

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Arnaldo Pereira de Andrade Segundo

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA CONCILIAÇÃO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2018

Arnaldo Pereira de Andrade Segundo

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA CONCILIAÇÃO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo.

SÃO PAULO
2018

Arnaldo Pereira de Andrade Segundo

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA CONCILIAÇÃO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo.

Aprovado em: _____

Prof. Doutor Celso Fernandes Campilongo (orientador)

Instituição: PUC-SP Assinatura_____

Prof. Doutor Claudio José Langroiva Pereira

Instituição: PUC-SP Assinatura_____

Prof. Doutor Newton de Lucca

Instituição: USP Assinatura_____

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à Deus, criador de tudo e todos e à Jesus Cristo, seu único filho, por permitir concluir esse trabalho.

Agradeço, outrossim, à Nossa Senhora dos Impossíveis, Padroeira do Santuário do Lima de Patu/RN, cidade onde nasci, por me permitir alcançar mais esse objetivo.

Também agradeço a minha noiva, Francielly, por estar ao meu lado em todas as horas, sempre me apoiando quando mais preciso e nos momentos mais difíceis.

Agradeço, ainda, a toda minha família, especialmente meus pais, Arnaldo Pereira de Andrade, de quem herdei o nome e Ivaneide Ferreira de Andrade, por todo o amor e carinho que me dão, bem como a minhas irmãs e meus sobrinhos, especialmente Bernardo Henrique, Bernardo Filho e Bernardo Lucas, estas fontes eternas de alegria em minha vida.

Por fim, agradeço ao Doutor Celso Campilongo, meu orientador, pelos ensinamentos, incentivos e paciência.

RESUMO

O presente trabalho aborda os aspectos constitucionais acerca da conciliação no processo penal brasileiro, notadamente a relação entre a conciliação e o Tribunal do Júri nos crimes dolosos contra a vida, tendo em vista previsão constitucional para o julgamento desses crimes, assim como a correspondência desse tipo de resolução de conflitos com o devido processo legal. A busca de meios alternativos para a resolução de conflitos não é nova no mundo jurídico, existindo no Brasil no âmbito cível desde as Ordenações Filipinas no século XVII e ganhando ênfase recentemente com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015. Nesse contexto, é demonstrado no âmbito criminal brasileiro diversos institutos legais, que embora não tratem de uma negociação efetiva entre acusação e defesa, podem ser entendidos como um embrião do tema no nosso ordenamento jurídico. Além disso, trata-se da experiência conciliatória no âmbito criminal em outros países, como forma de melhor compreendê-lo. Cabe destacar, ainda, o exame do projeto do novo Código de Processo Penal no que tange à conciliação. Por fim, examina-se, também, eventuais dificuldades da atual legislação ordinária, especialmente no que diz respeito a execução penal e o papel do juiz nos acordos.

Palavras-chave: Constituição, conciliação, âmbito criminal, devido processo legal

ABSTRACT

This paper deals with the constitutional aspects of conciliation in the Brazilian criminal procedure, especially the relationship between conciliation and the jury court in intentional crimes against life, in view of its constitutional provision for the prosecution of these crimes, as well as the correspondence of this type of resolution of conflicts with due process of law. The search for alternative means for conflict resolution is not new in the legal world, existing in Brazil in the civil sphere since the Philippine Ordinances in the XVII century and recently emphasizing the edition of the new Code of Civil Procedure of 2015. In this context, it is various legal institutes have demonstrated in the Brazilian criminal sphere, although they do not deal with an effective negotiation between prosecution and defense, they can be understood as an embryo of the subject in our legal system. In addition, it is the conciliatory experience in criminal matters in other countries, as a way to better understand it. It is also worth noting the examination of the draft of the new Code of Criminal Procedure with regard to conciliation. Finally, it also examines possible difficulties of current ordinary legislation, especially with regard to criminal enforcement and the role of the judge in the agreements.

Key words: Constitution, conciliation, criminal scope, due process of law

LISTA DE SIGLAS

Constituição Federal – CF

Código de Processo Penal - CPP

Código de Processo Civil - CPC

Código Penal - CP

Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP

Ministério Público – MP

Ministério Público Federal– MPF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS	12
2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRALEGAIS APLICÁVEIS	21
2.1 - Princípio do devido processo legal	21
2.2 - Princípio da legalidade	24
2.3 - Princípio da razoável duração do processo	25
2.4 - Princípio da economia processual	31
2.5 - Princípio da simplificação dos procedimentos	31
2.6 - Princípio da eficiência	32
2.7 - Princípio da autonomia da vontade	33
2.8 - Princípio da oportunidade	34
3-CONCILIAÇÃO NO NOVO CPC E APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL	36
4 - INSTITUTOS CONCILIATÓRIOS RELACIONADOS NO ORDENAMENTO CRIMINAL BRASILEIRO	41
4.1 - Lei n. 7.492/86 – art. 25, §2º (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro)	41
4.2-Lei n. 8.072/90-art. 8º, parágrafo único (Lei dos Crimes Hediondos)	44
4.3 - Lei n. 8.137/90 – art. 16, parágrafo único (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária)	46
4.4 - Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais)	48
4.5 - Lei n. 9.613/98 – art. 1º, §5º (Lei dos crimes de “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores)	57
4.6 - Lei n.9.807/99 – arts. 13 a 15 (Lei de Proteção às Testemunhas)	60
4.7 - Decreto n. 5.015/2004 – art. 26 (Convenção de Palermo)	63

4.8 - Lei n. 11.343/2006 – art. 41 (Lei de Drogas)	64
4.9 - Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa)	66
4.10-Resolução n. 181/2017, Conselho Nacional do Ministério Público	71
5 - CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL COMPARADO	77
5.1 - O Plea Bargaining no direito norte-americano	77
5.2 - O patteggiamento no direito italiano	86
5.3 - Conciliação no direito português	90
5.4 - Negociação na Alemanha (<i>Absprachen</i>)	94
6 - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	99
6.1 - Conciliação nos crimes dolosos contra a vida e a previsão constitucional do Tribunal do Júri	99
6.2 - Devido processo legal e conciliação no âmbito criminal	102
7 - PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E EVENTUAIS PROBLEMAS DECORRENTES EM FACE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. O PAPEL DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO CRIMINAL	109
7.1 - Proposta de conciliação no novo CPP	109
7.2 - Reestruturação de Lei de Execução Penal	112
7.3 - Papel do Juiz na conciliação	116
CONCLUSÕES	119
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os aspectos constitucionais da conciliação criminal, notadamente seu cabimento em relação aos crimes dolosos contra a vida em face da existência de suposta obrigatoriedade da competência do Tribunal do Júri para o julgamento de tais delitos ou mesmo a compatibilidade de negociações criminais frente o princípio do devido processo legal.

Na sociedade global contemporânea, as informações saltam a velocidade da luz. A partir disso, tem-se uma sociedade imediatista, que passa a exigir uma resposta rápida, célere, para os seus dramas, visando a elucidação dos conflitos que surgem. Nesse contexto, a criminalidade passa a ser organizada e difusa, exigindo-se que o Estado busque meios mais eficazes no seu combate. No que toca ao âmbito judicial criminal, outros ordenamentos jurídicos buscaram soluções consensuais, adotando-se a conciliação como forma de resolver os litígios.

No Brasil, com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, passou-se a ser fomentada a resolução de litígios por meio da conciliação, tendo o Conselho Nacional de Justiça inclusive traçado diretrizes e metas para o Poder Judiciário Nacional. No contexto criminal, diversas normas nacionais abordaram timidamente o tema, sendo a última a controversa resolução do Conselho Nacional do Ministério Público de n. 181/2017.

Necessário, ainda, a abordagem acerca do direito comparado, notadamente o estadunidense, haja vista o desenvolvimento da conciliação naquele país.

Enfrentam-se, ainda, alguns aspectos constitucionais acerca da conciliação, especialmente no que tange a sua aplicação aos crimes dolosos contra a vida, bem como em relação ao devido processo legal.

Aborda-se igualmente a proposta de conciliação no projeto do novo Código de Processo Penal, bem como as dificuldades de eventual conciliação, em especial considerando a atual Lei de Execução Penal no que tange a progressão de crimes. Por fim, discute-se o papel do magistrado no contexto da conciliação criminal.

1 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

A história da humanidade está intrinsecamente ligada à luta pelo poder. Na verdade, o poder ou seu uso demarca as relações sociais de determinada *polis*. Em outras palavras, a luta pelo poder molda o meio social no qual está envolto. Essa luta pelo poder é constante.

O uso do poder é frequentemente acompanhado de luta. Isso não acontece por causa de uma relação lógica entre os dois, mas por falta de coincidência dos interesses dos atores nas circunstâncias em que o poder é aplicado (PUGLIESI, 2009, p. 75).

Dito isso, pode-se dizer que é possível utilizar o poder como agente de mudança social ou como forma de controle, dominação ou sujeição. Tratar-se-á no presente trabalho apenas da segunda forma mencionada.

Essa faceta do poder se enraíza nas relações sociais por meio das mais diversas formas, procurando disciplinar e controlar de forma sutil os indivíduos, sempre com o objetivo último de manter firme a estrutura social vigente.

É forçoso reconhecer que os detentores do poder têm no direito um forte aliado para manutenção da ordem vigente, ou seja, o direito serve para controlar os indivíduos de acordo com os interesses do grupo dominante em determinada época e lugar. Seria o direito, pois, um dos mais importantes instrumentos de manutenção no poder do grupo então imperante.

Nessa ordem de ideias, é crível afirmar que o direito penal e processual penal desempenham papel de destaque. O direito criminal, além de sua função geral de proteção de bens jurídicos, possui outras funções especiais, como a função de controle social. Por essa função, é possível exercer de certa forma uma dominação da sociedade, como por exemplo, estabelecendo quais condutas serão consideradas crimes ou não, quais atos merecem a privação de liberdade do indivíduo etc. Deve-se dizer, por oportuno, que o aumento na produção de normas penais, levando a hipertrofia do direito penal, é mais uma

forma de incrementar o controle social. Desvirtua-se o princípio da *ultima ratio*, punindo como crime condutas que poderiam ser punidas por outros ramos do direito.

O sistema criminal é utilizado pelo Estado como instrumento de controle social realizado por meio do monopólio do uso da força e obtém sua legitimação pelo pensamento dominante de cada época (OLIVEIRA, 2015, p. 27).

Contudo, a função de controle social, ao mesmo tempo em que coordena e controla a sociedade, possibilita, de certa forma, a limitação do poder estatal. A ideia é que o Estado esteja limitado ao que está disposto na lei, não podendo agir a seu bel-prazer. Portanto, em tese, ao mesmo tempo em que o Estado, ao criminalizar determinadas condutas, exerce um controle da sociedade, tem seu poder controlado pelo que está contido na Lei.

Márcio Pugliese pontua que o Direito (mais precisamente, as suas manifestações) estar em crise permanente é algo que, por si só, deveria ser uma evidência: o Direito, na sua expressão empírica, não se aplica sem esforço e sem luta [...]. O Direito sempre será uma fronteira ameaçada, pois nenhum progresso na Civilização se pode consolidar sem uma evolução cultural que o suporte (PUGLIESI, 2015, p.118-119).

Com a substituição da sociedade industrial pela sociedade do conhecimento, o aumento da velocidade das informações, que viajam de uma ponta do globo a outra em questão de segundos (ou menos que isso), a facilidade com que o capital circula o mundo, entre outros fatores, exige-se um resultado cada vez mais rápido, no menor tempo possível, praticamente em todas as áreas. Por outras palavras, a sociedade, antes rígida e com pouca mobilidade, transforma-se em imediatista, com extraordinária mobilidade e sem rigidez (OLIVEIRA, 2015, p. 30). Exige-se uma resposta célere para os seus dramas.

O aumento quantitativo experimentado nas últimas décadas da criminalidade — a ponto de se falar dela como de um dos fenômenos mais típicos das modernas sociedades, se não quer provocar a paralisação de um sistema judicial que em caso algum prescinde de realizar as finalidades da justiça e da paz social, preservando os seus direitos fundamentais, tem de submeter o seu tratamento ao princípio da celeridade (RODRIGUES, 2003, p.41).

Nesse cenário, deve-se destacar, ainda, que os atos criminosos que antes se davam de forma isolada, em restrito território, passaram a se organizar de maneira ordenada e estruturada, tornando-se difusos, coletivos e bastante complexos, não mais restrito a um território específico, mas tendo o globo como território único.

Esse tipo de criminalidade ou macro criminalidade, como melhor pode ser chamada, exige do Estado um combate diferenciado. O direito da sociedade global expande-se num ambiente de crescente complexidade (CAMPILONGO, 2011, p. 140).

O número de crimes vem aumentando em nosso território. Em 1996 a taxa de homicídios no Brasil era de 24,78 por cem mil habitantes, enquanto que após 20 (vinte) anos, em 2016, aumentou para 30,33¹. Mata-se mais no Brasil do que na Guerra da Síria².

Também ocorreu aumento com relação aos crimes patrimoniais. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em 2007, primeiro ano disponível das estatísticas, o Brasil tinha uma taxa de 237,08 roubos de veículos por 100 (cem) mil veículos. Em 2016, último ano de dados disponíveis, esse número tinha aumentado para 291,08/100 mil veículos. Também houve crescimento com relação à taxa de roubos a instituições financeiras, sendo de 1,102 por 100 (cem) instituições em 2007 e de 2,056 em 2016. Da mesma

¹<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series>. Acesso em: 18 ago. 2018

²<http://exame.abril.com.br/brasil/violencia-brasil-mata-mais-guerra-siria/>; Acesso em: 18 fev. 2018. http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/atlas_da_violencia_2016_ipea_e_fb_sp.pdf; Acesso em: 18 fev. 2018.

forma houve um acréscimo no que concerne ao roubo de cargas, sendo de 6,028 por 100 (cem) mil habitantes em 2007 e de 11,479 em 2016³.

Nesse contexto, é válido dizer que a legalidade estatal passa a conviver, em perigosa simbiose, com as "legalidades" dos morros controlados por traficantes, dos grupos de extermínio e de outras máfias de uma sociedade em crise (CAMPILONGO, 2011, p. 59).

O sistema criminal judicial pátrio já não tem a eficácia de outrora, sendo demasiadamente moroso. Dados disponíveis no Relatório Justiça em números de 2018 (base de dados de 2017), organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontam que desde 2009, quando se iniciou o detalhamento dos processos por matéria, houve um aumento no número de casos criminais pendentes de julgamento, sendo de 5,4 milhões naquele ano e 6,2 milhões em 2017⁴. Vê-se, ainda, que a distribuição de novos casos criminais diminuiu nos últimos três anos, para 2,6; 2,5 e 2,4 milhões, respectivamente, em 2015, 2016 e 2017, sendo nesse último ano menor até que em 2009, quando se registraram 2,8 milhões de casos novos⁵. Mesmo com essa recente diminuição de novos casos criminais, em pouco mais de oito anos, o acervo pendente de julgamento em matéria criminal sofreu aumento de cerca de 800 (oitocentos) mil processos. Observe-se o gráfico abaixo extraído do relatório acima referido:

³<http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-patrimoniais/>; Acesso em: 27 ago. 2018

⁴<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 152. Acesso em: 27 ago. 2018

⁵ Conferir dados na nota de rodapé n. 4.

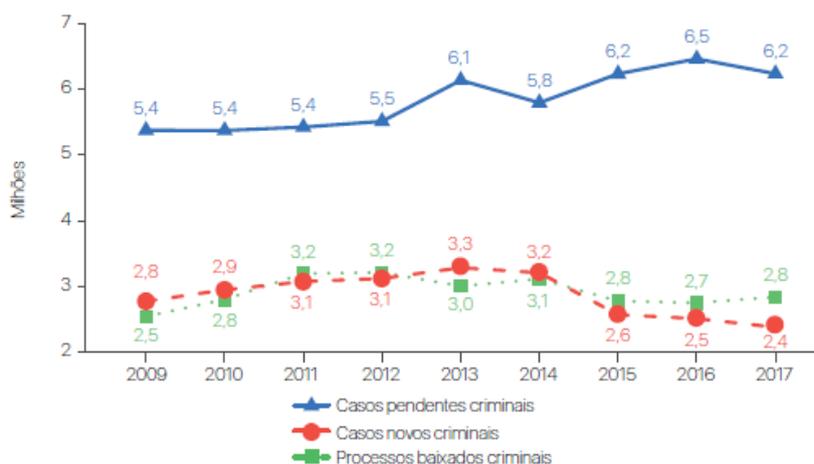


Figura 01: Série histórica dos casos novos e pendentes criminais, excluindo as execuções penais

Fonte: CNJ

Vale destacar que o acervo em 2017 equivalia a 2,8 vezes a demanda⁶, enquanto em 2016 e 2015 equivalia a 2,7 e 2,4, respectivamente⁷, sendo, pois, crescente nesse último triênio.

No que tange ao tempo médio de tramitação dos processos na fase de conhecimento no primeiro grau, de acordo com os dados do CNJ, verifica-se que os casos criminais têm maior duração do que os demais. Em média, em 2016, os processos não criminais possuíam tempo de duração de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses. Já os processos criminais tinham duração média de 3 (três) anos e 1 (um) mês⁸. Em 2017 esse tempo médio sofreu aumento, tendo os casos não criminais em média duração de 2 (dois) anos e 7 (sete) meses e os casos criminais duração média de 3 (três) anos e 8 (oito) meses. Ou seja, em 2017 os processos criminais na primeira instância demoraram em média cerca de 44 (quarenta e quatro) meses até serem baixados⁹ (arquivados ou remetidos para outra instância). Contudo, esse tempo não reflete o tempo total do processo, pois podem existir recursos para tribunais de 2º grau e tribunais

⁶<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 152. Acesso em: 27 ago. 2018

⁷<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, p. 72. Acesso em: 18 ago. 2018

⁸<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>, p. 142. Acesso em: 18 ago. 2018

⁹<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 156. Acesso em: 27 ago. 2018

superiores, além da fase de execução em caso de condenação, o que certamente aumenta o tempo de tramitação do processo. Veja-se:

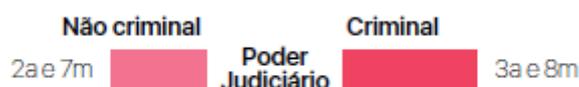


Figura 02: Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau, em 2017

Fonte: CNJ

No que se refere às execuções penais, os dados do CNJ apontam que as execuções penais pendentes (que não iniciaram o cumprimento de pena) eram de 1,4 milhão em 2016¹⁰, número que praticamente se repetiu em 2017¹¹, sendo 200 (duzentos) mil a mais que em 2015, e quase meio milhão a mais que em 2009, quando esse número alcançava aproximadamente 958 (novecentos e cinquenta e oito) mil¹². Confira-se:

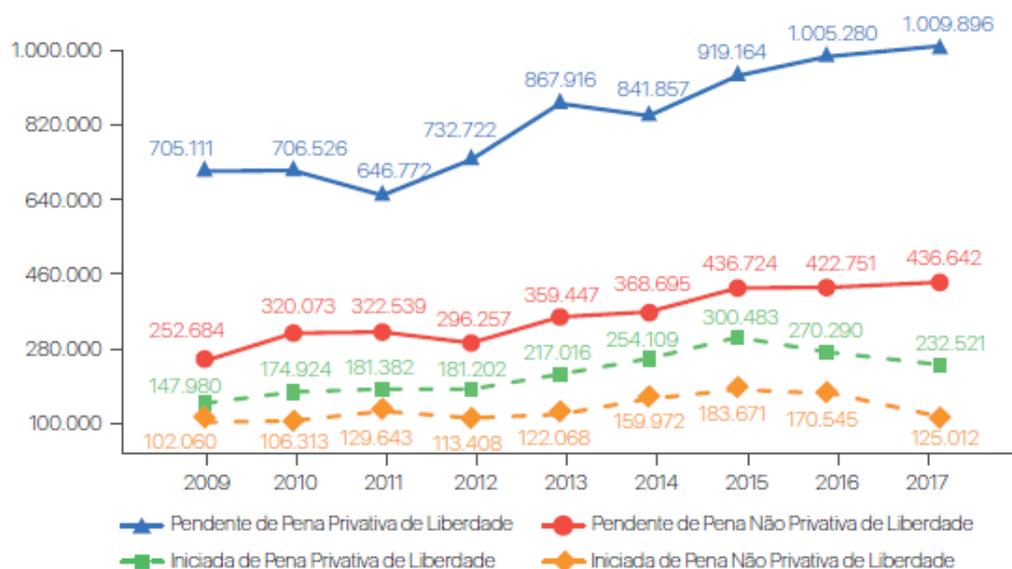


Figura 03: Série histórica das execuções penais

Fonte: CNJ

¹⁰<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>, p. 139/140. Acesso em: 18 ago. 2018

¹¹<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 154. Acesso em: 27 ago. 2018

¹²<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>, p. 73. Acesso em: 18 ago. 2018

O tempo médio de duração dos processos de execução no primeiro grau na Justiça Estadual em 2016 era de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses para penas não privativas de liberdade e de 3 (três) anos e 9 (nove) meses para penas privativa de liberdade, sendo que na Justiça Federal o tempo médio de execução para penas não privativas de liberdade era de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses e de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses para penas privativas de liberdade¹³. De se observar, ainda, que os processos criminais correspondiam a apenas 10% (dez por cento) de todos os processos brasileiros¹⁴.

Por outro lado, a taxa de produtividade, que engloba todos os tipos de processos, vem aumentando a cada ano, sendo proferidas cerca de 31,4 milhões de sentenças e decisões em 2017, ante 23,7 milhões em 2009¹⁵. Segundo dados do CNJ, cada juiz do Brasil julgou em média 1,819 processos em 2017, mais de 7 (sete) por dia¹⁶. Em 2009, cada magistrado sentenciou em média 1590 processos, 222 (duzentos e vinte e dois) processos a menos. Atente-se ao gráfico abaixo:

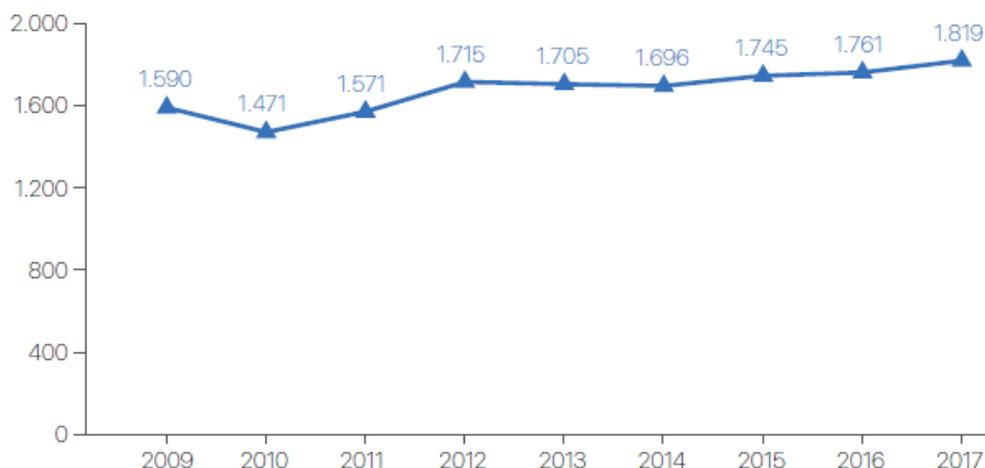


Figura 04: Série histórica do índice de produtividade dos magistrados
Fonte: CNJ

¹³<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>, p. 143. Acesso em: 18 ago. 2018

¹⁴<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>, p. 11. Acesso em: 20 ago. 2018

¹⁵<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 76. Acesso em: 27 ago. 2018

¹⁶<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 83. Acesso em: 27 ago. 2018

Dá análise dos dados, percebe-se que o número de processos criminais pendentes de julgamento a partir de 2009, seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução, vem aumentando, embora a cada ano venha se aumento a produtividade dos magistrados. Além disso, vê-se que o tempo médio de duração dos processos criminais no primeiro grau é superior ao tempo médio dos processos não criminais, isso sem levar em consideração o tempo gasto em outras instâncias ou na fase de execução. A justiça criminal brasileira, pois, não vem atuando com eficiência e rapidez exigida pela sociedade contemporânea.

