplante de institutos como o *plea bargaining* é severamente

289A doutrina anglo-saxônica costuma denominar seu sistema penal de “*adversarial system*”, em oposição ao sistema continental europeu (*civil law*), chamado de “*inquisitorial system*”. A marca característica daquele seria a de deixar nas mãos dos contendores o livre embate e a responsabilidade pela solução do processo, cabendo ao juiz uma postura arbitral (preponderantemente passiva), de resguardo – apenas – das regras do jogo, ou seja, assegurar o *fair trial* durante a contenda. Outrossim, o elemento diferenciador do sistema *civil law* estaria na assunção, pelo juiz, após o início da demanda e delimitação da controvérsia pelas partes, de uma função de dirigente do processo, impulsionando-o e influenciando – com maior ou menor intensidade, a depender do ordenamento jurídico – na atividade probatória. Diante disso, não é incomum encontrarem-se referências no sentido de que o sistema de tradição civilista seria inquisitivo ou menos acusatório que o denominado “*adversarial system*”, e por isso incompatível com a celebração de acordos no processo penal, cuja marca característica estaria na disponibilidade das partes acerca do resultado do processo (PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43 e seguintes). Mauro Fonseca Andrade, reconhecendo que a posição e atividade do juiz no sistema penal continental europeu possam ser mais ativas do que a do juiz do *common law*, adverte que ambos apresentam uma mesma estrutura sistêmica de processo penal, denominada acusatória, cujo cerne é assegurar a imparcialidade do julgador. Ainda segundo o citado autor, dois elementos são imprescindíveis para caracterizar um processo como acusatório: a separação das figuras do acusador e do julgador, e o segundo, como consequência do primeiro, é que é a acusação que determina a abertura do processo (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 113 e 269). Assim, não obstante os acordos no processo penal se tenham desenvolvido em um sistema penal cuja marca adversarial de um processo de partes esteja mais presente, importante parcela da doutrina, liderada por Ferrajoli, identifica os acordos com “[...] las prácticas persuasórias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 748).

criticado, a ponto de se chegar a dizer que sua implementação ameaça subverter e desestabilizar o sistema importador²⁹⁰.

A despeito disso, e malgrado as profundas diferenças entre os sistemas mencionados, o fato é que as restrições e críticas aos acordos no processo penal possuem uma base relativamente comum em um e outro sistema.

Referindo-se especificamente ao *plea bargaining*, Teresa Armenta Deu pontua que os acordos eliminam o contraditório e o próprio processo, já que o acusado é compelido a dele renunciar, aceitando uma pena sem o julgamento por um juiz imparcial. Acrescenta que o acusado é pressionado a confessar, ainda que seja inocente, a fim de evitar um mal maior. Aponta a violação ao direito constitucional a não auto-incriminação e, ainda, relata que a falta de publicidade das negociações e a grande discricionariedade do Ministério Público resultariam em ausência de controle efetivo do acordo²⁹¹.

Embora não seja contrário às soluções consensuadas no processo penal, e transitando entre os países europeus continentais (Itália, Espanha e Alemanha), Brasil e o *plea bargaining* americano, Antonio Scarance Fernandes ressalta o problema do incremento do poder acusatório na condução e celebração dos acordos, mencionando que a eficácia dos ritos simplificadores baseados no consenso depende de valorações discricionárias do Ministério Público e mesmo de estratégias judiciais levadas a cabo pelo Órgão. Consequentemente, o consenso reduz o poder do juiz, que dele não deve participar ativamente sob pena de comprometer sua imparcialidade, restando-lhe, como regra, acatá-los, com exceção daqueles casos em que as transações efetivamente constituam abusos²⁹².

290 Tratando especificamente do *plea bargaining*, Damaska é assertivo ao afirmar que sua adoção pelos modelos de investigação oficial constituiria um sinal de abandono dos princípios de organização da tradição processual do continente, com consequências inimagináveis a longo prazo, notadamente no que tange à neutralidade da apuração e investigação dos fatos inicialmente pelos órgãos oficiais e ao final pelo Juiz (DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p. 01-02. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/derecho_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017).

291 ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesuales Penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 137.

292 SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251 e seguintes.

Luigi Ferrajoli afirma que a negociação penal provoca três alterações paradigmáticas no sistema processual, com graves conseqüências à sua função garantista: o aumento da discricionariedade e poder da acusação, a marginalização da fase judicial do processo, relevada a exceção (quando não cabível ou aceito o acordo), e a grande divergência entre pena prevista, pena imposta e pena cumprida, já que as capacidades negociadoras influirão decisivamente no quantitativo das penas²⁹³.

Com especial esteio na literatura americana, Vinicius Gomes de Vasconcellos reclama da supervalorização da confissão, que passa a ser “tarifada” como à época dos processos inquisitivos, da distorção dos papéis dos atores no processo, com o desequilíbrio entre as partes negociadoras e a usurpação da função decisória pelo Ministério Público; critica a fragilização do ideal de justiça através da relativização da busca da verdade e, em especial, do esfacelamento dos direitos fundamentais do réu e da função limitadora do processo frente ao poder punitivo estatal²⁹⁴.

Naturalmente, as críticas aos acordos incidem com maior ou menor força conforme o alcance que lhe confere a legislação de cada país, já que não se nega que as soluções consensuadas, a par de simplificarem o rito e de abreviarem o tempo do processo, implicam de alguma maneira, com maior ou menor intensidade, em alteração das tradicionais posições antagônicas das partes no processo e da atividade jurisdicional diante do consenso.

De qualquer forma, em linhas gerais, pode-se sistematizar os óbices aos acordos no processo penal em três grandes grupos: o primeiro deles diz respeito à ausência de controle da atividade acusatória, essencialmente discricionária, e conseqüentemente sua capacidade de pressionar e impor ao acusado a sua proposta, usurpando a função jurisdicional de aferir a culpa e de aplicar a pena. O tema aqui se liga diretamente à dicotomia legalidade/oportunidade da ação penal e, num segundo momento, ao seu controle.

293FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 751.

294VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: Ibcrim, 2015, p. 143 e seguintes.

O segundo grupo ou tópico diz respeito à posição do imputado diante do consenso ou da proposta de consenso, à violação a seus direitos e garantias processuais resguardados constitucionalmente, notadamente o direito a não produzir provas contra si mesmo e ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

Por último, é a atividade jurisdicional de apuração dos fatos e de aplicação do direito ao caso concreto diante de um processo penal não conflitivo, com eventual desrespeito ao princípio da inderrogabilidade da jurisdição e da máxima *nulla pena sine iudicio*, que é posta de relevo como obstáculo aos negócios penais.

Com este arranjo, o presente capítulo ocupa-se de verificar como a dogmática tem se posicionado diante destas críticas recorrentes à justiça consensual, em especial nos países do sistema *civil law*.

3.2. Obrigatoriedade e oportunidade da ação penal:

O princípio da obrigatoriedade²⁹⁵ da ação penal constitui desdobramento direto do princípio da legalidade²⁹⁶ e traduz-se na viga mestra dos sistemas continentais europeus e latino-americanos. Emana da lei a exigência de atuação do Estado, assim como na lei também encontram-se os seus limites e meios de ação. No Brasil, dispõe o art. 129, I da Constituição Federal que compete ao Ministério Público “[...] promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”, ao

²⁹⁵O princípio referido é assim definido por Renato Brasileiro de Lima: “De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal” (LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016,p. 229).

²⁹⁶Não cabe neste trabalho tratar da importância e fundamentalidade do princípio da legalidade no direito penal e processual penal, mas sim aferir como sua função de garantia pode coexistir com outros valores e princípios. Conforme Teresa Armenta Deu, “[...] atualmente el gran reto del principio de legalidad no reside em su consagración formal, sino en averiguar las concretas exigencias jurídicas que el mismo requiere para satisfacer su contenido de garantía penal” (DEU, Teresa Armenta. *Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/292735596_Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_ad_una_ponderacion_necesaria>. Acesso em julho de 2017).

passo que o art. 24 do Código de Processo Penal estabelece que “[...] nos crimes de ação penal pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público”²⁹⁷.

Ao monopólio estatal do poder de punir (*nulla poena sine iudicio*) corresponde a obrigatoriedade de o próprio Estado, por intermédio do titular da pretensão acusatória, deduzi-la em processo a fim de que a lei penal seja aplicada sob a égide do *due process of law*²⁹⁸. A ação obrigatória do Estado decorre da sua exclusividade na realização do *jus puniendi* e assegura estabilidade e previsibilidade ao sistema, mas especialmente fomenta tratamento igual entre os jurisdicionados, mantendo a persecução criminal infensa a influências políticas e econômicas, cumprindo, assim, o Direito Penal, sua função geral preventiva²⁹⁹.

Embora titular da ação penal, o Ministério Público não pode dispor do interesse coletivo que subjaz a pretensão acusatória e que constitui o objeto do processo³⁰⁰. Não por outra razão reside justamente aqui a crítica fundamental aos acordos no processo penal em países da tradição *civil law*, consoante adverte Figueiredo Dias³⁰¹:

Não sendo um processo de partes em sentido material, é contrário a qualquer ideia de disponibilidade do objecto do processo, do qual faz parte tanto a questão da culpabilidade, como a questão da sanção; e não pode

297Ao contrário da Itália, em que o princípio da obrigatoriedade tem *status* constitucional, a legislação brasileira não estabelece taxativamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, embora a doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias entendam que se extrai dos dispositivos citados, complementados por outros (como a vedação à desistência da ação penal e do recurso interposto - arts. 42 e 576 do CPP, respectivamente), a obrigatoriedade da ação penal. Em sentido contrário, denunciando o “mito” da obrigatoriedade em apreço, OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Científico – ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 237-262, jan./jun. 2017.

298É a garantia jurisdicional de aplicação do direito penal, com destaque para suas três variáveis: a) proíbe-se a autotutela; b) a lei penal só pode ser aplicada por um juiz regularmente investido; c) a pena aplica-se apenas através do processo penal.

299LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 41.

300Sobre as discussões teóricas acerca da relação jurídica de direito material deduzida em processo penal, conteúdo e objeto do processo penal, ver LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.85.

301DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 31. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr: “Evidencia-se aqui o erro de pensar que o objeto do processo penal é o *ius puniendi*: não incumbe ao Ministério Público punir, pois não lhe pertence esse poder (ou mesmo direito). O poder de punir é do juiz, condicionado ao exercício integral e procedente da acusação. São elementos distintos o acusar e o punir” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158).

por isso aceitar a sua 'negociação' entre os sujeitos do processo, ao estilo do *deal* próprio da *plea bargaining* americana.

Sucedem que a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal tem ocorrido largamente e de diversas formas nos ordenamentos jurídicos. Como clara opção de política criminal destinada inicialmente ao enfrentamento dos crimes de bagatela, com a criação de estruturas alternativas ao processo tradicional, a matização do princípio da obrigatoriedade da ação penal passou a coexistir com critérios predefinidos (legalmente) para exercício da oportunidade³⁰².

A antítese da legalidade é a oportunidade pura e simples. Quando, porém, o exercício da oportunidade repousa no próprio ordenamento jurídico, que não só autoriza mas também regula este poder de disposição, está-se diante da observância do princípio da legalidade, que atua como vetor informativo do processo penal, que, a sua vez, autoriza “[...] uma atuação com uma certa dose de oportunidade”³⁰³.

Tratando das soluções alternativas no processo penal e do princípio da obrigatoriedade, Antonio Scarance Fernandes afirma³⁰⁴:

Merece realce o fato de que, na maioria dos países europeus e latino-americanos, ser privilegiado o princípio da obrigatoriedade no exercício da ação penal, o que não sucede nos Estados Unidos, onde vige o princípio da oportunidade. Essa diversidade permite a adoção ampla da transação penal nos Estados Unidos, por meio do conhecido instituto do *plea bargaining*, o que não sucede nos países europeus continentais, os quais devem buscar alternativas procedimentais que se ajustem ao princípio da obrigatoriedade, o qual, contudo, não impõe a rigidez de um direito com procedimento único e sem alternativas diferenciadas de solução da causa. O membro do

302A chamada crise da legalidade no direito em geral é tema tormentoso que ultrapassa os próprios umbrais das ciências jurídicas. Fatores políticos (crise do Estado Liberal), sociais (complexidade das sociedades modernas) e mesmo históricos (declínio da ideia codificadora) recaem sobre o processo penal, já pressionado por sua incapacidade de administrar a aplicação da lei penal em um número crescente de casos penais de menor complexidade e incremento igualmente significativo de processos complexos.

303GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72. O autor todavia não deixa de alertar sobre a necessidade de um juízo crítico acerca da expansão dos espaços de oportunidade no processo penal: “[...] há que se investigar qual é o paradigma, classe, limites e critério de oportunidade jurídica aceitável, tanto do ponto de vista das garantias da cidadania, quanto de sua viabilidade social” (p. 74).

304SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. SP: Revista dos Tribunais, 2005, p. 188-189.

Ministério Público faz duas avaliações distintas: uma sobre a viabilidade da acusação, quando, levando em conta o princípio da obrigatoriedade, deve acusar se houver suficiente base indiciária; outra sobre o rito a ser seguido, quando toma em consideração as possíveis alternativas que o ordenamento lhe oferece, agindo, contudo, dentro de critérios de legalidade.

Percebe-se que as ditas soluções alternativas não significam a negação peremptória da obrigatoriedade da ação penal³⁰⁵, mas oportunizam ao acusador, no segundo momento referido pelo autor, escolher qual o caminho a seguir para o exercício da pretensão punitiva estatal. Ou seja, a obrigatoriedade materializa-se na atuação do Estado na verificação da prática da infração penal, que se mantém hígida; a forma como o Estado resolve tais conflitos em juízo é tema de política criminal e pode dar-se mediante abreviações, simplificações procedimentais e, também, mediante consenso, sempre, em todas elas, autorizados pela lei³⁰⁶.

A referência comum à absorção do princípio da oportunidade nos processos penais continentais advém do processo penal alemão (§ 153 da StPO, introduzido pelo decreto de emergência – reforma de Emminger – em 1924, admitindo a desistência da persecução no caso de delitos cuja culpa do agente é leve e o interesse público na sua punição é inexistente)³⁰⁷. Desde então evoluiu a concepção doutrinária acerca da chamada “oportunidade regrada”³⁰⁸, compreendida por espaços predefinidos pelo legislador e que, sem negar o princípio da legalidade e da obrigatoriedade como vetor central do sistema, desincumbe o Estado de perseguir absolutamente todos os crimes de que tem conhecimento.

305O que se quer dizer aqui é que nem sempre o consenso entre as partes resulta na sobreposição da oportunidade em detrimento da legalidade, alinhando-se ao que sustenta FERRETI, Carlos del Rio. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 157-182, 2008, p.161. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>>. Acesso em novembro de 2017.

306BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 171.

307Sobre o consenso e também a disponibilidade da ação penal no processo penal alemão, ver item 2.4 supra.

308Nereu Giacomolli critica a expressão afirmando que não é a oportunidade, em si mesma, que é regrada: “O que se regula é, pois, um certo círculo ou âmbito objetivo dentro do qual cabe que se formulem e sejam eficazes os juízos de oportunidade ou, dito de outra forma, o oportuno não está e nem pode ser regrado. O que se pode reger são certos requisitos necessários para que o Ministério Público ou, eventualmente, o órgão jurisdiccional, possam atuar por critérios de oportunidade, assim como o âmbito dentro do qual se pode operar com esses critérios” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p. 70).

As exceções à obrigatoriedade da ação penal não significam renúncia à legalidade e sujeição do exercício da pretensão punitiva a decisões pessoais do acusador. Conforme Vasconcellos:

A oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. 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 obrigatoriedade³⁰⁹.

Não obstante as críticas à oportunidade regrada e sua incapacidade de efetiva delimitação prévia dos critérios para a tomada de decisão³¹⁰, o que conduziria à fragilização da legalidade, a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos³¹¹ passou a adotar critérios legalmente definidos de mitigação da obrigatoriedade da ação penal na medida em que uma cultura processual alternativa foi se consolidando na Europa continental e países da América Latina³¹².

309VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCRIM, 2015, p. 48-49.

310Interessante abordagem crítica sobre o tema pode ser encontrada em VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCRIM, 2015, com ampla revisão da doutrina.

311Analisando o marco legislativo espanhol e alemão, Arturo Gomez conclui que os dois países adotam os mesmos princípios processuais, podendo-se falar na existência em ambos os ordenamentos do chamado princípio da oportunidade regrada (GOMEZ, Arturo Todolí. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Tese doutoral apresentada na Universitat de València, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, 2013, p. 516. Disponível em: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=44196>>. Acesso em outubro de 2017).

312SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Segundo o autor, esta cultura processual alternativa assenta-se em três ideias fundamentais: “[...] o abandono do mito do modelo procedimental único; a flexibilização das estruturas procedimentais; e a atenuação da exigência de pleno garantismo” (p. 181). Ainda segundo o autor, a justiça consensual seria a grande novidade como critério fomentador da alternatividade.

Entretanto, referindo-se criticamente às reformas no processo penal espanhol, Teresa Armenta Deu adverte que a adoção da “oportunidade regrada” a partir dos anos oitenta do século passado foi sucedida por novas reformas, já neste século, que não só foram estendendo as hipóteses de aplicação daquele princípio, mas também introduziram formas de negociação que culminaram com a atribuição de verdadeiras faculdades discricionárias ao acusador. Ainda que estes espaços de oportunidade estejam sob o marco da legalidade, cujos limites são predeterminados pelo legislador mediante critérios de política criminal, sua importante ampliação põe em relevo o problema de como exercê-lo e como controlá-lo, ou seja, “[...] a questão acaba sendo não tanto ‘o que’ quanto ‘o como’”³¹³, risco esse que cresce proporcionalmente à ampliação de seu âmbito de aplicação. No mesmo sentido é a advertência de Rosimeire Ventura Leite, para quem a acusação deve atuar “[...] dentro das limitações ditadas pela legalidade, com mecanismos de controle da discricionariedade que lhe é conferida, a fim de que não haja excessos nem violação do princípio da igualdade”³¹⁴.

De fato, parece assentado na doutrina nacional e estrangeira que razões de política criminal podem justificar a inserção legal de alternativas³¹⁵ à obrigatoriedade da ação penal, mesmo que o objeto do processo – a pretensão punitiva – seja indisponível às partes e mesmo ao Juízo. Duas advertências também assomam na doutrina de forma quase unânime: ao menos nos sistemas continentais, em que a oportunidade pura e simples está descartada, é imperioso que os critérios de seletividade³¹⁶ das infrações a serem apuradas obedeçam a linhas de política

313ARMENTA DEU, Teresa. *Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria*, p.10. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/292735596_Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderacion_necesaria>. Acesso em julho de 2017. Tradução nossa.

314LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 41.

315Oportuno lembrar, ainda que de passagem, que parte da doutrina entende que soluções alternativas como a suspensão processual ou a transação penal não significam renúncia à obrigatoriedade da ação penal, uma vez que a acusação exerce a pretensão punitiva estatal, embora de forma distinta.

316Em estudo sobre o tema, Leandro Mitidieri Figueiredo cita dados da Associação Brasileira de Criminalística acerca da persecução penal brasileira e de outros países: cerca de 5 a 10% dos homicídios são solucionados anualmente no Brasil, enquanto os EUA solucionam 65%, França 80% e Inglaterra 90%. Com base nisso, e enfatizando que o *full enforcement* constitui ambiente propício para a seletividade clandestina (eminentemente subjetiva e sem qualquer critério pré-definido) e indireta ou transversa (mediante criação de delegacias, promotorias especializadas, com maior aporte de recursos e pessoas), ambas sem qualquer controle legal ou social, o autor propõe a

criminal definidas em lei e, também, submetidas sempre ao controle jurisdicional desta seletividade³¹⁷.

No que tange à justiça consensual ou negocial propriamente dita, modalidade própria de manifestação de espaços de oportunidade³¹⁸, a questão remanescente reside nos mecanismos de controle da atuação discricionária do acusador e, num segundo momento, de aferição judicial do resultado daquela atuação discricionária e dos negócios penais dela resultantes, problema que diz respeito mais à legitimação do resultado do que propriamente à dicotomia obrigatoriedade/oportunidade do exercício da ação penal. É dizer, se não há negociação onde não existem espaços mais ou menos abertos para a barganha, como controlar e aferir a correção do resultado deste acordo que transige – em alguns casos – diretamente com o objeto do processo (pretensão punitiva) e conseqüentemente com as funções preventivas do Direito Penal?

Pontua Pablo Castejón que a atuação motivada por critérios de política criminal enseja a tomada de decisões não só sobre a conveniência do exercício ou não da ação penal, mas também sobre qual o melhor modo de fazê-lo. Para além do mero exercício da ação penal, a introdução de atenuações mais ou menos amplas à legalidade/obrigatoriedade (oportunidade regrada) refere-se também à concessão de espaços de consenso que se materializam dentro do processo penal e que podem ter como objeto o procedimento ou a própria pena a ser alcançada³¹⁹.

definição de regras claras e transparentes de eleição de prioridades, sujeitando-as ao controle dos órgãos responsáveis e da própria sociedade (FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Persecução penal mais eficiente e democrática: seletividade declarada e regrada. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 15, n. 47, p. 321-349, jan./jun. 2016).

317LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 262.

318A manifestação de espaços de oportunidade pode dar-se unilateralmente, quando o Ministério Público decide, ainda nas fases iniciais, não investigar ou não proceder à acusação formal, como também mediante atos bilaterais tipicamente negociais, em que acusação e defesa acordam sobre o encerramento antecipado do processo ou sobre a própria pena a ser aplicada (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezero. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 9. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezero%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017).

319CASTEJÓN, Pablo Varela. El proceso por aceptación de Decreto en la LECrim. *Revista del Ministerio Fiscal*, Madrid, n. 2, p. 82-109, 2016, pag. 84-85. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/revista2.pdf?idFile=ee6beb17-ad50-4cfd-bab0-d815a47fab30>. Acesso em novembro de 2017.

Mas os espaços de consenso regulados encontram limites na legalidade processual ou material. Aquela refere-se à possibilidade de as partes (ou uma parte, unilateralmente) convencionarem sobre a adoção de um procedimento especial, mais célere, prescindindo de fases ou antecipando o encerramento do feito; nesse caso, a própria lei faculta à parte (ou as partes) decidir sobre a submissão do caso penal ao procedimento previamente previsto ou à adoção de outro, mais célere e cognitivamente mais restrito. De outra parte, a legalidade material (penal, substantiva) não está sujeita absolutamente à convenção das partes. Isso porque o fato típico e a pena correspondente devem estar previamente estabelecidos em lei, não podendo ser objeto de qualquer espécie de acordo ou negociação³²⁰.

O estágio atual da doutrina e legislação comparada permite afirmar que os espaços de oportunidade conferidos à acusação mantêm estreita conexão com a legalidade, na medida em que são os critérios pré-definidos pelo legislador que atenuam a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, oferecendo-lhe meios alternativos para perseguir o interesse público em cada caso concreto³²¹. Há, assim, uma complementariedade entre os princípios de legalidade e oportunidade. Daí que, conforme Teresa Armenta Deu, não se pode confundir estes espaços de oportunidade com discricionariedade do acusador, pois são os critérios político-criminais eleitos pelo legislador – e não por aquele – que orientam a persecução

320“El principio de legalidad en su vertiente penal sustantiva ha de significar para el MP que este no puede acusar sino por los hechos y ajustando su acusación, su calificación jurídica y petición de pena, a la ley penal. Esto no es más que una natural consecuencia de que en materia penal rija sin excepciones el principio de reserva legal, con lo cual los hechos delictivos están precisamente descritos en la ley, en la ley está también la o las figuras delictivas en las cuales se han de subsumir cada una de esas descripciones fáctico-típicas y, por último, en la misma se señalan las consecuencias jurídicas que produce la comisión de esos hechos delictivos” (FERRETI, Carlos del Rio. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 157-182, 2008, p.162. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>>. Acesso em novembro de 2017). O tema será enfrentado com mais vagar no último capítulo, quando da análise dos acordos sobre a pena.

321O Tribunal Supremo espanhol já reconheceu que a *conformidad* confere ao acusador uma certa disponibilidade do objeto do processo ao permitir negociações daquele com a defesa a fim de evitar a instrução do feito e, assim, abreviar o encerramento do processo (GOMEZ, Arturo Todolí. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Tese doutoral apresentada na Universitat de València, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, 2013, p. 516. Disponível em: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=44196>>. Acesso em outubro de 2017).

penal estatal³²², admitindo, conforme o caso, o arquivamento da investigação, a suspensão do feito ou a realização de acordos no bojo do processo penal ou mesmo fora dele.

3.3. Renúncia a direitos e garantias fundamentais:

Segundo Ferrajoli, o fundamento de legitimação do Poder Judiciário se identifica com o duplo papel da jurisdição: a averiguação da verdade, mediante provas e contraprovas; e a tutela das liberdades. No direito penal e processo penal, a função de garantia impõe a observância de regras (legais e meta-legais) e princípios para o exercício da jurisdição, cujo grau de legitimidade depende invariavelmente da efetividade das garantias asseguradas à pessoa investigada: “[...] garantias de taxatividade, de materialidade e de ofensividade das figuras de crime, do ônus acusatório da prova, do contraditório e dos direitos de defesa”³²³.

Se de um lado o Estado tem o dever de oferecer segurança aos seus cidadãos através da confiança na funcionalidade de suas instituições, que devem agir para que a pretensão penal seja realizada de maneira rápida e perfeita, concebendo um processo penal funcionalmente orientado³²⁴ a perseguir, sentenciar e punir o agente criminoso, por outro lado somente pode fazê-lo mediante estrita observância das garantias penais e processuais do acusado, que aqui funcionam como verdadeiro limitador do poder punitivo estatal, e, por via de consequência, de legitimação da sanção a ser aplicada.

322ARMENTA DEU, Teresa. *Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria*, p.10. Disponível em:<https://www.researchgate.net/publication/292735596_Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderacion_necesaria>. Acesso em julho de 2017.

323Nas palavras do autor: “A aferição da verdade, que requer o caractere necessariamente livre e desinteressado da procura da verdade mediante provas e desmentidas; a tutela das liberdades – desde a liberdade pessoal até a liberdade de pensamento, desde os direitos de defesa até as liberdades políticas – que equivalem todas a outros tantos direitos dos indivíduos contra o poder e os interesses da maioria” (FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição e consenso. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out. 2010, p. 3).

324DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 38.

Nesse contexto, os acordos penais inserem-se como “[...] institutos processuais penais horizontais destinados a favorecer e facilitar radicalmente o decurso do processo penal”³²⁵, mas também, segundo os críticos, conduzem a restrições e mesmo supressões de direitos e garantias fundamentais do acusado, o que deslegitimaria a função jurisdicional penal³²⁶.

O princípio acusatório que informa os processos penais modernos tributa à acusação o ônus de falar primeiro e de provar a responsabilidade de quem é acusado, sempre mediante observância do devido processo. Ao réu assegura-se a *posição de resistência* à pretensão punitiva, caracterizada pela presunção de inocência, direito de não produzir provas contra si mesmo, direito de reagir e de falar por último (contraditório)³²⁷.

A realização de acordo penal entre acusação e defesa desestabiliza e reconfigura essa tradicional concepção conflitiva de processo penal. O réu já não resiste, ou resiste apenas em parte, rompendo o paradigma de processo tradicional e colocando em xeque sua legitimação: se o réu já não resiste, e se as garantias que lhe são conferidas e que constituem – também – a razão de ser do processo penal (como limitador do poder punitivo estatal) são por ele renunciadas ou não exercidas, como assegurar a legitimidade e justiça da decisão final? Dito de outro modo, há processo legítimo sem resistência do réu?

Em geral, as críticas costumam afirmar que os negócios penais possuem traços autoritários porque violam “[...] construções doutrinárias arduamente estruturadas a partir do desenvolvimento histórico da dogmática processual penal,

325DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 38.

326Por todos, com ampla revisão bibliográfica, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 143 e seguintes.

327O contraditório envolveria, segundo Fernandes e Murilo, três elementos fundamentais, quais sejam a faculdade de alegar, a possibilidade de demonstrar e o direito de ser cientificado dos atos processuais. Consequentemente, segundo os autores, “[...] o exercício do contraditório seria uma faculdade, mas a possibilidade de exercê-lo é um direito que envolve a ciência dos atos processuais e de seus inteiros teores” (AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 272. ISSN: 2525-510X.).

fundamentalmente com a aniquilação do réu como sujeito de direitos frente à perseguição punitiva estatal”³²⁸.

Entretanto, cumpre enfrentar o tema com maior precisão. Para além de questões ideológicas – que imputam de utilitarista ou de mercantilista ou de urgência todas as reformas e alternativas tendentes a um processo penal funcionalmente efetivo –, não raro as críticas misturam questões referentes aos problemas inerentes à essência da justiça penal negocial (*law in the books*) com problemas decorrentes de sua implementação prática (*law in action*)³²⁹.

Referindo-se aos acordos sobre a sentença, Figueiredo Dias argumenta que a admissibilidade ou inadmissibilidade daqueles “[...] tem forçosamente de começar por ser analisada perante os princípios e os preceitos jurídico-constitucionais vigentes”³³⁰. Já se viu, com o próprio autor português, que é dever do Estado assegurar uma tutela judicial efetiva, com um processo penal funcionalmente orientado, o que os ordenamentos jurídicos têm obtido (também) através da

328 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 175. No mesmo sentido, referindo-se especificamente à colaboração premiada da Lei n. 12.850/13, Fernando Fernandes e Murilo Aires entendem que o consenso fere a dignidade da pessoa humana e distorce a atuação da defesa técnica, com efeitos nefastos ao contraditório e à ampla defesa (AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 273-274. ISSN: 2525-510X).

329 Exemplo disso é recorrente referência pelos críticos acerca da possibilidade de captura da defesa técnica, que seria “tentada” a aceitar acordos mesmo que desfavoráveis ao imputado. A nosso ver, misturam-se questões éticas com argumentos teórico-dogmáticos. Veja, no ponto, as críticas de Fernando Fernandes e Murilo Aires: “Ademais, o acordo de colaboração, ao distorcer a atuação da defesa técnica, atentaria diretamente ao contraditório, e fundamentalmente à ampla defesa. A obstaculização do direito de defesa por vezes se mostra inerente aos mecanismos consensuais, visto que afasta o acusado de sua posição de resistência ao poder punitivo estatal, ocasionando, além disso, a corrupção da relação entre o réu e seu advogado diante das negociações e das supostas vantagens de eventual acordo. Isto porque as relações geram inevitáveis “tentações” ao patrono, colocando este em sentido oposto ao interesse do acusado. Observa-se que com a intenção de garantir a voluntariedade do réu colaborador, a Lei n. 12.850/13 impõe a presença do defensor nos acordos de colaboração, assinando, inclusive, junto os respectivos termos. Todavia, repara-se que tal presença do defensor demonstra um paradoxo ao menos preocupante, já que ele poderá anuir com o reconhecimento da culpabilidade de seu cliente, em nome de um prêmio, ou da insegurança com determinados resultados do processo, enquanto deveria reagir contra o poder punitivo. Assim, como se pode observar, a tensão entre a colaboração premiada e as garantias do contraditório e da ampla defesa no plano do colaborador se dá, primordialmente, não em determinadas falhas do procedimento, com desenhadas restrições à participação efetiva e à ampla argumentação, mas sim nos efeitos que a barganha pode tomar em relação à defesa técnica como um todo” (AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 273-274. ISSN: 2525-510X).

330 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 37.

implementação de mecanismos de consenso. Cumpre aferir, pois, se este novo paradigma de processo consensual ou colaborativo está em conformidade com as garantias processuais e penais do imputado.

Citando Jesus-María Silva Sánchez, e investigando a compatibilidade constitucional do instituto da colaboração premiada (inequivocamente espécie de justiça consensual), Frederico Valdez Pereira bem expõe o problema de que aqui se trata:

[...] nos sistemas do constitucionalismo moderno, a hipótese possível de impugnação de preceitos penais e persecutórios está na conclusão pela incompatibilidade constitucional destas normas, seja por defeito, seja por excesso; sem a verificação de inconstitucionalidade, diz o autor: “nos hallamos en el marco de la política criminal defendible”; ainda que se considere irrazoável, não será passível de substancial impugnação, ou seja, ao legislador é conferido um amplo espaço de configuração, o qual não é necessariamente coincidente com o espaço pretendido pela dogmática penal³³¹.

A realização de acordos no processo penal implica renúncia ao exercício de determinados direitos e garantias do imputado no processo penal. Na verdade, não se trata de renúncia ao direito em si, mas seu não exercício, o que põe de lado desde já o argumento da irrenunciabilidade de direitos fundamentais³³². O direito à ampla defesa confere ao imputado um espectro de garantias à sua disposição para atuar no processo. Sob a ótica do investigado, jamais será um dever, que não é outra coisa senão uma “[...] situação jurídica passiva, traduzida na imposição a alguém de agir ou não agir de alguma maneira”³³³, uma vez que não se extrai do ordenamento dever fundamental ou imposição outra de resistir à pretensão punitiva dentro do processo.

O direito irrenunciável, portanto, é o de ampla defesa, de acesso ao processo, de conhecer a imputação, e, a partir daí, decidir livremente (direito

331 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento*. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 60/61.

332 “Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 185).

333 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 298.

fundamental de liberdade) como enfrentar e reagir ao peso da acusação que contra si recai.

A relação entre os negócios no processo penal e os direitos de defesa não é uma questão de restrição ou imposição de limites. A restrição tem a ver com a própria extensão objetiva do direito em si, como se a restrição o comprimisse em face de razões específicas, levando à “[...] amputação de faculdades que *a priori* estariam nele contidas”³³⁴. De outra parte, o limite ao exercício de direitos está relacionado à sua exteriorização, ao modo dinâmico como ele é exercido pelo seu titular, como uma espécie de condicionamento³³⁵, como a assinatura de um prazo para o recurso ou a inscrição prévia na OAB para peticionar em juízo³³⁶.

O tema, portanto, não está relacionado diretamente a restrições ou limitações aos direitos de defesa, mas sim à proteção à liberdade do indivíduo de, escudado em uma posição jurídica que lhe assegura a ampla defesa e o contraditório, com todos os meios e recursos a eles inerentes, decidir livremente qual a melhor estratégia extra e endoprocessual a seguir.

