



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁLIA MOREIRA FREIRE

PROCESSO PENAL NEGOCIAL:
ESTUDO ACERCA DO AVANÇO DA NEGOCIAÇÃO EM
PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

Salvador
2018

NATÁLIA MOREIRA FREIRE

PROCESSO PENAL NEGOCIAL:
ESTUDO ACERCA DO AVANÇO DA NEGOCIAÇÃO EM
PROCEDIMENTOS CRIMINAIS

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia,
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Fabiano Cavalcante
Pimentel

Salvador
2018

NATÁLIA MOREIRA FREIRE

**PROCESSO PENAL NEGOCIAL:
ESTUDO ACERCA DO AVANÇO DA NEGOCIAÇÃO EM
PROCEDIMENTOS CRIMINAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Fabiano Cavalcante Pimentel – Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia.

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – Examinadora _____
Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(PUC/SP).
Universidade Federal da Bahia.

Thaize de Carvalho Correia – Examinadora _____
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

Ao fim deste último desafio que me propõe a graduação, agradeço à minha mãe, Izabel, meu porto seguro, pelo esforço e amor inabaláveis, pelo apoio e pela torcida. Por ser o exemplo que carrego a todo lugar que vou, e por estar ao meu lado sempre, independente de qualquer distância física. A minha família, meus tios e primos, sempre inspirando calma e confiança. Aos amigos que a Faculdade de Direito me proporcionou conhecer: sem vocês, tudo teria sido mais difícil. E àqueles mestres que, ao longo do curso, foram fonte não apenas de conhecimento, mas sabedoria, inspiração e perseverança, e sempre o serão.

Agradeço também ao meu orientador, Doutor Fabiano Cavalcante Pimentel, por aceitar a proposta de orientação, pelas palavras de encorajamento inestimáveis, pela confiança transmitida, pelo brilhantismo e solicitude nas observações, bem como pelo comprometimento com o exercício da docência. Foi durante as suas aulas de Direito Processual Penal, momento ainda distante da elaboração desta monografia, que as sementes que dariam fruto à mesma brotaram.

An affluent society ought not be miserly in support of justice, for economy is not an objective of the system.

Chief Justice Warren Earl Burger, MAYER v. CITY OF CHICAGO, 1971.

FREIRE, Natália Moreira. **Processo penal negocial: estudo acerca do avanço da negociação em procedimentos criminais**. 64 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente monografia se propõe à feitura de uma análise crítica, debruçada sob o crescente avanço do uso de técnicas de negociação em procedimentos criminais, com enfoque na realidade vivida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, objetivando preparar uma espécie de fundação para que se prossiga ao estudo principal pretendido, será feita uma breve explicação do que é o negócio jurídico no direito brasileiro, sua definição, seus planos de análise, bem como os seus vícios, de forma a que se volte, então, o olhar, para a possibilidade em aplicar as bases do negócio jurídico ao processo penal brasileiro. Em seguida, far-se-á um apanhado do histórico da negociação em procedimentos criminais no sistema da *common law*, – por ser aquela uma faceta invariável deste – analisando os reflexos sociais da realização dos acordos de barganha no microssistema estadunidense, em específico. Outrossim, far-se-á breve análise da experiência no direito estrangeiro. Adiante, será feita uma síntese do cenário legal brasileiro em relação às técnicas de negociação já em uso, quais sejam a transação penal e a suspensão condicional do processo; a colaboração premiada e seus preocupantes desenlaces; até a recente previsão, no projeto de reforma do Código de Processo Penal, de uma espécie efetiva de *plea bargain*, sendo dada atenção às possíveis consequências advindas da adoção deste instituto. Por fim, far-se-á uma reflexão sobre como melhor implementar um processo penal negocial atento à guarda das garantias processuais penais e princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, em vista do que se pode chamar de uma crise da legalidade atualmente vivida no Brasil.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal; negociação; *plea bargaining*; crise da legalidade.

FREIRE, Natália Moreira. **The negotiable criminal procedure: a study on the advancements of bargaining in criminal proceedings.** 64 p. Monograph (Bachelor's) – Law School, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This monograph work proposes a critical analysis on the constant advancements of the use of negotiation techniques in criminal proceedings, focusing on the reality lived within the Brazilian judicial system. Initially, aiming to prepare the groundwork necessary in going forward with the intended studies, a brief explanation will be made about what is the legal business in Brazilian law, its definitions, analytical levels, as well as its vices, as so to be able to look ahead on the possibility of applying the basis of the legal business to the Brazilian criminal procedure. Then, it will be made a summary on the history of negotiation in criminal proceedings in the common law system – since it is an invariable facet of that –, analyzing the social repercussions of the fruitions of plea bargain agreements within the American micro-system, especially. Furthermore, a brief analysis will be made on the experience in foreign law. Moreover, a synthesis of the Brazilian legal system will be made, related to the negotiation techniques already in place, which are the legal transaction and the conditional suspension of the proceedings; the 'colaboração premiada' and its worrisome outcomes; until the most recent addition, with the project of reconstruction of the Criminal Procedure Code, of a species of plea bargain, with special attention being given to the possible consequences coming with the adoption of this institute. Lastly, a reflexion will be made on how to better implement a negotiable criminal procedure that is observant of the protection of fundamental rights and constitutional principles, in view of what could be called a crisis of legality actively playing out in Brazil.

Keywords: Criminal Procedural Law; negotiation; *plea bargaining*; crisis of legality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1. DEFINIÇÃO	12
2.2. PLANO DE EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	14
2.3. PLANO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	15
2.4. DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO	18
2.5. PLANO DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	20
2.6. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS BASES DO NEGÓCIO JURÍDICO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	21
3. A NEGOCIAÇÃO EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS NA <i>COMMON LAW</i>.....	24
3.1. SOBRE O SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i>	24
3.2. <i>PLEA BARGAINING</i> : ORIGENS E TRADIÇÕES JURÍDICAS	27
3.3. REFLEXOS SOCIAIS DA REALIZAÇÃO DOS ACORDOS DE <i>PLEA BARGAIN</i> NO MICRO-SISTEMA NORTE-AMERICANO	30
3.4. A NEGOCIAÇÃO EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO	34
4. PROCESSO PENAL NEGOCIAL BRASILEIRO	37
4.1. A LEI N.º 9.099/95 E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	37
4.1.1. Da transação penal	39
4.1.2. Da suspensão condicional do processo	42
4.2. O ADVENTO DA LEI N.º 12.850/13 E A COLABORAÇÃO PREMIADA	45
4.3. ANÁLISE DO ART. 283 DO PROJETO DE LEI N.º 8045/10.....	52
4.4. A CRISE DA LEGALIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL	55
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

A realidade jurídica internacional, na qual se inclui o Brasil, tem se mostrado cada vez mais aberta à adoção de técnicas consensuais aos procedimentos criminais. Eventual discussão a respeito das raízes da tendência a que se refere é de grande valia, mormente em vista do momento pelo qual atravessa o ordenamento jurídico pátrio. É possível argumentar estarem estas origens atadas ao clamor por um Judiciário mais célere e (aparentemente) mais eficiente e eficaz; bem como é razoável que se extraia de todo esse cenário, uma guinada punitivista vertiginosa do Estado, descompromissada com a observância aos princípios fundamentais da Constituição Federal.

Diante dessas reflexões, é que também se assevera o quanto o palco, no qual, particularmente, o processo penal brasileiro se apresenta, não é plano. É permeado de obstáculos, é tortuoso e desafiador, principalmente para aquele que se vê na qualidade de Réu. Este está sempre em desvantagem, à margem de um abismo que o separa daquele que o acusa e daquele que irá julgá-lo. É nesta particularidade do nosso sistema processual penal que uma das maiores preocupações à adoção de técnicas de negociação aos procedimentos criminais se abriga: como aceitar que este sujeito, Acusado, no mais das vezes sob o peso da privação de sua liberdade, e quando não, certamente em situação de vulnerabilidade, negocie, livre de vícios de consentimento, algo que em essência representa o seu próprio futuro?

Neste diapasão, o presente trabalho tem como objetivo aferir criticamente os impactos advindos da utilização de técnicas negociais no processo penal brasileiro, demonstrando que independente do que motive tal opção procedimental, é inaceitável que não se salvguarde as garantias processuais penais e os princípios fundamentais constitucionais. Igualmente, buscando refletir a melhora deste panorama atual, far-se-á uma análise de como melhor implementar as técnicas supra referidas. Para tanto, o trabalho foi subdividido em Capítulos que procuram desenvolver elementos particulares sobre cada tema-alvo.

No Capítulo 2 desta monografia, é feita uma exposição do negócio jurídico no direito brasileiro, embora em linhas gerais e sem pretensão de esgotamento, atendo-se precipuamente àquilo que de maior relevância para a análise pretendida. Não sendo as especificidades do referido tema o objeto principal do presente estudo, o que se pretende com este Capítulo é apenas apresentar, de maneira breve, alguns conceitos básicos que informam do cerne de qualquer negócio jurídico, para que nos Capítulos seguintes, se proceda ao estudo das técnicas de consenso inseridas no processo penal. Para tanto, serão apresentados conceitos basilares de negócio jurídico, seus planos de análise – quais sejam, os planos de existência, de validade e de eficácia –, bem como os seus vícios, para que então se possa partir para a reflexão acerca da possibilidade de aplicação das bases do negócio jurídico – e visualização da forma como o mesmo se constitui –, ao processo penal brasileiro.

Em seguida, no Capítulo 3, far-se-á um apanhado da negociação em procedimentos criminais no sistema jurídico da *common law*, no qual se faz presente de forma mais robusta. Desta forma, serão analisadas as origens do *plea bargain* – instituto que permite que o Acusado abra mão do seu direito de ir a julgamento –, como o mesmo se sedimentou, particularmente, nos Estados Unidos da América, o seu funcionamento e as consequências sociais advindas da realização dos acordos naquele país. Outrossim, buscar-se-á entender, brevemente, no direito estrangeiro, a forma como é vivida esta negociação no processo penal.

Já no Capítulo 4, irá se adentrar na experiência brasileira, e porque não dizer, no processo penal negocial brasileiro. Serão apresentados os marcos legislativos que introduziram técnicas consensuais ao processo penal, iniciando-se com a Lei n.º 9.099/95 e a transação penal e a suspensão condicional do processo. Adiante, será analisado o advento da colaboração premiada, trazida pela Lei n.º 12.850/13, bem como os distúrbios gerados pela utilização distorcida da mesma. Igualmente, tratar-se-á da inovação que surgiu com o Projeto de Lei n.º 8045/10, referente à reforma do Código de Processo Penal, que em síntese introduz no ordenamento pátrio um modelo de *plea bargain* tal qual se verifica no sistema da *common law*. Por fim, será feita uma crítica ao conturbado cenário fruto da adoção descomedida de técnicas de

consenso ao processo penal brasileiro, cenário este que traduz uma crise de legalidade frente a inovações jurídicas para além do que a lei permite, tais quais a negociação da suspensão do prazo prescricional, da renúncia ao remédio constitucional do *habeas corpus* e da criação de regimes de cumprimento de pena inexistentes na Lei n.º 7.210/84.

Isto posto, a pretensão ulterior da presente monografia é refletir criticamente sobre os impactos advindos da utilização destas técnicas consensuais, o que os mesmos significam para a prática processual, e qual seria o cenário ideal deste processo penal cujos atores se veem compelidos a conviver, atualmente, com tantas inadequações legais.

2. O NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. DEFINIÇÃO

O negócio jurídico é figura das mais relevantes do Direito Civil, devendo suas origens aos estudos nascidos dentre a doutrina germânica, sendo então pensado, tal qual elucidam Enneccerus, Kipp e Wolff (*Tratado*, I, § 136 apud PEREIRA, 2012, p. 398) como “[...] um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido”.

A categoria em questão foi introduzida no ordenamento pátrio por Clóvis Beviláqua, no ano de 1899, quando da elaboração do seu projeto do Código Civil, malgrado não haja, neste, referência direta à nomenclatura “negócio jurídico”. Posteriormente, com o atual Código Civil, em sua Parte Geral, desenvolvida pelo Min. José Carlos Moreira Alves, esta figura foi pormenorizadamente trabalhada na legislação infraconstitucional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 355).

Longe do intento de esgotar a temática profunda da conceituação de negócio jurídico, bem como os seus desdobramentos, far-se-á adiante uma apresentação sintética de duas das teorias que pretendem explicar o que este o é, quais sejam, a Teoria da Vontade (*Willenstheorie*) e a Teoria da Declaração (*Erklärungstheorie*), para que se possa, então, chegar numa definição basilar do que aquele representa.

De acordo com a Teoria da Vontade, ou Teoria Voluntarista, de maior aceitação na doutrina brasileira¹, e que tem como precursor o jurista Bernhard Windscheid, negócio jurídico seria, conforme explanado por Orlando Gomes (2016, p. 214), uma declaração de vontade voltada para a produção de certos efeitos jurídicos; no mesmo ensejo, seria um agir volitivo que se direciona a constituir, modificar ou extinguir, aos moldes da lei, uma relação jurídica. Neste mesmo diapasão, desenvolve ainda o referido autor que, para os adeptos desta corrente:

¹ Esta predileção preponderante se revela no próprio Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02), em seu art. 112, que prevê: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Toda pessoa capaz tem o poder de formar, pela própria vontade exteriorizada, suas relações jurídicas, provocando os efeitos que deseja. A declaração de vontade seria a causa determinante da consequência pretendida. Emitida conscientemente pelo agente, precisa ter como fim o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica. (GOMES, 2016, p. 214).

A corrente voluntarista é criticada precipuamente pelo fato de que, como traz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013), nem sempre o interlocutor da manifestação de vontade expressa a mesma com um intento, um objetivo “querido e previamente conhecido” (p. 359).

Diuturnamente, indo de encontro aos voluntaristas, surge a Teoria da Declaração, defendida por Oskar Von Bülow, segundo a qual “a essência do negócio jurídico encontra-se na autonomia privada², isto é, no poder de autorregência dos interesses, que contém a iniciação de um preceito, independentemente do querer interno” (GOMES, 2016, p. 215).

Igualmente, sob esta mesma ótica, segundo Antônio Junqueira de Azevedo (2002), o qual dá luz à sua explicação de modo à por esta teoria em contraponto à Teoria da Vontade, o negócio jurídico seria “antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade” (p. 10). Como preleciona Orlando Gomes (2016), a maior crítica à corrente objetivista gira em torno da mesma afirmar que, “do negócio jurídico, nascem regras, quando é certo que somente pode gerar direitos e obrigações” (p. 215).