O sistema criminal judicial atual é baseado em um formalismo exacerbado, não havendo preocupação com o tempo do processo, os custos ou com qualquer ideia de racionalidade. Impera a burocracia, a busca da verdade real a todo custo, em detrimento da eficiência. A justiça criminal brasileira é baseada na ideia de conflito, ou seja, uma disputa entre a acusação e a defesa, tendo como objetivo em caso de condenação e aplicação de pena, prevenir, reprimir e punir os delitos então cometidos, o que não vem sendo alcançado. Já previa Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, no século XVIII, que a certeza da punição e não a severidade da pena, é que inibe o cometimento de crimes (MASSON, 2014, p. 1019).

Alguns sistemas criminais estrangeiros buscaram outros meios alternativos para a resolução dos casos criminais, como forma de racionalizar a administração da justiça criminal.

Entre os caminhos buscados, encontra-se a conciliação. Acerca do tema, importante mencionar a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, na qual defende que somente por meio do consenso é que o poder se tornará legítimo. Leciona o filósofo que:

De acordo com a ética do Discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma (HABERMAS, 1989, p. 86).

Habermas buscará estabelecer uma pragmática universal com o objetivo primário de construir uma teoria filosófica da verdade lastreada no consenso. Supondo que, no sistema capitalista, a participação política dos cidadãos seja, em larga medida, fictícia, objetiva investigar a possibilidade de fundar o consenso democrático numa 'racionalidade discursiva' a que chama de 'universais pragmáticas' ou 'universais do diálogo' (PUGLIESI, 2009. p. 49).

A justiça negociada pode aparecer como mais adequada, numa sociedade mais igualitária e mais complexa, que ao mesmo tempo questiona o Estado-providência e rejeita a colonização da vida quotidiana pelo direito, na conhecida formulação de Habermas. A demasiada regulamentação convoca novas formas de organização e gestão em estruturas tradicionalmente hierarquizadas, as regulações baseadas em modelos autoritários perdem a sua legitimidade natural (RODRIGUES, 2003, p. 43).

A realização da conciliação entre acusação e acusado, com supervisão do Poder Judiciário, segundo essa linha de raciocínio, seria mais legítima do que a imposição de uma sanção pelo Estado.

Nessa ordem de ideias, busca-se valorizar a cidadania daquelas pessoas que realizam a conciliação junto ao órgão acusador, tornando-se senhores do seu destino. Além disso, pretende-se reforçar ou estimular a atuação popular no exercício do poder de resolução de litígios, ainda que seja para acordar sobre o tempo de cumprimento de privação de sua liberdade, medida demasiadamente drástica. Por fim, argumenta-se acerca do caráter democrático da medida, uma vez que, participando de forma ativa na escolha da privação de sua liberdade, o indivíduo age de forma determinante no processo criminal, influenciando na vontade do Estado, no seu *jus puniendi*, mitigando seu direito de aplicar a normal penal.

2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRALEGAIS APLICÁVEIS

Cabe neste momento analisar alguns princípios aplicados ao caso em espeque.

2.1 - Princípio do devido processo legal

Segundo Fredie Didier Jr (2015, p. 64), o embrião do devido processo legal surgiu no Édito de Conrado II, no ano de 1037, um Decreto Feudal Alemão. Contudo, tem-se que suas raízes estão na Magna Carta do Rei João Sem-Terra da Inglaterra, de 1215, onde as supressões de direitos só poderiam se dar por um julgamento realizado por "seus iguais" e segundo a "lei da terra" (ARAUJO; JÚNIOR, 2015, p. 235).

Igualmente está previsto de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos da América, na emenda n. 5¹⁷. Com a emenda nº 14, o significado da expressão "*due process of law*" passou a abarcar, também, a ideia de igualdade substancial - igualdade perante a lei, indo além da igualdade formal - igualdade na lei. Estendeu-se aos Estados o balizamento que, até então, aplicava-se apenas ao governo federal quanto ao devido processo legal, o que restou caracterizado pela expressão "*equal protection of the laws*".

Também foi prevista de forma expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹⁸.

¹⁷ Amendment V.

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁸ Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

O histórico constitucional brasileiro traz a inserção do princípio do devido processo legal nos textos de todas as constituições desde 1824. Antes da atual Constituição, destaca-se, ainda, a previsão contida na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 01/1969. No texto constitucional de 1988, foi previsto em seu art. 5º, LIV¹⁹.

Alçado a direito fundamental, o devido processo legal surgiu para pôr fim à tirania então existente séculos atrás, garantindo aos integrantes daquela comunidade que não seriam despojados de seus bens e liberdade sem um processo justo.

Destaca-se a existência de duas dimensões para o devido processo legal, sendo a formal (*procedural due process*) e o material (*substantive due process*). No âmbito processual significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Em sua dimensão material diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, a liberdade e a propriedade (TAVARES, 2012, p. 741).

No que toca ao âmbito criminal, materialmente significa que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei, bem como fazendo valer outros princípios penais, que constituem autênticas garantias contra acusações infundadas do Estado. Processualmente, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim, ao juiz a sua inocência, bem como ao órgão acusatório, representando a sociedade, de convencer o magistrado, pelos meios legais, da legitimidade da sua pretensão punitiva (NUCCI, 2008, p. 95-96).

Em linhas gerais, o sentido material atua mais direcionado ao legislador, garantindo ou proibindo a confecção de leis abusivas, com excessos, de modo

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

não razoável. A partir do sentido material, retira-se a validade dos deveres de razoabilidade e proporcionalidade²⁰.

Como direito fundamental, o devido processo legal submete-se as suas características citadas com mais periodicidade, como a universalidade, historicidade, irrenunciabilidade, indivisibilidade e imprescritibilidade.

Por universalidade, entende-se que todo ser humano é titular de direitos fundamentais, bastando a qualidade de ser humano para tanto. É incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas (ARAUJO; JÚNIOR, 2015, p. 163).

A historicidade diz respeito à construção gradual dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, sendo que seu conteúdo varia dependendo da época e do lugar no qual está inserido. Com o Cristianismo, que preconizava o homem à imagem e à semelhança de Deus, consolidou-se definitivamente a ideia de que, semelhante ao Criador, o ser humano, por si, era dignitário de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana, a autodeterminação etc. (ARAUJO; JÚNIOR, 2015, p. 160). Nesse palmar, sucederam-se diversos documentos reconhecendo os direitos do homem, especialmente pode-se citar a Magna Carta de 1215, a Petição de Direitos, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, todos da Inglaterra, as declarações de direitos dos Estados da Virgínia e da Pensilvânia, em 1776, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, da ONU, entre outras. Vê-se que os direitos fundamentais não surgem de um ato único, mas vem sendo moldado paulatinamente durante anos e mais anos.

A irrenunciabilidade concerne a impossibilidade do indivíduo de renunciar aos direitos ditos fundamentais, sob pena de afronta a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, afirma-se que todos os indivíduos são dotados

²⁰ RE n. 374.981/RS

de um patamar mínimo de proteção, congênito à sua condição humana (ARAUJO; JÚNIOR, 2015, p. 166). A respeito, existe entendimento de que somente seriam irrenunciáveis os direitos que protegem a vida biológica, como os que salvaguardam as condições normais de saúde física e mental, e os que tutelam a liberdade de tomar decisões sem coação externa (MENDES; BRANCO, 2015, p. 146). Segundo esse entendimento, esse seria o núcleo de proteção, o patamar mínimo.

Por sua vez, a indivisibilidade, como o próprio nome indica, garante que o exercício desse direito não sofra divisões, atuando de forma una, ou seja, veda que apenas alguns direitos sejam válidos e outros não.

Por fim, a imprescritibilidade garante que sejam válidos em qualquer época, não caducando, mesmo que não sejam utilizados ao longo do tempo.

2.2 - Princípio da legalidade

Previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal²¹, estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não for em virtude de lei. Trata-se de uma garantia do cidadão no Estado democrático de direito, exigindo-se sempre lei para criar direito e deveres.

Cabe dizer que, ao mesmo tempo que se trata de uma garantia ao cidadão, configura-se como um limitador do Estado, que somente pode fazer o que determina a lei. Logo, tem-se que é necessário a existência de lei dispendo expressamente sobre o processo penal, e conseqüentemente sobre a conciliação em seu âmbito. Nesse contexto, a lei deve dispor de forma pormenorizada acerca do procedimento para tanto, evitando qualquer subjetivismo por parte dos agentes envolvidos.

²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Discorrendo sobre o princípio em questão, assevera Claudio José Pereira Langroiva:

Sobre esse ponto encontramos definida a chamada garantia jurisdicional, onde o Direito Penal e suas consequências aplicam-se através de um processo legalmente realizado por órgãos jurisdicionais do Estado de Direito.

Visto sob esse aspecto, o princípio da legalidade justifica a existência de órgãos da administração pública, por estes servirem aos chamados interesses gerais, submetendo-se inteiramente à lei, sendo que na execução de uma decisão legítima, obtida por meio de processos legalmente previstos, realizados por órgãos juridicamente competentes, a lei surgirá como limite e forma de atuação (LANGROIVA, 2002, p. 8).

Em um tema tão sensível aos seres humanos, a liberdade, as regras devem ser sempre postas previamente, por meio de lei, garantindo segurança aqueles envolvidos.

2.3 - Princípio da razoável duração do processo

O próprio nome do princípio já expressa seu significado. Referido princípio versa que os processos devem ter tramitação rápida, no menor tempo possível. Na seara penal, significa que o lapso temporal entre a prática do crime, com posterior ingresso em juízo e o julgamento, em todas as instâncias, deve ocorrer no menor espaço de tempo considerado.

Embora já existissem vestígios de que a razoável duração do processo fosse prevista no direito romano (mais especificamente na codificação de Justiniano, que estabelecia um prazo de 2 anos para o julgamento do processo penal a partir da litiscontestatio – depois reduzido para 1 ano por Constantino), bem como na Magna Carta Inglesa (o Rei Inglês prometia não retardar os julgamentos), foi somente a partir da década de 50 do século passado, após o fim da segunda grande guerra mundial, que o princípio em análise ganhou significativa importância.

Nesse contexto, foi previsto internacionalmente de forma expressa em vários textos normativos a partir de então. Na Europa é previsto na Convenção

Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, em seu art. 6º, 1, que regulamenta o direito a um processo equitativo²².

No continente americano, o princípio da razoável duração do processo foi previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, acordado em Nova Iorque, em 19 de dezembro de 1966, sendo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 595, de 6 de Julho de 1992, estando inserido no art. 14, “3”, “c”²³.

Foi previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sendo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 678, de 9 de novembro de 1992, especificamente no artigo 8º, 1, que trata das garantias judiciais²⁴.

Conquanto a doutrina pátria já considerasse implícito no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da razoável duração do processo somente foi positivado na Constituição Federal de 1988, pela EC n. 45²⁵.

²² ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

²³ 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

(...)

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

(...)

²⁴ Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²⁵ Art. 5º

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Acerca do tema, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco apontam que:

Positiva-se, assim, no direito constitucional orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no postulado da dignidade da pessoa humana e na própria ideia de Estado de Direito. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 405).

A demora no julgamento dos processos é objeto de reclamação em tribunais ao redor do mundo. No âmbito europeu, são muitas as situações em que a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou seus países a pagar indenizações aos prejudicados, por excesso de prazo no julgamento de casos concretos.

Entre 1996 e 2006, eram campeãs de reclamações por violação à celeridade processual a Itália e a França, sendo o caso do primeiro país mais preocupante, tendo em vista que a média dos maiores infratores era de 200 (duzentas) condenações, enquanto que o da Itália seria de mais de 900 (novecentas) condenações (NICOLAU, 2011, p. 4).

No Brasil a situação assume contornos dramáticos. Não é raro ser noticiado pela imprensa que o indivíduo 'A' espera julgamento há dois, três, cinco, dez anos, permanecendo muitas vezes preso nesse tempo. Além disso, na seara cível, é comum a parte autora falecer e não conseguir receber o que lhe era devido.

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Cível Originária (ACO) 79, a então ação mais antiga naquele Tribunal, que foi ajuizada em 17 de junho de 1959. A Suprema Corte do Brasil demorou cerca de 53 (cinquenta e três) anos para julgar o referido processo.

Especificamente no processo penal, a situação assume maior gravidade, tendo em vista que ser acusado em um processo criminal já causa enorme

exposição perante a sociedade, causando sérios constrangimentos e desconfianças naquele que figura como acusado de cometer um crime.

Não é, no entanto, apenas como fruto de uma lógica de produtividade e eficácia, mas também e sobretudo da própria lógica da justiça, que o mandamento da celeridade foi instituído. Ele está umbilicalmente ligado à obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação de sanções penais, à maior probabilidade de justeza da decisão proferida pelo tribunal e ao interesse do arguido, cuja demora do processo, para além de poder significar restrições ilegítimas dos seus direitos, acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência (RODRIGUES, 2003, p. 40-41).

São inúmeros os casos em que é concedida liberdade ao indivíduo por excesso de prazo em seu julgamento. Recentemente o STF, em decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio, concedeu liminar no HC n. 139.612 MC/MG, por excesso de prazo na espera do julgamento, para colocar em liberdade o ex-goleiro do Flamengo/RJ, Bruno Fernandes, que esperava preso o veredicto há mais de seis anos²⁶.

Acerca do assunto, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, asseveram que:

São expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que concedem habeas corpus em razão de excesso de prazo da prisão cautelar. O Tribunal tem entendido que o excesso de prazo, quando não atribuível à defesa, mesmo tratando-se de delito hediondo, afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88); não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/88); e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), impondo-se, nesse caso, ao Poder Judiciário, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou do réu. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 405-406).

²⁶ Confira-se trecho da decisão: “A esta altura, sem culpa formada, o paciente está preso há 6 anos e 7 meses. Nada, absolutamente nada, justifica tal fato. A complexidade do processo pode conduzir ao atraso na apreciação da apelação, mas jamais à projeção, no tempo, de custódia que se tem com a natureza de provisório” (HC n. 139.612 MC/MG).

Embora passados mais de 10 (dez) anos de sua introdução no sistema jurídico nacional, observa-se no processo criminal brasileiro apenas medidas tímidas para a implementação do princípio em estudo.

O assunto se mostra deveras complexo, pois envolve muitas variantes, como modificação e simplificação da legislação processual penal, aparelhamento dos órgãos judiciais, desde itens materiais, até o investimento em pessoal, bem como juízes em número suficiente, além da autuação das partes envolvidas, que devem atuar com boa-fé e probidade processual, não ajuizando lides temerárias e interpondo petições ou recursos manifestamente inadmissíveis, o que acarreta aumento significativo de processos a serem julgados, tomando recursos e tempo do julgador, que poderiam ser utilizados com maior eficiência para aqueles casos que realmente demandam maior atenção, o que impede, muitas vezes, um julgamento célere por parte do órgão julgador, que perde tempo analisando tais peças e prejudica a parte contrária ou, o que é comum em matéria penal, retarda a aplicação da pena, quando o pedido da acusação é julgado procedente ou ocorre excessiva demora para absolvição do réu.

Acerca desse último tema, embora aplicado em matéria processual civil, digno de nota é a posição adotada pelo Min. Roberto Barroso, em casos de utilização de meios manifestamente inadmissíveis, acarretando a parte que se utiliza de tais meios condenação em multa por litigância de má-fé, por “*deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso ou provocar incidente manifestamente infundado*”, nos termos do art. 80, I e VI, do NCP, convergindo para que o processo chegue ao seu fim mais rápido²⁷.

²⁷Confira-se trecho da decisão: “Considerando que o uso de meios processuais manifestamente inadmissíveis gera efeitos danosos à prestação jurisdicional, tomando tempo e recursos escassos desta Corte, causando, ainda, prejuízos à parte contrária, condeno a parte reclamante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, a qual fixo em 1 (um) salário mínimo, em razão do valor de causa irrisório (art. 80, I e VI, c/c art. 81, § 2º, do CPC/2015), cuja eventual execução pela parte interessada deverá ser realizada no juízo de origem”. (RCL 23959/PR) (grifei).

Os conflitos submetidos ao Poder Judiciário não podem durar pela eternidade, haja vista que os jurisdicionados fazem jus a uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Já dizia Rui Barbosa (1999, p. 40) na sua oração aos moços, há quase cem anos, na década de 20 do século passado, que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Questão de enorme discussão refere-se a celeridade *versus* segurança jurídica, pois existe entendimento de que ambas são antagônicas.

Miguel Reale Jr. (2011, p. 2) aduz que pelo legislador brasileiro foram ignorados os riscos sabidos da condenação de inocentes com a supressão seja da investigação preliminar, seja, muito em especial, da produção probatória em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, graças à simplificação processual conforme revelado pela experiência judicial estrangeira.

De efeito, não há garantias de que um procedimento mais longo, com todos os meios processuais possíveis, esteja indene de falhas, de erros. Por outras palavras, mesmo que se adote um procedimento mais “seguro”, com várias etapas e recursos, o equívoco pode acontecer, simplesmente porque é conduzido por humanos e estes não estão a salvo de eventuais falhas, ao contrário, imperfeito como sempre se foi, as falhas não deixarão de acontecer. Assim, nada garante que um inocente seja absolvido mesmo em um processo mais demorado.

Nesse tocante, cabe dizer que o processo pode ter uma duração razoável quando são cumpridos os prazos legais previstos, sem prorrogações indevidas. Além disso, não deve existir previsão de recursos protelatórios ou excessivos. De outra forma, podem-se criar mecanismos para abreviar o tempo do processo, sem ferir qualquer garantia do indivíduo. Não se trata, frise-se, de criar novos procedimentos penais em busca da celeridade processual, mas, sim, da adoção de boas práticas que viabilizem o trâmite célere do feito, na medida certa, respeitando todas as normas constitucionais acerca do tema,

objetivando que o processo tenha um trâmite justo no que diz respeito ao tempo de sua duração. O Brasil, inserido na sociedade da informação, com enorme responsabilidade sobre os brasileiros, não se pode dar mais ao luxo de ver um processo criminal demorar 5 (cinco), 8 (oito), 10 (dez) anos para ver seu fim, com todos os malefícios que isso causa à sociedade e muitas vezes ao próprio acusado. Deve-se observar o comando constitucional que determina a resolução dos processos no menor tempo possível.

2.4 - Princípio da economia processual

Argumenta-se que a conciliação na seara penal gera economia processual, pois se deixarão de praticar diversos atos desnecessários, diminuindo-se de forma drástica o tempo do processo criminal.

Por consequência, é menor o dispêndio de tempo dos atores envolvidos. Nessa linha de raciocínio, não sendo praticados diversos atos dispensáveis, por certo as partes disporão de mais tempo para gerir diversas outras atividades. Além disso, os funcionários do Poder Judiciário que atuam na seara criminal poderão empregar esse tempo ganho em outras tarefas tão ou mais importantes, fazendo com que o funcionamento da máquina judiciária seja mais racional.

Relevante mostrar, também, que a aplicação da conciliação na justiça criminal gera real economia aos cofres públicos, pois ao se abreviar o tempo do processo penal, conseqüentemente ocorrerá a diminuição do custo do processo, fazendo com que esses valores possam ser utilizados em outras necessidades.

2.5 - Princípio da simplificação dos procedimentos

Significa o princípio em análise que os procedimentos adotados para se realizar a conciliação no processo criminal devem ser simplificados, não contendo formas desnecessárias.

O meio perde importância quando comparado com o conteúdo, ou seja, privilegia-se o conteúdo do ato, a sua efetividade, a solução do conflito penal, sem se preocupar com formas supérfluas.

Deve-se ter cuidado para não confundir a simplificação dos atos processuais com a não adoção de qualquer forma na sua realização. A adoção de um formalismo mínimo se torna necessário para salvaguarda das partes envolvidas.

A falta de um procedimento mínimo a ser seguido pode gerar incertezas e inseguranças aos atores envolvidos, de modo que é necessária a adoção dos procedimentos mínimos para a condução dos trabalhos. Entretanto, como já enfatizado, as formas, mesmo que mínimas, devem ser simples, com a eliminação de atos prejudiciais ao bom andamento do processo ou que causem embaraço ao seu fim, buscando sempre a solução da controvérsia criminal de forma célere.

2.6 - Princípio da eficiência

Assevera-se que a conciliação na justiça criminal trará como consequência um processo mais eficiente, pois se conseguiria alcançar com menor esforço o resultado pretendido. Abreviando-se o tempo do processo, além de gerar real economia de dinheiro, conforme já dito linhas acima, gera-se ganho de produtividade, pois maior número de conflitos será solucionado em menor lapso de tempo e, ainda, usando-se a máquina judiciária de forma mínima. Deve-se ter em mente que um processo eficiente não significa perda de qualidade, mas sim que o processo consegue atingir seus fins de forma menos onerosa.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. (2015, p. 102) reza que na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não

sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado).

Além disso, é princípio basilar da Administração Pública o da eficiência, estando previsto expressamente no texto constitucional²⁸, de modo que o Poder Judiciário, enquanto administrador dos seus recursos, deve-se pautar em buscar atingir a excelência nos resultados no menor tempo possível e utilizando-se de mínima quantidade de dispêndio para tanto. A norma é válida para todos os Poderes, de modo que o Poder Judiciário deve se pautar na máxima eficiência, atingindo seus fins do modo mais eficiente possível. Assim, por exemplo, o juiz não deve realizar atos inúteis, bem como deve estar vigilante para que todos os atos da Secretaria da Vara sejam cumpridos no menor tempo possível e de modo correto.

2.7 - Princípio da autonomia da vontade

Encontra seu fundamento no art. 5º, *caput*, da CF de 1988. Entende-se pelo princípio da autonomia da vontade a liberdade que o indivíduo tem para agir conforme sua consciência, sendo livre em suas decisões. Por outras palavras, significa dizer que a pessoa pode convencionar conforme lhe aprouver e seguindo apenas seu próprio arbítrio.

A respeito do assunto, Fredie Didier Jr. (2015, p. 132) discorre que o direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação etc. No conteúdo da eficácia do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente seus interesses, de poder definir o que reputa melhor e mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas.

²⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

Alude-se que em um estado democrático de direito, deve-se dar oportunidade às pessoas para decidirem seu próprio destino, adotando a solução que mais corresponder a seus anseios.

Alega-se que, com a prática do crime, caso assim o deseje, deve-se dar chance ao acusado para negociar sua pena, seja privativa de liberdade seja restritiva de direitos, barganhando uma redução no tempo de cumprimento da privação, em vez de esperar uma resposta do Estado-Juiz, sem nenhum decréscimo no que diz respeito ao tempo de cumprimento.

Busca-se respeitar ao máximo a vontade do indivíduo, que deve ser soberano em sua decisão, desde que tomada de forma livre e consciente.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 277), referindo-se ao princípio em destaque na seara civil, mas perfeitamente aplicável ao caso, aponta que: “O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular”.

2.8 - Oportunidade

Em linhas gerais, entende-se pelo princípio da oportunidade a possibilidade que o órgão acusador possui de negociar os termos de sua acusação em juízo, agindo com discricionariedade.

O Brasil, no que tange à ação penal pública, adota o princípio da obrigatoriedade, no qual o Ministério Público deve necessariamente oferecer ação penal quando tiver conhecimento da prática do delito. O princípio da oportunidade, contudo, é aplicável nas ações penais privadas, sendo traduzido na discricionariedade de que determinada pessoa tem de propor ou não a ação penal, em caso de conhecimento da prática de ilícito penal.

Acerca do tema, argumenta João Francisco de Assis (2011, p. 54-55), *in verbis*:

Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério Público, logo que ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso.

No que diz respeito à ação penal pública, por força do princípio da obrigatoriedade, não pode haver renúncia ou desistência da ação, ou seja, não pode o órgão acusador dispor da ação penal. Situação diferente da ação penal privada, que admite perdão, renúncia etc.

Entretanto, no que tange à ação penal pública, no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, sendo mitigado em diversas legislações, como por exemplo na Lei n. 9.099/95, razão pela qual existe entendimento de que o princípio da obrigatoriedade poderia ser chamado de obrigatoriedade regrada.

