

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL E OS ACORDOS PENAIS**THE EXPANSION OF CONSENSUAL JUSTICE AND CRIMINAL AGREEMENTS****RVD**

Recebido em

09.06.2021

Aprovado em.

06.12.2021

Letícia Andrade da Silva¹**Gustavo de Souza Preussler²****RESUMO**

O consenso no âmbito criminal é uma temática que está em foco desde a resolução número 181 do CNMP, que dispôs sobre o instituto do acordo de não persecução penal, que posteriormente foi revogada. O pacote anticrime regulamentou o acordo de não persecução penal e a colaboração premiada e incentivou as discussões sobre o tema. Não fosse o bastante, verifica-se que os espaços de consenso estão em expansão, o que se percebe diante das propostas legislativas número 8045/2010 e 236/2012, que dentre várias alterações no Código Penal e Processo Penal, visam a inserção de acordos penais que objetivam a aplicação da pena sem o devido processo legal. Diante desse quadro, o presente trabalho busca por meio de uma abordagem qualitativa, utilizando-se de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, por meio dos métodos hipotético dedutivo e descritivo, analisar os espaços de consenso existentes no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei número 9.099/95 e suas propostas de expansão. Conclui-se que tais acordos, do modo que estão propostos, ferem garantias fundamentais, sendo necessário para uma possível adoção, a reformulação da sistemática processual.

Palavras-chave: Acordos Penais; Blea bargain; Justiça consensual; Novo Código de Direito Penal e Processo Penal.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados e Pós-Graduanda em Direito Penal e Criminologia pelo Curso CEI. E-mail: leticiaansi@gmail.com. ORCID - <https://orcid.org/0000-0001-7436-5123> endereço de contato: Avenida Francisco Alves da Silva, n. 103, Centro. Cep 79790-000 Deodápolis/MS

² Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados e Docente do Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados. E-MAIL gustavopreussler@ufgd.edu.br ORCID - <https://orcid.org/0000-0003-0749-5715>. Endereço de contato: Rua Cider Cerzoso de Souza, 1555, apto. 102, bloco A. Cep 79820030 Dourados-MS

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

ABSTRACT

Consense in the criminal sphere is a theme that has been on focus since the resolution number 181 from CNMP, that disposes about the institute of the non-criminal prosecution agreement, that was lately revoked. The "pacote anticrime" regulated the non-criminal prosecution agreement and the "awarded collaboration" and encouraged the arguments on that theme. Not enough, ensure that the spaces of consense are expanding, what is observed in the legislative proposals number 8045/2010 and 236/2012, which among many alterations in the Criminal Code and Criminal Process Code, aim to insert criminal agreements that are meant to applicate the penalty without the due legal process. That said, this paper aims (through a qualitative approach, using exploratory bibliographic research, through the hypothetical-deductive and descriptive methods) to analyse the consense spaces that exist in the brazilian legal order from the Law number 9/099/95 and it's expansion proposals. Concludes that those agreements, in the way they are proposed, violate fundamental guarantees, so in order to get approved, they need a reform and a the process sistematic reformulation.

Key words: Blea bargain; Criminal Agreements; Consensual Justice; New Criminal Code and Criminal Process.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As tendências de expansão dos espaços de consenso no âmbito jurídico penal no Brasil estão cada vez mais em foco, notadamente após a divulgação do acordo de da resolução número 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Naquele momento, apesar das discussões se voltarem em sua maioria para sua constitucionalidade por causa do modo que foi inserido no ordenamento, colocou-se em pauta a possibilidade de acordos no âmbito penal.

Desse modo, após o advento da Lei número 13.964/2019, conhecida popularmente como pacote anticrime, foi superada a questão da constitucionalidade, eis que ela previu expressamente a inserção do acordo acima mencionado no Código de Processo Penal (CPP) e também regulamentou outro meio de consenso que já existia, qual seja, a colaboração premiada.

Ademais, além das recentes inovações legislativas, existem dois projetos de leis que visam a reforma tanto do Código Penal (CP) quanto do CPP e pretendem instituir acordos penais que negociam a pena e têm caráter de sentença condenatória.

