



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL PENAL**

FABIANO DAMASCENO MAIA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

FORTALEZA/CE

2017

FABIANO DAMASCENO MAIA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Carlos Largura

FORTALEZA/CE

2017

FABIANO DAMASCENO MAIA

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Monografia submetida a banca examinadora e a coordenação do curso de pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Penal.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Antônio Carlos Largura, Ms.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Teodoro Silva Santos, Ms.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Alúcio Gurgel do Amaral Júnior, Ms.

Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

A Deus pelo dom da vida.

Aos meus pais, Francisco Humberto Maia (*in memoriam*) e Maria Cyrie Damasceno Maia, os grandes responsáveis por todas minhas conquistas.

A minha esposa Renata e meus filhos Lucas e Letícia, pela compreensão da minha ausência e minha fonte de motivação.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Antônio Carlos Largura Filho, pela excelente orientação e compreensão.

Aos professores participantes da banca examinadora Des. Teodoro Silva Santos e Prof. Alúcio Gurgel do Amaral Júnior pela disponibilidade e consideração de participarem desta banca.

Aos colegas da turma de especialização, pelos grandes momentos de aprendizado e amizades construídas ao longo dessa doce convivência.

“Entretanto, mesmo vista com reservas, não se pode descartar o valor probatório da colaboração premiada. É instrumento de investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos. [Sobre a delação premiada. Em texto da decisão na sétima fase da Operação Lava Jato]”
(Sérgio Moro)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os institutos da justiça consensual já utilizados pelo ordenamento brasileiro e outros de grande utilização no sistema internacional, como meio de efetivar a prestação jurisdicional de maneira célere e eficiente. O objetivo é analisar o modelo jurídico norte-americano de Justiça negociada e demonstrar a compatibilidade de alguns institutos deste sistema baseado na *common law* com o sistema continental da qual nosso ordenamento jurídico tomou como inspiração. Verifica-se, no estudo, que o consenso penal não se trata de mecanismo exclusivo do sistema *adversarial* e sim uma evolução em todos os ordenamentos estrangeiros, mesmo baseados no sistema continental, notadamente Alemanha e Itália, como forma de combater o avanço da criminalidade e da impossibilidade do Estado de enfrentar o aumento e a sofisticação na prática dos crimes na atualidade. Para tanto, fora realizada um estudo da repercussão do sistema de justiça negociada no nosso ordenamento, bem como os métodos já existentes de solução negociada nos conflitos penais, tendo como referência a Lei n.9.099/95, e os institutos da remissão e colaboração premiada.

Palavras-chave: Consenso na Justiça Penal. Efetividade do processo. Solução negociada de conflitos penais.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze the consensual justice institutes already used by Brazilian law and others of great use in the international system, as a means of effecting the jurisdictional provision in a fast and efficient manner. The objective is to analyze the negotiated American legal model of Justice and to demonstrate the compatibility of some institutes of this system based on the common law with the continental system from which our legal system took as inspiration. In the study, the criminal consensus is not an exclusive mechanism of the *adversarial* system but an evolution in all foreign systems, even based on the continental system, notably Germany and Italy, as a way of combating the advance of crime and the impossibility of the State to face the increase and sophistication in the practice of crimes today. To this end, a study was carried out of the repercussions of the justice system negotiated in our legal system, as well as the existing methods of settlement negotiated in criminal conflicts, with reference to Law 9.099 / 95, and the awarding and awarding institutes

Keywords: Consensus on Criminal Justice. Effectiveness of the process. Negotiated settlement of criminal conflicts.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 UM NOVO PARADIGMA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO	11
2.1 Modelo jurídico norte-americano de justiça negociada.....	14
2.2 Adversarial system e Civil law (sistema continental) no direito brasileiro	17
2.3 A repercussão do sistema de justiça negociada no processo penal e suas causas de legitimação.....	20
3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS PENAIIS.....	23
3.1 Remissão	24
3.2 Transação e suspensão condicional do processo	26
3.3 Colaboração premiada	31
4 CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

O consenso na justiça penal é um tema envolvente cercado por preconceito e incompreensões. Desde longa data foi utilizado pelo nosso ordenamento. Seja no dispositivo revogado do Código Penal de 1940, quando este tratava sobre o crime de estupro e trazia em seu dispositivo mecanismos de extinção da punibilidade quando o acusado contraía matrimônio com a vítima, ou no Código de Processo Penal (CPP) de 1941 quando menciona a audiência de conciliação, no procedimento dos crimes contra a honra, que é presidida pelo magistrado, sem a presença dos advogados das partes e, tendo como consequência, caso seja realizado um acordo, a extinção da punibilidade.

