

O SISTEMA DE JUSTIÇA NEGOCIADA EM MATÉRIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

THE NEGOTIATED JUSTICE SYSTEM IN CRIMINAL MATTERS: REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN EXPERIENCE

Humberto Barrionuevo Fabretti

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito - EPD. Professor de Direito na Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Virgínia Gomes de Barros e Silva

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Submetido em: 26/05/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5919>

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar o sistema de justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. Aborda o seu conceito, os princípios que o fundamentam e a influência do modelo norte-americano na negociação da sentença criminal, que possibilita a abreviação do processo a partir da confissão do réu – ou, ao menos, da sua ausência de contestação. Entende-se que a negociação da sentença em matéria criminal colide com alguns princípios fundamentais de um processo penal democrático. É necessário, portanto, ter prudência na incorporação deste modelo ao ordenamento pátrio, sob pena de, em busca da celeridade processual, atropelar-se garantias fundamentais do processo em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Justiça penal negociada; Processo penal democrático; Garantias fundamentais.

Abstract: *This article proposes to analyze the criminal negotiated justice system in the Brazilian legal system. It addresses its concept, the principles that underlie it and the American model influence in the negotiation of the criminal sentence, which makes it possible to abbreviate the process from the confession of the defendant - or, at least, from his absence of contestation. It is understood that the negotiation of the sentence in criminal matters conflicts with some fundamental principles of a democratic criminal procedure. It is therefore necessary to be prudent in incorporating this model into*

the country's legal system, under penalty of seeking the speed of proceedings to trample fundamental guarantees of the process in a Democratic State of Law.

Keywords: *Negotiated criminal justice; Democratic criminal procedure; Fundamental guarantees.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A justiça Penal Negociada: causas de legitimação. 2.1. Pressupostos para a validade do consenso. 2.2. A hipervalorização do papel do acusador e sua incompatibilidade com o sistema acusatório. 3. Os Juizados Especiais Criminais. 4. A Colaboração Premiada. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de Fevereiro de 2018, uma juíza aposentada do estado de Missouri, EUA, publicou um artigo¹ no jornal *The Washington Post* pedindo que a Suprema Corte norte-americana anulasse uma sentença que ela havia proferido cerca de vinte anos antes – e pela qual estava arrependida. Em 1997, Evelyn Baker condenou um adolescente a 241 anos de prisão por dois assaltos à mão armada, nos quais não houve feridos. No artigo, ela relata que, dentre os motivos que a levaram a estabelecer uma pena tão alta, estava o fato de o adolescente não ter aceitado a negociação proposta pelo Ministério Público, que ofertara trinta anos de prisão em troca da confissão do crime. O jovem, agora adulto, segue preso em regime fechado aguardando a solução do impasse².

Aos olhos de um jurista brasileiro, pode parecer estranho a possibilidade de a acusação propor uma pena tão alta em troca da confissão do réu. A negociação da sentença criminal, contudo, é praxe no sistema norte-americano. Pesquisa de 2013 apontou que quase 97% das condenações no sistema de justiça federal dos EUA se fundamentam em acordos para o reconhecimento da culpabilidade (VASCONCELLOS, 2015). No Brasil, o debate avança com o entusiasmo de determinados juristas que veem no modelo de justiça negocial um destino inexorável do sistema de justiça brasileiro e de outros países. Esse preceito, entretanto, não avança sem críticas. Consolidado no direito brasileiro a partir da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, e fortalecido pela Lei 12.850/13, que incorporou no ordenamento pátrio o instituto da colaboração premiada, tal sistema tem sido combatido sob o argumento de apresentar características incompatíveis com um Processo Penal Democrático.

¹ Washington Post 201. "I sentenced a teen to die in prison. I regret it". Disponível em https://www.washingtonpost.com/opinions/i-sentenced-a-teen-to-die-in-prison-i-regret-it/2018/02/13/20e-731ba-103a-11e8-8ea1-c1d91fcec3fe_story.html?utm_term=.20c1c4fa4cab. Acessado em 23/04/2018.

² Consultor Jurídico. "Arrependida, juíza pede à Suprema Corte para anular decisão tomada há 20 anos", 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/juiza-suprema-corte-anular-decisao-tomada-20-anos>>. Acessado em 23/04/2018.

O presente artigo busca contribuir com a discussão, analisando os princípios e pressupostos processuais correspondentes, bem como a experiência judicial brasileira, com vistas a confrontar argumentos e apontar perspectivas que auxiliem na evolução do debate. Inicia-se com a conceituação do acordo no processo penal, sua relação com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem como sua adequação ao sistema processual pretensamente acusatório estabelecido no ordenamento jurídico pátrio. Adiante, passar-se-á a análise da experiência brasileira iniciada com a criação dos Juizados Especiais Criminais, bem como com a instituição da delação premiada.

