

MECANISMOS DE CONSENSO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

CONSENSUS-BUILDING MECHANISMS IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW AND THE CRIMINAL PROCEDURE CODE PROJECT

Emília Merlini Giuliani¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar de maneira crítica o procedimento sumário que será implementado no processo penal brasileiro caso o Projeto de Lei do Senado nº 156, que atualmente tramita sob o nº 8.045/10 junto à Câmara dos Deputados, seja aprovado na forma como está redigido, abordando especificamente o acordo criminal proposto nos artigos 283 e 284 do referido projeto. Para tanto, optou-se por um estudo aprofundado da doutrina estrangeira e nacional sobre o assunto, tendo em vista que formas de consenso têm sido inseridas também no processo penal de outros países. Assim, as discussões teóricas realizadas direito estrangeiro, especialmente estadunidense e europeu continental, como se demonstra ao longo do texto, podem oferecer subsídios para que a discussão da proposta de alteração legal no Brasil seja profícua. O artigo está dividido em três partes, sendo a primeira voltada à compreensão da inserção de mecanismos de consenso em países europeus continentais. A segunda parte volta-se à sua compatibilidade com o processo penal brasileiro, abordando as formas já existentes de consenso em âmbito penal na legislação em vigor. Por fim, realiza-se análise mais pormenorizada do teor dos artigos 283 e 284 do Projeto de Lei nº 8.045/10, cotejando-o com princípios constitucionais e apontando eventuais lacunas.

Palavras-chave: Acordo Criminal. Mecanismos de Consenso. Projeto de Lei nº 8.045/10. Processo Penal.

ABSTRACT

This essay aims to critically analyze the expedited procedure that will be implemented in Brazilian criminal procedural law if the Senate Draft Bill number 156, currently transacting under number 8045/10 at the Brazilian Congress, is approved as it is written, approaching specifically the criminal plea proposed in articles 283 and 284 of the said bill. To do so, we opted for a profound study of foreign and national doctrine on the subject, seeing as consensus-building forms have also been inserted in criminal law in other countries. Thus, theoretical discussions held in foreign law, especially American and continental-European law, as is shown throughout the text, can offer subsidies so that the discussion of the proposed legal change in Brazil is fruitful. The essay is divided into three parts. The first one deals with the comprehension of the insertion of consensus-building mechanisms in continental-European countries. The second one talks about its compatibility with Brazilian criminal procedure, approaching the already existing forms of consensus-building in a criminal scope in current legislation. Finally, we delve into a detailed analysis of the content of articles 283

¹ Doutoranda e Mestre em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS. Bolsista CAPES. Advogada (OAB 83.436B).

and 284 of Draft Bill number 8045/10, comparing it to constitutional principles and pointing out possible blind spots.

Keywords: Criminal Plea. Consensus-Building Mechanisms. Draft Bill number 8045/10. Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por escopo analisar os arts. 283 e 284 do Projeto de Lei nº 8.045/10 que atualmente tramita na Câmara dos Deputados (originalmente PL 156 do Senado), referentes ao procedimento sumário que será implementado dentro do processo penal caso o projeto venha a ser aprovado tal qual redigido. Tais dispositivos pretendem inserir no processo penal brasileiro mais uma forma de consenso que, do que se depreende de uma primeira leitura de seu *caput* e parágrafos, parece aproximar-se do instituto americano do *guilty plea* (declaração de culpa).

Para possibilitar um exame mais aprofundado e crítico da proposta legislativa nesse sentido, realizou-se pesquisa bibliográfica a respeito dos mecanismos de consenso dentro do processo penal europeu continental e norte-americano, considerando-se seu desenvolvimento histórico e críticas doutrinárias a ele dispensadas. Investigaram-se, também, os mecanismos de consenso já existentes no direito processual penal brasileiro, observando-se a forma como a doutrina e jurisprudência vêm tratando tais institutos. Por fim, realizou-se uma análise crítica sobre a viabilidade e compatibilidade daquilo que vem proposto pelo projeto de lei nos artigos 283 e 284 com o sistema judicial atual brasileiro.

1 BASES PARA A COMPREENSÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL E PONTOS PROBLEMÁTICOS DA JUSTIÇA NEGOCIADA NOS PAÍSES EUROPEUS CONTINENTAIS

A relevância de se realizar, aqui, uma análise da justiça consensual e negociada nos países da Europa continental reside não só no fato de que grande parte deles desenvolveu um sistema de justiça semelhante ao brasileiro no que diz respeito à vigência do princípio da legalidade e à tradição *civil law*,² como também no fato de que, especificamente no que toca

² O que significa, em parte, que o funcionamento dos seus sistemas processuais possui estrutura e segue princípios similares aos aqui vigentes, sendo possível observar grande influência do direito europeu na evolução do direito pátrio, tanto em termos doutrinários, como em legislativos e jurisprudenciais. Isso significa, ainda, que a inserção de institutos como o acordo criminal ou *plea bargaining* em seus modelos processuais penais seguem

ao tema foco deste estudo, verifica-se que tais países também enfrentam dificuldades teóricas e práticas na inserção de formas de “acordo” dentro do seu processo penal. Com efeito, Schünemann vem alertando já há algum tempo a forte influência do modelo processual penal norte-americano sobre os diversos sistemas processuais do mundo, seguindo-se uma lógica de aceleração das resoluções de conflitos penais, e salienta, especificamente, a crescente utilização, mesmo informal, do *plea bargaining* em países europeus continentais, na China e em reformas processuais de países latino-americanos.³

Conforme salienta Tulkens, a própria expressão “justiça negociada” ou “justiça consensuada” parece, de início, paradoxal. Isso porque a justiça criminal se encontra formulada de modo que parece excluir uma tal possibilidade de discussão ou negociação, tendo em vista o fato de que a própria lei é decretada através de um processo unilateral, constituindo uma imposição estatal considerada necessária para a defesa de certos valores sociais⁴.

No entanto, a autora esclarece que essa é apenas uma aparente contradição, precisamente porque os modelos de justiça penal não são inflexíveis: há, isso sim, uma *interação* entre a justiça imposta e a negociada. Nesse ponto, François Ost destaca que:

[...] o modelo impositivo, o qual funciona de forma hierárquica e secreta é mais contratual do que se imagina. Convergentemente, diferentes formas de justiça negociada certamente mascaram vários mecanismos de constrição que são mais ou menos óbvios. Em muitos casos, será difícil decidir qual dessas duas formas deverá prevalecer, uma vez que se apresentam mescladas⁵.