Aborda-se no presente trabalho, a necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos de persecução penal, diante de uma sociedade complexa que cobra por celeridade, efetividade e simplicidade do processo penal. A impunidade reinante no sistema penal, a sobrecarga do aparato judiciário e os irrisórios índices de reabilitação dos condenados são alertas para evoluirmos no consenso, como todos os ramos do direito já evoluíram, inclusive tendo a conciliação como viga mestra do novo Código de Processo Civil.

Dentro desta demanda da sociedade o consenso surge não como ruptura ao sistema vigente, mas como meio de auxiliar na persecução penal e abrir mais uma oportunidade de defesa para os acusados, com a simplificação processual.

A justificativa da pesquisa é a necessidade imperiosa de encontrar mecanismos que enfrentem a morosidade processual, a impunidade e as causas de não reabilitação com o menor custo para o Estado.

O objetivo geral é analisar o modelo jurídico norte-americano de justiça penal negociada, vez que de lá surgiu o consenso na justiça penal e sua compatibilidade com o nosso sistema baseado no civil law. Os objetivos específicos são estudar a repercussão da justiça negociada no processo penal brasileiro e os métodos já existentes de solução negociada de conflitos penais.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram estudadas por meio de pesquisa bibliográfica, além de pesquisa jurisprudencial.

No primeiro capítulo busca-se analisar o modelo jurídico norte-americano de justiça negociada e as diferenças existentes entre os sistemas *Adversarial system e Civil law* (sistema continental) no direito brasileiro. Além disso, uma breve análise da repercussão do sistema de justiça negociada no processo penal e suas causas de legitimação como o princípio da razoável duração do processo e a prevalência da autonomia de vontade do acusado como meio de defesa frente ao Estado acusador, pois possibilitará mais um mecanismo de defesa do réu quando este entender conveniente para sua defesa renunciar alguns direitos fundamentais processuais para obter benefícios em uma previsibilidade da pena e encurtamento do tempo de duração do processo.

Por fim, o segundo capítulo analisa os métodos de solução negociada dos conflitos penais, dando-se ênfase ao estudo da remissão, transação penal, suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

2 UM NOVO PARADIGMA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

O sistema processual penal brasileiro pode ser qualificado a partir da Constituição Federal de 1988, em sistema processual penal constitucional, diante do elenco de normas constitucionais e garantias fundamentais versando sobre a proteção do cidadão, tendo como exemplo a garantia da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e devido processo legal. Dessa forma, para se aplicar uma sanção criminal é necessário resguardar e garantir ao acusado a obediência de todos os princípios e garantias constitucionais, sob pena de nulidade absoluta.

O Estado brasileiro, muito embora tenha como objetivo reprimir a criminalidade e garantir a paz social, também deve assegurar a todos a proteção de seus direitos fundamentais, em especial, contra o mesmo Estado que tenta lhe garantir a segurança. Um dos corolários é o devido processo legal, ou seja, regras constitucionais e processuais penais que asseguram ao acusado formas de proteção.

Na lição de José Afonso da Silva, o princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu (SILVA, 2005. p. 431-432.).

O presente trabalho aborda a aplicação dos institutos da justiça consensual já utilizados pelo ordenamento brasileiro e outros de grande utilização no sistema internacional, como meio de efetivar a prestação jurisdicional de maneira célere e eficiente. O objetivo é analisar os institutos consensuais por aqui já aplicados, no nosso dia a dia forense, e outros mecanismos que são utilizados em ordenamentos estrangeiros que tornaram a resposta jurisdicional mais célere e por que não dizer mais justa, vez que justiça tardia pode se tornar uma injustiça para as partes que tanto esperam pela prestação jurisdicional.