Por fim, serão apontadas conclusões no sentido de aprimoramento do modelo, bem como da cautela que se há de ter para que não se insista na importação de um sistema que não corresponde às demandas da realidade do sistema judicial brasileiro. Naturalmente, não é propósito do presente trabalho esgotar o debate em torno da negociação da pena na justiça criminal. Nem poderia, face à complexidade que o tema envolve. Trata-se, portanto, de uma contribuição a um tema que ainda enseja diversas polêmicas e expectativas, em face da tendência observada nos últimos anos de ampliação das hipóteses de justiça negociada no sistema judicial criminal brasileiro.

2 A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: CAUSAS DE LEGITIMAÇÃO

Na medida em que as relações sociais têm adquirido mais complexidade, o direito penal tem se expandido, novos tipos penais são criados, penas em abstrato aumentadas e a pressão social pela solução do aumento da criminalidade também cresce. Desse modo, as discussões relacionadas ao papel do direito no controle da violência e da corrupção ganham relevo, com o Judiciário assumindo cada vez mais protagonismo no debate público. Como forma de responder às crescentes pressões de cunho punitivista, parte dos juízes reagem por meio de condenações fundamentadas em frágil arcabouço probatório ou pela imposição de medidas cautelares respaldadas em noções equivocadas do que vêm a ser a “garantia da ordem pública”, como se o aumento no número de condenações refletisse necessariamente uma maior eficiência do sistema.

Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que, em 2015, existiam seis milhões de ações criminais ainda na fase de conhecimento no judiciário brasileiro³. Esse fenômeno de expansão do direito penal não ocorre, entretanto, desprovido de críticas. Lênio Streck (2018) afirmou em artigo recente que “um país

³ Conselho Nacional de Justiça. “Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento”, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>>. Acessado em: 23/04/2018.

que confunde direito penal com política social de controle de massas está com seríssimos problemas de compreensão sobre o próprio sentido do Direito”.

Nesse cenário, é natural – e, até certo ponto, necessário – que se sobressaiam propostas sobre a busca por mais celeridade e eficiência da justiça criminal. Tal preocupação encontra amparo na Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inc. LXXVIII dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Badaró (2015) explica que o prazo razoável do processo deve ser analisado em um aspecto duplo: tanto no direito a um processo em prazo razoável sem dilatações indevidas, como quanto ao direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso seu processo se prolongue por tempo indevido.

De fato, a morosidade judicial, de modo geral, acarreta prejuízos a todos os interessados no processo. Brandalise (2016, p. 32) sintetiza essa questão quando afirma que a demora trás dificuldades ao acusado, na medida em que prolonga a “incerteza sobre seu futuro e condicionamento de sua liberdade”, bem como “à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime que seja credível”.

É neste contexto que a justiça criminal negocial se posiciona como um dos temas centrais do processo penal contemporâneo. Busca-se na preocupação com o prazo razoável do rito e na economia processual as causas de legitimação do acordo na esfera judicial. Não se afirma, neste ponto, que o consenso no processo penal seja um fenômeno recente, posto que observado com fôlego na jurisprudência norte-americana desde o século XIX. No caso do Brasil, entretanto, país de tradição *civil law*, a crescente presença deste debate no âmbito jurídico se deu fundamentalmente a partir das últimas décadas.

A preocupação com lentidão judicial generalizada tem induzido à formulação de propostas para a celeridade e simplificação do rito processual. A barganha, ou negociação, da sentença criminal conquista o entusiasmo de juristas ao antecipar a aplicação da sanção penal, abreviando o processo a partir da confissão do réu (ou, ao menos, da falta de contestação às acusações apresentadas), que abre mão de seus instrumentos de defesa e, assim, facilita a atividade acusatória, podendo, ainda, colaborar com a produção de provas contra si mesmo ou contra terceiros envolvidos na prática de eventuais ilícitos penais.

Entende-se, dessa forma, que além de facilitar o trabalho da acusação, é forçoso reconhecer que, a depender do caso, a barganha pode prestar-se também ao benefício do acusado, como forma de atenuar o sofrimento que o processo naturalmente proporciona e de auferir uma pena mais benéfica.

De forma resumida, Brandalise conceitua a justiça negociada da seguinte forma:

[...] é um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa) (BRANDALISE, 2016, p. 29).

Vasconcellos, por sua vez, pontua:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS, 2015, p. 55).

Observa-se, assim, a abreviação dos trâmites processuais ordinários a partir do acordo proposto pela acusação no qual o acusado confessa as imputações que lhe são direcionadas ou, pelo menos, abdica do direito de contestá-las, em troca de uma pena mais branda, ou, em alguns casos, de perdão judicial. A depender do caso, a proposta do Ministério Público pode ser apresentada antes ou depois do oferecimento da denúncia, sendo necessários, para a consolidação do acordo, alguns requisitos fundamentais.