Deste modo, cumpre-nos percorrer os fatores que levaram ao surgimento e instalação nos ordenamentos jurídicos europeus da justiça negociada e consensuada. Tulkens alude à crise de legitimidade de um modelo penal puramente impositivo como fator que influenciou o surgimento dessa forma de justiça: “De um lado, numa sociedade que se tornou mais igualitária, mais complexa e menos coerente, as regulações baseadas num modelo autoritário

vias parecidas com a forma como isso tem ocorrido no Brasil, trazendo problemas também aqui percebidos. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo: IBCCrim, 2000, p. 186-187. V., ainda, REALE JR., Miguel. Simplificação processual e o desprezo ao processo penal. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/spddp.pdf>. Acesso em: 18.02.2014, p. 2-3.

³ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261. P. 240.

⁴ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. V., ainda, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 995.

⁵ OST, François *apud* TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 676.

perderam naturalmente sua legitimidade”⁶, sendo possível observar-se a recusa da burocratização por parte da comunidade em diversos setores sociais que anteriormente eram marcados pela hierarquização, o que suscitou novas formas de administração e organização social – algo bastante claro, por exemplo, na seara familiar.

Esses processos tiveram reflexos na organização da justiça. Surgiu a necessidade de se abarcar as novas ideologias que postulam a participação comunitária, criando-se políticas que permitem uma descentralização (tornando a justiça mais local) e, em certos casos, também uma privatização (permitindo soluções que não envolvam o Judiciário, como a mediação e a arbitragem). Segundo a autora, “[d]o ponto de vista da sócio-criminologia, a justiça negociada dá vazão a inúmeras teorias, em particular as interacionistas, o movimento de apoio à vítima e o modelo de justiça restaurativa”⁷.

Nessa esteira, no âmbito legal as mudanças de relacionamento entre a sociedade e a legislação ensejaram a migração, em diversos casos, da lei imposta para a justiça negociada, o que se fez visível pela entrada nos sistemas jurídicos de uma flexibilização e informalização de procedimentos, além de estratégias para baratear a intervenção penal. Segundo a autora, embora a ideia de contrato legal não seja nova, pois constitui o alicerce do direito civil, o “que parece ser novo é a movimentação a partir do público em direção ao privado, paralelamente a um forte retorno ao individualismo”⁸, substituindo-se o paradigma assistencialista do estado de bem-estar social por uma lógica de parceria e de solidariedade social.

Por outro lado, partindo de uma ótica interna ao direito penal, percebe-se que a crise de legitimidade e eficiência agravou-se com a expansão do direito penal, que trouxe problemas de “aderência aos valores e interesses impostos pela norma” conjuntamente com a dificuldade de operacionalização frente à nova leva de crimes ou medidas intervencionistas⁹. Desta forma, uma decisão negociada a respeito dos conflitos mostra-se mais aceita tanto socialmente quanto pelas partes envolvidas e, por conseguinte, mais facilmente cumprida, trazendo benefícios ao funcionamento do sistema como um todo.

⁶ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 678.

⁷ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 679.

⁸ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 679.

⁹ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 680.

Não sendo a descriminalização uma opção em relação a alguns fatos, que demonstram real carência de tutela penal¹⁰, adota-se outro caminho, qual seja a modificação da forma de resposta estatal às infrações. Como bem destaca Tulkens: “Procedimentos conciliatórios, transação e mediação, bem como procedimentos acelerados e simplificados (o primeiro frequentemente completando as necessidades deste último) parecem ser necessários para a sobrevivência do sistema”¹¹. Dessarte, a justiça negociada encontra-se dentro das chamadas medidas alternativas do processo penal, que envolvem a previsão de penas diferenciadas para crimes que atingem de maneira mais branda certos bens jurídicos, buscando menor uso da pena privativa de liberdade e procurando reinserir a vítima no processo penal, devolvendo-lhe parcialmente o conflito que lhe envolve.

Ademais, segundo a autora, a “justiça negociada, nas suas diferentes formas, vai além e transforma a estrutura das categorias tradicionais do direito penal”, uma vez que a separação entre público e privado e, portanto, entre direito civil e direito penal, acaba se embaçando, o que leva à exclusão de alguns conflitos da órbita da intervenção penal (por exemplo, quando se verificar que estes foram acertados entre vítima e acusado ou na esfera do direito civil)¹².

Colocada nesses termos, percebe-se que a principal função da justiça negociada e consensual está em proporcionar uma “reativação da resposta social, tornando-a mais rápida, mais eficiente e mais efetiva”, atendendo a necessidades reais dos quadros sociais da atualidade. Com base nisso, vale ressaltar que na justiça negociada deve haver uma liberdade de escolha, no intuito de se conquistar uma intervenção penal *melhor* do que aquela prevista ou imposta pela lei (e não, frise-se, a ausência dessa intervenção)¹³.

No que diz respeito aos fundamentos que justificam a introdução e desenvolvimento dos critérios de oportunidade e mecanismos de consenso no processo penal, Giacomolli destaca que devem ser levados em conta três aspectos. Num primeiro patamar, estariam

¹⁰ A este respeito, v. COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, 2º, p. 173-208, abr.-jun. 1992.

¹¹ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 681.

¹² Esse ponto também é identificado, no Brasil, por Azevedo: “Na medida em que o Estado consegue, pela via da informalização, articular, ao mesmo tempo, uma resposta à crise fiscal e o controle sobre ações e reações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais, ele está de fato a expandir-se por sobre a sociedade civil. A dicotomia Estado/Sociedade Civil, tão cara ao pensamento da modernidade, deixa de ter sentido teórico, e o controle social pode ser executado na forma de participação social, a violência na forma de consenso, a dominação de classe, na forma de ação comunitária” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo: IBCCrim, 2000).

¹³ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 709.

razões de cunho sociológico, no qual se destaca a estigmatização decorrente do processo penal, da condenação e, notadamente, do encarceramento. Desta feita, devem ser incentivados mecanismos que possibilitem soluções de conflitos que não imponham a utilização de tais vias, evitando-se, com isso, os efeitos negativos mencionados – o que implica, por óbvio, a não caracterização das medidas alternativas como penas.

Este aspecto, contudo, não é pacífico ou isento de críticas, uma vez que, como destaca Lopes Jr., “[e]m modelos como o nosso, a rotulação se produz em massa, na medida em que se banaliza o sistema penal ao ressuscitar e vivificar todo um rol de crimes de bagatela e de completa irrelevância social”,¹⁴ o que faria com que o processo de estigmatização não fosse evitado pela utilização do consenso no processo penal, muito embora possa ser, em alguns casos, reduzido.