Jorge Figueiredo Dias, citado por João Francisco de Assis (2011, p. 55-56), salienta que:

De fato, o princípio da oportunidade não está presente no sistema penal em seu sentido puro no caso das ações penais públicas. Conforme salienta Figueiredo Dias, uma coisa é o princípio geral da oportunidade hoje praticamente fora de gestão, outra diferente é a existência de limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade(...)

De acordo com a legislação vigente, salvo as exceções legais, o Ministério Público não pode deixar de denunciar determinada pessoa pelo crime praticado nem mesmo pode existir renúncia parcial da acusação, em que somente se denunciaria por um crime, entre vários praticados.

3- CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A conciliação já era prevista no Brasil desde o século XVII, com as Ordenações Filipinas, estando prevista no Livro III, Título XX, §1^o²⁹.

A Constituição Federal de 1988³⁰, por sua vez, também previu a conciliação, fomentando seu uso, ao determinar a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com competência para o julgamento das causas de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo. Atendendo ao comando do legislador constitucional, o Congresso Nacional criou os Juizados Especiais Estaduais (Lei n. 9.099/1995), Juizados Especiais Federais (Lei. N. 10.259/2001) e Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução n. 125/2010, que trata da Política Judiciária Nacional, editada em 2010, dispõe sobre o oferecimento de outros mecanismos de soluções de conflitos por parte dos órgãos judiciários, em especial a solução consensual dos conflitos. Entre as justificativas da resolução, consta a de que cabe ao Poder Judiciário estabelecer política adequada dos conflitos por outros meios, em especial os consensuais³¹.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei n. 13.105/2015), por sua vez, tem entre seus fundamentos basilares a autocomposição. Prevê o seu

²⁹ Na parte que interessa do texto legal: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso.”

³⁰ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

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

³¹ Resolução Nº 125 de 29/11/2010, CNJ:

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

artigo 3º, §§ 2º e 3º, que o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos, devendo os operadores do direito, em geral, estimular essa forma de resolução dos conflitos³².

Sobre o tema leciona Fredie Didier Jr. (2015, p. 273), que:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Nesse sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático

Além do acima previsto, há uma seção no Código Processual Civil destinada a conciliação e mediação.

Apontam-se diferenças entre mediação e conciliação. Argumenta-se que nesta pode-se sugerir às partes soluções para os conflitos, podendo o conciliador intervir na negociação para propor algum desfecho, alguma solução adequada para os casos em que as partes não possuam vínculo anterior entre si. Assim, não existindo contato prévio entre as partes antes da solução consensual, a conciliação seria a mais adequada. Já na mediação, assevera-se que não existiriam sugestões para a solução do conflito por parte do mediador, sendo seu papel auxiliar os envolvidos na compreensão das questões em discussão, de modo que eles próprios cheguem a uma solução, sem nenhuma interferência de terceiro, sendo indicada para aqueles casos em que exista prévio contato entre os atores da discussão, pois existindo esse contato prévio, conhecendo-se entre si, poderiam chegar a uma solução sem ajuda externa.

³² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Além disso, o Novo CPC dispõe que são aplicáveis a essas formas de resolução de conflitos os princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

Como já dito, o princípio da autonomia da vontade é de importância ímpar para a solução consensual dos conflitos, pois dá ao indivíduo o poder de escolher seu destino. A doutrina processual civil aponta que esse princípio abrange o conteúdo da decisão acerca do conflito, bem como a parte formal, o procedimento a ser seguido no momento da conciliação.

Cabe destacar, ainda no âmbito cível, o princípio da confidencialidade, consistente na proibição de uso das informações postas na mesa de conciliação para outros fins que não os previstos originalmente pelas partes envolvidas, salvo decisão em contrário dos próprios envolvidos. Com essa medida, busca-se tornar o ambiente mais receptível a conciliação, não inibindo aqueles que pretendem conciliar, pois o que foi expressado, revelado e deliberado, não pode prejudicar posteriormente quaisquer daqueles participantes. Além disso, tornando os termos da conciliação confidenciais, evita-se que o juiz seja contaminado com tudo aquilo posto, o que poderia minar sua imparcialidade. Evita-se, também, que as informações postas na mesa de conciliação sejam usadas como forma de pressionar os envolvidos, pois muitas vezes podem ocorrer confissões de ato ilícitos cíveis nesses atos.

Também merecem destaque os princípios da oralidade e informalidade, o que favorece a conciliação, pois torna o ato mais dinâmico, eliminando parcialmente os escritos do termo de audiência, bem como deixa as partes mais confiantes de que não ficará algum registro das coisas discutidas no ato, acrescentando-se que a inexistência de ritos solenes ajuda a passar tranquilidade aos envolvidos, pois geralmente os que comparecem em juízo não estão habituados a comparecer ao fórum.

Cabe mencionar, outrossim, a relevância do princípio da decisão informada, pelo qual os conciliadores e mediadores ficam obrigados a informar

aos envolvidos na conciliação a situação fática na qual se encontram, bem como os direitos a que fazem jus, explicando, inclusive, o rito legal, para que os interessados fiquem a par do significado daquele ato do qual estão participando, bem como quais são as consequências de eventual acordo ou de sua não realização, deixando bem claro qual seria o próximo passo.

Pois bem, no âmbito cível, veja-se que o consenso é uma das principais formas de resolução dos conflitos. O CPC, de forma expressa, determina que o Estado deve fomentar a solução consensual dos conflitos, o que, aliado ao interesse do CNJ, inclusive com a estipulação de metas para o Poder Judiciário Nacional³³, tem aumentado bastante o número de processos resolvidos por meio do consenso entre as partes.

Em 2017, o índice de conciliação (comparativo entre as sentenças e decisões terminativas) foi de 12,1%, valor que vem crescendo nos dois últimos anos, sendo esse índice de 11,9% em 2016 e 11,11% em 2015³⁴. Cabe esclarecer que os números citados não discriminam as conciliações alcançadas no âmbito criminal dos Juizados Especiais. Veja-se o gráfico abaixo:

³³2017. Meta 3 - Aumentar os casos solucionados por conciliação (Justiça Federal e Justiça do Trabalho), CNJ

(<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bb0615aba58b6a.pdf>)

³⁴<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>, p. 137. Acesso em: 30 de ago. 2018

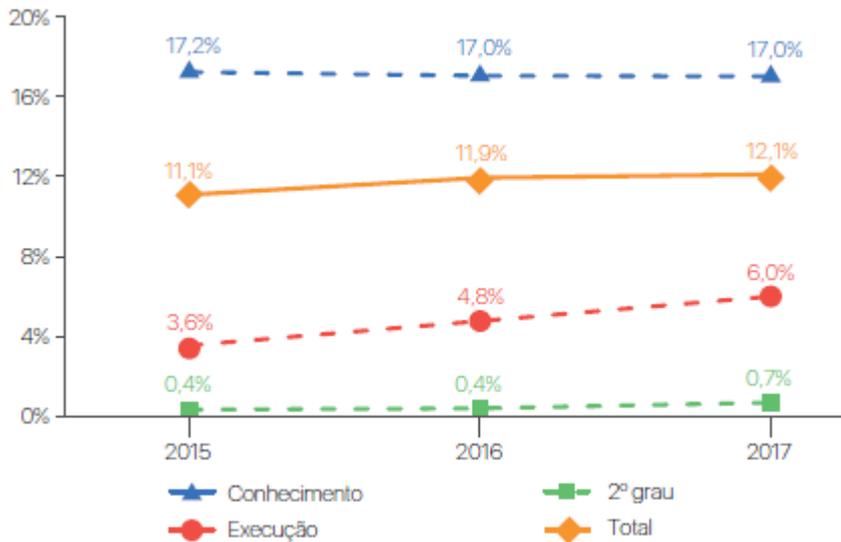


Figura 05: Série Histórica do Índice de Conciliação
Fonte: CNJ

Nos Estados Unidos, onde a conciliação criminal é bastante comum, cerca de 97% dos casos federais são findos mediante conciliação³⁵, chegando esse percentual a 95% nos crimes estaduais³⁶. Por outras palavras, de 100 (cem) casos criminais que chegam na Justiça Federal dos Estados Unidos, 97 (noventa e sete) são acabados mediante acordo, ficando apenas 3 (três) processos para serem julgados pelo Juiz ou Júri, dependendo do caso. Contudo, cabe dizer que o mecanismo em discussão não é indene de críticas naquele país, sendo as críticas mais comuns o risco de coerção, erros em geral e insuficiência de proteção processual, o que será detalhado mais adiante.

³⁵<https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5885>. Acesso em 26 fev. 2018

³⁶http://academyforjustice.org/wp-content/uploads/2017/10/4_Reforming-Criminal-Justice_Vol_3_Plea-Bargaining.pdf. Acesso em 26 fev. 2018

4 - INSTITUTOS CONCILIATÓRIOS RELACIONADOS NO ORDENAMENTO CRIMINAL BRASILEIRO

Como regra, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê diretamente a conciliação entre as partes no âmbito criminal, conforme é previsto na seara cível. Ou seja, não existe negociação entre a acusação e defesa no que tange ao tamanho da pena, contudo, ao longo do tempo, criou institutos assemelhados, que possibilitam a diminuição da pena desde que cumpridos alguns requisitos, bem como algumas formas, ainda que tímidas, de negociação, como na lei que instituiu os Juizados Especiais, o que se passa a analisar.

Cabe esclarecer, entretanto, que como as expressões “colaboração” e “delação premiada” serão abordadas várias vezes, é de bom alvitre elucidar que não se confundem, embora parte da doutrina entenda que sejam sinônimas. Assim, tem-se que a colaboração premiada é mais ampla do que a delação premiada. Nesta deve ocorrer, além da confissão de culpa, a indicação de terceiro que também cometeu crime, ou seja, deve o indivíduo delatar outra (s) pessoa (s). Naquela, o acusado assume a culpa, mas não necessariamente incrimina terceiro (s), mostrando apenas onde se encontra o produto do crime, como exemplo. A delação seria uma espécie da colaboração premiada.

4.1 - Lei n. 7.492/86 – art. 25, §2º (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro)

Importante instrumento de combate à criminalidade, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, também conhecida como lei dos crimes de colarinho branco, por incriminar condutas geralmente praticadas por aqueles que usam terno e camisa social, prevê em seu artigo 25, §2º, com a redação modificada pela Lei n. 9.080/95³⁷, redução de pena de um a dois terços para aquele que revelar toda a trama delituosa.

³⁷Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).
§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.

Não se trata propriamente de uma negociação entre a acusação e a defesa, mas de redução de pena em que o agente criminoso envolvido obtém do Estado um benefício mediante a colaboração com as investigações. Para tanto, nos crimes cometidos em coautoria ou quadrilha, deverá confessar de forma espontânea à autoridade policial ou judicial toda a empreitada criminosa.

Aponta a doutrina que a norma em comento na verdade é uma espécie de delação premiada sem que exista flexibilização no que tange ao patamar de redução da pena, que já vem fixada em Lei, pois o acusado deve revelar toda a trama delituosa, apontando todos os envolvidos em sua prática, para obter o benefício previsto na legislação. Sobre o tema, o STF já reconheceu que a legislação em estudo é uma espécie de delação premiada³⁸, em que ocorre a efetiva colaboração do réu para com a Justiça.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

³⁸ EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Gestão fraudulenta de instituição financeira. Artigo 4º, caput, da Lei nº 7.492/86. Pena. Redução pretendida, em razão de reparação de dano realizada por corrêu. Questão não analisada pelo Tribunal Regional Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça. Apreciação per saltum. Impossibilidade. Dupla supressão de instância. Precedentes. Inexistência, outrossim, de flagrante ilegalidade que autorize a concessão, de ofício, do writ. Hipóteses de arrependimento posterior (art. 16, CP) e de atenuante genérica diante da reparação do dano (art. 65, III, b, CP) não configuradas. Corrêu que teve a pena reduzida, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça e do compromisso de reparar parcialmente o dano. Benefício de natureza personalíssima, não extensível ao recorrente. Magnitude da lesão causada. Valoração negativa, na primeira fase da dosimetria da pena, a título de "consequências" do crime. Admissibilidade. Inexistência de bis in idem, haja vista não se tratar de elementar típica do crime em questão. Recurso não provido. 1. Como o Tribunal Regional Federal e o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciaram sobre a reparação do dano realizada por corrêu, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configura dupla supressão de instância. Precedentes. 2. Ao julgar o recurso ordinário em habeas corpus, o Supremo Tribunal Federal não se pronuncia originariamente sobre questões não decididas, em definitivo, pelas instâncias antecedentes, salvo quando reconhecer prescrição ou nos casos de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se vislumbra na espécie. 3. A tese do recorrente de que, por se tratar de matéria pública, toda e qualquer questão relativa à dosimetria da pena poderia ser trazida diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal contrasta com a jurisprudência pacífica da Corte, que, mesmo nos casos de dosimetria de pena, não admite supressão de instância. Precedentes. 4. Como não houve reparação do dano, por ato voluntário do recorrente, até o recebimento da denúncia ou o julgamento em primeiro grau, não se configuraram o "arrependimento posterior" (art. 16, CP) nem a circunstância atenuante descrita no art. 65, III, b, do Código Penal. 5. A redução da pena de corrêu, por força de acordo de delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e arts. 13 e 14 da lei nº 9.807/99) e de sua efetiva colaboração com a Justiça, tem natureza personalíssima e não se estende ao recorrente. 6. O recorrente, que não estava obrigado a se autoincriminar nem a colaborar com

Relevante registrar que a lei exige que o ato seja praticado de forma espontânea, ou seja, sem a interferência de terceiros. Dito de outra forma, o ato a ser praticado deve partir do próprio acusado, emanando apenas de sua vontade, sem intromissão de outrem³⁹.

a Justiça (art. 5º, LXIII, CF), exerceu seu direito constitucional de negar a prática dos ilícitos a ele imputados. 7. Após adotar essa estratégia defensiva, por reputá-la mais conveniente aos seus interesses, não pode agora, à vista do resultado desfavorável do processo, pretender que lhe seja estendido o mesmo benefício reconhecido àquele que, desde o início, voluntariamente assumiu a posição de réu colaborador, arcando com os ônus dessa conduta processual, na expectativa de obter as vantagens dela decorrentes. 8. No crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/86), a magnitude dos prejuízos causados pode ser valorada negativamente, na primeira fase da dosimetria da pena, a título de “consequências” do crime, haja vista que não constitui elementar do tipo penal. 9. Recurso não provido. Inexistência de flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (RHC 124192, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2015 PUBLIC 08-04-2015)

³⁹ HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGOS 16 E 22 DA LEI 7.492/1986 E ARTIGO 1º, INCISO VI, DA LEI 9.613/1998). ACORDO CELEBRADO COM A PROMOTORIA DE NOVA IORQUE.

IMPOSIÇÃO DE PENA DE PERDIMENTO DOS VALORES BLOQUEADOS PELA JUSTIÇA NORTE-AMERICANA. PRETENDIDA EXTENSÃO À JURISDIÇÃO BRASILEIRA PARA FINS DE CASSAÇÃO DA CONDENAÇÃO AQUI PROFERIDA OU REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA AOS ACUSADOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTREGA NÃO ESPONTÂNEA DA QUANTIA BLOQUEADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Embora os pacientes tenham se utilizado de offshore constituída no exterior, bem como de contas situadas em banco estrangeiro para a prática dos ilícitos narrados na denúncia, o certo é que também fizeram uso de uma empresa sediada no território nacional, tendo sido condenados por operação de instituição financeira sem a devida autorização, operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do país e lavagem de capitais, delitos que lesionam o Sistema Financeiro Nacional, bem como a ordem econômica e tributária, a paz pública e a administração da Justiça do Brasil, motivo pelo qual não há falar em crimes praticados no estrangeiro, não havendo quaisquer impedimentos para a aplicação da lei penal brasileira à espécie.

2. Conquanto os mesmos fatos assestados aos pacientes tenham sido alvo de persecução penal tanto na Justiça brasileira quanto na norte-americana, não se pode afirmar que suas condutas teriam afetado os mesmos bens jurídicos tutelados pela norma penal de cada Estado soberano, uma vez que nos Estados Unidos da América se investigava apenas a infração dolosa da Lei Bancária - artigo 650(2)(b)(1) -, ao passo que no Brasil os réus foram

Diferentemente, no ato voluntário pode ocorrer incitação, instigação, encorajamento por parte de terceiros para que determinada pessoa pratique o ato. A ideia não precisa ser do acusado, bastando que a ela adira de forma livre⁴⁰. Existe entendimento do STF⁴¹ de que os termos são sinônimos.

Há quem defenda que a norma em análise fora revogada de forma tácita pela Lei n. 9.807/99 (Lei de proteção às testemunhas), haja vista tratar do tema de forma mais abrangente (BALTAZAR JR., 2012, p. 345).

4.2 - Lei n. 8.072/90 - art. 8º, parágrafo único (Lei dos Crimes Hediondos)

Instituída nos anos noventa, a Lei dos Crimes Hediondos foi mais uma tentativa de combater a violência no Brasil, tendo como fundamento a Constituição Federal de 1988, mais especificamente o art. 5º, XLIII⁴². Sobre o

condenados tanto por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, quanto por lavagem de dinheiro.

3. Nos acordos celebrados entre a Promotoria de Justiça e o réu nos Estados Unidos da América, conhecidos como plea bargaining, o acusado se declara culpado e, em troca de não ser processado, recebe uma pena menor da que lhe seria normalmente cominada, razão pela qual não há falar em perdão judicial dos pacientes, já que a negociação por eles realizada no estrangeiro, além de não se estender à ação penal brasileira, não importou na extinção de sua punibilidade.

5. Também mostra-se impossível a redução das sanções impostas aos pacientes, pois o depósito em juízo por eles realizado, referente a uma parte da quantia objeto do acordo firmado com a Promotoria de Nova Iorque, não foi efetuado de forma espontânea, tratando-se de cumprimento de dever processual, já que diante do bloqueio realizado pelas autoridades americanas, a Justiça Federal da Seção Judiciária do Paraná decretou a indisponibilidade de tais ativos, vinculando-os aos autos da ação penal em tela para fins de futura aplicação de pena de perdimento.

7. É descabida a pretensão de aplicação do artigo 13 da Lei 9.807/1999 aos pacientes, pois o perdão judicial previsto no referido dispositivo legal é destinado ao acusado primário que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, resultado na identificação dos demais corréus ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade preservada, e na recuperação total ou parcial do produto do crime, o que não ocorreu no caso em apreço.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 221.108/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 25/03/2014)

⁴⁰ Em sentido oposto, o STF já entendeu que os termos são sinônimos. Veja-se: DELAÇÃO PREMIADA – ESPONTANEIDADE – VOLUNTARIEDADE. Os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos. DELAÇÃO PREMIADA – PERDÃO JUDICIAL. O perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado.

(HC 129877, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, Processo Eletrônico DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

⁴¹ Ver nota de rodapé n. 57.

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

tema, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 29) reza que foi instituída por uma política-criminal ingênua, que apresenta o Direito Penal como uma fórmula mágica capaz de resolver todos os conflitos sociais, descuidando-se dos graves problemas sociais que afligem o Brasil.

Trata-se da primeira lei que expressamente disciplinou a colaboração premiada no Brasil. Da mesma forma que a legislação citada no tópico anterior, dispõe de benefício de redução de pena, desde que cumpridos alguns requisitos. Com efeito, dispõe o art. 8º, parágrafo único⁴³, que aquele que denunciar a quadrilha ou bando à autoridade terá redução de um a dois terços na pena, desde que isso possibilite o desmantelamento, destruição e desmanche da quadrilha ou bando.

Embora o texto legal fale em denúncia de quadrilha ou bando, crime este que era previsto no art. 288, do Código Penal e, que teve o título mudado para associação criminosa pela Lei n. 12.850/2013, não ocorreu atualização da lei dos crimes hediondos nessa parte, de modo que o texto legal citado é aplicável ao crime de associação criminosa por força do princípio da continuidade normativo-típica.

Para alcançar o objetivo, deve o acusado denunciar à autoridade a associação criminosa, mostrando informações que possam desmantelar o grupo criminoso. Digno de registro é que o acusado deve integrar a associação criminosa, não podendo ser beneficiado terceiro estranho ao grupo criminoso. Além disso, para que o delator obtenha o benefício previsto, deve ocorrer o

(...)

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

(...)

⁴³Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

efetivo dismantelamento da associação voltada para a prática de ilícitos, não sendo suficiente meras informações que não levem ao efetivo fim do grupo⁴⁴.

Trata-se de mais uma forma de causa de diminuição de pena sem que exista qualquer chance para o diálogo no que tange ao patamar da redução, que novamente é fixado em dispositivo legal. Não existe discricionariedade nesse ponto. O legislador mais uma vez não deixou qualquer chance para que ocorra ajuste de vontade entre os envolvidos, impondo o patamar de redução de pena, sem que as partes possam discuti-lo.

Convém registrar, outrossim, que a lei exige que o ato seja praticado de forma espontânea, ou seja, sem a interferência de terceiros.

4.3 - Lei n. 8.137/90 – art. 16, parágrafo único (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária

Seguindo a mesma linha das legislações anteriormente citadas, a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária também previu em seu art. 16, parágrafo único, com a redação incluída pela Lei n. 9.080/95, redução de pena para

⁴⁴CRIMINAL. HC. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEÇA IMPRESCINDÍVEL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. AUSÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA À PRÁTICA DE DELITOS HEDIONDOS OU ASSEMELHADOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

I. Não se conhece do pedido relativo ao reconhecimento da confissão espontânea, se o feito não foi instruído com as peças imprescindíveis à compreensão da controvérsia, em especial a sentença penal condenatória, sem a qual não se pode analisar os fundamentos utilizados pelo Julgador para fixar a reprimenda. Precedentes.

II. Hipótese em que se pleiteia, em favor do paciente condenado pela prática de crime de latrocínio, a incidência da delação premiada prevista no art. 8º, § único, da Lei n.º 8.072/90.

III. Referido dispositivo legal se aplica exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuidam a referida lei, por meio de quadrilha ou bando associados para tal fim, este ou aquela sejam dismantelados em razão de denúncia feita por partícipe e associado.

IV. O paciente e os três co-réus não se associaram de forma estável para o fim de praticar delitos hediondos ou assemelhados, hipótese única em que, comprovando-se que a delação possibilitou o efetivo dismantelamento da organização criminosa, teria lugar a redução de pena ora pleiteada.

V. Eventual associação de agentes para a prática de determinado crime dessa natureza, ainda que sejam eficientes as informações prestadas pelo delator, não permite o reconhecimento da delação premiada.

VI. Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, denegada. (HC 62.618/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 283)

aquele que colaborar identificando os demais coautores e partícipes de associação criminosa⁴⁵.

Da mesma forma que a Lei n. 8.072/90, não houve atualização legislativa, mencionando a lei citada ainda o termo quadrilha, antigo nome do crime previsto no art. 288, CP, mantendo-se incólume por força do princípio da continuidade normativo-típica, como mencionado anteriormente.

Prevê a legislação criminal tributária que, para obter o benefício de redução de pena de um a dois terços, deve o integrante da associação criminosa, seja como autor ou partícipe dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90, descobrir para a autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Semelhante à Lei dos Crimes Hediondos, deve ocorrer o efetivo desbaratamento da associação criminosa para que o acusado obtenha o benefício. Por outras palavras, meras informações, ainda que sejam úteis para identificar parte dos criminosos, mas que não ponha fim à associação voltada para cometer delitos, não servirá para que o acusado afigure o benefício previsto na legislação.

Mesmo considerando que os crimes previstos na legislação em destaque são de média complexidade, portanto, mais brandos, o legislador não introduziu a negociação penal, pois, como visto, não há espaço para que haja efetiva negociação entre as partes envolvidas, aplicando o juiz ao final uma redução de pena, caso preenchidos os requisitos legais.

De mais a mais, a redução de pena prevista na legislação em exame não é muito usada, haja vista que a pena máxima para os crimes em questão é

⁴⁵Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995).

de 5 (cinco) anos de prisão, o que dificilmente significa cumprir pena recolhido a prisão, sendo aplicado o regime aberto ou semiaberto, o que certamente desestimula a colaboração de demais integrantes do crime.

Mais uma vez o legislador exigiu que o ato seja praticado de forma espontânea, ou seja, sem a interferência de terceiros.