Em suma, enquanto que para os defensores da Teoria da Vontade o elemento que vem a ensejar a produção de efeitos do negócio jurídico é a vontade real (GOMES, 2016, p. 214), os adeptos da Teoria da Declaração “negam à intenção caráter de vontade propriamente dita, sustentando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração” (ZITTELMAN, apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 360).

Todavia, faz-se mister ressaltar carecer de profundidade a divergência doutrinária, diante do que adverte Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 360) ao refletir que:

² Orlando Gomes define autonomia privada, em sentido *lato*, “como a esfera de liberdade da pessoa que lhe é reservada para o exercício dos direitos e a formação das relações jurídicas do seu interesse ou conveniência” (2016 p. 210).

Se o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei, é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração de vontade, parece que não há negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Em face do quando exposto, é possível que se chegue à conceituação de negócio jurídico como sendo a “declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 361).

2.2. PLANO DE EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Após reflexão acerca da conceituação do que é o negócio jurídico, verifica-se a necessidade de buscar o que lhe constitui, ou melhor, quais elementos são indispensáveis para a concretização da sua existência. O plano de existência do negócio jurídico, faz-se mister destacar, é pressuposto para que se aborde também os seus planos de validade e eficácia – à serem visitados mais adiante –, vez que não há como pensar na validade e eficácia de um ato que não exista. Como exemplifica Marcos Bernardes de Mello (2000, p. 83), “no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”.

Os elementos constitutivos do negócio jurídico são a manifestação de vontade, a presença de um agente emissor desta vontade, o objeto e a forma. Será feita, adiante, uma breve explicação sobre o que é cada um destes, a começar pela manifestação de vontade.

A manifestação de vontade, que deverá ser consciente, pode ser expressa ou tácita, ou seja, advinda de declaração oral, escrita ou gestual do agente, ou advinda de um comportamento³ do mesmo, respectivamente.

³ Cabe fazer menção ao fato de que o silêncio, a depender das circunstâncias de cada caso, também é uma forma de manifestação de vontade, como se depreende do art. 111 do Código

Igualmente, não há manifestação sem o agente que a externa. Destarte, a presença daquele se mostra essencial para a existência do negócio jurídico.

Por fim, ao lado destes dois elementos estão o objeto e a forma. Como traz Orlando Gomes (2016, p. 288), “as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos, constituem o objeto de todo negócio jurídico”. Diuturnamente, a forma é a exteriorização da manifestação de vontade, é o modo pelo qual o intento volitivo do agente se apresenta. Importante asseverar, contudo, tal qual Gagliano e Pamplona Filho, que “não há que se confundir a forma – elemento existencial do negócio, com a forma legalmente prescrita, – pressuposto de validade do ato negocial” (2013, p. 371), o qual será visto adiante.

2.3. PLANO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Dando seguimento à análise dos planos nos quais se firmam o negócio jurídico, e partindo para o estudo do plano de validade, como bem prelecionou San Tiago Dantas (2000, p. 255, apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 377):

Os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Para que, porém, produzam efeito, é indispensável que reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os de sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação e extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo.

Quais são, pois, estes requisitos, pressupostos de validade do negócio jurídico? São eles a manifestação de vontade livre e de boa-fé, um agente capaz e legitimado para externar esta vontade, um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como uma forma prescrita ou não defesa em lei⁴.

Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02): “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

⁴ Vide o art. 104 do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02), que diz *in verbis*: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Iniciando pelo pressuposto da manifestação de vontade livre e de boa-fé, o mesmo é mais do que razoável ao aclarar que a demonstração volitiva do agente que se mostrar viciada por qualquer um dos defeitos do negócio jurídico, será nula ou anulável. Os defeitos do negócio jurídico encontram-se nos arts. 138 a 165 do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02) e serão analisados em sub-tópico próprio; são eles o erro, o dolo, a coação, a lesão, o estado de perigo, a fraude contra credores e a simulação.

Em se falando de validade, pois, necessário dar destaque a dois princípios que norteiam os negócios jurídicos, quais sejam, o princípio da autonomia privada e o princípio da boa-fé.

O princípio da autonomia privada é pilar da teoria do negócio jurídico. Como preleciona Gagliano e Pamplona Filho (2013), a autonomia privada “traduz a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, respeitados ditames mínimos de convivência social e moralidade média” (p. 379). Este princípio, todavia, não deve ser interpretado sem os seus devidos freios. Como bem adverte Orlando Gomes (2016, p. 211):

Em consequência da própria evolução econômica e por influência de novas doutrinas, o campo da autonomia privada reduziu-se consideravelmente. Limitações enérgicas foram impostas ao poder de suscitar efeitos jurídicos mediante declaração negocial.

A autonomia privada necessita estar condicionada à observância dos ditames legais e seus princípios éticos, mas as limitações que sofre não implicam em seu fim; o que ocorre é apenas uma adaptação deste princípio a um panorama global que tende a se distanciar de ideias individualistas e passa a pensar, cada vez mais, na coletividade. Da mesma forma, pensar no princípio da autonomia privada leva à uma reflexão sobre o princípio da supremacia da ordem pública; este sempre em contraponto àquele ao demonstrar a necessidade da intervenção estatal, quando procura zelar por interesses que se sobrepõem aos individuais.

Outrossim, o princípio da boa fé é outro sustentáculo de qualquer negociação jurídica válida. Aquele que vier a firmar negócio jurídico de forma a violar o consentimento de outrem, deliberadamente, estará violando o princípio da boa-fé. Sobre a boa-fé, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2013):

Em verdade, quando se fala em boa-fé, pensamos, de imediato, em um estado subjetivo, psicológico, fundado em um erro de fato. Trata-se da boa-fé subjetiva, admitida pelo Código de 1916 [...] Entretanto, a boa-fé subjetiva não basta para se reconhecer a plena validade da manifestação volitiva [...] a análise da boa-fé deve também ser objetivada, para que se possa reputar a manifestação de vontade plenamente válida [...] É preciso que, além de um estado de ânimo positivo, as partes se comportem segundo um padrão ético objetivo de confiança recíproca, atuando segundo o que se espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico bilateral: confidencialidade, respeito, lealdade recíproca, assistência etc. (p. 381-382).

Outro pressuposto de validade do negócio jurídico é o do agente capaz e legitimado para declarar sua vontade. Sobre a incapacidade, a legislação brasileira, mais precisamente o Código Civil (Lei n.º 10.406/02), define como incapazes, absoluta ou relativamente, os seguintes indivíduos, respectivamente:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Também deve ser, o agente, legitimado para a prática do ato. Como informa Maria Helena Diniz (2002, p. 488), a capacidade do sujeito para exercer o ato, por si só, não é suficiente; “é imprescindível que seja parte legítima, isto é, que tenha competência para praticá-lo, dada a sua posição em relação a certos interesses jurídicos”. Ou seja, não pode o indivíduo, em razão de particularidades da sua situação, ter a prática do ato obstada.

Já o objeto, elemento de existência do negócio jurídico, agora em sua faceta de validade, deve se apresentar como lícito – como traz Orlando Gomes (2016, p. 288), “não vale se contrário a uma disposição de lei, à moral ou aos bons costumes, numa palavra, aos preceitos fundamentais que, em

determinada época e lugar, governam a vida social” –, possível, determinado ou determinável.

Por fim, quanto à forma prescrita ou não defesa em lei – que não se confunde com a forma enquanto elemento existencial do negócio jurídico –, salutar deixar claro que o direito brasileiro se rege pela liberdade da forma nos contratos, podendo os particulares celebrar o negócio da maneira que melhor entenderem, acaso a lei não determine uma forma específica para tanto.

2.4. DOS VÍCIOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Com vias de traduzir validade, é essencial que os negócios jurídicos atendam ao quanto disposto em lei e não incorram em vícios na formação de seu consentimento. Afirma Orlando Gomes que:

[...] as razões que levam alguém a realizar determinado ato jurídico podem resultar de falsa representação, que suscite desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada, quer espontânea, quer em consequência da ação de outrem. [...] Se alguém, por ignorância de certos fatos, realiza negócio jurídico, que não realizaria se os conhecesse, a ordem jurídica não poderia deixar de lhe proporcionar os meios de obter sua invalidação (2016, p. 321).

O erro, o dolo e a coação – cada um com seus desdobramentos⁵ –, são chamados pelo referido autor como defeitos “psíquicos”. Estes vícios deturpam o consentimento do agente, principalmente em relação ao resultado do negócio. (2016, p. 321). De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, incorre em erro o agente que:

[...] por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação [...] Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos (2012, p. 432).

⁵ Para maior aprofundamento sobre os desdobramentos dos vícios dos negócios jurídicos – incluindo-se aqui não apenas o erro, o dolo e a coação –, conferir as obras referenciadas neste trabalho, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, e Orlando Gomes.

Desta forma, é passível de anulação o negócio jurídico maculado pelo erro não apenas substancial, como também perdoável. Este, conforme traz Maria Helena Diniz (2002, p. 492), é aquele vício “que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo”.

Diuturnamente, aquele que age com dolo o faz de maneira maliciosa, planejada, querida e intencional, de sorte a enganar o indivíduo com quem ativamente está a firmar um negócio. Conforme elucida Orlando Gomes, é “necessário que o autor da malícia tenha a intenção de induzir o *deceptus* em erro. Por outro lado, os artifícios usados não devem ser grosseiros, de tal modo que possam ser descobertos por uma atenção comum” (2016, p. 328). Somente o dolo principal, ou seja, o dolo que seja causa direta do ato praticado, é passível de ensejar invalidação do negócio jurídico.

Por sua vez, a coação implica em uma espécie de violência. A pessoa coagida não tem como emitir a sua vontade real, pois se vê sob uma fundada ameaça psicológica ou física – ameaça esta direcionada a si mesma, a seus familiares ou sua propriedade; qualquer declaração volitiva, sob estas circunstâncias, implica na invalidade do negócio jurídico. Ainda, como traz Maria Helena Diniz, no que concerne à violência física, a mesma “retira toda capacidade de querer, implicando ausência total de consentimento, o que acarreta nulidade do ato, não se tratando de vício de vontade” (2012, p. 510).

Ainda sobre os vícios do negócio jurídico, cumpre conceituar a lesão e o estado de perigo, ambos também vícios de consentimento. Por lesão entende-se “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes” (PEREIRA, 2012, p. 455). Seria a tomada de vantagem, no mais das vezes econômica, do agente mal intencionado para com aquele com quem se esta a firmar um negócio jurídico; este, destarte, resta passível de anulação – embora possa ser contornada⁶.

No que concerne o estado de perigo, é possível considerá-lo como uma espécie de vício causado por uma inexigibilidade de conduta diversa,

⁶ Vide o art. 157, § 2º, do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02), que diz *in verbis*: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2016, p. 414). Seria a situação do agente que, tal qual traz o Código Civil (Lei n.º 10.406/02) em seu art. 156, “premidado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Como afirmam os referidos autores (2016, p. 416), se aceita como forma de tratamento de eventual negócio jurídico, maculado pelo vício do estado de perigo, o quanto disposto no art. 157, § 2º, do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02) – cf. nota de rodapé [6].

Por fim, urge falar dos chamados vícios sociais do negócio jurídico, quais sejam, a simulação e a fraude contra credores. Sociais, pois não deturpam o ato volitivo quando este se encontra em formação, conforme afirma Clóvis Beviláqua (Teoria do Direito Civil, § 50, apud GOMES, 2016, p. 322), mas sim consubstanciam uma indiferença à observância da lei diante da finalidade pretendida.

Na simulação – vício social –, segundo Maria Helena Diniz, procura-se “iludir alguém por meio de uma falsa aparência que encobre a verdadeira feição do negócio jurídico” (2012, p. 524). É o engano, a dissimulação na declaração do ato volitivo, que não tem a finalidade devida, posto que inexistente, ou existente, porém legalmente proibida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 417). A simulação, antes causa de anulabilidade do negócio jurídico, é considerada agora como ensejadora de nulidade do mesmo.

Por fim, a fraude contra credores nada mais é do que “a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro; e tanto se insere no negócio unilateral [...], como se imiscui no negócio bilateral [...]”, como preleciona Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 448), sendo suficiente, para a sua concretização, que o sujeito pratique o ato consciente do prejuízo que irá causar a outrem; este vício é passível de anulação⁷.

2.5. PLANO DE EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

O plano de eficácia do negócio jurídico, como preceitua Junqueira de Azevedo, trata dos efeitos jurídicos advindos da celebração do negócio, efeitos

⁷ Vide o art. 165, *caput*, do Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/02).

esses próprios daquele, queridos quando da formulação do mesmo (2002, p. 49).

Comumente abordados sob a nomenclatura “elementos acidentais do negócio jurídico”, compõem o plano de eficácia o termo, a condição, o modo ou o encargo. Estes elementos, segundo Maria Helena Diniz, “nada mais são do que categorias modificadoras dos efeitos normais do negócio jurídico, restringindo-os no tempo ou retardando o seu nascimento ou exigibilidade” (2012, p. 568). São então chamados de “acidentais” porque não necessários para a consolidação do negócio; este prescinde da presença desses elementos para existir ou ser considerado válido.

Partindo para uma breve explicação do que consiste cada um destes elementos, no tocante à condição, diz-se que “um ato negocial é condicional quando seu efeito, total ou parcial, depende de um acontecimento futuro e incerto” (DINIZ, 2012, p. 569). A concretização do efeito do negócio jurídico fica subordinada a esse evento do qual não se sabe quando ocorrerá. Por outro lado, o termo é, segundo Orlando Gomes, “uma cláusula que subordina a acontecimento futuro e certo o nascimento ou a extinção de um negócio jurídico” (2016, p. 311).

Por fim, o modo ou encargo é “a restrição à vantagem criada para o beneficiário de um negócio jurídico gratuito, quer estabelecendo o fim a que se destina a coisa adquirida, quer impondo uma obrigação ao favorecido”, conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 486). Seria a situação, por exemplo, do sujeito que realiza doação de certa quantia monetária a alguém, sob a condição de ser este determinado valor investido na construção de uma biblioteca.