Por um segundo prisma, examinam-se fundamentos de *política criminal*, os quais apontam para a incapacidade do sistema de justiça criminal em atender eficazmente a todas as demandas penais, salientando-se também que, na sua atual configuração, há um esquecimento da vítima durante a persecução, algo que deve ser reavaliado para restabelecer certa harmonia social¹⁵. Num último plano de análise, qual seja o *jurídico*, pode-se vislumbrar, dentro de um sistema formalista, a necessidade de uma simplificação do procedimento em prol da justiça material, atentando-se para a efetividade da aplicação do direito. Assim, em breves palavras, resume o autor que a “oportunidade tem um duplo fundamento: favorecimento da política governamental sobre a justiça penal e da preponderância da justiça material sobre o formalismo legal¹⁶.”

A justiça negociada, assim como a consensual, encontra sua maior problemática exatamente na sua feição processual. Por um lado, porque na justiça negociada há, via de regra, um *deslocamento do centro de gravidade do processo*, já que se cria uma espécie de “julgamento antecipado” que não diz respeito apenas à decisão sobre o arquivamento do processo, mas a um verdadeiro procedimento de tomada de decisão que não passa pelas mãos do juiz. Com efeito, Tulkens destaca que, “a partir do momento em que o acusado escolhe o

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 1001.

¹⁵ Isso, é claro, se se partir do pressuposto de que é função do direito penal manter ou restabelecer paz/harmonia social, algo que pode, por sua vez, ser questionado (v. SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261. P. 246-247) . Lopes Jr. também atenta para o fato de que não deve ocorrer uma potencialização da vítima no processo penal, a fim de se “evitar uma molesta contaminação pela sua ‘carga vingativa’” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1001).

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

procedimento a ser adotado e o juiz homologa essa escolha negociada com o Ministério Público, o juiz perde o seu papel decisório na fase de investigação, ao menos em parte”¹⁷.

Ademais, grande parte da doutrina questiona, nesse ponto¹⁸, se é possível manter a vigência do princípio da imparcialidade, relativa tanto ao juiz quanto ao acusador, haja vista que ele é respeitado exatamente através da realização plena do devido processo legal – com a separação das funções de julgar e acusar, com a oralidade e publicidade dos atos processuais, com o contraditório e com a motivação das decisões¹⁹. Nesse sentido, Tulkens também aponta o princípio da presunção da inocência como um dos pontos nodosos em relação à justiça consensual dentro do processo penal. Segundo ela, coloca-se a questão sobre se é possível sustentar esse princípio ao se admitir a renúncia do acusado à produção de provas, baseando-se sua condenação apenas na sua assunção de culpa, ponto também .

Destarte, a autora conclui que a justiça negociada constitui “um sistema de justiça criminal híbrido e multifacetado”²⁰, situando-se entre dois extremos, isto é, entre a imposição autoritária de uma decisão e a possibilidade de decisões baseadas exclusivamente em acordos. Isso cria, na visão da autora, um processo penal “dual”, em que há uma estrutura processual para crimes de menor ofensividade e outra diversa para os crimes considerados mais graves, oferecendo-se aos primeiros um procedimento simplificado e mais ágil, mas com menos espaço para a aplicação de certas garantias e, aos segundos, um espectro maior de atuação da acusação e da defesa no que diz respeito, principalmente, à produção probatória²¹.

Quanto às principais críticas doutrinárias aos mecanismos de consenso dentro do processo penal, portanto, Giacomolli as reúne em basicamente quatro grupos. O primeiro deles dirige-se à diminuição das garantias processuais, que são efetivadas justamente através do devido processo legal. Por tal motivo é que o juízo de oportunidade deve ser regulado e limitado por lei, procurando-se evitar abusos nesse sentido. A segunda forte crítica relaciona-se com primeira, e diz respeito à *mercantilização utilitária* do processo penal, porquanto a

¹⁷ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 708-709.

¹⁸ Algo que também vem largamente sendo questionado no Brasil. Cf., por exemplo, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 994-1002, e WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 709-710.

²⁰ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 711.

²¹ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 712.

necessidade de agilização da resposta jurisdicional²² pode vir a tornar a rapidez e a obtenção de um maior número de condenações o principal objetivo da introdução da oportunidade no processo penal. Nas palavras do autor:

Entretanto, a finalidade do processo não é unicamente a obtenção da condenação do acusado, mas a pacificação jurídica da sociedade. (...) A adoção de medidas processuais para terminar os feitos, ao invés de dotar os órgãos competentes de recursos para fazer frente à [sic] toda espécie de criminalidade, é um erro. A execução das novas medidas obtidas através do consenso também exige meios materiais e humanos aperfeiçoados²³.

Tulkens igualmente faz menção aos perigos de um procedimento negociado em que não se assegurem as garantias processuais, caso em que ele redundaria na “introdução da economia de mercado na administração do direito penal”²⁴. A terceira crítica que parte da doutrina coloca aos mecanismos de consenso é relativa à produção de uma solução processual inadequada, haja vista o não atendimento das previsões típicas em troca de uma solução consensuada.²⁵ Schünemann, aliás, menciona exatamente a violação da *ultima ratio* que daí nasce, porquanto “o ordenamento jurídico, em momento anterior, já tomara a decisão de que a ofensa ao bem jurídico não pode ser reparada através de meios sócio-políticos, mas, pelo contrário, exige para tanto a intervenção do direito penal”, de modo que “são as instâncias estatais – e não os indivíduos envolvidos – que têm de decidir por si próprias se se está diante de uma tal razão imperiosa” a ensejar a intervenção penal.²⁶

Por fim, suscita-se que, especificamente no caso de consensos que geram efeitos de condenação, o princípio da oportunidade traria retrocessos ao processo penal, pois aqui a *plea of guilt* normalmente exigida seria sozinha a base de tal condenação²⁷. Consoante lição de Giacomolli: “A confissão, como é sabido, no Direito Processual Penal dos povos civilizados,

²² Ponto igual e acidamente criticado em: ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: Sem Garantias, nem Pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73.

²³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 114.

²⁴ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 717. Nesse mesmo sentido, Lopes Jr. refere que a “lógica comercial transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 995).

²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115-116.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261. P. 246-247.

²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

não é a rainha das provas e não se pode condenar legitimamente, unicamente com base nela”²⁸. Essa parece ser a crítica mais contundente aos institutos de consenso que acarretam efeitos condenatórios, pois a mera admissão de culpa pelo acusado é suficiente para gerar um édito condenatório, podendo, inclusive, resultar na sua reclusão.