Nesse cenário, em que pese o poder do Estado de punir aqueles que infringem as leis, esse poder não pode ser absoluto e especialmente diante de novas políticas e

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

inovações no âmbito criminal, necessário resguardar direitos fundamentais e não os ignorar. Outrossim, é certo que é importante prezar por um processo célere, porém não pode deixar de se ponderar sobre as consequências de atribuir uma visão apenas utilitarista ao direito penal.

À vista disso, o presente trabalho busca, por meio de uma abordagem qualitativa, utilizando-se de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, por meio dos métodos hipotético dedutivo e descritivo, analisar os espaços de consenso existentes no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei 9.099/95 e suas propostas de expansão. Conforme Gil (2007, p. 41), as pesquisas exploratórias têm por objetivo desenvolver, esclarecer e mudar conceitos e julgamentos, considerando a elaboração de questionamentos mais concisos com hipóteses examináveis em possíveis pesquisas futuras. Conforme o autor, esse tipo de pesquisa geralmente inclui levantamento bibliográfico e documental, objetivando uma visão geral relativa ao fato.

Para Pereira *et al* (2018, p. 67), o método de pesquisa que envolve interpretação por meio do pesquisador com suas visões acerca do fato em estudo é o qualitativo. Já a pesquisa bibliográfica, conforme Gil (2007, p. 44), é feita por meio de estudos já desenvolvidos, composto especialmente de livros e artigos científicos.

Diante dessas abordagens, na primeira seção foi conceituado o instituto adotado nos Estados Unidos, o *plea bargain*, pois ele influencia diretamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Realizou-se, também, uma abordagem histórica desde a promulgação da Lei 9.900/95, abordando institutos como a transação penal, composição civil de danos e suspensão condicional do processo, versando, da mesma forma, sobre colaboração premiada até a promulgação da Lei número 13.964/19, que instituiu o acordo de não persecução penal. Da mesma maneira, analisou-se sobre as propostas legislativas que pretendem reformar o CP e o CPP, instituindo acordos penais que aplicam a pena sem o devido processo legal.

Por fim, na segunda seção, tratou-se sobre os pontos positivos do consenso na seara penal, que se lastreiam na eficiência do processo e na resposta rápida aos delitos

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

praticados, bem como as críticas e apreensões sobre o tema, que focam principalmente na afronta às garantias fundamentais inerentes ao processo penal.

2 ESPAÇOS DE CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Pode-se entender como Justiça consensual o espaço em que as partes, acusação e defesa, deliberam e consentem sobre a solução para o conflito penal (ALVES, 2018, p. 218). Dentro desse modelo, há diversas formas de consenso, cada qual com suas particularidades³. Vinicius Vasconcellos a define como:

o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos). (VASCONCELLOS, 2015, p. 68)

Os espaços de consenso no Brasil são inspirados, em sua maioria, pelo sistema do *plea bargain*⁴, utilizado rotineiramente no âmbito federal dos Estados Unidos da América, país que adota o sistema *common law*. Desse modo, mostra-se necessário fazer breves ponderações sobre o referido sistema, uma vez que suas características estão nitidamente se incorporando ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pela inserção do acordo de não persecução penal, trazido pela Lei número 13.964 de 2019 e pelas novas propostas legislativas que visam a reforma dos códigos de direito penal e processo penal, que serão analisados posteriormente.

³Dentre as peculiaridades, pode-se dizer que nas subcategorias da justiça consensual, encontram-se: o modelo reparador, obtido por meio de conciliação; o modelo pacificador ou restaurativo; o modelo da justiça negociada e o modelo de justiça colaborativa. (ALVES, 2018, p. 218).

⁴ Há quem diga que no Brasil, notadamente à época da promulgação da Lei número 9.099/95, as influências para instituir espaços de consenso foram inspiradas no sistema Italiano. Nesse sentido: AVELAR, 2021.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

A barganha, no modelo estadunidense, nada mais é que o acordo realizado entre a acusação e defesa, em que se negocia a pena a ser aplicada ao réu, diante das peculiaridades do delito cometido por ele e pelo teor das suas declarações, ou seja, se assume ou não a culpa.