2.6. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS BASES DO NEGÓCIO JURÍDICO AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Feitas estas considerações acerca do negócio jurídico, seus planos de existência, validade e eficácia, bem como os seus vícios e consequências, urge refletir, frente ao que o presente trabalho propõe, acerca da possibilidade de aplicação destas bases do negócio jurídico ao processo penal brasileiro. É

possível enxergar a eventual presença de vícios de consentimento ou vícios sociais na formação dos acordos nos procedimentos criminais? Até que ponto é admissível falar em princípios como o da autonomia privada no processo penal? Em se falando de negociação, de quais normas processuais e direitos se pode dispor? Esses são apenas alguns dos questionamentos a surgir diante do cenário vivido pelo ordenamento jurídico pátrio, submerso em uma crescente tendência à ampliação dos espaços de consenso – sobretudo diante da colaboração premiada, apresentada através da Lei n.º 12.850/13, e da inovação do *plea bargain*, com o Projeto de Lei n.º 8045/10 (à serem tratados adiante).

Não é absurdo conceber que os acordos eventualmente firmados durante a persecução penal, ou antes desta – vez que quando ocorrem, estas negociações impedem a deflagração da ação penal –, possam ser eivados de vícios de consentimento. Basta que se tenha em mente a situação de desigualdade em que se encontra qualquer Acusado, independente de sua posição social, para que se chegue à conclusão de que o mesmo possa vir a ser induzido a erro ou mesmo “levemente” coagido a dispor de seus direitos.

Igualmente, complicado pensar na figura do Réu como totalmente senhor de sua autonomia, absolutamente livre para exercer os seus direitos e dispor de seus interesses, vez que a vulnerabilidade da sua condição instala um estado de diminuição da própria autonomia. Isto aliado ao fato dos outros atores do processo penal serem detentores do que se pode chamar de um poder técnico, que os coloca num patamar superior ao do Acusado, e os permite, ou melhor, possibilita – para que se afaste aqui da ideia de permissividade –, à agir de forma paternalista para com aquele, incorrendo então no risco de não colocar em primeiro lugar os interesses do Réu.

Como afirma Alexandre Morais da Rosa, de maneira observadora e pontual, “[...] a noção de direitos fundamentais e a possibilidade de disposição sobre o conteúdo de certas normas processuais, em face da inserção da lógica da *common law*, ganharam nova coloração” (2017, p. 310). Essencial, portanto, refletir sobre as garantias pilares de um processo penal que se propõe a ocupar espaço num Estado Democrático de Direito. Neste sentido, continua o referido autor, com brilhantismo, ao explicar que:

[...] na linha do garantismo, os direitos fundamentais possuem como características teóricas a inalienabilidade, inegociabilidade e indisponibilidade. Não são, portanto, alienáveis, negociáveis e disponíveis, quer por setores privados e [...] pelo “mercado penal”, via contratos/acordos de delação e leniência. Logo, as normas de processo penal eram pensadas, até pouco tempo, como direitos fundamentais, sendo que atualmente podemos falar em regimes especiais, nos quais vigora a disponibilidade da ação penal.

Diante disso, e partindo para outro viés, também necessário conceber dessa possibilidade ou não de negociação das normas processuais penais à vista de duas possíveis opções procedimentais da persecução penal que hoje se apresentam, tal qual nos traz Rosa em uma reflexão acerca da ausência de isonomia do sistema penal ao tratar certos delitos de maneira mais rígida e outros não – nessa ótica da viabilidade negocial criminal (2017, p. 313-314):

A noção de processo penal chega à uma encruzilhada: tradicional (duro) ou ambivalente (flexível e duro). O tradicional (duro) opera uma lógica de institutos sem margem de negociação, enquanto no ambivalente em alguns casos abre-se a porta da negociação/barganha. A alteração de caminhos não é meramente operacional, justamente porque implica, daí em diante, na instauração de paradoxos. [...] Para os crimes de todos os dias (furto, tráfico, roubo estupro, etc.), de fato, temos o mesmo processo penal duro, incapaz de responder aos novos desafios, especialmente colaboração premiada e leniência. [...] A distinção, sempre arbitrária, de selecionarmos os casos em que os pressupostos do Processo Penal duro, não é violadora da isonomia? Será que não precisamos de um mínimo de coerência sistemática?

Diante de tudo quanto exposto, e em conclusão e resposta ao questionamento central que se reflete, negar a realidade dos espaços de negociação no processo penal, tal qual elucida Rosa, “é incompatível com o regime atual de construções de verdade” (2017, p. 312). Para aqueles que visualizam os pilares das garantias processuais e direitos fundamentais como renunciáveis, é fácil chegar à conclusão de ser completamente possível a negociação dos mesmos; diuturnamente, para quem enxergue aqueles como indisponíveis, apenas lógico adotar posição que rejeite a negociação da ação penal. Contudo, mais relevante do que a discussão teórica sobre ser possível ou não, é deixar assente – diante do atual panorama que assim urge –, a necessidade em serem observados limites quando da adoção destas técnicas de consenso, para que não se relegue os supra referidos pilares do processo penal.

3. A NEGOCIAÇÃO EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS NA *COMMON LAW*

3.1. SOBRE O SISTEMA DA *COMMON LAW*

A fim de proporcionar um estudo acerca da negociação em procedimentos criminais na *common law*, mais especificamente, o instituto do *plea bargain*, é necessário, em primeiro lugar, que se debruce sobre as origens deste sistema jurídico fortemente marcado por um direito consuetudinário, ou seja, um direito no qual os costumes são parte relevante no momento de formulação das decisões judiciais.

Todavia, falar no sistema da *common law* implica em falar, obrigatoriamente, nas origens do direito inglês. Conquanto não se intente aqui esgotar ou mesmo muito se estender na história do direito consuetudinário inglês, far-se-á um breve apanhado da sua origem e fontes, para que se possa prosseguir com a análise do *plea bargain*.

Diante disso, mister explicar que o direito inglês nasceu após os processos de unificação política da Grã-Bretanha, sendo a concepção da *common law* proveniente das decisões de juízes que integravam a corte do respectivo regente, chamada de *curia regis* (LOSANO, Mario G., 2007, p. 324-325). A *curia regis*, ambiente onde atuava estes juízes, conforme traz René David, “é a corte das grandes personagens e das grandes causas; não é uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um” (2014, p. 359). Como afirma brilhantemente Mario G. Losano, esse cenário político deixa claro então que, à época, “o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes” (2007, p. 325). Contudo, as especificidades procedimentais da *common law* levaram, com o tempo, ao surgimento de outro sistema, qual seja, o da *equity*, como bem ensina René David:

Elaborada na estrita dependência de processos formalistas, a *common law* estava exposta a um perigo duplo: o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de lei. Depois da sua notável expansão no século XIII, ela não escapou a qualquer destes perigos, e veio, por isto, a correr um enorme risco: o de ver formar-se, em face dela, um sistema rival

pelo qual seria, com o decorrer do tempo, abafada e suplantada, como acontecera em Roma com o direito civil antigo, na época clássica, que se viu suplantado pelo direito pretoriano. Esse sistema rival [...] é a *equity*.

Desta forma, as regras da *equity*, sistema ao qual se faz referência, eram aplicadas pelo Lorde Chanceler, e destinadas a auxiliar sempre que as regras da *common law* se mostravam insuficientes no tocante à solução das contendas e conflitos de interesses. Como afirma René David, “a *equity* é um conjunto de soluções que foram [...] outorgadas pela jurisdição do Chanceler, para completar e eventualmente reverter um sistema – o da *common law* –, então bastante insuficiente e defeituoso” (2014, p. 388); é o que igualmente se conclui através da leitura do seguinte excerto:

Quando o sistema da *common law* funcionava mal – ou porque os Tribunais Reais não podiam ser consultados, ou porque não podiam conceder a solução adequada solicitada por um pleiteante, ou porque não tinham meios para bem conduzirem um processo, ou ainda porque chegam a uma decisão contrária à equidade -, os particulares tinham, segundo as ideias da Idade Média, a possibilidade de pedir a intervenção do rei, fazendo apelo aos imperativos de sua consciência, para que tomasse uma decisão que facilitasse o curso da justiça ou para que impusesse a solução exigida pela justiça (DAVID, 2014, p. 389).

As regras da *equity*, contudo, mostraram-se arriscadas com o tempo, diante do seu distanciamento das normas jurídicas e tendência ao “decisionismo” do Lorde Chanceler – o qual decidia “[...] os casos com base em normas mais morais do que jurídicas. Por isso, sua jurisdição se chamou equity (equidade)” (LOSANO, 2007, p. 330-331). Foi diante desse cenário que, aos poucos, a *equity* foi se aproximando do funcionamento do *common law*, através de um processo de endurecimento de seus preceitos, visando uma maior estabilidade das decisões.

Desta forma, também alvo de transformações ao longo dos anos, o direito inglês, da *common law*, teve e tem como fontes o costume, a lei e os precedentes. Embora a força dos precedentes, até os dias atuais, prepondere acima dos costumes e da lei, estes últimos ainda se fazem presentes, embora a lei tenha ganhado cada vez mais importância ao longo do tempo em comparação à perpetuação dos costumes.

Os costumes exigem uma consolidação ao longo do tempo; precisam, como traz Losano (2007, p. 333), “ser exercidos por ‘tempo imemorável’”. Ou seja, para que sejam valorados a fim de auxiliar a construção de uma decisão, é necessário que os costumes, por mais antigos que venham a ser, sejam lembrados, por assim dizer, pelos indivíduos.

Igualmente, a lei é a fonte do direito proveniente do trabalho dos parlamentares. Todavia, como ensina René David, neste sistema, as leis “se limitam a estabelecer exceções ao direito comum; [...] elas serão interpretadas restritivamente” (2014, p. 434); ou seja, as leis são uma fonte secundária, através da qual eventualmente se busca suporte para a interpretação da fonte principal do direito inglês, qual seja, os precedentes, as decisões assentadas por juízes. Neste sentido, sobre a referida fonte:

[...] o direito britânico era e continua a ser um direito feito essencialmente por juízes. [...]. Os precedentes, ou seja, as decisões de casos análogos àquele em exame, contêm o direito vigente em forma não-codificada. Por isso, fala-se do Common Law como de um direito consuetudinário quando é contraposto ao Statute Law, entendido este como o direito promulgado pelo parlamento sob forma de lei. [...] Diante de um caso concreto, o juiz deve perguntar-se como foram decididos anteriormente casos análogos. (LOSANO, 2007 p. 335-336).

O direito inglês, que se confunde então, em certos momentos, com o sistema da *common law* e suas origens, acabou exercendo forte influência sob o direito norte-americano, dos Estados Unidos da América – bem como sob outros países de língua inglesa e, com o tempo, sob os mais diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Essa influência no direito norte-americano, contudo, não foi de forma pura, vez que marcada por adaptações às particularidades das colônias estadunidenses. Sobre a tradição da *common law* de forma pormenorizada nos Estados Unidos da América, Alexandre Morais da Rosa ensina que:

Na *common law* parte-se da pressuposição de que casos semelhantes devem ter resultados padrões (*standards*), dado que diante da mesma situação fática, com respostas similares, a estabilidade das decisões estaria garantida (*stare decisis*). A oralidade ganha estatuto privilegiado, diante das contingências de ausência de letrados e da inexistência de corpo apropriado, como tinha a Inquisição, para conduzir os julgamentos, daí a diferença

marcante entre o modelo escrito continental e o oral inglês (2017, p. 315).

Neste sistema, portanto, é que se encontra inserido o instituto do *plea bargain*.

3.2. PLEA BARGAINING: ORIGENS E TRADIÇÕES JURÍDICAS

Nos Estados Unidos da América, a persecução criminal traça um percurso particular. O que se verifica atualmente – embora fruto de uma tendência que teve início há anos, como se verá – é a adoção do instituto do *plea bargain* como (principal) meio de se chegar à uma possível condenação do indivíduo acusado de praticar um ilícito penal. Contudo, quando se iniciou a adoção desta técnica consensual? Em que momento o julgamento tradicional, por assim dizer, passou a ser a exceção, abrindo espaço para os chamados *guilty pleas* ou confissões de culpa (a serem abordados mais à frente)?

*Was there a time when trials were the dominant mode of adjudication? In a word, yes. A review of Anglo-American court records reveals that disposition by means of guilty pleas in serious criminal cases began in the mid-nineteenth century. Sometime in the mid-nineteenth century guilty pleas in the more serious cases grew dramatically and trial rates declined [...] In Superior Court in New York City in 1846, 75 percent of all dispositions were by trials, but by 1860 this figure had declined to 53 percent. By 1919, it was 88 percent. Similarly in New Haven, Connecticut, during roughly the same period trials declined from 79 percent in 1837 to 50 percent in 1888, and to three percent in 1934. By the 1920s, trials accounted for less than 15 percent of all adjudications in Cleveland and Chicago.*⁸. (FEELEY, 1997, p. 187).

⁸ “Houve um tempo durante o qual julgamentos eram o modo dominante de adjudicação? Em uma palavra, sim. Uma análise dos registros de cortes Anglo-americanas revela que sentenças por meio de guilty pleas em casos criminais sérios tiveram lugar primeiramente no meio do século dezenove. Em algum momento de meados do século dezenove, guilty pleas dentre os casos mais sérios cresceram dramaticamente, e o número de julgamentos recrudescceu [...] Na Superior Court da cidade de Nova York em 1846, 75% (setenta e cinco por cento) de todas as sentenças eram originárias de julgamentos, mas a partir de 1860, essa cifra havia diminuído para 53% (cinquenta e três por cento). Em 1919, era 88% (oitenta e oito por cento). Similarmente, em New Haven, Connecticut, durante mais ou menos o mesmo período, julgamentos passaram a representar de 79% (setenta e nove por cento) em 1837 para 50% (cinquenta por cento) em 1888, e depois para três por cento em 1934. Já nos anos 20 do século XX, julgamentos contabilizavam por menos de 15% (quinze por cento) de todas as adjudicações em Cleveland e Chicago (Tradução livre).

Neste diapasão, o próximo questionamento a ser feito é acerca do que motivou essa tendência ao consenso. Certamente, nos Estados Unidos da América, o *plea bargain* foi/é encarado como ferramenta útil para lidar com o grande número de casos a abarrotar a justiça criminal, fruto do aumento da criminalidade constatado em momentos pontuais da história estadunidense, como o *aftermath* da Guerra Civil americana e o período da década de 60, por exemplo (RAKOFF, 2014, p. 1-2). Foi dada maior relevância à busca por eficiência bem como à economia processual, transformando o cenário outrora povoado pelos julgamentos propriamente ditos num de uma “*bureaucratic justice*”⁹, onde os acordos são vistos e reconhecidos até como um “*necessary evil*”¹⁰ frente à um Judiciário pressionado pelos clamores por resposta da sociedade.