4.4 - Lei n. 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais)

No presente tópico, será realizada uma abordagem apenas no que toca aos institutos relacionados com a conciliação no processo penal, não se adentrando em outras matérias reguladas pela lei em exame, haja vista a falta de pertinência com o tema do presente trabalho.

Tendo como fundamento em nível estadual o art. 98, I, da CF, e no âmbito federal o §1º do citado artigo, a Lei n. 9.099/1995 conferiu verdadeiro avanço no que toca à conciliação criminal no Brasil.

De início, cabe registrar que a novel legislação revogou expressamente a Lei n. 7.244/84, que tratava dos juizados de pequenas causas. Além disso, previu 3 (três) formas de solucionar o conflito por meio de conciliação, sendo a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo previstas respectivamente nos artigos 74⁴⁶, 76⁴⁷ e 89⁴⁸⁴⁹. Nos termos da norma legal,

⁴⁶ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

⁴⁷ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

considera-se crime de menor potencial ofensivo aqueles punidos com pena máxima não superior a 2 (dois) anos⁵⁰.

Dando especial destaque à composição dos danos, a Lei n. 9.099/1995 previu em seu art. 74 a possibilidade de se fazer a composição civil dos danos, de forma consensual, entre autor e ofendido, gerando reflexos no âmbito penal.

Pois bem, a composição civil, que deverá ser escrita e homologada pelo juiz mediante sentença em que não cabe recurso, poderá ser realizada em qualquer crime de menor potencial ofensivo, seja ele de ação penal pública incondicionada, condicionada a representação ou ação penal de iniciativa

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

⁴⁸ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

⁵⁰ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

privada, criando diferentes reflexos dependendo do tipo de ação prevista em lei.

Destarte, sendo a ação penal de iniciativa privada ou de ação condicionada a representação, a homologação do acordo de composição civil de danos acarreta renúncia ao direito de representação e de queixa, com a consequente extinção da punibilidade, de acordo com o art. 107, V, do CP.

Já no que tange às ações penais públicas incondicionadas, a homologação da composição civil não acarreta extinção de punibilidade, mas eventual compensação em futura ação de ressarcimento, de modo que o processo segue normalmente, podendo ser oferecida transação ou suspensão condicional do processo, dependendo da quantidade da pena em abstrato.

Percebe-se que a composição cível gera reflexos na seara penal, seja impedindo o início da persecução nas ações de iniciativa privada ou públicas condicionadas a representação, seja compensando ou evitando qualquer condenação referente a ressarcimento de valores em ações penais públicas incondicionadas.

Ato contínuo, a lei que instituiu os juizados especiais criminais, previu em seu art. 76, a transação penal entre acusação e acusado. Na verdade, o artigo em espeque se encontra dentro da Seção II, denominada “Da fase preliminar”, não tendo a legislação nominado o artigo em questão com o título de transação penal, sendo isso fruto da doutrina.

Nessa linha de raciocínio, prevê o dispositivo legal anteriormente citado que o Ministério Público tem a faculdade de propor, nos crimes de ação penal pública condicionada a representação ou incondicionada, com pena máxima de até 2 (dois) anos, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos nos crimes de menor potencial ofensivo, desde que o autor não tenha sido condenado à prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; não ter sido beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos por transação penal e 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 transação penal. Nas infrações ambientais, somente é possível a transação penal se houver prévia composição do dano ambiental.

Conquanto exista tese que advoga que se trata de direito subjetivo do acusado, existindo obrigatoriedade do Ministério Público em propor a transação, entende-se que o dispositivo legal é bem claro ao asseverar que o órgão acusador *poderá* propor, ou seja, trata-se de faculdade⁵¹. Entretanto, caso o juiz entenda que o suspeito faz jus ao benefício, deve aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP e remeter os autos ao chefe do Ministério Público.

Ponto interessante de discussão é o cabimento da transação penal por parte do querelante nos crimes de ação penal privada, uma vez que a lei silencia nesse ponto. Alega-se que não há razão para diferenciação, sendo perfeitamente cabível a transação nas ações penais privadas, pois é benéfico ao réu, que poderá transacionar acerca da imputação que lhe é imposta⁵².

⁵¹ A respeito do tema, o STF já decidiu no caso de suspensão condicional do processo, que se trata de uma faculdade do Ministério Público, sendo aplicável o entendimento a transação, pois ambas são modalidades de conciliação no processo penal. Confira-se: EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, DESCLASSIFICADO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE. PRETENDIDO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95) OU À SUSPENSÃO DA PENA (ART. 77 DO CP). ORDEM DENEGADA. O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o *sursis processual*. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela. Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada. (HC 84342, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 12/04/2005, DJ 23-06-2006 PP-00053 EMENT VOL-02238-01 PP-00127 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 393-402 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 473-477)

⁵² A respeito, a Corte Especial do STJ já se manifestou sobre o tema, admitindo transação penal em ações penais privadas. Veja-se: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

Sendo aceita a proposta pelo acusado, esta será submetida ao Juiz, que aplicará pena restritiva de direito ou multa. Nesse último caso, poderá o magistrado reduzir a pena de multa até metade.

O juiz deve analisar a legalidade do ato, bem como verificar se não está existindo nenhuma pressão para que o acusado aceite a proposta realizada, o que pode interferir na autonomia da vontade do demandado. De extrema importância essa fiscalização pelo magistrado, pois, na prática, muitas vezes o órgão acusador constrange o acusado a aceitar o acordo, sob a falsa alegação de que será condenado e poderá pegar pena muito maior, o que não é verdade, pois existe a chance de absolvição e condenação, a depender do que acontecer em futura instrução a ser realizada. Deve o juiz, ainda, verificar se o acusado está assistido por defesa técnica efetiva. Cabe ao magistrado informar ao imputado o porquê da audiência, a proposta, consequências de aceitação do ato, sequelas de seu descumprimento, efeitos que o ato surtirá, enfim, todas as pormenores do procedimento então realizado. É permitido ao magistrado, ainda, atuar como conciliador, fazendo recomendações no tocante a pena, de forma que se estimule a se chegar a um denominador comum.

Ao analisar a transação então pactuada, o magistrado profere sentença homologatória, tendo natureza apenas declaratória, não importando em reincidência, servindo apenas para evitar que o beneficiado obtenha o mesmo

I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal).

II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal.

III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes.

IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal.

Queixa recebida.

(APn 634/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012)

benefício pelo prazo de 5 (cinco) anos. Outrossim, não constará em certidões de antecedentes criminais, salvo para impedir a aplicação do benefício mencionado acima, por óbvio. O recurso cabível é o de apelação. Ponto que merece destaque, refere-se a não produção de efeitos civis da sentença homologatória, devendo o interessado propor ação cível adequada.

Importante destacar, ainda, que a sentença não faz coisa julgada material, logo, eventual descumprimento leva ao prosseguimento da ação penal⁵³.

Ponto de extrema importância, relaciona-se ao fato de que aceitação da proposta de transação penal não significa que o acusado se declara culpado, assumindo a culpa pelo delito no qual está sendo lhe é imputado⁵⁴. Dito de outra maneira, não existe responsabilização criminal na aceitação da transação penal proposta, sendo defeso, inclusive, atos expropriatórios não previstos no acordo entabulado.

Não aceita a transação, o Ministério Público deve oferecer denúncia e o processo prosseguirá normalmente. Trata-se de uma obrigatoriedade, não existindo disposição nesse ponto.

⁵³ A respeito do tema, o STF editou a súmula vinculante n. 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

⁵⁴ Ementa: CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. 1. Tese: os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. 2. Solução do caso: tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade, ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada (fornecimento de cinco cestas de alimentos). 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 795567, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

A transação penal prevista na Lei que instituiu os Juizados Especiais assemelha-se ao *nolo contendere* do direito norte-americano, uma vez que, como se verá, nas duas formas de resolução dos conflitos por conciliação, não existe aceitação de culpa por parte do acusado, não gerando consequências cíveis e administrativas. Veja-se, como já mencionado, que com relação às consequências cíveis, a Lei n. 9.099/1995, em seu art. 76, §6º, expressamente prevê a ausência de efeitos no campo cível.

Outro ponto a se destacar concerne à aplicação do princípio da obrigatoriedade mitigada, com a edição da Lei n. 9.099/1995, pois o Ministério Público não é obrigado a propor ação penal de imediato, haja vista a opção de propor a imposição de penas restritivas de direitos.

Também é previsto na Lei n. 9.099/95 a suspensão condicional do processo, em seu art. 89. Como o próprio nome destaca, trata-se de uma suspensão do processo penal mediante a imposição de algumas condições, aplicável para os crimes punidos com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, com exceção de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher⁵⁵.

Os requisitos, além do patamar mínimo do crime, são não estar o acusado sendo processado ou ter sido condenado por outro crime, bem como o cumprimento das demais exigências previstas no art. 77⁵⁶, do Código Penal, que trata da suspensão condicional da pena. Deve-se acrescentar, ainda, que

⁵⁵Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

⁵⁶ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias devem autorizar a concessão do benefício. Na audiência específica para esse fim, os réus devem demonstrar, por meio das certidões de antecedentes criminais, a comprovação dos requisitos previstos acima.

Embora não haja previsão expressa, a doutrina admite a aplicação do benefício nas ações de iniciativa privada, à semelhança da transação penal, pois a medida beneficia o querelado, que poderá conciliar em eventual pena, sem contar que isso imprime maior celeridade ao processo.

O momento para propor a suspensão condicional do processo é quando do oferecimento da denúncia. A doutrina discute qual o momento mais adequado para a aceitação do benefício em riste, existindo três correntes sobre o assunto, sendo uma i) que defende a aceitação antes do recebimento da denúncia; ii) outra que sustenta a aceitação após o recebimento da denúncia e iii) e por fim, uma última que advoga a aceitação da suspensão do processo somente após a decisão que não acolhe a absolvição sumária.

Sobre o tema, o STF já se pronunciou a respeito, entendendo que a aceitação da suspensão condicional do processo deve acontecer após o recebimento da denúncia⁵⁷, haja vista que poderiam existir casos em que a denúncia nem sequer teria condições de ser recebida, sendo, portanto, mais benéfica ao réu. Entretanto, na verdade, o mais benéfico para o acusado seria

⁵⁷EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EFETUADO ANTERIORMENTE À PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. À luz do disposto no art. 89 da Lei 9.099/1995, nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a 1 (um) ano, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor suspensão do curso do processo, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. 3. No sistema processual penal, a manifestação do acusado sobre a proposta de suspensão condicional do processo, em observância aos postulados constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, há de ocorrer somente após o eventual recebimento da denúncia. Precedentes. 4. Inocorrência, na hipótese, de prescrição da pretensão punitiva estatal, considerada a interrupção do prazo pertinente provocada pelo recebimento da denúncia. 5. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito. (HC 120144, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, Processo Eletrônico DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

a aceitação após a decisão que não acolhe a absolvição sumária, pois existindo situação que se encaixa nas causas de absolvição sumária, esta sim, seria mais benéfica ao réu do que a aceitação da suspensão condicional do processo.

Após a aceitação, o acusado ficará submetido às seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Além dessas condições, o juiz pode impor outras, desde que adequadas ao fato e a situação pessoal do acusado.

Aceita as condições, o processo ficará suspenso de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, ficando suspenso o prazo prescricional, e cumpridas todas as condicionantes, o juiz declarará a extinção da punibilidade do acusado. Nos crimes ambientais, a extinção da punibilidade ficará condicionada à reparação do dano ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo⁵⁸.

Contudo, caso o acusado venha a ser processado por outro crime durante o período da suspensão ou não repare o dano, salvo comprovação da impossibilidade de fazê-lo, deverá ocorrer a revogação do benefício então concedido. Nesse contexto, se o acusado vier a ser processado por contravenção penal ou descumprir qualquer outra medida imposta, o juiz poderá revogar o benefício.

Assim como a transação penal, a suspensão condicional do benefício assemelha-se muito com o *nolo contendere* do direito norte-americano, uma vez que, como já dito anteriormente, não existe aceitação de culpa por parte do acusado, o que não gera consequências cíveis e administrativas.

⁵⁸Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:
I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

4.5 - Lei n. 9.613/98 – art. 1º, § 5º (Lei dos crimes de “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores)

Pelo Decreto n. 154/1991, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, que fora aprovada em Viena, Áustria, em 20 de dezembro de 1988, de forma que se obrigou a tornar crime a lavagem de capitais com origem no tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, entrou em vigor no dia 4 de março de 1988, a Lei n. 9.613/98, que trata dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.

Previsto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98⁵⁹, com a redação modificada pela Lei n. 12.683/2013, a colaboração premiada em análise nesse tópico constitui um tipo mais abrangente.

Nesse contexto, possibilita ao acusado obter, com a redução de pena, cumpri-la em regime aberto ou semiaberto, podendo ainda o juiz deixar de aplicá-la ou até fazer a substituição por restritiva de direito, a qualquer tempo, desde que o suposto autor de crimes, de forma espontânea, colabore com as autoridades, apresentando elementos que possam auxiliar na apuração do ato criminoso, a identificação dos demais integrantes ou a localização de bens, direitos ou valores objeto do crime.

Assim, podem ser concedidos 3 (três) benefícios diferentes para aqueles que decidam colaborar, sendo: a) redução de pena de um a dois terços e determinação de cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto; b) não

⁵⁹Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

aplicação da pena (perdão judicial) ou c) substituição por pena restritiva de direitos.

Para conseguir o benefício, deve o colaborador prestar esclarecimentos que levem à apuração das infrações penais, a identificação dos demais envolvidos ou à localização de bens, direitos e valores objeto do crime. Aponta-se que esses requisitos não são cumulativos, bastando a existência de qualquer um para que o colaborador faça jus ao benefício (LIMA, 2018, p. 534).

No que tange ao perdão judicial, decidiu o STF⁶⁰ que não pode o Ministério Público pedir o arquivamento do Inquérito Policial e deixar de denunciar o colaborador, pois a aplicação do benefício deve ser realizada pelo Poder Judiciário. Assim, necessariamente deve ser oferecida a denúncia e requerido que se aplique o benefício do perdão judicial.

Foi mantida pela redação original e reforma legislativa que a colaboração deva ser espontânea, ou seja, a intenção de praticar o ato deveria vir exclusivamente da vontade do agente colaborador, sem nenhuma interferência de terceiros ⁶¹⁶².

⁶⁰ Ver AP n. 470 Q03/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa (conhecida como caso Mensalão)

⁶¹ Recurso especial. Lavagem de capitais. Dissídio jurisprudencial.

Inadmissibilidade. Paradigma em habeas corpus. Recurso fundado na alínea a. Violação dos arts. 69 e 70 do cp. Tese de que a denúncia está calcada nos mesmos fatos que subsidiariam ação penal anterior.

Improcedência. Fatos distintos. Mera relação de causalidade (lavagem precedida do crime de peculato). Ofensa ao art. 384 do cpp.

Suposta ilegalidade na incidência de majorante. Julgamento extra petita. Improcedência. Denúncia que descreveu a prática de diversos crimes de lavagem, em continuidade delitiva. Descrição que possibilitou a conclusão, firmada na sentença, de que o crime foi perpetrado de forma habitual. Violação dos arts. 1º e 2º do cp.

Novatio legis in pejus. Improcedência. Sentença que considerou a redação da majorante vigente à época dos fatos. Exclusão da majorante. Inadmissibilidade. Súmula 7/stj. Violação do art. 1º, § 5º, da lei n. 9.613/1998. Tese de que o aresto impugnado teria confundido o benefício com a colaboração premiada prevista na lei das organizações criminosas. Improcedência. Aresto que concluiu que o dispositivo contempla uma hipótese de colaboração premiada.

Entendimento que encontra amparo na exposição de motivos da norma e em doutrina. Tese de que o recorrente faz jus à benesse.

Procedência. Benefício que, na forma da lei da lavagem de capitais, independe de prévio acordo ou ajuste, por ausência de previsão legal. Possibilidade de colaboração unilateral. Efeito alternativo atingido (apuração dos crimes), por meio de escritura pública.

Colaboração espontânea. Reconhecimento. Devolução ao tribunal a quo para decidir acerca dos benefícios, inclusive redimensionando a pena no que couber. Execução provisória obstada até a solução do ponto na origem.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é pacífica quanto à impossibilidade de acórdão proferido em habeas corpus servir de paradigma para fins de comprovação de alegado dissídio jurisprudencial (AgRg no AREsp n. 993.565/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/2/2017).

2. Não há falar em violação dos arts. 69 e 70 do Código Penal, pois os fatos que subsidiaram a presente ação são distintos daqueles que ensejaram a condenação do recorrente em outro processo; a única relação é de causalidade, pois o crime de peculato antecedeu o delito de lavagem de dinheiro.

3. Embora a denúncia não tenha mencionado a causa de aumento do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998, o julgamento não foi extra petita pelo reconhecimento da majorante, pois a denúncia narrou a existência de vários delitos de lavagem, circunstância que permitiu ao Magistrado concluir que o delito foi perpetrado de forma habitual.

4. Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal, porquanto o réu se defende daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.

5. Não há ofensa aos arts. 1º e 2º do Código Penal, pois o Magistrado não considerou a redação ulterior do art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998 - com a modificação advinda da Lei n. 12.683/2012 -, mas a redação vigente à época dos fatos delituosos, já que reconheceu a circunstância de que o crime foi perpetrado de forma habitual.

6. Inviável rever a conclusão da instância ordinária, no sentido de que o crime foi perpetrado de forma habitual, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

7. O art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, contempla hipótese de colaboração premiada que independe de negócio jurídico prévio entre o réu e o órgão acusatório (colaboração premiada unilateral) e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu colaborador.

8. Ao menos um dos efeitos exigidos pela norma foi alcançado, qual seja, a apuração das infrações penais, pois há explícita referência no acórdão à existência de escritura pública na qual o recorrente prestou esclarecimentos substanciais à apuração do delito antecedente (peculato) e subsequente (lavagem).

9. A instância ordinária reconheceu que o recorrente faz jus à atenuante da confissão espontânea, circunstância que evidencia, de forma irrefutável, o caráter espontâneo da colaboração.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido, a fim de reconhecer que o recorrente faz jus ao disposto no art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, devendo o Tribunal a quo, após a baixa dos autos, decidir, de forma fundamentada, qual ou quais benefícios, dentre os previstos na norma, serão aplicados em favor do recorrente, redimensionando a pena no que couber; mantido incólume o efeito da decisão de fls. 3.024/3.029 (suspensão da execução provisória da pena) até que o ponto acolhido seja solucionado no Tribunal a quo.

(REsp 1691901/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017)

⁶² PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 6º DA LEI 9.034/95.

NÃO-OCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. SÚMULA 283/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO.

1. A Lei 9.034/95, que dispôs sobre os meios de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevê, em seu art. 6º, a redução da pena de 1/3 a 2/3 para os que, espontaneamente, colaborarem no esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

2. A revelação do indiciado deverá ser espontânea, ou seja, de livre vontade, sem a instigação ou coação de terceiros e eficaz, ou seja, deve produzir efeitos práticos quanto aos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou na localização do produto, substância ou droga ilícita.

3. O recorrente, nas razões do especial, não logrou impugnar os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem, especialmente no que se refere à retratação por ele feito em Juízo, incidindo, à espécie, o óbice contido no verbete sumular 283/STF.

4. Recurso especial não-conhecido.

(REsp 628.048/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 13/04/2009)

Diferente das demais leis analisadas até o momento, que se mostravam pouco sedutoras para o acusado, a lei de lavagem de dinheiro, ao prever mais benefícios, tornou mais atraente eventual colaboração. Contudo, difere do *plea bargaining*, pois, em linhas gerais, exige uma contrapartida do agente criminoso envolvido, além de se aplicar apenas aos crimes lá previstos.

4.6 - Lei n. 9.807/99 – arts. 13 a 15 (Lei de Proteção às Testemunhas)

Com a edição dessa Lei, a colaboração premiada não ficou atrelada a determinado crime, ou seja, poderia ser aplicada a todos os delitos indistintos, não sendo mais exigido que fosse espontânea, sendo necessária apenas a voluntariedade do agente.

A regulação do tema deu-se nos artigos 13 a 15⁶³, prevendo desde o perdão judicial a diminuição da pena. De efeito, dispõe o art. 13, que o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá conceder o perdão judicial com a consequente extinção da punibilidade ao acusado, desde que seja primário, a colaboração seja efetiva, voluntária e resulte na identificação dos demais agentes criminosos envolvidos, a localização da vítima e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

⁶³Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. 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, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

Ponto que chama atenção é a necessidade de o agente colaborador ser primário, ou seja, não reincidente. Assim, sendo reincidente, não é possível a obtenção do benefício, mesmo que venha a colaborar.

A colaboração deve ainda ser efetiva, sendo necessária a presença cumulativa de todos os requisitos previstos no art. 13, incisos I a III. Nesse ponto, há entendimento de que caso não seja possível a obtenção no mundo dos fatos dos 3 (três) requisitos previstos acima, deve-se conceder ainda assim os benefícios da colaboração, sendo denominada a exigência de cumulatividade temperada (LIMA, 2018, p. 714). A justificativa seria a de que não é possível em todos os crimes localizar a vítima, como nos crimes contra o patrimônio, por exemplo. Sendo assim, caso se exigisse a localização da vítima nesse tipo de crime, não teria serventia a aplicação desse tipo de colaboração para tais delitos⁶⁴.

Para aplicar o perdão judicial, deve o juiz levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Logo, não são todos os indivíduos que estão aptos para obter o benefício do perdão judicial, devendo ser analisado caso a caso. O STJ já negou o benefício do perdão judicial a policial envolvido em crime, por considerar a reprovabilidade de sua conduta mais elevada⁶⁵.

⁶⁴AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PERDÃO JUDICIAL. ART. 13 DA LEI 9.807/99. REQUISITOS NÃO CUMULATIVOS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICABILIDADE.

- O artigo 13 da Lei 9.807/99, tratando da proteção aos réus colaboradores, elencou requisitos para a concessão do perdão judicial. Entretanto, considerar indispensável a presença de todos os requisitos indistintamente significa restringir a aplicação do benefício ao tipo penal extorsão mediante sequestro, quando tal restrição não encontra respaldo na citada lei. Nessa linha de entendimento, não há óbice à concessão de perdão na hipótese em apreço - roubo circunstanciado, quando preenchidos os requisitos compatíveis com o citado tipo penal. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 157.685/GO, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015)

⁶⁵ HABEAS CORPUS. PENAL. ARTIGO 159, § 1º, C/C 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PERDÃO JUDICIAL. DELAÇÃO. ARTIGOS 13 E 14 DA LEI 9.807.99. ORDEM CONCEDIDA.

É cabível, ainda, caso não seja possível o perdão, a redução de pena de um a dois terços, mas desde que cumpridos os requisitos destacados nos tópicos anteriores. Importante notar que os benefícios podem ser aplicados na fase investigatória ou durante o curso do processo penal.

O colaborador, também, faz jus a medidas de proteção a sua integridade física, desde que sofra coação ou ameaça, ainda que eventual. Outrossim, em caso de prisão, deverá ser colocado em local separado dos demais presos, medida salutar, pois geralmente a pena do delator no mundo do crime é a morte.

Como destacado anteriormente, não há necessidade de espontaneidade no que tange a colaboração do agente criminoso, bastando que aja de forma voluntária, ou seja, a intenção de colaborar pode surgir a partir de ideia de terceira pessoa, sendo suficiente que o ato seja desprovido de coação, sendo livre.

A lei de proteção a testemunha ao retirar a ausência de espontaneidade do ato, facilitou a formalização da colaboração, pois é assente que se torna mais acessível realizar o procedimento quando alguém explica a forma de funcionamento, suas consequências e benefícios. De efeito, exigindo-se que o ato de colaboração seja espontâneo e sendo a diferença entre voluntariedade e espontaneidade muito tênues, as chances de futuras nulidades, sob essa alegação, são bem maiores, além de diminuir em muito o seu alcance, exigindo

1. Não preenchimento dos requisitos do perdão judicial previsto no artigo 13 da Lei n.º 9.807/99. Paciente investigador de Polícia, envolvido com extorsão mediante seqüestro. Circunstância que denota maior reprovabilidade da conduta, afastando a concessão do benefício.