Os principais fundamentos da aplicação da barganha no processo penal, portanto, se referem à celeridade e economia processual. Busca-se abreviar o rito como forma de garantir-se mais eficiência ao sistema de justiça. São essas as justificativas que fizeram da negociação da sentença uma prática cotidiana nos Estados Unidos e que despertam o entusiasmo dos juristas que buscam naquele país a inspiração para um modelo mais célere de justiça processual.

Cumprir destacar, entretanto, que tais fundamentos recebem severas críticas por parte dos juristas norte-americanos – no Brasil, não é diferente. O processo penal é também uma arma da civilização contra a barbárie. Através da garantia

do contraditório, do juiz natural e de outros princípios constitucionalmente res-paldados, busca-se a verdade possível dos fatos e a coibição do arbítrio.

2.1 PRESSUPOSTOS PARA VALIDADE DO CONSENSO

O consenso no processo penal se manifesta de variadas formas em cada país, inclusive no direito pátrio, a depender de qual seja a lei na qual se refe-rencia. Para que o acordo seja válido, entretanto, alguns pressupostos gerais se fazem necessários: (I) voluntariedade do acusado na negociação; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional; (III) adequação da proposta à denúncia apresentada.

A voluntariedade é condição basilar para a validade de acordo judicial, uma vez que, diante de sua aceitação, o acusado aceita abrir mão de instrumentos di-reitos fundamentais para sua defesa presentes apenas no processo ordinário. O aceite do acordo importa na confissão do acusado – ou, pelo menos, na ausência de contestação às acusações apresentadas – renunciando ao seu direito ao con-traditório, à elaboração de provas a seu favor, dentre outros. Uma vez negada a proposta de acordo pelo acusado, o processo deverá seguir seu rito normal.

Deve ser pela manifestação da sua livre vontade, portanto, que o acusado aceite os termos da negociação. Qualquer coação indevida sobre si será requisito para invalidade do acordo.

O segundo requisito se refere à compreensão dos termos da negociação por parte do acusado. Ele deve ter ciência de sua situação e das acusações que lhe são imputadas, da pena a lhe ser imposta, bem como das consequências e dos direitos que renuncia a partir da celebração do acordo. Por fim, faz-se necessária a adequação entre os fatos indicados pela acusação e o crime confessado, tema controverso, pois, dependendo do caso, não há como ter provas das acusações imputadas para além do próprio reconhecimento por parte do acusado.

A todos os pressupostos apresentados são feitas ponderações ou críticas por parte da doutrina. Sob o argumento de economia e celeridade processual, su-primem-se direitos fundamentais do réu, que, diante da possibilidade de ver-se submetido a uma pena desproporcional em caso de rejeição do acordo, aceita os termos propostos. Não se trata sempre de confessar um fato criminoso, mas de ratificar a acusação. Mesmo que ele seja inocente, o medo de uma condenação injusta pode levá-lo a encurtar o sofrimento que o processo gera e declarar-se culpado como forma de evitar um mal maior, sobretudo se estiver preso ou sub-metido a outras medidas cautelares.

Sobre a justiça negociada, Aury Lopes Jr. alerta:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao ‘acordo’ vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra (LOPES JUNIOR, 2017, p. 785).

A busca pela verdade processual, assim, se relativiza em detrimento de uma verdade negociada entre as partes, a partir das informações colhidas na fase pré-processual e, por isso mesmo, ainda não submetidas ao contraditório. O princípio norteador do processo penal democrático, a presunção de inocência, dá lugar agora à presunção de culpa.

Conforme pontua 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 insuficiência na assistência jurídica penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 168).

Entende-se não ser possível suprir direitos fundamentais em detrimento de uma pretensa celeridade processual. Parcela dos entusiastas da justiça penal negociada parece, na verdade, transferir para o réu a responsabilidade pelo congestionamento do judiciário. Brandalise afirma ser “inviável o aumento desmesurado de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRANDALISE, 2016, p. 40), demonstrando que o problema da morosidade judicial não está no réu, mas na insuficiência de recursos para a administração da justiça. O sistema judiciário não pode, portanto, transferir para o acusado um problema que é de sua inteira responsabilidade. A celeridade processual, afinal, precisa ser pensada também do ponto de vista do acusado – mas não por meio da supressão de suas garantias fundamentais.

Sem prejuízo das causas atenuantes, a pena deve ser imposta na medida da culpabilidade do réu. Deve ter relação com os fatos narrados e não com critérios vinculados puramente à gestão do sistema judicial.

2.2 A HIPERVALORIZAÇÃO DO PAPEL DO ACUSADORE SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Questão que se apresenta sobre o tema diz respeito a possibilidade de não oferecimento da denúncia por parte da acusação, uma vez que a avaliação de

oportunidade por parte do Ministério Público para apresentar denúncia criminal iria de encontro ao princípio da legalidade, normalmente associado à obrigatoriedade de oferecimento da ação penal sempre que forem verificados indícios de autoria e materialidade de infração à lei penal.