Dito isto, o caminho do procedimento criminal, nos Estados Unidos da América, em linhas gerais, começa sempre com uma acusação em desfavor daquele que tenha infringido a lei penal; acusação esta não isenta de justa causa. Posteriormente, em audiência na presença de um juiz, o Acusado é advertido de seus direitos, tais quais o de ser acompanhado por advogado. A acusação que pesa contra aquele é então analisada pelo chamado *grand jury*, que após ter acesso as provas demonstradas pela Acusação, decidirá se a mesma se sustenta e, conseqüentemente, se o Acusado irá a julgamento. Em caso positivo, este é indiciado e as acusações serão devidamente julgadas (CAMPOS, 2012, p. 3-4).

O próximo passo, contudo, é o que mais nos interessa. Após essas etapas, o Réu, assistido pelo seu advogado, em audiência, responderá como se declara em relação às acusações contra si imputadas: culpado (*plead guilty*), inocente (*not guilty*), bem como poderá simplesmente não se defender (*to plead no contest*) (ROSA, 2017, p. 319). Neste momento, ainda pré-julgamento, é que a negociação entre a Acusação e a defesa pode vir a ocorrer, com o *plea bargain*. Como traz o referido autor, “nas hipóteses de confessar e não querer se defender, abre-se o caminho para a barganha, com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena” (Ibid., p. 319-320).

⁹ Justiça burocrática (FEELEY, 1997, p. 183) [Tradução livre].

¹⁰ Mal necessário (FEELEY, 1997, p. 183) [Tradução livre].

O *guilty plea* implica na “admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento” (CAMPOS, 2012, p. 4). Nesse momento o magistrado avalia se a confissão do Réu é válida, ausente de qualquer vício de consentimento – essencial para aceitar a mesma –, bem como alerta o mesmo dos direitos sobre os quais está dispondo, dentre estes o próprio direito de se submeter a julgamento (Ibid., p. 4). Diuturnamente, a opção de não se defender, que como já acima exposto, igualmente tem potencial para levar a um acordo de *plea bargain*, só se diferencia da admissão de culpa no que diz respeito à eventual reparação patrimonial/moral na esfera cível. Como elucida Alexandre Morais da Rosa, em relação ao sujeito Acusado e a vítima, “[...] se não confessar, mas somente não se defender, não há eficácia civil e o prejudicado deverá demandar autonomamente” (2017, p. 320).

Contudo, em face de tudo o quanto exposto, no que consiste o acordo? Do que se dispõe e em contrapartida de que? Efetivamente considerando o *plea bargain*, o que pode ocorrer é uma “redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação” (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008, p. 648 apud CAMPOS, 2012, p. 5). No mesmo sentido, e de forma pormenorizada:

[...] Se, realizado o acordo, o réu declara-se culpado ou *nolo contendere* quanto ao crime pelo qual está sendo acusado ou por crime menos grave, o acordo deve especificar, em contrapartida, os benefícios oferecidos ao acusado pela promotoria, quais sejam: (A) não alegar ou dispensar outras acusações além daquela(s) já estipuladas; (B) recomendar (ou comprometer-se a não se opor ao requerimento do réu) uma determinada pena apropriada ao caso, a aplicação de uma determinada disposição das *Sentencing Guidelines*, ou que determinado fator (reincidência, má conduta, dentre outros) não seja aplicado – ressaltando-se que tais recomendações ou requerimentos não vinculam a decisão do magistrado; ou (C) acordar, de maneira específica, os mesmo fatores considerados nas recomendações (quantidade da pena, aplicação de *Sentencing Guidelines*, etc.), vinculando o magistrado aos termos estabelecidos caso o acordo seja aceito pela corte. Quanto à força vinculante da *plea bargaining*, verifica-se que, nos acordos do tipo (A) ou (C), o juiz pode aceitar ou rejeitar o acordo de imediato ou adiar a decisão até a conclusão da análise do *presentence report*. Já nos acordos do tipo (B), que não vinculam a decisão, o juiz tem o dever de advertir ao réu de que não será permitida a retratação da declaração de culpa após a prolação da sentença que deixar de seguir as recomendações ou requerimentos estabelecidos. (PHILIPPI, Isabela Ramos, 2010, p. 21 apud ROSA, 2017, p. 319-320).

Dito isto, e por fim, na rara ocasião em que o Acusado venha a optar por negar a sua culpa (*to plead not guilty*), ele estará exercendo o seu direito constitucional de ir a julgamento. A ida à julgamento é ocasião rara, todavia, porque o ordenamento jurídico no qual está inserido o *plea bargain* – aberto ao consenso, à disponibilidade de direitos (mais do que o comumente visto na *civil law*) – permite uma atuação por vezes agressiva, por parte dos atores da Acusação, predisposta à obter uma condenação via a confissão do Réu. Por isso, quase que a totalidade dos casos levados à justiça criminal estadunidense acaba em acordos de *plea bargain*.

Dessa atuação, das suas inclinações práticas e reflexos nos Estados Unidos da América, bem como no tecido social deste país, é do que irá tratar o próximo tópico.

3.3. REFLEXOS SOCIAIS DA REALIZAÇÃO DOS ACORDOS DE *PLEA BARGAIN* NO MICRO-SISTEMA NORTE-AMERICANO

Para bem compreender os reflexos desta realização de acordos entre Acusação e defesa, é necessário encarar a via do *plea bargain*, antes de tudo, como um mecanismo de política criminal. Este instituto é consequência direta das escolhas dos legisladores estadunidenses, bem como dos atores da persecução penal, quando confrontados com o aumento da criminalidade e o abarrotamento da justiça criminal; e os resultados da sua aplicação na prática forense são amplificados diante de leis draconianas, fruto da mentalidade punitivista do Estado.

Como já foi abordado, o *plea bargain* consistirá, em linhas gerais, na diminuição das acusações propriamente ditas ou da gravidade das mesmas, apresentadas e imputadas ao Réu pelo promotor de justiça; e da mesma forma, implicará na diminuição da reprimenda penal a ser fixada em sentença ou da sugestão de pena então feita pelo órgão acusatório.

Todavia, o sistema no qual este instituto está inserido é povoado por disparidades. Há uma concentração – incontestável – de poder persuasivo ao redor do agente acusador, que tem, por exemplo, acesso imediato aos autos

do procedimento investigatório e às provas então produzidas para então apresentar a sua proposta de acordo; ao passo em que o defensor público ou particular tem contatos breves e reduzidos com o seu cliente para ouvir do mesmo a sua versão dos fatos e elaborar uma tese defensiva (RAKOFF, 2014, p. 2). Alie-se a isto o fato do Réu, na grande maioria dos casos, ser pessoa pobre, mal instruída, menos favorecida, cuja privação de oportunidades ao longo da vida lhe levou ao caminho da criminalidade, e tem-se um cenário no qual o Acusado não vê opção que não declarar-se culpado, aceitando a proposta ofertada e renunciado ao seu direito constitucional¹¹ de ir a julgamento – até mesmo quando é inocente, senão vejamos.

Alto risco de condenação perante o júri, momento no qual a Acusação, por força do próprio sistema, consegue demonstrar o seu poder persuasivo em face dos jurados de modo mais fácil que a defesa; penas mínimas obrigatórias – *mandatory minimum sentences*¹² – longas e severas, já pré-estabelecidas em leis federais e estaduais; ameaça de perseguir as condenações máximas ou até mesmo aquelas cuja própria prática mostra-se de difícil comprovação, vez que é suficiente, para o promotor acusar, que apenas “supostamente exista uma causa provável – uma prática conhecida por sobrecarga de acusações” (ALEXANDER, 2017, p. 143).

Qual Réu, diante deste cenário, da força do órgão acusador, não aquiesceria à realização de um acordo com a promotoria, para cumprir pena menor do que a abstratamente prevista, e por apenas uma ou duas de todas as hipotéticas acusações contra ele imputadas? No mesmo sentido, fácil compreender porque este Réu firmaria o acordo, ao sopesar o risco de um julgamento severo que tende a não ir a seu favor. O agente acusador, então, detém poder considerável para moldar as acusações, e o Réu acaba por se

¹¹ A 6ª Emenda à Constituição Americana garantiu o direito do Acusado de ter o seu julgamento ao instituir que: “Em toda persecução criminal, o acusado deverá gozar do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do estado e distrito onde o crime houver sido cometido, qual distrito houver sido previamente determinado por lei, e de ser informado da natureza e causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas contra si postas; de ter processo compulsório a fim de obter testemunhas a seu favor, e de ter assistência legal para sua defesa”. (Amendment VI, Constitution of the United States, 1791) [Tradução livre].

¹² *Mandatory minimum sentences* são previsões reguladas por lei, de penas mínimas obrigatórias à serem cominadas à eventual prática de algum delito. Costumam ser severas, longas, e associadas a crimes considerados mais graves, como tráfico de drogas e afins, crimes envolvendo uso de arma de fogo, pornografia infantil, etc (RAKOFF, 2014).

submeter ao acordo, como se depreende do excerto abaixo, extraído do artigo de Rakoff:

For example, the prosecutor can agree with the defense counsel in a federal narcotics case that, if there is a plea bargain, the defendant will only have to plead guilty to the personal sale of a few ounces of heroin, which carries no mandatory minimum [...]; but if the defendant does not plead guilty, he will be charged with the drug conspiracy of which his sale was a small part, a conspiracy involving many kilograms of heroin, which could mean a ten-year mandatory minimum [...]. Put another way, it is the prosecutor, not the judge, who effectively exercises the sentencing power, albeit cloaked as a charging decision.

The defense lawyer understands this fully, and so she recognizes that the best outcome for her client is likely to be an early plea bargain, while the prosecutor is still willing to accept a plea to a relatively low-level offense. Indeed, in 2012, the average sentence for federal narcotics defendants who entered into any kind of plea bargain was five years and four months, while the average sentence for defendants who went to trial was sixteen years.¹³

Até mesmo o sujeito que sabe ser inocente se vê, muitas vezes, compelido a aceitar o acordo de *plea bargain* nestas circunstâncias, uma vez que, como já demonstrado, o risco de ir a julgamento e ser condenado à uma pena maior do que a proposta, e por mais acusações, é muito grande. Por mais absurdo que isso soe, não há qualquer ilegalidade registrada em assim agir, como se depreende da explicação do professor americano de Direito, Albert Alschuler, quando em entrevista para o periódico online “*The Atlantic*”:

Indeed, the only bargaining restriction placed on prosecutors is that they cannot use illegal threats to secure a plea. “So if a prosecutor says, ‘I’ll shoot you if you don’t plead guilty,’ then the plea is invalid,” Alschuler explained. “But if he threatens to charge someone with a

¹³ Por exemplo, o promotor pode concordar com a defesa, num caso federal envolvendo tráfico de drogas, que se ocorrer a realização de acordo, o Réu só terá que se declarar culpado pelo fato de ter, pessoalmente, vendido algumas gramas de heroína, prática que não carrega nenhum *mandatory minimum* [...]; mas se o Réu não se declarar culpado, será acusado de integrar a conspiração para traficar drogas da qual a sua venda foi uma pequena parte, conspiração essa envolvendo vários quilos de heroína, o que pode significar uma pena mínima obrigatória de dez anos [...]. Ou seja, é o promotor, e não o juiz, que efetivamente exerce o poder de sentenciamento, malgrado mascarado como uma decisão de acusar.

O advogado de defesa entende isso completamente, e então reconhece que a melhor saída para o seu cliente é, provavelmente, firmar desde já o *plea bargain*, enquanto o promotor ainda estiver disposto à aceitar o acordo para apenas acusar o Réu de um delito leve. De fato, em 2012, a média de pena para Réus em casos federais de tráfico de drogas, que concordaram com qualquer acordo de *plea bargain*, foi de cinco anos e quatro meses, enquanto a média de pena para os Réus que escolheram ir a julgamento foi de dezesseis anos (Tradução livre).

crime punishable by death at trial and the defendant pleads guilty, the plea is lawful.” Assuming they have probable cause, prosecutors can even threaten to bring charges against a defendant’s family in order to extract a plea. For instance, if a defendant’s spouse or sibling is complicit in drug trafficking—perhaps they took a call related to the case—a prosecutor can offer to reduce or dismiss charges against the family member if the defendant pleads guilty.¹⁴

Para melhor visualização desta situação de coerção, e voltando o olhar para a diferença da quantidade de pena negociada no *plea bargain*, em relação à prevista em lei, vejamos o exemplo das penas mínimas obrigatórias instituídas (as chamadas *mandatory minimum sentences*), neste caso, para os delitos de posse de entorpecentes, em contraposição ao dilema no qual o Acusado se encontra quando lhe é imputada a prática de um crime desta ordem:

Em 1986, o Congresso aprovou a Lei Contra o Uso de Drogas, que previa penas mínimas obrigatórias extremamente longas para o tráfico de pequenas quantidades de drogas e posse de crack. A sentença obrigatória típica para uma primeira condenação por drogas em um tribunal federal é de cinco a dez anos. [...] As legislaturas estaduais estavam ansiosas para surfarem na onda do “endurecimento”, aprovando leis de drogas rigorosas, bem como a citada lei das “três infrações” prevendo prisão perpétua para aqueles condenados por um terceiro crime. Esses regimes de sentenças mínimas obrigatórias transferiram enorme quantidade de poder dos juízes aos promotores. Agora, simplesmente ao denunciar alguém por um crime com uma sentença obrigatória de dez a quinze anos ou perpétua, os promotores são capazes de forçar pessoas a se declararem culpadas para não se arriscarem a passar uma década ou mais na prisão [...] Eles “enchem” os réus de denúncias por crimes com penas extremamente duras para forçá-los a se declarar culpados por infrações menores [...] (ALEXANDER, 2017, p. 146).