2. A delação do paciente contribuiu para a identificação dos demais co-réus, ao contrário da entendimento esposado pelo Tribunal de origem, pois, inclusive, exerceu papel essencial para o aditamento da denúncia.

3. Ordem concedida, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei n.º 9.807/99, reduzindo a reprimenda imposta em 2/3, tornando-a, em definitivo, em quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado.

(HC 49.842/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJ 26/06/2006, p. 214)

que a intenção de colaborar surja de sua própria vontade, que muitas vezes nem sabe que existe essa possibilidade.

4.7 - Decreto n. 5.015/2004 – art. 26 (Convenção de Palermo)

A convenção de Palermo, que tem como objetivo promover a cooperação para prevenir e combater de modo eficaz a criminalidade transnacional, foi incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004 e prevê no seu art. 26 medidas para intensificar a cooperação de autoridade competentes na aplicação da referida convenção⁶⁶.

Assim, para aqueles casos em que integrantes da organização criminosa forneçam dados sobre estrutura, composição, natureza e identidade, ramificações internacionais e as infrações praticadas, com o objetivo de auxiliar as autoridades na produção de provas, bem como contribuam para privar esses grupos de seus recursos, poderão ter a pena diminuída ou obter perdão judicial.

⁶⁶Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

Trata-se na verdade de uma recomendação aos Estados signatários da convenção, que devem criar leis que contenham as recomendações postas na Convenção. Serve como uma diretriz, para que Estados adotem as medidas de combate a organizações criminosas transacionais.

4.8 - Lei n. 11.343/2006 – art. 41 (Lei de Drogas)

A Lei n. 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, foi sancionada em 23 de agosto de 2006, revogando as Leis n.ºs 6.368/73 e 10.409/2002.

Trata da colaboração premiada no seu art. 41⁶⁷, asseverando que o indiciado ou acusado que de forma voluntária colabore com a investigação e processo criminal, terá a pena reduzida de um a dois terços, desde que ajude a identificar os demais coautores ou partícipes do crime e recupere total ou parcialmente o produto do ato ilícito.

A lei utilizou a conjunção “e”, de modo que para se obter a redução de pena, deve-se alcançar os dois requisitos, ou seja, a identificação das demais pessoas envolvidas e a recuperação do produto do crime, ainda que de forma parcial⁶⁸. Como se verá adiante, na Lei n. 12.850/2013, que trata das

⁶⁷Art. 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.

⁶⁸Nesse sentido, entende o STJ: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA BENESSE PREVISTA NO ART. 41 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO DO RÉU NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ENFRENTADO PELA CORTE DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. NÃO CONHECIMENTO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Concluído pelas instâncias de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para

Organizações Criminosas, é exigido apenas um dos requisitos, sendo, portanto, mais benéfica, de modo que na prática a lei de drogas, nesse ponto, somente será usada quando aquela legislação não puder ser aplicada.

O benefício previsto na legislação acima destacada pode ser aplicado na fase do Inquérito Policial ou quando já deflagrada a Ação Penal.

Por produto do crime devem-se entender os bens provenientes da ação criminosa, sendo que no caso de tráfico de substâncias entorpecentes, na maioria das vezes, será o dinheiro esse produto.

Além disso, cabe consignar que a Lei de Drogas exigiu que o ato seja voluntário, mantendo a novidade que se inaugurou com a Lei de Proteção às Testemunhas.

Veja-se que, assim como em outras legislações já analisadas, não existe espaço para negociação, devendo a redução de pena ser aplicada pelo magistrado de acordo com a efetividade da colaboração. Nesse contexto, além de não permitir a negociação acerca do *quantum* da pena entre defesa e

concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. Não há falar em incidência do art. 41 da Lei n.º 11.343/06, haja vista que "o réu, no caso dos autos, não colaborou em nada com a investigação criminal, não identificando nenhum coautor ou partícipe e nem na recuperação de produto do crime (...)".

3. O tema referente à detração não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

5. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 5 anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

6. O regime inicial mais gravoso foi fixado tão somente com base no fato de tratar-se de delito equiparado a hediondo, em manifesto desrespeito ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, uma vez que as instâncias ordinárias não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelos arts. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 348.119/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 10/06/2016)

acusação, a lei se limita a um único benefício, ou seja, a redução de pena de um a dois terços.

4.9 - Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa)

A Lei n. 12.850/2013, que trata das organizações criminosas, abordou de forma pormenorizada a colaboração premiada, estando prevista nos arts. 4º ao 7º.

Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 524) define colaboração premiada como:

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

A natureza jurídica da colaboração premiada é de meio de obtenção de prova, conforme assevera o art. 3º, I, da Lei em estudo⁶⁹. A legislação não a define como uma prova, mas mais um modo de conseguir provas. As particularidades do instituto estão elencadas no art. 4º⁷⁰.

⁶⁹Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

⁷⁰ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele

Aponta-se que a colaboração premiada deve ser eficaz e voluntária. Por voluntariedade, como já explicado antes, entende-se que a ideia, a proposta pode partir do Ministério Público ou Polícia, ou seja, não precisa surgir do colaborador. Além disso, a colaboração deve ser eficaz, sendo concretizado pelo menos um dos resultados previstos nos incisos I a V, do art. 4º. Não sendo materializado qualquer requisito, a lei prevê que o colaborador não pode obter os benefícios lá previstos.

A colaboração premiada pode ocorrer a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, conforme dispõe o § 5º do art. 4. Contudo, deve-se ter em mente que ao decidir colaborar o indivíduo fica sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, bem como renunciará ao seu direito ao silêncio. A presença do defensor é obrigatória.

Os prêmios concedidos ao colaborador poderão ser os seguintes:

- a) não oferecimento de denúncia (nesse caso, o colaborador não pode ser o líder da organização criminosa e deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração);
- b) perdão judicial (nesse prêmio, deve ser considerada a relevância da colaboração para que seja concedido o perdão);
- b) diminuição de pena em até 2/3 (sendo posterior a sentença, a diminuição é até a metade);

que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

c) substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, independentemente da observância dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal;

e) progressão de regime (independente do implemento dos requisitos objetivos).

Para que o colaborador possa gozar dos prêmios previstos e propostos, deve ser observado, ainda, pelo magistrado, a sua personalidade, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º). Nessa linha de ideia, a Lei n. 9.807/99, contém previsão semelhante. Como já vimos anteriormente, o STJ, no HC n. 49.842/SP, à luz da Lei n. 9.807/99 (Lei de proteção à testemunha) decidiu por não aplicar um dos prêmios ao colaborador, em vista de sua não adequação ao caso, entendimento perfeitamente aplicável à legislação em destaque.

Deve-se atentar que o § 8º, do art. 4º, permite ao magistrado recusar a homologação, quando não preenchidos os requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto⁷¹.

Outro ponto importante, refere-se à proibição do Juiz de participar das negociações entre as partes (§ 6º). Pontua-se que a medida foi acertada, pois evita-se que o magistrado seja influenciado no julgamento, caso a negociação não seja levada adiante, com eventual confissão de crimes por parte do acusado. Prestigia-se, dessa forma, o princípio da imparcialidade do juiz, bem como o sistema acusatório.

Importante mencionar, ainda, que o colaborador possui alguns direitos, que estão previstos no art. 5º. Entres eles, inclui-se a garantia de usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, ou seja, Lei n. 9.807/99, como ter o nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais

⁷¹Ver PET 7265/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

O procedimento da colaboração premiada é previsto no art. 6º e seguintes da Lei n. 12.850/2013. Prevê o citado dispositivo que o termo do acordo deverá conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Deve-se observar que o pedido de homologação do acordo deve ser distribuído sigilosamente, até que seja recebida a denúncia, nos casos em que houver. Caso existam dúvidas acerca da voluntariedade do colaborador, o magistrado poderá ouvi-lo sigilosamente, na presença de seu defensor.

Estando em perfeitas condições de legalidade, materialidade e voluntariedade, deverá o magistrado homologar o acordo. A partir daí duas consequências podem ser obtidas. Caso as declarações já sejam suficientes para obter os resultados então propostos, aplica-se desde logo o prêmio acordado. Contudo, caso ainda não sejam suficientes as declarações, sendo necessária a realização de alguma outra medida de colaboração, o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo relativo ao colaborador ficará suspenso por 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, bem como o prazo prescricional, até que sejam cumpridas as medidas da colaboração.

De se consignar, também, que o colaborador poderá ser ouvido mesmo após a homologação da colaboração, desde que surja necessidade. Nesse caso, deverá estar acompanhado com seu defensor. Na verdade, em todos os atos de negociação, o colaborador deverá ser assistido por seu defensor.

Outro ponto digno de nota é a possibilidade de ocorrer a retratação por parte do colaborador, sendo, nesse caso, vedada a utilização de provas autoincriminatórias, exclusivamente, em desfavor do acusado.

Acrescente-se que a lei veda a prolação de sentença condenatória com fundamento apenas nas declarações do colaborador. Portanto, para que ocorra uma sentença condenatória contra o terceiro delatado, devem existir outros elementos de prova, além das declarações do delator.

Parte da doutrina critica o instituto da delação premiada sob o argumento de que o Estado premia, nesse caso, o traidor, o delinquente que não tem nenhum caráter. Argumenta-se, ainda, que o Poder Público negociaria com criminosos, o que seria altamente reprovável. Por outro lado, há quem defenda que a delação premiada é necessária no mundo contemporâneo, onde a criminalidade é altamente organizada, de modo que facilita a desarticulação dessas organizações criminosas, tornando o processo penal mais efetivo⁷².

A colaboração premiada prevista na Lei de organização criminosa diferencia-se do *plea bargaining* previsto no direito americano.

O *plea bargaining* é um acordo realizado entre acusação e defesa, como já frisado, em que as duas partes em tese saem ganhando, pois o réu é beneficiado com a redução do risco de pegar uma pena bastante elevada em caso de julgamento (o juiz não é obrigado a aceitar o acordo, embora na prática dificilmente isso ocorra) e o Estado acusador tem quase certeza de que

⁷²A favor da delação premiada, confira-se o entendimento de Nucci: "(...) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar co-autores e partícipes. No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais." (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e execução penal. São Paulo: RT, 2008, p. 418).

o acusado será condenado. Para obter o acordo no direito norte-americano, o réu não é obrigado a oferecer uma contrapartida, embora seja possível que a acusação faça essa exigência. Na colaboração premiada prevista na legislação brasileira, necessariamente, é exigido do réu alguma contrapartida para que obtenha o acordo e usufrua do prêmio, nos termos dos incisos I a V, do art. 4º. O estado brasileiro exigiu que o réu ofereça algo a mais para que obtenha a benesse prevista em Lei.

Por fim, pontua-se que esse modelo introduzido no Brasil tem pouca utilidade em crimes praticados nos quais o acusado não tem nenhuma contrapartida para oferecer ao estado, de modo que não há como cumprir a exigência prevista no art. 4º, I a V, da lei em exame.

4.10 - Resolução n. 181/2017, Conselho Nacional do Ministério Público

Sob o título de acordo de não persecução penal, a resolução n. 181/2017, com a redação modificada pela resolução 183/2018, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em seu art. 18 e seguintes⁷³,

⁷³Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n° 9.099/95; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

instituiu aos membros do Ministério Público a prerrogativa de não propositura de ação penal em determinados delitos cuja pena mínima não ultrapasse 4 (quatro) anos.

Entre os fundamentos para a edição da resolução, o CNMP destaca a necessidade de permanente aprimoramento das investigações, especialmente de modernização com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos

(Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa, bem como a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e com desperdício de recursos, prejuízo e atraso que causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais e, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Para aplicação da resolução em estudo, além da pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o crime praticado não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, bem como existir confissão formal e circunstanciadamente da prática do crime, devendo, ainda, o investigado cumprir determinadas condições a serem impostas. A confissão deve ser gravada em meio audiovisual e o investigado deve estar sempre na presença de seu defensor, que será formalizado nos autos e será firmado por todos, inclusive o advogado do acusado.

Entre as condições impostas, que podem ser cumuladas ou alternadas, estão a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renúncia voluntária a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo

delito e cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Estipula a resolução, ainda, os casos em que não é possível o acordo de não persecução penal. Nesse contexto, não será realizado o acordo quando for cabível a transação penal; o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; o delito for hediondo ou equiparado, nos casos de drogas e a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Determina a resolução que, se o magistrado entender cabível o acordo e as condições se mostrarem adequadas e suficientes, devolverá os autos para ao MP para a implementação do ajuste. Veja-se que a resolução editada pela CNMP não fala em homologação pelo Poder Judiciário, mas deixa apenas alguns pontos para fiscalização do magistrado, que terá de devolver os autos para que o MP implemente o acordo. Em caso de o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, prevê a norma em exame que os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral ou órgão superior interno para análise, a depender da organização de cada Ministério Público, que poderá adotar as seguintes medidas: i) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; ii) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; iii) reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; ou iv) manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

O acordo de não persecução penal deve ser celebrado antes do oferecimento da denúncia, podendo ser feito até na audiência de apresentação. Descumpridas as condições, deve o membro do MP oferecer desde logo a denúncia, sendo que o descumprimento pode ser usado como justificativa para recusa em não oferecer a suspensão condicional do processo.

Prevê a resolução, também que esse acordo não será utilizado aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

Uma vez cumpridas as condições, o MP promoverá o arquivamento da investigação. Embora preveja expressamente a promoção do arquivamento inicialmente, há previsão de que deve requerer ao juiz o arquivamento⁷⁴, em obediência ao disposto no art. 28, do Código de Processo Penal.

Assim como os institutos previsto na Lei n. 9.099/95, trata-se de ato normativo que possibilita a conciliação no processo penal brasileiro. Ponto de destaque refere-se ao fato de que o acusado deve necessariamente assumir a culpa para celebrar o ajuste de vontades, diferentemente do exigido na lei dos juizados especiais criminais, o que pode ter implicações na seara cível e administrativa. Com a assunção de culpa, o acordo de não persecução assemelha-se muito ao *plea bargaining* norte-americano, entretanto, de modo mais suave, atenuado, uma vez que não existe a possibilidade de se ajustar sobre a pena privativa de liberdade.

Item forte de críticas, refere-se à inexistência de lei dispendo acerca da conciliação nos termos propostos pela resolução em exame editada pelo CNMP, haja vista que praticamente aumentou os limites da pena em abstrato para a imposição de pena restritiva de direito, além de outros aspectos. De outra maneira, a Lei n. 9.099/95 somente permitiu a imposição de penas restritivas de direitos para os crimes punidos com pena máxima de até 2 (dois) anos ou pena mínima de 1 (um) ano, no caso de suspensão condicional do processo. Logo, a resolução do CNMP ignorou tais patamares e criou um novo patamar, de modo que permitiu a imposição de penas restritivas de direitos

⁷⁴Art. 19. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, nos termos do art. 17, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) (...) § 2º Na hipótese de arquivamento do procedimento investigatório criminal, ou do inquérito policial, quando amparado em acordo de não persecução penal, nos termos do artigo anterior, a promoção de arquivamento será necessariamente apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

para uma gama muito maior de crimes, pois se aplica aos crimes punidos com pena mínima inferiores a 4 (quatro) anos, como já visto. Nesse contexto, argumenta-se que a resolução em exame é inconstitucional, pois, ao assim agir, o CNMP legislou em matéria processual, cuja competência é privativa da União, consoante art. 22, I, da CF⁷⁵.

Outrossim, a resolução em destaque atribuiu ao MP a função de aplicar a pena no caso concreto, pois, caso o Poder Judiciário não concorde com os termos, deve remeter os autos para o órgão de controle do *parquet*, que pode ser o Procurador-Geral ou o órgão de revisão, a depender da organização interna de cada instituição. Dessa maneira, o MP passa a ter atribuição de investigar, acusar e aplicar penas, assumindo todas as funções do procedimento criminal, em total descompasso com o sistema acusatório, que faz a separação justamente dessas funções. Destaca-se que a Constituição Federal não atribuiu as funções de interpretação e aplicação das Leis ao Ministério Público, sendo essas exclusivas do Poder Judiciário, que, ao lado do Poder Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, nos termos do seu art. 2^o⁷⁶.

⁷⁵Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

⁷⁶Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

5 - CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL COMPARADO

Para melhor compreensão do tema, tenho que é de grande valia o estudo do direito comparado, verificando como a conciliação criminal se desenvolveu em outras nações, investigando seus pontos fortes e fracos junto ao direito estrangeiro, bem como as soluções para os problemas que certamente surgiram.

Na verdade, deve-se buscar aprender com os erros e acertos verificados por outras nações, com o objetivo de aperfeiçoamento, para que possa ser o mais útil possível na solução dos problemas para os quais se propõem.

Nesse ínterim, penso que se deve analisar o *plea bargaining* do direito norte-americano, por ser o mais conhecido e coroado de êxito, haja vista a enorme quantidade de casos findos por meio deste⁷⁷, além do *patteggiamento* no direito italiano, considerando a importância do direito romano para o *civil law*, o qual é adotado no Brasil. Importante também a análise das conciliações no processo penal na Alemanha e Portugal, haja vista a enorme importância jurídica do primeiro para o mundo e a nossa ligação histórica junto ao segundo.

5.1 - O *Plea Bargaining* no direito norte-americano

Até o século XIX, os julgamentos criminais eram rápidos, devido a diversos fatores, de modo que praticamente não se utilizava o *plea bargaining* nos Estados Unidos. Entretanto, de acordo com o aumento da complexidade dos procedimentos, bem como dos números dos casos criminais, necessitou-se de outros meios para a solução dos conflitos penais.

Aponta-se que a qualificação do sistema adversarial e o julgamento pelo júri foram os principais impulsionadores da conciliação no âmbito penal. Desse modo, são consideradas como motivações para tanto o surgimento de atores processuais definidos, a especialização dos procedimentos e a mudança da legislação, o que necessariamente forçou um aumento de valores monetários

⁷⁷Vide, capítulo 3, último parágrafo ou nota de rodapé 35 e 36.

para o processo. Assim, a sociedade passou a não tolerar todos esses custos da máquina judiciária, o que, aliado a visão dos réus de obtenção de melhor pena ao final, contribuiu para o sucesso desse meio de resolução de conflitos (BRANDALISE, 2016, p. 63).

De início, cabe demonstrar em linhas gerais o procedimento penal federal nos Estados Unidos, com o objetivo de ter uma visão ampla do processo criminal lá praticado. A escolha do modelo federal se deve ao fato de que cada estado americano tem seu procedimento próprio para o julgamento dos crimes, sendo inviável no presente trabalho análise que inclua os procedimentos estaduais.

Pois bem, nos Estados Unidos, o órgão acusador integra o Poder Executivo, fazendo parte do Departamento de Justiça, assim como todas as agências investigativas, como o FBI (*Federal Bureau of Investigation*). Esse primeiro aspecto difere do Brasil, em que a acusação nos crimes de ação penal pública fica a cargo do Ministério Público, órgão não vinculado ao Poder Judiciário ou Executivo.

O início do procedimento se dá a partir da investigação das agências, que, entendendo existirem evidências suficientes acerca da prática de crime, exibem os resultados ao escritório do Procurador Federal (*U.S. Attorney*) do distrito ao qual são vinculadas. Nesse caso, um Procurador Auxiliar revisa os resultados da investigação e conclui ou não pela suficiência das provas apresentadas. Não sendo suficientes, pode desconsiderar a investigação ou determinar que a agência colete mais provas. Nesse aspecto, o procedimento é semelhante ao brasileiro, pois entendendo o Ministério Público que não existam elementos suficientes para oferecer denúncia, pode determinar à autoridade policial que proceda a novas diligências com o objetivo de angariar mais provas para ofertar a acusação.

Constatada a suficiência de provas em investigação formal, é requerida ao grande júri (*grand jury*) o *indictment* (acusação) do indivíduo. A obrigatoriedade de submissão ao grande júri se dá naqueles delitos cujas

penas são maiores que um ano de prisão. Mesmo assim, é possível a renúncia ao grande júri por parte do investigado, sendo a função exercida por um juiz singular.

O grande júri é composto de 16 (dezesesseis) a 23 (vinte e três) pessoas, que, após ouvir as evidências apresentadas pela acusação, decidirá sobre sua admissão ou não, definindo, ainda, as acusações que serão submetidas a julgamento. A acusação é admitida com o voto favorável de no mínimo 12 (doze) pessoas. Veja-se que nesse momento não se está decidindo sobre a culpa ou não, mas apenas sobre a viabilidade da acusação, o que equivaleria ao recebimento da denúncia no processo penal brasileiro.

No prazo de 10 (dez) dias após o indiciamento ou da notícia da prisão, é realizada uma audiência de acusação (*Arraignment*), em que após a leitura da acusação contra o réu, bem como ciência dos seus direitos, é perguntado se se declara inocente ou culpado (*plea of guilty or not guilty*)⁷⁸⁷⁹.

Superada essa fase inicial sobre a admissão ou não da acusação e não ocorrendo a admissão de culpa (*plea of guilty*) ou o *nolo contendere*, o acusado é submetido a um julgamento perante o júri, direito esse garantido pela 6ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. Nessa fase, dá-se análise das provas entre acusação e defesa. O júri é composto por 12 (doze) cidadãos. Cabe dizer que o acusado, assim como acontece no grande júri, pode renunciar ao seu direito de julgamento perante o júri, levando o caso a julgamento por um juiz singular.

Como dito, antes do julgamento perante o júri, pode ocorrer o *plea bargaining*, ou seja, a negociação entre o acusado e a acusação sobre a pena a ser aplicada, entre outras coisas. Nesse caso, é marcada uma audiência perante um magistrado para que o réu explicita sua intenção diante do juiz.

⁷⁸<https://www.fbi.gov/resources/victim-assistance/a-brief-description-of-the-federal-criminal-justice-process>. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁷⁹<https://www.justice.gov/sites/default/files/usao-mn/legacy/2011/06/07/federal%20criminal%20brochure.2009.final.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

Cabe dizer, ainda, que, ocorrendo a prisão do suspeito durante o curso do processo ou mesmo em caso de flagrante, deve o detido ser levado a um juiz no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, que verificará se ele tem condições de contratar advogado ou se será necessário nomear um defensor público. Poderá, ainda, estabelecer condições para liberação, que poderá ser obtida mediante fiança, por exemplo.

O *plea bargaining* nada mais é do que um ajuste, negociação entre as partes envolvidas, acusação e defesa, com o objetivo de que o acusado assuma a culpa (*guilty plea*) ou se obtenha declaração de vontade de não contestar a acusação (*nolo contendere*), oferecendo-lhe algum benefício.

A diferença entre o *nolo contendere* e o *guilty plea* consiste no fato de que o segundo gera confissão no âmbito civil, enquanto que o primeiro não produz qualquer efeito no que tange à responsabilidade civil.

A conciliação entre as partes pode resultar em modificação da acusação e/ou da pena a ser aplicada (inclui-se aqui a recomendação de sentença realizada pela acusação), sendo estas as mais comuns. A primeira situação é denominada de *charge bargaining* e ocorre quando a acusação concorda em mudar a imputação para um delito menos grave ou exclui algum delito, quando se imputa a prática de mais de um crime. Já na segunda situação, denominada de *sentence bargaining*, ocorre recomendação de pena mais branda pela acusação ou que se aplicará pena precisa ou delimitável (*sentence recommendation*), o que não é vinculativo ao Juiz, que pode negar ou aplicar pena mais alta.

Embora as formas acima mencionadas sejam as mais comuns, é possível outros tipos de acordo, como a localidade em que se vai cumprir a pena, o tipo de estabelecimento etc.

Na audiência em que o acusado manifesta sua vontade perante o magistrado, assumindo a culpa pela prática do crime ou manifestando sua

vontade de não contestar a acusação (*nolo contendere*), este deve deixar bem claro ao réu seus direitos, tais como julgamento pelo júri, não autoincriminação, assistência técnica, ou seja, por um advogado, a produção de provas, de se declarar inocente etc. (*Federal Rules of Criminal Procedure*, Rule 11)⁸⁰ e que a aceitação do acordo com a acusação importa em não exercício de tais direitos. No mesmo ato, deve o juiz analisar se o acusado não foi coagido, sendo sua decisão voluntária. Além disso, cabe ao magistrado verificar se existe base factual para o acordo. Por outras palavras, deve o juiz analisar se existe fundamento mínimo para sustentar a acusação, não sendo possível, em tese, a aceitação do acordo que não exista base mínima que ligue o acusado ao crime.