Sobre este ponto, Vasconcelos afirma:

[...] de um lado, há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal (...). De modo distinto se caracteriza a obrigatoriedade da ação penal, a qual, segundo nossa visão, pode ser excepcionada dentro da legalidade, ou seja, conforme hipóteses e condições previstas no texto legal (VASCONCELLOS, 2015, p. 43).

Posto isso, não se pode olvidar que, ainda que haja previsão legal para que o Ministério Público ofereça acordo no processo penal, resta a reflexão sobre o reposicionamento de suas funções neste contexto. Uma vez que o papel do juiz é meramente protocolar na homologação do consenso, concentra-se em um único sujeito processual a incumbência de acusar e julgar, pactuando a pena em uma posição processual superior a do acusado. Ora, o processo penal é um direito fundamental em uma sociedade democrática: é o único caminho possível para se impor uma pena a um cidadão, configurando limitação ao poder punitivo estatal. Ainda que se reconheça que não seria adequado o juiz negociar a pena, é preciso ter prudência em relação aos critérios que a acusação utilizará para oferecer acordo.

Essa é uma das razões pela qual se reconhece a incompatibilidade da justiça negociada com o modelo acusatório, ou com o modelo misto, adotado pelas sociedades democráticas hodiernas. Em linhas gerais, considera-se a existência de dois sistemas processuais penais. No inquisitório, o juiz atua de ofício e age também como acusador. Não há, portanto, imparcialidade e passividade do julgador.

Já no modelo acusatório existe a separação da figura do acusador e do julgador e igualdade entre a acusação e a defesa. O processo é público e permite o exercício do contraditório e ampla defesa.

No sistema acusatório, portanto, existem determinadas garantias da defesa incompatíveis com a barganha da sentença criminal. Garantias, essas, que têm sido relativizadas em prol de uma pretensa celeridade e eficiência processual, como se a ideia de efetividade estivesse necessariamente associada à ideia de condenação. De acordo com Aury Lopes Jr.:

A tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é totalmente ideológica e mistificadora, como qualificou Ferrajoli, para quem esse sistema é fruto de

uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico (LOPES JUNIOR, 2017, p. 784).

No modelo norte-americano, pode o Ministério Público negociar não apenas a pena do acusado, mas também os fatos e imputações que lhe serão direcionadas, o que corrobora com o argumento exposto anteriormente de que a verdade perseguida na justiça penal negociada é a verdade negociada entre as partes e não a verdade processual estabelecida a partir das provas colhidas, do confronto entre diferentes alegações e da observação dos direitos fundamentais da defesa.

No Brasil, para que o Ministério Público esteja habilitado a negociar os termos da condenação, é imprescindível que haja previsão legal para tanto, vez que, conforme dito anteriormente, o processo pátrio se pauta pelo princípio da legalidade. É por essa razão que se recebeu com perplexidade a edição da Resolução Nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴, a qual, em seu artigo 18º, prevê que “não sendo o caso de arquivamento (*da investigação criminal*), o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática” mediante determinadas condições elencadas do referido artigo (grifos nossos).

Trata-se de uma flagrante hipertrofia nas funções do órgão acusador, que possibilita a imposição de sanção ao investigado com fundamento nas investigações pré-processuais sem garantia de contraditório ou de outros direitos que lhe são inerentes no curso do processo. A resolução concede ao Ministério Público, portanto, poderes que não lhe são conferidos pela Constituição Federal ou pela legislação extravagante, transformando-o em órgão acusador e julgador, em evidente confronto ao que se espera de um processo penal democrático.

Embora não seja o objetivo deste artigo, cabe, neste ponto, registrar a preocupação com a tendência de hipervalorização da função do Ministério Público, que gera desequilíbrio entre as partes no processo penal e invasão da competência do órgão julgador. Esse papel é incompatível com o modelo acusatório do processo e representa um retrocesso nos direitos e garantias conquistadas nos marcos do Estado Democrático de Direito.

⁴ Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acessado em: 24/04/2018.

3 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Uma vez avaliados alguns temas gerais sobre a negociação no processo penal, passa-se, neste momento ao estudo das possibilidades de barganha previstas no direito brasileiro. Seu grande marco se deu com a Lei 9.099/95, responsável pela criação dos Juizados Especiais Criminais, no qual se apresenta uma opção clara do legislador pelo estabelecimento de um novo rito pautado na economia processual e celeridade. Isso vem expressamente disposto no artigo 62 da referida lei, que dispõe que “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

A Lei 9.099/95 estabelece a possibilidade de conciliação civil, transação penal ou suspensão condicional do processo para infrações de menor potencial ofensivo, definidas como aquelas cuja lei não comine pena máxima superior a dois anos.

A conciliação é possível ainda na fase pré-processual nos delitos em que a lei exige representação ou queixa da vítima. De acordo com o artigo 74, a composição dos danos civis terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente e, de acordo com o seu parágrafo único, o acordo homologado acarretará renúncia ao direito de queixa ou representação. Uma vez descumprido o acordo por parte do acusado, a sentença homologatória servirá como título executivo judicial na esfera cível. Já no caso de não haver conciliação em audiência preliminar, abre-se possibilidade para a transação penal ou, em outro momento, para a suspensão condicional do processo.