É verdade que alguns constitucionalistas classificam a renúncia ao exercício de direitos fundamentais como especial hipótese de restrição³³⁷ assentada na vontade do indivíduo, que, bem assim, alteraria sua posição jurídica frente ao

334MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 297. Elucidativo o exemplo de Robert Alexy: “Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. Alguns exemplos podem esclarecer isso. Enquanto não existe o dever de usar capacete, dirigido aos motociclistas, o titular do direito fundamental tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* para, como motociclista, usar ou não usar um capacete. Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não-liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar capacete é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 283).

335MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

336O exercício dos direitos de defesa submetem-se a vários condicionamentos, todos compatíveis com a Constituição. Tais condicionamentos, para usar as precisas palavras de Jorge Miranda, “[...] não reduz(em) o âmbito do direito, apenas implica, umas vezes, uma disciplina ou uma limitação da margem de liberdade do seu exercício, outras vezes um ônus” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 297).

337É a posição de José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Reis Novais, por exemplo.

Estado. Buscando subsídios na literatura portuguesa, Rosimeire Ventura Leite assim justifica a renunciabilidade de direitos fundamentais:

Para Jorge Reis Novais, a admissibilidade, em abstrato, da renúncia a direitos fundamentais decorre do próprio conceito de titularidade. Em outros termos, sendo o indivíduo titular de determinada posição jurídica de direito fundamental, cabe-lhe, igualmente, e pelo menos em princípio, o poder de disposição sobre essa condição que lhe é reconhecida, bem como a liberdade de escolher a melhor maneira de exercê-la. Trata-se de manifestação da autodeterminação do indivíduo e de sua autonomia pessoal. Nessa perspectiva, a renúncia seria não só restrição, mas também forma de exercício do direito fundamental, na qual o titular opta por autorizar limitação com o intuito de obter vantagens que de outro modo não alcançaria³³⁸.

Segundo a autora, é legítimo autorizar ao titular do direito a possibilidade de escolher “[...] a melhor maneira de reagir ao interesse punitivo do Estado, o que pode envolver a opção por concordar com restrições a determinados direitos e garantias”, exercício esse que se deve submeter a “[...] limitações e condicionamentos ditados pela legislação vigente ou pela necessidade de compatibilizar outros bens jurídicos constitucionalmente amparados”³³⁹.

Sem adentrar na discussão político-filosófica sobre as dimensões objetivas e subjetivas que historicamente compuseram e ainda compõem a estrutura e a essência dos direitos fundamentais, com relevantes reflexos na sua defesa e exercício (inalienabilidade e irrenunciabilidade), é forçoso reconhecer que o direito de liberdade também se insere no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e que, segundo Alexy, quanto mais a lei intervir na liberdade de ação humana, “[...] tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos”³⁴⁰. É dizer, partindo-se da compreensão de que o direito de defesa

338LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 31.

339LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 34.

340ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, 2ª ed., p. 349.

engloba necessariamente escolhas estratégicas³⁴¹ que, *a priori*, estão na esfera de liberdade jurídica do imputado, a intervenção Estatal sobre estas alternativas, impondo deveres e proibições, deve ser a menor possível³⁴².

A vedação absoluta e genérica de renúncia (leia-se não exercício) de direitos e garantias do réu no processo penal parece constituir ação obstaculizadora positiva estatal exagerada, comprometendo, gravemente, outro direito fundamental inseparável do próprio direito de defesa: a liberdade³⁴³. A pretexto de proteger o cidadão de si próprio, o Estado lhe subtrai nada menos do que a sua liberdade³⁴⁴.

É claro que são os direitos e garantias fundamentais do processo penal que o legitimam e freiam o avanço do poder punitivo estatal sobre o *status libertatis* do indivíduo, razão bastante para negar, desde logo, sua renúncia incondicional. Sob esta ótica, a renúncia ao direito de resistir, abdicando de alguma maneira do exercício das prerrogativas constitucionais e legais de qualquer imputado em processo penal, não se confunde – ou não pode se confundir – com abdicação do devido processo legal. A função precípua da jurisdição – buscar a verdade e afastar desmentidas (Ferrajoli), mediante limitação do poder estatal e proteção do investigado – não pode ser objeto de renúncia ou mesmo negociação. Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias:

Nas conversações e acordos sobre a sentença aqui em vista deverá ser proibido ao tribunal, ao ministério público e ao arguido qualquer

341A propósito disso, a Corte Constitucional italiana já decidiu que a forma como a defesa exercerá seu direito está protegida pelo seu direito de liberdade, que, pois, é facultativo e não obrigatório (*Sentenza* 313/90, p. 8, citado por BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 216, notas 1064 e 1065).

342Robert Alexy conceitua liberdade jurídica como espécie de liberdade liberal, que se assenta na ideia de proibição de ações obstaculizadoras positivas por parte do Estado (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 351-352).

343Critizando Giuseppe Di Chiara, que entende que o direito de defesa não é somente um direito do imputado, mas antes garantia do próprio desenvolvimento do processo, e que portanto a renúncia a este direito comprometeria a legitimidade constitucional do procedimento, rebate Antonio Scarance Fernandes que “[...] afirmações como essa, contudo, trazem em si o risco de não configurarem verdadeiras garantias, mas disposições que se voltam contra o próprio acusado. Uma coisa é assegurar ao acusado o direito à defesa técnica, outra, bem diversa, é forçá-lo a exercer, contra a sua vontade, a própria defesa. Como constrangê-lo, a não ser por meios arbitrários, a se defender, quando não deseje fazê-lo?” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 273, nota 54).

344LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 33.

<negociação> tendente a alcançar um <equilíbrio de interesses das partes>, qualquer mercadejar com a justiça material, não se tratando neles de nenhuma <troca> ou <barganha>. Negociação que, para além de violar o princípio – correctamente entendido – da indisponibilidade do objecto do processo penal, despiria o arguido da veste de sujeito que lhe concede o nosso Código de Processo Penal, para o tornar em objecto do processo e incorreria – nesta medida sim – em inconstitucionalidade material. Do que se trata é só (e é muito) de fomentar o desenvolvimento do processo, simplificando consensualmente o alcance da verdade e a realização da justiça³⁴⁵.

Todavia, a simplificação do alcance da verdade e conseqüentemente realização da justiça não é assim tão simples. Para alguns a renúncia repercute diretamente na presunção de inocência e na própria formação da prova³⁴⁶, enquanto para outros o próprio princípio acusatório, que em uma das suas principais facetas tributa o ônus da prova ao Ministério Público, seria ferido de morte.

Para Vinicius Gomes de Vasconcellos, afloram dos negócios penais três grandes problemas: a violação à presunção de inocência e ao direito a não auto-incriminação, uma vez que o acordo pressupõe a renúncia daqueles como condição ou mesmo elemento integrante do pacto; e, ainda, e como consequência, há o problema da valoração da confissão como prova plena, numa espécie de retrocesso ao sistema inquisitivo³⁴⁷.

Bernd Schünemann, a sua vez, observa que os acordos penais conduzem ao fortalecimento da investigação preliminar (“apoteose do inquérito”) na medida em que as negociações, acordos e seu próprio conteúdo estribam-se em grande parte nos elementos de prova colhidos na fase pré-processual, reduzindo ou mesmo extinguindo a fase oral e contraditória da audiência³⁴⁸.

345DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 50. O tema é complexo e comporta várias matizações, aprofundadas nos capítulos seguintes. De qualquer forma, pode-se dizer desde já que as experiências de direito comparado – ao menos nos países de origem civilista – não admitem acordos ou negócios sobre a base fática apurada na investigação e no processo penal.

346LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 33.

347VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 175 e seguintes.

348SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p.175-198, 2004.

Em todos os casos, a restrição não advém da lei e sim do poder dispositivo do próprio acusado, que, aliás, sempre gozou da possibilidade de confessar, abdicar da produção de determinadas provas e de não recorrer da sentença condenatória³⁴⁹. Assim, tem prevalecido o entendimento de que o não exercício do direito ao silêncio e do *nemo tenetur se detegere* não é incompatível com o devido processo legal. No âmbito internacional, o direito de não se opor à imputação já foi reconhecido pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (TEDH) em diversas oportunidades³⁵⁰, salientando – a Corte – que a renúncia a direitos e garantias processuais em troca de uma posição jurídica mais benéfica não viola a cláusula do *due process of law* prevista no art. 6º da Convenção.

Entretanto, foi em 2014 que a Corte de Estrasburgo enfrentou de maneira mais profunda o tema dos acordos no processo penal. No caso *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*³⁵¹, o Tribunal estabeleceu *standares* mínimos que devem ser

349 SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Segundo o autor: “Dependendo a solução por consenso, essencialmente, do poder dispositivo do acusado, dois pontos são essenciais: a) a aceitação de que o acusado possa abrir mão de seus direitos constitucionais em prol de um julgamento mais rápido e de vantagens a ele oferecidas; b) os limites admissíveis de disposição do acusado” (p. 266).

350 É marcante a influência dos sistemas judiciais de *common law* na jurisprudência do TEDH, de modo que, em várias oportunidades, a antiga Comissão Europeia (atual TEDH) decidiu que inexistiam conflitos entre as garantias judiciais da Convenção e a prática de *plea bargaining*, podendo-se citar os casos *X v. United Kingdom* (Application n. 5076/71, de 23 de março de 1972), e *R. O. v. United Kingdom* (Application n. 23094/93, de 11 de maio de 1994) (DIAS, Leandro. *Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 226. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/los-acuerdos-en-derecho-penal-en-karlsruhe-y-estrasburgo.pdf>>. Acesso em outubro de 2017).

351 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Application* n. 9043/05. Este verdadeiro *leading case* refere-se a recurso interposto perante a Corte pelos cidadãos georgianos Amiran Natsvlshvili e sua esposa, Rusudan Togonidze, em face do Estado da Geórgia. Principal acionista de uma estatal automobilística no final do século XX, Natsvlshvili foi apontado como responsável pela redução do capital financeiro da estatal mediante vendas e transferências fictícias. Preso preventivamente em 15 de março de 2004 e acusado formalmente em 6 de setembro daquele ano por crime cuja pena variava de 6 a 12 anos de prisão, o acusado negou a acusação mas se dispôs a colaborar com as autoridades, oferecendo-se a reparar o dano mediante pagamento de 14.700 euros. Em 9 de setembro, embora não tenha confessado os fatos, e acompanhado de seus advogados, firmou acordo com a acusação e procedeu – no mesmo dia – à transferência dos valores referidos, com o que se realizou audiência judicial no dia seguinte. Diante das respostas do imputado de que tinha conhecimento do conteúdo e consequências do acordo, bem como da anuência de seu advogado, o Tribunal homologou o acordo e, com base nas provas existentes nos autos, considerou-o culpado e condenou-o ao pagamento de 14.700 euros, restabelecendo em seguida sua liberdade. Segundo a legislação da Geórgia, que havia introduzido os acordos em fevereiro daquele mesmo ano (2004), a decisão condenatória seria irreversível. Os recorrentes alegaram, na Corte Europeia, que o processo foi abusivo e injusto, violando o direito a um processo equitativo e ao duplo grau de jurisdição;

observados para fins de compatibilização dos acordos com as garantias processuais do imputado.

Em apertada síntese, afirmou o TEDH que os acordos possuem como característica marcante a confissão e conseqüentemente a determinação da culpabilidade mediante um exame jurisdicional mais restrito, e que para tanto podem ser renunciados voluntariamente diversos direitos processuais, desde que esta renúncia seja acompanhada de um mínimo de garantias, que considerou adequadas no caso concreto. Ademais, afirmou também que o conteúdo do acordo e as condições de igualdade durante a negociação devem ser submetidas a um controle judicial suficiente³⁵².

Por outro lado, ao reconhecer a validade dos acordos no âmbito processual penal, com expressa referência de que a adoção de mecanismos consensuais constitui marca comum dos sistemas jurídicos europeus, e estabelecer parâmetros ou salvaguardas mínimas a serem observadas para proteção dos imputados, o TEDH não rebateu definitivamente as objeções que recaem sobre os acordos, restando em aberto questões como o aumento da probabilidade de se condenar inocentes ou de que sejam aplicadas penas mais severas do que a prática do fato típico recomendaria. Dito de outro modo, ainda que se reconheça a legitimidade dos acordos e sua compatibilidade com os direitos e garantias inerentes a um processo penal democrático, subsistirá sempre o perigo de que estes sejam violados na prática, razão bastante para que se busque a intensificação e aprimoramento das

argumentaram, também, violação à presunção de inocência em virtude das condições em que se deu a prisão cautelar, bem como o direito à propriedade, pois teria feito o recolhimento do valor antes mesmo da homologação do acordo e da prolação da sentença condenatória.

352DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 232. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/los-acuerdos-en-derecho-penal-en-karlsruhe-y-estrasburgo.pdf>>. Acesso em outubro de 2017. Constatou dos fundamentos da decisão que o imputado foi quem propôs a realização do acordo, que esteve acompanhado de advogados por ele mesmo escolhidos, e que dele partiu a iniciativa de reparar os danos causados. Fez-se referência ainda que o Tribunal da Geórgia realizou audiência oral e pública, ocasião em que o imputado negou pressões ou coações para firmar o acordo. Finalmente, ponderou que o consenso no processo penal traz consigo a ideia de renúncia expressa à análise do mérito pelo tribunal quando este entende razoável e livre o consenso previamente alcançado pelas partes.

salvaguardas, com especial ênfase à publicidade das negociações prévias e formalização dos acordos³⁵³.

Outrossim, a crítica referente à renúncia à produção probatória em audiência, mediante contraditório, com a conseqüente supervalorização das provas produzidas na fase pré-processual, guarda estreita relação com o binômio simplificação/justiça da decisão e com o papel do juiz no controle judicial dos acordos, assunto do qual se ocupa o próximo subitem.

3.4. Verdade consensual e seu controle judicial:

Não é possível transigir com a verdade em processo penal. Ferrajoli aponta a função tendencialmente cognitiva como primeiro fundamento de sua legitimidade, é dizer, a legitimação – e depois a própria justiça – da atuação jurisdicional reside na garantia da aferição imparcial da verdade. Segundo o autor, as sentenças exigem sempre uma motivação fundada em argumentos cognitivos que recaem sobre os fatos e “recognitivos” em direito, de cuja verdade, “[...] embora aproximada como qualquer verdade empírica, depende tanto sua validade ou legitimação jurídica, quanto sua justiça ou legitimação política: se nós criticamos uma condenação ou uma absolvição como injustas, é porque consideramos falsas suas motivações”³⁵⁴.

Há um nexó necessário e inafastável entre verdade e validade dos atos jurisdicionais, a ser alcançada – aquela – mediante atuação livre, independente e desinteressada do magistrado. Segundo o autor italiano, “[...] embora a atividade

353DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015, p. 232. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/los-acuerdos-en-derecho-penal-en-karlsruhe-y-estrasburgo.pdf>>. Acesso em outubro de 2017. Enfatizando que o TEDH estabeleceu *standares* mínimos de proteção dos direitos humanos, argumenta o autor que compete ao ordenamento jurídico interno criar “[...] medidas de protección más intensas, que aparezcan como verdaderos derechos del acusado. Así, los dos elementos que deben verificarse en los acuerdos para ser convencionalmente adecuados pueden servir de punto de partida para evitar arbitrariedades, pero no constituir un techo en lo que se refiere al establecimiento de salvaguardas” (p. 239).

354FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out. 2010, p.2. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72456>>. Acesso em abril de 2017.

cognitiva incluía inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode em princípio ser submetida a imperativos que não sejam aqueles inerentes à procura da verdade”³⁵⁵.

Assim como a justiça é o paradigma do direito penal, a verdade é o paradigma do direito processual penal. Todas as normas processuais perseguem direta ou indiretamente a investigação dos fatos e o esclarecimento da verdade, fixando, todavia, condicionamentos, limites e proibições que paradoxalmente restringem e por conseguinte empobrecem o resultado daquela busca³⁵⁶.

Daí que, para os fins deste trabalho, importa refletir acerca das diferentes nuances que giram em torno do conceito de verdade no processo penal e sua íntima relação com a atividade probatória desenvolvida pelas partes e excepcionalmente pelo juízo. Pode-se arrancar no tema aclarando que a verdade é sempre um ideal inatingível, que a reconstrução de fatos pretéritos carrega em si, ínsita, a falibilidade humana, e que, portanto, a verdade possível ou atingível é sempre uma verdade relativa, associada a aspectos subjetivos (certeza) e seus motivos determinantes (convencimento)³⁵⁷. Do ponto de vista epistemológico, a verdade nunca é absoluta, é sempre provável³⁵⁸.

A doutrina refere-se à verdade material ou real como aquela existente no mundo fenomênico, a verdade histórica, empírica, em contraposição à verdade formal, apurada com respeito a regras processuais e limitada pela atividade dispositiva das partes. É também tradicional e conhecida a compreensão de que o processo penal, por envolver valores como a vida e a liberdade, é orientado pela busca da verdade real, cuja investigação (leia-se reconstrução posterior de fatos pretéritos) encontra óbice apenas nos limites ético-legais e nas garantias individuais do investigado. Em contraposição, o processo civil contentar-se-ia com a verdade

355 FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out. 2010, p.3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72456>>. Acesso em abril de 2017.

356 HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida medida de la Constitución. Trad. Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009, p. 10-11.

357 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

358 FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72456>>. Acesso em abril de 2017.

formal, porquanto envolve direitos disponíveis e por isso a produção de provas estaria submetida (quase que) integralmente à iniciativa das partes (princípio dispositivo)³⁵⁹.

Fixe-se bem: em uma e outra hipótese a verdade é sempre relativa, limitada pela natureza das coisas, inexistindo diferença ontológica entre os conceitos de verdade (dita real) buscada no processo penal e de verdade (formal) com que se contentaria o processo civil³⁶⁰. A diferença situa-se unicamente no plano da investigação dos fatos, mais precisamente no grau de profundidade exigido para o estabelecimento da verdade processual³⁶¹ pelo Judiciário, com o que entram em cena duas fundamentais questões que se complementam entre si e que constituem – talvez – o principal problema dos acordos no processo penal (sobretudo nos países de origem civilista): a (in)disponibilidade probatória das partes e a iniciativa probatória *ex officio* do magistrado.

Como visto anteriormente, à indisponibilidade do objeto do processo penal corresponde a obrigatoriedade da ação penal, apenas matizada ou mitigada por lei específica fundada em prévias razões de política criminal. Entretanto, uma vez deduzida a pretensão punitiva em juízo, pode ser conferida à acusação e à defesa poder dispositivo no que tange à atividade probatória, submetendo-a a acordos entre eles, e conseqüentemente vedando-se ao magistrado – sob pena de comprometimento de sua imparcialidade – a determinação de produção de provas de ofício?

Parece não constituir exagero afirmar que todas as grandes reformas processuais penais das últimas décadas e que confluem para a simplificação

359QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

360QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

361A verdade processual de que aqui se fala é a verdade obtida com observância dos limites legais e constitucionais, dentro de um processo civil ou penal (desimporta), e que constitui uma verdade probabilística. Segundo Winfried Hassemer, a busca da verdade no processo penal submete-se a condições bem estabelecidas e estáveis, que impedem que a investigação durante o procedimento seja minuciosa e os fatos claramente esclarecidos como ocorre nas ciências naturais. E conclui: “De todo esto se deriva que el concepto y concepción de la 'verdad' que predomina en el procedimiento penal, no tiene nada que ver con el uso cotidiano que se hace de este concepto” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida medida de la Constitución. Trad.: Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009, p. 23).

processual (quando não renúncia ao processo) mediante consenso e acordo entre as partes encontra na reconstrução dos fatos (verdade processual) seu verdadeiro nó górdio. Segundo Teresa Armenta Deu, o principal problema dos mecanismos negociais nos processos de origem continental diz respeito à estrutura processual voltada à busca da verdade material, situação diretamente ligada à indisponibilidade do objeto do processo penal (busca da verdade)³⁶².

Nos sistemas processuais de origem anglo-saxônica o tema da verdade consensual acomoda-se com maior facilidade, pois aqui a preocupação prevalente diz respeito à observância das regras procedimentais do que propriamente à verdade a ser alcançada. Essa não seria o escopo final e tampouco seria sinônimo de processo justo:

A visão teórico-ideológica tradicional do processo como espaço de embate dialógico, desenvolvido em condições de paridade entre os interessados, modo a convencer os julgadores leigos com base nos argumentos e na estratégia persuasiva, parece, em certa medida, inconciliável com a assunção da pesquisa da verdade como desígnio prestigioso do processo, ou como elemento de estímulo, instigador³⁶³.

Segundo a linha de raciocínio do autor, o processo penal adversarial é concebido como uma espécie de prova desportiva submetida a regras rígidas (*sporting theory of procedure*): “[...] o mecanismo de solução do conflito estava fundado na livre competição entre as partes diante de um juiz passivo, sem particular interesse com a verdade histórica”³⁶⁴.

De outra parte, os países marcados por um modelo de investigação oficial acolheram o sistema acusatório sem conferir às partes a plena gestão da prova, e, por conseguinte, o poder de dispor – mediante acordo – da reconstrução dos fatos em tese delitivos. Aqui, ao contrário do que ocorre com o anterior, a correção da resposta jurisdicional não reside (apenas) na correção do procedimento, mas

362ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*: La justicia penal em Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.

363PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 126.

364PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 127.

também – e especialmente – na correção da resposta jurisdicional³⁶⁵, que deve coincidir tanto quanto possível com a dita verdade material.

Essa função cognitiva de busca imparcial da verdade (ideia de processo justo) a que se refere Ferrajoli seria, portanto, o maior empecilho à aceitação dos negócios penais. Por esta razão parte da doutrina entende que os acordos penais subvertem por si só a atividade jurisdicional: para Nereu Giacomolli, a ausência de contraditório no processo penal impede o alcance da verdade (seja ela consensual ou formal), e também afronta o dever constitucional de fundamentar as decisões:

A submissão do acordo à jurisdição para que simplesmente o chancela, significa uma abdicação da jurisdição penal, pois não há alegações, argumentos, indagações, em suma, uma decisão propriamente dita. O Juiz e o Tribunal se convertem em simples homologadores, em peças decorativas, exercendo uma função simbólica, alheia ao *sentire*³⁶⁶.

Para Aury Lopes Jr a base epistemológica que sustenta a justiça consensual afronta a garantia de inderrogabilidade do juízo, porquanto a pena a ser aplicada não mais passaria pelo controle jurisdicional, submissa que é à verdade consensuada. Citando Ferrajoli, afirma o autor que “[...] nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas³⁶⁷.

Entretanto, a maioria da doutrina maneja diferentemente estes conceitos e entende que os negócios penais podem coexistir com a cláusula de reserva jurisdicional e mesmo com a função cognitiva legitimante da jurisdição penal. Nesse sentido, embora defenda a possibilidade de acordos no processo penal (inclusive sobre as sentenças), Jorge Figueiredo Dias é imperativo ao afirmar que devem os acordos sujeitar-se sempre à função jurisdicional do Poder Judiciário, tributário do

365PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

366GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.

367LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 997.

poder constitucional de apreciar o substrato fático que estriba a acusação e dali extrair a verdade. Segundo o autor:

A qualquer acordo há-de por conseguinte estar vedada a sua verificação à custa da realização dos princípios da investigação oficial (judicial) e da verdade processualmente válida (dita 'verdade material'). Neste âmbito e medida se materializa, no que respeita à questão da culpabilidade, o reclamado princípio da indisponibilidade do objecto do processo³⁶⁸.

Entende o autor português que a atividade probatória deve culminar sempre com a livre análise do Judiciário sobre a base fática em que se alicerça a acusação, não podendo o acordo e a confissão conduzirem, por si sós, à conclusão sobre a responsabilidade penal do imputado sem que o tribunal responsabilmente se convença da justiça daqueles³⁶⁹. E conclui que “[...] a confissão deve, em suma, ser comprovada na sua credibilidade e não devem ser omitidas, se indispensáveis, quaisquer diligências que conduzam ao seu esclarecimento”³⁷⁰.

Justamente por negar que o acordo das partes se sobreponha à atividade jurisdicional de aferição da base fática da acusação e da correspondente qualificação jurídica correspondente, Jorge Figueiredo Dias rechaça a contumaz crítica de que, “[...] na realidade das coisas, o que sucederia nos acordos seria a substituição de um dever de esclarecimento judicial dos factos pelo valor probatório concedido aprioristicamente e em bloco à confissão”³⁷¹. Para o autor, o processo penal português possui uma “[...] estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio de investigação”, que consiste num “[...] princípio subsidiário e supletivo relativamente à actividade probatória da acusação e da defesa”, que orienta o juízo a buscar o esclarecimento dos fatos sempre que necessário e imprescindível ao julgamento do processo³⁷². Seguindo sua linha de raciocínio, argumenta que os acordos não implicam em absoluto a imposição ao Judiciário da “verdade formal”,

368DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 44.

369DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

370DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 45.

371DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 46.

entendida esta como a construída unicamente pelos contendores. Nem esta nem a verdade histórica do real acontecido é a perseguida pelo processo penal, porquanto aqui, ainda segundo o autor, é a

[...] facticidade combinada com as – e por consequência condicionada e limitada pelas – exigências impreteríveis de garantia dos direitos das pessoas face ao Estado. Face às regras imperativas e inarredáveis de produção e de validação das provas em processo penal [...] é irrisório (e ainda bem!) pretender que a reconstituição da 'verdade material' constitui a finalidade essencial, última e inarredável, do julgamento penal. A verdade que se procura, mesmo através da actuação do princípio da investigação oficial, é, não decerto, como no processo penal anglo-americano, a verdade formalmente construída, mas a verdade processualmente válida, hoc sensu, a verdade judicial³⁷³.

Por fim, conclui o autor português que não se admite negociação entre as partes sobre a justiça material, pois o objeto do processo penal é indisponível: “Do que se trata é só (e é muito) de fomentar o desenvolvimento do processo, simplificando consensualmente o alcance da verdade e a realização da justiça”³⁷⁴.

Não é diferente o entendimento de Fernando Fernandes. Pontuando que o princípio da investigação ou da verdade material integra o sistema acusatório português, o autor reconhece que a verdade material pode ser obtida a partir de um consenso entre os sujeitos processuais, desde que observadas as regras processuais. Citando Anabela Rodrigues, adverte que:

O acordo das partes em um processo de negociação não pode fundar por si só nem a verdade nem a validade da decisão judicial que o assume”. O primeiro problema da verdade consensual é o acto de aceitação e, em concreto, o das condições necessárias e suficientes para que se possa falar de uma aceitação racional. “Com efeito, cabe perguntar o que pode ter a ver com a existência ou inexistência de um facto, com a verdade, o consenso baseado em considerações de carácter tático-processual, por exemplo, a aceitação de uma oferta razoável de pena por parte de um juiz”. Em suma, “para fundamentar a validade da decisão judicial, nem a verdade pode ser

372DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 47.

373DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 49.

374DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 50.

obtida a todo custo, nem o consenso pode ser um tal que não assegure em si a adequação aos interesses gerais da justiça”³⁷⁵.

Para Rodrigo da Silva Brandalise, a ideia de que o acordo entre as partes constituiria óbice à aferição da verdade no processo penal é errônea. A verdade processual, ou contextualizada, ou verdade possível, é resultado de escolhas e decisões levadas a cabo pela acusação e defesa ao longo de todo o processo criminal. É dizer, há aí – e sempre houve – alguma disposição das partes na escolha, métodos e estratégias probatórias, que refletem direta e inescusavelmente no resultado a ser alcançado no processo. Para o autor, “[...] há admissibilidade de renúncias no que tange ao completo aprofundamento investigatório dos fatos, mesmo que tal seja feito dentro de limites legalmente previstos”³⁷⁶.

A atividade do juiz – supletiva³⁷⁷ – não altera este estado de coisas, mas antes o confirma. Brandalise argumenta que o objetivo do processo penal não é alcançar a verdade, mas sim a “[...] fixação da responsabilidade, a imputação e a afirmação de que não cabe a aplicação da presunção de inocência àquele acusado”³⁷⁸.

De qualquer forma, parece irrecusável – e aqui reside o problema – que o acordo entre os sujeitos processuais afasta ou reduz o contraditório, técnica tida como a mais eficiente para o esclarecimento dos fatos e conseqüentemente para o alcance da verdade em juízo³⁷⁹. Logo, mesmo que se reconheça que as partes possuem liberdade relativamente ampla para taticamente escolher quais provas

375 FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 567-568.

376 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 176.

377 Relewa observar, aqui, que o projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010) contempla a atividade supletiva do juiz quanto à produção probatória, facultando a ele determinar a produção de provas para esclarecer dúvidas advindas da produção probatória das partes. Textualmente: “Art. 165. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvidas sobre a prova produzida por qualquer das partes”.

378 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 177. O argumento do autor encontra alicerce em Hassemer, que afirma que o juiz penal busca apenas os fatos/conceitos relevantes à aplicação do direito material (“dano ao patrimônio”, “violência”, “alienação”), contentando-se com este pedaço da realidade, busca esta limitada pelas proibições probatórias constantes na legislação penal e constitucional: “El derecho procesal penal ha procurado que esta forma de búsqueda de la verdad evite en lo posible sentencias injustas” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida medida de la Constitución. Trad.: Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009, p. 28).

serão submetidas à audiência³⁸⁰, e quais serão descartadas ou sequer referidas, o contraditório como método de confirmação e negação de fatos mantém-se como uma espécie de “selo de qualidade” da verdade processual a ser ao final alcançada³⁸¹.

Mesmo nestas hipóteses de processo conflitivo (contraditório), grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais conferem ao juízo alguma iniciativa probatória de ofício, complementar, supletiva ou subsidiária à atuação prevalente das partes, que, seja em qual nível for, tem como fundamento teleológico o alcance da verdade³⁸².

Esta relação entre a busca da verdade mediante consenso sem produção de provas em contraditório tende a enfraquecer a qualidade da reconstrução dos fatos e, por conseguinte, o resultado justo do processo? Argumenta Rosimeire Ventura Leite que os acordos penais “[...] dispensam, ou reduzem significativamente”, a atividade probatória no processo, de modo que “[...] não há apuração detalhada do fato criminoso”, promovendo uma “[...] ruptura com a ideia de que a aplicação de

379PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Segundo o autor: “A técnica do contraditório, inegavelmente, configura um dos princípios fundamentais do processo penal, e se nessa afirmação a conotação de garantia do imputado ostenta aspecto essencial, igualmente está no seu substrato a pretensão de veracidade na pesquisa dos fatos em juízo, por isso parte-se da premissa de que o contraditório é importante e, talvez, possa ser considerado até hoje o mais eficaz método epistêmico direcionado a prevenir erros judiciários. Não se há como refutar a relevância de um processo dialógico, submetido ao controle intersubjetivo pelas partes, à verificação e falsificação lógica e empírica das afirmações inseridas no procedimento judicial, essência da técnica do contraditório, como mecanismo significativo de pesquisa da verdade” (p. 129-130).

380Conforme Antonio Scarance Fernandes, o acusado sempre pode dispor do processo penal de alguma maneira, com diretas e inafastáveis consequências quanto à profundidade da busca e do alcance da verdade: “[...] deixar de produzir prova em seu favor, não podendo ser constrangido a fazê-lo; pode dispor de seu direito a recorrer da sentença condenatória; ou dispor de seu direito ao silêncio, pode dispor de seu direito a não se incriminar; em alguns países, pode também dispor de seu direito a defensor, preferindo a defesa pessoal; e pode, pelo não comparecimento aos atos do processo, renunciar à sua autodefesa” (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 273).

381Pontua Fernando Fernandes que “[...] o contraditório dialético entre acusação e defesa é um instrumento para a obtenção da verdade material, na medida em que a verificação da correspondência entre a acusação e o facto reconstruído se faça mediante um processo cognitivo aberto ao controle intersubjetivo, como meio de evitar o erro judiciário” (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 279).

382A busca da verdade, a iniciativa probatória de ofício do juiz e a garantia de sua imparcialidade constituem temas tormentosos e muito explorados pela doutrina nacional e estrangeira, tanto no processo penal como no processo civil. Aqui interessa ponderar tão somente a relação existente entre o comportamento do juiz diante do contraditório e diante de um acordo entre as partes, e, tanto num como noutro, seu compromisso – do juiz – com a verdade a ser declarada judicialmente.

sanção penal deve se fundar em provas que traduzam, pelo menos, a verdade processualmente atingível³⁸³. Com essa premissa, reconhece a autora que a atividade investigativa dos órgãos da persecução penal seria limitada ou reduzida, o que geraria muitas controvérsias e críticas. Apesar disso, a autora manifesta-se favoravelmente a este contexto probatório reduzido quando “[...] se pretende a solução simples e desburocratizada nos delitos de menor lesividade”³⁸⁴, como opções de política criminal.

Em uma drástica interpretação, poder-se-ia representar a trajetória de ascensão e consolidação dos acordos no processo penal por um descomunal esforço de compatibilização entre o consenso e justamente aquilo que ele pretende evitar: a busca da verdade. Se o consenso visa abreviar o procedimento, evitando-se a investigação da verdade, esta passa a ser não só prejudicial àquele, como também desnecessária³⁸⁵.

Referindo-se ao modelo italiano de consenso, Fernando Fernandes reconhece:

[...] a necessidade de se admitir que em certas situações a obtenção de soluções processuais adequadas às razoáveis instâncias “económicas” e “equitativas” possa (sem maiores danos para a justiça substancial) também ser confiada a renúncias, mais ou menos parciais, a um completo aprofundamento dos factos. Continua, porém, imprescindível que seja a lei a ditar os métodos e percursos a serem praticados para esse fim.

Justamente em função da parte final deste último comentário, sustenta-se não ser a investigação da verdade material o fundamento da actividade do juiz na aquisição e formação da prova mas sim, da dialéctica entre o interesse estatal na imposição da sanção e o interesse do acusado na

383LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 35 e 38-39.

384LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 40.

385Referindo-se à prática de *lege ferenda* de conciliação no processo penal alemão, Hassemmer entende que aquela vulnera o “‘Ethos’ de la búsqueda de la verdad. La ‘verdad’, es para la conciliación perjudicial, pues la lógica de la conciliación es precisamente evitar esta búsqueda. Siendo que, la búsqueda de la verdad es por cierto, la institución del proceso penal que impide lo que la conciliación busca lograr, y esto es la reducción del procedimiento. La práctica de la conciliación tampoco necesita de la verdad, pues el inculpado no será juzgado por un delito comprobado, sino que simplemente (a través de su defensor) ha consentido en su condena previamente. La conciliación reemplaza el lugar ocupado por la ‘verdad’, convirtiéndose en el fundamento sustancial y justificación de la sentencia penal” (HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida medida de la Constitución. Trad.: Tania Ixchel Atilano Camacho. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009, p. 22).

liberdade e em função da dificuldade da produção de provas num e noutro sentido, as partes são induzidas a um acordo sobre o rito ou sobre a espécie da pena a ser imposta, como ocorre no *patteggiamento*³⁸⁶.