Embora a grande maioria dos casos criminais seja finda mediante algum tipo de acordo, conforme já noticiado anteriormente, o instituto em análise não é imune a críticas. Como já visto linhas atrás, as críticas mais comuns são o risco de coerção, possibilidade de erros e insuficiência de proteção processual⁸¹.

No que tange ao uso de coerção, pontua-se que o risco é alto quando se tenta persuadir o acusado a aceitar o acordo sob o argumento de que pode pegar pena mais alta caso vá a julgamento. Jenia Iontcheva Turner (2017, p. 80), aponta que estudos empíricos apontam 4 (quatro) situações em que se corre mais risco de um acusado inocente aceitar o acordo em virtude de coerção: a) quando existe significativa diferença entre a sentença negociada e a sentença esperada após julgamento; b) quando a sentença ofertada é a liberdade condicional e a sentença esperada após julgamento pode impor prisão; c) quando a sentença ofertada é de prisão e a pena capital é possível

⁸⁰https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11

⁸¹Turner, Jenia Iontcheva, Plea Bargaining (March 9, 2017). Academy For Justice, A Report on Scholarship and Criminal Justice Reform, Erik Luna ed., 2017, Forthcoming; SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 348. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2930521>. Confira-se o texto no original: While a few commentators have defended plea bargaining on the grounds of its efficiency and ostensible benefits to the parties involved, most have been critical of the practice. In the 1980s, some called for outright abolition of plea bargaining. At this point, perhaps in recognition of the entrenched position of plea bargaining in the United States, scholarship has shifted focus toward correcting the worst excesses of the practice. Empirical research has also attempted to identify more systematically areas in need of reform. Scholars' concerns fall into three principal categories: (1) the risk of coercion; (2) the risk of inaccuracy; and (3) insufficient procedural protections.

após o julgamento; e d) quando o réu é preso e o pedido de culpa consiste em liberação após o tempo já cumprido⁸².

O *National Registry of Exonerations* (NRE), ligado à universidade de Michigan, entidade que se dedica a coletar dados sobre a libertação de presos condenados que posteriormente são declarados inocentes nos Estados Unidos, mostra que entre 1989 e 2012, 8% dos presos condenados e liberados posteriormente como inocentes tinham aceitado um acordo e se declarados culpados⁸³. Contudo, esse número vem aumentando, sendo que em 2016 cerca de 45% das libertações de presos considerados posteriormente inocentes se declararam culpados e se submetido a um acordo, enquanto que há dez anos esse percentual era de 13%⁸⁴.

Nesse contexto, fica claro que o risco de coerção é real, fazendo com que inocentes busquem um acordo, mesmo que para isso tenham de se declarar culpados, não enfrentando o julgamento pelo júri com receio de pegar pena mais severa.

Outra crítica apontada se refere à possibilidade de erros, especialmente em virtude de limitações de tempo e recursos nas investigações, principalmente para a defesa, bem como a revisão judicial insuficiente ou precária (TURNER, 2017, p. 84). Aponta-se que embora, na teoria, os juízes possam fazer um controle sobre a causa e exigir que exista um nexo entre acordo e os fatos, com um mínimo de provas, isso não ocorre na prática.

Aponta-se, ainda, que a proteção processual é insuficiente, haja vista que o *plea bargaining* é realizado em privado pelas partes, sem a presença de

⁸²Confira-se o texto no original: Empirical studies suggest that innocent defendants are at the greatest risk of pleading guilty in four situations: (1) when there is a significant differential between the negotiated sentence and the sentence expected upon conviction after trial; (2) when the plea offer is to probation, while the expected sentence post-trial entails imprisonment; (3) when the plea offer is to imprisonment, while capital punishment is a possibility after trial; and (4) when the defendant is detained, and a guilty plea results in release for time served.

⁸³http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/exonerations_us_1989_2012_full_report.pdf. Acesso em 26 fev. 2018

⁸⁴http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations_in_2016.pdf. Acesso em 26 fev. 2018.

um terceiro imparcial, além de raramente ser escrito. Argumenta-se que para se concluir o acordo, deve o acusado renunciar a vários direitos, como o de ficar em silêncio, julgamento público etc. Além disso, acrescenta-se aos ajustes cada vez mais a renúncia a outros direitos não previstos nos primórdios do *plea bargaining* e que não existem no momento da formalização da negociação, como o não uso de provas surgidas posteriormente, como por exemplo a investigação de DNA, entre outros.

Critica-se, igualmente, o fato de que muitas pessoas não entendem ao que estão renunciando ou deixando de exercer naquele momento, o que agrava ainda mais um acordo sobre a privação de liberdade do acusado. Certamente essa seria uma das maiores críticas à adoção do instituto no Brasil, haja vista que grande parte da população é desprovida de escolaridade, desconhecendo ou não entendendo quais são seus direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988. Estudo publicado no ano de 2016 pelo Instituto Paulo Montenegro, em conjunto com a ONG Ação Educativa, concluiu que apenas 8% (oito por cento) das pessoas em idade de trabalhar no Brasil são capazes de entender e se expressar por números e letras⁸⁵.

Em virtude de tais críticas, é proposto no mesmo estudo algumas soluções para o aperfeiçoamento do *plea bargaining*, tais como que o acordo seja realizado por escrito, proibição de renúncia a direitos essenciais, permissão para que advogados de defesa tenham acesso às provas da acusação antes de realizar o acordo, aperfeiçoamento da revisão do acordo por parte dos juízes e adoção de limites para as concessões do órgão acusador.

Analisando as propostas de aperfeiçoamento, tem-se que é de grande valia que o acordo seja escrito, pois garante maior segurança para os envolvidos, fazendo desaparecer qualquer dúvida sobre o ajuste. Mesmo que se aplique o princípio da simplificação dos procedimentos e da oralidade, esse último em casos de crimes de menor potencial ofensivo, difícil imaginar a

⁸⁵http://acaoeducativa.org.br/wpcontent/uploads/2016/09/INAFEstudosEspeciais_2016_Letramento_e_Mundo_do_Trabalho.pdf. Acesso em: 19 fev. 2018.

adoção no Brasil desse procedimento unicamente na forma oral, sem registro escrito ou mesmo a gravação do áudio/vídeo. A adoção desse princípio não significa a ausência de registros dos procedimentos, mas que exista um procedimento mínimo a ser obedecido, devendo tal ficar devidamente consignado.

Obviamente que existirão casos em que o registro não poderá tornar-se público, principalmente naquelas situações relacionadas a organizações criminosas em que existe cooperação do acusado para a descoberta de outros criminosos, acarretando sérios riscos para a vida do réu cooperador. Logo, nessas circunstâncias, deve ocorrer o registro do acordo então entabulado, mas não sua publicidade.

Também é proposta como forma de aperfeiçoamento a proibição de renúncia por parte do acusado a um mínimo de direitos, como por exemplo a realização de teste de DNA superveniente e assistência efetiva de um advogado. Essa proibição deve abranger qualquer outro exame que venha a surgir no futuro e que possa levar a identificação do verdadeiro autor do crime. Isso se deve ao fato de que em acordos realizados em décadas passadas não existia exame de DNA, logo, essa proibição de renúncia não poderia constar nos acordos então firmados. Da mesma forma, não se saberá quais saltos tecnológicos e conseqüentemente quais novos exames irão surgir nas próximas décadas, facilitando a elucidação de crimes, de modo que existindo essa ressalva com relação a novos tipos de exames que porventura poderão surgir, o acusado não será privado dessa eventual possibilidade.

No que tange a assistência efetiva de advogado, trata-se de preceito imprescindível, considerando que cabe ao defensor analisar juridicamente a situação, mostrar ao acusado as conseqüências de sua escolha, entre outras coisas. Contudo, na prática isso é de difícil realização, seja pela dificuldade financeira do acusado de pagar um bom advogado, seja pela deficiência dos profissionais de defesa existentes na localidade, ou até mesmo pela dificuldade de existir tais profissionais. No Brasil, considerando o baixo nível de escolaridade da população, como explicado anteriormente, isso deve ser

condição *sine qua non* para que se possa iniciar qualquer acordo sobre a privação da liberdade.

Além disso, é proposto que a defesa tenha acesso às provas contra o acusado antes de firmar o acordo, bem como tenha tempo e recursos para sua análise. Veja-se que essa questão está imbricada com assistência efetiva por parte da defesa, de modo que dificilmente advogados de defesa terão condições de prestar defesa eficaz se não tiverem acesso previamente às provas existentes contra o seu cliente. Mas não basta somente o acesso às provas, é preciso das condições de análise, como um tempo razoável, por exemplo.

Ato contínuo, é recomendado reforçar a supervisão judicial sobre o *plea bargaining*. Nesse ponto, aceita-se que o magistrado faça indagações ao acusado, vendo sua versão dos fatos, para analisar se realmente a assunção de culpa então realizada corresponde minimamente aos fatos imputados, ou seja, se a prova dos autos realmente liga o acusado ao crime. Defende-se, ainda, que esse juiz seja diferente do juiz do julgamento, caso não se aceite o acordo, de modo a minimizar qualquer risco de coerção ao réu ou mácula à imparcialidade do julgador, pois já tivera acesso às provas e principalmente à confissão da defesa. Nesse ponto, assevera-se que a revisão judicial deve ser criteriosa, pois como visto, existem diversas críticas sobre a existência de coerção e situações que podem advir disso em desfavor dos acusados. Nesse contexto, o juiz deve ter amplos poderes para aceitar ou não o acordo, analisando sua legalidade, voluntariedade, bem como as provas mínimas e outros aspectos ligados à quantidade de pena. Nesse último quadrante, argumenta-se que o juiz, excepcionalmente, poderia até recusar a quantidade de pena ajustada, caso entenda que é demasiadamente excessiva ou branda, ou ainda está em desacordo com a Lei.

Por fim, recomenda-se que sejam impostos limites aos descontos ofertados pela acusação, pois se alega que isso pode aumentar os riscos de pessoas inocentes se declararem culpadas. Alega-se que grandes descontos na pena final facilitam que acusados, inocentes inclusive, declarem-se

culpados e aceitem o acordo, pois se livram de um julgamento em que as penas podem ser muito altas. Em um dado interessante, Stephen J. Schulhofer (Schulhofer, 1984, p. 1062) conclui que no estado da Philadelphia, na década de oitenta, onde as concessões feitas pela acusação são irrelevantes ou pouco vantajosas, a maioria dos casos são julgados pelo sistema comum, não sendo realizado o *plea bargaining*⁸⁶. Dessa forma, se os benefícios não forem atraentes, quando comparados com o trâmite regular e posterior julgamento, não há razão para se firmar um acordo.

5.2 - O *Patteggiamento* no Direito Italiano

A palavra *patteggiamento* em tradução livre significa acordo ou pacto. Em linhas gerais, consiste em uma forma de resolução de conflitos criminais mediante acordo de vontades entre acusado e acusação, com homologação judicial sobre a pena a ser cumprida. O acusado não exerce desse modo o direito de contestar a acusação, conquanto vejamos mais a frente que existe divergência na doutrina se isso implica ou não declaração de culpabilidade.

Na Itália, a conciliação inicialmente era vista com desconfiança, haja vista a dificuldade de associar acordos sobre pena menor com a função de punição do direito penal. Entretanto, passados anos do seu início, os ritos alternativos são considerados uma necessidade amarga (CAPUTO, 2017, p. 149-150).

Embora o Código de Processo Penal Italiano de 1988 tenha regulado 5 (cinco) procedimentos que objetivam abreviar o tempo do processo⁸⁷ com a

⁸⁶Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1340824>>. Acesso em: 22 ago. 2017. Drawing together all the various forms of plea bargaining, one finds a somewhat ambiguous picture. Both explicit plea negotiations and tacit, "structurally induced" pleas occur in the Philadelphia court system. 95 Nevertheless, our conclusion is that no significant concessions are available to induce a guilty plea in the majority of Philadelphia felony cases. Skeptics may, of course, prefer to believe that hidden concessions of some sort continue to operate in ways we were unable to detect. Although we can never entirely exclude this possibility, it is of only incidental relevance for present purposes, because any such concessions could not, in any event, have been very effective. Only 45% of the 1981 Common Pleas defendants did plead guilty. The remaining 55% (and 58% of the defendants in our List program sample) chose to go to trial.

⁸⁷Codice di Procedura Penale (*Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447*). LIBRO SESTO - Procedimenti speciali. Titolo I - Giudizio abbreviato (artt. 438-443); Titolo II - Applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444-448); Titolo III - Giudizio direttissimo

simplificação das formas, somente interessa ao presente trabalho o *patteggiamento* (previsto nos arts. 444 a 448, com as modificações realizadas pela Lei n. 134/2003), tendo em vista que os outros procedimentos normalizados não são propriamente resolução de conflitos criminais mediante acordo de vontades, sendo na verdade uma parte causa de diminuição de pena ou redução propriamente dita do tempo do processo, não interessando ao presente.

Antes do atual Código de Processo Penal Italiano, procedimento semelhante era previsto na Lei Italiana n. 689/1981, em que era possível fazer acordo entre a defesa e a acusação nos delitos considerados menos graves. As penalidades impostas podiam ser a semidetenção, a liberdade controlada e a pena pecuniária. Para se beneficiar, o réu não podia ter obtido o mesmo benefício antes ou ter sido condenado a pena de prisão.

O atual *patteggiamento* é subdividido em simples e ampliado, sendo o primeiro admitido para pena de prisão de até 2 (dois) anos e o segundo para pena de até 5 (cinco) anos. Esse último patamar fora introduzido pela Lei n. 134/2003, possibilitando também a aplicação para infrações de média gravidade.

O procedimento tem início com pedido conjunto da acusação e defesa ou requerimento de qualquer das partes, desde que a outra aprove. Esse requerimento pode ser realizado em qualquer fase, inclusive durante as investigações, até a abertura da fase oral do processo. Nesse contexto, as partes acordam acerca da pena a ser cumprida, podendo inclusive ser ajustado ainda a pena pecuniária, a semidetenção e liberdade controlada.

Deve-se observar que no caso de pedido por parte do acusado, discordando o Ministério Público, este deve fazer de forma fundamentada, podendo o magistrado aplicar a sanção, se rejeitar os fundamentos do órgão

(artt. 449-452); Titolo IV - Giudizio immediato (artt. 453-458); Titolo V - Procedimento per decreto (artt. 459-464).

acusador. Contudo, nesse caso, não ocorre a abreviação do processo, sendo realizada a fase instrutória e somente após isso é que o juiz pode aplicar a pena.

Outro ponto a se destacar é que o magistrado pode rejeitar o acordo firmado entre as partes, cabendo recurso dessa decisão para o respectivo tribunal. O juiz deve analisar o cabimento da medida, se os fatos estão capitulados corretamente, bem como se a penalidade indicada é adequada com a situação posta, proferindo em seguida sentença e executando a pena firmada⁸⁸.

Não é cabível a aplicação do benefício para aqueles considerados delinquentes habituais, profissionais ou reincidentes⁸⁹. Além disso, a sentença não tem eficácia civil ou administrativa. A recompensa é formalmente liberada de qualquer assunção de responsabilidade, especialmente os efeitos extracriminais da sentença de aplicação da pena (QUATTROCOLO; GUTIÉRREZ, 2005, p. 378).

No *patteggiamento* simples, cuja pena não excede a 2 (dois) anos, não há condenação em custas, aplicação de sanções acessórias ou medidas de segurança⁹⁰. Outro ponto a se destacar é que após o período de 5 (cinco)

⁸⁸ Art. 444. Applicazione della pena su richiesta.

2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3. Si applica l'articolo 537-bis (5).

⁸⁹ Art. 444. Applicazione della pena su richiesta.

1-bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, (2) 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, (3) nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

⁹⁰ Art. 445. Effetti dell'applicazione della pena su richiesta.

anos, não ocorrendo a prática de nenhum outro crime, é possível a concessão do benefício novamente.

Interessante observar que o benefício em análise é aplicado mesmo que o órgão acusador não concorde, desde que o juiz declare que suas razões não têm fundamentação suficiente. Nesse aspecto, difere bastante do *plea bargaining*, que somente ocorre pelo ajuste de vontade das duas partes envolvidas. Nesse caso, não se trata de uma forma de resolução de conflitos por meio de conciliação, mas de concessão de benefício de diminuição de pena previsto em Lei. Para que ocorra a resolução de conflitos de forma consensual, por óbvio, devem as duas partes aceitarem o ajuste proposto, o que não acontece na situação específica.

Existe intensa controvérsia doutrinária acerca da natureza da sentença que aplica o *patteggiamento*, bem como se existe ou não assunção de culpa. O art. 445, alínea 1, do CPP italiano define que a sentença é equivalente a condenatória, mas existe corrente que defende o contrário, sendo declaratória, assim como uma terceira vertente que entende ser o caso de sentença atípica. Entretanto, a Corte de Cassação Italiana inclina-se a adotar a posição em que não é possível a aplicação da pena sem a assunção de responsabilidade (BRANDALISE, 2016, p. 101).

Embora abrevie o tempo do processo e entenda-se que a oferta de modelos como a negociação da pena coloca o sujeito em condições de prever, calcular, planejar e programar o desenvolvimento do processo penal, ampliando as margens de liberdade e racionalidade dentro de um contexto construtivo, como o processo penal (Caputo, 2017, p. 156), o benefício não faz enorme sucesso na Itália. Em relatório divulgado pelo Instituto de Estatística Eurispes, em conjunto com a União das Câmaras Criminais italianas, demonstra-se que 90,6% dos casos são resolvidos pelo rito ordinário, enquanto

1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale.

9,4% são resolvidos pelo rito alternativo, sendo que nesse último percentual, 5,4% são realizados pelo rito abreviado e 4% pelo *patteggiamento*⁹¹.

5.3 - Conciliação no direito português

A opção do processo penal português por ideias como o consenso não foi fruto ocasional ou de uma intenção desesperada de atacar estrategicamente problemas característicos do nosso tempo, como a lentidão da justiça ou a massificação de determinadas formas de delinquência, mas foi sedimentando-se ao longo do tempo (RODRIGUES, 2003, p. 48). Argumenta-se, ainda, que a conciliação no processo português nasceu da necessidade de dar cumprimento a algumas diretrizes europeias fomentadoras de uma justiça de proximidade (CAMPANÁRIO, 2013, p. 120).

O modelo criminal português buscou fazer uma distinção entre a pequena e a grande criminalidade, instituindo para o primeiro meios alternativos para a solução de conflitos, como a negociação e aplicação do princípio da oportunidade.

Nesse contexto, aponta Cláudio José Langroiva Pereira (2002, p. 121) que o Estado português busca uma desjudicialização, afastando-se da regra geral dos procedimentos formais de solução penal, adotando a informalidade para, na medida do respeito a legalidade e a igualdade, solucionar a maior parte dos delitos, sem que se possa afastar uma participação ativa e efetiva da vítima, em verdadeira descentralização de poderes e decisões.

A mediação penal em Portugal baseia-se pelas noções de consentimento informado, confidencialidade, informalidade e pessoalidade (BRANDALISE, 2016, p. 131).

O direito português traz duas formas de resoluções de conflitos por meio consensual na sua legislação processual criminal, sendo o processo

⁹¹EURISPES; ITALIANE, Unione Camere Penali. Rapporto sul processo penale: La verità che mancava sul funzionamento de processo penale in Italia. Roma, Italia: Eurilink, 2008. 350 p.

sumaríssimo e a suspensão provisória do processo. Como veremos adiante, esses benefícios se assemelham em muito à transação penal e à suspensão condicional do processo previstos na legislação brasileira.

O procedimento sumaríssimo é previsto nos artigos 392 a 398 do Código de Processo Penal Português. Dispõe o texto que nos crimes punidos com pena de prisão de até 5 (cinco) anos ou em caso somente de multa, poderá o Ministério Público requerer a aplicação do procedimento sumaríssimo, sempre que entender que não é o caso de aplicar pena privativa de liberdade ou medida de segurança. Deve ser feito logo após o encerramento das investigações⁹².

O requerimento da acusação, que precisa ser escrito, deve conter a identificação do acusado, a descrição dos fatos imputados, os dispositivos legais violados, as provas existentes, as razões pelas quais entende que não é o caso de aplicar pena privativa de liberdade e as sanções a serem impostas ao acusado. Caso exista assistente da acusação, este também deve concordar.

Após receber o requerimento, deve o magistrado analisar seu cabimento ou não, podendo ocorrer rejeição quando não for legalmente cabível, quando for manifestamente infundado por não conter a identificação do acusado, a narração dos fatos, os dispositivos legais violados, as provas nas quais a acusação se baseia ou os fatos não serem crime, assim como quando a sanção proposta não se mostrar adequada e suficiente para o objetivo da punição. Nesse último caso, pode o magistrado fixar sanção diversa, mas para ser aplicada necessita de concordância do órgão acusador e do acusado. Qualquer sanção diversa da encaminhada pelo Ministério Público ou fixada

⁹²Artigo 394.º Requerimento 1 - O requerimento do Ministério Público é escrito e contém as indicações tendentes à identificação do arguido, a descrição dos factos imputados e a menção das disposições legais violadas, a prova existente e o enunciado sumário das razões pelas quais entende que ao caso não deve concretamente ser aplicada pena de prisão. 2 - O requerimento termina com a indicação precisa pelo Ministério Público: a) Das sanções concretamente propostas; b) Da quantia exata a atribuir a título de reparação, nos termos do disposto no artigo 82.º-A, quando este deva ser aplicado.

pelo juiz sem concordância da acusação e defesa é nula. Necessariamente deve ocorrer a anuência dos envolvidos.

Caso rejeitado o requerimento de processo sumaríssimo, o processo passa a tramitar da forma comum. Sendo aceito, deve-se abrir vista para que o acusado, assistido por advogado, responda se aceita ou não a sanção proposta. Possibilita-se, dessa forma, amplo esclarecimento do arguido sobre o exercício do seu direito de oposição à sanção proposta, para efetiva garantia do seu direito de defesa (RODRIGUES, 2003, p. 47).

Existindo concordância com a proposta, o juiz, mediante despacho, aplica a sanção ajustada e determina que o réu pague as custas processuais. Esse despacho tem valor de sentença condenatória, não sendo cabível recurso⁹³. Sendo cumprida as sanções, o processo é extinto.

O Código de Processo Penal português de 1987 previa que esse procedimento seria aplicado para aqueles crimes com pena de até 6 (seis) meses, sendo que a Lei n. 59/1998, ampliou o limite para os crimes punidos com pena de até 3 (três) anos. Posteriormente, a Lei n. 48/2007 elevou esse limite para crimes com prisão de até 5 (cinco) anos.

Outro benefício que depende da aceitação da outra parte é a suspensão provisória do processo, prevista nos artigos 281 e 282 do Código de Processo Penal português.

Dispõe a legislação em destaque que nos crimes punidos com pena de prisão de até 5 (cinco) anos o Ministério Público, de ofício ou a pedido do acusado, propõe a suspensão do processo, mediante o cumprimento de algumas condições pelo réu. Para efetivação da suspensão o réu deve consentir, sendo posteriormente aprovada pelo juiz.

⁹³Artigo 397.º Decisão

2 - O despacho a que se refere o número anterior vale como sentença condenatória e não admite recurso ordinário.

Para que o órgão acusador faça a proposta, o réu não pode ter condenação pretérita por crime da mesma natureza, ou já ter se beneficiado por suspensão provisória anterior, bem como ausência de elevado grau de culpa.

As condições a serem impostas podem ser a indenização ao lesado, não frequentar certos meios e lugares, prestação pecuniária ou prestação de serviço de interesse público ao Estado ou a entidades privadas de solidariedade social, entre outras.

O prazo de suspensão do processo é de até 2 (dois) anos, sendo que nesse período o prazo prescricional fica suspenso. A suspensão é cancelada se o réu vier a cometer novo delito da mesma natureza e venha a ser condenado. Uma vez cumpridas todas as condições, o processo é arquivado, não podendo ser reaberto.