Desta feita, o ponto nevrálgico sobre o qual se firmam várias críticas relativamente à justiça consensual é exatamente o de uma possível renúncia da qualidade da justiça em prol da celeridade excessiva.²⁹ E aqui vale atentar, do mesmo modo que o faz Tulkens, ao mito de que as partes envolvidas numa negociação deste tipo estejam em pé de igualdade. Teoricamente é muito simples argumentar que nos procedimentos consensuais não há violações a direitos e garantias fundamentais na medida em que estes são assegurados pela paridade entre acusado e acusador durante a negociação, que aquele poderia livremente decidir se deseja ou não abrir mão de um *due process of law* ou se, ao contrário, quer assumir a culpa em benefício de uma decisão mais rápida e uma pena que lhe é mais favorável. No entanto, o que se verifica é que, na prática,

(...) todas as desigualdades das partes são reproduzidas – desigualdades de condição (origem social, nível sócio-econômico, e grupo cultural), mas também, para citar Pierre Bourdieu, desigualdades de posição. Dentro da estrutura autoritária da justiça criminal, que se mantém largamente inalterada, o acusado, que tem tudo a perder e pouco a ganhar, encontra-se numa posição fraca em relação àquela do poder decisório, cuja posição social situa-o *de facto* numa posição mais forte³⁰.

Não se pode desconsiderar, por isso mesmo, a possibilidade de que os acordos sejam feitos sob pressão, mormente se se levar em conta que, via de regra, grande parte de quem é preso não tem as necessárias condições financeiras para contratar um advogado, algo que redundaria em um menor poder de barganha ou simplesmente de saber se um acordo lhe seria favorável. A falta de transparência no procedimento consensual vem a contribuir ainda mais para essa desigualdade de armas e já é um problema enfrentado em diversos países europeus³¹. Com efeito, não havendo publicidade, aumenta-se o poder da autoridade sobre o

²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 994-1002.

³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 713.

³¹ Neste ponto, cabe remeter a artigo de Bernd Schünemann, no qual o autor ressalta que os institutos de consenso foram introduzidos no direito alemão de maneira informal no intuito de enfrentar uma crise de operacionalidade, mas que teriam trazido ainda mais problemas. Nas palavras do autor: “Estos acuerdos informales funcionan de forma similar al *plea bargaining* de los Estados Unidos; sin embargo, con una diferencia: en Alemania no contienen acuerdos formales, sino sólo un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada

acusado, e identifica-se há tempos esse problema em larga escala também nos Estados Unidos³².

2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE E AS FORMAS DE CONSENSO JÁ EXISTENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na esfera do direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 determinou, através do art. 98, inciso I, a criação de mecanismos de consenso dentro do processo penal relativamente às infrações de menor potencial ofensivo.³³ Em 1995, com o intuito de regular o dispositivo constitucional, adveio a Lei 9.099, que trouxe o regramento do consenso no âmbito processual penal, delimitando o cabimento da composição dos danos civis (art. 74) e da transação penal (art. 76) às infrações de menor potencial ofensivo. Outrossim, aos delitos cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, previu-se a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89).

Saliente-se que com essas modificações legais não houve a consagração do princípio da oportunidade; o processo penal brasileiro continua a se reger pela legalidade e o que ocorreu foi somente a normatização de um certo juízo de oportunidade, permitindo-o dentro, e apenas dentro, das hipóteses legais. Quanto ao princípio da oportunidade no direito e processo penal, Giacomolli esclarece que:

Dentro de uma concepção mais ampla da oportunidade, tem-se dito que se manifesta tanto no direito processual penal como no direito penal. No âmbito do direito material, a oportunidade ocorreria de forma direta nos fatos que se processam mediante ação penal pública condicionada, nos que se processam mediante ação penal privada e no perdão do ofendido e, de forma indireta, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no indulto e na delação premiada³⁴.

por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad”. E prossegue: “(...) el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un Estado de Derecho liberal y una crisis de sobrevivencia (...)”, pois os procedimentos não estariam atendendo às garantias processuais e teriam transformado o processo em algo do estilo “*catch as catch can*”, onde a busca pela verdade dos fatos teria ficado obnubilada em prol da celeridade e desafogamento do judiciário. SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Espanha: Tecnos, 2002.

³² FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in federal courts. *Harvard Law Review*, Vol. 89, Dec. 1975, nº 2.

³³ PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 65.

O autor refere, ainda, que a oportunidade pura está presente num sistema quando se admite que o órgão acusador possa dispor plenamente da ação penal, arquivando-a ou não, propondo medidas alternativas à prisão ou não, e até dela desistindo durante o seu curso, se assim o desejar; também no que tange ao acusado, a oportunidade se revelaria quando este pudesse renunciar voluntariamente ao devido processo legal e à produção probatória. Ou, de maneira mais simplificada, “oportunidade é pura quando as partes podem finalizar o processo sem restrições (*guilty plea*) ou sob condição”³⁵, isto é, quando a disponibilidade basicamente não encontra limites legais.

Desse modo, percebe-se que a oportunidade pura é o extremo oposto da legalidade. Mas há, também, uma forma “impura” de oportunidade, que se convencionou denominar de “oportunidade regrada”. Giacomolli salienta que a escolha do termo, aqui, foi infeliz, pois não se está a falar de um efetivo regramento da oportunidade, senão que da limitação legal do juízo de oportunidade a ser realizado no seio do processo. Partindo dessa compreensão, tem-se que o juízo regrado de oportunidade se manifesta através da existência ou estipulação (legal) de *requisitos* para que o órgão acusador ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam dispor de certos institutos dentro do processo, bem como o *âmbito* dentro do qual se pode operar com tais critérios de oportunidade³⁶. Enfim, conclui o autor que:

Quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional. Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido, que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura –, mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade³⁷.

Nesse sentido também é o entendimento de Tulkens³⁸, que destaca que em países onde reina o princípio da legalidade há uma “coabitação” com o princípio da discricionariedade de efetuar a persecução, e inclusive menciona que em tais Estados parece haver uma maior facilidade de se estabelecer procedimentos negociados do que naqueles que

³⁵ SENDRA, Gimeno *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 65.

³⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

³⁸ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 689.

se regem pela oportunidade, exatamente por haver um regramento que permita o exercício da oportunidade dentro de determinados parâmetros, o que lhe confere um semblante seguro. Assim, o que se verifica é que as disposições legais referentes aos mecanismos de consenso no processo penal brasileiro seguiram essa lógica, trazendo hipóteses legais estritas de quando e de que forma se podem operar tais institutos.