A transação penal encontra previsão constitucional no artigo 98, inciso I. Através da transação penal, a acusação poderá propor uma pena restritiva de direitos ou multa, que abrevia o processo por meio da imposição antecipada da sanção penal. Também ocorre antes do oferecimento da denúncia e, uma vez celebrada, não enseja o reconhecimento de culpa, mas o acusado não poderá se beneficiar do instituto por um prazo subsequente de cinco anos. Se o prazo ainda estiver correndo, caberá à acusação apresentar ação penal. Mas, no caso de celebração e cumprimento da transação, estará a acusação impossibilitada de apresentá-la e ocorrerá a extinção da punibilidade do acusado.

Quando os termos da transação forem descumpridos pelo acusado, entende o Supremo Tribunal Federal que a persecução penal deve ser retomada. É o que dispõe a súmula vinculante número 35:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas,

sulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Já a suspensão ocorre depois do oferecimento da ação para crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, situação na qual o Ministério Público poderá propor a suspensão, desde que, nos termos do artigo 89 da referida lei, o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e presentes estejam os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Uma vez suspenso o processo, o acusado será submetido a um período de prova, sob as condições estabelecidas na lei ou ainda outras que o juiz julgar pertinentes.

Dispõe o parágrafo 4º do artigo 89 da Lei 9.099/95 que “a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”. Expirado o prazo de suspensão sem que haja causa de revogação, será declarada a extinção de punibilidade.

Repara-se que, nos três institutos previstos, descritos na Lei 9.099/1995, há uma semelhança no que se refere à postura do réu, que aceita a acusação sem contestá-la e acolhe as obrigações que lhe são propostas, ainda que não lhe seja reconhecida a punibilidade em nenhuma das situações. Essa posição ensejou críticas por parte da doutrina, no sentido de que tais institutos suprimiriam direitos dos acusados. Entretanto, uma vez existente previsão constitucional para a transação penal e a opção de rejeição dos termos do acordo por parte do acusado, as polêmicas foram se dirimindo ao longo dos anos, por mais pertinentes que sejam – e, de fato, o são.

Já foi dito que os espaços de oportunidade para negociação por parte do Ministério Público estão delimitados pela legislação vigente. Neste ponto, um tema que se apresenta diz respeito à possibilidade de, uma vez presentes todos os requisitos para concretização da transação penal ou da suspensão condicional do processo no caso concreto, o acusador público estar obrigado ou não a apresentar uma das ditas propostas. A doutrina majoritária⁵ defende que, recusando-se o

⁵ Já em 2001, Geraldo Prado afirmava que “Mesmo se no lugar da proposta o representante do Ministério Público opte pelo oferecimento direto da denúncia, o procedimento deverá ser sustado para que o juiz remeta ao Procurador-Geral os autos, alertando quanto à desatenção sobre a obrigatoriedade da solução consensual. Caso o Procurador-Geral concorde com o Promotor de Justiça, não haverá o necessário consenso a conferir base à transação e, em vista disso o, processo retomará seu curso natural. Se for o contrário, caberá ao próprio Procurador-Geral formular a proposta de pena ou delegar a formulação a outro Promotor de Justiça, homologando o juiz o acordo, se este for concretizado, e deixando de receber a denúncia já oferecida porque o conflito haverá sido resolvido

representante do Ministério Público em apresentar a proposta de acordo, poderá o juiz determinar o envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça, uma vez que não haveria discricionariedade do acusador público para não fazê-lo.

O tema já foi, inclusive, objeto de súmula do Supremo Tribunal Federal, de número 696, a qual dispõe:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Por fim, cumpre ainda destacar um pressuposto comum da transação penal e da suspensão condicional processo. Versa a Lei 9.099/95 que a transação penal não será admitida quando ficar comprovado que “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”. De modo semelhante, o artigo 89 da referida lei, remete ao artigo 77 do Código Penal como requisito para suspensão da pena. Esse último dispõe em seu inciso II sobre “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente”.

Tais pressupostos para a efetivação da transação penal e suspensão condicional do processo se mostram extremamente vagos e abertos, seja porque dispõem sobre pressupostos flagrantemente conflitantes com o princípio da presunção de inocência, como é o caso dos maus antecedentes, seja porque a análise de muitos deles foge às possibilidades e à formação técnica do juiz, como é o caso da “personalidade” do agente.

Esses critérios, portanto, mostram-se incompatíveis com princípios consolidados constitucionalmente no ordenamento pátrio. Observa Aury Lopes Jr:

Em suma, o maior problema é o decisionismo, o verdadeiro autoritarismo que encerra uma decisão dessa natureza, que é substancialmente inconstitucional por grave violação dos direitos de defesa e contraditório, pois não há possibilidade de refutação das hipóteses decisórias. É um dado impossível de ser constatado empiricamente e tampouco demonstrável objetivamente para poder ser desvalorado (LOPES JUNIOR, 2017, p.758).