Pois bem, Vasconcellos (2015, p. 61-63), ao tratar sobre o tema, destaca que não há que se falar, no referido sistema, sobre o princípio da obrigatoriedade, pois se preza pela realização do acordo e não pela instauração de um processo, vigorando dessa forma o princípio da oportunidade, notadamente pelo fato do órgão acusador possuir ampla liberdade para deliberar sobre as nuances do acordo, retirando ou imputando penas diversas.

Tem-se nessa esfera três diferentes cenários, em que o réu pode: (a) se declarar culpado (*guilty plea*), (b) alegar sua inocência (*not guilty*) ou (c) não contestar as imputações que lhe são feitas (*nolo contendere*). Os efeitos do *guilty plea* e do *nolo contendere* implicam na aplicação direta da pena, sem necessidade de outras provas ou da realização de trâmite processual (NARDELLI, 2014, p. 342-343).

Isso posto, passa-se a análise dos espaços de consenso presentes e aqueles propostos no ordenamento jurídico brasileiro. Para Miguel Reale e Alexandre Wunderlich (2019), quando se trata do tema, pode-se perceber duas principais separações dentro do ordenamento que compreendem os principais espaços de consenso e que servem de inspiração para sua ampliação, nesse sentido, asseveram: “(a) a justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13⁵)”. Dessa forma, além dessas esferas, serão abordados no presente estudo as já citadas propostas legislativas e o acordo de não persecução penal.

2.1 Juizado Especial Criminal

O principal marco de inserção da justiça consensual no âmbito jurídico penal brasileiro, foi a promulgação, fundamentada no artigo 98 da Constituição Federal, da

⁵ Lei que define e regulamenta os crimes praticados por organização criminosa.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

Lei Federal 9.099/95, que instituiu um microsistema no âmbito do direito penal e processual, que preconiza por uma justiça não conflitiva, visando o acordo entre as partes (ALVES, 2018, p. 218), acabando com a obrigação e, em certos pontos, mitigando com o princípio da obrigatoriedade, nos casos de crimes com menor potencial ofensivo, de ser instaurado um processo penal (LIMA, 2018, p. 381).

Na referida lei, pode-se citar os seguintes institutos: a composição civil de danos, prevista no artigo 74; a transação penal, prevista no artigo 76 e a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, que segundo Lima (2018, p. 382), são institutos despenalizadores.

A realização da composição civil de danos ocorre quando a vítima renuncia ao seu direito de queixa ou representação, o que acarreta na extinção da punibilidade do autor dos fatos. Na transação penal, o Ministério Público e o autor do crime fazem acordo em que, ao passo que o órgão acusador abre mão de seu direito de exercício da ação, o autor dos fatos assume a imposição de imediata aplicação da pena restritiva de direito (ALVES, 2018, p. 293).

Por sua vez, a suspensão condicional do processo, diferentemente da transação penal, tem consequências penais, todavia, não se trata de aplicação imediata da pena. Assim, o Ministério Público deverá, se preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 89, propor ao autor dos fatos a suspensão da ação, mediante as condições previstas nos incisos I a IV do parágrafo 1º do aludido artigo. Importante ressaltar que, nesse cenário, a confissão não é requisito para seu oferecimento (ALVES, 2018, p. 296).

Assim, ao analisar os referidos institutos, percebe-se clara inserção de um modelo, mesmo que adotado apenas para os crimes de menor potencial ofensivo, de justiça consensual e o início de um marco de sua expansão no direito brasileiro.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

2.2 Acordo de colaboração premiada

Conforme citado anteriormente, se fosse analisado em dimensões, a colaboração premiada⁶ estaria na segunda dimensão, diante da complexidade dos delitos que ela abrange. A Lei número 12.850/13, segundo Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2018, p. 1807, nota 24), criou um “microsistema de pacto premial” e dispôs de forma mais abrangente e esclarecedora sobre as condições e procedimentos necessários para a realização da colaboração premiada.