O consenso no sistema processual penal brasileiro não é recente, e também não surgiu como ruptura ao sistema de conflito processual e sim como meio de complementar e auxiliar na otimização da persecução penal, muito embora os críticos de sua utilização propaguem a inviabilidade de sua aplicação e, não mencionem os diversos institutos jurídicos já utilizados por longa data no ordenamento brasileiro. Podemos visualizar o consenso na justiça penal desde a promulgação do Código Penal (CP) de 1940, quando este tratava sobre o crime de estupro e trazia em seu dispositivo mecanismos de extinção da punibilidade quando o acusado contraía matrimônio com a vítima. Logo, no dispositivo revogado, havendo o

casamento entre agressor e vítima, não se poderia falar em sanção penal, justamente pela força da norma do artigo Art. 107 do CP que enumerava esse casamento dentre as causas extintivas de punibilidade, da seguinte forma:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.

Dentro do Código de Processo Penal (CPP) de 1941 podemos mencionar a audiência de conciliação, no procedimento dos crimes contra a honra, que é presidida pelo magistrado, sem a presença dos advogados das partes e, tendo como consequência, caso seja realizado um acordo, a extinção da punibilidade. Ora, é latente o consenso no nosso ordenamento Penal e Processual Penal, não obstante os críticos alegarem a incompatibilidade do *sistema civil law* com os institutos *adversarial*.

Art. 520. Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.

Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.

Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

No sistema de justiça criminal brasileiro, até a década de 90, prevaleceu o modelo retributivo, com claro aspecto coercitivo e preventivo da pena, pois ao destacar as condutas ilícitas e uma sanção penal correspondente, que atua como força preventiva, pois leva o agente ao pensar em praticar o ato ilícito já saberá a pena a qual será submetido, podendo, desta feita, inibir-se, desmotivar-se de praticar tal ato.

O sistema retributivo provém do modelo conflitivo, que pressupõe um processo bipartido em defesa e acusação, baseado em garantias como o contraditório, ampla defesa, produção de provas, entre outras, não havendo espaço para qualquer tipo de negociação entre as partes. Embora não houvesse sido vedada a delação de um dos acusados, tal fato não resultava em benefício ao mesmo.

Por outro lado, a Justiça consensuada é compreendida em quatro subespécies: (a) Justiça Reparatória; (b) Justiça Restaurativa; (c) Justiça Negociada e (d) Justiça Colaborativa (sendo uma subespécie da Justiça negociada, onde se premia o criminoso quando colabora

consensualmente com a Justiça Criminal).

Foi a partir da Lei dos Crimes Hediondos que se ampliaram¹ as possibilidades de delação premiada, entretanto, uma mudança de paradigma ocorreu com o advento da Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), rompendo com o velho modelo conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo², passando, desde então, a conviver os dois subsistemas, conflitivo e consensual.

Outro momento onde se oportuniza a realização de acordos na Justiça Criminal, no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95, é na Semana Nacional de Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, onde os números demonstram a eficiência do procedimento.

Em 2009, no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ocorreram “1.167 audiências da área criminal, 638 obtiveram sentença de transação penal e 146 resultaram em composição civil³”. Esse dado revela a importância da negociação na justiça criminal com relação aos aspectos de eficiência e do tempo do processo, que marcam positivamente as partes o fato de terem seus conflitos reconhecidos e resolvidos pelo Judiciário.

Isso nos traz uma reflexão acerca da necessidade de avançarmos mais um pouco, seguindo a tendência mundial, até mesmo entre os países adeptos do *sistema civil law*, tais como, os ordenamentos da Alemanha e Itália, de incluir novas formas do consenso na justiça criminal. Diante de tal dilema, o Estado possui dois caminhos a seguir, como bem mencionou Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 20):

Frente a tais contextos, os Estados possuem dois caminhos: no primeiro, preservar o caráter formal e burocrático do processo, com a necessidade de incremento de pessoal e de recursos em prol do aparato judiciário, o que se refletirá em uma maior destinação de verbas orçamentárias para atendimento destas necessidades. No segundo, este mesmo Estado pode caminhar em prol do incremento da participação concreta dos envolvidos na resolução do conflito penal, com legitimação do consenso como forma de sua efetivação e, porque não dizer, de recuperação do próprio sistema de justiça, sem uma desnecessária marcha processual.

¹ Corresponde ao modelo “plea bargaining” dos Estados Unidos da América – EUA, onde cerca de 97% dos casos são resolvidos pela negociação, de acordo com o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, em entrevista para a Conjur.