Tais pressupostos para a efetivação da transação penal e suspensão condicional do processo, portanto, mostram-se extremamente vagos e abertos, seja porque dispõem sobre pressupostos flagrantemente conflitantes com o princípio

definitivamente” (PRADO, 2011, p. 253-254).

da presunção de inocência, como é o caso dos maus antecedentes, seja porque a análise de muitos deles foge às possibilidades e formação técnica do juiz, como é o caso da “personalidade” do agente.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA

Diferentes tipos e graus de colaboração são previstas na legislação brasileira. A Lei 9.613/98, que versa sobre o crime de lavagem de dinheiro, já prevê a redução da pena de um a dois terços nos casos em que o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com a prestação de esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais⁶. Dispositivo semelhante está presente também na Lei de Drogas (Lei 11.343/06)⁷. É, por sua vez, a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13) a que melhor detalha o referido instituto em um capítulo intitulado “Da Colaboração Premiada”. Isso porque os diplomas anteriores se concentravam mais nas consequências da delação para a aplicação da pena do que nos seus aspectos processuais.

Trata-se, de modo geral, da possibilidade do acusado, investigado ou indiciado confessar todas ou algumas das imputações que lhe são feitas e, a partir daí, colaborar com a persecução criminal para identificação dos demais autores dos fatos investigados, bem como para a reunião de provas e informações pertinentes ao processo. É aplicável, portanto, nos crimes que envolvem concurso de agentes, quando um ou mais partícipe podem colaborar para a elucidação dos fatos.

Sua aplicação, contudo, não se limita às organizações criminosas. Segundo Badaró, os dispositivos previstos na Lei 12.850/13 terão aplicação a toda e qualquer ocorrência, pois não há “nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais que a prevêm”⁸.

⁶ Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

⁷ Lei 11343, art. 41: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

⁸ Badaró afirma “Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. Isso porque, não há nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado, que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais

A partir dessas considerações iniciais, já é possível refletir sobre algumas críticas pertinentes ao instituto da colaboração premiada. Afirma-se ser necessária em razão da impossibilidade do Estado dispor de todas as condições para a apuração dos diversos crimes presentes em uma sociedade cada vez mais complexa. Disso depreende-se como positiva a possibilidade do próprio acusado colaborar com a colheita de informações e provas para a elucidação da verdade perseguida.

Por outro lado, acredita-se ser prejudicial ao sistema de justiça que o ônus pela colheita de provas recaia sobre o acusado, a quem se atribui uma “presunção de culpa” e que, pressionado pela hipótese de ser condenado ao final do processo – ou de ao menos, receber uma pena desproporcional à extensão de sua culpabilidade - aceita colaborar com as investigações. De certa forma, neste ponto, há duas manifestações de descrença no sistema de persecução penal: de um lado, por parte do acusado que se vê diante da possibilidade de ser injustiçado ao final do processo e, do outro lado, o próprio Estado ao reconhecer, implicitamente ou não, a ineficiência de sua capacidade investigativa.

Geraldo Prado explica que

A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a “sedução” da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado (PRADO, 2015).

Independente da valoração que se faça sobre o instituto da delação premiada, fato é que ele está consolidado no ordenamento jurídico pátrio a partir de determinados requisitos legais que devem ser observados para sua validade. O caput do artigo 4^a da Lei 12.850/13 dispõe que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

que a prevêem. Não é, pois, um caso de *Lex specialis derogat generali*. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um co-imputado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o sistema financeiro nacional”. (BADARÓ, 2015, p. 453).

O Ministério Público poderá, ainda, deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, numa manifesta referência ao princípio da oportunidade que, neste caso, possui previsão legal.

Cumprе observar, também, que no Brasil, o juiz não participa da elaboração do acordo de colaboração. Existem sistemas de justiça negocial, como é o caso do alemão, em que o julgador participa da negociação do consenso⁹. Não é o caso do Brasil. O legislador brasileiro preferiu um modelo que preserve a imparcialidade do juiz. Badaró trás uma reflexão importante sobre o tema ao afirmar:

O juiz não deve presenciar ou participar das negociações da delação, porque eventual fracasso destas implica a desconsideração de todos os seus termos – inclusive da eventual confissão do réu que pode integrar a proposição inicial. Caso o julgador presencie os atos prévios à delação, não conseguirá descartar mentalmente os elementos dos quais tomou conhecimento, mesmo que a delação não ocorra e os atos de negociação sejam descartados. A participação do juiz em tal acordo colocará em risco a sua imparcialidade objetiva (BADARÓ, 2015, p. 454).