Portanto, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha tornado admissível o consenso dentro do processo penal brasileiro, não consagrou o princípio da oportunidade no processo penal. Pelo contrário. O art. 98, inciso I, da Constituição Federal, ao prever a criação pelos Estados, Distrito Federal e União de Juizados Especiais para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e de crimes de menor potencial ofensivo, permitiu apenas a transação penal dentro dos casos legais. E essa norma constitucional ganhou efetividade com a Lei 9.099/95, que, na esfera criminal, trouxe três mecanismos consensuais, a saber: a composição civil, a transação penal e a suspensão processual do processo³⁹.

No que respeita ao acordo civil impeditivo da ação penal (art. 72, Lei 9.099/95), manifesta-se através do incentivo, em audiência preliminar pré-denúncia, de uma conciliação entre autor do fato e vítima para que cheguem a um acordo quanto aos danos derivados da ação delitiva. O juízo de oportunidade pode ser exercido pelo Ministério Público ao propor que seja tentada tal composição, já que no caso prático o representante do órgão acusador verificará se há de fato viabilidade de que isso ocorra de acordo com as diretrizes legais.

Essa composição, por óbvio, não é obrigatória nem para o suposto autor do fato, nem para a vítima. Segundo Giacomolli, “A vantagem para o autor do fato é que o acordo civil (...) evita a dedução da pretensão acusatória, independentemente de sua execução voluntária ou não, produzindo-se a eficácia de coisa julgada no cível”⁴⁰. Esse mecanismo também traria benefícios à vítima, na medida em que permitiria sua participação na conciliação, preenchendo as suas expectativas quanto à reparação dos danos sofridos – muito embora seja altamente criticável do ponto de vista da intervenção mínima do direito penal.⁴¹

Na transação penal, prevista no art. 76 da referida lei, o Ministério Público poderá, antes mesmo de intentar a ação penal, propor ao suposto agente o cumprimento de

³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 307-312.

⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 315.

⁴¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: Sem Garantias, nem Pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73, p. 58-59.

determinada pena restritiva de direitos. Se aceita a proposta, a transação, após homologada pelo juiz, não trará efeito de condenação, pois considerada como manifestação da ampla defesa. Vale frisar que o oferecimento do acordo se trata de um poder-dever do Ministério Público, haja vista que, se *presentes os requisitos legais*, a transação penal constitui *direito subjetivo* do imputado. Nesse passo, Giacomolli salienta que:

O poder de disponibilidade do Ministério Público está entre deduzir uma pretensão acusatória comum ou uma pretensão alternativa, segundo os critérios determinados pelo legislador. Quando o acusado resiste à pretensão acusatória comum, pode adotar uma ampla estratégia defensiva: negativa total ou parcial dos fatos; discussão da qualificação jurídica; declara ou silencia; argúi ou não as questões processuais; recorre ou não, etc. Ante a pretensão *sui generis*, o acusado tem unicamente duas opções: aceitar ou não a pena alternativa. Também o faz no exercício de sua defesa pessoal. Não se trata de uma adesão pura e simples à pena proposta. Inicialmente, o acusado aceita a pretensão alternativa, pois se a nega, não se discute a espécie de pena⁴².

Nesta hipótese de consenso, portanto, tem-se que o acusado está exercendo uma estratégia defensiva, e, ao contrário do que ocorre no direito anglo-saxão, aqui não há que se falar em declaração de culpabilidade (*guilty plea*). Até porque, no sistema penal brasileiro como tem sido até o momento, a presunção de inocência só resta vulnerada depois do trânsito em julgado de sentença condenatória proferida após um julgamento em que todas as garantias processuais tenham sido observadas. O imputado, portanto, não perde seu *status* de inocente e pode, se assim for a sua vontade, evitar um processo sobre o qual pesa a incerteza.

A suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) pode ser proposta a crimes cuja pena mínima cominada seja de até um ano, abrangendo, portanto, crimes que não estejam sujeitos ao procedimento sumaríssimo trazido pela lei em comento. Esta modalidade de solução consensuada traz, nas palavras de Giacomolli, “um instituto processual despenalizador”, que possibilita que, “após a formalização da acusação, sempre com a concordância do acusado, não se realize a audiência e não se profira sentença, em troca do cumprimento de determinadas condições⁴³” que irão representar a reprovação jurídica do fato ou incidência proporcional do *ius puniendi*, sem que haja uma assunção de culpabilidade por parte do acusado. Ademais, a transação processual tem reflexos no direito material, porquanto extingue a punibilidade do réu depois de cumpridas as condições propostas.

⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 330-331.

⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 366.

Vale salientar que o instituto da suspensão condicional do processo “nem sempre representará uma negociação, um convênio entre as partes, pois poderá ser concedido a partir da postulação da defesa, ou de ofício pelo Juiz⁴⁴”, de modo que se pode concluir que configura direito do réu a proposta de sursis processual quando estiverem presentes os requisitos legais. Assim, percebe-se que o magistrado possui importante papel na suspensão condicional do processo, pois é ele quem vai garantir o equilíbrio processual entre as partes, assim como irá estabelecer as condições, analisando se as propostas pelo órgão da acusação correspondem a uma reprovação adequada e proporcional ao fato imputado ao acusado.

Diga-se de passagem, que alguns estudos, em especial o realizado pelo Grupo Candango de Criminologia da UnB⁴⁵, têm demonstrado que a suspensão condicional do processo, nos casos de furto, é um dos institutos que mais apresenta eficácia em termos de cumprimento de pena e de não-reincidência, notadamente por não acarretar a estigmatização do acusado, que, por não ter seu nome inserido no rol de culpados, consegue (re)adentrar no mercado de trabalho com maior facilidade, evitando-se, com isso, que ele se depare com eventual necessidade de cometer crimes novamente.

De modo que a sursis processual tem mostrado resultados positivos quanto à efetividade tanto da sanção quanto dos direitos do acusado e leva em conta proporcionalidade da medida sancionatória em relação ao crime em tese cometido pelo denunciado, não lhe impondo um gravame desnecessário como a prisão. Além disso, por admitir a participação do réu na determinação das condições a serem cumpridas, encontra maior índice de cumprimento voluntário das medidas e, por conseguinte, permite uma racionalização sobre o delito cometido, gerando menor índice de reincidência.

Não obstante, acredita-se que a sursis processual, especialmente quando aplicada a crimes de menor potencial ofensivo, não deixa de representar muitas vezes desnecessário aumento do controle penal, ao arrepio da concepção de direito penal mínimo.⁴⁶

3 ANÁLISE CRÍTICA DOS ART. 283 E 284 DO PL 8.045/10 DA CÂMARA DE DEPUTADOS (PLS 156/09)

⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 368.

⁴⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira (coord.). *Roubo e furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade*. Brasília: UnB, 2009.