Assim, em que pese a amplitude da discussão do tema e as questões doutrinárias a ele pertinentes, busca-se aqui realizar apenas uma breve contextualização do referido instituto como um dos espaços de consenso no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (2018, p. 1807-1808), a colaboração pode ser definida como “a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei”, benefícios esses que estão previstos no artigo 3º-A, da Lei número 12.850/13, sendo necessário para sua concessão a obtenção de no mínimo um dos resultados previstos nos incisos do artigo 4º.

Verifica-se, portanto, que a colaboração premiada permite ao réu, obter “prêmios”, desde que colabore efetivamente com as investigações de determinado crime. Importante ressaltar que o acordo de colaboração premiada não gera, por si só, incidência de seus benefícios ao delator, considerando o que prevê o artigo 4º, parágrafo 1º: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.” (BRASIL, 2013).

⁶Há divergências doutrinárias sobre a denominação do instituto, que variam entre “[...] “delação premiada (ou premial)”, “chamamento de corréu”, “confissão delatatória” ou, segundo os mais críticos, “extorsão premiada”, etc.” (CUNHA; PINTO, 2018. p. 1806).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

Além do mais, verifica-se que não é possível que a sentença condenatória, dentre outras medidas, seja realizada apenas com base nas declarações do relator. Interessante alteração que o pacote anticrime traz, é que com seu advento, quem irá analisar se o acordo preenche os requisitos necessários para sua homologação será o juiz de garantias, mantendo ainda mais a imparcialidade do magistrado que futuramente irá julgar o caso.

2.3 Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal apareceu no ordenamento em primeiro momento por meio da resolução número 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e trouxe muitos debates acerca de sua constitucionalidade e legalidade, razão pela qual foi objeto de duas Ações Diretas de Constitucionalidade, números 5790 e 5793, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

Esses debates em sua maioria foram suprimidos com a promulgação da Lei Ordinária número 13.964 de 2019, conhecida como *Pacote Anticrime*, que fez amplas alterações, dentre outras leis, no CP e no CPP. Isso porque a referida lei acrescentou o acordo de não persecução de forma expressa no CPP e a redação contida na resolução foi quase integralmente mantida.

Previsto no artigo 28-A do CPP, o acordo é um negócio jurídico extrajudicial em que, ao passo que o investigado tem a obrigação de cumprir com determinadas condições, o Ministério Público se exime de usar seu interesse de agir e denunciá-lo. Dessa maneira, caso sejam integralmente cumpridas as condições, o juiz poderá extinguir sua punibilidade, com fulcro no parágrafo 13, do referido artigo. Para Souza (2020, p. 123), essas características demonstram a natureza híbrida do acordo.

Existem alguns pré-requisitos para o oferecimento de sua proposta e que estão dispostos no *caput* do artigo, quais sejam: (a) não ser o caso de arquivamento, (b) o investigado confessar formal e circunstanciadamente a prática do crime, (c) a pena mínima cominada ser inferior a 4 anos e (d) o crime não ser cometido mediante

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

violência ou grave ameaça. Além disso, as condições do acordo estão expressas nos incisos I a V do aludido artigo.

Importante ressalva, prevista no parágrafo 2º do artigo 28-A, é a vedação do oferecimento do acordo “IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.” (BRASIL, 1941), demonstrando ao menos, a preocupação da repressão dos crimes praticados contra a mulher.

Verifica-se, por fim, que o acordo não negocia a pena, mas sim sanções penais alternativas a ela. Diante de sua inovação legislativa, e considerando que as condições do acordo irão ocorrer perante o juízo das execuções, poderá surgir questionamentos quanto a sua natureza, nesse ponto, Rogério Sanches (2019, p. 139), afirma que tal questionamento seria em vão, eis que a sanção foi negociada e não compulsória.

Ressalta-se que a confissão utilizada para o acordo não poderá ser utilizada como prova no caso de eventual descumprimento das condições impostas, pois não há como reconhecer a culpa sem antes ter processo (JUNIOR e JOSITA, 2020).