² Lei 9.099/95, 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. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

³ <http://www.tjce.jus.br/noticias/semana-da-conciliacao-realizou-mais-de-15-mil-audiencias/>

2.1 Modelo jurídico norte-americano de justiça negociada

Nos Estados Unidos existe um sistema de justiça negociada chamado *plea bargainig* que consiste na possibilidade do Estado, através do seu órgão acusador, oferecer um acordo ao acusado, antes do julgamento, em troca de sua confissão, podendo oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado, bem explica esse sistema, Vasconcelos (2014, p. 323)

A partir do exemplo da *plea bargaining* estadunidense, maior referência em termos de justiça criminal negocial, foram assinalados os três requisitos de admissibilidade construídos doutrinaria e jurisprudencialmente (item 1.3.4): em resumo, a) voluntariedade, que o acordo não seja induzido por violência física real ou ameaçada ou por coerção mental que vicie a vontade do acusado; b) inteligência, ou seja, o réu deve ter conhecimento de sua situação perante a imputação formulada e os fatos descritos pelo acusador, além das consequências de seu ato de aceite à barganha, tanto em relação aos direitos a que renuncia quanto às punições que a ele serão impostas, além de seus efeitos colaterais; e, c) adequação, isto é, necessidade da existência de uma base fática que ampare o reconhecimento da culpabilidade pelo réu.

No modelo dos Estados Unidos tem como característica a disponibilidade do processo penal pelas partes, ocasionando uma maior agilidade na condução do processo. Neste sistema *adversarial*, as partes exercem um protagonismo na condução do processo, privilegiando uma autonomia das partes, agindo assim, de forma estratégica, na busca dos seus objetivos. A ação penal vige o princípio da oportunidade em ingressar com a ação e a disponibilidade do processo, tendo o Ministério Público uma maior discricionariedade na condução de suas ações.

As negociações realizadas no processo penal podem acontecer de duas formas; ou pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*), ou pela declaração de que não haverá contestação sobre a acusação (*nolo contendere*).

Admite-se a negociação a partir da formalização da acusação, sendo possível que a mesma se realize até a execução da pena prolatada em juízo.

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é uma admissão de cometimento do delito, bem como a renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, evitando-se a ocorrência

de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.

O *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, diferenciando-se apenas com relação ao efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime, pois, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil.

Portanto a *plea bargaining* é um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar sua culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que em suma, pode ser: redução no número das acusações e da pena aplicada na sentença.

A propósito, não podemos deixar de mencionar que vige no sistema norte americano dois modelos de persecução penal, muito embora, a *plea bargaining* seja a regra, pois mais de 90% (noventa por cento) dos conflitos penais são resolvido com base neste instituto, o sistema *adversarial* também é disponibilizado àqueles acusados que não queiram o consenso. Em síntese, existem dois modelos junto às cortes criminais, de acordo com o sistema americano:

a) *The due process model*: por ele, há a realização do sistema *adversarial* em sua versão mais conhecida, pela qual há um embate entre as partes (Estado e acusado), com a nítida compreensão de que “um ganha e outro perde”. A definição da responsabilidade é feita pelo júri ou pelo juízo. Exige que o Estado cumpra o seu dever probatório quanto à acusação e possibilita que o acusado apresente provas em seu favor. Há a preocupação com a produção da justiça no caso concreto. Volta-se para a punição da conduta criminalmente tipificada, a condenação e a sentença final. Na teoria, mantém os direitos dos acusados e estabelece a culpa a partir de critérios legais para a apuração dela;

b) *The plea bargain model* (onde presente o *nolo contendere*): por ele, há uma divisão na compreensão entre perdas e ganhos, na medida em que o acusado tende a receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento aos moldes anteriores, enquanto que a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação, que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal (da mesma forma que há uma redução de custos a serem suportados pelo acusado na promoção de sua defesa, além da melhor preservação da imagem e do tempo consumido). Também ele demonstra uma preocupação entre juízes, *prosecutors* e advogados com a administração da justiça, na medida em que auxilia no rápido processamento e conclusão da carga de processos que assola o sistema. Aqui, o ponto central da punição passa pelo *prosecutor*, que define as acusações, o estabelecimento da culpa e a quantidade a ser imposta na sentença. (BRANDALISE, 2016, p. 66-67).