Qual a razão de expor esse panorama? Diante desta proliferação dos acordos de *plea bargain*, a dedução lógica irrefutável à que se chega é de que, no lugar dos julgamentos tradicionais, a admissão de culpa cria um atalho que serve muito bem à vontade estatal de demonstrar à população a eficiência no

¹⁴ De fato, a única restrição à barganha imposta aos promotores é a de que não podem usar de ameaças ilegais para assegurar o acordo. “Desta forma, se um promotor disser ‘Eu vou atirar em você se você não se declarar culpado,’ o acordo é inválido,” explica Alschuler. “Mas se ele ameaça acusar alguém, acaso este escolha ir a julgamento, de crime punível pela pena de morte, e então o Acusado resolver se declarar culpado, o acordo será legal.” Assumindo que tem causa provável, os promotores pode até ameaçar lançar acusações contra a família do Réu, a fim de conseguir firmar o acordo. Por exemplo, se o(a) esposo/esposa ou irmão/irmã do Acusado tiver participado na prática do delito de tráfico de drogas—digamos que tenham atendido uma ligação relacionada ao caso—um promotor pode oferecer reduzir ou isentar ele ou ela das acusações se o Acusado se declarar culpado (Tradução livre).

combate à criminalidade; é conveniente, demanda menos custo do que um julgamento, e em algumas situações, deve-se admitir, serve bem não apenas ao Estado mas também ao Réu que procure cumprir uma pena menor, em troca, por exemplo, de fornecer informações úteis às forças investigadoras que buscam apreender outro sujeito.

Contudo, o uso sem freios da técnica do *plea bargain* levou à constatação de que, de todas as condenações criminais federais, nos Estados Unidos da América, 97% (noventa e sete por cento) resultam de *guilty pleas*¹⁵. Ou seja, apenas um número irrisório de Réus se arrisca a ir a julgamento.

Destarte, o sistema se apresenta de tal forma à colocar, diariamente, mais e mais pessoas atrás das grades, através da “prática de um *plea bargaining* tal qual uma linha de montagem”¹⁶, automatizada, resultando, enfim, num encarceramento em massa de pessoas dentre as quais não há um trabalho efetivo para separar os verdadeiramente culpados dos inocentes.

3.4. A NEGOCIAÇÃO EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Os Estados Unidos da América são detentores de uma influência global, que se revela de diversas formas nas culturas de cada Estado afora. Situação não diferente, portanto, é aquela na qual se considera a política criminal estadunidense, cujas tendências são fortemente seguidas por muitos países ao redor do mundo, os quais costumam tomar os exemplos americanos como norte para solucionar problemas sociais; exemplo revelador é o da política da “guerra às drogas”¹⁷. Contudo, essa adaptação de experiências estrangeiras, como a da adoção de técnicas de negociação em procedimentos criminais, seja na forma do *plea bargain* ou em outras semelhantes, costuma ser feita sem se dar o devido cuidado às especificidades dos ordenamentos

¹⁵ (United States Sentencing Commission’s 2016 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics, 2016).

¹⁶ Tradução livre do discurso do U.S. District Judge John L. Kane, quando do seu artigo publicado no portal da organização sem fins lucrativos “The Marshall Project”, intitulado *Plea Bargaining and the Innocent* (KANE, 2014).

¹⁷ Sobre a temática da “guerra às drogas” e a influência global exercida pelos Estados Unidos da América, conferir o item 1.3. da obra de Luís Carlos Valois, “O direito pena da guerra às drogas”, 2 ed., Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

jurídicos de cada Estado, o que causa uma desordem legal com efeitos consideráveis na prática forense.

Durante um estudo realizado entre os anos de 2015 e 2016, com o objetivo de aferir quantos países, e de que forma, adotam um sistema aberto a práticas consensuais que resultam na renúncia ao direito de ir a julgamento, a organização não governamental Fair Trails, cujo trabalho, em linhas gerais, gira em torno da defesa do direito a um julgamento justo e equânime, apurou que, dentre os noventa países estudados, sessenta e seis utilizam mecanismos, dentre o seu ordenamento jurídico, que facilitam a disposição do direito de ir a julgamento; em perspectiva, no ano de 1990, apenas dezenove países adotavam essa prática¹⁸.

Dos achados, o que mais chama atenção é que, ainda que todos estes países se utilizem de práticas que resultam na renúncia à ação penal, há muitas diferenças acerca do que se pode negociar em cada jurisdição, e na quantidade¹⁹ de casos resolvidos através desses mecanismos, embora as justificativas costumem ser as mesmas: redução de gastos do Judiciário, diminuição do número de casos para serem julgados, ferramenta à auxiliar no combate ao crime organizado.

Apenas oito países, por exemplo – dentre estes os Estados Unidos da América –, permitem que o próprio conteúdo da acusação, a maneira como os fatos se deram, por assim dizer, seja apresentado de forma a beneficiar o Réu, ou mesmo que certos fatos concernentes à imputação criminosa sejam omitidos do processo por completo, em troca de algum tipo de retorno do Acusado²⁰. Esta é uma realidade da qual não se conhece no ordenamento jurídico brasileiro.

Diuturnamente, em quarenta e cinco países estudados, constatou-se ser possível negociar o tipo de pena ou quantidade a ser aplicada; por outro lado, em vinte e nove outros países, pode ocorrer de uma acusação ser retirada ou reduzida, também em contrapartida à uma retribuição do Réu. Por fim, em vinte e seis países, visualizou-se a possibilidade do Acusado, após

¹⁸ (*The Disappearing Trial*, 2017).

¹⁹ A título ilustrativo, enquanto nos Estados Unidos da América, como já visto, cerca de 97% dos casos são resolvidos através de mecanismos consensuais, no Chile, esse percentual é de apenas 10% (Ibid, 2017).

²⁰ (Ibid, 2017).

concordar em prestar assistência às autoridades públicas na investigação de crimes – assistência essa que inclui a prestação de depoimentos em desfavor de outros –, ser beneficiado com uma redução da pena a ser aplicada ou das acusações imputadas (implicando, também, numa renúncia ao direito de ir a julgamento)²¹.

Contudo, dos noventa países analisados, as práticas de incentivo acima explanadas não são vistas em todos de forma concomitante. O Brasil, por exemplo, só permite aquela na qual o Réu presta assistência à Autoridade Policial, ou seja, a conhecida colaboração premiada, regulamentada pela Lei n.º 12.850/13. Por outro lado, somente nos Estados Unidos da América, Austrália, Inglaterra e País de Gales, todas elas são possíveis. Não obstante estas particularidades, a realidade mostra que a negociação em procedimentos criminais é, hoje, prática global, cuja utilização demonstra continuar a se espalhar pelos diversos ordenamentos jurídicos; e no Brasil, não é diferente.

²¹ (Ibid, 2017).

4. PROCESSO PENAL NEGOCIAL BRASILEIRO

À vista de tudo o quanto relatado, o objetivo do Capítulo que se inicia é a feitura de uma análise crítica acerca do cenário do processo penal brasileiro, e particularmente os espaços de consenso que nele se fazem presentes. Para tanto, será apresentado um panorama que se inicia com as primeiras experiências de disposição da persecução penal no país – a saber, a transação penal e a suspensão condicional do processo –, até que se chegue ao momento atual – com o advento da colaboração premiada e da inovação legislativa trazida pelo PL nº 8045/10.

4.1. A LEI N.º 9.099/95 E OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Dentre as disposições gerais do seu Capítulo III, Título IV, a atual Constituição Federal brasileira prevê o que se segue:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O que a referida norma constitucional referendou, em síntese, foi a criação dos chamados Juizados Especiais Criminais, para o processamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Os Juizados vieram a ser instituídos posteriormente através da Lei n.º 9.099/95. O referido corpo legal, além de tratar desta inovação, introduziu ao processo penal brasileiro institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, a serem estudados adiante.

Contudo, cumpre voltar o olhar, em primeiro lugar, para uma limitação contida no próprio dispositivo constitucional, quando dito que nos Juizados Especiais Criminais só se cuidará do julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo. Necessário se faz conceituar, pois, o que seriam essas

infrações penais de menor potencial ofensivo, eventuais objetos, por assim dizer, das propostas de transação penal e suspensão condicional do processo, a fim de prosseguir com o estudo das inovações trazidas pela Lei n.º 9.099/95; e é nesta própria lei, especificamente em seu art. 61 – por sua vez, alterado pela Lei n.º 11.313/06 –, que se encontra a indispensável definição:

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.

São estas, pois, as infrações de competência dos Juizados: as contravenções penais, e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. A essas contravenções e a estes crimes são aplicados, observando as particularidades de cada caso, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo – “medidas despenalizadoras e descarcerizadoras”, como elucida Aury Lopes Jr. (2016, p. 760) –, quando, por óbvio, presentes os requisitos autorizadores para tanto. Esses institutos, tal qual traz o referido autor – bem como será visto adiante – representaram um marco inovador no ordenamento pátrio, senão vejamos:

Sem dúvida, a Lei n.º 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência (2016, p. 760).

Desta forma, para melhor compreender a aplicação dessas medidas, cumpre tratar, inicialmente, e de forma breve, da maneira através da qual se inicia o procedimento nos Juizados Especiais Criminais.

Sendo constatada a prática de infração cujo processamento seja de competência dos Juizados, a Autoridade Policial encarregada da investigação cuidará de lavrar termo circunstanciado – registro típico das infrações de menor potencial ofensivo (vez que a instauração de inquérito policial civil não é mandatária, nesses casos) –, encaminhando autor e vítima ao Juizado. Após, terá lugar uma audiência preliminar – no mesmo momento em que encaminhados autor e vítima ao Juizado ou, se não for possível, em data a ser

designada pelo magistrado –, durante a qual será averiguada a possibilidade da composição civil dos danos²² ou do oferecimento da proposta de transação penal.

4.1.1. Da transação penal

A transação penal, diferentemente da suspensão condicional do processo, é cabível apenas nos crimes de competência dos Juizados – as contravenções e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, como já visto. Através desta medida, o titular da ação penal, qual seja, o Ministério Público ou o querelante²³, oferece ao autor do fato uma proposta de cumprimento antecipado de uma pena restritiva de direitos ou de multa. O autor da infração, frise-se, deverá estar sempre acompanhado de advogado ou defensor público, obrigatoriamente, para que o acordo seja válido, devendo o seu defensor alertá-lo para o importante fato de que a aceitação da proposta de transação não implicará em assunção de culpa. Sobre este procedimento, trata Alexander Araújo de Souza:

[...] participam do acordo transacional o Ministério Público, o autor da infração e seu advogado, bem como o Juiz. O primeiro analisa a presença dos requisitos legais necessários à propositura da transação penal, a qual, se efetivada, alvitrará ao autor da infração a aceitação de imposição imediata de pena restritiva de direitos ou de multa.

De certo que a transação penal se apresenta vantajosa ao Acusado, vez que a sua condenação não implicará em reincidência, maus antecedentes,

²² Sobre a composição civil dos danos, por optar não trabalhar a mesma no presente trabalho, sugere-se conferir o livro referenciado neste trabalho, de autoria de Aury Lopes Jr.

²³ À respeito da possibilidade da transação penal nos crimes cuja ação penal for privativa, Alexander Araujo de Souza faz o seguinte comentário: “Argumenta-se, com propriedade, ser o instituto da ação da transação penal incompatível com a ação de iniciativa privada, pois neste âmbito outras possibilidades há de despenalização ligadas ao princípio da oportunidade (v.g., a renúncia e a decadência do direito de queixa) ou ao princípio da disponibilidade (e.g., o perdão aceito e a perempção). Em sede jurisprudencial, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, sem maiores considerações, ser possível a transação penal em ações de iniciativa privada. [...] não seria o Ministério Público o responsável pela efetivação da proposta, mas sim, o querelante. Sim, pois a este foi transferido o *ius persecuendi in iudicio*, cabendo-lhe, se assim entender, abdicar do seu direito ao processo. Acrescente-se, neste passo, que não seria legítimo ao *Parquet* empecer o desiderato do querelante em continuar com a ação por ele exercida, com vistas à consecução da condenação e, portanto, de título executável no juízo cível (2006).

bem como não gerará efeitos civis²⁴, e como já visto, não importa em sua admissão de culpa; igualmente, a pena à que se submeterá, de imediato, não será privativa de liberdade (DE SOUZA, 2006, p. 177-178; LOPES Jr., 2016, p. 769-770). Desta forma, “com o assentimento do autor da infração e de seu defensor à proposta ministerial, o Juiz homologará o acordado por intermédio de sentença, jurisdicionalizando o negócio celebrado” (DE SOUZA, 2006, p. 178).

Importante gizar que, o oferecimento da proposta não se confunde com o oferecimento de uma peça acusatória – exatamente por isso o caráter antecipatório do eventual cumprimento da pena, na transação penal, vez que prévio ao oferecimento de uma denúncia propriamente dita. Não obstante, o representante do *parquet* não é isento de observar a presença de justa causa e demais condições da ação quando da formulação do acordo – da mesma forma como faria ao oferecer uma denúncia; porém, isso é uma importância que costuma ser esquecida em meio ao “utilitarismo estruturante do discurso da informalidade”, próprio dos Juizados (LOPES Jr., 2016, p. 767).

Mas o que é necessário, então, como requisitos específicos, para o oferecimento de proposta de transação penal ao Acusado? Além da prévia constatação das condições da ação, por óbvio. O art. 76, § 2º e incisos, da Lei n.º 9.099/95 trata, ao estabelecer vedações à admissão da proposta de transação, dos pressupostos da mesma: o autor do fato não pode ter sido condenando à prática de crime cuja pena cominada tenha sido a privativa de liberdade, com sentença definitiva. Em outras palavras, não pode o autor do fato ser reincidente; também, não pode o agente já ter sido beneficiado, nos últimos cinco anos, por outra proposta de transação penal; e por fim, se os motivos e as circunstâncias, bem como os antecedentes, conduta social e personalidade do autor, não demonstrarem ser a transação medida necessária ou suficiente, a proposta não poderá ser oferecida.

²⁴ A sentença condenatória ao cumprimento da pena restritiva de direitos ou de multa não constitui título executivo judicial com aptidão para ser executado no cível, devendo o ofendido buscar essa eventual reparação “em separado”. É uma situação semelhante àquela do *plea bargain*, quando o Acusado escolhe simplesmente não se defender – *to plead no contest*, ou *nolo contendere*. Nestas ocasiões, tal qual ocorre na transação penal, o interessado deverá buscar reparação de forma autônoma, em face da ausência de efeitos civis da condenação do agente.