Grande parte das reformas processuais penais nos países de origem romano-germânica iniciadas a partir do fim do século XX inseriram o consenso como meio de simplificação ou abreviação de processos criminais, conferindo – sempre³⁸⁷ – ao Judiciário a tarefa de buscar a verdade dos fatos objeto do caso penal, mantendo-se, assim, a função cognitiva da jurisdição.

Mantém-se o debate e o diálogo, a discussão e a controvérsia, métodos que os sistemas acusatórios tradicionalmente utilizam para buscar a verdade³⁸⁸, embora, agora, o resultado deste debate – devidamente fiscalizado e acompanhado pelo juiz – pode resultar no consenso acerca da desnecessidade da continuidade da investigação, dispensando, no todo ou em parte, a produção probatória em juízo. Consequentemente, nestes casos específicos, cujo consenso e as peculiaridades do caso assim autorizam, não é mais a audiência de instrução e julgamento o momento central de verificação dos fatos, mas é ainda na própria audiência, em contraditório – diálogo e debates – e mediante a observância de todas as garantias processuais do imputado, que se desenvolve a atividade jurisdicional de encerramento antecipado do processo, nos termos da lei³⁸⁹.

Esta foi a solução encontrada para compatibilizar o consenso com o caráter público do processo penal, que bem assim se mantém hígido, em que a participação do juiz nunca foi passiva ou de mero espectador, mas obrigatória, não obstante contida por limites destinados a salvaguardar sua imparcialidade³⁹⁰.

386 FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 279-280.

387 Mesmo nos países do *common law* (notadamente EUA), estabelecem-se critérios objetivos para o Judiciário aferir e controlar se os acordos estão em conformidade com os fatos apurados na investigação prévia, como se viu no capítulo anterior.

388 BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Elementos Para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 55.

389 Com exceção dos procedimentos monitorios, marcadamente escritos, os demais ritos de manifestação do consenso preveem que este se dê em audiência, perante o juiz.

390 ANDRADE, Mauro Fonseca de. Sistema processual penal democrático: reflexões de sua proposição no projeto de código de processo penal. *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* – UFRGS, Porto Alegre, v. II, n. 1, p.69-87, 2014.

Não são as partes os gestores absolutos da prova, e conseqüentemente não podem eles celebrar acordos sobre o procedimento ou sobre a pena ao seu livre alvedrio, cabendo ao juiz rechaçar as provas impertinentes e determinar – de ofício – a produção daquelas necessárias para esclarecimento dos fatos trazidos à sua apreciação pelos contendores³⁹¹.

Admitindo a convivência entre a autonomia da vontade e o interesse público, Andrey Borges de Mendonça afirma que a celebração de negócios jurídicos no processo penal não o “privatiza”, já que o processo está marcado – desde há muito – por valores e objetivos indiscutivelmente públicos³⁹².

A questão aqui pode ser posta também desta maneira: dispõe-se do processo penal tradicional conforme o potencial da prova (já existente e daquela que seria produzida em audiência), sempre que a verdade processualmente válida puder ser extraída desde logo. Não há uma concepção privada de verdade, uma privatização do processo, mas sim uma averiguação oficiosa prévia tida por todos os intervenientes no processo como suficiente, resguardando-se assim a concepção publicista da verdade no âmbito do processo penal³⁹³.

391 Há referência na doutrina de que a passividade do juiz quanto à produção probatória seria um dos elementos determinantes do sistema processual vigente. Para esta corrente, seria incompatível com o processo penal acusatório a possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado, devendo o juiz ser um mero espectador da atividade probatória de exclusiva responsabilidade das partes (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139 e seguintes). Entretanto, tanto no Brasil como no estrangeiro prevalece o entendimento de que a natureza pública do processo penal justifica a intervenção do magistrado na produção probatória, sem que isso comprometa sua imparcialidade e desconfigure o processo penal como de matriz acusatória. Sobre o tema, inclusive rebatendo os argumentos de Lopes Jr., ver ANDRADE, Mauro Fonseca de. Sistema processual penal democrático: reflexões de sua proposição no projeto de código de processo penal. *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, Porto Alegre, v. II, n. 1, p.69-87, 2014.

392 MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo. Antonio do Passo Cabral defende que a indisponibilidade do direito não impede a negociação do e no processo, e que existe uma clara tendência mundial de “[...] reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas”, a demonstrar que “[...] as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grandes interesses públicos e sociais, como é, decerto, o direito processual. No processo, evitando a lógica hierárquica e linear para o exercício do poder, que no publicismo é fulcrada em relações de sujeição, a consensualidade hoje pode ser atuada de maneira circular e pluralista por instrumentos de base convencional” (CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: DIDIER JR. Fredie (coord); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (orgs.). *Processo Penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v.13. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 157).

393 MACHADO, Pedro Sá. A Mediação Penal-Restaurativa e o Processo Penal-Consensual: uma discussão acerca da verdade a partir da Lei nº 21/2007, de 12 de junho. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Curz; AMARAL, Cádio do Prado. *Os novos Atores da Justiça Penal*. Coimbra:

Entretanto, é preciso reconhecer que os acordos possuem alguma dificuldade em encaixar-se nestas estruturas processuais, trazendo consequências importantes quanto à função cognitiva da jurisdição, que invariavelmente ganha novos contornos, conforme bem esclarece Antonio Scarance Fernandes:

Afirma-se que não há eliminação dos poderes do juiz, o qual pode exercer, conforme o procedimento, até um tríptico papel. O primeiro, de apreciar o mérito com a finalidade de verificar se não é possível solução mais favorável ao acusado, podendo absolvê-lo ou declarar extinta a punibilidade. Desempenharia um segundo papel ao examinar a qualificação jurídica do fato, ao apreciar as circunstâncias apontadas pelas partes para a determinação da pena em concreto. O último papel seria o de constatar se o acusado, ao pedir o acordo ou ao concordar com a proposta do Ministério Público, estava suficientemente esclarecido e agiu de forma voluntária³⁹⁴.

Essa mudança de papel do juiz não viola o princípio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, nem mesmo ecoa a concepção de que o magistrado estaria subjugado à vontade das partes³⁹⁵, não obstante efetivamente ocorra uma redução drástica ou ao menos substancial na atividade investigativa de busca pela verdade em contraditório, o que também não passou despercebido por Scarance Fernandes:

Quando a solução deriva de acordo, inexistente uma fase destinada à instrução probatória em contraditório, devendo o juiz apoiar-se em elementos colhidos durante as investigações, pela polícia e pelo Ministério Público, em contraste com a regra adotada nos procedimentos-modelo de que apenas valem as provas produzidas na fase de julgamento, só podendo ser consideradas as anteriormente produzidas nos incidentes probatórios ou aquelas, por natureza, irrepetíveis³⁹⁶.

De qualquer sorte, com o estabelecimento e consolidação de salvaguardas aos direitos do imputado, o consenso erigiu-se como meio hábil de abreviação ou

Almedina, 2016, p. 191.

394 SCARANCE FERNANDES, Antonio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 259

395 Em sentido contrário, ver VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 180 e seguintes.

396 SCARANCE FERNANDES, Antonio. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 259. Note-se que a questão não se relaciona diretamente com a chamada “gestão da prova”, mas sim com a decisão – livre e inteligível – de sua não produção em audiência pública, sob o crivo do contraditório.

encerramento de processos por vontade das partes, em conformidade com o devido processo legal, entendimento este ratificado recentemente pela Corte Europeia dos Direitos do Homem e, modo geral, igualmente avalizado pelos Tribunais Constitucionais de grande parte dos países ocidentais, que entendem que o modelo de justiça consensual não resulta em renúncia ou mitigação comprometedora da função tendencialmente cognitiva da jurisdição de busca da verdade, incluindo-se, aqui, a própria individualização da pena³⁹⁷.

³⁹⁷O tema da individualização da pena e os acordos penais será objeto de apreciação com mais vagar no capítulo V.

4. CONSENSO E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1. Antecedentes históricos e previsão constitucional

Desde o período Imperial o processo penal brasileiro maneja ritos simplificadores de seu procedimento, cujas causas e fundamentos variam sem maior rigor, mas que de modo geral encontram na natureza do delito e na respectiva pena as suas marcas diferenciadoras, o que se mantém até hoje³⁹⁸. O Código de Processo Criminal de 1832³⁹⁹ dividia os procedimentos em ordinário e sumário, cuja distinção relevante era que nesse último os termos e solenidades do rito ordinário não eram observados com as mesmas formalidades e prazos⁴⁰⁰, com exceção, é claro, daqueles que interessavam à “[...] ordem essencial do juízo, bem como os termos indispensáveis da acusação, defesa e exames de natureza probatória”⁴⁰¹.

Conforme o aludido Código do Império, o rito sumário aplicava-se a procedimentos especiais das mais diversas naturezas e especificidades, tratando de questões referentes à organização judiciária, procedimentos contravencionais e cautelares. Ou seja, “[...] no direito imperial, como processo sumário eram entendidos todos os procedimentos que não fosse o ordinário comum”⁴⁰².

398OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 510.

399BRASIL. Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. Código de Processo Criminal do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acesso em outubro de 2017.

BRASIL. Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842. Código de Processo Criminal do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm>. Acesso outubro 2017.

400MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium Editora, 2009. Referindo-se à influência que o processo penal herdou do congênere civil em relação à sua estrutura, afirma o autor: “Temos, assim, em nosso processo penal, aquela sucessão descontínua e lenta de fases processuais (a ordinatória, a probatória, a decisória) no processo de conhecimento, com todos os defeitos inerentes ao procedimento escrito, que herdamos, através de Portugal, do direito intermédio, e de que felizmente nos libertamos, no setor do processo civil” (p. 349).

401BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.127.

402BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.128.

Os procedimentos simplificadores então vigentes aplicavam-se às infrações leves⁴⁰³, marcados pela modicidade do direito e evidência probatória, o que possibilitava o julgamento imediato.

Depois, sob a égide da República e com forte influência napoleônica, a legislação brasileira dividiu os delitos em crimes e contravenções, e o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu procedimentos simplificados para os últimos, de menor gravidade, cuja característica principal era seu arranque mediante portaria do juiz ou da autoridade policial ou mediante prisão em flagrante, em ambas as hipóteses sem oferecimento de acusação formal pelo Ministério Público⁴⁰⁴. Ademais, manteve a distinção entre procedimento ordinário e sumário⁴⁰⁵, cuja diferença reside apenas nos prazos e solenidades, mais enxutos e menos rigorosos naquele último caso.

Na tradição brasileira, ao contrário do processo espanhol e português, por exemplo, a confissão ou não contestação dos fatos pelo acusado em nada interferia no rito processual, cuja marcha se mantinha intangível com a realização de todos os atos de instrução em contraditório até o pronunciamento da sentença⁴⁰⁶. Até mesmo a desistência das testemunhas ou outras diligências requeridas pela parte (acusação ou defesa) dependia da anuência dos demais sujeitos processuais sob o

403 Sobre o tema, ver SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 235 e seguintes. Conforme o autor, as alternativas simplificadoras abrangiam os “Termos de bem viver e de segurança”, as “Infrações de posturas e de regulamentos”, e os “Procedimentos dos crimes policiais”. Estes procedimentos incluíam citação, defesa e as decisões eram tomadas com base no sumário da culpa; previam a possibilidade de recurso. Tais procedimentos sumários foram abandonados no Brasil desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, em 1941, e nunca mais regressaram – mesmo com outras roupagens – no ordenamento jurídico-penal pátrio.

404 O processo e julgamento das contravenções penais foi previsto no Brasil no primeiro Código da República (arts. 364 a 404) e se manteve no Código de Processo Penal atualmente em vigor (arts. 531 a 538 do CPP), embora não recepcionado pela CF/88 e suprimido formalmente pela reforma legislativa de 2008 (Lei nº 11.719/2008). É chamado na doutrina de procedimento “judicialiforme” (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 4ª edi., p. 621). Atualmente, conforme art. 129, I da CF/88, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública.

405 Na realidade, o Código de Processo Penal previa a aplicabilidade do rito sumário em duas hipóteses: a) para os crimes punidos com detenção; b) para as contravenções penais.

406 No sentido de que a confissão não é meio de abreviar a instrução probatória no processo penal brasileiro, ver MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 525.

argumento de que, uma vez indicadas, transmutavam-se em diligências ou provas do juízo, e à sua disposição se mantinham.

A reforma tópica do Código de Processo Penal em 2008 não alterou substancialmente a classificação originária, embora tenha corrigido equívocos terminológicos e conferido maior precisão à classificação dos procedimentos⁴⁰⁷, ora divididos em comum e especial, sendo que aqueles subdividem-se em ordinário, sumário e sumariíssimo. O rito ordinário aplica-se aos crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos; o procedimento sumário é adequado aos crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de prisão⁴⁰⁸. Já o rito sumariíssimo destina-se às infrações penais de menor potencial ofensivo e às contravenções penais.

Como anota Scarance Fernandes, são extremamente tímidas⁴⁰⁹ as medidas simplificadoras do procedimento criminal contidas no Código de Processo Penal; no que tange a alternativas baseadas no consenso, nem a redação original e tampouco as sucessivas reformas legislativas a que foi submetido nestes quase oitenta anos de vigência alteraram a tradicional posição dialética e conflitiva do processo penal brasileiro.

A primeira referência ao consenso consta no art. 98, I da Constituição Federal⁴¹⁰, que previu a possibilidade de a União e os Estados criarem juizados especiais 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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, “[...] a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”⁴¹¹.

407 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 249.

408 Os ritos ordinário e sumário pouco diferem entre si a ponto de Gustavo Badaró chegar a questionar a “[...] necessidade de criação de dois procedimentos tão semelhantes” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 625).

409 SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 249.

410 A Emenda Constitucional nº 22/1999 alterou o dispositivo constitucional, possibilitando a criação de Juizados Especiais Criminais também no âmbito da Justiça Federal.

411 Conforme anota Mirabete, “[...] a Carta Constitucional deu margem a importantes inovações em nosso ordenamento jurídico penal e processual penal, aproveitando-se a experiência de instrumentos jurídicos já utilizados em vários países, como os Estados Unidos e Itália, destinados à desburocratização e simplificação da Justiça Penal. Deu-se resposta à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas,

Pela primeira vez o ordenamento jurídico brasileiro referiu a possibilidade de acordos entre acusação e defesa no âmbito criminal, verdadeira autorização constitucional para o desenvolvimento de espaços de consenso e de negócios no processo penal⁴¹².

A autorização constitucional para que a lei desse um passo rumo à justiça consensual fez eco à tendência latino-americana, que, inspirada no Código-modelo de Processo Penal para América Latina, propugnava o estabelecimento de alternativas ao processo penal tradicionalmente conflitivo. A onda reformista latino-americana, que se sucedeu após períodos ditatoriais e portanto coincidiu em grande parte com a redemocratização do continente, baseou-se fortemente no Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, aprovado em 1988 durante as “XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual”, e teve como característica comum um movimento em direção a um processo penal acusatório⁴¹³.

O processo penal brasileiro não passou imune às ondas reformistas e simplificadoras que se expandiram rapidamente mundo afora nos últimos trinta anos, embora o país tenha optado por levar a cabo mudanças pontuais em seu Código de 1941, mantido em vigor até a data de hoje⁴¹⁴.

possibilitando-se uma solução rápida para a lide penal, quer pelo consenso das partes, com a pronta reparação dos danos sofridos pela vítima na composição, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, quer por um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações penais de menor gravidade na hipótese de não se lograr ou não ser possível aplicar uma ou outra daquelas medidas inovadoras” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 24).

412“É nesse dispositivo que se encontra a fundamentação constitucional do consenso, de maneira que os argumentos de inconstitucionalidade da justiça consensual devem sempre ser analisados à luz dessa referência” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 148-149).

413A partir da última década do século passado, nada menos do que 14 (quatorze) países latino-americanos promulgaram códigos processuais penais integralmente novos. Com exceção de Brasil, Uruguai, Panamá, Cuba e México, todos os demais países da região adotaram códigos processuais penais acusatórios entre os anos de 1991 e 2006, conforme estudo de LANGER, Maximo. *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em março de 2017.

414Estribado em Ada Pelegrini Grinover, Máximo Langer observa que o Brasil já havia incorporado algumas tendências acusatórias em seu Código de 1941, o que, aliado a outros problemas políticos internos, dificultou o avanço de uma reforma integral do sistema processual penal brasileiro, que acabou por empurrar reformas parciais ao código até então vigente LANGER, Maximo. *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em março de 2017). Os principais pontos do vigente Código de Processo Penal brasileiro de 1941 são assim referidos por Nereu Giacomolli: “[...] a

A tendência acusatória aqui referida consiste, resumidamente, na introdução de juízos orais e públicos, fortalecimento do papel do Ministério Público, que assume a condução da investigação (outrora de competência dos juízes de instrução), e, especificamente para o que importa neste trabalho, admissão de algum juízo de oportunidade à acusação e introdução de mecanismos de negociação e de resolução alternativa de conflitos.

No que tange aos acordos entre as partes, o Código-Modelo para Ibero-América previu duas soluções alternativas ao paradigma convencional: o procedimento abreviado⁴¹⁵ e a suspensão condicional do processo. No primeiro deles, o Ministério Público requer a observância do rito alternativo e propõe, desde logo, quantitativo de pena em concreto que entenda adequado ao caso, limitado a dois anos de privação de liberdade. Em havendo concordância da defesa, ouvida pelo órgão jurisdicional, suprime-se o juízo oral e a fase dos debates, com a imediata prolação de sentença absolutória ou condenatória, que, nesse último caso, não poderá exceder à proposta acusatória⁴¹⁶. Já a suspensão condicional pressupõe a concordância do acusado e a posterior fixação das condições para o período de prova.

Os países latino-americanos previram a aplicação do rito abreviado conforme a gravidade do crime, levando em consideração o máximo de pena abstratamente previsto no tipo penal ou no quantitativo indicado pelo Ministério Público para o caso

manutenção da direção da fase preliminar policial, como ocorria na época do império; a convivência da ação privada e a condicionada à representação e ex officio para as contravenções; a separação das funções de investigar das de acusar; o estabelecimento de uma fase oral com contraditório pleno, com nítida influência de um processo de partes; a iniciativa facultativa do Juiz na busca da verdade probatória, adotando o sistema da livre convicção motivada; o estabelecimento dos requisitos à prisão em flagrante e à prisão preventiva; a previsão de um sistema de nulidades processuais; a manutenção do duplo grau de jurisdição e da revisão criminal” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 295).

⁴¹⁵ art. 371 e seguintes do Código Modelo preveem a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a dois anos. Entretanto, adverte Scarance Fernandes que “[...] há grande variação a respeito, admitindo-se, nos ordenamentos latino-americanos, acordo também sobre a pena máxima de dois anos ou sobre penas mais elevadas, quatro, cinco, seis e oito anos” (SCARANCE FERNANDES, Antônio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 213).

⁴¹⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

concreto, sendo que os limites variam, em geral, de dois até seis anos de pena privativa de liberdade⁴¹⁷.

Se bem que o rito abreviado não admite propriamente negociações, mas antes adesão à proposta acusatória, alguns países foram além e passaram a estimular negociações dentro e fora do processo, para todos os crimes de ação penal pública, admitindo-se que as negociações abarcassem não só a pena mas também a própria imputação e até mesmo a forma de execução da pena privativa de liberdade⁴¹⁸.

No entanto, como já mencionado, o Brasil tomou caminho um pouco diverso, retardando mais que os vizinhos latino-americanos a introdução de mecanismos de consenso no processo penal.

O mandamento constitucional somente veio a ser regulamentado sete anos depois através da Lei nº 9.099/95, que definiu o que são infrações penais de menor potencial ofensivo e criou medidas despenalizadoras baseadas no consenso entre os sujeitos processuais. Com isso, houve – também pela primeira vez – a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal⁴¹⁹.

A profunda inovação criou um novo paradigma ou modelo de Justiça criminal, uma “[...] verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque quebrou-se a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. [...] Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada”⁴²⁰.

417Na Argentina, por exemplo, o *Código de Proceso Penal de La Nación* (art. 431bis) admite desde 1997 a *conformidad* para aplicação de penas de até 6 (seis) anos de prisão.

418Rosimeire Ventura Leite chama a atenção para a previsão expressa de pré-acordos e negociações amplas nos processos penais peruanos e colombianos, enfatizando que, em ambos, há fortes estímulos a negociações diretas e com limites nem sempre pre-fixados pelo legislador, “[...] o que evidencia o propósito de atribuir aos sujeitos intervenientes esfera mais ampla de liberdade para coordenação de seus interesses” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 138).

419Como se vê ao longo do texto, a doutrina é praticamente unívoca em relacionar a mitigação do princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal com a abertura de espaços de consenso no processo. Em sentido oposto, defendendo a inexistência de vinculação entre consenso e os princípios da oportunidade e celeridade: OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. Uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015, p. 77 e seguintes.

420GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Fernandes; GOMES, Luiz Flavio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099*, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43-44.

Embora seguindo tendência internacional e em especial as experiências portuguesa e italiana de justiça consensual⁴²¹, o legislador brasileiro foi mais tímido e restringiu a aplicação do consenso apenas aos crimes punidos com pena máxima de até 1 (um) ano de prisão, impedindo acordos em crimes de maior vulto cuja sanção seja de privação da liberdade. Posteriormente, as Leis nº 10.259/2001 e nº 11.313/2006 ampliaram o espaço de consenso para abranger crimes cuja pena máxima alcança dois anos.

Norteados pela oralidade, simplicidade e economia processuais, e com o objetivo de alcançar a conciliação e transação, com participação ativa das partes e da vítima, o Estado brasileiro criou os Juizados Especiais Criminais para resolver litígios de menor gravidade com a aplicação preferencial de penas não restritivas de liberdade.

Sem dúvida, constitui o primeiro e importante passo em direção a um modelo alternativo, ou, se se preferir, a um microssistema de justiça não-conflitiva⁴²², cuja evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial revela a natural desconfiança e rejeição iniciais até a consolidação, aprimoramento e surgimento de novos institutos despenalizadores de natureza consensual e mesmo negocial.

4.2. Lei nº 9.099/1995

A composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo são as ferramentas representativas do modelo consensual positivado

421As inspirações diretas aqui mencionadas foram o processo sumaríssimo da codificação portuguesa de 1987 e o *patteggiamento* italiano, segundo GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flavio. Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43-44.

422“Efetivamente, o legislador ordinário não se limitou a estabelecer o que constitui uma infração de menor potencial ofensivo, mas regulamentou um novo processo penal para estas infrações, denominando-o de sumaríssimo, além de criar um microssistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não totalmente independente, pois se aplicam, subsidiariamente, as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 312).

pela Lei nº 9.099/95, que previu o rito sumariíssimo para processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Conforme o art. 61, “[...] 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”. A redação original do artigo estabelecia o limite máximo de 1 (um) ano, e excluía a aplicação da lei aos procedimentos especiais. Todavia, legislação superveniente⁴²³ ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, incluindo aqui as contravenções penais outrora omitidas.

Por outro lado, a Lei n. 11.340/06 excluiu os crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher da competência dos Juizados Especiais Criminais, ainda que se enquadrem no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. As peculiaridades deste tipo de violência e a qualidade da vítima foram os critérios eleitos pelo legislador para afastar as medidas despenalizadoras da justiça consensual (composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo), tidas como incompatíveis com a natureza deste tipo de criminalidade⁴²⁴.

Também não se aplicam os dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais aos crimes militares⁴²⁵ e aos delitos de trânsito quando o agente estiver em especial situação de gravidade, ainda que o preceito secundário do tipo penal autorizasse a incidência da Lei n. 9.099/95⁴²⁶.

423Leis n. 10.250/01 e 11.313/06.

424Dispõe o art. 41 da Lei n. 11.340/06 que “[...] aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995”. Tal dispositivo teve sua constitucionalidade questionada pela doutrina, que entendia violado o princípio da isonomia. Entretanto, o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o legislador pode reconhecer a maior gravidade dos crimes relacionados com violência doméstica ou contra a mulher, afastando a aplicabilidade das medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95, independentemente da pena prevista (HC 106.212/MS, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2011).

425Art. 90-A da Lei n. 9.099/95, com a redação dada pela Lei n. 9.839/99.

426Prevê o art. 291 da Lei n. 9.502/97: “Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do [Código Penal](#) e do [Código de Processo Penal](#), se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos [arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), exceto se o agente estiver:

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

As causas de aumento ou de diminuição devem ser levadas em consideração para estabelecer-se a competência do Juizado Especial Criminal⁴²⁷. Tratando-se de concurso de crimes, recente alteração legislativa determina a aplicação dos institutos despenalizadores a cada um deles, ainda que o processo tramite em procedimento distinto⁴²⁸, devendo-se observar, todavia, o resultado do somatório das penas para fins de aplicação - ou não - dos institutos.

Orientado pelos critérios da oralidade, informalidade e simplificação, bem como economia processual e celeridade, o rito sumariíssimo inicia-se com a audiência preliminar, momento adequado para a manifestação do consenso. A denúncia, seu recebimento, debates e julgamento devem ser orais (art. 81, *caput*). A simplificação e informalidade permitem que apenas os atos essenciais sejam reduzidos a termo, a sentença dispensa o relatório e a súmula do julgamento serve como acórdão, em caso de recurso à turma recursal, órgão *ad quem* formado por juízes de primeiro grau⁴²⁹. Se o caso for complexo a ponto de revelar-se incompatível com a simplicidade do rito, poderá o juiz remeter os autos para processamento mediante rito ordinário⁴³⁰.

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal”.

427BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 628.

428Art. 60, parágrafo único: “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o Tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observa-se-ão os institutos da transação penal e da composição civil dos danos”. Assim, conforme Aury Lopes Jr., “se alguém cometer um crime de lesão corporal leve (art. 129 do CP, pena de 3 meses a 1 ano) conexo com um delito de homicídio doloso (art. 121 do CP, pena de 6 a 20 anos), será julgado no Tribunal do Júri. Sem embargo, as penas devem ser isoladas para fins de incidência dos institutos da composição dos danos civis e, nesse caso, da transação penal, quando realizadas fora do JECrim. Logo, se aplicássemos a regra do concurso material, somando as penas, nenhum dos institutos teria possibilidade de incidência. Mas, diante da nova regra do parágrafo único do art. 60 da Lei n. 9.099, poderá perfeitamente ser oferecida a transação penal em relação ao crime de lesões” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 960).

429BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 627.

430É o que dispõe o art. 77, § 2º da Lei n. 9.099/95. Se o réu não for encontrado e tiver de ser citado por edital, também se aplicará o rito ordinário, nos termos do art. 66, § único.

Na audiência preliminar, frustrado o acordo, o Ministério Público oferece denúncia oral, e o acusado já é citado e intimado para a futura audiência de instrução e julgamento. Nesta, por sua vez, o imputado responde à acusação (também oralmente), e depois se procede ao recebimento da denúncia e à instrução do feito⁴³¹. Após o interrogatório do réu, debates orais e sentença, em audiência. Conforme art. 79, nova tentativa de conciliação pode ocorrer na abertura da audiência de instrução e julgamento.

O inquérito policial dá lugar ao Termo Circunstanciado, simples boletim de ocorrência, sucinto e com poucas peças, a fim de prestigiar o princípio da oralidade⁴³². Basta a qualificação do autor do fato, vítima e testemunhas, bem como sucinta descrição do fato e suas circunstâncias, que constituirão a base para o consenso ou eventual formulação de denúncia pelo Ministério Público⁴³³. A lei prevê ainda o imediato encaminhamento do autor do fato e da vítima ao Juizado, para realização da audiência preliminar. Na prática, entretanto, os envolvidos já são notificados para comparecimento ao Juizado posteriormente, em data específica.

Como se vê, com o objetivo claro de enfrentar o aumento da pequena criminalidade, o legislador brasileiro optou por atribuir ao consenso o poder de interromper o processo logo no seu início, autêntica solução alternativa ao exercício da ação penal⁴³⁴. Isso porque a composição civil dos danos e a transação penal ocorrem na fase postulatória, encerrando o procedimento em uma audiência preliminar. Já a suspensão condicional do processo pressupõe a existência do processo penal, como se verá, mas possui um traço característico comum com os

431A lei silencia quanto ao número de testemunhas que podem ser arroladas no rito sumariíssimo, aplicando-se, por analogia, o art. 532 do CPP, que prevê, para o rito sumário, o máximo de 5 (cinco) testemunhas a serem arroladas por cada parte.

432JESUS, Damásio de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29. Sobre o conceito de “autoridade policial” apta a lavratura do Termo Circunstanciado, anota o autor citado que abrange qualquer servidor habilitado a funções de policiamento preventivo ou repressivo. Atualmente, existem vários convênios entre Ministérios Públicos e Polícias Militares e Rodoviárias regulando a lavratura do Termo Circunstanciado e sua remessa direta à Justiça ou ao Ministério Público, sem necessidade de autuação na Polícia Judiciária. Com isso, permite-se que outra “autoridade” que não o Delegado de Polícia lavre o Termo Circunstanciado.

433GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Fernandes; GOMES, Luiz Flavio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.

434LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 291.

outros institutos que consiste precisamente na desnecessidade de aferição dos fatos e determinação da verdade pelo Poder Judiciário. É dizer: a Lei nº 9.099/95 permitiu que, através da vontade das partes, satisfaça-se a pretensão punitiva estatal sem julgamento de mérito.

Esta foi a opção político-criminal tomada pelo legislador ao regulamentar o art. 98, I da Constituição Federal, escolha comemorada e criticada por muitos, e que pode ser considerada tímida se comparada com as soluções adotadas por outros países de tradição continental, inclusive sul-americanos, que se inspiraram no Código Modelo para Ibero-américa.

Justamente nisto consiste o primeiro avanço, ou primeira fase, do consenso no processo penal brasileiro, cujos institutos passa-se a dissecar individualmente a seguir.

4.2.1. Composição civil dos danos

Prevista no art. 74 da Lei nº 9.099/95, a composição civil dos danos aproxima autor do fato e vítima antes do formal início da ação penal (audiência preliminar), oportunizando a eles a reparação amigável dos danos decorrentes da infração penal sem a necessidade de se recorrer à justiça cível ou de se aguardar pronunciamento criminal definitivo.

Trata-se de oportunidade colocada à disposição da vítima, de natureza cível, dentro do procedimento criminal. Inspirado em modernas concepções de vitimologia, visa a substituir eventual sanção penal pela reparação dos danos à vítima⁴³⁵.

A importante inovação legislativa criou uma ponte de ligação entre as independentes instâncias cível e criminal. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico espanhol, o art. 64 do Código de Processo Penal brasileiro veda a dedução de pretensão cível no âmbito criminal, independência essa mitigada

435GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flavio. Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

com a possibilidade de celebração de acordo civil no próprio procedimento criminal, com efeito impeditivo da ação penal.

É a composição, portanto, “[...] uma forma jurídica de solucionar o conflito de natureza privada, situada na esfera de disposição subjetiva do interessado (indenizar ou em receber a indenização)”⁴³⁶, cuja homologação do acordo pode repercutir de forma determinante na esfera criminal.

Aproxima-se da justiça restaurativa⁴³⁷ na medida em que um terceiro – juiz togado ou leigo ou conciliador – promove a aproximação entre autor do fato e vítima visando por fim ao litígio cível. Tratando-se de infração penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, o acordo homologado em audiência por sentença irrecorrível implica na renúncia ao direito de queixa ou de representação, e consequentemente à extinção da punibilidade⁴³⁸.

Tal repercussão criminal não ocorre nos crimes de ação penal pública incondicionada. Aqui, a composição civil dos danos em nada altera a legitimidade do titular da ação (Ministério Público), que poderá deduzir a persecução criminal em face do imputado.

O acordo pode ser parcial, pode incluir danos morais e materiais; podem as partes repartirem os danos; de qualquer sorte, em qualquer caso, o efeito bloqueador da ação penal ocorrerá⁴³⁹. Cuidando-se de pluralidade de infratores, o

436GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 315-316.

437Utiliza-se aqui o conceito de forma ampla, que abrange todas as formas de ressarcimento ou reparação dos danos à vítima pelo infrator, ainda que conduzida por juiz no bojo de um procedimento criminal. A justiça restaurativa propriamente dita, entendida como complemento ou alternativa à jurisdição criminal, não está regulada no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista de Derecho*, Segunda época, año 12, n. 13, p. 11-32, jul. 2016, p. 14.

438Art. 74 da Lei n. 9.099/95: “A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente”.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

439GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flavio. *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 130. Segundo os autores, “Se a vítima se compôs com o autor do fato em relação à reparação dos danos civis, dele obtendo a desejada satisfação, não mais se justifica o ajuizamento da ação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo” (p. 133).

acordo celebrado com um ou alguns deles não impede o oferecimento de queixa-crime ou representação contra quem não transacionou⁴⁴⁰. Modo igual, em caso de mais de uma vítima, cada uma pode compor civilmente os danos ou manifestar o interesse na persecução penal, independentemente.

Como já aqui assinalado, a solução consensual dentro do procedimento criminal aproxima as justiças cível e penal, tradicionalmente independentes⁴⁴¹, evitando litígios e promovendo economia e celeridade processuais.

O acordo homologado por sentença irrecorrível constitui título executivo judicial, e eventual inadimplemento daquele enseja ação de cumprimento de sentença no juízo cível⁴⁴², não autorizando o exercício da ação penal privada ou da representação (já extintas quando da homologação do acordo).

Não realizada a composição civil, nos crimes de ação penal privada, poderá a vítima oferecer queixa-crime, dentro do prazo decadencial. Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, poderá o ofendido prestá-la já em audiência, oportunizando ao Ministério Público a oferta de transação penal ou de denúncia⁴⁴³; ao revés, poderá renunciar ao direito de representação, extinguindo-se a punibilidade; ou, por fim, poderá silenciar e apresentar representação em momento ulterior, sempre observando o prazo decadencial⁴⁴⁴.

440Em sentido contrário, invocando a indivisibilidade da ação penal, GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 325.

441Posteriormente à Lei nº 9.099/95, a Lei nº 11.719/08 procurou aproximar ainda mais as instâncias cível e criminal ao estabelecer, no art. 387 do CPP, que a sentença condenatória deverá fixar o valor mínimo de reparação dos danos à vítima. Vide, também, o art. 63 do CPP. Tais dispositivos legais, ao lado da composição civil dos danos, visam alterar um pouco o panorama de abandono da vítima no processo penal brasileiro, como anota GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 317.