3. PROJETOS DE LEI 8045/2010 E 236/2012.

Como já mencionado anteriormente, o Brasil está cada vez mais expandindo os meios consensuais no âmbito penal, nesse cenário, além dos espaços de consenso já discutidos no presente trabalho, não é possível deixar de lado a análise de duas importantes propostas legislativas, que visam a inserção de novos Códigos de Direito Penal e Processo Penal no ordenamento jurídico e que abrangem propostas inovadoras de consenso.

Em que pese as amplas modificações que essas reformas legislativas propõem, irá se analisar especificamente as inovações dispostas nos artigos 283 da reforma do CPP e 105 da reforma do CP. Pois bem, a proposta legislativa número 8.045/2010, prevê a reforma do CPP e dentre várias alterações, observa-se que ela visa instituir um novo modelo de consenso, por meio de acordo que, caso seja aceito pelo réu, propõe a aplicação da pena de forma imediata. É o que se extrai do seu artigo 283:

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

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. (BRASIL, 2010, p. 55-56)

Outrossim, a nova proposta do CPP propõe algumas alterações na Lei dos Juizados Criminais, posto que a revoga parcialmente ao inserir um capítulo específico destinado ao regulamento do nomeado *rito sumariíssimo* trazendo para si a regulamentação dos institutos da transação penal, da composição civil de danos e da suspensão condicional do processo, bem como fazendo alterações sobre suas sistemáticas e momentos aptos para a propositura de tais institutos.

Prosseguindo, o projeto de Lei número 236/2012, busca a reforma do CP e prevê um título específico destinado à *barganha e colaboração premiada*. Ao tratar do tema, o artigo 105 busca regulamentar acordo semelhante ao previsto no artigo 283 estudado anteriormente, todavia, não prevê quais crimes poderão ser abrangidos por ele, podendo-se presumir que em qualquer tipo de crime, será possível oferecê-lo. Nesse sentido:

Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2012, p. 38)

Esses acordos, sem sombra de dúvida, muito se assemelham ao instituto da *plea bargain*⁷, notadamente pelos requisitos para seu oferecimento, que em ambos os casos, são: (a) a confissão dos fatos imputados e (b) a expressa manifestação das partes dispensando a instrução probatória. Nesse sentido, nota-se que há uma junção

⁷ Se em outros momentos, havia discussão quanto à natureza das sanções nos meios consensuais existentes na legislação brasileira, aqui não há como se negar que a pena está sendo aplicada sem o devido processo legal.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

de institutos, o que se observa ao analisar a valoração da confissão para a aplicação da pena. Nesse sentido, distingue Nardelli (2014, p. 342):

Apenas para que fique claro, o guilty plea norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da civil law. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes.

Esses acordos, para Vasconcellos e Lippel, representam uma inovação no ordenamento jurídico eis que permitiriam a “aplicação de pena privativa de liberdade sem comprovação de culpabilidade do acusado” (VASCONCELLOS e LIPPEL, 2016, p. 1746).

Em que pese certa semelhança quantos aos requisitos necessários para a propositura dos acordos acima mencionados com o acordo de não persecução penal, o objetivo deles muito se divergem, eis que como já analisado no tópico específico, o acordo de não persecução aplica uma sanção penal, mas não negocia a pena em si.

Após a apresentação dos institutos negociais, é necessário verificar se o caminho que o legislador está visando traçar com suas propostas legislativas é compatível com a sistemática processual brasileira, notadamente por claramente adotarem o *plea bargain*, dessa forma, primordial ponderar a visão de quem defende a expansão dos espaços de consenso e suas consequentes críticas.

4. AS CONTROVÉRSIAS DA ADOÇÃO DE INSTITUTOS DE OUTRO SISTEMA PROCESSUAL: QUAIS OS PONTOS POSITIVOS E OS NEGATIVOS.

Inicialmente, para entender as controvérsias referentes ao tema, é importante trazer as definições do princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou também chamado pela doutrina de *princípio da legalidade processual*. Este princípio é adotado na fase pré-processual, e é extraído da redação do artigo 24 do CPP, ele pressupõe

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

que não é facultado ao órgão ministerial o oferecimento da denúncia nos casos em que são preenchidos os pressupostos necessários para seu oferecimento, e essa é a regra do processo penal. Lima (2020, p. 1515) assim o explica:

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

Observa-se, portanto, que não cabe ao Ministério Público instituir políticas criminais e se abster de oferecer denúncia se presentes as condições da ação. Em que pese isso, é certo que ao estudar os institutos da transação penal, do acordo de não persecução penal e da colaboração premiada⁸, vê-se a mitigação desse princípio, por dispensar o oferecimento da denúncia, segundo Lima (2020, p. 321-322), essa mitigação é denominada pela doutrina como *princípio da discricionariedade regradada* ou *princípio da obrigatoriedade mitigada*.