Este é um requisito que inspira complicações, ao passo que se utiliza de conceitos indeterminados – como “personalidade do agente” e “conduta social” –, ficando a cargo do magistrado definir, para que possa tomar sua decisão, o que seria, por exemplo, uma conduta social a instar medida mais “dura” que a transação penal. Outrossim, no tocante aos antecedentes, o mesmo problema se revela, pois utilizá-los como parâmetro para admitir ou não a proposta de transação constituiria uma violação ao princípio da presunção de inocência, vez que “ou o agente foi condenado e já transitou em julgado [...], ou não foi definitivamente condenado” (LOPES Jr., 2016, p. 768). Em suma, como brilhantemente coloca Alexandre Morais da Rosa, “as disposições restritivas sofrem de mazelas autoritárias, por se basearem na lógica da reincidência e da análise inverificável de atributos subjetivos do agente” (2017, p. 522).

Dando seguimento, surge o questionamento acerca da obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal. Malgrado conste, no art. 76²⁵ da Lei n.º 9.099/95, o verbo “poderá”, entende-se que o representante do *parquet* tem, em realidade, um dever propriamente dito de propor a negociação da pena, sempre que verificar a presença dos requisitos autorizadores para tanto, vez que a transação penal é direito subjetivo do agente. Situação que encontra certa divergência doutrinária, todavia, é em relação ao papel do magistrado acaso o Ministério Público não ofereça a proposta, entendendo alguns que aquele deve “tomar as rédeas” e realizar o acordo, dado o já referido direito subjetivo do Acusado; enquanto outros – cuja posição logra mais aceitação – acreditam que ao Juiz, cabe remeter os autos ao procurador-geral, para que este tome as medidas que entender cabíveis, aplicando, desta forma, por analogia, o disposto no art. 28 do Código de Processo Penal²⁶ (DE SOUZA, 2006, p. 186).

Se o autor do fato não aceitar a proposta, ou seja, não havendo o consenso característico da transação penal, dar-se-á seguimento ao feito, com

²⁵ Art. 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.

²⁶ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

o representante do *parquet* oferecendo denúncia de imediato ao Juiz, no mais das vezes de forma oral (em conformidade com o caráter informal dos Juizados).

Por fim, aceitando o acordo da transação penal, mas vindo o agente posteriormente a descumprir o quanto tratado, nos termos da Súmula Vinculante 35²⁷, o Ministério Público poderá oferecer denúncia ou requisitar instauração de inquérito policial, dando seguimento à persecução penal, vez que a sentença que homologa a proposta de transação não faz coisa julgada material.

Em síntese, o que se pode concluir acerca da transação penal, nas palavras da Alexander Araujo de Souza, é que a mesma:

[...] se baseia no consenso, na convergência de vontades. Interesses inicialmente antagônicos, pelo diálogo entre os interessados, pela confrontação de propósitos, resultam num acordo final. A par da esfera consensual, a transação possibilitaria ainda, *em tese*, a diminuição dos custos a cargo do Estado com a máquina judiciária, bem como a racionalização da Justiça criminal, permitindo que os agentes encarregados da persecução criminal se dediquem melhor ao combate à criminalidade mais gravosa. Advirta-se, porém, não se contar com dados estatísticos que permitam avaliar [...] se estas potencialidades vêm se tornando realidade (2006, p. 178).

4.1.2. Da suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, chamada também de “*sursis processual*”, por sua vez, difere da transação penal, ao mesmo tempo em que se aproxima em alguns pontos. O *sursis processual* é aplicado nos casos de infrações penais cuja pena mínima cominada, em abstrato, for igual ou inferior a um ano. O representante do *parquet*, ao oferecer a denúncia, deverá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, observados determinados requisitos a serem preenchidos pelo Acusado.

Durante esse período de suspensão, o agente deverá cumprir determinações específicas – como a de reparar os danos causados, se

²⁷ Diz a Súmula Vinculante n. 35: A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 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.

possível for, e a de não ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial, não frequentar determinados locais e comparecer em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; ao final, se cumpridas as exigências, o magistrado declarará extinta a punibilidade e o processo. Observação de grande valia é em relação ao aspecto claramente negocial deste acordo, ainda que adstritos os atores processuais aos ditames legais, no tocante à definição das condições e do período de suspensão – sobretudo em vista do que traz o § 2^o²⁸, art. 89, da Lei n.º 9.099/95.

Não sendo cumpridas as condições impostas, ou sendo o Acusado eventualmente processado, durante o período da suspensão do processo, por outro crime ou contravenção, a mesma será revogada e será dado prosseguimento ao feito de onde ele parou.

Tal qual ocorre com a transação penal, o autor do delito deverá estar devidamente acompanhado de advogado ou defensor público, que igualmente deverá alertá-lo para o fato de que o aceite da proposta de “sursis processual” não implicará numa admissão de culpa. Igualmente, o mesmo deverá estar ciente de que, cumprindo as exigências impostas durante o período de suspensão, não constará contra si maus antecedentes e situação de reincidência.

Ainda no campo das semelhanças com a transação penal, o representante do *parquet* também tem o poder-dever de oferecer, no momento da denúncia, a proposta de suspensão condicional do processo, se verificar a presença dos elementos necessários para tanto, a saber serem eles: a ausência de reincidência; não estar sendo processado por outro crime; e obviamente ter o delito em apreço pena mínima cominada, em abstrato, igual ou inferior a um ano. Da mesma forma como ocorre com a transação penal, se o Ministério Público não oferecer a proposta de suspensão, seguindo a linha de pensamento que encontra maior suporte jurisprudencial²⁹, deve o magistrado remeter os autos ao procurador-geral para que o mesmo tome as medidas que entender cabíveis.

²⁸ *Verbatim*: O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

²⁹ Diz a Súmula n. 696, STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que, na suspensão condicional do processo, o fato de dever ser a pena mínima do delito, obrigatoriamente, igual ou inferior a um ano, implica na realidade do “sursis processual” ser muito mais abrangente do que a transação penal, a qual só será ofertada aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles de competência dos Juizados. Desta forma, imperiosa a constatação de que a técnica consensual da suspensão condicional do processo se aplica não apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, mas também aqueles não previstos pela lei dos Juizados. A título exemplificativo, o crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal: pena máxima cominada de quatro anos – não sendo portanto, crime de menor potencial ofensivo e de competência dos Juizados –, mas pena mínima abstrata igual a um ano, sendo possível oferecer a proposta de “sursis processual”.

Em relação a pena mínima a ser considerada, Alexandre Morais da Rosa (2017) traz explicação de grande valia, ao informar que, “havendo controvérsia sobre a incidência da tentativa ou de eventual redutor de pena”, “deve-se levar em consideração a pena mínima a ser aplicada, em abstrato, pelo tipo penal imputado (furto, estelionato, etc.)”; e continua ao expor que:

Prevalece a orientação no sentido de que na hipótese de concurso de crimes, a somatória será definidora do benefício, nos termos das Súmulas 243, do STJ (O benefício da suspensão condicional não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano) e 723, do STF (Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano) (p. 525).

Observação importante é a de que não se deve confundir a suspensão condicional do processo com a suspensão condicional da pena. Nesta última, suspende-se a execução da pena propriamente dita, já tendo havido, então, prolação de sentença condenatória à pena privativa de liberdade. No sursis processual, diuturnamente, o que se suspende é o processo desde o início, após o recebimento da denúncia e a verificação do cabimento da proposta, não tendo ocorrido condenação ainda. Como elucida Eustáquio Silveira, “não existe pena aplicada, poderá sequer haver instrução e

o que se extingue, logicamente, não é a pena, mas a punibilidade, se, passado o período de prova, não tiver havido revogação” (1997, p. 278).

Por fim, concluindo a análise deste instituto com afirmação do referido autor, “o que se deve ter em mente é que a suspensão do processo, finalisticamente, tem como objetivos evitar a aplicação de penas de curta duração, a reparação dos danos e a desburocratização da Justiça.”, em lógica semelhante à da transação penal, ou melhor, condizente com o espírito de uma lei que buscou dar resolução mais efetiva ao processamento de infrações de potencialidade lesiva reduzida.

Não são livres de crítica, no entanto, pois como coloca Alexandre Morais da Rosa, os Juizados Especiais “agigantaram o sistema de controle social, já que as novas possibilidades de pena sem processo, ao invés de reduzirem as sanções, expandiram, com o curso reduzido, o número de submetidos” (2017, p. 521). Ou seja, abriram espaço para um aumento na quantidade de indivíduos a adentrar o sistema penal, com a simplificação inerente da nova legislação que, ao facilitar o desenrolar e ponto final do procedimento, elevou a economia processual, na prática, a novo e elevado patamar.

4.2. O ADVENTO DA LEI N.º 12.850/13 E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Situação de maior recenticidade e urgência, entretanto, é a da colaboração premiada – também popularmente chamada de delação premiada – que teve seu regramento estruturado com a Lei n.º 12.850/13. Antes de adentrar no instituto da colaboração propriamente dito, e na feitura das necessárias críticas ao mesmo, cumpre elaborar, de maneira breve, a respeito do pano de fundo que levou à edição da legislação em comento.

A Lei n.º 12.850/13 foi pensada visando o fortalecimento do Estado e seus organismos no combate ao crime organizado. Desta forma, além de criar um tipo penal específico, fornecendo definição do que constitui uma organização criminosa – definição esta também passível de críticas, diga-se de passagem –, a legislação em questão estabeleceu normas concernentes à complicada investigação daquele delito, incluindo-se a respeito do meio através

do qual as provas de cometimento das infrações são obtidas, bem como dispõe sobre infrações penais correlatas e o procedimento a ser aplicado.

Por ser o cenário, no qual está inserida a prática dessas atividades delitivas, dotado de certa sofisticação e complexidade, “o Estado se vê muitas vezes impotente, considerando-se a insuficiência do aparato disponível [...]” para eficazmente combater o fenômeno do crime organizado (PRADO, 2014, p. 393). Diante destas circunstâncias, bem como diante da influência de experiências estrangeiras no que diz respeito à elucidação dessas práticas delituosas intrincadas, surge o impulso de buscar “soluções” mais eficientes para se chegar até os agentes da criminalidade organizada; e dentre estas ditas soluções, destaca-se a colaboração premiada. Igualmente é o que se entende da leitura do seguinte excerto:

Parece pouco realístico defender que os meios de obtenção de prova descritos no Código de Processo Penal brasileiro são suficientes para o enfrentamento da “criminalidade organizada”. A tendência mundial para a sofisticação dos mecanismos de obtenção de prova desembarcou no Brasil gerando certo histerismo por parte do senso comum teórico, dada a necessidade de novas categorias e de ruptura com as práticas investigatórias *vintage*, a saber, as de sempre. Novas criminalizações, com maior organização e transcendência ao território nacional, exigiram a adoção de novas modalidades de investigação, dentre elas a delação/colaboração premiada. **O Brasil não poderia continuar como um “paraíso probatório” alheio às tendências mundiais, especialmente as reconhecidas e indicadas pelas Nações Unidas. O que não podemos fazer é embarcar, sem reflexão e certa objeção, ao modelo que já vem pronto.** (ROSA, 2018, p. 198).

Através do endurecimento da legislação processual penal, então, buscando facilitar a persecução penal de delitos de alta complexidade, bem como o trabalho da polícia investigativa, do Ministério Público, e o funcionamento da máquina judiciária em geral, é que vem se estabelecendo a colaboração premiada como uma das ferramentas primárias da justiça criminal brasileira na atribuição de culpabilidade aos agentes, e obtenção de prova da prática de delitos.

Mas no que consiste o acordo de colaboração premiada? Dispõe o art. 4º da Lei n.º 12.850/13, que a requerimento das partes, o magistrado poderá conceder perdão judicial, reduzir até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, do indivíduo que venha a

colaborar com a investigação de delito e com o processo criminal, de maneira efetiva e voluntária, e a resultar em ao menos uma das seguintes situações: a identificação de coautores e partícipes da organização criminosa, bem como das infrações penais praticadas pelos mesmos; descrição da hierarquia da organização criminosa e divisão de tarefas internas; prevenção de delitos no contexto das atividades da organização criminosa; a recuperação de proveito logrado ilicitamente; e a localização de eventual vítima de crime praticado pela organização criminosa, desde que encontrada com a sua integridade física incólume.

Devidamente acompanhado de advogado ou defensor público, do colaborador, como é chamado o indivíduo que toma parte no acordo, é esperado que contribua com a Autoridade Policial e o Ministério Público para que, em contra partida, seja beneficiado com uma diminuição da punição à ser imposta contra si, pelo seu envolvimento nas atividades ilícitas da organização criminosa; diminuição de reprimenda esta que pode ocorrer até mesmo sem o oferecimento de denúncia³⁰, uma particularidade introduzida pela Lei n.º 12.850/13 que demonstra até que nível chegou a possibilidade da negociação, vez que o representante do *parquet*, nesses casos, ainda que adstrito às limitações da lei em questão, poderá abrir mão do seu poder-dever de oferecer a peça acusatória (quando cabível for, é claro).

Como ilustra Alexandre Morais da Rosa:

A colaboração/delação premiada é o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha [...], o estabelecimento de um “mercado judicial”, pelo qual o colaborador, assistido por advogado, negocia com o Delegado de Polícia e/ou Ministério Público, informações capazes de autoincriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros. O colaborador/delator fornece informações novas e consistentes em troca de prêmios. Diante das dificuldades para obtenção da prova, o Estado reduz ou até mesmo libera da pena os colaboradores, por sua atividade positiva no desvelamento de suas próprias condutas criminalizadas e também de terceiros. Dito diretamente: a colaboração/delação premiada é a troca de informações qualificadas e benefícios processuais ou penais pelo acusado e o Estado [...] (2017, p. 527-528).

³⁰ Como prevê o art. 4º, § 4º e incisos da Lei n.º 12.850/13, o representante do *parquet* poderá deixar de oferecer denúncia em desfavor do colaborador na hipótese de o mesmo não ser líder da organização criminosa, ou for o primeiro à buscar colaborar com as Autoridades.

Não é absurdo que se enxergue esse método de disposição da ação penal, “de atribuição de culpa e obtenção de prova” (ROSA, 2017, p. 526), como um dos caminhos mais eficientes para investigar crimes de alta complexidade. Contudo, é também inegável que as críticas feitas à colaboração premiada pela comunidade jurídica em geral, são mais que pertinentes, diante do que cumpre aqui analisar as mais gritantes falhas deste instituto – sem pretensões de esgotamento –, altamente influenciado por tendências consensuais estrangeiras, e as consequências desses desvios na malha processual penal brasileira.