442A necessidade de recorrer-se a outro procedimento judicial, burocratizando o cumprimento do título executivo no processo criminal, é objeto de críticas pela doutrina. Ver LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual Penal e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 157.

443“A vítima, embora tenha representado, não tem qualquer interferência nesta proposta de transação, [...] mesmo porque a ação, embora condicionada à representação, continua sendo pública” (NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 160). É a natureza pública da ação o fundamento que igualmente veda a retratação da representação após o oferecimento da denúncia, nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal.

444BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 631.

Rafael Serra Oliveira adverte que a lei silencia acerca da necessidade de averiguação, pelo Ministério Público e pelo juiz, da presença de prova da materialidade e indícios de autoria, omissão que pode dar azo à celebração de acordo civil sem prévio exame de sua justa causa⁴⁴⁵. Independentemente disso, face às consequências penais advindas do acordo civil em ações privadas e condicionadas à representação, antes de homologar o acordo, deverá o juiz ouvir o Ministério Público acerca da presença dos requisitos legais.

Sob a ótica do procedimento, a composição civil dos danos encerra-o desde logo, ainda na audiência preliminar e sem a necessidade de formulação de uma denúncia ou queixa-crime pelo titular da ação, interrompendo o seu trâmite sem necessidade de realização de quaisquer atos instrutórios e, portanto, sem a investigação judicial dos fatos.

4.2.2. *Transação penal*

Constitui o instituto despenalizador mais importante da Lei dos Juizados Especiais Criminais, cujo caráter negocial aflora com maior desenvoltura. Segundo o art. 76 da Lei nº 9.099/95⁴⁴⁶, tratando-se de infração cuja pena máxima não

445OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. Uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. Nas palavras do autor: “Ainda que a composição seja feita em consenso entre as partes, é exigível – e deveria ser condição para início das tratativas – a verificação pelos órgãos estatais da existência de indícios veementes de materialidade delitiva e autoria, bem como das condições da ação” (p. 127). Não é este, todavia, o entendimento de Nereu Giacomolli, para quem “a ausência ou não demonstração dos pressupostos para uma pretensão penal acusatória não impede a homologação do acordo civil, pois o ilícito civil não depende da existência ou da afirmação de um ilícito criminal” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 319). Com razão o autor gaúcho, na medida em que a justa causa constitui filtro para o exercício da pretensão punitiva criminal, e não para o acordo civil, ainda que este tenha força jurídica para obstar aquele.

446Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 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.

ultrapasse dois anos, e preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público proporá a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Dá-se a proposta antes do oferecimento de denúncia, na audiência preliminar, na qual o autor do fato e seu defensor têm acesso às peças de investigação coligidas simplificada e pela polícia e então podem acatar – ou não – a proposta apresentada pela acusação, reformulá-la e dar início às tratativas⁴⁴⁷.

Na maior parte das vezes não ocorre *negociação* propriamente dita, mas apenas anuência à proposta acusatória, embora nada impeça que as partes efetivamente negociem acerca do tipo e quantitativo de pena que serão aplicados ao caso, sempre sob a vigilância e fiscalização do juízo. A pena proposta pelo Ministério Público deve ser sempre menos rigorosa do que a prevista no preceito secundário da infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, além de ser uma pena restritiva de direitos ou multa (e nunca privativa de liberdade), seu quantitativo deve ser inferior àquele decorrente de eventual condenação criminal, a fim de estimular a aceitação da proposta pelo autor do fato, que, assim, abre mão de sua posição de resistência.

Com o acordo evita-se a um só tempo o desenvolvimento do processo⁴⁴⁸, que se encerra ainda na fase inicial, e satisfaz-se a pretensão punitiva estatal⁴⁴⁹.

A Constituição Federal denominou o instituto de transação penal, e a lei regulamentadora chamou-o de pena não privativa de liberdade. Desde a edição da

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

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

447Vale mencionar que o concurso de crimes ou de agentes não impede a transação penal em relação à infração de menor potencial ofensivo, a cada um dos implicados, prosseguindo-se o feito normalmente em relação aos demais.

448“A principal motivação para que o autor do fato aceite a proposta do acusador é evitar as incertezas inerentes ao desenvolvimento do processo nos moldes tradicionais. O cumprimento da sanção acordada tem a conveniência de encerrar rapidamente o procedimento, até mesmo de modo imediato se houver opção pelo pagamento de multa” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.160).

449LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. Observe-se que o *jus puniendi* é satisfeito (pretensão punitiva), embora não haja o exercício formal de pretensão acusatória no bojo de uma ação penal.

lei houve contestação de sua constitucionalidade em face da ausência de instrução criminal com as garantias do contraditório e ampla defesa. Entendeu-se, todavia, que a pena é aplicada dentro dos parâmetros previstos em lei, pela autoridade competente, em audiência judicial, após a aquiescência do réu e de seu advogado, sendo assegurados, portanto, o devido processo legal estabelecido em lei e expressamente autorizado pela Constituição⁴⁵⁰. Ademais, o acordo caracteriza-se por ser também uma estratégia da defesa, nunca uma imposição ministerial ou judicial.

A homologação do acordo com a definição da sanção ocorre mediante sentença, cuja natureza é bastante controversa na doutrina. Ao transacionar, o autor do fato não reconhece sua responsabilidade (não admite culpa), a decisão subsequente não produz efeitos civis e não gera reincidência nem antecedentes. Embora se trate indiscutivelmente de pena aplicada, a sentença é meramente homologatória do acordo e não se confunde com sentença penal condenatória⁴⁵¹. O principal argumento reside no fato de que o juiz não aprecia autoria e materialidade delitivas, nem são produzidas provas, restringindo-se – a sentença homologatória – apenas à análise dos requisitos legais do instituto⁴⁵².

Parece claro aqui que o legislador brasileiro entendeu impossível a prolação de sentença condenatória com base no consenso ou na vontade das partes, admitindo apenas a interrupção do processo com a aplicação de uma penalidade não privativa de liberdade sem um pronunciamento jurisdicional acerca da

450MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 154.

451Não produz, por exemplo, os efeitos diretos da sentença penal condenatória previstos no art. 91 do Código Penal. Parte da doutrina denominou-a de “sentença condenatória imprópria”, como o fez Afrânio Silva Jardim, seguido por Geraldo Prado e Cezar Bitencourt, entre outros. Nas palavras de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho: “A decisão que homologa a transação é mesmo sentença definitiva, pois põe fim ao processo com julgamento do mérito, resolvendo uma pretensão punitiva estatal não resistida, ou seja, consensual, que, contudo, exatamente por ser consensual, não tem todas as características da sentença condenatória, como a eficácia civil e o reconhecimento do autor do fato como condenado. A única característica de sentença condenatória que permanece é o da executividade da pena restritiva de direitos ou da multa que tenha sido acordada. Por isso é que parte da doutrina a considera uma sentença declaratória, ou condenatória imprópria, ou, ainda, condenatória sumária” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

452LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 178.

ocorrência de crime e de sua responsabilidade penal. Inspira-se – embora com ele não se confunda – no *patteggiamento*, afasta-se do *plea of guilty*.

A possibilidade de aplicação de pena antes mesmo da existência de denúncia recebida gerou muita controvérsia no cenário jurídico brasileiro, com prolongadas discussões acerca da constitucionalidade do instituto, da exceção à obrigatoriedade da ação penal, e violação das máximas *nulla poena sine iudicio* e *nulla poena sine culpa*⁴⁵³. Não obstante, prevaleceu o entendimento de que a transação penal não consagra o princípio da oportunidade da ação penal, mas obriga o acusador a agir em conformidade com a lei, que determina as hipóteses em que aquele pode (poder-dever) propor acordo ao acusado e, em caso de aceitação, livrá-lo da ação penal. Ademais, previsto constitucionalmente, e estando sempre submetido à vontade (livre e consciente) do autor do fato, devidamente acompanhado por advogado, resguardada estaria a ampla defesa. Por fim, não se tratando de sentença condenatória, mas antes sentença homologatória de acordo com efeitos limitados, prevaleceu o entendimento de que a transação penal não viola os princípios legitimadores da pena e da jurisdição supramencionados⁴⁵⁴.

Sob a ótica da defesa, o imputado voluntariamente abre mão de seu direito de resistir e consensualmente pactua uma sanção mais branda com o Ministério Público; depois, num segundo momento, também voluntariamente cumpre a pena por ele aderida, já que, como visto, a sentença homologatória da transação penal não pode ser executada a fórceps e muito menos convertida – a pena alternativa – em privação de liberdade.

O oferecimento de transação penal pelo Ministério Público sujeita-se a determinados requisitos objetivos e subjetivos, abrindo algum espaço de discricionariedade ao titular da ação⁴⁵⁵, com grande controvérsia no campo acadêmico. Não é para menos: brandia a doutrina – com razão – que o exercício da ação penal pública não poderia depender de entendimentos ou posições jurídicas

453Por todos, ver PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

454Para uma análise completa acerca da discussão e evolução doutrinária sobre a (in)constitucionalidade e natureza da transação penal, vide SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

455Os requisitos subjetivos (antecedentes, conduta social e personalidade do agente) abrangem conceitos jurídicos indeterminados, daí a margem de discricionariedade referida.

peçoais do acusador, a uma porque ele não seria o titular do interesse público subjacente (pretensão acusatória), e a duas porque tal comportamento macularia gravemente o princípio da igualdade, valor tão caro e resguardado de há muito pela obrigatoriedade da ação penal.

Embora o legislador tenha utilizado a expressão “poderá”, preenchidos os requisitos legais, tem a acusação o poder-dever jurídico de propor as medidas alternativas e submetê-lo à concordância – ou não – do autor do fato. Por isso não está o Ministério Público abdicando da pretensão punitiva, com base em critérios de oportunidade, mas sim exercendo sua atribuição constitucional mediante a proposta de uma pena, cujo tipo e quantidade – aí sim – aceitam determinada margem de discricionariedade pré-estabelecida em lei⁴⁵⁶, a fim de propiciar a negociação com a parte contrária, sempre sob a fiscalização e controle da legalidade pelo magistrado. Segundo Rosimeire de Ventura Leite, a margem de discricionariedade referida restringe-se à escolha da espécie de pena (restritiva de direitos ou multa), modalidade de pena restritiva de direitos e quantitativo da multa.

Nesse panorama, evoluiu a doutrina nacional em reduzir tanto quanto possível o espaço decisório do Ministério Público, que somente poderia recusar-se a transacionar nas situações autorizadas legalmente, e de forma justificada:

A liberdade de atuação do ministério público na transação é bastante limitada, demonstrando a cautela do legislador ao abrir exceções à obrigatoriedade da ação penal. Nesse contexto, seria inadequado permitir que, evidenciada a satisfação dos requisitos legais, existisse avaliação discricionária do órgão ministerial quanto à propositura ou não da medida. Se assim fosse, a dificuldade de controle dos critérios utilizados ensejaria condutas potencialmente violadoras do princípio da igualdade de tratamento⁴⁵⁷.

456Eugênio Pacelli de Oliveira nega a existência de discricionariedade regrada, afirmando que “[...] é a lei que estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não se deverá aplicar, senão como última alternativa, o modelo condenatório. É também a lei que deve determinar a orientação da política criminal e das sanções mais adequadas ao caso penal” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 573).

457LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 165.

Embora o oferecimento da transação penal seja prerrogativa do Ministério Público, autêntico poder-dever acusatório, a jurisprudência das Cortes Superiores firmou o entendimento de que a natureza consensual do instituto não confere ao imputado direito subjetivo à transação⁴⁵⁸. Há, todavia, fortes entendimentos doutrinários em sentido contrário⁴⁵⁹.

Em caso de negativa injustificada do Ministério Público, e para assegurar o princípio acusatório, deve o magistrado remeter os autos ao superior hierárquico daquela Instituição para revisão do entendimento esposado pelo promotor de justiça ou procurador da República, em aplicação analógica do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal⁴⁶⁰.

458“A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal)” (STJ, *Corte Especial, Ação Penal n. 634, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 03.04.2012*).

459Para Aury Lopes Jr., “[...] não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 963). Também no sentido de que a transação constitui direito subjetivo do réu, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 573.

460Parcela menor da doutrina entende que à negativa injustificada do Ministério Público pode o juiz propor, diretamente e de ofício, a transação penal. Tal entendimento foi sendo paulatinamente superado pela tese da aplicação analógica do art. 28 do CPP, que tinha a dupla vantagem de (a) assegurar o princípio acusatório, mantendo o juiz numa posição equidistante das partes, e (b) prestigiar a natureza bilateral e consensual da transação penal. O tema veio a ser sumulado pelo STF, que embora se refira textualmente à suspensão condicional do processo, aplica-se integralmente à transação penal: Súmula nº 696 do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”. No mesmo sentido, pontua com precisão Rosimeire Ventura Leite: “[...] assumir o caráter consensual e transacional do instituto em exame é reconhecer o acordo de vontades como elemento estrutural e basilar da figura prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95. Deduz-se daí que a participação do titular da ação penal não é apenas ato secundário, mas momento essencial para que se viabilize a interação e o diálogo que se pretendeu introduzir no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de resolução de conflitos penais. Dizer que a transação é consensual e, ao mesmo tempo, sustentar que o juiz pode fazer a proposta diante da recusa do ministério público é admitir a realização de acordo entre a autoridade judicial e o autor do fato. Em outras palavras, é aceitar a existência do juiz-negociador, o que é excepcional até para os padrões do plea bargaining” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 170). Para Gustavo Badaró (e também Eugênio Pacelli de Oliveira), a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal ao caso é equivocada, devendo o juiz rejeitar a denúncia em caso de não proposição injustificada de transação penal pelo Ministério Público, por falta de uma condição prévia. No ponto, os autores aproximam-se da posição de Marcos Paulo Dutra Santos no sentido de que a proposta de transação constituiria condição de procedibilidade para o exercício da ação penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 634).

Os critérios de oportunidade não se referem, pois, à transação propriamente dita, mas sim ao seu conteúdo, que, aliás, deve estar contido na proposta de modo certo e específico, indicando o tipo e natureza de pena, valor e tempo de cumprimento⁴⁶¹. Para sua fixação, impõe-se a realização de algum prognóstico acerca do tempo de pena que seria estabelecido em caso de aplicação de pena privativa de liberdade, a fim de guardar pertinência com o preceito secundário do tipo penal em tese infringido⁴⁶².

Imprescindível, ainda, que da investigação preliminar (Termo Circunstanciado) extraia-se prova da materialidade e indícios de autoria, ou seja, justa causa para a ação penal. Inexistindo essa, deve o Ministério Público propor o arquivamento do apuratório ou determinar a complementação da investigação.

Durante as tratativas, deve o magistrado controlar a legalidade do acordo e atuar como mediador das partes, sem assumir protagonismo tal que comprometa sua imparcialidade. Depois, ao apreciar os seus termos, não obstante a vontade das partes, poderá o juiz negar-se a homologá-lo se for contrário à lei ou absolutamente injusto⁴⁶³, incluindo-se aqui a falta de justa causa. Ou seja, o juiz aferirá a base fática em que se constrói o acordo, bem como sua necessidade e suficiência, verdadeiro juízo de proporcionalidade que levará em conta as condições subjetivas do infrator, motivos e circunstâncias que circundam a infração penal (art. 76, § 2º, inc. III da Lei n. 9.099/95)⁴⁶⁴. Como ocorre no Direito Comparado, tanto maior os espaços de consenso, maiores devem ser as salvaguardas e mecanismos de controle daqueles, não só da vontade livre e consciente do imputado (aspecto extrínseco do acordo),

461Em sentido contrário, de que o Ministério Público pode somente especificar o tipo de pena, cabendo exclusivamente ao juiz a definição de seu quantitativo, NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 193.

462BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 635.

463“À semelhança do que ocorre nos ordenamentos processuais penais norte-americano, italiano, alemão e português, o juiz não pode simplesmente baixar a cabeça, e aquiescer automaticamente ao pacto entabulado pelo Parquet e pelo atuado. Sequer seria razoável sustentar o contrário, porquanto é dever constitucional do magistrado fiscalizar a legalidade e a legitimidade do acordo submetido ao seu crivo” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006., p. 154).

464Ainda segundo a lei citada, se a pena de multa for a única aplicada, poderá o juiz reduzi-la até a metade (art. 76, § 1º). Márcio Franklin Nogueira entende que a proposta do Ministério Público abrange apenas o tipo de pena, não o seu *quantum* (NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 193).

mas também da necessária correlação entre os fatos, a qualificação jurídica e o conteúdo da pena proposta e acordada entre as partes⁴⁶⁵.

Quanto aos requisitos extrínsecos, deve o juiz, em audiência, certificar-se de que o autor do fato tem conhecimento das consequências fático-jurídicas do acordo e de que a sua manifestação de vontade é livre, consciente e inequívoca⁴⁶⁶. Deverá estar acompanhado de advogado, assegurando-se a paridade de armas e a chamada dupla garantia. Aliás, nesta quadra do estudo, já é possível afirmar que a marcha expansionista do consenso no processo penal anda de mãos dadas com um maior protagonismo das partes na definição do fato criminoso e de sua responsabilidade, como também redefine o papel do magistrado no exercício da jurisdição, na medida em que este exige das partes a demonstração da pertinência e congruência do acordo com as provas produzidas, mantendo íntegros, assim, seus deveres de dizer o direito – *jurisdictio* – e de fazer incidir a lei penal ao caso concreto.

Justamente por isso é de se rechaçar o entendimento de que em caso de divergência entre o autor do fato e seu defensor, prevalece a vontade daquele. O chamado devido processo legal consensual não pode abrir mão da defesa técnica, que assume papel ainda mais relevante e decisivo nos rumos do processo penal, de modo que não se devem abrir fissuras à dupla garantia. Em caso de divergência, o acordo não deve ser celebrado, oportunizando-se ao imputado nomear outro advogado que, com ele, firme o acordo, conforme exigência atual nos ordenamentos jurídicos modernos⁴⁶⁷.

Questão problemática refere-se ao descumprimento da pena fixada mediante acordo. Embora a Lei n. 9.099/95 tenha afirmado, em seu art. 85, que o não pagamento da pena de multa implicará em sua conversão em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, nos termos da lei, legislação superveniente – Lei

465 Não obstante os espaços de consenso apresentem riscos ínsitos à apuração da verdade e consequentemente da culpabilidade do autor, não parece correto afirmar, como fazem os críticos, que “[...] não há preocupação com a aferição da culpabilidade do acusado nem com a satisfação das exigências de prevenção da pena” (OLIVEIRA, Rafael Serra de. *Consenso no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 85.

466 NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 189.

467 Nesse sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 147.

n. 9.268/96 – modificou o art. 51 do Código Penal⁴⁶⁸ e proibiu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade. Revogado tacitamente, portanto, o art. 85 dos Juizados Especiais Criminais.

Diante desse cenário, sob o argumento de que a decisão homologatória da transação penal constituiria coisa julgada formal e material, entendia-se que nada poderia ser feito na esfera penal, restando ao Ministério Público executar o título executivo judicial conforme as regras do processo civil⁴⁶⁹.

Tratando-se de penas restritivas de direitos estabelecidas por consenso mas posteriormente não cumpridas, seguiu-se o procedimento estabelecido na legislação penal⁴⁷⁰, ou seja, convertendo-se a pena restritiva em privativa de liberdade. Contudo, o Supremo Tribunal Federal não tardou em vedar aludida conversão, vez que implicaria em privação da liberdade sem definição da culpabilidade, ofendendo, assim, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁴⁷¹.

A solução encontrada na praxis foi protrair no tempo a decisão extintiva da punibilidade e condicioná-la ao cumprimento do acordo, possibilitando, assim, o prosseguimento da ação penal em caso de descumprimento da transação penal, engenho esse que se tornou desnecessário face à decisão do Pretório Excelso no Recurso Extraordinário n. 602.072 (repercussão geral)⁴⁷², no sentido de que “[...] a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal”. Como se verá no próximo capítulo, o projeto do novo Código de Processo Penal acolhe esse entendimento jurisprudencial a fim de evitar a celeuma no futuro.

Sob a ótica do direito comparado, embora a doutrina brasileira costumeiramente realize um paralelismo entre a transação penal e o

468Desde então, a multa penal é considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, conforme nova redação do art. 51 do Código Penal dada pela Lei n. 9.268/96.

469LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 970.

470Art. 44, § 4º do Código Penal e art. 181, § 1º da Lei n. 7.210/84.

471Os primeiros precedentes do Supremo Tribunal Federal que avalizam este entendimento datam do início do século: RE 268.320, Rel. Min. Octávio Galloti, DJ 10.11.2000; HC 79.572, rel. Min. Marco Aurelio, DJ 22.02.2002; HC 80.802, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.05.2001.

472Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 26.02.2010.

patteggiamento italiano e a *conformidad* espanhola, ao mesmo tempo em que rechaça as comparações com o *plea bargaining* americano, entendemos que as divergências entre os institutos dos países civilistas se impõem e, ao menos sob a ótica aqui apreciada, não recomendam aludido paralelismo. Se é verdade que todos possuem como base comum o consenso e a simplificação procedimental, as semelhanças se encerram aí. A transação ocorre antes da formação da *opinio delicti* e possui como base probatória apenas um boletim de ocorrência ou breve relatório dos fatos (Termo Circunstanciado), com parca ou nenhuma documentação anexa ou outro elemento de convicção qualquer. A abreviação do rito do juizado especial criminal é orientada pelos critérios legais de simplicidade, oralidade e celeridade, contexto em que a pena não privativa de liberdade, voluntariamente cumprida pelo autor do fato, não é resultado de sua culpa, que não surge com a barganha, mas sim nasce de um critério de oportunidade e conveniência que a lei lhe faculta. Não por outra razão a pena é restrita, não exige confissão e não gera qualquer efeito de sentença condenatória.

Por tudo isso é que a transação afasta-se do *patteggiamento* e da *conformidad*. Nesses casos, a culpa não é posta de lado e muito menos ofuscada por razões de conveniência e oportunidade. A confissão (ou ao menos reconhecimento dos fatos) está presente e deve ser ratificada por outras provas (base fática), constitui elemento essencial do acordo. A conveniência está em realizar-se ou não a instrução em contraditório judicial, com a repetição em juízo das provas coletadas na fase preliminar e todos os inconvenientes daí advindos. Por isso a sentença de *patteggiamento* e de *conformidad*, proferidas num procedimento abreviado, é condenatória e pode ensejar inclusive a aplicação de pena privativa de liberdade.

Sob esta ótica, a transação constitui instituto consensual demoradamente mais tênue e tímido, ou menos radical, para se utilizar a terminologia de Nicolás Rodríguez García, de modo que são os acordos penais, previstos no projeto do novo Código de Processo Penal, que efetivamente guardam similaridades importantes com estes institutos italiano e espanhol supramencionados, paralelismo esse que

deve auxiliar sobremaneira a dogmática jurídica nacional a acolhê-los e implementá-los com segurança e respeito aos direitos e garantias do réu no processo penal.

Acresça-se, ainda, que enquanto os procedimentos abreviados latino-americanos exigem, em regra, a admissão dos fatos, com a condenação criminal na pena convencionada pelos sujeitos processuais (conforme proposta do Código Modelo para Ibero-América)⁴⁷³, a transação penal não engloba confissão, não constitui condenação própria e não produz efeitos civis nem gera reincidência.

Clara está, pois, a timidez do instituto brasileiro se comparado aos congêneres do direito estrangeiro, inclusive latino-americanos, resultado da desconfiança que a comunidade jurídica depositava no consenso e nos negócios jurídicos como meios de solução simplificada ou abreviada de processos criminais.

4.2.3. *Suspensão condicional do processo*

Ao contrário da composição civil dos danos e da transação penal, a terceira medida despenalizadora criada pela Lei nº 9.099/95 pressupõe a existência de acusação formal já recebida, de modo ela que é subsidiária em relação às outras duas medidas já estudadas. Enquanto a composição civil dos danos e a transação penal ocorrem na chamada fase pré-processual, normalmente perfectibilizando-se na audiência preliminar, a suspensão condicional do processo – como o próprio nome diz – pressupõe a angularização da relação jurídico-processual (denúncia recebida)⁴⁷⁴ e será ofertada ao acusado em caso de impossibilidade de composição civil ou transação penal.

Do ponto de vista conceitual, “[...] é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam

473Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 164.

474Pressupõe a aferição judicial da viabilidade acusatória e sua base fática correspondente. Ao receber a denúncia, o magistrado verificará a correspondência entre os fatos e a qualificação jurídica dada pelo Ministério Público, afastando eventuais excessos acusatórios que afastem o benefício em apreço, notadamente qualificações equivocadas ou concursos de crimes inexistentes (no ponto, ver LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 979).

cumpridas, durante determinado período de prova⁴⁷⁵. Não há transigência acerca do *ius puniendi*, que se mantém incólume e só é afetado indiretamente após o cumprimento das condições, com a extinção da punibilidade. Premia-se o réu com a cessação da punibilidade mediante o cumprimento de algumas condições.

A suspensão condicional é cabível não só para infrações penais de menor potencial ofensivo, mas para todas as ações penais cujos crimes imputados tenham pena mínima igual ou inferior a um ano⁴⁷⁶. É, portanto, mais ampla e abrangente e tem incidência em crimes de média gravidade, como o furto simples, por exemplo, processados perante o rito sumário. As causas de aumento e de diminuição devem ser computadas para fins de fixação do apenamento mínimo e da possibilidade de suspensão condicional do processo. Em caso de concurso de crimes, formal ou material, o resultado da soma das penas mínimas indicará se o processo admite a suspensão⁴⁷⁷.

Além de a pena mínima ser igual ou inferior a um ano, a lei ainda exige que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena⁴⁷⁸. A equiparação entre estar sendo processado e reincidência é bastante criticada na doutrina⁴⁷⁹, não obstante pareça claro que o legislador pretendeu impedir que o agente se beneficiasse da suspensão condicional em vários processos simultaneamente.

475GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Fernandes; GOMES, Luiz Flavio. Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234.

476Art. 89 da Lei n. 9.099/95.

477A matéria encontra-se pacificada na jurisprudência, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula n. 243, nestes termos: “O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”. O Supremo Tribunal Federal também estabeleceu, através da Súmula n. 723, que “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”.

478A suspensão condicional da pena está sujeita aos seguintes requisitos, nos termos do art. 77 do Código Penal: a) não ser reincidente em crime doloso; b) culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

479Para Aury Lopes Jr., além de violar o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º LVII da CF/88), o juízo de desvalor negativo realizado pelo legislador afigura-se desproporcional (LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 977).

Com os mesmos fundamentos de política criminal, a suspensão visa a evitar a inserção de réus primários no sistema penitenciário por curto prazo; evita, também, a própria instrução processual e preserva a dignidade do indivíduo, porquanto suspende-se o processo durante determinado período (dois a quatro anos), quando o réu submeter-se-á a determinadas condições, que, cumpridas, ensejarão a extinção do processo sem instrução e sem julgamento de mérito.

Trata-se de outra medida simplificadora do procedimento baseada no consenso. O acusado, ao aquiescer integralmente à proposta do órgão acusador, ou com ele alterando condições e prazos, não confessa nem assume culpa, apenas abdica – devidamente acompanhado de seu advogado – de perseguir sua absolvição. O curso normal do procedimento fica suspenso e passa-se diretamente à execução das condições estabelecidas⁴⁸⁰.

As condições da suspensão são submetidas ao crivo e fiscalização do magistrado, que, estando de acordo, proferirá decisão interlocutória, em audiência, suspendendo o processo ainda na fase postulatória, antes do início dos atos instrutórios em contraditório. Em contrapartida, inicia-se o período de prova, com a verificação do adimplemento das condições a que o réu voluntariamente se obrigou.

As condições estão previstas no art. 89 e consistem na (a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, (b) proibição de frequentar determinados lugares, (c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, (d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Nos termos do § 2º do art. 89, o juiz ainda poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

As peculiaridades dos crimes ambientais motivaram o legislador a inserir condição adicional para a suspensão do processo, exigindo a elaboração de laudo de reparação do dano para a extinção da punibilidade do réu beneficiado com a medida despenalizadora do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Previu o art. 28 da Lei n. 9.605/98, ainda, a possibilidade de prorrogação do prazo do

480GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 365.

sursis condicional, com a correspondente suspensão da prescrição, até o limite máximo de 5 (cinco) anos, a fim de que se comprove com maior segurança a efetiva reparação do dano ambiental.

A negociação e a aceitação da suspensão devem ocorrer em audiência, com a presença do réu e seu defensor, momento em que o juiz aferirá a vontade livre do réu e a concordância da defesa técnica, bem como verificará se os aspectos subjetivos do acusado e os motivos e circunstâncias do crime sugerem a suficiência da medida. Ao determinar que a aceitação da proposta deverá ocorrer na presença do juiz, o processo penal brasileiro caminha em sintonia com o Direito Comparado ao exigir que a manifestação de vontade do acusado, no âmbito da justiça consensual, deve obedecer ao princípio da imediação, cautela salutar e necessária para afastar eventuais coações ou quaisquer outros vícios do consentimento que possam macular aquele ato de vontade.

A reparação do dano como condicionante da suspensão revela sua faceta restaurativa e atenção com a vítima⁴⁸¹, mas é preciso advertir que não se trata de requisito para concessão da suspensão, e sim uma das condições a serem incluídas no acordo. Conseqüentemente, as peculiaridades do caso concreto indicarão se ela constará ou não como uma das condições e serem observadas pelo agente durante o período de prova⁴⁸².

As condições devem ser estabelecidas com parcimônia e cautela, a fim de não se tornarem excessivamente gravosas ao réu. A proibição de frequentar determinados lugares normalmente é aplicada naqueles casos que guardam alguma pertinência com o crime de que se acusa o réu, como por exemplo a proibição de comparecer a jogos de futebol ou frequentar bares e estabelecimentos noturnos quando o delito supostamente ocorreu neste tipo de evento.

Eugênio Pacelli de Oliveira critica a prática forense de imposição de pagamentos pecuniários (doações de cestas básicas) como condição para a suspensão processual. Argumenta o autor que as condições referem-se a regras de

481LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 189.

482BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 641.

comportamento pessoal do acusado (salvo a reparação do dano), não de penas⁴⁸³. Entretanto, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema e entendeu pela possibilidade de se incluir doações de cestas básicas como condição para a suspensão condicional do processo, não se travestindo – essa condição – em pena pecuniária, já que esta tem caráter impositivo e não consensual. Além do mais, entendeu o Pretório Excelso que o próprio legislador estabeleceu condições para a suspensão condicional que também podem constituir pena não privativa de liberdade, sem que isso altere as naturezas facultativa e impositiva de uma e outra⁴⁸⁴.

A exemplo da transação penal, preenchidos os requisitos, discute-se se o réu possui direito subjetivo à suspensão condicional. Mais uma vez, o caráter consensual do instituto prevaleceu sobre o direito subjetivo do réu, entendendo o Pretório Excelso que “[...] a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95”⁴⁸⁵. Nesse sentido, não pode o juiz suspender de ofício o processo, reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a titularidade do Ministério Público para oferecer a suspensão condicional⁴⁸⁶. Assim, embora se trate de ato consensual, caso o Ministério Público venha a negar a suspensão ao réu que preencha seus requisitos, aplica-se – também por analogia – do art. 28 do Código de Processo Penal, conforme Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal⁴⁸⁷.

483 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 530. No mesmo sentido, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 983.

484 Segundo o Min. Relator, Joaquim Barbosa, “[...] o próprio ordenamento normativo penal prevê situações em que determinada hipótese pode configurar, em certa ocasião, condição para suspensão do processo, e em outra, pena restritiva de direito, como ocorre, por exemplo, com a proibição de frequentar determinados lugares, prevista tanto no art. 89, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.099/95 (condição para o *sursis* processual), como no art. 47, inciso IV, do Código Penal (modalidade de pena restritiva de direitos)” (STF, 2ª Turma, HC 108.927/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 25/05/2012).

485 STF, 2ª Turma, HC 129.346, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 05.04.16. Outros precedentes: HC 83.458, 1ª turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 06/02/03; HC 101.369, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28/11/11.

486 HC 74.153-3, DJ 03/12/2006.

487 Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal. Eugênio Pacelli de Oliveira entende tratar-se de direito subjetivo do réu, razão pela qual deve o Judiciário salvaguardá-lo sempre que tal direito vier a ser violado. Para ele, conferir ao Ministério Público a palavra final sobre o preenchimento ou não dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo é, de certa forma, negar o controle judicial sobre a recusa ministerial e a incidência da lei. Textualmente, o autor aponta o problema: “[...] e se o órgão de revisão do Ministério Público mantiver a recusa à proposição da suspensão?”

Se na transação penal aplica-se de imediato uma *pena* ao autor do fato, aqui são aplicadas *medidas* a serem observadas pelo réu, que incluem a reparação do dano à vítima, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial, e comparecimento mensal e obrigatório a juízo, para informar e justificar suas atividades. A lei autoriza ao juiz agregar outras condições judiciais àquelas legalmente previstas, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado⁴⁸⁸.

Se o réu não aceitar a proposta ofertada pelo Ministério Público, o feito segue o rito normal, com a abertura da fase instrutória.

Encerrado o lapso temporal acordado sem que o réu tenha descumprido uma das condições e não tenha sido novamente processado durante o período de prova, o processo é extinto sem julgamento do mérito, e o acusado mantém-se como primário.

Como medida simplificadora de suspensão do processo e desnecessidade de aferição completa dos fatos mediante produção probatória, normalmente a proposta suspensiva acompanha a denúncia, na fase postulatória. Entretanto, em

Afinal, o preenchimento dos requisitos legais – que, subjetivamente, podem constituir direitos individuais – não estará ao alcance do Judiciário?”(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 533).

488Art. 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 ([art. 77 do Código Penal](#)).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

determinadas hipóteses, quando fundamentos que impediam a suspensão no início do processo são rechaçados ou afastados ao longo da instrução, a proposta de suspensão deverá ser ofertada ao final do processo ou mesmo na fase recursiva⁴⁸⁹. É o que dispõe a nova redação do art. 383, § 1º do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 11.719/08⁴⁹⁰, e pela Súmula n. 337 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹¹.

Se o réu vier a ser processado por outro crime durante o período de prova, a lei determina a revogação do benefício. Se o processo for pela prática de contravenção, a revogação não é obrigatória, e sim facultativa. Também é causa de revogação da suspensão o descumprimento das condições estabelecidas⁴⁹².