O acordo de colaboração, portanto, se dá entre o delegado de polícia e o investigado ou entre o Ministério Público e o investigado ou acusado, sempre na presença de seu defensor. Ao juiz, caberá a homologação do acordo, verificando o atendimento aos pressupostos legais. Para este fim, a lei estabelece que o juiz poderá, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Se não entender estarem presentes os requisitos legais para elaboração do consenso, poderá o juiz recusar a homologação ou adequá-la ao caso concreto. Neste ponto, a lei não é clara de que modo caberá ao magistrado conduzir à adequação do acordo, uma vez que, em determinadas situações, pode-se entender que influenciaria nos termos da colaboração, prejudicando, assim, sua imparcialidade.

Cumprе observar que, caso o colaborador se retrate da proposta, o seu conteúdo e as provas autoincriminatórias que vier a produzir não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Importante disposição legal se encontra no parágrafo 16 do artigo. 4º, ao vedar sentença condenatória que tenha como único fundamento as declarações do delator. Vasconcellos afirma que, fosse o contrário, teríamos um retorno à já

⁹ Brandalise explica que, no sistema alemão, acordos na justiça criminal podem acontecer “apenas entre o juiz e o arguido e seu defensor, sem uma participação mais ativa do Ministério Público” (BRANDALISE, 2016, p. 93).

superada visão da confissão do acusado como a “rainha das provas” (VASCONCELLOS, 2015, p. 119-120). Já Badaró¹⁰ entende que o valor probatório da delação deva ser atenuado. Pereira (2013), por sua vez, afirma que quando identificado no caso concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração e tendo a mesma contribuído para a elucidação dos fatos, o autor passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo o magistrado ignorá-lo no momento do estabelecimento da pena.

Na fundamentação da sanção, portanto, o juiz deverá apontar as motivações que o levaram a definir os prêmios possíveis atribuídos ao delator em face da extensão de sua contribuição, nos termos do parágrafo 11, artigo 4º da Lei 12.850/13.

Insiste-se, neste ponto, nos requisitos de validade para conformação da colaboração premiada apontados anteriormente quando da análise de questões genéricas da justiça criminal negocial: (I) voluntariedade do acusado, que não pode ser coagido à firmar o acordo; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional e presença de um defensor em todos os momentos da negociação; (III) adequação da proposta à acusação apresentada.

Por fim, cumpre ressaltar que, diferentemente do que ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo – nas quais somente é possível a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa – na colaboração premiada é permitida a negociação de pena privativa de liberdade em qualquer fase do processo, inclusive durante a execução. Isso permite que o acordo de colaboração seja utilizado como instrumento de coação contra o réu, sobretudo quando ele se encontra enclausurado.

É essa uma das críticas recorrentes, por exemplo, à denominada “Operação Lava-jato”, na qual respeitados juristas identificam a utilização das prisões preventivas como instrumento de pressão para delação. Critica-se também a aplicação de regimes prisionais diferenciados, sem qualquer relação com a quantidade de pena aplicada. São críticas oportunas, que devem ser levantadas no momento em que o tema está em acalorada discussão no Congresso Nacional, com vistas a se buscar o aprimoramento contínuo do instituto da colaboração e, principalmente, debater a sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰ Como afirma o autor: “Entre negar qualquer valor probatório à delação premiada, de um lado, ou dar-lhe valor pleno, de outro, é possível adotar um caminho intermediário: admitir a delação premiada, mas com valor probatório atenuado” (BADARÓ, 2015, p.457).

CONCLUSÃO

Uma vez analisada a experiência de posituação da justiça criminal negocial no direito pátrio, restam-se ainda algumas reflexões necessárias. A possibilidade de antecipação de uma sanção a um acusado ainda é tema polêmico no debate jurídico não apenas no Brasil, mas em vários outros países. Mesmo nos EUA, onde o modelo negocial prevalece sobre o processo penal ordinário – tido, neste ponto, como aquele onde todos os direitos da defesa são assegurados – as críticas são persistentes.

Entende-se que é preciso manter a prudência que o tema exige. Não se pode avaliar a negociação da sentença criminal apenas do ponto de vista da economia processual ou de uma suposta eficiência. Justiça eficiente não se confunde com aquela que mais condena. Não raras são as vezes em que este modelo decreta condenações injustas¹¹. Quando um investigado, indiciado ou réu em um processo penal se vê diante de um sistema judicial falho, fica naturalmente suscetível a aceitar a pena proposta diante do receio de uma sentença desproporcional mais adiante.

Nos últimos anos, têm sido frequentes as denúncias de acusações ou prisões preventivas impostas como instrumento de pressão sobre o acusado para a concretização de acordos de colaboração. Em artigo de 2005, Geraldo Prado (2015) opina que “jogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar o caminho de volta à Inquisição”. Ou, como afirma Aury Lopes Jr. (2017, p. 785): “Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’”.