Diante disso, há quem defenda que nos casos de adoção de uma política que possibilite a discricionariedade do órgão acusador, seria necessária uma maior responsabilização deste, desse modo, não poderia ser concedido aos agentes deste órgão as garantias inerentes ao cargo, como acontece atualmente, mas deveria ocorrer uma responsabilização de acordo com sua atuação, logo, ela deveria ser “no campo discricionário- político” (FILIPPO e JUNIOR, 2019, p. 33).

Avançando, verifica-se que os defensores de acordos no âmbito penal utilizam-se de argumentos como a necessidade da busca pela eficiência e a busca por uma resposta justa e rápida frente aos delitos praticados, para Ramos e Back (2019, p. 200),

⁸ Dispõe o artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei número 12.850: “Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: [...]”.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

“fatores como o crescimento das taxas de criminalidade, custos elevados, aumento da carga de trabalho e demora na prestação jurisdicional” fazem com que a eficiência do consenso seja uma proposta tanto quanto tentadora.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio para que um processo seja sentenciado na Justiça comum, no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por exemplo, é de cerca de 2 anos e 5 meses (CNJ, 2019), dessa forma, acordos penais, para Nardelli (2014, p. 344) implicariam em “economia processual e a resposta célere e efetiva às transgressões penais pode ser hábil a restaurar a confiança da sociedade na justiça penal.”

Rui Barbosa (1920), já asseverou: “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

Para a autora Rosimeire Leite (2014, p. 202), processo justo e eficiente é aquele que “equilibrando os interesses da pessoa acusada, da sociedade e do ofendido, desenvolve-se de maneira célere e eficiente, com procedimentos adequados e respeitando os marcos do justo processo”.

Portanto, assim como deve se prezar pela busca da razoável duração do processo, que é um direito fundamental expresso na Constituição Federal⁹, e da eficiência, a busca pela resposta rápida do judiciário não pode se tornar uma premissa absoluta. Rosimeire Leite pondera sobre o risco de se buscar produtividade em detrimento de garantias, alegando que corre o risco das “garantias fundamentais se tornarem em mera formalidade.” (LEITE, 2009, p. 200).

Prosseguindo, Vasconcellos e Lippel, em consonância com o estudo de Ferrajoli, ao analisarem o instituto do *plea bargain* estadunidense, afirmam que o consenso na esfera criminal apresenta violações ao processo penal, a saber: “(i) o nexos causal e proporcional entre delito e pena [...] (ii) os princípios de igualdade, certeza e legalidade penal [...] (iii) a inderrogabilidade do juízo [...] (iv) a presunção de inocência e a carga

⁹ Dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988).

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

probatória da acusação [...] (v) o princípio do contraditório” (VASCONCELLOS e LIPPEL, 2016, p. 1745).

Os autores alegam que as críticas ao modelo estadunidense se agravam ainda mais se analisadas pela esfera do direito brasileiro, diante da seletividade e desigualdade deste ordenamento jurídico. Também nesse sentido está o pensamento de Fillippo e Junior (2019, p. 34), que afirmam que no sistema processual brasileiro é indispensável a instrução probatória e deve ser, no mínimo, oportunizado e garantido o poder de exercê-la.

Nesse ponto, é necessário trazer à discussão a voluntariedade do acordo e a confissão como fonte de prova. Sobre a voluntariedade, aduz Vinicius Vasconcellos:

o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa, atestando problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama de desigualdade social brasileiro, o qual já é permeado por insuficiências na assistência jurídica penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 168).