4.3. Acordo de não persecução penal (art. 181 da Resolução CNMP n. 181/2017)

Não foi sem surpresa que a comunidade jurídica recebeu a Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre o procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e, precisamente no seu art. 18, estabelece a possibilidade de o titular da ação penal e o investigado celebrarem acordos de não persecução penal, obstando, como o próprio nome diz, o início de uma ação penal perante o Poder Judiciário.

489É o que ocorre, por exemplo, quando a instrução revela a inexistência de qualificadora descrita na denúncia e o juiz procede à desclassificação do fato para crime cujo apenamento mínimo autoriza a suspensão condicional.

490Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, operará atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

491Súmula n. 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

492As hipóteses de revogação obrigatória e facultativa estão previstas nos § 3º e § 4º do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, respectivamente.

Dispõe o art. 18 da Resolução CNMP n. 181/17⁴⁹³ que o acordo tem aplicabilidade aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, cominada pena mínima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e o investigado tiver confessado circunstanciadamente a sua prática.

A novel legislação visa a evitar a instauração de ação penal naqueles casos em que o cumprimento voluntário de determinadas medidas pelo agente, incluindo-

⁴⁹³Segue o inteiro teor do dispositivo: “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

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

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

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

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

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

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (texto sem alteração)

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; (texto sem alteração)

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; (texto sem alteração)

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (texto sem alteração)

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, 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.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 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;

se aqui a reparação do dano ou restituição dos bens à vítima, fariam desaparecer o interesse processual na deflagração da ação penal. Como negócio jurídico extraprocessual, cujas medidas ou prestações seriam claramente disponíveis e não resultariam, em nenhum caso, em ofensa ao *status libertatis* do investigado, o instituto encontraria estribo na ordem constitucional vigente e conferiria funcionalidade ao sistema ao evitar o deflagramento de ações penais referentes a crimes de média e baixa gravidade, cujo resultado final, após a completa instrução, coincidiria em grande parte com as medidas levadas a cabo mediante acordo de vontades, sem a imperatividade que caracteriza a sanção criminal e sem os custos de um *full trial* (instrução e julgamento perante o juiz)⁴⁹⁴.

O objetivo político-criminal é inequívoco: imediato alívio do sistema criminal brasileiro⁴⁹⁵. A redação original previa que o acordo sequer seria homologado pelo

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

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

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

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. (documento não paginado Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em dezembro de 2017).

494CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 22-48.

495Em um dos “considerandos” da Resolução em apreço, consta: “[...] a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais” (documento não paginado disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>, acesso dezembro 2017).

Poder Judiciário, que somente dele tomaria conhecimento ao final, quando do adimplemento das condições e da promoção de arquivamento pelo Ministério Público. Recente alteração, todavia, inseriu a obrigatoriedade de o Ministério Público submeter o acordo previamente à apreciação judicial, que, considerando-o “[...] cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação” (§ 6º)⁴⁹⁶.

Os acordos de não persecução penal ora criados não constituem apenas uma inovação no campo da justiça consensual e seu viés funcionalista de enfrentamento à crise do sistema. A rigor, como visto ao longo do trabalho, as alternativas consensuais carregam em seus genes a tentativa de simplificação, aceleração e desobstrução da justiça. Mas aqui a grande novidade parece outra: como titular da ação penal, o Ministério Público assume prioridades e diretrizes dentro de sua política de persecução criminal⁴⁹⁷. Com efeito, para Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza, o acordo de não persecução penal navega legitimamente dentro de um “[...] espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis da política-criminal”⁴⁹⁸.

496Durante a 23ª Sessão Ordinária do CNMP, ocorrida em 12 de dezembro de 2017, modificou-se a redação do art. 18 da Resolução n. 181/2017, exigindo que o acordo de não persecução penal seja previamente submetido à homologação judicial, e não posteriormente, como constava na redação original. A íntegra da discussão do Conselho (parecer e votação) pode ser encontrada em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/PROP_927_2017_69_-_Resolu%C3%A7%C3%A3o_181_-_Parecer.pdf>. Acesso em dezembro de 2017. Referida alteração parece constituir uma tentativa de salvar o acordo de não persecução penal de uma declaração de inconstitucionalidade pelo STF, já que a redação original implicaria na prestação de serviços à comunidade ou prestação pecuniária sem qualquer intervenção judicial. De qualquer sorte, o acordo criado à revelia de lei em sentido formal parece efetivamente incompatível com o disposto no art. 129, I da CF/88, problema maior que respinga em outras previsões infraconstitucionais que sustentam o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Sobre o problema da inconstitucionalidade da Resolução em apreço, e também a respeito das dificuldades de sua acomodação à legislação infraconstitucional, ver BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 18. In: FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 213-251.

497CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 37.

498Ó SOUZA, Renee do; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de Política Criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 113.

Segundo Antonio Suxberger, a formalização do acordo e seu cumprimento esvaziam o interesse processual necessário ao manejo do exercício do direito de ação pelo seu titular, inexistindo ação penal e manifestação do *ius puniendi* estatal em relação aos fatos investigados. Com isso, e segundo o autor, estaria preservada a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV da CF/88)⁴⁹⁹, sem que houvesse qualquer prejuízo ao investigado ou mesmo gravame à sua posição jurídica como sujeito passivo de um procedimento criminal.

Para além das discussões acerca da constitucionalidade da criação e regulamentação de acordos penais pelo Conselho Nacional do Ministério Público sem respaldo legal, questão já submetida ao Supremo Tribunal Federal através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e nº 5793⁵⁰⁰, propostas respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e também sem descer em minúcias acerca da repercussão cartorário-administrativa que sua implementação gerará no âmbito do Ministério Público, interessa neste trabalho investigar o acordo de não persecução criminal como meio de simplificação do procedimento criminal, notadamente as opções político-criminais levadas a cabo pelo CNMP para fazer frente à crise do sistema penal brasileiro.

A primeira observação refere-se ao momento eleito para a realização do acordo: antes do oferecimento da denúncia. À semelhança da transação penal, a interrupção do curso normal do procedimento dá-se logo após a investigação ou fase preliminar (pré-processual), quando o Ministério Público, verificando não ser

499SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 198.

500Entre outros fundamentos, a AMB afirma que a Resolução CNMP n. 181/17 padece de vício de inconstitucionalidade formal, já que somente lei em sentido material (art. 22, I da CF/88) pode regular questões processuais penais, lembrando que somente após a edição das Leis n. 9.099/95 e 12.850/13 o Poder Judiciário pôde conduzir conciliações no processo penal brasileiro, não podendo o MP fazê-lo mediante resolução. Alega, também, vício material, pois, a pretexto de criar “acordo”, estaria o CNMP usurpando a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção aos jurisdicionados (violação ao art. 5, inc. XXXV, LIII, LV, LVI, LXI, LXII e LXV da CF/88). Os fundamentos da ação de inconstitucionalidade ajuizada pela OAB também recaem sobre os vícios de inconstitucionalidade formal e material já referidos, acrescendo, ainda, violação ao art. 129, I da CF/88, que determina que o Ministério Público promoverá, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Ambas as ADIs encontram-se sob relatoria do Min. Ricardo Levandowski. Andamento das ações e consulta às peças disponíveis em <www.stf.jus.br>. Acesso em dezembro de 2017.

caso de arquivamento, propõe ao investigado a formalização do acordo de não persecução penal. Não obstante inexistir denúncia oferecida, imprescindível a presença de justa causa para a propositura do acordo.

Se a redação original não condicionava a execução do acordo à prévia homologação judicial, como aqui já referido, diferindo sua análise para momento posterior, a atual redação inseriu o controle judicial daquele como requisito à sua implementação⁵⁰¹. Entretanto, não há previsão de realização de audiência judicial para aferição da vontade livre e consciente do investigado, como ocorre na conciliação civil com efeitos penais, na transação e na suspensão condicional do processo, assim como no acordo de colaboração premiada, hipóteses de consenso e negócios no processo penal brasileiro em que os princípios da oralidade e imediação foram prestigiados pelo legislador⁵⁰².

Até hoje, a simplificação do procedimento através do consenso no Brasil sempre se caracterizou pela abdicação da apuração dos fatos, com o encerramento do processo sem aferição de culpa e conseqüentemente sem os efeitos penais decorrentes de uma sentença condenatória. Bem assim, as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95 premiam a realização do acordo, entre outros benefícios, com a desnecessidade de o investigado aceitar – formal ou informalmente – qualquer responsabilidade e de submeter-se à sua apuração mediante instrução sob crivo do contraditório, com todos os custos pessoais daí advindos.

501Assim, as teses de inconstitucionalidade decorrente da usurpação das funções do Poder Judiciário e da aplicação de penas de perda de bens e direitos pelo Ministério Público, e não pelo Estado-juiz, perde, ao menos em parte, força, na medida em que há controle jurisdicional sobre o acordo. De qualquer forma, a exemplo do que ocorre com a transação penal, deve o juiz fiscalizar não só a existência de correlação entre os fatos em tese delituosos e as condições estabelecidas no pacto, como também os aspectos externos ao acordo, quais sejam a imputabilidade do investigado e sua aptidão - conhecimento e inteligência - para firmá-lo. Por outro lado, com a exigência de homologação prévia do Judiciário, o acordo de não persecução penal aproximar-se-á e muito da suspensão condicional do processo, com a diferença de que as atividades burocrático-cartorárias de controle do cumprimento do acordo recairão ao Ministério Público.

502Dois apontamentos fazem-se necessários. O primeiro refere-se ao § 2º do art. 18 da Resolução, que determina que “[...] a confissão detalhada e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual”, conferindo transparência e publicidade ao acordo, circunstância que naturalmente favorece o controle judicial posterior. A segunda observação é de que os acordos de colaboração premiada previstos na Lei n. 12.850/13 adotam a mesma sistemática, acrescentando, apenas, que o juiz “poderá”, quando do controle do acordo, “[...] ouvir o colaborador, na presença de seu defensor” (art. 4, § 7º)

Nesse ponto o acordo de não persecução penal inova e avança consideravelmente, já que a possibilidade de consenso abre-se apenas àquele investigado que “[...] tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática”⁵⁰³. Ou seja, não há ação penal, mas se exige a confissão dos fatos investigados como requisito ou quiçá pressuposto do acordo. Por conseguinte, cumpre sublinhar, a confissão municia a acusação em caso de descumprimento injustificado do acordo pelo investigado e necessidade de oferecimento de denúncia⁵⁰⁴. Com isso, a exemplo do que tem ocorrido nos acordos de colaboração premiada, protege-se a boa-fé e a confiança na relação contratual firmada entre o Estado-acusador e o investigado e permite-se que aquele depoimento valha como elemento probatório para dar início à ação penal, ainda que não isoladamente. Ademais, confessando voluntariamente a prática do crime sem qualquer ressalva ou condicionamento, não se vislumbra óbice à utilização de suas declarações em caso de ação penal futura, ainda que contra terceiros.

O acordo de não persecução tem natureza subsidiária à transação penal, e adota os mesmos critérios (e restrições) para aceder ao acordo contidos no art. 76, § 2º da Lei n. 9.099/95. Também não podem ser celebrados acordos: quando o valor do dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo órgão de revisão do Ministério Público, nos termos da regulamentação local; quando o delito for hediondo ou equiparado ou tratar-se de crime previsto na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06); e, ainda, quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

503Art. 18, caput, da Res. 181/17. A redação original do artigo exigia também que o investigado apresentasse provas de corroboração dos fatos confessados, exigência excluída atualmente.

504Embora a legislação seja silente sobre a possibilidade de utilização da confissão em eventual ação penal futura decorrente de revogação do acordo de não persecução penal, não se afigura equivocado utilizar-se aquela como indício de prova em desfavor do réu, sempre que o descumprimento do pacto seja imputável ao próprio investigado. Os acordos regem-se pela boa fé e pela confiança, não podendo o Direito respaldar comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*). Aliás, é o que ocorre quando o réu, depois de firmar com o Estado acordo de colaboração premiada, vem a descumprir algumas das condições da negociação: ele não só perde os benefícios, como mantém-se hígidas todas as provas por ele disponibilizadas à acusação. Nesse sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e Procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 149.

Certamente em razão de a prescrição constituir matéria de direito penal, não podendo a Resolução do CNMP criar uma hipótese de interrupção daquela, o inc. IV, § 1º do art. 18 também veda a celebração do acordo quando o aguardo do prazo para seu cumprimento puder acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

O espectro para manifestação da oportunidade pelo Ministério Público é visivelmente maior do que as medidas despenalizadoras contidas na Lei dos Juizados Especiais Criminais. As condições previstas no art. 18 são meramente exemplificativas, já que o inciso V constitui uma abertura para inserção de outra condição não prevista no dispositivo, desde que compatível e proporcional com a infração penal aparentemente praticada. Assim, a título de exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares e o comparecimento periódico no Ministério Público podem ser estipuladas nos acordos de não persecução criminal. Tal possibilidade encontra correspondência no art. 89, § 2º da Lei n. 9.099/95.

O prazo para cumprimento também pode ser livremente fixado pelas partes, inexistindo limites mínimo e máximo, como ocorre na suspensão condicional do processo, salvo quando se tratar de prestação de serviços à comunidade, ocasião em que o período de cumprimento corresponderá ao apenamento mínimo cominado ao delito, reduzido de um a dois terços.

Compreendendo-se estas condicionantes como resultado da livre negociação entre as partes, cujo descumprimento não dá azo à execução forçada, e sim ao prosseguimento do rito procedimental tradicional, e veiculando apenas prestações alternativas diversas do encarceramento, o acordo de não persecução penal guarda similitudes importantes com a suspensão condicional do processo, embora aqui o pacto seja celebrado diretamente com o Ministério Público ainda antes do oferecimento da denúncia, e, somente depois, submetida à homologação judicial. Não por outra razão o art. 18, § 10 da Resolução CNMP 181/2017 estabelece que o “[...] descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo”.

A problemática referente à existência de direito subjetivo ao acordo de não persecução penal apresenta os mesmos contornos do que já dito quando da análise da transação e do *sursis* processual, devendo a negativa ministerial ser fundamentada e sujeita a controle posterior, qual seja o art. 28 do Código de Processo Penal, para revisão do entendimento do Promotor de Justiça ou Procurador da República pelo Procurador-Geral de Justiça ou Câmara de Coordenação e Revisão com atribuição, respectivamente⁵⁰⁵. Mantém-se, assim, a palavra final ao titular da ação penal, vedando-se ao juiz formalizar, de ofício, acordos com o investigado.

Finalmente, descumprido o acordo pelo investigado, o procedimento retoma seu curso normal, com o imediato oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou a tomada de outras providências cabíveis, tais como a requisição de diligências complementares, por exemplo, a fim de exercer a *persecutio criminis* em momento e condições adequados.

Embora inexistam ainda manifestações dos Tribunais acerca do instituto em decorrência de sua recenticidade, e apesar de resistências da doutrina e do próprio Ministério Público⁵⁰⁶, verifica-se de sua regulamentação que o acordo de não persecução penal seguiu a tendência brasileira inaugurada com a Lei n. 9.099/95, consistente na interrupção do procedimento em suas fases iniciais (*in casu*, em sua fase preliminar, tal qual ocorre na transação penal) e aplicação de “penas” não privativas de liberdade ou prestações de outra natureza, assumidas voluntariamente pelo investigado e, por conseguinte, sem a imperatividade da sanção criminal e sem qualquer possibilidade de execução forçada. Especificamente sob a ótica do procedimento, o acordo não só o abrevia como implica em renúncia do Estado em apurar integralmente os fatos e eventualmente proferir sentença condenatória.

505Em situação diametralmente oposta, caso o juiz não homologue o acordo alcançado pelas partes, deverá proceder da mesma forma, encaminhando os autos ao procurador-geral ou ao órgão superior interno, para revisão, nos termos do art. 18, § 6º da Resolução n. 181/17.

506Tão logo publicada a Resolução CNMP n. 181/17, o Procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais mineiro expediu a Recomendação n. 02/2017, para que os órgãos de execução daquele Ministério Público se abstenham de celebrar os acordos de não persecução penal ora em apreço. In: <https://www.conjur.com.br/dl/mp-mg-proibe-acordo-ignorar-acao-penal.pdf>, acesso 11/12/2017.

Portanto, mais uma vez, o acordo não conduz à supressão de etapa e prolação de sentença condenatória, com aplicação de pena, como ocorre no Direito Comparado.

Aliás, tal panorama tende a mudar se o projeto de novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal e atualmente em avançado trâmite na Câmara dos Deputados, for convertido em lei. É que o projeto contempla um instituto semelhante ao *patteggiamento* italiano e à *conformidad* espanhola, admitindo a supressão de fase do procedimento criminal e imediata prolação de sentença condenatória, assentada na confissão do réu e no acordo entre acusação e defesa.

Esse assunto e outras hipóteses de simplificação do procedimento através do consenso, previstos no projeto de lei mencionado, são objeto do último capítulo deste trabalho, que investiga as possibilidades e perspectivas do consenso no processo penal brasileiro.

5. PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES DOS ACORDOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

5.1. Questões preliminares

Os capítulos anteriores conferem-nos alguns suportes teóricos e históricos que permitem refletir criticamente acerca de como os acordos foram e vêm sendo recebidos no processo penal brasileiro, o que inclui a produção legislativa, doutrinária e mesmo a práxis forense. Da mesma forma, a análise de algumas experiências de Direito Comparado, notadamente de países de aberta influência em nosso legislador, cujas opções político-criminais convergem sempre e unanimemente na busca pela celeridade dos processos e maior eficácia da prestação jurisdicional, fornece-nos algumas pistas dos caminhos a seguir pela justiça consensual em território pátrio.

Os acordos de colaboração premiada, que se inserem no âmbito da justiça consensual, foram recentemente regulados pela Lei n. 12.850/13 e, a nosso ver com razão, não foram contemplados no projeto do novo Código de Processo Penal. Objetivando romper o vínculo associativo do agente com a organização criminosa e propiciar ao Estado o acesso a provas de difícil obtenção, a colaboração premiada não visa precipuamente à simplificação ou abreviação do procedimento, compondo, junto com outros institutos, a um só tempo, técnica especial de investigação para a acusação, e estratégia de defesa para o réu.

Por outro lado, o projeto do novo Código de Processo Penal não prevê qualquer tipo de procedimento monitório, tais como o *giudizio per decreto* italiano, o *proceso por aceptación de decreto* espanhol e a *ordem penal* alemã. Embora os procedimentos monitórios apresentem tendência expansiva na Europa e mesmo nos Estados Unidos, o projeto mantém a tradição brasileira de não adotar procedimentos desta natureza desde a extinção dos antigos termos de bem viver e de segurança⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 278.

Da mesma forma, não cuidou o projeto especificamente de acordos sobre o processo ou o procedimento, a exemplo dos *giudizios immediato e direttissimo* italianos e da conversão do procedimento abreviado em *juicio rápido* do processo penal espanhol. Ou seja, embora o consenso possa recair sobre questões processuais ou procedimentais, o que se está a dizer é que não foram contemplados no projeto caminhos específicos em que se atribua ao consenso ou mesmo a ato unilateral de vontade da parte força para modificar o rito procedimental.

Ainda nesse sentido, a situação de flagrância ou de evidência probatória também não propicia qualquer alteração no curso normal do procedimento criminal brasileiro, situação que não se altera no projeto do novo Código Processual Penal. Note-se que Alemanha, Itália e Espanha utilizam técnicas de simplificação e agilização do procedimento quando há situação flagrancial ou quando o fato em tese típico encontra-se, segundo as partes, suficientemente comprovado nos autos e, portanto, apto para julgamento.

Nesse sentir, o legislador poderia aproveitar a recente regulamentação da Audiência de Custódia pela Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, e em especial as experiências forenses advindas de sua tentativa de implementação, para buscar uma aproximação entre a situação flagrancial e a adoção de mecanismos simplificadores do procedimento criminal. Atualmente, e sem entrar no mérito da imprescindibilidade da adequação do Brasil às normas internacionais de apresentação do preso a uma autoridade judiciária⁵⁰⁸, a audiência de custódia no Brasil tem exigido hercúleo direcionamento de esforços para a sua realização sem que o ato propicie qualquer repercussão na velocidade do procedimento criminal, ainda que seja da vontade das partes abreviá-lo ou simplificá-lo⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸Sobre a audiência de custódia, seus fundamentos teóricos e problemas de sua implementação no Brasil, ver ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁵⁰⁹A exceção do que se afirma aqui está no art. 18, § 7º da Resolução CNMP n. 181/2017, que prevê, de forma inédita, a possibilidade de aproximação dos sujeitos processuais para celebração do acordo de não persecução penal na mesma oportunidade da audiência de custódia.

A justiça restaurativa, como espaço horizontal de diálogo entre autor e vítima, com principiologia própria e fora do sistema de justiça estatal, veio a ser contemplada no 4º Relatório-Parcial, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, que propõe a inserção de um capítulo próprio no projeto de novo Código de Processo Penal denominado “Da Justiça Restaurativa”, que cuida dos efeitos daquela no processo penal. Embora não seja objeto do presente trabalho, cumpre mencionar, ainda que rapidamente, que, segundo o projeto, as práticas restaurativas poderão ensejar a suspensão do processo e do correspondente prazo prescricional nas ações penais públicas condicionadas à representação, e, após o cumprimento do acordo restaurativo, a extinção da punibilidade⁵¹⁰.

O projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro mantém e revigora as medidas despenalizadoras criadas em 1995 pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, corrige algumas imprecisões técnicas e, com isso, sinaliza que o consenso há de ser a alternativa para os crimes de baixa complexidade e menor potencial ofensivo.

De outra parte, avança a passos largos rumo à justiça negocial quando admite a celebração de acordos sobre a pena e, com isso, encerramento do processo criminal, seguindo o rastro das reformas já havidas na Europa e na América Latina.

Recentemente, o projeto aprovado no Senado sofreu mudanças na Câmara dos Deputados por intermédio da Comissão Especial⁵¹¹ criada para elaborar parecer ao Projeto de Lei nº 8.045/10, do Senado Federal. Um de seus Relatores-Parciais, Deputado Rubens Pereira Júnior, apresentou Relatório Parcial no dia 04 de julho de 2017 abarcando os ritos sumário e sumariíssimo e alterando-os substancialmente,

510O relatório parcial referido está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1FC348223F7AA92D97D0323333893FFD.proposicoesWebExterno1?codteor=1564012&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em dezembro de 2017.

511A Comissão Especial foi criada em 24 de fevereiro de 2016, designando como Relator-Geral o Deputado João Campos, bem como outras cinco relatorias parciais. Os relatórios parciais já foram apresentados e encaminhados ao Relator Geral, aguardando prosseguimento (o andamento do processo legislativo está disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em dezembro de 2017).

propondo redação substitutiva ao projeto aprovado pelo Senado, modificações essas que doravante também serão objeto de análise crítica⁵¹².

Com estas ponderações, o quinto e último capítulo debruça-se sobre as alternativas consensuais previstas no projeto de novo Código de Processo Penal e que afetam diretamente o procedimento criminal, correlacionando-as com os institutos congêneres de Direito Comparado e apontando eventuais incongruências e dificuldades que poderão surgir quando de sua implementação no processo penal brasileiro.

5.2. O consenso no projeto do novo Código de Processo Penal

De iniciativa do Senado Federal, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal foi apresentado em 2009, recebendo o número de PLS 156/09, já aprovado naquela Casa e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o número 8.045/2010⁵¹³. Elaborado por uma comissão externa de juristas⁵¹⁴, o texto traz profundas mudanças e inovações no processo penal brasileiro, consolidando, entre

512A íntegra do relatório parcial e nova redação proposta estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B5A3EDF36CB85786825BB_D8F37D1A9E2.proposicoesWebExterno1?codteor=1574897&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em dezembro de 2017.

513O projeto sofreu inúmeras alterações e a ele foram apensados diversos projetos de lei que tratam de temas pontuais atinentes ao processo penal. Aprovado no Senado em Sessão Extraordinária em 08/12/2010, foi remetido à Câmara dos Deputados. A Comissão Especial apresentou, ao longo de 2017, relatórios parciais, com outras múltiplas alterações na redação original. O projeto encontra-se atualmente na Mesa Diretora da Câmara, aguardando análise de requerimentos de realização de audiências públicas (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em dezembro de 2017.

514A Comissão foi criada pelo Ato n. 11/2008 e formada por Hamilton Carvalhido (Coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

outras novidades, o sistema acusatório⁵¹⁵ e criando a figura do juiz de garantias⁵¹⁶. Alinha-se o projeto com os princípios constitucionais da Carta Política de 1988 e com as reformas processuais penais ocorridas na América Latina nas últimas décadas, influenciadas pelo Código Modelo para Ibero-américa⁵¹⁷, inclusive no que tange à simplificação dos procedimentos através da vontade das partes.

Sobreleva mencionar aqui, ainda sobre o sistema acusatório adotado pelo projeto, que a inspiração dos autores foram os sistemas processuais penais alemão, italiano, espanhol e português, que adotam modelos acusatórios que não concebem a figura de um juiz inerte e meramente espectador da contenda, conferindo-lhe, inclusive, poderes para agir de ofício, quando necessário⁵¹⁸.

515A adoção do sistema acusatório consta textualmente no art. 4º do NCPP: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”. A redação, todavia, não é isenta de críticas, já que aparentemente autoriza que o juiz tome iniciativa probatória em favor da defesa, criando a figura do “juiz-defensor”, algo totalmente incompatível com a imparcialidade e equidistância exigida pelo sistema acusatório (sobre o tema, ver ANDRADE, Mauro Fonseca de. Sistema processual penal democrático: reflexões de sua proposição no projeto de código de processo penal. *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* – UFRGS, Porto Alegre, v. II, n. 1, p.69-87, 2014). Nas palavras do autor: “Essa inconformidade não é fruto apenas de nossa opinião sobre tal modelo de magistrado. Ao contrário – e contraditoriamente –, o modelo de juiz proposto pelo projeto simplesmente nunca se viu presente em qualquer processo representativo do sistema acusatório, seja qual for o período da história em que este sistema se fez presente. Na verdade, a figura do juiz-defensor só se fez presente – e aqui está a contradição – em processos representativos do sistema inquisitivo, justamente o oposto da proposição” (p. 84).

516O projeto contempla a figura do “juiz de garantias” nos arts. 14 e seguintes do novo CPP. Estabelece expressamente no art. 16 que o juiz de garantias que atuar na fase investigativa estará impedido de funcionar no processo respectivo. Consta na Exposição de Motivos os objetivos e alcance pretendidos com esta importante inovação: “Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação” (Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017, p. 17).

517O Instituto Ibero-americano de Direito Processual foi criado em 1957 por processualistas da América Latina, Espanha e Portugal. Seu primeiro presidente foi o espanhol Niceto Alcalá Zamora y Castillo, exilado na Argentina e México durante a ditadura Franquista; foi ele o principal idealizador da criação de um código modelo para a América Latina como uma das principais tarefas do Instituto.

518Na página 17 da Exposição de Motivos do Anteprojeto, firmada por Hamilton Carvalhido e Eugênio Pacelli de Oliveira, consta expressamente que o modelo acusatório escolhido inspira-se diretamente nos processos penais alemão, italiano, espanhol e português, países que igualmente orientam ou ao menos oferecem bases interpretativas para a construção do modelo consensual da Justiça Penal brasileira: “Não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade

Constitui o Brasil um dos poucos países da região que ainda não reformou integralmente seu Código de Processo Penal. Segundo Máximo Langer⁵¹⁹, a partir da década de noventa quase todos os países latino-americanos publicaram novos códigos de matriz acusatória inspirados no Código-modelo, com exceção de Brasil, Cuba, México, Panamá e Uruguai⁵²⁰. Ensina a saudosa processualista Ada Pellegrini Grinover que, ao contrário dos demais países latino-americanos, o Código de Processo Penal brasileiro (1941) já acolhia alguma estrutura acusatória, reforçada por reformas pontuais ao longo dos anos e especialmente pela nova ordem constitucional de 1988, características que de certa forma desestimularam a reforma integral do CPP⁵²¹.

Ao elencar as características fundantes do Código-modelo disseminadas como tendências na América Latina, Ada Pellegrini Grinover aponta, para o que importa neste trabalho, a previsão de procedimentos abreviados e de acordos reparatórios, bem como a adoção de mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal⁵²².

processual com o Brasil, casos específicos de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, e que também adotam modelos acusatórios, mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público. O que não significará, um mínimo que seja, o alheamento judicial dos interesses da aplicação da lei penal. Instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas cautelares, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional” (Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017).

519LANGER, Maximo. *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano*: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em março de 2017.

520A República Oriental do Uruguai conta, muito recentemente (desde 1º/11/2017), com um novo Código de Processo Penal (Lei n. 12.293, de 19/12/2014), tido como acusatório e adversarial. Prevê a possibilidade de encerramento abreviado do processo mediante acordos entre acusação e defesa no âmbito dos “Procesos abreviados” sempre que a pena solicitada pelo Ministério Público não seja superior a 6 (seis) anos de prisão, com prêmio reducional de 1/3 (URUGUAI. Lei n.12.293 de 2014. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014>>. Acesso novembro de 2017).

521GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista de La Facultad de Derecho*, n. 53, 2000, p. 954.

522As demais tendências apontadas pela saudosa processualista são: adoção do modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; supressão dos juizados de instrução; atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação da *opinio delicti* do Ministério Público; processo público e oral, em contraditório; procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; tribunais integrados por elementos do povo; suspensão do processo em caso de revelia; preocupação com a vítima; jurisdicionalização da execução; efetivação das garantias do devido processo legal (GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código

Se é verdade que as reformas parciais da legislação processual brasileira em geral e a Lei nº 9.099/95 em particular introduziram várias tendências do Código-modelo acima referidas, em especial a justiça consensual, é igualmente verdadeiro que o projeto do novo CPP avança em direção à consolidação e ampliação destes espaços de consenso, admitindo os acordos como meio de abreviação do processo, e permitindo – pela primeira vez no sistema processual brasileiro – ao Juízo proferir sentença condenatória sem a necessidade de realização da audiência de instrução e julgamento (*full trial*).

Sob a ótica dos procedimentos, seguindo a linha da reforma parcial do vigente Código levada a termo pelas Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08⁵²³, o projeto do novo CPP dispõe, em seu art. 269, que o procedimento será comum ou especial, dividindo o primeiro em ordinário, sumário e sumariíssimo. O rito ordinário será aplicável na apuração de crimes cuja pena máxima seja superior a 8 (oito) anos de reclusão; o sumário, que será aplicável para os crimes cuja pena máxima seja inferior a 8 (oito) anos, constitui espelho dos “*Procesos abreviados*” da Espanha e dos países latino-americanos, bem como do *Patteggiamento Alargato* italiano, admitindo acordos sobre a pena e imediata prolação de sentença; por fim, o sumariíssimo cuida das infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 98, I da Constituição Federal.

O projeto também inova ao trazer para o bojo do novo código o procedimento sumariíssimo, atualmente regido pela Lei nº 9.099/95, revogando os arts. 60 a 92 dessa lei. Assim, os institutos despenalizadores da composição civil dos danos e da transação penal passam a ser regulados pela legislação codificadora. A suspensão condicional do processo, a seu turno, vem regulada em capítulo próprio e não dentro do procedimento sumariíssimo, como ocorre atualmente, já que, embora tenha aplicação nos ritos ordinário, sumário e sumariíssimo, está o instituto mal posicionado no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista de La Facultad de Derecho*, n. 53, 2000, p. 950).

523A Lei n. 11.719/08 corrigiu equívocos do vetusto CPP, que confundia “processo” e “procedimento”, dividindo o procedimento comum em ordinário (para crimes cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos), sumário (penas inferiores a quatro anos) e sumariíssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Doravante calha aferir as modificações pontuais em relação a cada um dos institutos consensuais que conduzem à simplificação do procedimento atualmente existentes no processo penal brasileiro, bem como a principal e inédita inovação do projeto de novo código: os acordos sobre a pena.

5.3. Composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo

O projeto do novo CPP manteve os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 sem proceder a grandes inovações⁵²⁴; no geral, reproduziu no projeto entendimentos jurisprudenciais e doutrinários consolidados ao longo dos 20 (vinte) anos de vigência daqueles⁵²⁵.

Assim, a suspensão condicional do processo é cabível, em qualquer rito, nas hipóteses em que o crime denunciado for punível com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, observados os mesmos requisitos da lei atualmente em vigor e idêntico período de prova (dois a quatro anos). O comparecimento mensal em juízo foi substituído para comparecimento “periódico”, oportunizando aos acordantes e ao juiz aferir qual a periodicidade adequada para o caso concreto.

Ademais, a lei dos Juizados Especiais Criminais prevê causas obrigatórias e facultativas de revogação da suspensão condicional, conforme o beneficiário do instituto venha a ser processado pela prática de crime ou contravenção,

⁵²⁴Na Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPP, consta na pag. 21 que “[...] o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais é incorporado à legislação codificada, facilitando a sua compreensão e interpretação no sistema, mantendo-se as suas linhas gerais, com ligeiras adaptações às novas formas de conciliação e de recomposição civil dos danos” (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 19. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017).

⁵²⁵LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013, p. 237. Vale lembrar que tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei tendentes a modificar a Lei n. 9.099/95 em geral e os institutos despenalizadores baseados no consenso em particular. Entretanto, considerando que boa parte deles foi anexada ao Projeto de Lei nº 8.045/2010, que se encontra em seu trâmite legislativo bastante avançado, optou-se por apreciar neste trabalho apenas as modificações previstas no projeto do novo CPP.

respectivamente. O projeto do novo CPP retirou a compulsoriedade da revogação, pretendendo, com isso, conferir maior flexibilidade à apreciação das circunstâncias do caso concreto pelas partes.

Na mesma linha, dispõe o § 4º do art. 266 que em caso de descumprimento das condições impostas em audiência, “[...] o Ministério Público, em face da justificativa apresentada pelo acusado, poderá requerer a prorrogação da suspensão ou reformular a proposta, a fim de possibilitar o seu cumprimento”.

Mantém-se, por outro lado, as restrições à aplicação da suspensão condicional aos crimes militares e àqueles praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei n. 11.340/06⁵²⁶.

Já o art. 303 do projeto reprisa integralmente o vigente art. 76 da Lei n. 9.099/95, mantendo as hipóteses de cabimento e requisitos da transação penal, assim como sua natureza de pena imediata não privativa de liberdade baseada no consenso e seus efeitos limitados: não induz culpa, não produz efeitos civis e não importa em reincidência.