Conforme Rapoza (2013, p. 208), cerca de 94% das condenações na justiça dos Estados e 97%, na justiça federal, são decorrentes dos acordos. Como, expõe Fine (2011, p. 87-88), cerca de 90% dos conflitos, inclusive na seara penal, são resolvidos por acordos, situação que impossibilita que o sistema judiciário americano entre em colapso (BRANDALISE, 2016, p. 67).

Duas observações iniciais sobre esse sistema negociado de justiça criminal estadunidense, uma é o fato de se optar por um modelo utilitarista, pautado na eficiência, na importância do número de condenações, em desfavor a um modelo garantista, que mesmo sendo mais burocrático, determina uma rede de direitos que protegem o acusado da força do Estado, como a não autoacusação, direito a um júri popular (no caso dos EUA), entre outros.

Ademais, deve-se observar que sendo a negociação realizada apenas entre acusação e defesa, a mesma não se torne um método de coerção. Ademais, o juiz deve fiscalizar e garantir se o acusado não está sob influência de algum vício de vontade e se o mesmo compreende a acusação e as consequências de sua aceitação⁴.

Ressalte-se, ainda, a independência concedida ao Ministério Público americano no sistema de negociação criminal, o quanto a Constituição Americana descentralizou o exercício do Poder, posto que o Ministério Público representa o Poder Executivo e no caso das negociações penais, não tem suas decisões interpeladas pelo Judiciário, a quem cabe na homologação do acordo, apenas garantir a legalidade e a livre manifestação do acusado, não podendo discutir as razões que levaram à acusação a oferecer determinadas condições no negócio⁵.

A partir da descrição do *plea bargaining*, pode-se observar o protagonismo determinado ao Ministério Público no sistema de negociação criminal, inclusive, no Brasil, apesar de haver apenas alguns institutos que vislumbram um modelo negocial, como é o caso da “colaboração premiada”, através da operação Lava-jato, percebemos o avanço nas investigações a partir sempre do próprio Ministério Público, inclusive, ficando afastado o trabalho inicial de investigação policial, comum nos processos penais, com a elaboração do Inquérito.

Por fim, verificamos que a Suprema Corte Americana reconheceu e confirmou a

⁴ A não utilização (*waiver*) do direito de proteção contra a autoincriminação (*privilege against compulsory self-incrimination*), de julgamento pelo júri (*right to trial by jury*) e de confrontar que acusa (*right to confront one's accusers*) não pode ser presumida pelo silêncio do acusado, na medida em que não demonstra qualquer manifestação de vontade e de entendimento quanto ao acordo celebrado. Isto porque a *guilty plea* constitui em algo mais do que uma confissão, porque há admissão de culpa, pelo que ao juiz resta determinar a punição. Para tanto, deve estar baseada na determinação confiável de sua voluntariedade, bem como da satisfação de direitos do acusado. Ao não obedecer tal exigência, estará violado o devido processo legal – que compõe a 14ª Emenda à Constituição Americana (ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969), documento não paginado). (BRANDALISE, 2016, p. 68).

⁵ Cabe citar a referência exposta por Fine (2011, p. 2), de que os responsáveis pela elaboração da Constituição americana procuraram descentralizar de forma alongada o exercício do poder, como forma de preservar direitos e garantias individuais. Na linha do expõe Ma (2011, p. 35), “A Suprema Corte declarou que a Constituição colocava o dever de executar as leis a cargo do poder executivo. Para assegurar que os promotores, enquanto autoridades do poder executivo, desempenhassem suas funções de maneira apropriada, os tribunais não deveriam interferir indevidamente em suas tomadas de decisão” (BRANDALISE, 2016, p. 67).

constitucionalidade e essencialidade dos acordos de sentença para o sistema americano, desde que as promessas estabelecidas no acordo sejam cumpridas e os elementos de voluntariedade e de compreensão da natureza da acusação e de suas consequências sejam aferidos pelo Judiciário.