Veja-se que os institutos portugueses necessitam da concordância do acusado para surtirem efeitos, contudo, não há propriamente uma conciliação, em que as partes de fato negociam os termos das sanções, sendo na verdade uma imposição de sanção por parte do Ministério Público, que depende da aceitação do réu para sua eficácia. Assim, nenhum desses benefícios mencionados se assemelham ao *plea bargaining* estadunidense, em que, em tese, existe uma verdadeira negociação entre acusação e defesa acerca da pena a ser cumprida, bem como ser aplicável a qualquer tipo de delito. Na verdade, o procedimento sumaríssimo e a suspensão provisória do processo são muito semelhantes no Brasil à transação penal e ao *sursi* processual, previstos na Lei n. 9.099/1995, aplicável aos crimes de menor e médio potencial ofensivo.

Assim como na Itália, o processo sumaríssimo e a suspensão provisória do processo não tiveram grande utilização em seu início, sendo que antes da reforma de 2007, especificamente em 2005 e 2006, foram registrados 5.827 e 6.543 processos sumaríssimos, respectivamente. Já em 2012 e 2013, foram registrados 8.456 e 9.929 processos sob o rito sumaríssimos, respectivamente,

o que corresponde a 9% e 9,2% dos casos. Em 2012 e 2013, foram registrados ainda 16.806 e 19.233 processos com suspensão provisória, correspondente a 18% e 17,7% dos casos⁹⁴⁹⁵⁹⁶. Observe-se que a soma dos procedimentos nos anos de 2012 e 2013 em que se precisa da anuência do acusado é superior a 25% do total de processos, que embora ainda seja baixo, demonstra um aumento significativo após a reforma realizado em 2007.

5.4 - Negociação na Alemanha (*Absprachen*)

Embora o processo penal alemão seja esculpido no princípio da legalidade, desde a década de vinte do século passado, paulatinamente vem-se construindo espaço para adoção do princípio da oportunidade e consequente negociação, mesmo que informal, entre os envolvidos, culminando em 2009 com a introdução de um dispositivo que trata explicitamente da barganha no processo penal alemão, consolidando de forma legal o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Nesse contexto, cabe destacar inicialmente o parágrafo 153 do CPP alemão⁹⁷. Prevê o citado dispositivo que o Ministério Público pode deixar de oferecer a denúncia em casos de menor gravidade, não existindo interesse público na sua acusação, sendo exigido nesse caso a anuência do Poder Judiciário (art. 153, 1). Sendo as consequências do crime de pouca monta, não é necessário exigir concordância do magistrado. Nessa situação, não é exigido nenhuma contrapartida por parte do investigado.

⁹⁴<http://www.ministeriopublico.pt/ebook/relatorio-anual-2006>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁹⁵<http://www.ministeriopublico.pt/ebook/relatorio-anual-2012-0>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁹⁶<http://www.ministeriopublico.pt/ebook/relatorio-anual-2013>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁹⁷§ 153 Desrespeito ao exercício da minoridade (1)

Se o processo envolver um delito, o Ministério Público, com o consentimento do tribunal competente para abrir o julgamento, poderá abster-se de processo se a culpa do infrator for menor e não houver interesse público na perseguição. O consentimento do tribunal não é exigido no caso de uma infracção que não seja ameaçada com uma penalidade mínima e onde as consequências do crime são pequenas. Tradução livre no google tradutor.

Original em alemão: § 153 Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit (1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

Nesses casos, o prazo máximo para que o acusado cumpra as condições é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, dependendo do tipo de condição imposta, sendo prorrogado no máximo pelo período de 3 (três) meses. As condições impostas podem ser a compensação dos danos causados pela ofensa, o pagamento em pecúnia em favor de instituição de caridade ou a prestação de serviços, participação de curso, entre outros. Dispõe a legislação, ainda, que desde que haja consentimento das partes envolvidas, o acusado pode alterar a proposta realizada pela acusação.

Caso a ação penal já tenha sido proposta, compete ao Poder Judiciário fixar as condições, desde que haja concordância da acusação e do acusado. Essa decisão é irrecorrível. Em todos os casos, o prazo prescricional fica suspenso enquanto não cumpridas as condições, sendo que uma vez cumpridas, não se poderá ajuizar processo sobre esses fatos, e caso já tenha sido interposto, deve-se fazer a extinção.

Importa destacar nesse momento que para impor condições ao acusado é necessária sua anuência. Interessante notar, também, que, se houver consentimento da acusação, a parte acusada pode modificar a proposta inicial, o que, guardadas as devidas proporções, muito se assemelha ao espírito de negociação prevista no *plea bargaining*.

Como dito antes, a negociação no processo penal alemão foi sendo construída de maneira informal e lentamente, culminando em 29 de julho de 2009 com a introdução do parágrafo 257c, ao Código de Processo Penal alemão, sintetizando o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Reza o dispositivo citado que em casos apropriados o Poder Judiciário pode concordar sobre o progresso e resultado do julgamento, determinando os limites mínimos e máximos da pena. O Poder Judiciário pode negar o acordo, se não houver sustentação em outras provas dos autos (dever judicial de

esclarecimento) ou existir alguma ilegalidade⁹⁸. O tribunal deve estar convencido de que o acordo reflete a verdade substantiva a fim de cumprir sua obrigação de elucidar plenamente o mérito do caso. Se surgirem dúvidas sobre se o acordo reflete a verdade substantiva, o tribunal deve entrar em um procedimento no qual examina a admissibilidade do acordo (FROMMANN, 2009, p. 202).

⁹⁸§ 257c

Acordo entre o tribunal e as partes

(1). O tribunal pode, em casos apropriados, acordar com as partes o progresso e os resultados do procedimento, de acordo com os parágrafos seguintes. A seção 244 (2) permanece inalterada.

(2) O objeto deste entendimento só pode ser as consequências jurídicas que podem ser o conteúdo da sentença e as decisões correspondentes, outras medidas processuais no procedimento cognitivo subjacente, bem como o comportamento processual das partes no processo. Parte de toda comunicação deve ser uma confissão. A condenação e medidas de melhoria e segurança não devem estar sujeitas a um acordo mútuo.

(3) O tribunal deve anunciar o conteúdo da comunicação. Pode também especificar um limite superior e inferior da penalidade, levando em consideração todas as circunstâncias do caso e as considerações gerais de condenação. As partes no processo têm a oportunidade de comentar. O acordo surge quando o réu e o promotor público concordam com a proposta do tribunal.

(4) A vinculação do tribunal a um entendimento deixará de existir se circunstâncias legalmente ou realmente significativas tiverem sido negligenciadas ou tenham surgido, e o tribunal está, portanto, convencido de que as penalidades previstas não são mais factos ou culpados. O mesmo se aplica se o comportamento processual do réu não corresponder ao comportamento em que se baseou o prognóstico do tribunal. A confissão do arguido não pode ser usada nestes casos. O tribunal deve notificar um desvio imediatamente.

(5) O réu deve ser informado sobre os pré-requisitos e consequências de um desvio do tribunal em relação ao resultado esperado de acordo com a subseção (4). Tradução livre no google tradutor.

Original em alemão: § 257c Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt. (2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein. (3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

(4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen. (5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.

O Juiz deve garantir a integridade das provas, bem como controlar e conduzir o interrogatório das testemunhas e peritos, caso haja. Além disso, a Lei alemã permite que o magistrado negocie com os participantes do processo criminal, a fim de chegar a um acordo sobre o resultado do julgamento (FROMMANN, 2009, p. 204-205). Vê-se que o Poder Judiciário tem papel mais ativo no sistema germânico.

Não é possível a *charge bargaining*, ou seja, a negociação sobre qual deve ser a imputação, devendo as partes aterem-se fielmente aos fatos. Além disso, mesmo que exista a formalização do acordo, é possível o recurso. De todo modo, deve-se deixar claro ao réu sobre os efeitos do acordo que será formalizado, bem como de suas consequências. O objeto do acordo só pode incluir consequências jurídicas relativas ao prazo da pena, sendo necessária a confissão do réu (FROMMANN, 2009, p. 203).

Importante frisar que toda negociação deve ser transparente, sendo tudo documentado de forma pública no processo penal, sob pena de ilegalidade.

Como visto, não existem garantias para o réu de que a pena será reduzida, pois, conforme pontuado antes, a negociação não vincula o Poder Judiciário, que poderá rejeitá-la se entender que não está de acordo com as provas produzidas nos autos ou que foi desrespeitado algum direito constitucional do réu.

O dever de esclarecimento judicial dos fatos, consistente na confrontação da confissão com as demais provas existentes no processo, não é feito pelos juízes na maioria dos casos, pois isso praticamente elimina o ganho de tempo do processo obtido com a confissão dos fatos, sendo essa uma das maiores críticas feitas ao instituto alemão. Na verdade, praticamente não existe negociação, sendo muito assemelhado a uma simples redução de pena obtida pela confissão, pois o acusado assume os fatos para obter redução de pena pelo Poder Judiciário, não se sabendo quanto será essa redução ou mesmo se será aprovada.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional alemão declarou a constitucionalidade da Lei de 29 de julho de 2009⁹⁹, embora nos casos concretos tenha declarado a ilegalidade dos processos e tecido severas críticas aos acordos informais, que são feitos ao arrepio da regulamentação prevista no CPP alemão.

Como reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional alemão, o uso de acordos no processo penal se deve à alta sobrecarga de trabalho na justiça criminal alemã, além do aumento da complexidade dos casos devido às complexas relações advindas com o progresso, globalização econômica e tecnológica, não suportando o processo criminal tradicional esse avanço, sendo os casos criminais cada vez mais demorados. Destacou, ainda, o Tribunal Constitucional alemão, que a defesa dos acusados tem rol extenso de direitos, o que contribui para a demora no julgamento. Logo, decidiu-se que para o crescente número de processos criminais, muitos dos quais complexos, é necessária solução alternativa para abreviar o tempo do processo, sem se descuidar de direitos previstos na Constituição.

Crítica recorrente ao modelo alemão refere-se à maior intervenção do Poder Judiciário na negociação, o que poderia macular a independência do juiz. A independência do juiz e a credibilidade do Poder Judiciário são colocadas em dúvida pelo envolvimento do juiz nas negociações de confissão, já que o papel de um parceiro igual nessas negociações conflita com as tarefas conferidas ao juiz pela Constituição alemã (FROMMANN, 2009, p. 210).

Entretanto, apesar das críticas, em 2013, o Tribunal Constitucional alemão entendeu mais uma vez que acordos em sentença criminais obedecem à Constituição Federal alemã (BRANDALISE, 2016, p. 91).

⁹⁹http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html. Acesso em: 08 mar. 2018

6 - ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A conciliação no âmbito criminal no Brasil deve ser analisada sobre alguns aspectos constitucionais. Discute-se se seria possível a conciliação criminal diante dos crimes dolosos contra a vida em face da existência do Tribunal do Júri ou mesmo a compatibilidade de negociações criminais em torno da pena em face do devido processo legal, bem como diante de outros direitos fundamentais previstos no texto magno de 1988.

6.1 - Conciliação nos crimes dolosos contra a vida e a previsão constitucional do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri tem origem anglo-saxônica, em substituição às ordálias ou juízos de Deus no concílio de Latrão em 1215, sistema no qual o acusado era submetido a um desafio, sendo que, se fosse inocente, Deus faria um milagre e o salvaria.

Foi instituído no Brasil pelo Decreto Imperial de 18 de junho de 1822, destinado exclusivamente a julgar os delitos de imprensa. Na ordem constitucional, foi previsto em todas as constituições republicanas do Brasil, estando na Carta Magna de 1988 no art. 5º, XVIII¹⁰⁰, atribuindo a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Trata-se de Tribunal popular, cuja regulação mínima tem disciplina na Constituição Federal. Cuida-se de espaço peculiar para o exercício da cidadania, pois, no júri, o Poder Judiciário compartilha seu poder de decisão com os cidadãos, que, como jurados, constituem o Conselho de Sentença, responsável pela emissão de um veredicto soberano (ARAUJO; JÚNIOR, 2015, p. 243).

¹⁰⁰XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Tem como princípios básicos a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A plenitude de defesa deve ser entendida com a possibilidade de se usarem todas as formas lícitas para comprovar a inocência do réu, ou como o próprio nome diz, a defesa deve ser plena, sendo mais do que a ampla defesa, pois o acusado pode usar argumentos não jurídicos. Já o sigilo das votações tem como objetivo garantir que os jurados, que são pessoas do povo, decidam da melhor forma possível, sem pressão ou embaraço por causa de seu voto, de modo que sua imparcialidade reste garantida. Trata-se de exceção à publicidade previsto no inciso IX do art. 93 da CF de 1988. Por soberania dos veredictos, entende-se a impossibilidade de modificação dos resultados por juízes togados, tendo a decisão dos jurados primazia. Por fim, é previsto na Constituição Federal a competência do Júri para os crimes dolosos contra a vida, sendo essa sua competência mínima.

Ponto de reflexão é saber se a Constituição permite a conciliação em crimes dolosos contra a vida, considerando que instituiu a competência do júri para o julgamento desses crimes.

Nesse contexto, argumenta-se que a própria Constituição de 1988 não previu a exclusividade do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida, uma vez que em diversos dispositivos excepcionou o julgamento dos crimes dolosos por aquele Tribunal. Pode-se citar como exemplo todas aquelas autoridades que possuem foro por prerrogativa de função, como parlamentares federais e estaduais, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, chefes do Poder Executivo. Sobre o tema arremata Alexandre de Moraes que a competência do Tribunal do Júri não é absoluta, afastando-a a própria Constituição Federal, quando prevê, em face da dignidade de certos cargos e da relevância destes para o Estado, a competência de Tribunais outros para o julgamento (MORAES, 2014, p. 95).

Assevera-se, ainda, que a redação do art. 5º, XXXVIII, d, não assevera a obrigatoriedade de julgamentos dos crimes dolosos contra a vida pelo júri, ao contrário de outras Cartas Constitucionais, como a de 1946, que em seu art. 141, § 28, determinava a obrigatoriedade da competência e julgamento dos crimes dolosos contra a vida¹⁰¹. Portanto, alude-se que caso fosse a intenção do constituinte de 1988 manter essa obrigatoriedade, manteria de forma expressa na atual Carta Magna.

Convém destacar que a obrigatoriedade do júri para os crimes dolosos contra a vida não constou igualmente na Constituição de 1967, com a redação da EC n.1/1969¹⁰².

De efeito, defende-se que a CF de 1988 prevê regulação mínima, que não pode ser suprimida, por integrar o júri os direitos e garantias individuais, conforme seu art. 60, § 4º, IV¹⁰³. Contudo, por não existir obrigatoriedade de julgamento, bem como a própria constituição excepcionar o julgamento dos crimes dolosos pelo júri contra a vida de certos cargos públicos, não existiria óbice para a conciliação nos crimes dolosos contra a vida. Em assim se entendendo, prestigia-se a autonomia da vontade do indivíduo, que ficaria livre para adotar a solução que melhor lhe aprouver. Por outras palavras, com assistência de sua defesa técnica, leia-se advogado, o indivíduo poderia optar entre ir a julgamento pelos seus pares por meio do Tribunal do Júri ou firmar conciliação com a acusação.

¹⁰¹Art. 141, §28º: É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

¹⁰²Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹⁰³Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

6.2 - Devido processo legal e conciliação no âmbito criminal

Acerca do assunto, calha citar os ensinamentos de Rosimeire Ventura Leite, quando aduz que, de um lado, há preocupação em adaptar o processo a novas necessidades, investindo em celeridade, simplificação e eficiência. De outro, o questionamento sobre se a pretensão de obter um processo mais ágil, ou mesmo de evitá-lo, é compatível com o contraditório e outros valores protegidos constitucionalmente (LEITE, 2013, p. 204).

Entre as críticas mais comuns a conciliação no âmbito criminal, encontra-se o possível desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Contudo, é certo que eventual adoção de conciliação no processo penal brasileiro deve coadunar-se com o princípio do devido processo legal, notadamente o contraditório, ampla defesa, inclusive defesa técnica, juiz imparcial e revisão criminal, isso como um mínimo a ser observado, sem prejuízo de outros consectários desse princípio.

Nesse palmilhar, deve-se entender por contraditório a obrigação de comunicação em favor da defesa de todos os atos que lhe interessam, ou em outras palavras, o réu faz jus a conhecer todas as provas existentes no processo, bem como de ser intimado de todos os atos processuais, tudo com a finalidade de garantir a sua participação no trâmite do processo, afinal, trata-se da pessoa mais interessada, tendo em vista que pode perder sua liberdade ao final. Especificamente com relação à conciliação, a defesa deve ser cientificada de todos os atos até então praticados. Problemas podem surgir durante a investigação policial, pois a legislação brasileira não exige a obrigatoriedade de cientificação da defesa nessa fase. Contudo, embora exista entendimento de que a não participação do investigado nessa fase possa ser postergada, existindo possibilidade de conciliação ainda no âmbito do inquérito policial, certamente a defesa deverá ser comunicada dos atos já praticados.

Por ampla defesa, entende-se a possibilidade de o acusado realizar todos os meios de provas admitidos para que seja esclarecida a verdade. Para

tanto, é imprescindível que seja assistido por defesa técnica. Sob esse prisma, a ampla defesa não deve ser entendida apenas como mera participação formal de advogado nos atos do processo criminal, devendo ocorrer efetiva defesa, fazendo o profissional a devida orientação do seu constituído, apontando as deficiências das provas produzidas, bem como das decisões judiciais, entre outros pontos. Nesse aspecto é corolário do princípio do devido processo legal que a defesa técnica do acusado deve ter acesso a todas as provas então produzidas, para que possa dar a melhor orientação jurídica ao constituído, adotando-se a melhor estratégia. Logo, a partir do acesso às provas, a defesa tem melhores condições de firmar eventual negociação ou não, pois se entender que as provas são frágeis, que são insuficientes, pode optar por prosseguir com o processo criminal e esperar o julgamento por parte de um juiz. Destaque-se que no âmbito do inquérito policial, caso surja a viabilidade de conciliação, também deve ser franqueada à defesa acesso a todas as provas já produzidas. Aliás, a esse respeito, o STF já se manifestou, editando a súmula vinculante n. 14¹⁰⁴, garantindo o acesso da defesa às provas já documentadas durante a investigação.

Dessa forma, uma conciliação criminal sustentada em provas em que a defesa não teve acesso está fadada ao fracasso, em virtude de não obedecer ao devido processo legal.

Há de se respeitar, ainda, que eventual homologação de acordo seja feita por juiz imparcial, que verificará os requisitos legais então existentes.

Engloba-se, ainda, no devido processo legal a faculdade de ingressar com revisão criminal, ou seja, a possibilidade de rever o julgamento diante do surgimento de novos apontamentos probatórios. Trata-se de ponto de enorme crítica nos Estados Unidos na aplicação do *plea bargaining*, consistente na renúncia de posterior revisão do acordo ajustado, especialmente com o surgimento de novas provas acerca da inocência do réu. Nesse caso, mesmo

¹⁰⁴Súmula vinculante n. 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

que naquele momento a vontade do acusado em realizar a conciliação não tenha qualquer mácula, há entendimento de que deve existir a possibilidade de revisar o julgamento do acordo, haja vista que novas provas que comprovem a inocência do acusado podem surgir, bem como advento de novas tecnologias, assim como aconteceu com o exame de DNA. Caso seja vedada essa possibilidade, pode-se desrespeitar o devido processo legal.

Preocupação constante do modelo conciliatório se refere a possibilidade ou não de eventual renúncia de direitos fundamentais, pois ao adotar tal técnica de solução de conflitos invariavelmente interfere-se na liberdade, presunção de inocência, direito ao silêncio, não exercício de meios de provas, direito a um julgamento em que se discuta culpa, proibição de autoincriminação.

Questiona-se se é tolerável no Estado democrático de direito a concessão ao acusado de poderes dispositivos sobre direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao processo penal (LEITE, 2013, p. 33).

Em contraposição, defende-se que o processo penal deve ter duração razoável, célere, não só para a sociedade, mas principalmente para aqueles que figuram como réu, sendo a conciliação uma forma de abreviar esse tempo do processo. Os mecanismos de consenso devem estar dirigidos para a reformulação da estrutura burocrática e lenta do sistema penal, tornando-o mais célere (OLIVEIRA, 2015, p. 122).

A partir de tal concepção, destaca-se que o alongamento do processo fere até a própria presunção de inocência, pois cria o estigma ao acusado sem julgamento (BRANDALISE, 2016, p. 41). Dentro desse contexto, pode-se argumentar que se o processo criminal já é uma pena em si mesmo, quanto mais longo o seu tempo, pior para o acusado, que ficará durante todo o tempo da marcha processual como suspeito de cometer um delito.

Argumenta-se, ainda, que a Constituição Federal garante ao indivíduo o direito de liberdade¹⁰⁵. Ato contínuo, defende-se que se deve respeitar a autonomia da vontade do acusado, que de forma consciente e sem coação, pode ser o senhor do seu destino. Assevera-se que a autonomia individual também é constitucionalmente prevista e protegida, o que também legitima o consentimento na proteção jurídica por parte de seu titular (BRANDALISE, 2016, p. 52). Alega-se que devem existir margens para escolhas que tenham por base a autonomia pessoal e a liberdade de conduzir a própria vida (LEITE, 2013, p. 34).

Jorge Reis Novais (1996, p. 287-288), adotando posição favorável a renúncia, argumenta que essa é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, por meio da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis por meio de um exercício positivo do direito. Segundo o autor, só o Estado paternalista se arroga na pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio.

De igual forma, George Marmelstein (2008, p. 439-440), quando assevera que não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade da pessoa humana, que é a autonomia da vontade. Aduz ainda o autor que, geralmente, aceita-se com mais facilidade a renúncia de direitos fundamentais de cunho patrimonial. Já os direitos mais ligados à dignidade humana, como os direitos à vida e à integridade física e moral, são bem menos flexíveis, mas ainda assim podem ceder em determinadas situações.

¹⁰⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (..)

Destaca-se também que existe entendimento de que somente seriam irrenunciáveis os direitos que protegerem a vida biológica, como os que salvaguardam as condições normais de saúde física e mental, e os que tutelam a liberdade de tomar decisões sem coação externa, o que não seria o caso em uma negociação penal, pois não existiria coação de terceiros (MENDES; BRANCO, 2015, p. 146).

Menciona-se, outrossim, que não existiria renúncia de direitos, mas apenas o seu não exercício, de forma temporária ou pontualmente. A titularidade de um direito ou das posições que o envolvem confere ao sujeito os poderes de disponibilidade acerca do momento do seu exercício ou se será exercido, como uma consequência indelével da dignidade da pessoa humana e as agregadas autonomia e autodeterminação do ser humano (BRANDALISE, 2016, p. 46).

Logo, sob esse prisma, ao se entabular a conciliação no âmbito criminal, tratar-se-ia apenas de exercício ou não de certos direitos fundamentais, como o da presunção de inocência, não exercício de meios de provas, silêncio etc.

Sobre o tema, importante citar o caso *Scoppola versus Itália*¹⁰⁶, julgado pela Corte Europeia de Direito Humanos, em que se admitiu a renúncia a direitos fundamentais quando for garantido ao titular de tais direitos posição jurídica mais vantajosa, de modo que obtenha melhores benefícios. Franco Scoppola foi acusado de homicídio e lesão corporal contra sua esposa e filho, respectivamente. De início, em 24 de novembro de 2000, o acusado foi condenado à prisão perpétua, contudo, por ter optado pelo procedimento abreviado, no qual renunciava inequivocamente a uma audiência pública, bem como a faculdade de arrolar testemunhas, produzir novas provas, entre outros, teve a prisão perpétua substituída por prisão com tempo máximo de 30 (trinta) anos. Entretanto, no dia da prolação da sentença (24 de novembro de 2000),

¹⁰⁶Consiglio d'europa. Corte Auropea dei Diritti Dell'uomo. Grande Camera. Causa Scoppola c/ Italia. (Ricorso n 10249/03). Sentenza. Strasburgo, 17 settembre 2009. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94135#{%22itemid%22:\[%22001-94135%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94135#{%22itemid%22:[%22001-94135%22]}). Acesso 04 out. 2018.

entrou em vigor o Decreto-Lei n.º 341, depois convertido na Lei n. 4, de 19 de janeiro de 2001, que modificou o art. 442 do Código de Processo Penal Italiano, determinando que, em caso de condenação à pena de prisão perpétua, em delitos cumulados, o que seria o caso, deveria a prisão perpétua ser cumprida com isolamento diurno e não mais ser substituída pelo tempo máximo de 30 (trinta) anos. Em virtude disso, houve recurso por parte da acusação para o Tribunal de Apelação, com o objetivo de aplicar a nova legislação. A Corte de Apelação, considerando que a norma em questão tinha cunho eminentemente processual, aplicou o princípio do *tempus regit actum* e aplicou a nova legislação mais gravosa, condenando o Sr. Franco Scoppola à prisão perpétua, sem substituição por tempo inferior, como ocorrera antes. Esse último resultado foi mantido pela Corte de Cassação.