⁴⁶ Novamente, remete-se o leitor ao artigo ROSA, Alexandre Moraes da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: Sem Garantias, nem Pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73.

O projeto de Lei 8.045/10, que tramita na Câmara dos Deputados e trata da reforma do Código de Processo Penal, inova ao trazer em seus art. 283 e 284 instrumento de consenso processual que muito se aproxima da *guilty plea* do direito norte-americano no procedimento sumário do processo penal.

Nesse ponto, cabe trazer aqui breve explicação sobre *guilty plea*, a fim de esclarecer a comparação acima feita. Trata-se de instituto desenvolvido no seio do direito inglês e americano ao longo de aproximadamente oito séculos⁴⁷, embora somente a partir dos últimos cem anos tenha-se denominado-o de *guilty plea*. Segundo Alschuler, desde o início do sistema *common law* fez-se possível a condenação de alguém com base na sua confissão; contudo, tratava-se de prática pouco comum e não envolvia negociações. Aliás, o autor menciona que até o final do séc. XIX tal técnica era fortemente desencorajada pelos Tribunais, que hesitavam na sua aceitação e muitas vezes insistiam para que o acusado a retirasse⁴⁸.

Somente quando o sistema de justiça criminal destes dois países começou a se mostrar ineficaz no julgamento de crimes em razão não só do volume de causas que lhes eram trazidas, como pela implementação do *adversarial system* (que é um procedimento muito mais custoso e demorado, por exigir um aparato judicial maior e mais garantias ao réu), é que a *guilty plea* começou a ser mais aceita pelos Tribunais, especialmente por fornecer a oportunidade de rápido julgamento e, conseqüentemente, desafogamento do sistema.

Ainda assim, ressalta Alschuler que as técnicas de negociação foram sendo desenvolvidas mais por acidente do que por opção, e que os argumentos frequentemente utilizados como justificadores de tal prática são nada mais do que instrumentos retóricos que sequer foram cogitados ao longo do seu desenvolvimento⁴⁹.

Church, por seu turno, refere que nos Estados Unidos o *plea bargaining* e o *guilty plea* fortaleceram-se nas últimas décadas e tem sido foco de debates entre defensores e opositores da prática. O autor separa as críticas feitas a tais institutos em dois campos: o primeiro grupo, composto pela associação de advogados e pelo presidente da comissão de administração da justiça, sustenta que há muitas deficiências procedimentais na sua aplicação, dentre elas a possibilidade de promessas mal-entendidas ou a pendência da oferta de uma

⁴⁷ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, Vol. 79, Jan. 1979, nº 1, p. 218.

⁴⁸ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, Vol 79, Jan. 1979, nº 1, p. 214-219.

⁴⁹ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, Vol 79, Jan. 1979, nº 1, p. 224. Cabe aqui a ressalva feita pelo próprio autor a respeito da sua contrariedade ao *plea bargaining*, algo que se revela ao longo do artigo ainda que por vezes de maneira sutil.

negociação de um capricho do promotor, caso em que este abusaria da sua posição vantajosa em relação ao réu⁵⁰.

Assim, segundo essa corrente, dever-se-ia abolir a negociação, exatamente porque esta traria uma mercantilização do processo penal ao colocar um “preço” na confissão e no exercício das garantias constitucionais, uma vez que se encorajaria e até coagiria o acusado a aceitar as condições de um *guilty plea* por medo de a opção pelo julgamento acarretar penas mais duras, e fazendo até mesmo inocentes abrirem mão de seu direito a um julgamento justo.

O segundo grupo de opositores às práticas de barganha sustentam igualmente que estas devem ser extirpadas de todo e qualquer sistema judicial, mas por argumentos diferentes: ao invés de buscar a equidade para os acusados, aqui a preocupação é pelos interesses sociais numa sentença racional e justa, haja vista que em casos onde a culpa do réu parece “certa”, não se haveria de realizar acordos por uma sentença baixa apenas para evitar a morosidade ou inconveniência de um julgamento. Nesta linha se encontra a recomendação da Comissão Consultiva Nacional para Objetivos e Padrões da Justiça Criminal⁵¹.

Não obstante as diferenças entre os sistemas judiciais americano e brasileiro sejam de fato muito grandes, especialmente por ser aquele um país que se rege pelo *common law* e pelo princípio da oportunidade no processo penal, bem como por encarar realidades sociais e culturais bastante particulares, identifica-se facilmente nas práticas negociais estadunidenses a raiz dos procedimentos de consenso desenvolvidos no âmbito do processo penal europeu-continental e brasileiro, em especial no que diz respeito aos fundamentos que originaram o surgimento da prática nesses locais. Do mesmo modo, diversas das críticas levantadas contra os mecanismos consensuais nos Estados Unidos também o são pela doutrina de países europeus e daqui.

Nessa senda, Tulkens refere que os países europeus de tradição *civil law* têm de fato tentado adaptar tais institutos aos seus sistemas jurídicos. A autora reforça a ideia de que é realmente no direito americano que a justiça negociada “encontra sua mais complexa expressão”, sendo por vezes tamanha a amplitude do espaço de discussão que se confere aos sujeitos processuais, que os institutos chegam a ser caracterizados como semelhantes a um contrato. Nas palavras da autora:

⁵⁰ CHURCH JR., Thomas W. In Defense of "Bargain Justice". *Law & Society Review* Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), pp. 509-525 . Published by: [Blackwell Publishing](#) on behalf of the [Law and Society Association](#). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3053266>. Acesso em 28 abr. 2011.

⁵¹ CHURCH JR., Thomas W. In Defense of "Bargain Justice". *In: Law & Society Review* Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), pp. 509-525.

No modelo americano, a assunção de culpa é geralmente precedido por uma negociação que é, na essência, uma negociação sobre o que será assumido. Os termos da negociação podem recair sobre a pena (sentença barganhada) ou sobre a imputação (imputação barganhada)⁵².

Conforme essa explicação, fica claro que no direito americano vigora predominantemente o princípio da oportunidade e, por essa razão, confere-se às partes um espaço muito maior para que exerçam uma negociação sobre os fatos e sentença que podem recair sobre o acusado, quando em comparação aos países europeus e brasileiro, onde vige o princípio da legalidade como reitor do processo penal. Ainda assim, não se pode negar que o projeto de Lei em tela se inspirou sim no instituto anglo-saxão do *guilty plea* ao formular os art. 283 e 284, especialmente por implicar em uma condenação (§8º) – algo inédito até então no direito processual penal pátrio. Estabelecidas as bases para a compreensão do tema, passa-se, pois, a examinar esses dispositivos.