Por sua vez, a confissão, como ensina Renato Brasileiro (2020, p. 761-762), não é considerada como *rainha das provas*, uma vez que a sistemática processual atribui à todas as provas o mesmo valor, logo, não há hierarquia de provas. Dessa forma, não seria possível uma condenação com base apenas na confissão do autor do fato e como já citado anteriormente no presente trabalho, a confissão deve ser confrontada com outras provas para averiguar sua verossimilhança.

No caso dos acordos penais, a pena seria aplicada unicamente com base em elementos do inquérito policial e pela confissão, em que pese isso, necessário ponderar a redação do artigo 155 do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

Assim, tendo em vista que no inquérito policial não há a oportunidade de contraditório e ampla defesa, a dispensa da instrução probatória na fase judicial visando a imposição de pena, fere garantias fundamentais e como aduz Vasconcellos e Lippel (2016, p. 1751-1753), essa dinâmica desincumbe o órgão acusado de seu ônus probatório, pois ele que deve provar a prática e autoria do crime, condição imposta ao órgão acusador diante da presunção de inocência.

É certo que não se busca, com o processo, a descoberta da *verdade real*, mas é necessário observar a necessidade de ao menos produzir provas visando buscar a verdade processual constitucionalmente aceita, o que, diante dos requisitos propostos pelo acordo, sequer será possível.

Vasconcelos (2015), Nardelli (2014) e Leite (2009), em suas obras afirmam que a busca pelo consenso na seara penal é uma tendência internacional e não há como ignorá-la. Nesse ponto, os autores fazem ponderações sobre questões que devem ser analisadas a fim de, apesar de ser utilizado o consenso, não ser deixado de lado garantias fundamentais.

Por sua vez, Vasconcellos e Lippel (2016, p. 1755-1757), afirmam que os acordos das propostas discutidas no presente trabalho, são inconstitucionais por violarem direitos fundamentais. Nardelli, por outro lado, argumenta que para a adoção de mecanismos de consenso é imperiosa a reformulação das “[...] bases de investigação preliminar, de modo a que esta sirva para suprir, de alguma forma, a falta de etapa processual” (2014, p. 359). Nesse ponto, interessante seria a inovação trazida pelo projeto de Lei que visa a inserção do novo CPP, que dispõe em seu artigo 13:

É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. [...] § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. (BRASIL, 2010, p. 2-3).

É certo que as discussões sobre o tema refletem principalmente na supressão de determinadas garantias fundamentais e violações ao processo penal, razão pela qual

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

necessário amplas análises sobre o tema, a fim de que a expansão do consenso seja benéfica a todos, uma vez que a justiça é de interesse de todas as partes envolvidas no processo: estado, investigados e vítimas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente trabalho, verifica-se que os espaços de consenso já existentes no ordenamento jurídico brasileiro não negociam a pena em si, apenas sanções. E, no caso da colaboração premiada, o colaborador recebe *prêmios* que recairão sobre a pena.

Ademais, é notório que os espaços de consenso evidentemente estão em expansão, todavia, diante dos argumentos trazidos, o consenso no âmbito penal não pode ser imposto como uma condição absoluta para a eficácia na prestação jurisdicional do Estado.

Dessa forma, não há como prever, com certeza, quais consequências ou eventuais benefícios que os acordos penais propostos nos projetos de Lei número 8045/2010 e 236/2012 irão trazer ao ordenamento jurídico brasileiro, pois são inovações que foram inspiradas em instituto proveniente de ordenamento jurídico baseado na *common law*. Todavia, é possível fazer comparações que permitem afirmar que esses acordos violam garantias fundamentais do modo que estão redigidos.

Isso porque ao analisar os artigos que tratam sobre a regulamentação dos acordos, percebe-se a ausência de explicações claras e condições limitadas a sua propositura. Além disso, tais acordos possuem força de sentença condenatória, o que geraria reincidência. De mais a mais, relevante ressaltar que diante da discricionariedade dos acordos, é necessário repensar as responsabilidades do órgão acusador de acordo com sua atuação, a fim de evitar eventuais abusos.