Em recurso do condenado, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que o art. 442 do Código de Processo Penal Italiano, que tinha sido alterado pelo Decreto-Lei n. 341, que entrou em vigor no dia do julgamento do acusado, em 24 de novembro de 2000, apesar de constar em código processual, era na verdade, norma de direito material e que o Estado Italiano violou o direito do réu a um julgamento justo, bem como de aplicação da norma mais favorável. Ao final, determinou a aplicação de pena compatível com os princípios estabelecidos na sentença e fixou indenização pecuniária em favor do acusado Franco Scoppola.

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos, pontuando que o acusado estava assistido por advogado de sua escolha, bem como tinha ciência das consequências, consignou que lhe seria legítimo escolher o procedimento abreviado previsto na lei processual italiana, no qual renunciava a uma audiência pública, bem como a faculdade de arrolar testemunhas, produzir novas provas, entre outros, em busca de certas vantagens, que, no caso, seria a substituição de prisão perpétua por pena máxima de 30 (trinta) anos¹⁰⁷.

¹⁰⁷Conferir parágrafos 133 a 140 do Recurso n. 10249/03

Cabe mencionar, ainda, decisão proferida na Petição n. 5952/DF, de 14 de março de 2016, proferida pelo então Ministro Teori Zavascki. No caso citado, o então Ministro, analisando os requisitos de acordo de delação premiada prevista na Lei n. 12.850/2013, deu interpretação diversa à cláusula deste em que constava o termo renúncia a garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, entendendo que deveria se interpretar o termo como a renúncia ao não exercício da garantia e do direito no âmbito do acordo e somente para seus fins. Por outras palavras, embora não tenha sido dito explicitamente, pode-se depreender que o STF entendeu que não poderia existir a renúncia a direitos fundamentais, mas apenas a renúncia ao seu não exercício unicamente para aquela situação em discussão¹⁰⁸.

Por fim, sustenta-se que não existe violação à proibição de autoincriminação, previstas nas Constituição Federal de 1988¹⁰⁹ e no Pacto de São José da Costa Rica¹¹⁰, pois não existiria coação nesse sentido. O sentido da proibição deve ser entendido para aqueles casos em que o indivíduo é forçado à autoincriminação, entretanto, em eventual conciliação, existiria alternativa, que seria o prosseguimento do processo pelos meios comuns, com a instrução e julgamento pelo magistrado.

¹⁰⁸Pet 5952/DF. Confira-se parte do texto: “3. (...). Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão “renúncia” à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva “ao exercício” da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins”.

¹⁰⁹ Art. 5º: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

¹¹⁰ Artigo 8. Garantias judiciais

2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

7 - PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E EVENTUAIS PROBLEMAS DECORRENTES EM FACE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. O PAPEL DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO CRIMINAL

7.1 - Proposta de conciliação no novo CPP

Tramita na Câmara dos Deputados, desde 2010, o projeto de Lei n. 8.045, que reúne mais de 252 (duzentos e cinquenta e dois) projetos sobre o tema, tendo como Relator o Dep. João Campos¹¹¹, cuja origem é o projeto de lei do Senado Federal n. 156, de autoria do então Senador José Sarney, que trata do Novo Código de Processo Penal.

Dentre muitas mudanças e sendo um dos objetivos dar celeridade a justiça criminal, o ponto que interessa ao presente trabalho referente à conciliação no âmbito criminal encontra-se previsto no art. 283¹¹².

¹¹¹<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/555918-RELATOR-APRESENTA-SUBSTITUTIVO-AO-PROJETO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL.html>. Acesso em Agos. 2018.

¹¹² Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

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

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

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

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

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

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. § 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

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

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

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

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

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

Inicialmente é de se destacar que a expressão acordo é mencionada expressamente no artigo do projeto em exame, não deixando dúvidas de que a pena a ser imposta é fruto de uma conciliação entre a acusação e a defesa.

Pois bem, de acordo com o projeto em questão, a conciliação poderá ser realizada nos crimes cujas penas não ultrapasse 8 (oito) anos. Esse acordo poderá ser realizado até o início da instrução e deverá contar com a presença obrigatória do defensor do réu.

São previstos 3 (três) requisitos para a celebração do ajuste, a serem cumpridos tanto pelo acusado quanto pela acusação.

Em relação ao réu deve existir a confissão total ou parcial dos fatos imputados na denúncia, assemelhando-se assim ao *plea bargaining*. A acusação, por sua vez, deve requerer a aplicação de pena privativa de liberdade em seu mínimo legal, independentemente da existência de agravantes ou causas de aumento de pena e sem prejuízo de aplicar a substituição por penas restritivas de direitos ou a suspensão condicional da pena, desde que preenchidos os requisitos. É previsto ainda um requisito conjunto para ambas as partes, ou seja, a dispensa de produção de provas então requeridas.

A pena mínima requerida poderá ser diminuída ainda em um terço, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências indicarem. Veja que para que ocorra essa redução devem estar presentes os dois requisitos. Contudo, essa causa de diminuição somente será aplicada se não existir no caso concreto outra causa de diminuição de pena, salvo em caso de crime tentado.

No que tange à pena de multa, deverá ser aplicada no mínimo legal, constando expressamente no acordo o seu valor.

A pena é aplicada pelo magistrado por meio da homologação do acordo, devendo-se observar obrigatoriamente os requisitos formais, sendo

taxativamente considerada sentença condenatória. Assim, devem surtir todos os efeitos desse tipo de sentença, inclusive os cíveis. O acusado fica isento das despesas e custas processuais.

Não sendo homologado o acordo, este deve ser desentranhando dos autos, ficando as partes proibidas de fazer qualquer referência aos termos e condições ajustados. O juiz também não pode fazer menção em qualquer ato decisório.

Primeiro ponto de crítica se refere ao limite de pena em que pode ser feito o acordo nos termos do projeto, pois em boa parte dos crimes não será possível firmar o ajuste, como por exemplo, lavagem de capitais, moeda falsa, peculato etc. Logo, a celeridade e economia buscadas podem ser limitadas.

Ademais, o projeto de lei em tramitação impõe limitação temporal, ao permitir a negociação até a audiência de instrução. Tratando-se de uma decisão difícil para o réu, observa-se que ele deve ter a seu favor a maior quantidade de tempo possível, o que não seria posto com essa limitação temporal.

Outro ponto objeto de discussão se refere à imposição de pena mínima, limitando a atuação da acusação, o que pode tornar a pena de certos delitos extremamente benéficas. Tópico que pode causar maiores discussões se refere à imposição de dispensa de produção de provas então requeridas, sob o argumento de que se estaria limitando a produção probatória do réu.

Dispõe o projeto de lei que o juiz deve observar os requisitos formais previstos. Defende-se que o legislador deve deixar claro que cabe a análise não apenas dos requisitos formais, mas de todos os aspectos postos no item explanado acima referente à atuação do juiz, principalmente se existe voluntariedade do réu para o ajuste, se não sofreu algum tipo de coação por parte da acusação, devendo para tanto ser designada audiência para esse fim, sem a presença da acusação.

Outro aspecto não previsto foi a proibição do juiz que teve acesso aos termos e condições do ajuste de julgar o processo em caso de não homologação do acordo, não sendo suficiente a previsão de proibição de fazer referência às tratativas em decisões.

7.2 - Reestruturação da Lei de Execução Penal

A adoção do modelo conciliatório no âmbito criminal brasileiro revela a necessidade de adequações na seara da execução penal.

Sobre o tema, convém citar que a prisão com o objetivo de reeducar o condenado somente surgiu em fins do século XVI, em Amsterdã, denominada casas correccionais, que serviam para homens e mulheres.

Basicamente existem três sistemas de cumprimento de pena, sendo o Filadélfico ou pensilvânico, Auburniano ou misto e o Inglês ou progressivo.

O sistema filadélfico, também conhecido como pensilvânico ou celular, leva esse nome porque surgiu na cidade de Filadélfia, no Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, sendo iniciado na Walnut Street Jail, em 1776. Caracteriza-se pela sua rigurosidade, pois nele o condenado cumpre sua pena integralmente em uma cela, não tendo direito a qualquer tipo de progressão. O preso não tinha direito a visitas ou correspondência, sendo permitido apenas a leitura da Bíblia.

Como resposta à rigurosidade do sistema da Filadélfia, surgiu em 1816, em Auburn, cidade do Estado de Nova Iorque, o sistema auburniano ou misto ou do silêncio, em que o preso tinha direito ao trabalho coletivo durante o dia, quando deveria permanecer em silêncio, sendo recolhido durante o período noturno em sua cela. O trabalho somente poderia ser dentro dos muros do local onde cumpria pena, ou seja, não podia ser um trabalho externo.

Por fim, o sistema Inglês ou progressivo, que, como o próprio nome indica, caracteriza-se pela progressão de regime até a conquista da liberdade,

devolvendo o preso ao convívio gradual a sociedade. Assim, inicialmente o condenado ficava em uma cela isolada, sendo em seguida permitido o trabalho diurno, seja ele interno ou externo, mas devendo obrigatoriamente pernoitar na cela e, por fim, podia o condenado ser posto em liberdade condicional, retornando ao convívio social. Esse último sistema foi adotado pelo Brasil.

No Brasil, o tema foi disciplinado pela Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e pelo Código Penal¹¹³. Foram previstos pela legislação o regime fechado, semiaberto e aberto. No regime fechado, o condenado deverá ficar recolhido no estabelecimento prisional durante o tempo de cumprimento da pena, podendo trabalhar dentro do estabelecimento prisional no período diurno e devendo ser recolhido a sua cela durante o repouso noturno. O trabalho externo só é admitido em serviços ou obras públicas e desde que cumprido um sexto da pena. O regime semiaberto, por sua vez, tem como características o cumprimento de pena em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, ficando o condenado sujeito ao trabalho durante o período diurno, não havendo

¹¹³ Regras do regime fechado

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

restrições para o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Por fim, o regime aberto funda-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, devendo ser cumprido em casa de Albergado, podendo o condenado trabalhar e frequentar cursos fora do estabelecimento prisional e ser recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

No que interessa ao presente ponto, permite-se em regra a progressão do preso com o cumprimento de um sexto da pena, desde que tenha bom comportamento carcerário¹¹⁴. Exemplificando, se houver condenação a uma pena privativa de liberdade, pela prática de um crime de homicídio simples, cuja condenação resultou em 12 (doze) anos, basta o condenado cumprir um sexto, ou seja, 2 (dois) anos e possuir bom comportamento carcerário, para obter a progressão para o regime semiaberto.

No que toca aos crimes hediondos e equiparados, o patamar para a progressão é um pouco maior, sendo de dois quintos se o apenado for primário ou três quintos se reincidente¹¹⁵. Logo, existindo condenação à pena de 12 anos por homicídio qualificado, deverá cumprir 4 (quatro) anos, 9 (nove meses) e 18 (dezoito) dias para a progressão se primário e 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 18 (dezoito) dias, se for reincidente.

Vê-se que a legislação de execução penal brasileira é extremamente branda, pois no primeiro exemplo, existindo a violação ao maior bem protegido pelo Código Penal, que é a vida, o cumprimento de pena pelo preso se dará em patamar muito baixo, passando o condenado a maior parte do tempo da pena em liberdade.

¹¹⁴Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

¹¹⁵ Art. 2º (...)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Nesse contexto, os patamares de progressão de crime previstos na Lei de Execução Penal, bem como na Lei que trata dos crimes hediondos, mostram-se demasiadamente benéficos, o que pode inviabilizar eventual conciliação no âmbito criminal.

Assim, possivelmente não existirá estímulo para negociação em torno da pena, pois se obterá a progressão de crime e consequente liberdade muito mais rápido do que se ocorrer uma negociação penal. Cite-se como exemplo o crime de roubo simples, que tem pena em abstrato entre 4 (quatro) e 10 (dez) anos. Sendo o acusado condenado a uma pena de 6 (seis) anos de reclusão, por exemplo, obterá a progressão de regime com 1 (um) ano de prisão, caso exista bom comportamento carcerário. Logo, sabedor disso, não será benéfico firmar conciliação de pena que não fique no patamar mencionado.

Recentemente, houve apresentação ao Congresso Nacional de mudança legislativa elaborada por comissão de juristas, com a presidência do Ministro Alexandre de Moraes¹¹⁶, do STF, propondo, entre outras coisas, modificação no patamar mínimo de progressão para os crimes hediondos e equiparados, que passaria de $\frac{2}{5}$ (dois quintos) para $\frac{1}{2}$ (um meio), no caso de pessoas primárias e de $\frac{3}{5}$ (três quintos) para $\frac{2}{3}$ (dois terços) nos casos de reincidentes¹¹⁷.

Trata-se de mudança que visa somente ao aumento para crimes hediondos e equiparados, de modo que a grande maioria de delitos previstos no Código Penal e legislações extravagantes permanecerão oferecendo a progressão com o cumprimento de um sexto da pena.

¹¹⁶<https://www.jota.info/legislativo/crime-organizado-pl-moraes-11052018>. Acesso em: 14 de meio de 2018.

¹¹⁷ §2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de $\frac{1}{2}$ (metade) da pena, se o apenado for primário, e de $\frac{2}{3}$ (dois terços), se reincidente.

7.3 - Papel do Juiz na conciliação

Questão das mais controversas reside na função do juiz nos casos de conciliação criminal.

No *plea bargaining* adotado pelos Estados Unidos, o magistrado não é obrigado a aceitar o acordo realizado entre as partes, podendo recusá-lo. Nesse mesmo sistema jurídico, este deve deixar suficientemente claro ao acusado seus direitos, como a assistência técnica, presunção de inocência, não autoincriminação, entre outros, e que, ao optar pela conciliação, o interessado está ciente do seu não exercício. Ademais, deve ser averiguado pelo juiz se a decisão do acusado é voluntária, de modo que não tenha existido nenhuma coação, bem como se existe alguma base factual mínima para a sustentação da acusação.

No que tange ao Brasil, a Lei n. 12.850/2013, que trata da colaboração premiada, aduz que o juiz deve analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade do ato. Trata-se de importante diretriz para eventual conciliação no âmbito criminal. Por regularidade se deve entender a obediência aos aspectos formais e procedimentais previstos em lei. Deve-se examinar, também, se o ajuste não ofende a qualquer dispositivo legal, seja da legislação infraconstitucional ou da constitucional. Por exemplo, caso algum acordo preveja que o acusado deve permanecer fora do país por determinados anos, não deve ser homologado, pois fere o art. 5º, XLVII, d, da CF¹¹⁸.

Ponto dos mais importantes se deve à verificação de ausência de coação no ato, pois a vontade daquele que aceita o acordo deve ser livre, desprovida de qualquer mácula. Assim, é oportuno a introdução de audiência específica para esse fim, sem a presença da acusação, para que o acusado não se sinta intimidado e possa falar livremente ao juiz se existiu algum tipo de intimidação/pressão, para que o acordo fosse firmado.

¹¹⁸Art. 5º: (...) XLVII - não haverá penas: (...) d) de banimento;

Nessa mesma audiência, seria de bom alvitre o magistrado explicar com riqueza de detalhes ao acusado as consequências da aceitação do acordo, bem como sua liberdade para o não exercício de certos direitos naquele momento, deixando claro que pode não aceitar o acordo e que se essa for a escolha o processo prosseguirá conforme previsto na legislação processual.

Cabe ao juiz analisar se existe base mínima de provas que ligue o fato ao acusado, um lastro probatório mínimo de que o acusado realmente seja o autor do delito, indícios mínimos de autoria. Assim, não poderia o magistrado aceitar acordo firmado entre acusação e acusado se todas as testemunhas (essas são as únicas provas do fato exemplificado) afirmarem, em sede policial ou judicial, que o autor do delito é pessoa diversa da dos autos e não o acusado que firmara conciliação. Não se trata de análise extenuante, como acontece em um julgamento de mérito, mas apenas de averiguar se existe um mínimo de correspondência probatória entre o que se alega.

De mais a mais, não seria possível a aceitação do acordo pelo magistrado quando estivesse presente alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, como por exemplo, a legítima defesa ou inimputabilidade.

O magistrado também deveria ficar impedido de julgar o mérito em caso de não homologação do acordo, pois já teve acesso às provas do processo e mais importante, à declaração de culpa do réu, o que pode violar sua imparcialidade, sendo que o mais adequado seria determinar a remessa dos autos para que o substituto legal fizesse o julgamento do mérito, devendo ser retirado dos autos quaisquer atos referentes a negociação entre as partes.

Importante registrar que o juiz não deve de forma alguma participar das tratativas do acordo entre as partes, sob pena de ver sua imparcialidade corrompida, pois ao interagir com o réu nesse aspecto, terá conhecimento de forma ampla das negociações, o que poderá deturpar sua maneira de ver os fatos, prejudicando sua imparcialidade.

Questiona-se, ainda, se o juiz poderia mudar aspectos ligados à quantidade da pena acordada. Defende-se que, em situações extremamente excepcionais, seria possível a interferência do Poder Judiciário nesse tocante. Isso porque a interferência no ajuste significa desacreditar a negociação, interferindo na vontade de ambas as partes. Por exemplo, caso um crime estipule pena máxima de 10 (dez) anos, não pode o ajuste prever a recomendação de cumprimento de uma pena de 12 (doze) anos.

Em linhas gerais, assevera-se que o juiz não ficaria adstrito ao acordo, podendo recusá-lo em decisão fundamentada.

Nesse contexto, torna-se imprescindível que o controle jurisdicional não seja apenas formal, mas de fato efetivo. O magistrado, acima de tudo, deve resguardar a pessoa acusada e proteger os interesses da justiça, de modo que resguarde a segurança jurídica e sua legitimidade (LEITE 2013, p. 42). O Poder Judiciário é o guardião dos direitos dos cidadãos, sendo que em sua ausência não há a quem se recorrer.

CONCLUSÕES

A velocidade da circulação das informações, o imediatismo exigido pela sociedade contemporânea para a resolução dos seus problemas, a criminalidade de massa, bem como a organização da criminalidade, que muitas vezes é mais estruturada que diversos atores estatais, tornaram o atual meio de resolução de conflitos criminais obsoleto. A sociedade de conhecimento busca soluções céleres e eficazes.

Nesse contexto, mostraram-se os princípios constitucionais e processuais aplicáveis à negociação penal, bem como foi demonstrada a importância da conciliação no âmbito do CPC, com grande fomento por parte do CNJ.

Foi demonstrado, ainda, que diversas legislações nacionais já previam alguma redução de pena para aquele agente colaborador, mediante o cumprimento de alguns requisitos. A maioria dos textos normativos citados tratam na verdade sobre causa de diminuição de pena, desde que o colaborador cumpra algumas condições, com exceção da Lei n. 9.099/95 e da resolução n, 181/2017, do CNMP, que são normas que permitem a conciliação, o ajuste, entre as partes. Sobre essa última, entre muitas críticas, é apontado o total descompasso com o sistema acusatório, pois permitiu ao Ministério Público as funções de investigar, acusar e aplicar pena, usurpando a competência de julgar do Poder Judiciário, bem como do Poder Legislativo da União, ao tratar de processo penal.

Examinou-se a conciliação criminal em diversos ordenamentos jurídicos, especialmente nos Estados Unidos, onde a imensa maioria dos casos são findos por meio do *plea bargaining*, bem como em alguns países da Europa.

Destacou-se, também, a conciliação criminal diante de diversos aspectos constitucionais, notadamente diante dos crimes dolosos contra a vida em face da existência do Tribunal do Júri ou mesmo a compatibilidade de

negociações criminais em torno da pena em face do devido processo legal, bem como diante de outros direitos fundamentais previstos no texto magno de 1988.

Mostrou-se como a proposta do novo Código de Processo Penal abordará o assunto, seus avanços e recuos. Abordou-se, ainda, a existência de entraves para a adoção de eventual conciliação no ordenamento jurídico nacional, especialmente na Lei de Execução Penal.

Destacou-se, por fim, o papel do juiz na conciliação, que não poderá ser meramente homologador de acordos entre a acusação e o acusado, devendo observar não só o aspecto forma, mas diversos outros, principalmente a existência de interferência na vontade do acusado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 948/2014, p.77-113, out. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 01 abr. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais**. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 8. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2001. Edição Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/10215-10215-1PB.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | v.. 88/2011, p. 225 - 269, jan./fev. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, | v. 6, p. 401 – 420, set .2014.
BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BROWN, Darryl K. The perverse effects of efficiency in criminal process. **Law Review**, Virginia, v. 100, n. 1, p. 183-223, Mar. 2014.

BUONICORE, Bruno Tadeu. Contraditório e velocidade: desafios do processo penal democrático na sociedade complexa. **Revista dos Tribunais**, | v. 945, p. 261- 274, jul. 2014.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação penal: Inserção de meios alternativos de resolução de conflito. **Civitas**, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p.118-135, abr. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Revista Custos Legis**, v. 4, p. 1-26, 2012.

CAPUTO, Matteo. Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. único, n. 1, p.149-172, mar. 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Rodrigo de Campos. **Processo penal garantista: infiltração de agentes e colaboração premiada**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? **Hanse Law Review**, Oldenburg, v. 5, n. 2, p.197-222, dez. 2009.

FUHRMANN, Italo Roberto. Revisando a teoria "dimensional" dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p.26-32, jan. 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/12746/9060>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: Verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 242, p. 599 – 631, abr. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do código de processo penal brasileiro. pontos de contato com o direito estrangeiro. **Revista de Processo**, v. 169, p. 93 -115, mar. 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e mediação - novo cpc e leis específicas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 41, p. 19 – 42, abr. jun. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. As causas da morosidade processual. **Revista de Processo**, v. 229, p. 455 – 469, mar. 2014.

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

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, Jose Domingos Rodrigues. Duração razoável do processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3773, out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25633>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Apontamento sobre política criminal e a plea bargaining. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, v. 1, p. 957 - 965, jun. 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral - Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Luciene Angélica. O acordo de vontades no processo criminal do Brasil e dos Estados Unidos. **Consulex Revista Jurídica** v. 18, n. 407, p. 46–53, jan., 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La transaccion penal brasileña y el derecho norte-americano. **Revista de Processo**, v. 100, p. 131 – 138, out./ dez. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista de Processo**, v 103, p. 95 – 107, jul./set. 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Corte Europeia de Direitos Humanos e a razoável duração do processo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4397, jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40893>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

NALINI, José Renato. O Brasil e a mediação penal. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**, vl. 6, p. 731 – 752, set. 2014.

NICOLAU, Nara Benedetti. Duração razoável do processo no direito europeu. **Custus Legis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p.1-19, maio 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Ed. Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. Justiça penal negociada a participação ativa da vítima na solução de conflitos penais. **Revista dos Tribunais**, v. 806, p. 418 – 430, dez. 2002.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUATTROCOLO, Serena; GUTIÉRREZ, Ana Isabel Luaces. Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra spagna e italia. **Rivista**

Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 1, n. 1, p.340-378, mar. 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, p.331-355, 2011.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Obrigatoriedade e oportunidade no direito processual penal brasileiro e português. **Revista dos Tribunais**, v. 806, p. 395 – 417, dez. 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e eficácia: uma opção político-criminal**. In: SOUSA, António Francisco de. **Estudos em homenagem ao professor doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades na aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal**. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 109, p. 139-161, mar. 2008.

SCHULHOFER, Stephen J. Is Plea Bargaining Inevitable? **Harvard Law Review**, v. 97, n. 5, p. 1037-1107, Mar. 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. A autonomia privada, a transação penal e seus efeitos civis. **Revista dos Tribunais**, vl. 780, p. 458-476, out. 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Porto Alegre, 2014.