De todas as irregularidades em potencial que permeiam o ambiente da negociação nos acordos de colaboração premiada, a questão acerca da voluntariedade do Acusado em optar por firmar a proposta, é uma das que mais alerta a parcela da doutrina que procura fazer sentido desse momento conturbado que vive o ordenamento jurídico pátrio, principalmente à luz de investigações como a chamada “Operação Lava Jato”. Um vício na voluntariedade do colaborador é mácula grave ao acordo de colaboração, que para ser considerado válido, como ensina Alexandre Morais da Rosa, deve ser livre de qualquer coação:

Para validade os jogadores do jogo da colaboração devem ocupar posição horizontal, livres de coação e com capacidade de compreensão e deliberação técnica, ou seja, assistido por defensor (art. 4º, § 15º), devendo o juiz verificar, antes da homologação, a “regularidade, legalidade e voluntariedade [...]” (2017, p. 541).

É, no mínimo, complicado, que se enxergue no possível colaborador, uma vontade livre de pressões externas. Familiares, amigos e, principalmente nos tempos atuais, os atores da mídia, instituição aparentemente onipresente nestas ocasiões, são alguns dos fatores alheios que, invariavelmente, exercem influência na mente do indivíduo que se vê diante da oportunidade de delatar, informar do que sabe e é relevante, para então ser agraciado com uma atenuação da pena, ou até extinção da mesma.

Entretanto, pressão também implacável é aquela que se manifesta internamente, é emanada pelos atores do processo e atinge o potencial colaborador tanto quanto a influência das pessoas próximas a si. A lógica do acordo de colaboração, construída pelos agentes e pela própria legislação que

a regulamentação, segue uma linha que se pode chamar de “quem dá mais e chegou primeiro”. Ou seja, é essencial que o indivíduo não tarde em decidir por delatar ou não, bem como que saiba estar trazendo as melhores informações possíveis para as Autoridades, vez que tudo isso influi num acordo mais benéfico para si.

O que está em jogo, no palco da colaboração, é a utilidade do sujeito frente aos agentes estatais, e esta utilidade invariavelmente dependerá da forma como o possível colaborador venha a se comportar, da sua estratégia. Ser o primeiro a colaborar com a investigação lhe proporciona vantagens na negociação; diuturnamente, arriscar demorar em contribuir pode significar que o que tenha a informar às autoridades não seja mais relevante. Dito isto, fácil visualizar como o sujeito pode ser pressionado pelos agentes estatais a colaborar.

Outra faceta, mais gravosa, desta pressão interna, diz respeito à decretação da prisão temporária de investigados, potenciais colaboradores. A prisão temporária é medida cautelar duvidosa, no tocante à forma como é utilizada na prática pelos agentes processuais. Para a decretação da mesma, é necessária presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, a saber, respectivamente, a presença de indícios de autoria e materialidade do delito, e o evidente risco de que, em liberdade, o indivíduo busque prejudicar o prosseguimento da investigação.

No campo da negociação, da colaboração premiada, a prisão cautelar tem sido decretada pelos juízes sem que seja dada a devida atenção à necessidade da sua imposição. Não é dizer que magistrados são unicamente responsáveis por eventuais prisões vazias de fundamentação, e sim, em verdade, que podem estar referendando pleitos potencialmente equivocados, contaminados por pretensões/intenções outras – políticas, sociais, religiosas – pleitos estes formulados pelas Autoridades Policiais ou pelos órgãos do *parquet*. Há uma confluência de ações para a concretização destas prisões; uma inobservância conjunta destes agentes.

O que se quer dizer, contudo, é que a decretação dessa medida cautelar, de requisitos por si só já questionáveis, exerce uma pressão incontroversa sob o sujeito investigado, para que o mesmo aquiesça em realizar a colaboração, vez que o mesmo, nestas ocasiões, encontra-se privado

de sua liberdade; igualmente, as prisões temporárias destes indivíduos podem estar sendo decretadas justamente com este intuito, qual seja, o de forçar o acordo mediante o enfraquecimento físico e psíquico do sujeito. No mesmo sentido ensina Alexandre Morais da Rosa:

O impacto da ausência de liberdade em sujeitos acostumados ao conforto é lancinante. Por mais que não se possa medir esse efeito de modo objetivo, pode-se afirmar que a sensação de confinamento, desconforto ambiental e submissão ao regime institucionalizado da prisão altera a capacidade de apreensão da realidade, além de impor o estigma social da condição de presidiário. A valorização da liberdade aumenta em face da ausência de expectativas. O fator tempo, que varia na percepção de quem está dentro do cárcere, daquele que está fora, implica em estímulos corporais e psíquicos. A fixação na liberdade modifica a forma com que se estabelece a percepção. O foco deixa de ser racional para se vincular ao sugerido: liberdade por colaboração premiada (2017, p. 559).

Outra particularidade da colaboração premiada que merece crítica é a que concerne à qualidade das informações fornecidas pelos delatores e o uso destas informações como meio de prova no campo processual. De certo que é papel do magistrado valorar os elementos probatórios, com a devida instauração do contraditório entre as partes. Contudo, no ambiente da colaboração, este mesmo magistrado, por força do que é determinado pela lei, deve ficar afastado do procedimento do acordo em si, da feitura das negociações. Ele irá, sim, após verificar a ausência de vícios no acordo, apenas homologar a proposta construída pela acusação e pela defesa.

O problema que se apresenta, desta forma, é o da ausência de controle jurisdicional da colaboração premiada como prova, uma vez que, como já exposto, não há quem o faça. Essa valoração pode ocorrer, mas como uma eventualidade, ou seja, acaso venha ser deflagrada ação penal – algo que pode não acontecer, como define a própria Lei n.º 12.850/13. Desta forma, o risco de uma prova ilícita ou ilegítima se eleva, frente à ausência deste necessário controle e, também, à um ambiente propício à flexibilização irresponsável de normas processuais e princípios constitucionais; “paira a possibilidade de burla ao sistema, de mitigação de regras, em nome do resultado” (ROSA, 2017, p. 531). Neste sentido:

O juízo de validade/licitude ou de invalidade/ilicitude é reserva de Jurisdição, isto é, depende de controle a ser exercido pelo juiz,

quando e se houver julgamento por decisão. Por isso, pode-se qualificar como provas 'vivas' ou 'mortas'. As provas vivas são as que obedecem às regras legais e constitucionais de produção/obtenção, enquanto as provas mortas não observam as regras. A questão a ser posta é que quando se trata de delação/colaboração premiada, no ambiente da negociação do acordo, inexistente controle jurisdicional do *standard* probatório. O controle somente poderia acontecer depois, com a submissão da prova/informação ao contraditório, excluído diante da aceitação, *a priori*, da responsabilidade penal. Serão os jogadores os responsáveis por estabelecer o estatuto da prova de maneira consensual (ROSA, 2017, p. 544).

Da mesma forma, pode-se considerar como uma espécie de contrassenso a possibilidade de redução e extinção da pena na colaboração premiada (condicionada aos requisitos da lei), quando em face da vedação imposta pela Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, que proíbe a redução da pena para aquém do mínimo legal por conta de circunstâncias atenuantes, como a confissão (ROSA, 2017, p. 541). O colaborador que, quando do acordo, confessasse a prática do crime, bem como fornecesse informações úteis às autoridades, a ponto do magistrado conceder o perdão judicial, extinguindo assim a punibilidade do fato, estaria sendo beneficiado de forma indevida.

Ademais, a extensão permitida na mesa de negociação da colaboração premiada preocupa, pois se verifica, por exemplo, o que se talvez possa denominar de um desmerecimento do grau de ilicitude de certas condutas; seria a situação, a título exemplificativo, do interrogado que é beneficiado após simplesmente concordar em devolver a soma monetária que logrou ilicitamente (algo que é possível, de acordo com a legislação da colaboração premiada). Essa situação sanciona a ideia de que basta o investigado entregar o produto do delito, e "tudo estará bem". Igualmente, e como se verá pontualmente no próximo Capítulo, a flexibilização do que se pode negociar revela-se tamanha, que já se chegou à renúncia de garantias fundamentais como o remédio constitucional do *habeas corpus*, à criação de regimes de cumprimento de pena não previstos na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), e à suspensão ilegal do lapso temporal do Estado em punir o agente.

4.3. ANÁLISE DO ART. 283 DO PROJETO DE LEI N.º 8045/10

Na leva da crescente tendência punitivista do Estado, insere-se o Projeto de Lei n.º 8045/10, de reforma do Código de Processo Penal, o qual traz a previsão de um espaço consensual ainda maior do que aquele que hoje se faz presente no processo penal brasileiro. A clara predileção do legislador por experiências jurídicas estrangeiras, sem a devida atenção à realidade nacional, arrisca que se violem direitos e garantias constitucionais do indivíduo acusado/investigado, ao mesmo passo em que se ancora numa justificativa de aceleração do sobrecarregado e moroso sistema penal, e na diminuição de custos da máquina estatal. Desse criticável quadro se extrai, então, a razão do que motivou a (possível) inserção de um *plea bargain* “à brasileira” no ordenamento pátrio; e é disto que se irá tratar adiante.

Para melhor compreensão, necessário trazer excerto do referido projeto de lei, mais especificamente, o dispositivo que trata desta inovação processual:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A referida norma dispõe, em síntese apertada, sobre mais um caminho – além da transação penal e da suspensão condicional do processo – através do qual o Ministério Público poderá dispor da sua obrigatoriedade de oferecer denúncia em desfavor do Acusado e, conseqüentemente, da ação penal. Difere, todavia, dos mecanismos de abreviação do processo penal contidos na Lei n.º 9.099/95 – já analisados –, ao mesmo tempo em que se aproxima do *plea bargain* norte-americano.

Estabelece o dispositivo supracitado que, para os delitos cuja pena máxima cominada não ultrapasse oito anos, o representante do *parquet*, necessariamente com a defesa – ressaltando-se aqui o aspecto consensual –, poderá requerer o que se definiu como “aplicação imediata de pena”. Daí já se extrai uma visível dessemelhança entre este novo procedimento sumário e a transação penal e suspensão condicional do processo, pois o art. 283, ao estabelecer este limite da ‘pena máxima não maior que oito anos’, abrangeu as espécies de crimes passíveis à aplicação imediata de pena; outrossim, também inovou o dispositivo, ao estabelecer a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, enquanto nos mecanismos da lei dos Juizados, a pena aplicada se restringe à restritiva de direitos e multa. Neste mesmo diapasão, tal qual ocorre no exemplo dos Estados Unidos da América, o Acusado passará a cumprir a pena imediatamente, e o acordo firmado constitui sentença condenatória.

A aplicação imediata da pena tem requisitos específicos. Dos três elencados, dois chamam maior atenção, quais sejam: a necessidade do acusado confessar, total ou parcialmente, a prática dos fatos à si imputados pela acusação; e o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo legal do tipo penal. O primeiro deles é justamente o que nos leva a chamar a aplicação imediata da pena de *plea bargain* “à brasileira”, pois tal qual o instituto americano, se exigirá do Acusado que confesse a

autoria do crime. O segundo requisito, por sua vez, traz uma diferença da experiência estadunidense, pois estabelece um nível de negociação não muito amplo pelo qual o representante do *parquet* poderá navegar.

É dizer, a pena a ser imediatamente aplicada será sempre, ao menos, aquela minimamente prevista em lei (podendo ainda ser diminuída de um terço do mínimo legal previsto, se as condições do agente e a gravidade e consequências do delito assim indicarem, conforme prevê o § 3º do art. 283); por outro lado, como já visto no Capítulo 3 do presente trabalho, no *plea bargain* norte-americano, o órgão acusatório tem amplitude máxima no que se refere àquilo que pode ser alvo de negociação, não se restringindo apenas à quantidade de pena. Deste modo, resta claro que o Ministério Público brasileiro não teria as mesmas liberalidades que os *prosecutors* estadunidenses para negociar a aplicação imediata da pena.

Alguns argumentariam que, acaso aprovado o Projeto de Lei, o então novo Código de Processo Penal incorreria numa melhoria ao ajudar no “desafogamento” dos órgãos da persecução penal, no aumento do nível de eficiência da justiça criminal, e ao direcionar a força policial para a investigação de crimes de maior gravidade. Não é posição que aqui se defende, contudo, apesar de também não se estar negando a realidade das Varas Criminais país afora. Desta forma, malgrado o abarrotamento da justiça penal, o argumento da eficiência e do corte de gastos jamais deveria prevalecer quando em contraposição à um eventual risco de se estar ferindo garantias fundamentais do Acusado, sobretudo o seu direito ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa – risco esse que claramente salta aos olhos na aplicação imediata da pena, mormente em vista da necessidade das partes dispensarem a produção de provas outras, sendo dada relevância absoluta à apenas a confissão.

Tal qual se visualiza na experiência norte-americana, também não é absurdo cogitar que, diante da possibilidade de um acordo que possa terminar com imposição de pena mínima, um Acusado que acredite e saiba ser inocente venha a aceitar a aplicação imediata da pena, ao por na balança as dificuldades que acompanham a condição de Réu em ação penal.

Igualmente, revela-se preocupante a adoção desta técnica importada e adaptada, por se estar possivelmente negociando no mínimo possível a pena

de crimes de gravidade relativamente elevada como, a título exemplificativo, os de lesão corporal grave ou gravíssima, e crimes sexuais contra crianças e adolescentes (RAVAZZANO, 2016).

4.4. A CRISE DA LEGALIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL

No cerne de toda grande mudança legislativa, é possível encontrar, como gatilhos, momentos que rompem com o estado das coisas na sociedade. Como exemplo de combustível para o crescimento das medidas de abreviação do processo penal no Brasil, podemos citar, sem dúvidas, as operações conduzidas pela Polícia Federal, auxiliada pelo Ministério Público, investigando a prática de crimes como a lavagens de capitais, corrupção e organização criminosa, delitos que, como já mencionado anteriormente, são particulares por apresentar dificuldade em sua apuração, devido o grau de complexidade da colheita de provas e delimitação da autoria delitiva.