Entretanto, o projeto acresce cinco parágrafos à redação original⁵²⁷, tratando fundamentalmente da suspensão da prescrição durante a vigência do acordo – até o integral cumprimento da pena consensuada – e das consequências de seu descumprimento.

O legislador acolhe entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula Vinculante nº 35, do Supremo Tribunal Federal, prevendo que o descumprimento do acordo implica na retomada do curso do processo penal, com o oferecimento de

⁵²⁶Art. 266, § 8 do projeto do novo CPP.

⁵²⁷Art. 266: “(...) § 6º Se houver descumprimento da pena imposta na forma do § 4º deste artigo, o juiz dará vista dos autos ao Ministério Público para, se for o caso, oferecer denúncia escrita, após o que o acusado será citado e cientificado da designação da audiência de instrução e julgamento, prosseguindo-se de acordo com as demais regras do procedimento sumariíssimo.

§ 7º Suspende-se o prazo prescricional enquanto não houver o cumprimento integral da pena imposta na forma do § 4º deste artigo.

§ 8º Na hipótese do § 6º deste artigo, computa-se na pena restritiva de direito eventualmente aplicada ao final do procedimento sumariíssimo, pela metade, o período efetivamente cumprido da pena imposta na transação penal, ainda que diversas.

§ 9º O disposto no § 8º deste artigo também se aplica à hipótese de pena de multa, descontando-se o valor pago em razão da transação penal.

§ 10. Após o cumprimento integral da pena imposta na forma do § 4º deste artigo, o juiz declarará extinta a punibilidade”.

denúncia pelo Ministério Público⁵²⁸. Isto é: a pena não privativa de liberdade aplicada com base em acordo não é passível de execução forçada, reforçando a ideia de justiça não conflitiva e de voluntariedade no seu cumprimento. Por estas razões, e conforme visto no capítulo anterior, parcela da doutrina afirma que a sentença que homologa a transação penal constitui “sentença condenatória imprópria”⁵²⁹.

Não obstante tal afirmação, o legislador inova ao permitir uma espécie de detração da pena eventualmente aplicada ao final do processo com aquela decorrente de transação penal cumprida parcialmente, mesmo tratando-se de penas de naturezas distintas. Ou seja, ao proferir sentença condenatória “própria”, que importa reincidência e todos os demais efeitos penais e extrapenais, deverá o juiz detrair, na proporção da metade, o período efetivamente cumprido da pena voluntariamente estabelecida mediante acordo entre as partes. Se se tratar de pena de multa, a compensação será integral.

Por fim, o novo CPP corrige problema da redação atual e posterga a prolação de sentença extintiva da punibilidade para depois do cumprimento integral do acordo, interregno em que a prescrição restará suspensa. No ponto, o § 4º do art. 303 afirma que o juiz, acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor do fato, “[...] determinará o cumprimento da pena restritiva de direitos ou multa, fixando prazo para que tenha início o acordo”.

Aqui calha sublinhar que o legislador utiliza a palavra “acordo” para referir-se à transação penal, termo cunhado igualmente para referir-se aos “acordos” sobre a pena do rito sumário, sugerindo que, embora possuam características e consequências próprias, os institutos referidos compõem típicos espaços de consenso dentro de um procedimento criminal conflitivo, embora de naturezas diversas.

O novo CPP não traz grandes inovações à composição civil dos danos nas infrações penais de menor potencial ofensivo, mantendo a mesma formatação

528Súmula Vinculante nº 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

529Pode-se dizer, bem assim, que a sentença homologatória do acordo não faz coisa julgada material, permitindo eventual discussão do mérito no futuro em caso de descumprimento daquele.

atualmente em vigor⁵³⁰. Por conta disso, a composição civil dos danos terá eficácia de título executivo judicial e, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, acarretará a renúncia ao direito de representação. Há expressa previsão legal de que eventual frustração do acordo na fase preliminar não impede sua realização no curso do processo⁵³¹.

Todavia, isso não significa que a composição civil dos danos ocupa lugar de somenos importância no projeto. Antes o contrário. O novo CPP não só extingue a ação penal privada como amplia consideravelmente o rol dos crimes de ação penal pública condicionada à representação, casos em que a conciliação prévia ou concomitantemente ao trâmite da ação penal conduzirá à extinção da punibilidade.

Dispõe o *caput* do art. 46 do projeto do novo código processual penal que será pública, condicionada à representação, a ação penal referente aos crimes de falência e contra o patrimônio praticados contra particulares, sem violência ou grave ameaça. Para além disso, quando a lesão causada pelo crime for de menor expressão econômica, a conciliação entre o autor do fato e a vítima (inclusive em sede de justiça reparativa) implicará na extinção da punibilidade⁵³².

O objetivo da nova codificação é claramente o de encontrar alternativas à pena tradicional, reconhecendo que a recomposição dos danos e a conciliação dos envolvidos podem revelar-se mais proveitosas à sociedade⁵³³; com isso, para além

530Os arts. 301 e 302 do projeto do NCPP reproduzem de forma quase idêntica os arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95.

531Art. 301, § 2º do NCPP: “Nas condições do § 1º deste artigo, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos”.

532Art. 46. Será pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes de falência e nos crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, quando dirigidas exclusivamente contra bens jurídicos do particular e quando praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.

§1ºA representação é a autorização para o início da persecução penal, dispensando quaisquer formalidades, podendo dela se retratar a vítima até o oferecimento da denúncia.

§2ºNos crimes de que trata o *caput* deste artigo, em que a lesão causada seja de menor expressão econômica, ainda que já proposta a ação, a conciliação entre o autor do fato e a vítima implicará a extinção da punibilidade, desde que comprovada em juízo a recomposição civil do dano.

§3ºConcluídas as investigações nos crimes de ação penal condicionada, a vítima será intimada para, no prazo de 30 (trinta) dias, ratificar a representação, sob pena de decadência.

533“Observa-se, portanto, o propósito de ampliar as oportunidades de consenso, pois o acordo poderá ocorrer não só na audiência preliminar, mas também depois de oferecida a representação e ao longo do processo. Por outro lado, a previsão de que o cumprimento do acordo tem como efeito a extinção da punibilidade estimula a solução amigável, reforça a busca pela conciliação e assegura a reparação do dano. Desse modo, tanto acusado quanto vítima são beneficiados” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey,

da conciliação propriamente dita, respeita-se a disponibilidade da vítima quanto à provocação/movimentação da máquina judiciária, “[...] mantendo-se, ainda na ação de natureza pública, a possibilidade de aproximação e conciliação dos envolvidos”⁵³⁴.

Não obstante todas estas modificações e avanços aprovados pelo Senado Federal, o relatório parcial apresentado pelo Deputado Federal Rubens Paiva Júnior, integrante da Comissão Especial criada para proferir parecer em relação ao projeto do novo Código de Processo Penal no âmbito da Câmara dos Deputados, retira o capítulo referente ao procedimento sumariíssimo daquele, sob a alegação de que as alterações às Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01, que regulam os Juizados Especiais Criminais, devem tramitar em separado, em observância a melhor técnica legislativa, já que representam diplomas legais já assimilados pelos operadores do Direito, sendo inoportuna e inconveniente sua tramitação junto ao PL 8.045/10⁵³⁵.

Cumprido, pois, aguardar o trâmite legislativo e eventual aprovação do relatório parcial referido, verificando se o procedimento sumariíssimo será apartado do texto do novo CPP. De qualquer sorte, é possível concluir, desde logo, que, após 20 (vinte) anos de vigência, os institutos despenalizadores serão mantidos e aprimorados, com nítida valorização da composição dos danos mediante sua reparação pelo autor à vítima como causa extintiva da punibilidade, tendências que não de se confirmar independentemente de sua tramitação conjunta ou apartada do projeto em apreço.

5.4. Acordos sobre a pena: a grande inovação

2013, p. 197).

⁵³⁴BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 19. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017.

⁵³⁵O parecer do Relatório Parcial é de julho de 2017 e ainda pende de apreciação e aprovação pela Casa Legislativa. O trâmite legislativo pode ser acompanhado em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115665>>. Acesso em dezembro de 2017.

O projeto do novo Código de Processo Penal insere os acordos sobre a pena como mecanismo de encerramento antecipado do processo, dispensando-se a realização das provas em audiência. Mediante consenso entre as partes, aplica-se imediatamente a pena, inclusive privativa de liberdade.

Atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, o projeto altera profundamente o rito sumário, atualmente criticado por não apresentar substanciais diferenças em relação ao procedimento ordinário. De acordo com o projeto aprovado no Senado, seu conteúdo reduzir-se-á ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, “[...] quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa”⁵³⁶.

A significativa mudança consta no capítulo III, denominado “Do Procedimento Sumário”, originariamente no art. 271 e seguintes do anteprojeto apresentado em 2009 pela Comissão de Juristas ao Senado Federal. Nessa Casa, o artigo sofreu algumas retificações e acréscimos e ao final veio a ser aprovado como art. 283 do projeto, dispondo que até a abertura da audiência de instrução e julgamento, Ministério Público e defesa poderão requerer a imediata aplicação de pena, observados os seguintes requisitos: a) trate-se de crime cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos; b) confissão total ou parcial dos fatos imputados na denúncia; c) requerimento de aplicação da pena privativa de liberdade no mínimo legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena; d) expressa manifestação das partes dispensando a produção de provas em contraditório.

A redação aprovada pelo Senado recebeu significativas modificações e acréscimos em seu trâmite na Câmara dos Deputados, embora não lhe tenha alterado a sua essência, mantendo o encerramento antecipado do processo mediante sentença condenatória estribada fundamentalmente na confissão e no acordo firmado entre acusação e defesa.

536BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 19. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017.

Contudo, recentemente, o relatório-parcial da Câmara dos Deputados suprimiu o “procedimento sumário” do projeto e inseriu em seu lugar o capítulo “do acordo penal” no âmbito do procedimento comum. Quanto ao conteúdo do acordo propriamente dito, o Relator-Parcial acolhe fundamentalmente a Emenda Modificativa nº 224/16⁵³⁷, do Deputado Federal Onix Lorenzoni, e propõe em seu relatório nova redação, que mantém a pena máxima abstratamente cominada de 8 (oito) anos como principal requisito para o cabimento dos acordos penais, mas exclui do âmbito de sua incidência os crimes dolosos contra a vida e os delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher⁵³⁸.

537A íntegra da Emenda referida encontra-se disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120126>>. Acesso em dezembro de 2017.

538Segue a redação, na íntegra: “Art. 283. Recebida a denúncia ou queixa subsidiária nos termos do art. 274, o Ministério Público ou querelante, e o denunciado ou querelado, obrigatoriamente assistido por advogado constituído ou defensor público, no exercício da autonomia das suas vontades, até a prolação da sentença, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata de pena em relação a crime cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

§ 1º É vedada a celebração de acordo penal em relação a crimes dolosos contra a vida e a crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

§ 2º O juiz não participará da negociação realizada entre as partes.

§ 3º A celebração de acordo penal isentará o réu do pagamento das despesas e custas processuais. Art. 283-A. O termo do acordo penal será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterá obrigatoriamente:

I – a confissão, total ou parcial, em relação ao crime imputado na denúncia ou queixa subsidiária;

II – requerimento para aplicação imediata da pena, com a fixação da pena-base no mínimo previsto na cominação legal e, se houver, a incidência das circunstâncias atenuantes e das agravantes ou qualificadoras, e das causas de diminuição e de aumento;

III – proposta de reparação dos danos causados, se houver, ou sua compensação, em valor a ser acordado entre as partes, sem prejuízo do direito da vítima ou de outro legitimado de demandar sua complementação no juízo cível;

IV – declaração de expressa renúncia das partes ao direito de produzir provas em juízo, com dispensa da instrução, se for o caso, e aceitação da prova produzida na investigação criminal e no processo penal, reconhecendo-a como boa, válida e suficiente;

V – declaração de consciência do réu sobre o crime que lhe é imputado, ao seu direito ao processo, julgamento e recurso, e as consequências da celebração do acordo.

Parágrafo único. Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta será aplicada proporcionalmente, segundo os critérios dos arts. 49, 59 e 60 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, devendo seu valor constar do acordo.

Art. 283-B. O acordo penal poderá dispor sobre:

I – a diminuição da pena em até um terço se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime o indicarem;

II – a substituição da pena privativa da liberdade por outra espécie de pena, se cabível.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso I do caput deste artigo se, ressalvada a hipótese de crime tentado, incidir no caso concreto outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

Art. 283-C. Ao receber o requerimento de homologação, o juiz deverá designar audiência para colher manifestação das partes sobre a ratificação dos termos e condições do acordo penal, e verificar a voluntariedade delas e a consciência do réu, que deverá ser ouvido na presença de seu advogado constituído ou de defensor público.

Determina, ainda, que o juiz não deverá participar da negociação realizada entre as partes e que o acordo penal isentará o réu das custas e despesas processuais. A nova redação permite que as partes apresentem o requerimento com o termo de acordo até a prolação da sentença final, e não mais até a data da audiência de instrução e julgamento, como ocorria na redação original.

Pois bem. O projeto permite a prolação de sentença condenatória, sem necessidade de proceder-se à instrução em juízo (*full trial*), desde que as partes estejam de acordo com o encerramento do feito, com a confissão do réu e a aferição de sua culpabilidade com base unicamente nas provas existentes até o momento e que alicerçam ou acompanham a denúncia. Busca-se a rapidez procedimental mediante eliminação da fase oral (audiência de instrução e julgamento).

Note-se que a supressão da fase oral esteia-se unicamente na vontade das partes, independentemente de situação flagrancial ou mesmo de presumível simplicidade ou evidência probatória, como ocorre, por exemplo, com os *juicios rápidos* na Espanha.

Se aprovado, o acordo penal previsto no projeto aproximar-se-á bastante do *patteggiamento sulla pena* italiano, da *conformidad* espanhola, e, ainda que em

Parágrafo único. O requerimento de homologação do acordo penal e seu respectivo termo serão autuados em apartado.

Art. 283-D. O juiz homologará o acordo penal após verificar a voluntariedade das partes, a consciência do réu, o exercício da ampla defesa, o cumprimento dos requisitos legais, a observância dos limites de pena cominados para o crime, a inoccorrência de prescrição ou outra causa extintiva de punibilidade e se existe em favor do réu causa excludente de ilicitude ou de isenção de pena.

Art. 283-E. Na decisão de homologação do acordo penal, o juiz decidirá fundamentadamente sobre:
I – a substituição da pena privativa da liberdade, se cabível, se não tiver sido objeto da negociação;

II – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, se for o caso;

III – os efeitos da condenação previstos nos arts. 91 e 92 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 283-F. A decisão que homologar o acordo penal será considerada sentença penal condenatória e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes.

Art. 283-G. Caberá recurso contra a decisão que:

I – não homologar o acordo penal;

II – ao homologar o acordo penal, alterar seus termos e condições;

III – homologar acordo penal celebrado com vício de consentimento ou quando neste o réu estiver indefeso.

Art. 283-H. Se o acordo penal não for homologado, este será desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer qualquer referência aos seus termos e condições, e igualmente o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Se incabível ou vedada a celebração de acordo penal, a ação penal prosseguirá na forma do procedimento comum”.

menor medida, do *absprachen* alemão. Todos estes institutos visam à fixação da pena mediante acordo e apresentam as seguintes características fundamentais: suficiência probatória com encerramento antecipado do processo, confissão ou reconhecimento dos fatos, e, por fim, aprovação ou homologação do Poder Judiciário. Com a presença cumulativa destes elementos, por expressa autorização legal, desaparece a instrução do feito e prolata-se de imediato a sentença condenatória.

Aliás, é na aplicação de uma sanção criminal decorrente de uma sentença condenatória baseada no consenso, e não no resultado da análise das provas produzidas em juízo, que reside o ponto nevrálgico da inovação do projeto. Pela primeira vez no processo penal brasileiro o consenso dispensará a produção da prova em contraditório e sustentará um decreto condenatório, com todos os seus efeitos.

Certamente o instituto gerará muitas polêmicas. Em 2006, referindo-se à transação penal, Nereu Giacomolli já afirmava:

O autor do fato, ao negociar e aceitar a pena alternativa, não está fazendo uma declaração de culpabilidade, como ocorre no sistema anglo-saxão – *plea guilty*. No sistema brasileiro, a garantia da não-culpabilidade só resta vulnerada após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória; após um juízo com todas as garantias processuais. Por isto, o legislador não atribuiu à sentença que homologa o acordo os efeitos de uma condenação. Para haver pena criminal com todos os seus efeitos, é imprescindível a existência de um juízo de culpabilidade, feito por um magistrado, e não pelas partes. E, este juízo de culpabilidade não pode ser proferido sem a produção contraditória da prova⁵³⁹.

O acordo entre acusação e defesa não constituirá mais apenas meio de interrupção do processo mediante cumprimento de prestações alternativas pelo imputado e conseqüente extinção da punibilidade, tal qual ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo. Ao lado de outros requisitos, estribará a sentença condenatória, com todos os seus efeitos penais e extrapenais.

⁵³⁹GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 331.

Não é tímido o avanço, e as consequências sobre o processo penal são enormes, exigindo-se muitos cuidados e precauções de todos no manejo deste novo instituto.

Assim, com base nos institutos congêneres de outros países, e sem descurar das especificidades do processo penal brasileiro, pontuam-se doravante algumas observações críticas à proposta de introdução dos acordos sobre a pena no ordenamento brasileiro, comparando, sempre que se entender necessário, a redação original aprovada pelo Senado com a redação atual, recentemente apresentada pelo relator-parcial.

5.4.1. Hipóteses de cabimento e requisitos

A primeira questão a ser apreciada diz respeito ao campo de incidência dos acordos penais previsto no projeto: crimes cuja pena máxima abstratamente considerada não exceda 8 (oito) anos. Excluem-se, portanto, entre outros, crimes graves como a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, respectivamente), crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, como roubo e extorsão mediante sequestro (arts. 157 e 158, respectivamente), crimes de estupro (art. 213) e moeda falsa (art. 289), e crimes contra Administração Pública como peculato (art. 312), corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, respectivamente)⁵⁴⁰. O balizamento para a admissibilidade dos acordos sobre a sentença é o limite máximo abstratamente previsto no tipo penal.

Embora determinados países não condicionem o consenso sobre a pena à gravidade do delito, tal como ocorre na Alemanha e Estados Unidos, por exemplo, parece razoável e defensável que o legislador brasileiro exclua a possibilidade de celebração de acordos em relação a crimes de grande repercussão no tecido social, na esteira do que fazem Itália, Espanha e Uruguai⁵⁴¹.

⁵⁴⁰Todos os artigos citados referem-se ao Decreto-lei n. 2.248/40 – Código Penal.

⁵⁴¹O novo Código de Processo Penal Uruguaio, em vigor há poucos meses, admite em seu artigo 272 que os acordos (*conformidades*) podem resultar em pena mínima não superior a 6 (seis) anos de prisão, ou de pena de outra natureza, qualquer que seja.

De qualquer sorte, o projeto não impede que o quantitativo alcançado através de acordo resulte em cumprimento de pena privativa de liberdade (inclusive regime fechado).

Não obstante tudo o que se disse, melhor andaria o legislador se optasse pelo critério do quantitativo de pena fixado pelas partes no caso concretamente analisado⁵⁴², evitando-se assim algumas discrepâncias aparentemente injustificáveis, como admitir acordos em todos os crimes tributários e vedá-los em todos os crimes de introdução em circulação de moeda falsa⁵⁴³. No mesmo sentir, impedir a celebração de acordos penais nos delitos de corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333, respectivamente) e de lavagem de capitais (art. 1º da Lei n. 9.613/98)⁵⁴⁴, crimes cuja instrução costuma ser complexa e prostrar-se no tempo, com efeitos deletérios especialmente aos acusados, parece ir de encontro a um dos próprios fundamentos dos acordos no processo penal, que é oportunizar ao acusado o encerramento antecipado do processo quando ele compreender que as provas já produzidas conduzirão inafastavelmente à condenação, aceitando, então, pena mínima ou reduzida.

Além disso, em determinados tipos de crimes a forma tentada ou outra causa objetiva de diminuição da pena (tipos derivados), expressamente descrita e

542Refletindo sobre os rumos do consenso no processo penal brasileiro, assim entende Antonio Scarance Fernandes, para quem a pena a ser considerada para admissibilidade dos acordos deveria ser a “[...] pena privativa em concreto a ser aplicada, não a pena mínima ou máxima” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 284).

543A comparação é interessante na medida em que os delitos tributários costumeiramente dependem menos da prova oral, produzida em audiência, do que de outros tipos de prova, como a documental e pericial. Ao revés, os crimes de introdução em circulação de moeda falsa normalmente exigem a coleta de vários testemunhos em juízo para se aferir o elemento subjetivo (dolo) do tipo, evidência que os crimes tributários costumam revelar por outros meios de prova. Não se está aqui, por óbvio, imiscuindo-se nas opções político-criminais do legislador ao prever os limites mínimo e máximo para os tipos penais em comento, mas tão somente argumentando que o critério da pena em concreto – e não a pena máxima em abstrato – poderia constituir balizamento mais justo e equânime para oportunizar ao réu evitar os malefícios de um processo penal longo e pesaroso. É preciso reconhecer, por outro lado, que, ao contrário de nosso entendimento, o projeto guarda sintonia com a tradição brasileira de identificar a gravidade e reprovabilidade do crime pelo quantitativo máximo de pena previsto em seu preceito secundário.

544Não obstante estes crimes possuam penas máximas superiores a 8 (oito) anos de reclusão, o apenamento mínimo abstratamente considerado (dois ou três anos) permite concluir que grande parte das condenações não ultrapassam 4 (quatro) anos de prisão, reclamando, portanto, nos termos do art. 44 do CP, a substituição daquelas por penas restritivas de direitos.

considerada na denúncia, poderá autorizar a realização de acordos penais quando, em contrapartida, o tipo penal principal encontrará óbice legal àqueles⁵⁴⁵.

Os legisladores italiano e espanhol admitiram acordos sobre penas de até 5 (cinco)⁵⁴⁶ e 6 (seis)⁵⁴⁷ anos de prisão, respectivamente, já tomados em consideração causas de diminuição e atenuantes dos fatos concretos.

Acresça-se, ademais, que tal opção fomentaria maior atenção e diálogo das partes às variantes influenciadoras da individualização da pena, discutindo claramente suas incidências e conseqüentemente sua repercussão no cálculo estimado da pena e na eventual possibilidade de encerramento antecipado do processo mediante acordo.

Por fim, excluiu-se do consenso os crimes dolosos contra a vida e os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

O segundo requisito é a confissão, total ou parcial, em relação ao crime imputado na denúncia. A confissão livre e consciente, ao lado da aceitação da imputação e da proposta de apenamento mínimo, constitui o fundamento primeiro dos acordos e da dispensabilidade da realização do juízo oral. Segundo Jorge Figueiredo Dias, a confissão dos fatos contidos na denúncia constitui “[...] pressuposto essencial de qualquer acordo sobre a sentença [...]”, e não apenas

545Tome-se como exemplo o crime de peculato na forma tentada (art. 312 c/c art. 14, II do CP), cuja pena – levando-se em consideração o *conatus* – abstratamente considerada variará entre 8 meses e 8 anos de reclusão, admitindo, pois, os acordos sobre a pena.

546Art. 444.1 do Código de Processo Penal Italiano.

547Art. 787 da LECrim espanhola. Na Espanha, propugna-se pela supressão desse limite. O Anteprojeto do novo Código de Processo Penal espanhol, em sua exposição de motivos, justifica “[...] la supresión del límite penológico para que tenga lugar la conformidad, cuando opta por acabar con el sistema actual de limitación, basándose en que esta no ha tenido un reflejo real en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo” (GOMEZ, Arturo Todolí. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Tese doutoral apresentada na Universitat de València, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, 2013. Disponível em: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=44196>>. Acesso em outubro de 2017).

parte componente do acordo, como defendem alguns⁵⁴⁸. Segundo o autor português:

[...] a confissão constitui verdadeira *conditio sine qua non* do acordo sobre a sentença, seu autêntico pressuposto: em caso de inexistência de confissão podem (porventura devem) continuar a verificar-se 'conversações' entre os sujeitos processuais destinadas a simplificar e a abreviar o procedimento, mas não pode existir um 'acordo sobre a sentença' com os efeitos sobre o processo de que aqui é questão⁵⁴⁹.

A confissão penal, como corolário lógico da celebração do acordo, recai sobre todos os fatos que são imputados na denúncia⁵⁵⁰, sob pena de inexistir consenso entre acusação e defesa⁵⁵¹; não havendo, no ponto, consenso quanto a parte da acusação, impõe-se o contraditório a fim de descortinar, mediante instrução, a verdade dos fatos controvertidos.

Desse modo, a confissão parcial de que trata o projeto não pode ser confundida com a confissão qualificada, aquela em que o réu confessa crime menos grave, ou quando os fatos reconhecidos por ele não compreendem o crime em toda a sua extensão, ou quando ele alega circunstâncias ou restrições que excluem a pena ou reduzem-na de alguma forma⁵⁵².

Não obstante a redação do projeto refira-se a “crime” no singular, a hipótese aqui ventilada deve restringir-se aos casos de pluralidade de fatos imputados ao agente, quando a confissão abarca não a integralidade dos fatos delituosos, mas exclui um ou alguns deles. Como consequência disso, o acordo poderia ser firmado

548Na Alemanha, o projeto de lei governamental pretendeu incluir a confissão como parte componente do acordo, e não como pressuposto dele (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, nota de rodapé n. 54).

549DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011 p. 47.

550TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Edit. Saraiva, 2008, p. 550.

551A legislação processual espanhola (art. 787.1 da LECrim) permite que, após as negociações levadas a cabo entre acusação e defesa, o Ministério Público substitua a denúncia originária (*calificación provisional*) por outra, que abranja integral e fielmente o resultado do acordo alcançado. Nesse caso, como se vê, não se trata de confissão parcial, e sim de alteração da acusação levada a efeito pelo Ministério Público, ou seja, confissão total.

552MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008, p. 282.

e ensejar o encerramento antecipado do feito apenas em relação a ele, prosseguindo-se em relação aos demais crimes⁵⁵³.

Independentemente disso, não se pode deslembrar que a confissão se refere aos fatos e não à qualificação jurídica conferida a eles. Não advém direta e automaticamente dos fatos descritos na acusação o quantitativo de pena, mas antes – e também – da sua capitulação jurídica (atividade cognitiva de subsunção dos fatos à norma); logo, o acordo penal pressupõe conformidade sobre os fatos imputados (confissão), sobre a qualificação jurídica decorrente, e, por fim, sobre a pena daí resultante. Em outras palavras, o acordo firmado entre as partes possui espectro mais amplo do que a confissão, e o juiz haverá de atentar tal circunstância quando da homologação do acordo e prolação da sentença, certificando-se de que o réu confessa e de que ele e seu advogado estão de acordo com as consequências daí advindas⁵⁵⁴.

Outra interpretação: a confissão parcial seria aquela que produziria efeitos apenas em relação à pretensão punitiva estatal, mas não produziria efeitos cíveis, ou seja, não abrangeria a indenização *ex delicto* à vítima, tal como o *nolo contendere* americano ou mesmo a ressalva contida na legislação espanhola, que determina a realização do juízo oral apenas para fins de estabelecimento da responsabilidade civil não abrangida pela *conformidad*. Contudo, o argumento desde logo não convence, já que se a sentença homologatória do acordo penal é considerada sentença condenatória para todos os efeitos (art. 283-F do projeto do novo CPP), sem que a norma preveja qualquer ressalva quanto à confissão parcial, não nos parece razoável interpretação que afaste os efeitos da condenação previstos no art. 91, I do Código Penal.

Outrossim, as partes devem requerer, em petição conjunta, a aplicação imediata da pena, “[...] com a fixação da pena-base no mínimo previsto na cominação legal e, se houver, a incidência das circunstâncias atenuantes e das agravantes ou qualificadoras, e das causas de diminuição e de aumento” (art. 283-

⁵⁵³No mesmo sentido, embora referindo-se ao processo penal português, OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2015, p.140.

⁵⁵⁴Não por outra razão, preocupado com a exata compreensão do imputado das consequências de sua conformidade, o legislador espanhol determina expressamente que aquela deve necessariamente abranger os fatos, sua qualificação jurídica e a pena.

A, inc. II do novo CPP). O projeto originalmente aprovado no Senado previa que a fixação da pena dar-se-ia no mínimo legal, ou seja, mais atraente ao imputado do que a redação alterada pela Câmara dos Deputados, cujo objetivo, segundo o relator-parcial, é manter a “[...] harmonia com o sistema de fixação da pena regulado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, permitindo que esta possa ser acordada em observância à culpabilidade do agente”⁵⁵⁵.

O projeto também preocupa-se com a vítima e exige que o requerimento das partes venha acompanhado de proposta de reparação dos danos causados ou sua compensação, sempre que possível e sem prejuízo de posterior complementação na esfera cível, se necessário (art. 283-A, inc. III). Na esteira da tradição brasileira, a impossibilidade de se reparar o dano, seja por qual motivo for, não deverá obstar o acesso ao acordo pelo imputado. Independentemente disso, ao contrário do que ocorre em legislações de outros países, o dispositivo valoriza a vítima e preconiza sua participação – tanto quanto possível – na solução consensual do caso penal.

Por fim, também constitui requisito para o acordo sobre a pena a renúncia ao direito de produzir provas, com a aceitação da prova produzida até então (seja em fase policial ou judicial), reconhecendo-a “boa, válida e suficiente” (art. 283-A, IV), bem como “[...] declaração de consciência do réu sobre o crime que lhe é imputado, ao seu direito ao processo, julgamento e recurso, e as consequências da celebração do acordo”(art. 283-A, V). Prestigiam-se as garantias e salvaguardas para a celebração de acordos no processo penal, exigindo-se petição escrita que, todavia, não dispensa a posterior manifestação em audiência, oralmente, na presença do juiz (princípio da imediação).

O art. 283-B cria uma espécie de acordo premiado, consistente na redução da pena em até 1/3 (um terço), se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime o indicarem. Tem-se aqui um critério aberto, eminentemente subjetivo, cujos *standares* de aplicabilidade deverão ser construídos pela doutrina e jurisprudência e

555BRASIL. Relatório Parcial do Deputado Rubens Pereira Júnior. 2010,p. 39.Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B5A3EDF36CB85786825BBD8F37D1A9E2.proposicoesWebExterno1?codteor=1574897&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. acesso em dezembro de 2017.

variarão em até 1/3 conforme as especificidades do caso concreto. São vetores já definidos no art. 59 do Código Penal, que trata da individualização da pena, e que, ao contrário do que ocorre normalmente, permitirão a sua redução abaixo do mínimo legal quando consensualmente fixado pelas partes.

O aqui chamado acordo premiado do projeto guarda relação apenas indireta com a *conformidad premiada* espanhola e o *patteggiamento* italiano. Nestes, o prêmio advém unicamente da renúncia ao *full trial*, ou seja, trata-se de contrapartida do Estado à concordância do réu com a supressão de fase de instrução em contraditório e o consequente julgamento imediato do feito⁵⁵⁶. No projeto brasileiro, embora o acordo dispense a produção probatória e constitua pressuposto do prêmio em comento, a redução da pena exige também a presença de favoráveis circunstâncias objetivas do fato típico e subjetivas do agente.

Há, todavia, uma restrição ao prêmio: não poderão incidir concomitantemente duas causas de diminuição da pena, salvo a decorrente do crime tentado (art. 14, II do Código Penal). Assim, a título de exemplo, não poderá o agente beneficiar-se a um só tempo com as causas de redução decorrentes do acordo e do furto privilegiado (art. 155, § 2º do Código Penal) ou da colaboração premiada (Lei n. 12.850/13).

5.4.2. *Garantias*

A centralidade dos temas da confissão dos fatos nos acordos penais e da renúncia a garantias processuais põe de relevo a questão do controle judicial do

⁵⁵⁶A relação entre o consenso ou aceitação unilateral da acusação e a simplificação do procedimento como meio de economia de custos e aceleração da prestação jurisdicional é tão clara que o Direito Comparado fornece exemplos de variabilidade dos prêmios conforme o momento processual em que o réu aceita a acusação e renuncia ao conflito em geral e à instrução em contraditório em particular. Na Espanha, a *conformidad premiada* deve ocorrer no *juicio rápido*, diante do juiz de *guardia* ou no breve período subsequente, conforme previsto em lei, sob pena de o imputado não ter acesso ao prêmio. A Colômbia é pródiga nesse exemplo: fornece ao investigado três momentos para aceitação da acusação: no início do processo, com redução da pena de 1/2, na audiência intermediária, com redução de 1/3, e, por fim, na abertura da audiência de instrução e julgamento, com redução da pena em 1/6 (CASTILLA, José Carlos Sarabia. El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos. *Revista CES DERECHO*, v. 4, n. 1, ene./jun. 2013, p. 8-9. ISSN 2145-7719.)

consenso firmado entre as partes. Calha advertir desde logo, entretanto, que a proeminência da confissão no acordo penal não altera sua natureza e tratamento jurídicos consolidados no processo penal brasileiro⁵⁵⁷. A confissão possui conteúdo em parte disponível e em parte indisponível, de modo que, como adverte Maurício Zanoide de Moraes, “*a vontade do confesso representa a renúncia da presunção de inocência apenas no tocante à dúvida fática do magistrado, ou seja, quanto ao último instante da presunção de inocência como ‘norma de juízo’: o ‘in dubio pro reo’*”⁵⁵⁸.

Nesse sentir, a confissão como requisito primordial do acordo penal em nada altera a plena efetividade da presunção de inocência como norma de tratamento prevista constitucionalmente, ou seja, continua recaindo sobre a acusação o ônus probatório de apresentar provas idôneas e lícitas de autoria e materialidade delitivas, que, agregadas à confissão, constituam quadro probatório suficiente para a homologação do acordo e prolação de sentença condenatória.

Assim sendo, firmado o acordo, é ele submetido à apreciação judicial, mediante requerimento de aplicação da pena, que o homologará e *incontinenti* proferirá sentença condenatória. O controle judicial do acordo deve recair sobre a forma e higidez do pacto, e, num segundo momento, sobre o mérito, ou seja, sobre os fatos, sua qualificação jurídica e a pena proposta⁵⁵⁹.

Não obstante o projeto aprovado no Senado tenha silenciado a respeito, a Câmara dos Deputados inseriu a obrigatoriedade da audiência no art. 283-C do

557Assim dispõe o Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

558MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 526.