São muitas questões a serem discutidas, sendo que este estudo foi direcionado apenas a trazer ponderações para fomentar a discussão sobre o tema, o que se mostra imprescindível diante das lacunas que os projetos de Lei deixaram.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

Dessa maneira, uma proposta interessante, que foi trazida ao decorrer do trabalho, é a proposta da pesquisadora Nardelli. Só é possível a aceitação de acordos penais que visam a aplicação imediata da pena mediante a supressão da instrução probatória, se reforçadas as garantias fundamentais, em especial o contraditório, uma vez que ocorreria uma condenação baseada somente em elementos informativos do inquérito policial e na confissão.

Nesse cenário, com a valoração desses elementos, é preciso reforçar a oportunidade de defesa na fase de investigação, o que seria possível com as inovações do projeto de reforma do CPP, que permite a participação da defesa naquela fase, incluindo a oportunidade de produzir provas. Em que pese essa interessante proposta, não se pode se ignorar que para sua efetividade existem muitos empecilhos, em especial pela necessidade de o réu estar amparado por um defensor desde a fase investigativa.

Por fim, percebe-se que para a adoção de acordos penais, é necessário que seja feita uma reformulação no âmbito investigatório e judicial, a fim de que garantias fundamentais sejam preservadas. Nesse ponto, relevante tal questionamento: vale a pena a remodelação da sistemática processual para abarcar institutos de outros ordenamentos com base na busca da celeridade? Como já dito, não há respostas corretas, mas pode-se afirmar que acolher os acordos penais, do modo que estão dispostos nas propostas legislativas, não é uma alternativa diante da necessidade de se ter um processo justo, o que é de interesse de todos, inclusive do Estado, tendo em vista que o direito penal deve buscar proteger bens jurídicos e não ter apenas uma visão utilitarista.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches. *et al.* **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar. **Colaboração premiada: o Cavallo de Troia do processo penal brasileiro**. Coletânea de Artigos. Escola de Magistratura Federal da 1ª região. 2021. Disponível em:

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

https://ead.trf1.jus.br/esmaf/pluginfile.php/6450/mod_resource/content/3/Colet%C3%A2nea.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

BARBOSA, Rui. **Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo**, 1920. Disponível em: <https://www.academia.org.br/academicos/rui-barbosa/textos-escolhidos>. Acesso em: 1 maio 2021.

BRASIL. Câmara legislativa. **Projeto de Lei 236 de 2012**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 1 maio 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2021.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8045 de 2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=49026>. Acesso em: 1 maio 2021.

_____, **Decreto-Lei 3.689, 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 maio 2021.

_____, **Lei 9.9099, 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: 5 maio 2021.

_____, **Lei 12.850, de 2 de agosto de 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: 5 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Ano base: 2019. Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 16 maio 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado - Lei 12.850/2013. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee de Ó (Coordenadores). **Leis Penais Especiais**: comentadas artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime - Lei 13.394/2019**: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: jusPodivm, 2020.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de; JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati. A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda? *In: Boletim IBCCRIM* - Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 27 - nº 318 – edição especial – maio de 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6330-Justica-negocial-e-o-vazio-do-Projeto-Anticrime. Acesso em: 24 abr. 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

JUNIOR, Aury Lopes; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 12 maio 2021.

JUNIOR, Miguel Reale; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *In: Boletim IBCCRIM* - Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 27 - nº 318 – edição especial – maio de 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6330-Justica-negocial-e-o-vazio-do-Projeto-Anticrime. Acesso em: 24 abr. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese Doutorado em Direito Processual - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 30 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 6. ed. Salvador: jusPodivm, 2018.

_____. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: jusPodivm, 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo**: a plea bargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil Law. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol 14, n.1, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542/15863>. Acesso: 2 maio 2021.

PEREIRA, Adriana Soares. *et al.* **Metodologia da pesquisa científica**. 1. ed. – Santa Maria, RS: UFSM, NTE, 2018.

SOUZA, Renee do Ó Souza (organizador). **Lei anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

10.20873/uft.2359-0106.2021.v9n1.p51-70

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.9, n. 3, p. 1757-1758, 2016.