O art. 283 prevê que, nos crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse oito anos, o “Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata da pena”, antes mesmo do início da instrução e audiência referida no art. 276 do mesmo projeto. O §1º do referido artigo traz os requisitos para a aplicação de tal instituto, quais sejam: a confissão total ou parcial dos fatos narrados na peça acusatória; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto em lei, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, e a expressa manifestação das partes dispensando a produção probatória inicialmente requerida.

Tal parágrafo trata, pois, da regulamentação do funcionamento do acordo. O art. 283 afirma que o acusado, por meio de seu defensor, poderá requerer a aplicação imediata da pena nos crimes cuja sanção máxima não ultrapasse oito anos. Portanto, isso significa, em tese e em uma análise inicial da redação do dispositivo, que o acusado poderá solicitar ao magistrado a tentativa de acordo criminal, caso não haja manifestação do órgão acusador nesse sentido, a sua vontade de utilizar tal instituto em seu favor. O projeto de lei, contudo, não deixa claro qual será, exatamente, a consequência prática disso: se a intenção é criar espaço para um juízo regrado de oportunidade, parece haver uma lacuna no que tange aos critérios que deverão ser seguidos para nortear tal decisão, bem como a quem ela caberá – se ao Ministério Público ou se ao juiz, isto é, se há possibilidade ou não de o Ministério Público

⁵² TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 695.

recusar-se a aceitar a aplicação desse artigo no caso concreto mesmo quando o réu assim requeira.

De um lado, pode-se argumentar que o projeto de lei propõe que o acordo seja interpretado como um direito subjetivo do acusado,⁵³ bastando estarem configurados os requisitos da lei para que o acusado possa clamar a sua aplicação; por outro lado, discute-se acerca da discricionariedade do membro do Ministério Público em concordar ou não com a aplicação do instituto em certos casos. Apesar de o texto da proposta legal tratar expressamente esse instituto como “acordo criminal”, ele não é claro em relação à discricionariedade do *parquet* em apresentar ou não o referido acordo.

Isso porque, se a intenção do legislador for dar ao instituto caracterizado no art. 283 e 284 do projeto de Lei feição de efetivo acordo, tal qual aplicado no direito norte-americano, necessariamente deveria ser exigida concordância tanto da defesa quanto da acusação em relação à sua aplicação, aproximando-se de uma justiça negociada, ao contrário do que ocorre atualmente com os institutos da Lei 9.099/95, nos quais a acusação apenas realiza um exame de existência de requisitos objetivos e subjetivos para aplicação no caso concreto.

Contudo, não entendemos que essa interpretação se coadunaria com os princípios constitucionais processuais brasileiros, que seguem, em termos de justiça consensual, a oportunidade regrada. Se houver, de fato, previsão de requisitos que devam ser preenchidos para a possibilidade de aplicação antecipada de pena, então se eles estiverem presentes esta deverá ocorrer se for o desejo do acusado, sob pena de arbitrariedades por parte do órgão acusador.

⁵³ Geraldo Prado tece crítica contundente ao fato de que acordos criminais, mesmo em sua forma branda apresentada pela Lei 9.099/95, sejam vistos como direitos subjetivos do réu, como se a ele se dissesse que possui o direito de ser punido, mas punido de maneira mais branda do que se condenado fosse. Segundo o autor, na prática dos Juizados Especiais Criminais vende-se ao acusado a ideia de que, aceitando a transação penal em crimes de menor potencial ofensivo, não se afetariam outras áreas da sua vida civil. Nas palavras do autor: “A técnica, em suma, consiste na construção de um monumental aparato ideológico para transmitir ao suspeito a ideia de que ele tem ‘o direito de ser punido’! O discurso real é esse: – ‘você tem o direito de ser punido, mas punido por meio de uma pena que não vai te levar à cadeia, por meio de uma pena que nunca poderá te levar à prisão’. Cuida-se de uma pena restritiva de direitos e nessas circunstâncias você não será considerado reincidente e esta punição não irá afetar sua vida civil, o que é uma enorme mentira (ou inverdade). Quem já observou o processo de motoristas de ônibus em juizados especiais criminais sabe que eles não conseguem emprego depois que aceitam a transação penal. Na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva jurídica de que o suspeito não será reconhecido culpado pela infração penal” (PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84-85). Portanto, também este argumento por vezes utilizado para justificar a “bondade” da transação penal da Lei 9.099/95 seria pobre (ou falacioso) por basear-se em suposições que não encontram correspondência na realidade, isto é, por que passa a ideia de que o acordo é um direito e, por conseguinte, exercê-lo seria necessariamente benéfico ao réu.

Neste sentido, falta clareza acerca dos limites do princípio da legalidade e da oportunidade por parte do Poder Público e seu órgão responsável pela ação penal. Reforçamos, com esteio na doutrina de Giacomolli, que no Brasil vigora a chamada “oportunidade regrada”⁵⁴, que pode ser compreendida como uma liberdade em relação a possibilidade de escolha entre ações ou omissões *dentro dos limites normativos*. Por isso, deve-se ter em mente que, quando o ordenamento jurídico garante poder de disposição às partes dentro de suas regras, ele não está absorvendo o princípio da oportunidade, mas sim ampliando a aplicação do princípio da legalidade, condicionando as escolhas das partes aos casos restritos em lei.

Deste modo, não restaram bem delineados os espaços concedidos ao órgão acusador para que realize ou não o “acordo” previsto no projeto de lei em tela. De se observar, além disso, que o projeto apenas coloca limites gerais (e um tanto subjetivos, aliás) à possível formulação do acordo (§ 1º do art. 283). A título de comparação, dispositivo não guarda semelhança com os requisitos da transação penal aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, da Lei 9099/95), que são de cunho puramente objetivos, não restando neste caso discricionariedade alguma à acusação.

Conquanto não seja aconselhável, por todos os argumentos já trazidos neste artigo, inserir mais uma forma de consenso no direito penal brasileiro, caso haja insistência na aprovação de um Código de Processo Penal que permita alguma espécie de acordo criminal, melhor (ou única) saída, aqui, para proteger direitos do acusado compatíveis com o *due process of law* seria estipular requisitos claros (e objetivos) para tanto, bem como exigir uma motivação por parte do promotor nos casos em que não desejar oferecer a proposta de acordo ao acusado, sempre com base na presença ou não desses requisitos. Por exemplo, a existência de violência contra a pessoa na execução criminosa; motivação torpe ou fútil do crime (desde que suficientemente comprovado na investigação criminal); participação em organização criminosa, isto é, circunstâncias que via de regra são tidas por mais gravosas, e exigem a ampla produção probatória e a aplicação de pena condizente (e não uma pena simbólica apta apenas a desafogar o Judiciário).