559“En realidad, tal control se traduce en un triple plano, por un lado ha de verificar que se cumplen los requisitos legalmente establecidos para que la conformidad pueda producirse; en segundo lugar, ha de comprobarse la corrección del silogismo ínsito en toda sentencia: que, a los hechos reconocidos, corresponda la calificación y la pena asumida; finalmente, el Juez deberá asegurarse de que el consentimiento manifestado por el acusado ha sido previamente informado y su voluntad manifestada con absoluta libertad” (MANDIÁN, Javier Fraga. *La sentencia de conformidad*. Especial consideración de la denominada conformidad premiada. Salamanca: 2016. Tese Doutoral apresentada na Universidad de Salamanca, p. 364. Disponível em <https://gredos.usal.es/jspui/.../1/DDAFP_FragaMandianJ_Sentenciaconformidad.pdf>. Acesso em novembro de 2017.).

projeto, momento processual adequado para a verificação dos requisitos formais e materiais supramencionados. A exemplo do que ocorre com a transação penal e com a suspensão condicional do processo, e especialmente com a homologação do acordo de colaboração premiada⁵⁶⁰, a verificação da voluntariedade do acusado não pode prescindir de uma audiência formal e pública para que o juiz se certifique de que o réu não só deseja livremente confessar, mas que o faz cômico das consequências processuais, penais e extrapenais daí advindas.

Três fundamentos para a obrigatoriedade da realização da audiência se impõem. O primeiro deles, já referido acima, diz respeito à própria qualidade da aferição da autonomia da vontade e inteligibilidade da decisão do réu de confessar os fatos e firmar o acordo, oportunizando-lhe o contato direto com o juiz da causa (princípio da imediação); segundo, a confissão judicial deve ser tomada oralmente, perante o juiz, nos termos do art. 190 do Código de Processo Penal. Se o acordo não se confunde com a confissão, esta é inegavelmente parte central daquele; por fim, a realização da audiência para homologação do acordo também prestigia a oralidade e publicidade característicos do sistema acusatório; ou seja, publiciza todas questões debatidas e ponderadas previamente pelas partes, conferindo transparência ao acordo penal e estimulando que o réu saia do tribunal ciente do tipo de pena e de seu quantitativo.

Análise de Direito Comparado ratifica o quanto aqui exposto. Na Alemanha, é imperativo legal que os acordos sejam revelados na audiência pública (§ 247.4 do StPO), o que também ocorre nos EUA, Itália e Espanha. Neste último, após a confissão dos fatos pelo imputado, o juiz deve perguntar ao defensor se ele efetivamente considera desnecessária a realização da audiência de instrução, regra semelhante ao projeto do novo código brasileiro (art. 283-A, inc. IV e V e art. 283-C). Além do requerimento firmado pelas partes dispensando a produção de outras provas em contraditório, parece salutar exigir-se que a ratificação daquela manifestação, pelo defensor, dê-se também em audiência⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ art. 4º, § 7º da Lei n. 12.850/13 determina que a aferição da regularidade e voluntariedade do acordo “poderá” ocorrer mediante a oitiva do colaborador, na presença de seu defensor. Desde a entrada em vigor da lei, contudo, a praxe tem sido sempre a realização de audiência com o colaborador e seu advogado a fim de o juiz colher subsídios precisos para homologação do acordo.

Com isso, assegura-se a chamada dupla garantia também em audiência, perante o juiz da causa. Demais disso, e não menos importante, rebatem-se as críticas de que as tratativas ocorrem em segredo, longe dos tribunais. É natural e até aconselhável que as negociações ocorram antes, desde que registradas formalmente e especialmente que culminem com a verificação, ratificação e homologação em audiência⁵⁶².

Somente após verificar todos os aspectos intrínsecos e extrínsecos do acordo, procederá o juiz à sua homologação. Todavia, ao revés, se o juiz não concordar com os termos do acordo proposto, ou for ele incabível, deverá rejeitá-lo e dar andamento ao feito, observado o rito ordinário (art. 284); a proposta de acordo será, então, desentranhada dos autos.

O requerimento de acordo e seu respectivo termo devem ser autuados em apartado, e uma vez rejeitados, devem ser desentranhados dos autos e doravante proibidas quaisquer referências de seus termos e condições pelas partes e pelo juiz,

561 Postura que prestigia o ato e se adequa perfeitamente à chamada “dupla garantia” exigida pelos ordenamentos jurídicos mundo afora para celebração de acordos penais.

562 As tentativas de evitar e proibir as negociações informais e fora do processo parecem ter fracassado rotundamente. Em estudo realizado por Karsten Alenhain a pedido do Tribunal Constitucional Alemão para subsidiar sua paradigmática decisão de 2013, que avalizou os acordos previstos na legislação daquele país, concluiu-se que, apesar da previsão legal (§ 257c do StPO), a maior parte dos acordos foram concluídos de modo informal, fora dos processos, e que os juízes não raro consideram os registros das tratativas em ata e sua publicidade formalismos supérfluos. Analisando o estudo empírico, Nuno Brandão bem resume suas conclusões: “Com essa investigação, versando sobre o ano de 2011, ficou a saber-se que mais de metade dos 190 juízes ouvidos (precisamente, 58,9%,) concluíram acordos sobre a sentença de um modo informal, isto é, à margem do regime estipulado pelo art. 257c da StPO, sendo que cerca de um quarto (26,7%) o fizeram em todos os casos. O dever de publicitação do acordo foi considerado como um formalismo supérfluo por uma parte não despreciable dos juízes inquiridos, sendo frequentemente inobservado o dever de consignação na acta do malogro do acordo tentado pelos envolvidos. Quase 40% (em rigor, 38,3%) nem sempre deu cumprimento ao dever de investigar a credibilidade da confissão, havendo aí quem só o fizesse de quando em vez, raramente ou mesmo nunca. Mais de um terço (35,3%) dos juízes inquiridos declararam terem já comunicado à defesa, no âmbito das conversações com vista a um acordo, não só o limite máximo de pena que estariam dispostos a aplicar em caso de confissão (conforme prescreve a lei), como ainda (para lá do legalmente permitido) a pena concreta que fixariam se o acordo fosse levado avante e, inversamente, a pena que o arguido deveria esperar caso o acordo se frustrasse; 16% deles adoptando por norma esse comportamento. Os recursos interpostos de sentenças tiradas na sequência de acordos foram vistos como muito raros, declarando um pouco mais de um quarto dos juízes (27,4%) que, apesar de disposição expressa em contrário (§ 302, n.º 1, II, da StPO), a renúncia antecipada ao recurso constou expressamente de acordos por si firmados (isso sucedendo sempre com 14,7% dos juízes; e frequentemente com 56,6%). Segundo a maioria dos inquiridos, o “desconto de pena” decorrente de uma confissão produzida em conformidade com o “prometido” no acordo ronda entre um quarto e um terço da pena que provavelmente seria aplicável na sequência de um julgamento “adversarial” (BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, n. 25, 2015, p. 171-172).

garantia imprescindível ao imputado que homenageia os princípios da boa-fé, da confiança e da lealdade processual que devem reger o devido processo consensual⁵⁶³, prática essa já observada nos acordos de colaboração premiada firmados com base na Lei n. 12.850/13.

Apesar desta cautela, há debate na doutrina acerca do comprometimento da imparcialidade do julgador que tem conhecimento das negociações entabuladas entre acusação e defesa, de modo que não poderia ele continuar à frente do processo e sentenciá-lo. Já se viu que a participação do juiz nas negociações dos acordos é rechaçada por uns (Espanha, Itália e EUA) e recomendada por outros (Alemanha). De toda a sorte, não há previsão legal que impeça o magistrado de seguir no feito em caso de frustração das tratativas negociadoras. No país peninsular, segundo apontam Bruna Capparelli e Vinicius Gomes de Vasconcellos, a Corte Constitucional italiana já decidiu que a rejeição da proposta de *patteggiamento* resulta na perda da imparcialidade do julgador, que não poderá prosseguir no processo e proferir sentença⁵⁶⁴.

No Brasil, a legislação e a jurisprudência caminham em sentido contrário: o desentranhamento de provas ilícitas não afasta o juiz da causa que delas teve conhecimento (art. 157 do CPP), assim como a rescisão do acordo de colaboração premiada (Lei n. 12.850/13) tampouco constitui causa de impedimento do magistrado⁵⁶⁵. O projeto de novo CPP em análise não destoa deste caminho e

⁵⁶³Andrey Borges de Mendonça menciona que a evolução do modelo de justiça consensual baseia-se no “[...] princípio do devido processo consensual, cujos princípios estruturantes são a autonomia da vontade, - como decorrência princípio da liberdade -, a eficiência, a boa fé objetiva e a lealdade” (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo).

⁵⁶⁴CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 441.

⁵⁶⁵É relativamente comum o argumento de que o juiz teria interesse no acordo a fim de reduzir sua carga de trabalho. Cômico deste problema e a fim de evitá-lo, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal espanhol de 2011 cria a figura do “*Juez de la Conformidad*” (art. 142), responsável por conhecer e proferir a sentença com base no acordo alcançado pelas partes. Uma vez frustrado o consenso, o processo prosseguiria diante de um magistrado diverso, que então instruiria e julgaria o feito sem ter tido qualquer contato prévio com as tratativas negociadoras. Sem embargo dos benefícios daí advindos, Arturo Todolí Gomez reconhece a enorme dificuldade em implementar tal sistemática sob a ótica dos custos e da organização judiciária (GOMEZ, Arturo Todolí. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Tese doutoral apresentada na Universitat de València, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, 2013,

apenas determina que o juiz não participará da negociação realizada entre as partes (art. 283, § 2º).

Ao cabo de tudo, é possível buscar no Direito Comparado lições que indicam que o controle judicial sobre os acordos constitui a garantia máxima do imputado frente ao consenso e, mais do que isso, a própria legitimação da justiça negociada. Evitar a condenação de um inocente com base em confissão falsa e minimizar ao máximo os riscos de condenações incompatíveis com o princípio da culpa é tarefa a ser sindicada sempre pelo magistrado, que terá o poder-dever de determinar a continuidade da apuração dos fatos em caso de dúvida acerca do conteúdo do acordo⁵⁶⁶.

5.4.2. Procedimento:

O projeto originalmente aprovado pelo Senado seguia a linha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, prevendo que os acordos deviam ocorrer na chamada fase intermediária, após o recebimento da denúncia e antes da abertura da audiência de instrução e julgamento a que se refere o art. 376 do projeto do novo Código.

Se o objetivo é a celeridade com o encerramento antecipado do processo, afigura-se lógico que o legislador incentive a realização do acordo em momento anterior ao início da instrução. É assim na Itália e na Espanha, como já se viu.

p. 511. Disponível em: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=44196>>. Acesso em outubro de 2017).

566“Decisiva para impedir que uma solução de justiça negociada resvale para um cenário incompatível com o princípio do Estado de direito é a manutenção nas mãos do tribunal do poder de sindicat a fiabilidade e a veracidade da confissão, o que só é possível acautelar através da subsistência do funcionamento do princípio da investigação. Só assim, com efeito, podem precaverse de forma consistente as violações do princípio da culpa inerentes às confissões falsas. É este um dos perigos maiores dos acordos sobre a sentença, o da condenação de um inocente ou de um culpado mas numa pena que exceda a sua culpa. O princípio da culpa proíbe ao Estado a aplicação de uma pena sem culpa ou superior à medida da culpa. Esta garantia fundamental do cidadão a que o Estado se encontra absolutamente vinculado tem de projectar-se também no plano processual. Concretamente, num dever estadual de institucionalização de soluções processuais que contribuam para minimizar o risco de condenações incompatíveis com o princípio da culpa, sempre latente num quadro de justiça consensual ou negociada, seja pela via de uma confissão falsa, seja pela via do acordo, explícito ou tácito, não secundado por confissão, a uma proposta condenatória” (BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, n. 25, 2015, p. 167).

Segundo o *caput* do art. 283, o consenso tem lugar somente após a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, com o que se oportuniza ao acusado conhecimento prévio da qualificação fático-jurídica contida na denúncia, das provas em que ela se estriba e, dentre estas, quais as que o acusador pretende produzir em Juízo.

Ou seja, franqueia-se ao acusado e seu defensor boa condição para aferirem e ponderarem⁵⁶⁷ sobre a melhor estratégia da defesa: resistir à pretensão acusatória e dar prosseguimento ao processo conflitivo, mediante instrução judicial, fazendo uso do contraditório com todos os meios e recursos a ele inerentes, ou, ao revés, firmar acordo com o Ministério Público a fim de alcançar apenamento mínimo ou com redução de até 1/3, conforme o caso, além de encerrar imediatamente o processo sem necessidade de realização da audiência⁵⁶⁸.

567Trata-se de verdadeiro juízo de probabilidade a ser realizado pelo réu e seu defensor, que devem verificar a plausibilidade de que, submetendo-se ao processo criminal conflitivo, poderia alcançar um resultado mais benéfico (absolvição ou condenação com pena inferior). Este juízo de conveniência deve ser exclusivo do réu e seu defensor, sem qualquer interferência do juiz da causa, sob pena de comprometimento sério de sua imparcialidade. Aliás, a propósito da perniciosidade do estímulo do juiz à realização dos acordos, calha citar recente decisão do Supremo Tribunal Espanhol: “El órgano jurisdiccional, en fin, no es actor de la conformidad, sino garante de que ésta reúne los requisitos indispensables – voluntariedad, conocimiento de su trascendencia y corrección de la pena interesada – para ser aceptada y para servir de presupuesto de una condena penal. De lo contrario, se subvierte de forma grave el esquema jurídico concebido por el legislador para rodear de garantías tan singular forma de allanamiento en el proceso penal. La intervención del Juez alentando la conformidad y, en su caso, explicando las bondades del acuerdo y las consecuencias negativas de su posible rechazo por el acusado, a buen seguro, ha de generar en éste la lógica desorientación acerca de sus derechos como parte pasiva y de las expectativas de defensa de su inocencia que haya podido abrigar durante la investigación de la causa. Quien ha de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el plenario (art. 741 LECR) no puede anticipar un velado juicio de culpabilidad, exteriorizando las bondades de un acuerdo por él mismo promovido y cuya viabilidad presupone que un acusado, sin necesidad de juicio, es merecedor de las penas propuestas. Si lo hace, desborda y compromete la necesaria imparcialidad, exponiéndose a la activación de los mecanismos jurídicos previstos para alejar toda sospecha de parcialidad” (ESPAÑA. STS 767/2013, de 25 de septiembre – ROJ: STS 4998/2015. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em novembro 2017).

568Embora referindo-se aos acordos de colaboração premiada, Andrey Borges de Mendonça analisa com precisão o dilema do acusado de firmar ou não acordos penais. Além do grau de eficiência do sistema punitivo em si, a contundência das provas existentes contra o réu ou a facilidade de a acusação obtê-las, a possibilidade de anulação do processo e a iminente ocorrência de prescrição também são variáveis que a defesa haverá de ponderar quando da decisão de firmar ou não acordo penal. Se a alternativa ao acordo (BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*) for favorável àquele, poderá ele optar por resistir à pretensão acusatória ou mesmo pleitear um acordo extremamente benéfico e, se aceito pela acusação, submetê-lo à homologação judicial (MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo).

Referindo-se aos acordos do processo penal em geral, Nicolás Cabezudo Rodríguez expõe com clareza as muitas variáveis a serem consideradas pela acusação e pela defesa quando das negociações, sejam elas endoprocessuais ou extraprocessuais, que vão desde a robustez ou fragilidade da prova acusatória, a margem de discricionariedade que o ordenamento confere ao Ministério Público, a rigidez ou condescendência do magistrado com a espécie de crime em julgamento, a história pregressa do acusado e seu particular interesse na resolução rápida do processo; a repercussão pública do julgamento, a provável pena a ser imposta, todas estas variantes constituem elementos a serem ponderados pelos intervenientes e utilizados durante a negociação⁵⁶⁹.

Recentemente, a Câmara dos Deputados ampliou o momento processual apto para a formalização dos acordos, que agora se estende até a prolação da sentença. Não se vê aqui prejuízo algum ao réu, embora tanto mais avance a instrução do feito menor será o interesse da acusação na formalização do acordo, minando – pouco a pouco – as suas chances de êxito.

569 Nas próprias palavras do autor: “Para el Letrado de la defensa será extremadamente importante recabar toda la información relevante sobre su propio cliente y acerca de la robustez o fragilidad de la prueba de cargo, ponderando cada una de las alternativas posibles respecto a la sentencia, e incluso otros aspectos extraprocesales como pueden ser la actitud y experiencia del particular Fiscal y la reputación sentenciadora del Juez. Evidentemente, el propio margen de apreciación que el ordenamiento jurídico reconoce al Fiscal tanto en la decisión de acusar como en la de negociar o no será un factor considerado por la defensa. El historial criminal del investigado, la naturaleza y gravedad del delito, el carácter deseable de una pronta resolución del caso, el propio interés en que el asunto sea llevado a juicio público y, sobre todo, las dificultades de obtener la condena y, en su caso, cuál será probablemente la pena impuesta, serán elementos que entrarán dentro de la valoración del Fiscal, sin desdeñar otros factores tales como la capacitación profesional de la contraparte y la previsible actitud del Juez o Tribunal, ya antes mencionados. Los intervinientes desplegará sus propias tácticas negociadoras, que distarán de ser uniformes, siendo común para la defensa acentuar las fallas que muestra la prueba de cargo, mientras pone énfasis en destacar los aspectos favorables a su cliente y sus posibilidades para gestionar en su favor el factor tiempo. La dilación temporal del procedimiento puede complicar el caso para la acusación: los testigos pueden variar su testimonio, perder la seguridad que mostraron en su primera declaración o cambiar de residencia dificultándose su comparecencia, incluso podría expirar el período máximo de prisión preventiva, con el consiguiente riesgo de evasión del investigado. En esta tesitura, el Abogado defensor puede dar a entender que está en posesión de suficiente experiencia para prolongar la tramitación de la causa. El poder de persuasión del acusador, en general, y del Fiscal, en particular, no exige demasiada imaginación y descansa en las facultades que legalmente tiene reconocidas para modular la acusación en perjuicio del imputado” (RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 9-10. Disponible em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017).

Interessa mais, portanto, sob a ótica das garantias procedimentais do réu, que o acordo seja requerido à Justiça somente depois do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, e homologado após aquela ser formalmente recebida. Trata-se de importante garantia procedimental do réu e prerrogativa de seu defensor, que terão claros os fatos delimitados pela acusação, e, conseqüentemente, em face do princípio da correlação entre acusação e sentença, melhores condições de avaliar os riscos e benefícios de uma confissão e renúncia à instrução⁵⁷⁰.

A formalização do acordo no âmbito desta fase intermediária não impede que as tratativas tenham início ainda durante a investigação preliminar ou inquérito policial⁵⁷¹, assim como não se vislumbra qualquer óbice a que o acusado manifeste seu consentimento com o Ministério Público concomitantemente ao oferecimento da denúncia, em petição conjunta, hipótese admitida expressamente no ordenamento espanhol⁵⁷² e que não evidencia outra coisa senão que os diálogos prévios culminaram em uma posição uniforme quanto aos fatos ocorridos.

Poder-se-ia contra-argumentar, neste caso, que Ministério Público e investigado estariam negociando a própria descrição fática e qualificação jurídica a ser vertida na peça acusatória, em violação aos princípios da legalidade e da indisponibilidade da ação penal pública, e, numa visão extremada, induzindo a erro a atividade jurisdicional. De fato, parece inequívoco que as partes não são livres para negociarem a qualificação fático-jurídica que melhor lhes aprouver, que, ao

570No Brasil, com a delimitação dos fatos descritos na peça inaugural, não poderá o juiz alterá-los sem seu aditamento pelo Ministério Público (*mutatio libeli*) e reabertura, desde o início, do procedimento criminal. Tal garantia à defesa não possui a mesma extensão em países como Espanha e Alemanha, onde a qualificação inicial dos fatos pela acusação é tida como provisória, passível de retificação – mesmo que mais gravosa ao réu – após a instrução do feito. Por essa razão os acordos penais firmados na fase intermediária nesses países protege o réu de eventuais fatos supervenientes que porventura aparecessem no juízo oral e lhes fosse prejudicial, sendo assim uma atrativo adicional àqueles.

571Prática corrente nos países analisados neste trabalho, como se viu. Na Espanha, visando otimizar as tratativas e negociações, que normalmente ocorrem momentos antes da abertura da audiência de instrução e julgamento, o Ministério Público espanhol e o Conselho Geral de Advocacia daquele país firmaram, em 2009, um protocolo de atuação para os procedimentos de *conformidad*, facilitando o contato imediato entre promotores e advogados, a fim de simplificar e agilizar as tratativas negociadoras, ficando o Ministério Público encarregado de encaminhar à Justiça os acordos e de solicitar a designação de audiência para sua efetivação com brevidade (Disponível em: <<http://web.icam.es/bucket/Protocolo%20de%20Actuaci%C3%B3n%20para%20Juicios%20de%20Conformidad%20FGE%20BCGAE%20-1-04-2009.pdf>>. Acesso outubro 2017).

572Vide supra, capítulo II.

contrário, deve refletir tanto quanto possível o resultado das investigações pré-processuais realizadas pela Polícia ou pelo próprio *Parquet*.

Que fique claro, pois: o substrato fático e sua qualificação jurídica não podem ser objeto de acordo no processo penal. Entretanto, dito isso, cumpre mencionar que não raro surgem divergências acerca de qual norma penal incriminadora incide sobre os fatos em apreço, divergências essas frequentemente reverberadas pela jurisprudência dos Tribunais. Tais controvérsias podem referir-se a fatos constitutivos do tipo penal principal ou derivado (qualificado ou privilegiado), ou ainda a aspectos secundários da norma penal incriminadora, como causas especiais de aumento e de diminuição da pena, agravantes e atenuantes, cuja repercussão no apenamento, em todos estes casos, pode inviabilizar – objetiva ou subjetivamente⁵⁷³ – a formalização do acordo.

Em segundo lugar, as partes podem e devem realizar – conjunta ou separadamente – juízos prognósticos acerca dos êxitos da prova a ser produzida judicialmente. E, se assim é, não se afigura equivocado supor que o Ministério Público, por exemplo, verificando extrema dificuldade em comprovar judicialmente determinado fato ou circunstância penalmente relevante, opte por firmar acordo desde logo excluindo-o, sem que com isso desborde dos elementos fático-probatórios constantes no caderno indiciário e, conseqüentemente, da “verdade processual”.

Ou seja, além da própria dificuldade hermenêutica de identificação da norma aplicável ao caso concreto, há a discricionariedade relativamente ampla que é conferida à atividade jurisdicional de determinação da pena⁵⁷⁴, e, ainda, os juízos prognósticos referidos acerca dos resultados de uma produção probatória em contraditório.

573 Inviabiliza-se objetivamente a formalização do acordo se o objeto da controvérsia, conforme a interpretação que se lhe dê, altere o quantitativo máximo de pena para além do teto de 8 (oito) anos previsto pelo projeto do novo código. Outrossim, a inviabilização subjetiva dá-se quando, não obstante possível em tese a celebração do negócio penal, uma das partes entende leniente (no caso da acusação) ou excessiva a pena mínima resultante da qualificação fático-jurídica resultante da interpretação.

574 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 202.

Enfim, partindo-se do pressuposto de que a prova existente no inquérito constitui uma moldura que admite, por vezes, mais de uma qualificação fático-jurídica, nada impede que as partes pactuem por uma delas e com isso peticionem ao juízo a imediata aplicação da pena mínima correspondente.

O que se quer dizer aqui é que não há como impedir a atividade interpretativa das partes quando da aferição dos fatos e de sua qualificação jurídica, que irão, depois, compor o negócio penal; melhor do que negar é reconhecer a inafastabilidade daquela e estabelecer limites claros e consentâneos com os princípios da legalidade e da individualização da pena.

Todas estas variáveis compõem o processo de negociação e, de alguma forma, repercutem no acordo a ser alcançado e conseqüentemente na pena a ser proposta. Há inevitavelmente uma transferência – ainda que parcial, ainda que mínima – da tarefa de individualização da pena do juiz para as partes, que atuam em atividade colaborativa com o próprio magistrado e com a presença de outros critérios outrora desconhecidos⁵⁷⁵.

Por outro lado, o art. 283-G do projeto do novo CPP admite recurso contra a decisão que (I) não homologar o acordo; (II) que, embora o homologue, altere seus termos e condições; ou, por fim, (III) homologa o acordo celebrado com vício do consentimento ou em caso de réu indefeso. Trata-se de hipótese recursal de fundamentação restrita (*numerus clausus*), já que a celebração do acordo carrega consigo uma renúncia implícita à rediscussão da causa ou da base fática em que se sustentou o consenso. Assim, os recursos serão cabíveis apenas nas hipóteses em que o acordo for alterado na sentença ou quando apresentar algum vício da vontade que comprometa sua higidez, e, é claro, quando for negado pelo juiz.

Questiona-se se a hipótese de não homologação do acordo penal pelo juiz constituiria hipótese de aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, a exemplo do que ocorre com a transação penal e suspensão condicional do processo. Em recente manifestação, a Secretaria de Relações Institucionais da Procuradoria-Geral da República manifestou-se neste sentido, sob o argumento de

⁵⁷⁵FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 706.

que o projeto do novo CPP está inserido no contexto de um sistema acusatório, em que o juiz não participa das negociações do acordo penal; conclui, assim, que caberia ao próprio Ministério Público rever o conteúdo daquele acordo não homologado⁵⁷⁶.

Entretanto, as substanciais diferenças entre o acordo penal e as medidas despenalizadoras supramencionadas não recomendam idêntico tratamento recursal. Em primeiro lugar, a transação penal e a suspensão condicional interrompem o curso natural do processo e, mediante cumprimento de prestações, dão ensejo ao seu arquivamento sem declaração de culpa. Não obstante a transação penal materialize-se mediante aplicação de uma pena ao autor do fato, em nenhum momento há a aferição da culpabilidade do agente e, por conseguinte, aplicação de uma sanção fundada naquela.

Os institutos criados pela Lei n. 9.099/95 e ora mantidos pelo projeto do novo código constituem ferramentas diversionistas de outra natureza, embora inegavelmente devam, de certa forma, adequar-se ao fato em tese delituoso e à situação pessoal do agente. Nesse sentido, pontua Fernando Fernandes que:

No modelo consensual brasileiro não é a culpa penal que justifica a sanção, mas a justificação da sanção antecipada achar-se-ia no risco da sentença futura, que, fazendo nascer *ab ovo* a culpa, geraria uma resposta jurídica com esta compatível. “A pena criminal, portanto, não seria o resultado da culpa pessoal, porque esta não surgiria com a barganha. A pena remeter-se-ia a critérios de oportunidade e conveniência para o imputado e não se ligaria à culpa pessoal, porque esta somente ganharia realidade com a sentença condenatória”⁵⁷⁷.

No acordo penal, ao revés, o espectro ou moldura que se abre para a negociação da pena não altera a sua natureza, que decorre da incidência da lei penal ao caso concreto e faz surgir daí a sanção criminal correspondente, na exata medida da culpabilidade pré-definida pelo legislador (inclusive com as reduções

576BRASIL. Nota Técnica PGR/SRI nº 96/2017. Disponível em:<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica_SRI0962017_PL8045_NovoCPP.pdf>. Acesso em dezembro de 2017.

577FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 788.

decorrentes da simplificação procedimental). É pena criminal para todos os efeitos, nos termos do art. 283-F do projeto do novo CPP, que acompanha a abalizada doutrina estrangeira.

Consequentemente, em face do princípio *nulla poena sine iudicio*, não pode a vontade do superior hierárquico ministerial, manifestada mediante provocação estribada no art. 28 do Código de Processo Penal, impor um acordo desta natureza – que, repita-se, contém pena decorrente de culpa – ao Poder Judiciário, sob pena de subversão do sistema e flagrante inconstitucionalidade.

5.4.3. A fixação da pena

Não se desconhece a imensa dificuldade teórica de compatibilizar-se a função retributiva da pena – proporcional à culpabilidade do agente – com o modelo consensual em apreço. Mesmo abandonando-se aquela e levando em consideração apenas os fins de prevenção geral e especial da sanção criminal, resulta igualmente tormentoso não reconhecer que o acordo de vontades tende a afastar a medida da pena da gravidade do delito e da capacidade de delinquir do agente⁵⁷⁸, e, com isso, das finalidades teóricas que a sustentam. O quantitativo da pena seria de alguma forma influenciado pela posição colaborativa do réu e pelo tempo e economia processuais daí resultantes.

Por isso, adverte Fernando Fernandes, a aceitação da valoração do comportamento do acusado posterior ao fato delituoso para reduzir a pena impõe a alteração de critérios definidores daquela, em que não só a confissão tem peso relevante, mas também a posição colaborativa e leal no processo e a aceitação de um rito mais célere compõem um conjunto de valores subsequentes ao delito que podem sustentar uma redução de pena. Embora não possua qualquer relevância ou correlação quanto à gravidade do delito e sua potencial capacidade de voltar a delinquir, a redução de pena decorrente dos acordos penais “[...] assume a função

⁵⁷⁸FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 707.

de uma típica exigência de prevenção geral [...]”, já que confere celeridade e agilidade ao sistema penal⁵⁷⁹. Trata-se, uma vez mais, de opção de política criminal que se encerra dentro e em conformidade com os valores estruturantes da ordem constitucional vigente⁵⁸⁰.

Passa ao largo deste trabalho qualquer tentativa pretensiosa de equacionar o problema teórico referido, embora isso tampouco possa significar despreocupação com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), que, aliás, segue sendo tarefa judicial (inderrogabilidade do juízo) submetida aos comandos legais correspondentes.

É corrente na doutrina encontrar-se a afirmação de que a individualização da pena no Brasil ocorre em três momentos distintos: no primeiro deles, o legislador estabelece limites mínimos e máximos de pena adequados para cada tipo penal, bem como estipula causas de majoração e diminuição de penas, agravantes e atenuantes; no segundo momento, cabe ao juiz, diante das balizas legislativas, estabelecer a quantidade de pena adequada para a prevenção e reprovação do crime; por fim, dá-se ainda a individualização da pena na fase executória, quando o juiz aprecia se o condenado faz jus à progressão de regime, livramento condicional, etc⁵⁸¹.

Exemplificativamente, os prêmios concedidos ao réu colaborador constituem manifestação da etapa legislativa de individualização da pena, em que motivos político-criminais eleitos como relevantes conferem tratamento mais favorável ao agente que adota aquele comportamento pós-delitivo estimulado pela lei⁵⁸². No mesmo sentido, o projeto do novo CPP autoriza a celebração de acordos penais

579 FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 204.

580 “Também o direito da medida da pena, que só no pós-guerra alcançou *status* de disciplina autônoma, desenvolve-se não no sentido da discricionariedade de uma valoração individual pelo juiz, mas, muito pelo contrário, esforça-se por alcançar uma ordem sistemática e uma controlabilidade racional dos critérios de medida da pena político-criminalmente motivados” (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21).

581 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês. In: BEDÊ JR.; Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 202.

582 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo.

dentro dos limites pré-definidos pelo legislador, com a possibilidade de a pena ser fixada abaixo dele, mas sem se afastar dos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal⁵⁸³.

Escorado no ensaio de Jorge de Figueiredo Dias, José Soto Moura afirma que a eventual fixação da pena em patamar inferior não significa sentença injusta. Pelo contrário, a medida da culpa é sempre o máximo que o agente deve suportar, sendo suficiente e justa – em termos preventivos – a pena fixada abaixo daquele, notadamente quando o comportamento do imputado (confissão pública) denota uma espécie de reconciliação com a sociedade e atingimento dos fins de prevenção especial⁵⁸⁴.

Em sua conhecida obra escrita em 2011, Jorge Figueiredo Dias inspirou-se claramente na experiência alemã para defender a possibilidade de realizarem-se acordos no processo penal português⁵⁸⁵. Com a confissão e o estabelecimento de um limite máximo e mínimo de pena no acordo, dispensa-se a produção probatória e permite-se ao julgador a aferição imediata da culpa no caso concreto, estabelecendo a pena dentro daquela moldura pré-estabelecida mediante consenso. Mantém-se, assim, segundo o autor português, a imparcialidade⁵⁸⁶, a investigação

583BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 21. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017.

584MOURA, José Soto de. *Acordos em Processo Penal. A propósito da obra “Acordos sobre a sentença em processo penal”, do Sr. Prof. Figueiredo Dias*. p. 9. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf>. Acesso em setembro de 2017.

585DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. Vale lembrar, ainda que de passagem, que o art. 344 do Código de Processo Penal português preconiza que a confissão integral e sem reservas pode implicar, dependendo do tipo de crime, na renúncia à produção probatória relativa aos fatos imputados e consequente consideração destes como provados. Com isso, dispensa a audiência de instrução e julgamento. Tal dispositivo é que sustentou em grande parte a tese do livro do autor português.

586Argumenta o autor que a fixação da moldura não significa antecipação da decisão e tampouco arranha a imparcialidade do julgador: “A fixação da medida da pena, em função de todos os critérios e factores relevantes, continua reservada ao momento da elaboração da sentença, e por consequência, ao tribunal. Nem um tal procedimento elimina, por outro lado, a necessária imparcialidade e objetividade do juiz. Também no processo em que não exista um acordo o juiz vai humanamente, ao longo do procedimento, formando opiniões e juízos relevantes para o resultado do processo, sem que em função dessa realidade possa falar-se de uma ilegítima antecipação do resultado final” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 52-53).

da verdade, a igualdade, a inafastável correlação entre culpa e pena e, é claro, a desejada abreviação e simplificação procedimental⁵⁸⁷.

O projeto do novo código processual brasileiro optou por caminho diverso. Enquanto Jorge de Figueiredo Dias não aceita que o acordo estipule pena em concreto – sob pena de violação do princípio da culpa, o acordo firmado com base no projeto brasileiro conduz necessariamente à fixação da pena-base no mínimo legal.

Isso porque a redação do dispositivo estabelece que:

[...] o termo de acordo conterà, obrigatoriamente, requerimento para aplicação imediata de pena, com a fixação da pena-base no mínimo previsto na cominação legal e, se houver, a incidência das circunstâncias atenuantes e das agravantes ou qualificadoras, e das causas de diminuição e de aumento. (art. 283-A, inc. II).

A redação aprovada originariamente no Senado previa que a pena decorrente do acordo seria aplicada “[...] no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena” (art. 283, § 1º, II).