Não se deixa de reconhecer, neste ponto, que mesmo o rito penal ordinário também possui falhas e pode ensejar condenações injustas. Mas, como alerta Vasconcellos (2015, p. 168-169), “é inegável a redução racional de riscos com o respeito ao devido processo penal”. Não se deve aceitar, portanto, a alegação de que a ampliação das possibilidades de barganha é um destino inexorável do sis-

¹¹ Em sua pesquisa, Vasconcellos trás exemplos de condenações desproporcionais obtidas a partir da barganha que foram, posteriormente, ratificadas pela Suprema Corte norte-americana: “1) em *North Carolina vs. Alford*, confirmou-se a *pleabargaining* diante do aceite do acusado, mas sem o seu reconhecimento da culpa, ou seja, ainda que tenha se declarado inocente, pois, se optasse pelo julgamento, poderia ser condenado à morte (portanto, aceitou o acordo alegando ser inocente, sob a coação de que, se não o fizesse, poderia ser condenado à morte); e, 2) em *Bordenkircher v. Hayes*, aceitou-se uma barganha que impôs pena de cinco anos de prisão pelo crime de emissão de um cheque falso referente à quantia de U\$88,30, pois, em razão de uma lei desproporcional que possibilitava a condenação à prisão perpétua para réus reincidentes, o acusado foi ameaçado pelo promotor, uma vez que, se exercesse seu direito ao julgamento, seria denunciado e julgado por um júri com base na referida lei” (VASCONCELLOS, 2015, p. 91-92).

tema judicial brasileiro. Deve-se adequar as propostas de modernização do processo penal ao contexto nacional, sob pena de prejudicar direitos fundamentais que todos possuem em um processo penal democrático.

Cumpra observar, inclusive, que a promessa de efetividade e celeridade advinda desse modelo ainda não se revelou, na prática, satisfatória. Os índices de criminalidade no país não recuam e as varas judiciais seguem abarrotadas. Como já alertado anteriormente, não se pode depositar no judiciário as soluções para a criminalidade no país.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que, a depender das circunstâncias, para além das vantagens que a barganha oferece para o acusador público, também o acusado pode ser beneficiado pelo instituto. Se bem executada, nos termos da atual legislação brasileira, o consenso pode contribuir para atenuar o sofrimento que um longo processo, naturalmente, confere ao réu ou investigado, bem como lhe oferecer a possibilidade de receber uma pena mais benéfica.

Questão polêmica que ainda se impõe diz respeito à seletividade da política criminal brasileira nas opções de adoção do modelo da negociação no processo penal pátrio. Repare-se que ele serve à expansão do direito penal material. Muitos das condutas tipificadas nos delitos contemplados pelos juizados especiais criminais poderiam ser prontamente descriminalizadas, por apresentarem, nas palavras de Aury Lopes Jr. (2017), mínima relevância social. Por essa razão, inclusive, o professor gaúcho insere esse sistema no “movimento de banalização do Direito Penal e do processo penal” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 783-784).

Tome-se, neste ponto, o exemplo da restrição ao recurso que existe na experiência dos juizados especiais, uma das garantias da defesa suprimidas nesse modelo. Ainda em 1996, Dalmo Dallari já alertava:

É interessante observar que, até agora, nenhum processualista brasileiro afirmou ou sequer sugeriu que existe o risco de injustiças pelo fato de, nesses casos, não caber recurso para uma instância superior. Não seria razoável concluir que o silêncio sobre o assunto se deva ao fato de que as decisões, no caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, referem-se a questões de reduzido valor econômico ou de pequena complexidade e por isso as eventuais injustiças são consideradas irrelevantes. Para um jurista autêntico, qualquer injustiça é importante e deve ser evitada ou corrigida. Ao que parece, portanto, existe consenso no sentido de que simples possibilidade de revisão das decisões, mesmo que por juízes do mesmo grau, é aceita como garantia suficiente de que os Juizados Especiais não cometerão injustiças inquestionáveis (DALLARI, 1996, p. 103).

Na outra ponta, a experiência da colaboração premiada no Brasil tem se voltado para processos onde existe um perfil muito específico de acusado, não alcançando, de modo geral, aqueles que não dispõem de vastos recursos financeiros para sua defesa técnica, nem os crimes responsáveis por sobrecarregar o sistema carcerário do país.

Quer-se demonstrar com isso que o caminho para a superação dos problemas do sistema judicial brasileiro não é simples e não se localiza em apenas uma única solução mágica. Quando se afirma ser inviável o aumento expressivo de membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público para dar conta da carga processual hoje em curso no país, corre-se o risco de subtrair do poder público sua responsabilidade na garantia de um processo penal democrático. Esse é um direito fundamental do cidadão e um limitador necessário do poder punitivo estatal. Cabe recuperar, portanto, as funções precípuas do processo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

_____. *Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual*. Artigo publicado em 17/05/2015 pelo portal “Empório do Direito”. Acessado em 17/04/2018. Disponível através do link: <http://emporiiododireito.com.br/backup/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>

STRECK, Lênio Luiz. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* Artigo publicado em 22/03/2018 pelo portal “Consultor Jurídico”. Acessado em 17/04/2018. Disponível através do link: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>

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