Outra questão conflitante no texto do projeto de lei gira em torno da necessidade de assunção de culpa por parte do acusado em face do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Atualmente, o sistema jurídico brasileiro aceita a confissão como meio

⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

de prova, desde que *corroborada* por outras provas nos autos⁵⁵, não sendo aceita como único elemento para condenação⁵⁶. O Projeto de Lei 8.045/10, apesar de prescrever que para as infrações que deixam vestígios será imprescindível o exame de corpo de delito, não suprindo a sua falta a confissão⁵⁷, prevê, no art. 283, que a confissão, para fim do acordo criminal, não precisará de provas e, ainda, que tanto acusação quanto defesa deverão, para fim de realizar o acordo, terão de abrir mão da produção das provas. Aqui verifica-se o mesmo problema enfrentado por alguns países europeus, como já referido ao longo deste escrito.

Tal mudança de paradigma, repise-se, deve ser apreciada à luz dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. O conflito se encontra no ponto em que a homologação do acordo, conforme o parágrafo 8º, possui natureza jurídica de sentença condenatória. Poderia esse dispositivo infraconstitucional imprimir tal limitação ao princípio da presunção de inocência?

Ora, o próprio projeto parece contraditório quanto a isso, uma vez que, no procedimento ordinário (que é o que se seguirá caso não haja acordo), regula que a confissão por si só não basta para a condenação do acusado, devendo o magistrado verificar se esta encontra respaldo nas outras provas colhidas em contraditório no decorrer da instrução. Contudo, no procedimento sumário, prevê situação especial na qual o acusado, junto com seu defensor, pode optar por utilizar o instituto do acordo criminal, sendo necessária a assunção da culpa por fato imputado a si e a renúncia à produção probatória. Presentes os requisitos legais e a anuência do Ministério Público, tal acordo irá gerar efeitos condenatórios, e, o que é ainda mais complicado, poderá engendrar pena privativa de liberdade.

Como esboça Giacomolli, para o Poder Judiciário o acordo criminal encontra fundamento na “possibilidade de solucionar prontamente o processo criminal, com a antecipação da tutela jurisdicional”⁵⁸. Contudo, o autor faz, com esteio em ampla doutrina crítica,⁵⁹ merecida crítica a tal visão utilitarista, afirmando que tal fundamento carece de base científica, afirmando, com razão, que há “falta de reflexão, de construção do pensamento

⁵⁵ BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em: 02.02.2014, art. 197.

⁵⁶ BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em: 02.02.2014, art. 158.

⁵⁷ Art. 206 do Projeto de Lei nº 2.e Art. 158 do Código de Processo Penal (BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em: 02.02.2014).

⁵⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 335.

⁵⁹ WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

científico dos que unicamente assim a enunciam”⁶⁰. Em suma, o projeto de lei ora analisado, especificamente no que diz respeito ao acordo criminal previsto nos arts. 283 e 284, merece reflexão mais aprofundada que busque uma convergência entre princípios e direitos constitucionais e não simplesmente a celeridade a qualquer custo – notadamente quando o caminho que se pretende adotar recebe tantas críticas em locais onde já é seguido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente assunto é de extrema relevância, haja vista a frequente ausência de uma discussão mais aprofundada das leis no Brasil (algo já apontado pela doutrina quanto à Lei 9.099/95). Todo e qualquer assunto que diga respeito à modificação de regras do processo penal ou do direito penal por meio de leis deve ser amplamente debatido, tendo em vista o impacto que tais legislações têm na prática. O acordo criminal merece especial atenção por se tratar de instituto inexistente no ordenamento jurídico brasileiro nos moldes em que está sendo proposto no projeto de Lei 8.045/10, que tramita atualmente na Câmara dos Deputados.

A problemática acerca da discricionariedade (ou não) do órgão acusador para a realização do acordo e a da assunção de culpa por parte do acusado passam pela análise do paradigma atual do Estado Democrático de Direito e de eventuais mudanças de visão dentro deste Estado. O primeiro grande ponto a ser refletido é que valores se quer proteger ao se instalar mais uma forma de consenso no processo penal brasileiro e se tais valores são consistentes com aqueles ditados na Constituição Federal e implícitos na adoção oficial de uma democracia como forma de governo. E, tomando como exemplo a prática do acordo criminal em outros países, levando em consideração os relatos de como realmente ocorrem e as críticas que há tempos vêm lhe sendo feitas, é de se questionar seriamente se a celeridade que supostamente seria alcançada por tal via consegue ao mesmo tempo promover o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Ademais disso, a redação do projeto, nos artigos aqui analisados, deixa a desejar no que tange à descrição do procedimento sumário. Lacunas como o alcance do juízo de oportunidade a ser realizado pelo *parquet* (que *deve* ser regrado), isto é, a falta de critérios objetivos que permitam o controle externo da sua atividade também não é conciliável com um Estado Democrático. É absolutamente necessário que ao menos isso seja corrigido antes da

⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 336.

aprovação do projeto de lei; caso contrário, estar-se-á abrindo margem não para discricionariedade, mas para arbitrariedade.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W.. Plea Bargaining and its history. *In: Columbia Law Review*, Vol 79, Jan. 1979, nº 1.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da Justiça e Controle Social*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em: 23.01.2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira (coord.). *Roubo e furto no Distrito Federal: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade*. Brasília: UnB, 2009.

CHURCH JR., Thomas W. In Defense of "Bargain Justice". *In: Law & Society Review* Vol. 13, No. 2, Special Issue on Plea Bargaining (Winter, 1979), pp. 509-525 . Published by: [Blackwell Publishing](#) on behalf of the [Law and Society Association](#). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3053266>. Acesso em 28 abr. 2011.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 2, 2º, p. 173-208, abr.-jun. 1992.

FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in federal courts. *Harvard Law Review*, Vol. 89, Dec. 1975, nº 2.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LANGBEIN, John H.. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1979. Paper 544. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544. Acesso em 29.04.2011.

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

PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. *In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84-85

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. *In: DELMAS-MARTY, Mireille (org). Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 673-717.

REALE JR., Miguel. Simplificação processual e o desprezo ao processo penal. Disponível em: <http://www.fonaje.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/spddp.pdf>. Acesso em: 18.02.2014.

ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: Sem Garantias, nem Pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73.

SARNEY, José. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 156 de 2009*. Código de Processo Penal (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/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>, acesso em 20.01.2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Espanha: Tecnos, 2002, p. 288-302.

_____. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (org). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.