A proposta modificada era mais benéfica ao réu e, interpretada literalmente, afastava a negociação sobre o quantitativo da pena, que seria sempre estabelecida no mínimo previsto pelo legislador. A nova e atual redação do projeto, outrossim, permite a redução ao mínimo legal apenas da pena-base, determinando que as partes e o juízo necessariamente observem as outras duas fases de individualização da pena⁵⁸⁸.

587A ideia defendida pelo autor foi rechaçada pelo Supremo Tribunal de Justiça português em decisão de 10 de abril de 2013 (Proc. 224/06.7GAVZL.C1.S1), e posteriormente sepultada pela Directiva nº 02/2014 da Procuradoria-Geral da República. O fundamento da negativa da tese de Figueiredo Dias foi “apenas” a ausência de previsão legal, e não a incompatibilidade dos acordos com o sistema processual penal português, conforme anota BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, n. 25, 2015. Disponível em: <<http://julgar.pt/acordos-sobre-a-sentenca-penal-problemas-e-vias-de-solucao/>>. Acesso em dezembro de 2017).

588O sistema trifásico de individualização da pena estabelecido pelo art. 68 do Código Penal brasileiro abrange a pena-base, que leva em conta os vetores contidos no art. 59 do Código, pena-provisória, composta pelas agravantes e atenuantes, e, por fim, a pena-definitiva, momento em que incidem as majorantes e minorantes.

Entretanto, logo após, quando cuida do acordo “premiado”, o projeto autoriza a redução da pena em até um 1/3, fixando um limite máximo redutor e sugerindo que as partes podem acordar o percentual que melhor reflita “[...] a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime” (art. 283-B, inc. I). Ora, todas essas variáveis compõem a própria pena-base⁵⁸⁹, de modo que, aparentemente, o projeto não quis excluir das negociações as circunstâncias agravantes e/ou causas de aumento da pena⁵⁹⁰, ampliando, de certa forma, a moldura de negociação entre as partes.

As partes ainda podem requerer a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 283-B, inc. II). Não se trata de estabelecer regime ou pena diversa daquela prevista pelo legislador, mas sim, dentro das possibilidades legais, estabelecer pena mais consentânea com o caso concreto e submetê-la à apreciação judicial.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de o juiz alterar os fatos objeto da confissão e do acordo. A doutrina estrangeira inclina-se negativamente, sob o argumento de que o juiz estaria fazendo valorações não consentidas pelas partes acerca de material probatório não produzido em audiência⁵⁹¹. Se a

589Culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima.

590No ponto, o relator-parcial assim justificou a alteração: “Entendemos que a aplicação imediata da pena deve se concretizar no mínimo previsto da cominação legal, a teor do projeto original. Por outro lado, somos contrários à determinação de que a pena seja fixada "independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena". Assim sendo, adota-se como regra para o acordo penal a fixação da pena-base no mínimo previsto na cominação legal sem excluir a possibilidade de incidência das circunstâncias atenuantes e das agravantes ou qualificadoras, assim como as causas de diminuição e de aumento de pena. A adoção desta opção legislativa, por um lado, conserva o acordo penal atrativo para o acusado e, por outro, mantém a harmonia com o sistema de fixação da pena regulado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, permitindo que esta possa ser acordada em observância à culpabilidade do agente” (BRASIL. Relatório Parcial do Deputado Rubens Pereira Júnior, 2010. p. 38-39. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B5A3EDF36CB85786825BBD8F37D1A9E2.proposicoesWebExterno1?codteor=1574897&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em dezembro de 2017).

591“Lo dicho, insistimos, no debe conducir al malentendido de pensar que el Juez puede realizar cualquier tipo de valoración con relación a la realidad de los hechos consignados en el escrito de acusación, pues, naturalmente, la conformidad determina precisamente que no se celebre el juicio oral y que, por consiguiente, no exista práctica de prueba que permita sustentar tal ponderación. En realidad el relato fáctico es lo único que el Juez debe asumir en su integridad, y a partir de ahí, lo que habrá de controlar es la congruencia de los fundamentos jurídicos aplicados y el fallo consecuente. Si, tal como advertimos, la sentencia es un silogismo en que la premisa mayor es el hecho que se enjuicia, la menor el derecho que se aplica y la conclusión el fallo que se dicta, en el trámite de control, el Juez habrá de verificar que tales elementos no distorsionan de manera que

divergência recai sobre a qualificação jurídica daqueles fatos, pode o juiz devolver o acordo às partes para que o retifiquem, querendo; não o fazendo, deve o juiz dar prosseguimento ao feito, mas não retificar o acordo.

A questão é diferente no que tange ao quantitativo de pena proposto no pacto. Na Alemanha, como visto, as partes não podem estabelecer com exatidão a pena, não obstante se admita que mencionem um limite máximo considerado adequado à culpabilidade, uma espécie de promessa de que o tribunal deste montante não excederá⁵⁹². Já a doutrina italiana e espanhola admitem, com alguma estabilidade, que o juiz ou tribunal possa retificar a pena acordada, desde que para menos, adequando-a à culpabilidade do agente⁵⁹³.

E se, malgrado a existência de acordo entre as partes, entende o juiz que a hipótese é de absolvição? A resposta deve ser positiva. Existindo circunstâncias que conduzam à absolvição, tal qual atipicidade dos fatos, causa extintiva da punibilidade, excludente da ilicitude, não pode o juiz ser impelido a acatar a vontade expressada no acordo se a análise do caderno probatório indica o contrário. A hipótese se ajustaria a uma absolvição sumária (art. 397 do atual CPP).

Uma advertência, todavia, faz-se necessária: o requerimento de aplicação imediata de pena pressupõe a existência de denúncia já admitida judicialmente, portanto instruída com prova da materialidade e (pelo menos) indícios de autoria. Presente a justa causa, está-se a deliberar – mediante acordo – justamente a desnecessidade de proceder-se à instrução completa do processo, de modo que não se pode admitir aqui, sob pena de teratologia, a rejeição do acordo e a prolação

aceptando sin posible variación el primero de ellos, podrá entender que las consideraciones jurídicas no son las oportunas y que, por consiguiente, la pena no es la adecuada pudiendo, en tal entendimiento rebajarla (no lo contrario, naturalmente, habida cuenta de las exigencias del principio acusatorio) o incluso dictar sentencia absolutoria cuando considere que los hechos 'probados' no reviste los caracteres de delito o que no dotan de basamento suficiente para la condena" (MANDIÁN, Javier Fraga. *La sentencia de conformidad*. Especial consideración de la denominada conformidad premiada. Salamanca: 2016. Tese Doutoral apresentada na Universidad de Salamanca, p. 369. Disponível

em<https://gredos.usal.es/jspui/.../1/DDAFP_FragaMandianJ_Sentenciaconformidad.pdf>. Acesso em novembro de 2017).

592VOLK, Klaus. *Curso Fundamental. Ordenanza Procesal Alemana*. 7ª edição. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016, p. 395. Adverte o autor sobre o perigo de uma grande diferença entre a pena acordada e a pena que seria pretensamente aplicada em caso de realização da instrução: quanto maior a “brecha sancionatória”, maior a coação para que o réu confesse, exageros que devem ser coibidos pelo tribunal (p. 396).

593Ver capítulo II, supra.

de sentença absolutória com base em insuficiência de provas. Nesse caso, a dúvida exige a rejeição do acordo e abertura da fase instrutória, e não a absolvição.

Acolhendo e homologando o acordo firmado pelas partes, o juiz profere a sentença condenatória. Embora inexista previsão legal nesse sentido, em atenção à oralidade e imediação, afigura-se de bom alvitre que a sentença seja proferida na própria audiência, dando-se ciência imediata ao réu da pena que deverá cumprir.

CONCLUSÕES

A crise no sistema penal tem múltiplas causas e os Estados modernos têm experimentado diversas soluções político-criminais para enfrentá-la. Como parte integrante deste sistema, o processo penal padece de uma morosidade e ineficiência que puseram em xeque sua funcionalidade e o pressionaram para mudanças.

A assertiva que vincula a expansão do consenso no processo penal a soluções utilitaristas tendentes a enfrentar o congestionamento processual nas últimas décadas do século XX não é equivocada. Foi nesse contexto que países europeus e latino-americanos buscaram na experiência americana de justiça negocial inspiração para a introdução do consenso em seus ordenamentos jurídicos. Desde soluções alternativas fora do processo, como a mediação e a justiça restaurativa, desde a colaboração com a produção probatória e com o desmantelamento de organizações criminosas, como a colaboração premiada, medidas de política-criminal estimularam a abertura de espaços de consenso no processo penal, tradicionalmente verticalizado e conflitivo.

O consenso também constitui importante ferramenta de simplificação do procedimento criminal, buscando aplacar uma das facetas desta crise: a lentidão dos processos e a carência de estrutura judiciária para dar conta do aumento do número de casos penais. Buscando respeitar os valores que conformam o devido processo legal, notadamente a função de garantia do processo e a de que ele se desenvolva num prazo razoável, medidas endoprocessuais de abreviação, interrupção ou eliminação de fases do procedimento criminal foram adotadas de forma mais ou menos homogênea pelos países do sistema *civil law*.

Como alternativas à estrutura ordinária de desenvolvimento do processo penal, composta tradicionalmente pelas fases preliminar, intermediária e decisória, a situação flagrancial, a evidência probatória e o consenso das partes foram eleitos como mecanismos aptos a flexibilizar o procedimento, encerrando-o com maior rapidez. Estas medidas diversionistas conduzem à adequação do procedimento

criminal conforme a maior ou menor complexidade e gravidade do crime em apuração, aproximando o processo penal do direito penal.

A admissibilidade do consenso nos países com raízes no *civil law* coincide com a relativização do princípio da legalidade processual, abrindo espaços de oportunidade – regulados legalmente – para o Ministério Público prescindir da acusação ou firmar acordos com o réu na própria ação penal. Estes mecanismos de aceleração podem dar-se na fase preliminar ou intermediária, ou ainda podem ser mais drásticos, quando ensejam a supressão da própria fase de produção probatória em juízo; podem versar sobre o procedimento, alterando-o, ou afetar diretamente o mérito da ação penal, quando as partes firmam acordo sobre a condenação e a pena a ser aplicada. Em contrapartida, ao abrir mão de um processo penal amplo e com todas as etapas procedimentais de sua estrutura ordinária, o imputado alcança algum benefício penal ou processual, além de evitar os efeitos deletérios e pesarosos de um processo penal longo e desgastante cujo resultado – dependendo do caso concreto – pode ser mais ou menos previsto.

O modelo norte-americano serviu de inspiração para as práticas negociadoras implementadas mundo afora. Seu sistema penal tem como marcas proeminentes a ampla disponibilidade do objeto do processo pelo Ministério Público e, conseqüentemente, a sua ilimitada capacidade de negociar – vertical e horizontalmente – todos os casos penais, com os benefícios e riscos daí decorrentes.

A adoção dos acordos nos países da Europa continental e latino-americanos buscou conciliar as peculiaridades de seus sistemas penais com aqueles mecanismos de consenso. Alemanha, Espanha e Itália mantiveram o princípio da obrigatoriedade da ação penal e a submissão do órgão acusatório ao princípio da legalidade, mas com pontuais espaços de oportunidade admitidos pela lei. Outrossim, preenchidos determinados requisitos legais, o acordo entre as partes ou mesmo a aquiescência do imputado pode determinar a adoção de um rito mais enxuto ou célere, suprimindo a fase intermediária do procedimento criminal. É o que ocorre com o procedimento acelerado na Alemanha, com os *giudizio immediato* e *direttissimo* na Itália e com o *juicio rápido* na Espanha.

Não obstante tratar-se de procedimento escrito e sem contraditório, o que lhe rende severas críticas da doutrina, o procedimento monitório – ou por decreto – encontra-se presente há bastante tempo na Alemanha e Itália, tendo sido adotado recentemente também pela Espanha. Como regra geral, a inércia do imputado constitui o consentimento quanto à pena (não privativa de liberdade) proposta pelo Ministério Público, que, bem assim, é homologada pelo juiz nos exatos termos solicitados pela acusação.

Contudo, a forma mais drástica de alteração do procedimento através do consenso perfectibiliza-se mediante acordos penais. Aqui, a referência ao *plea of guilty* americano é ineludível. As partes negociam e chegam a um consenso sobre os fatos, sua qualificação jurídica e pena a ser aplicada; o réu confessa formalmente e a fase mais importante do procedimento criminal – júízo oral, momento em que as provas são colhidas perante o juiz e em contraditório – é suprimida, procedendo-se de imediato à homologação do acordo e à prolação da sentença condenatória, com um benefício penal ao réu que pode significar redução de pena, em média, em até 1/3 (um terço).

Tais acordos penais simplificam procedimentos criminais que apuram crimes de gravidade média e grave, conforme a legislação de cada país. O *Absprachen* alemão não possui limite à sua aplicação, enquanto Itália e Espanha restringem os acordos a penas privativas de liberdade de até 5 e 6 anos, respectivamente, já computadas as reduções decorrentes do prêmio alcançado.

As Cortes Constitucionais dos países estudados avalizaram as práticas negociadoras e os acordos correspondentes, mas também impuseram importantes salvaguardas a serem observadas para garantir que a celebração dos acordos, com a consequente confissão e renúncia à instrução em contraditório judicial, respeitem os direitos e garantias processuais do réu, não o submetendo a pressões indevidas e a manifestações de vontade viciadas ou motivadas pelo desconhecimento das consequências fático-jurídicas daí advindas.

No plano internacional, embora a Comissão Europeia dos Direitos do Homem já houvesse afirmado em outras oportunidades que a renúncia a direitos e garantias

processuais em troca de uma posição jurídica mais benéfica não viola o *due process of law*, nova manifestação da Corte de Estrasburgo em 2014 foi além, estabelecendo *standards* mínimos que devem ser observados pelos países-membros para fins de compatibilização dos acordos com as garantias processuais estabelecidas na Convenção.

Não se proíbem as conversas extraprocessuais ínsitas à atividade negociadora ou ao menos ao alcance do consenso, mas por outro lado exige-se o registro daquelas ou a sua confirmação em audiência, prestigiando a oralidade e a imediação características de um sistema acusatório. A chamada dupla garantia é exigência indelével, exigindo-se que o advogado assista o réu quando da sua confissão e celebração do acordo, e também – como ocorre na Espanha – manifeste sua pessoal concordância quanto à desnecessidade da produção probatória. A manifestação de vontade em audiência também confere transparência e publicidade aos acordos, não raro criticados por serem resultado de conversações secretas e fora do tribunal.

Se é verdade que a homologação do acordo restringe-se à verificação dos seus requisitos legais, a sentença penal condenatória deve ser motivada e deve verificar se o consenso reflete o resultado da investigação dos fatos levada a efeito na fase preliminar (base fática), cabendo ao juiz rejeitar o acordo em caso de dúvida ou discrepância, determinando o prosseguimento do feito. Modo igual, deve apurar se o quantitativo de pena acordado está em consonância com o tipo penal violado, seu preceito secundário e as demais variantes objetivas e subjetivas da individualização da pena previstas em lei. Assim, os princípios da legalidade penal e da *nulla poena sine iudicio* mantêm-se hígidos, assim como a proporcionalidade entre a pena aplicada e a reprovabilidade da conduta do agente.

Apesar das críticas ao modelo de justiça negocial, notadamente por esvaziar a principal fase do procedimento criminal, verificam-se movimentos de reforma legislativa tendentes a ampliar os espaços de manifestação do consenso dentro dos processos conflitivos, assim como preocupações com o aprimoramento da práxis forense, tendentes, de um lado, a otimizar os contatos entre as partes para lograrem acordos penais, e, de outro, a reforçar os mecanismos de controle judicial daqueles.

Nesta quadra da história, um juízo prognóstico sobre os acordos penais se direcionaria mais ao aprimoramento de seus mecanismos de controle e conseqüente consolidação de um devido processo penal consensual e menos ao seu rechaço ou limitação de sua abrangência à pequena ou leve criminalidade⁵⁹⁴.

No âmbito interno, o processo penal brasileiro tardou em assimilar e admitir o consenso como meio de simplificação do procedimento criminal se comparado com os seus vizinhos latino-americanos. A autorização constitucional (art. 98, I da CF/88) impulsionou a criação dos Juizados Especiais Criminais, fora do Código de Processo Penal de 1941, restringindo sua incidência a infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja apuração deve ocorrer de forma simplificada, célere e econômica. Os institutos consensuais – composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional – interrompem o processo (ou o procedimento) em sua fase inicial/preparatória, obstando a aplicação da lei penal ao caso concreto, que é substituída por uma penalidade diversa, no caso da transação penal, ou por medidas condicionais, no caso da suspensão condicional do processo.

Com exceção da suspensão condicional do processo, que pode – excepcionalmente – interromper o trâmite regular dos procedimentos sumários que apuram crimes cuja pena mínima é igual ou inferior a 1 (um) ano, não há atualmente previsão legal de formalização de acordos penais como meios de simplificação dos procedimentos ordinário e sumário no ordenamento processual brasileiro.

594A título exemplificativo, a *Fiscalía General de España* (FGE), em seu anuário referente ao ano de 2016, defende a ampliação da *conformidad* para que seja aplicável a todos os crimes, sem exceção. Além disso, apresenta dados estatísticos e comparativos referentes aos acordos no processo penal espanhol: “[...] en el año 2015, como en precedentes anualidades, el mayor número de sentencias condenatorias se produjo por la conformidad del acusado y su letrado con la calificación del Fiscal. Así de total de sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal, 117.997, 70.647 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal, lo que representó el 60 % del total de sentencias condenatorias dictadas. En las Audiencias Provinciales se dictaron un total de 7.251 de las cuales 3.461, el 47 %, lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal” (Disponível em: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/index.html>. Acesso em dezembro de 2017). No mesmo sentido, dados estatísticos italianos do ano de 2004 demonstram que praticamente a metade das sentenças de condenação decorreram de acordos de *patteggiamento*: 122.662 sentenças de condenação e 59.558 sentenças de *patteggiamento*. (PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El *patteggiamento* tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ano 15, n. 2, p.209-348, 2015, p. 335).

Também não há correspondente no país do chamado *procedimiento abreviado* previsto no Código Modelo para América-latina, e adotado em quase todas as reformas processuais penais levadas a efeito pelos países vizinhos nas últimas décadas do século passado. Da mesma forma, o país não contempla procedimentos monitorios, tão comuns quanto controvertidos em países europeus.

Ao longo de sua vigência, a Lei n. 9.099/95 teve seu âmbito de incidência ampliado pelo legislador para abranger crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, ao passo que a jurisprudência reforçou o caráter negocial de seus institutos ao negar aos imputados direito subjetivo àqueles e submeter a negativa ministerial à celebração de acordos à própria instância superior do Ministério Público, afastando a possibilidade de o Poder Judiciário oferecer e firmar pactos diretamente com os processados.

Já o acordo de não persecução penal criado recentemente pelo art. 18 da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, desvela que a justiça negocial segue sua marcha expansiva em território pátrio. A instituição titular da ação penal pública, por meio de seu Conselho Nacional e de forma inédita, estabelece diretrizes político-criminais tendentes a privilegiar a reparação dos danos e valorização da vítima mediante práticas negociadoras fora do processo, um quase-contrato firmado entre o Órgão acusador e o investigado, com consequências importantes ou mesmo definitivas no exercício da ação penal. O cumprimento do acordo antes do processo esvaziaria o interesse público no oferecimento de denúncia e justificaria – *de lege ferenda* – o seu não exercício.

Por fim, debruçando-se sobre as perspectivas e possibilidades do consenso como meio de simplificação do procedimento criminal brasileiro, o estudo do projeto do novo Código de Processo Penal evidencia a opção política do legislador de inserir definitivamente os acordos penais no país tal qual já previstos e aplicados nos países de sistema *civil law* há algum tempo. Sem embargo da proeminência e importância com que a revalorização da vítima e a composição civil dos danos são tratadas no projeto, são os acordos penais que, se aprovados, apontarão uma possível mudança de paradigma na justiça consensual brasileira.

Se os acordos de colaboração premiada previstos na Lei n. 12.850/13 têm fornecido importantes subsídios e *expertise* à justiça brasileira no tema dos negócios jurídicos processuais, os acordos penais previstos no art. 283 do projeto do novo Código de Processo Penal significarão, pela primeira vez em nosso ordenamento, a possibilidade de encerramento antecipado do processo e prolação de sentença condenatória conforme requerido – e acordado – pelas partes.

Claramente inspirado no instituto italiano do *patteggiamento*, o acordo penal terá aplicabilidade para crimes com pena máxima de até 8 (oito) anos de prisão, e poderá ocorrer apenas após o oferecimento e recebimento da denúncia, quando presente, portanto, a justa causa. O requerimento deverá ser formalizado por escrito e conterá o pedido de aplicação de pena específica e requerimento expresso de dispensa de produção de outras provas. Seguindo os *standards* internacionais já estabelecidos e consolidados de controle dos acordos penais, a confissão constitui pressuposto do acordo e será tomada em audiência judicial, com a presença de defensor, oportunidade em que o juiz verificará a voluntariedade e cognoscibilidade da decisão do acusado. Também seguindo parâmetros internacionais, a pena poderá ser pactuada no mínimo legal e alcançar um percentual redutor de até 1/3, se as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime assim permitirem.

Trata-se de inovação que poderá ser aplicada naqueles casos em que as provas já se encontram maduras – como em crimes cujas evidências são fundamentalmente documentais ou periciais, por exemplo, ou quando presente uma situação de flagrância – ou, ainda, quando razões outras de conveniência e oportunidade exclusivas do acusado motivarem a celebração de acordo com o Ministério Público. O controle judicial sobre os aspectos intrínsecos e extrínsecos abrangerá necessariamente a medida da pena, dentro da moldura pré-estabelecida para o tipo infringido e com observância das variáveis que compõem a individualização da pena.

As experiências de Direito Comparado aqui estudadas, e a própria evolução paulatina do processo penal brasileiro, parecem confluir no sentido de que a atuação cooperativa e horizontal das partes (consenso), as evidências probatórias do caso concreto e a complexidade dos fatos em tese criminosos, poderão

determinar, com maior ou menor amplitude, o rito procedimental a ser seguido, observados os parâmetros e salvaguardas previamente fixados em lei e sempre com a chancela final do Poder Judiciário.

De qualquer forma, para além da previsão de que o consenso seja capaz de abreviar o processo e determinar a pena em conformidade com os postulados legais e mediante *standards* de proteção dos direitos e garantias processuais do imputado estabelecidos internacionalmente, o novo paradigma que se desborda da inovação legislativa vindoura prestigia a liberdade do acusado de melhor decidir seus rumos dentro de um processo criminal tradicionalmente pesaroso e estigmatizador. Permite-lhe, sobretudo, dentro de parâmetros de oportunidade previamente impostos pela lei ao Ministério Público, e sob a fiscalização e controle último do Poder Judiciário, fazer prognósticos, pesar e sopesar possibilidades e estratégias de oposição e consenso, para, ao final, em audiência pública que assegure a transparência e lisura das negociações e propostas, sempre acompanhado da defesa técnica, possa ele negociar, aceitar, barganhar ou negar a barganha adversa, consentir ou optar pelo silêncio. Enfim, trata-se, ao cabo de tudo, de conferir-lhe o direito de escolher, de ser livre em conformidade com a lei. É disso que trata – ou deve tratar – o consenso no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Garantias do Processo Penal Acusatório. O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n.1, 2017, p. 257. ISSN: 2525-510X.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El Allanamiento em el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 79, n.1, p.1-44, jan. 1979. Disponível em <http://chicabounbound.uchicago.edu/journal_articles>. Acesso em julho de 2017.

AMBOS, Kai. Procedimientos abreviados em el proceso penal alemán y em los proyectos de reforma sudamericanos. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 12, p. 319-320, 1997. ISSN 1133-1259.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema processual penal democrático: reflexões de sua proposição no projeto de código de processo penal. *Revista eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, Porto Alegre, v. II, n. 1, p.69-87, 2014.

_____. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual e Penal*, Porto Alegre, v.1, n.1, p.43-65, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>>. Acesso em maio de 2017.

ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (coords.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise do Direito Comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (orgs.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El colaborador con La justicia*. Madrid: Dykinson, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *As recompensas em matéria penal*. São Paulo: Editora Rideel, 2007.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Elementos Para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Pena y Estado. Revista latinoamericana de política criminal*, Buenos Aires, n. 2, 1997.

BOWERS, Josh. Plea Bargaining Baselines. *William & Marry Review*, v. 57, issue 4, 2016. Disponível em: <://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/3/>. Acesso em junho de 2017

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal de adultos portuguesa. *Revista de Derecho*, Segunda época, ano 12, n. 13, p. 11-32, julio 2016.

_____. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, n. 25, 2015. Disponível em: <<http://julgar.pt/acordos-sobre-a-sentenca-penal-problemas-e-vias-de-solucao/>>. Acesso em dezembro de 2017.

BRASIL. Nota Técnica PGR/SRI nº 96/2017. 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica_SRI0962017_PL8045_NovoCPP.pdf>. Acesso em dezembro de 2017.

BRASIL. Relatório Parcial do Deputado Rubens Pereira Júnior, 2010. p. 39. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B5A3EDF36CB85786825BBD8F37D1A9E2.proposicoesWebExterno1?codteor=1574897&filename=Tramitacao-PL+8045/2010>. Acesso em dezembro de 2017.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo*, Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p. 19. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em novembro de 2017.

BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In: DIDIER JR. Fredie (coord); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (orgs.). *Processo Penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v.13. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). 3. ed. *Garantismo Penal Integral*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês. In: BEDÊ JR.; Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (coords). *Sentença Criminal e aplicação da pena*. Ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Salvador: JusPodivm, 2017.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 15, jan./jun. 2015. Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, p. 435.

CÁRDENAS, Álvaro E. Márquez. Características de la justicia restaurativa y su regulación en la legislación extranjera. *Diálogos de Saberes: investigaciones y ciencias sociales*, Bogotá, n. 32, p.273-296, 2010,p.181. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3295822.pdf>>. Acesso em novembro 2017).

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho; PRADO, Geraldo. Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Teses e antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTEJÓN, Pablo Varela. El proceso por aceptación de Decreto en la LECrim. *Revista del Ministerio Fiscal*, Madrid, n. 2, p. 82-109, 2016, pag. 84-85. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/download/revista2.pdf?idFile=ee6beb17-ad50-4cfd-bab0-d815a47fab30>. Acesso em novembro de 2017.

CASTILLA, José Carlos Sarabia. El allanamiento: manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos. *Revista CES DERECHO*, v. 4, n. 1, ene./jun. 2013. ISSN 2145-7719.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (orgs.). *Acordo de não persecução penal. Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado. Comentários à Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 4ª edição, 2016.

DAMASKA, Mirjain. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, p. 01-02. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/derecho_procesal_penal_/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf>. Acesso em outubro de 2017.

DEDDA, Enrico Di. *Il consenso delle parti nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEU, Teresa Armenta. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>>. Acesso em maio de 2017.

_____. *Sistemas procesales penales: La justicia penal em Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *Principio de legalidad vs principio de oportunidad: una ponderación necesaria*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/292735596_Principio_de_legalidad_vs_principio_de_oportunidad_una_ponderacion_necesaria>. Acesso em julho de 2017.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em Processo Penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

_____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Leandro. Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Pensar el Derecho*, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/los-acuerdos-en-derecho-penal-en-karlsruhe-y-estrasburgo.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

DIDIER JR, Fredie. (coord.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDEZ, Maria Auxiliadora Garcia. La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa. *Revista internacional de Doctrina Y jurisprudência*, v. 15, maio 2017, p.2. Disponível em: <https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-09/articulos-mediacion_penal.pdf>. Acesso em novembro 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72456>>. Acesso em abril de 2017.

_____. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRETI, Carlos del Rio. El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 1, p. 157-182, 2008, p.158. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596324>>. Acesso em novembro de 2017.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Persecução penal mais eficiente e democrática: seletividade declarada e regrada. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 15, n. 47, p. 321-349, jan./jun. 2016.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (orgs.). *Investigação Criminal pelo Ministério Público*. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GALLEGO, Ana Isabel Vargas. *Algunas cuestiones acerca de la conformidad en el sistema procesal actual*, 2017. Disponível em: <http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Sistema-procesal-penal-actual_11_1110805001.html>. Acesso em novembro de 2017.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. El coimputado que colabora con la justicia penal. *Revista Eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*, n. 7-05, p. 05:1-05:33, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>, acesso 30/09/2017>. Acesso em junho de 2017.

GARCIA, Nicoláz Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 4, n. 13, jan-mar 1996.

GARRETT, Brandon L. Why plea bargaining are not confessions. *William & Mary Review*, v. 56, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533985>. Acesso em julho de 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (orgs). *Processo Penal contemporâneo*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. *Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em junho de 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 6, n. 1, jan./jun 2015. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/476>> Acesso em agosto de 2017.

GOMEZ, Arturo Todolí. *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*. Tese doutoral apresentada na Universitat de València, Departamento de Derecho Administrativo y Procesal, 2013. Disponível em: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=44196>>. Acesso em outubro de 2017.

GOSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal em el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista de La Facultad de Derecho*, n. 53, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Fernandes; GOMES, Luiz Flavio. *Juizados Especiais Criminais –*

Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43-44

GUERRERO, Oscar Julián. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 1048-1069, 2006. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-19.pdf>. Acesso em dezembro de 2017).

GUILLEN, Víctor Fairen. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 22, Fasc/Mes 2, 1969, p. 257. ISSN 0210-3001.

HASSEMER, Winfried. Verdad y búsqueda de La verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución. México D.F.: Editorial Ubijus, 2009.

HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. *La justicia penal negociada – un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano*. Munich: Grin Publishing: 2010.

HUBNER, Bárbara. Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán. *Revista Penal*, n. 22, p.43-49, 2008, p. 46. ISSN 1138-9168.

JESUS, Damásio de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 130-159, 2003. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>>. Acesso em maio de 2017.

JIMENO-BULNES, Mar American Criminal Procedure in a European Context. Disponível em: <http://www.lawschool.edu/research/lay_participation_in_law/upload/MarJimeno-Bulnes.pdf>. Acesso em junho de 2017.

_____. *El proceso penal en los sistemas del common law y civil law: los modelos acusatorio y inquisitivo en pleno siglo XXI*, 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/297702354_El_proceso_penal_en_los_sistemas_del_Common_Law_and_Civil_Law_los_modelos_acusatorios_e_inquisitivo_en_pleno_siglo_XXI>. Acesso em julho 2017.

LANGBEIN, John H. Sobre el mito de las Constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. *Revista "Nueva Doctrina Penal"*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30912-sobre-mito-constituciones-escritas-desaparicion-del-juicio-penal-jurados>>. Acesso em julho 2017.

_____. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Faculty Scholarship Series*, Yale, n. 544, 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>. Acesso em maio de 2017.

_____. Torture and Plea Bargaining. *Law School Publications*, Chicago, n. 4, 1978. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/torture.pdf>>. Acesso em julho de 2017.

LANGER, Maximo. Strength, Weakness or Both? On the Endurance of the Adversarial-Inquisitorial Systems in Comparative Criminal Procedure. In: ROSSA, Jaqueline; THAMAN, Stephen. *Research Handbook on Comparative Criminal Procedure*. London: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 4.

_____. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n.1, 2004. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/langer.pdf>>. Acesso em setembro de 2016.

_____. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 97-133.

_____. *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano*: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Disponível em: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Langer-Revolucion-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em março de 2017.

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

LEVI, Jacobo Vigil. La institución de la conformidad en el proceso penal español. *Revista Julgar on line*, 2013, p. 13. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>>. Acesso em outubro de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAFFEI, Stefano. Negotiations 'on evidence' and 'on Sentence'. Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v.2, 2004, p. 1051.

MANDIÁN, Javier Fraga. *La sentencia de conformidad*. Especial consideración de la denominada conformidad premiada. Salamanca: 2016. Tese Doutoral apresentada na Universidad de Salamanca, p. 364. Disponível em <https://gedos.usal.es/jspui/.../1/DDAFP_FragaMandianJ_Sentenciaconformidad.pdf>. Acesso em novembro de 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millenium Editora, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. No prelo.

_____. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Jus podvm, 2016.

_____. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Jorge (orgs.). *Perspectivas Constitucionais Nos 20 Anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. Campintás: Bookseller, 2008.

MONTAÑEZ Ruiz, Julio César. Las negociaciones en el proceso penal: del procedimiento inquisitivo a la prisionnización masiva. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 34, n. 97, jul./dic. 2013, Bogotá, p. 65-83, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAL GARCÍA, Antonio del. La Conformidad en el Proceso Penal. *Revista Auctoritas Prudentium*, n. 1, 2008, p. 3. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Ó SOUZA, Renee do; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de Política Criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVA SANTOS, Andres de. Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentenci en el proceso penal español. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n. 13, p.11-28, 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acesso em novembro de 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. *Boletim Científico – ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 237-262, jan./jun. 2017

ORTÚZAR, Ignacio Francisco Benítez. *El colaborador con la justicia*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e Procedimento. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

_____. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PERRON, Walter; LÓPES-BARAJAS, Inmaculada. O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PINA, Rafael de. Reseña bibliográfica. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.47, p. 540-543, Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25910>>. Acesso em novembro de 2017.

PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2006.

PUIGVERT, Sílvia Pereira. Un pacto con la justicia. El patteggiamento tras 25 años de vigencia: balance y análisis comparado. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, año 15, n. 2, p.209-348, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo; RODRIGUES, Liliana Bastos Santos de Azevedo. *Lavagem de dinheiro e crime organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RODRIGUEZ, Nicolás Cabezudo. *El proceso monitorio en el contexto de los mecanismos de simplificación del proceso penal: análisis de derecho comparado*, p. 5. Disponível em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cabezudo%20Rodr%C3%ADguez,%20Nicol%C3%A1s.pdf?idFile=38df9bb6-d58b-4cf4-b69c-9e68d84819e7>. Acesso outubro de 2017.

ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 109. Disponível em: <https://works.bepress.com/darionicololas_rolon/10/download/>. Acesso em novembro de 2017.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 225.

_____. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p.175-198, 2004.

_____. *Temas atuais y permanentes de Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecno, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SLOBOGIN, Christopher. Plea Bargaining and the Substantive and Procedural Goals of Criminal Justice: From Retribution and Adversarialism To Preventive Justice And Hybrid-Inquisitorialism, *William & Mary Law Review*, v. 57, p. 1505-1547, 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/12>>. Acesso em maio de 2017.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). *Lei anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrinque Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; Ó SOUZA, Renee do; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Orgs.). *Acordo de não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Edit. Saraiva, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: Ibcrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no Processo Penal Alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.