Esta tendência a uma abertura cada vez maior aos espaços de consenso nos procedimentos criminais, contudo, acarreta consequências já pontuadas no presente trabalho, quais sejam, o aumento demasiado do poder acusatório, a renúncia dos direitos e garantias fundamentais do Acusado, bem como a inobservância de normas e princípios constitucionais necessários para a preservação de um processo devido. Igualmente, se ampara no oportunismo estatal que, aproveitando-se do legitimado clamor social pelo combate à criminalidade, “surfa na onda” do punitivismo exacerbado e do endurecimento das leis processuais.

O que aqui se intitula de negócio jurídico processual penal, sob os holofotes atualmente, em vista das famigeradas “operações Lava-Jato”, e que de certa forma já se fazia presente no ordenamento pátrio com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, adquiriu contornos insustentáveis ao flexibilizar para além do permitido as regras do que se pode renunciar, dispor e inovar num ambiente consensual do processo.

Exatamente por isso, é que se afirma estar vivendo o Direito pátrio uma crise da legalidade, e também “desconstitucionalidade”. É dizer, o

soberano princípio da legalidade, representante do “início e o fim do ordenamento jurídico”³¹, governante de todas as relações jurídicas, está sendo atravessado pelo comportamento agigantado de um Estado que busca a punição à qualquer custo, de qualquer forma, e finda por relegar princípios constitucionais, fundamentais à preservação de um processo livre de abusos. Ainda sobre o princípio da legalidade:

“O artigo 5º, II, da CF preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (CF, artigo 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. *Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, sendo assegurada ao particular a possibilidade de recusar as imposições estatais que não respeitarem o devido processo legislativo.*” (MORAES, 2011, p. 119).

Nesta crise, três situações observadas na realização das propostas de colaboração premiada se destacam, devido ao grau de “invencionismo” do que se estipulou nos acordos. A primeira delas diz respeito a pactuar, dentre o acordo de colaboração, a suspensão do prazo prescricional por períodos que chegam, por exemplo, até vinte anos.

A prescrição, matéria de ordem pública, norma cuja forma de aplicação não se pode transacionar, implica na “perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado” (BITENCOURT, 2013, p. 882). É dizer, o poder punitivo do Estado não é infinito, havendo, destarte, que ser estabelecidos prazos legais para o mesmo exercê-lo, a depender do crime praticado pelo indivíduo; este não pode estar eternamente à sombra do *ius puniendi* estatal.

Desta forma, negociar à respeito das normas da prescrição, sobretudo da maneira como observado em alguns acordos de colaboração premiada, chegando à até vinte anos de suspensão, se revela ilegal. O que se está pactuando, em suma, é a extensão arbitrária do direito de punir do Estado ao longo do tempo. E não há como dizer que a Lei n.º 12.850/13 autoriza tal diretiva, pois malgrado estabeleça, em seu § 3º, art. 4º, a suspensão do prazo prescricional, a disposição é claramente “até que sejam cumpridas as medidas

³¹ (HIRECHE, G. F. E.; SANTOS, P. R. F., 2016).

de colaboração”; e não há como admitir que se protraia indefinidamente no tempo, também, o cumprimento das medidas impostas nos acordos de colaboração.

Igualmente presente nos acordos de colaboração é a criação de regimes de cumprimento de pena inexistentes na legislação, à saber, a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84), que estabelece como possíveis apenas o regime fechado, semiaberto e aberto.

Pura e simplesmente, estão sendo literalmente inventadas outras modalidades de cumprimento de pena, intituladas de “regime aberto diferenciado”, ou “semiaberto diferenciado”, em violação clara ao princípio da legalidade. Ainda, são estipuladas particularidades claramente ilegais na forma de cumprimento destes regimes, como a autorização para o Acusado se ausentar do país, ou recolhimento domiciliar noturno durante certo período do cumprimento da pena³². Igualmente, penas severas, de mais de dez anos, estão sendo impostas para cumprimento em regime domiciliar, e à indivíduos que não se encaixam nos requisitos da referida modalidade, o que também viola a legislação, especificamente o art. 117 da Lei n.º 7.210/84 e o art. 318 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, e não menos preocupante, é a exigência de que colaboradores renunciem o seu direito ao remédio constitucional do *habeas corpus*, ou seja, que abram mão do seu direito de ação, para homologação dos acordos de colaboração premiada, constituindo, como se revela nas situações já acima abordadas, uma flagrante “inversão de valores” constitucionais.³³

Diante desse quadro, surge o questionamento de como implementar, então, um negócio jurídico processual ou processo penal negocial que não viole os direitos e garantias do Acusado, nem os princípios insculpidos na Constituição Federal, tendo em perspectiva a colaboração premiada e também o art. 283 do Projeto de Lei do Código de Processo Penal (diante da possibilidade real de ser aprovado pelo Poder Legislativo).

Deve-se ter em mente que, “para o bem ou para o mal”, a prática da negociação no processo penal brasileiro, influenciada pelas experiências

³² (LOPES Jr, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. 2017).

³³ (CANÁRIO, Pedro. 2014).

estrangeiras, indica ter-se enraizado no ordenamento pátrio; e não é de toda negativa, vez que inegável sua utilidade para as forças investigativas na obtenção de provas de crimes de alta sofisticação e complexidade. Neste diapasão, acredita-se aqui não ser possível expugnar esse negócio jurídico processual penal da realidade brasileira, ao passo em que se pugna, sim, por uma compatibilização das leis específicas e da aplicação das mesmas à legalidade estrita, e por uma maior atenção quando se pretenda propor a adaptação de institutos estrangeiros ao Direito pátrio.

Em exemplo de como solucionar o presente cenário, apresenta-se a recente decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, na PET. 7.265, que negou a homologação de um dos acordos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal e um Acusado, justamente por visualizar, no seu bojo, vícios nos “requisitos de regularidade e legalidade, mais especificamente quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas”³⁴; vícios estes dentre os quais alguns foram acima pontuados. Contudo, em suma, o que a decisão do eminente ministro fez, foi deixar assente o que aqui se propõe para o futuro da negociação na justiça criminal brasileira: que se cuide de elaborar normas reguladoras que não malfiram as garantias do processo, e que a prática revele o respeito pela legalidade, acima de tudo.

³⁴ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

5. CONCLUSÃO

O quadro que se pretendeu ilustrar com o presente estudo, indiscutivelmente, revela um estado de coisas conturbado por transgressões ao que se conhece do processo penal brasileiro, suas balizas e âncoras legais.

Inicialmente, em caráter introdutório do cerne de qualquer relação negocial, buscou-se trazer as bases gerais do negócio jurídico no direito brasileiro, para que se viabilizasse o que o curso do trabalho se propôs a analisar, a saber: a presença do caráter transacional, típico das relações do Direito Civil, nos procedimentos criminais.

Foi possível concluir, de antemão, que os pactos consensuais na seara processual penal brasileira são passíveis de ser acometidos por vícios de consentimento vistos nos negócios jurídicos em geral, bem como se constatou que a autonomia da vontade, característica destas relações, não é pura quando se pensa nas partes agentes do processo penal; possível concluir, então, que o cenário processual brasileiro é desigual, encontrando-se o Réu em estado de vulnerabilidade quando em contraposição ao poder estatal, que se faz presente pelos órgãos da acusação e pelo Poder Judiciário. Impossível que se fale, pois, em autonomia pura, ao pensar num Acusado negociando a sua punição.

No sistema do *common law*, onde originou-se a proliferação e importação destas técnicas consensuais e dos acordos entre investigado e acusação, não é diferente. Em escala ainda maior do que se revela no Brasil, constatou-se que, na experiência estadunidense do *plea bargain* – foco da análise do direito estrangeiro – o poder do Estado, no momento em que se barganha a imputação da pena ao Réu, é tamanho, que este último se vê quase que compelido a aceitar a proposta de acordo, abrindo assim mão do seu direito constitucional de ir à julgamento. Por consequência deste quadro, constatou-se que a maioria dos casos nos Estados Unidos da América terminam em acordos de *plea bargain*, podendo-se apontar como consequência direta desta estatística o aumento vertiginoso da população carcerária daquele país.

Verificada no Brasil – bem como em muitos ordenamentos ao redor do mundo –, essa tendência à negociação nos procedimentos criminais, seja pelos mecanismos da Lei n.º 9.099/95, à saber, a transação penal e a

suspensão condicional do processo, seja pela colaboração premiada ou pela previsão de um *plea bargain* “à brasileira” no PL n.º 8045/10, também é passível de críticas, tanto em relação à forma como é regulada quanto ao que ocorre na prática forense.

A Lei dos Juizados proporcionou, na prática, a elevação da economia processual e da eficiência à um patamar acima do que deveria ser aceito.

Já a colaboração premiada, regulamentada pela Lei n.º 12.850/13, carece de uma melhor delimitação normativa que proporcione maiores garantias ao Acusado quando da formalização dos acordos; da mesma forma, é utilizada pelos agentes da persecução penal ao arrepio de princípios constitucionais, pilares do ambiente processual. De todo modo, não se vislumbrou aqui situação outra que não a do comprometimento da voluntariedade do sujeito colaborador, o qual dificilmente não terá a sua vontade atingida por pressões externas e internas quando posto em frente à decisão de colaborar ou não com a justiça criminal.

Nesta mesma esteira, o PL n.º 8045/10, de reforma do Código de Processo Penal, aproveita-se da mesma disposição atual de aumento do punitivismo estatal e endurecimento das leis processuais, e com a previsão de um *plea bargain* “à brasileira”, arrisca que se requeiem os direitos do Acusado em favor de um procedimento menos custoso à máquina estatal – o que nunca deveria ser o objetivo da Justiça.

Destarte, o panorama que se delineia é preocupante. Entretanto, à par de negar contundentemente a aplicação das técnicas de negociação aos procedimentos criminais, conclui-se com o presente trabalho que é preciso conviver com a verdade de que não é possível pensar o processo penal, hoje, sem a presença dos espaços de consenso. Todavia, e de maior importância, para a inevitável implementação de um negócio jurídico processual penal, o que se deve ter em mente, antes de qualquer coisa, é a observância às garantias fundamentais, às normas constitucionais e aos limites impostos pelo princípio da legalidade.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação : racismo e encarceramento em massa** / Michelle Alexander ; tradução Pedro Davoglio ; revisão técnica e notas Silvio Luiz de Almeida. – 1 ed. – São Paulo : Boitempo, 2017.

Amendment VI, Constitution of the United States, 1791. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendment> Acesso em: 10 de fev. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia**. – 4ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2002.

BRASIL – **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 01 de fev. 2018.

BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 de fev. 2018.

BRASIL – **Lei n. 12.850/13, de 2 de agosto e 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 03 de fev. 2018.

BRASIL – **Projeto de Lei n. 8045/10**. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 04 de fev. 2018.

BRASIL – **Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 30 de jan. 2018.

BRASIL – **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 de dez. 2017.

BRASIL – **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 13 de fev. 2018.

BRASIL – **Superior Tribunal de Justiça**, 1999. Súmula n. 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>> Acesso em: 03 de fev. 2018.

BRASIL – **Supremo Tribunal Federal**, 2017. Petição n.º 7.265, Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET7265.pdf>> Acesso em: 15 de fev. 2018.

BRASIL – **Supremo Tribunal Federal**, 2003. Súmula n. 696. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>> Acesso em: 07 de fev. 2018.

BRASIL – **Supremo Tribunal Federal**, 2014. Súmula Vinculante n. 35. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>> Acesso em: 01 de fev. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral, 1 /** Cezar Roberto Bitencourt – 19. ed. rev., ampl. e atual, - São Paulo : Saraiva, 2013.

CAMPOS, Gabriel S. de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais e funcionalidade e garantismo**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em: 06 de dez. 2017.

CANÁRIO, Pedro. **Exigir desistência de HC para delação premiada é inversão de valores, diz Kakay**. Portal ConJur, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-25/exigir-fim-hc-delacao-inversao-valores-kakay>> Acesso em: 08 de fev. 2018.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil – 21ª ed.** – Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. – Rio de Janeiro : Forense, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1 : teoria geral do direito civil – 29ª ed.** – São Paulo : Saraiva, 2012.

FEELEY, Malcolm M. **Legal Complexity and the Transformation of the Criminal Process: The Origins of Plea Bargaining**, 31 Isr. L. Rev. 183 (1997). Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1742&context=facpubs>> Acesso em: 10 de fev. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 15. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013.

HIRECHE, G. F. E.; SANTOS, P. R. F. **MPF inova e cria suspensão de prescrição ilegal em acordo de delação**. Portal ConJur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-13/mpf-inova-cria-suspensao-prescricao-ilegal-acordo-delacao>> Acesso em: 08 de fev. 2018.

KANE, John L. **Plea Bargaining and the Innocent**, The Marshall Project, 2014. Disponível em: <<https://www.themarshallproject.org/2014/12/26/plea-bargaining-and-the-innocent#.x2Vo6k55X>> Acesso em: 02 dez. 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

LOPES Jr, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A decisão de Lewandowski acabará com a farra da “delação à brasileira”?**. Portal ConJur. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/limite-penal-decisao-delewandowski-acabara-farra-delacao-brasileira>> Acesso em: 07 de fev. 2018.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos : introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico (Plano da existência)**. – 10ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, **Caio Mário da Silva**. **Instituições de direito civil** – 25ª ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAKOFF, Jed. S, **Why Innocent People Plead Guilty**, The New York Review of Books, 2014. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>> Acesso em: 05 de dez. 2017.

RAVAZZANO, Fernanda. **Plea bargaining no projeto do novo CPP**. Portal Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargaining/>> Acesso em: 12 de fev. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos** / Alexandre Morais da Rosa. ___ 4ª ed. rev. atual e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico** / Alexandre Morais da Rosa. — Florianópolis: EModara, 2018.

SILVEIRA, Eustáquio. **Questões ainda controvertidas sobre a suspensão condicional do processo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 18, ago./nov., 1997.

DE SOUZA, Alexander Araujo de. **A Transação Penal Brasileira (Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígios em Matéria Penal**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n.º 34, 2006.

The Disappearing Trial, 2017. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/the-disappearing-trial-report/>> Acesso em: 08 de fev. 2018.

United States Sentencing Commission's 2016 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics, 2016. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/research/sourcebook-2016>> Acesso em: 30 de jan. 2018.

VALOIS, Luís Calors. **O direito penal da guerra às drogas** – 2. ed. – 1 reimp – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining**, 2017. The Atlantic. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>> Acesso em: 03 de dez. 2017.