Ainda que não seja um mundo ideal, há benefícios a todos os envolvidos, seja pela ótica do acusado (menor tempo de prisão processual, diminuição dos riscos existentes em um julgamento integral e possibilidade de reinserção social mais rápida), seja pela ótica da sociedade (preservação de recursos e manutenção em prisão daqueles que necessitam cumprir suas penas) (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212 (1978), documento não paginado). (BRANDALISE, 2016, p. 75).

2.2 Adversarial system e Civil law (sistema continental) no direito brasileiro

O modelo *adversarial* é a semente da negociação da sentença criminal, integra o *sistema do common law*, sendo marcado pela participação passiva do juiz na investigação penal, mesmo a que se passa a partir de iniciado o processo. O sistema continental integra o *Civil Law*, e diferentemente do *adversarial*, nesse o juiz tem uma participação maior na investigação e o Promotor tem uma postura mais isenta, no sentido da busca da verdade real.

No sistema continental não há o protagonismo do Ministério Público e se baseia nas garantias e princípios da legalidade, da proporcionalidade da pena, de regras de irretroatividade da lei, *in dubio pro reo*, enquanto no sistema *Adversarial*, que objetiva a celeridade e eficiência com forte disposição de direitos e garantias.

A partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e a divisão dos poderes para composição do processo criminal, temos como função do Ministério Público: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Nesse sentido, o poder de demandar fica restrito ao Ministério Público, quando da ação penal pública, e à vítima, na ação penal privada. O que trouxe dúvida quanto à recepção do processo previsto no Código de Processo Penal para as contravenções e a questão da constitucionalidade de vários dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), que vislumbram um poder de intervenção do Juiz no processo penal, em busca da verdade real, foi saber se o magistrado poderia requisitar a instauração de inquérito policial, fazer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, convocar testemunhas, decretar a prisão preventiva de ofício, ou seja, questiona-se se a partir do art. 129, estaria se iniciando a instituição do sistema *adversarial*.

Nesse caso, ao juiz somente caberia exercer sua função primordial de aplicar o

Direito ao caso concreto, garantindo a proteção aos direitos constitucionais do réu. Não havendo, portanto, a possibilidade de auxiliar na busca da verdade real, sendo completamente inerte, a fim de garantir sua imparcialidade.

A negociação de sentença criminal, no sistema continental europeu, não apresenta discricionariedade na atuação do Ministério Público, que somente pode deixar de dar seguimento a uma investigação se não houver elementos que suportem esta decisão, como a inexistência do fato ou a não participação do acusado. Como regra, a confissão é um elemento de prova, mas não o elemento que confirma a demonstração da verdade buscada, que deve ser dita pelo juiz, e não pode decorrer de acordo entre as partes, já que o caso e as provas pertencem ao processo e, por consequência, ao juízo, a quem é acometido o dever de dizer a verdade. (BRANDALISE, 2016, p. 76-77).

Pela forte influência que o Brasil recebeu do sistema continental europeu, o sistema penal é regido pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal, entretanto, também por influência de outros sistemas, como o estadunidense, e o aumento da violência e consequente crescimento no número de processos, o sistema brasileiro tem adotado medidas alternativas ao princípio da obrigatoriedade.

Inclusive, foi adotado no Brasil práticas alternativas ao princípio da obrigatoriedade, que pode ocorrer antes mesmo da propositura da ação, com a suspensão processual ou seu encerramento precoce.

Foi com o determinado na Lei 9.099/95 verdadeira quebra de paradigma do sistema penal brasileiro, que houve uma mitigação do princípio de obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

É fato que a Lei dos Juizados Especiais trata de apenas uma modalidade de crime, ou seja, àquela cuja pena máxima não supere a dois anos, entretanto, introduziu um novo sistema de justiça criminal, baseada na negociação e uma tentativa de desburocratizar o processo dos crimes de menor potencial ofensivo, para que o processo comum trate da macrocriminalidade (BRANDALISE, 2016, p. 137).

A Lei 9.099/95 inseriu no ordenamento jurídico as hipóteses de consenso da Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo.

A transação penal é uma negociação entre Ministério Público e Autor do fato, antes do oferecimento da denúncia, para crimes que tenham pena máxima a de multa e/ou de até 02 (dois) anos de prisão, a fim de se evitar o encarceramento.

Essa modalidade de consenso não se confunde com a *plea bargaining* ou com a *guilty plea*, haja vista que a transação penal não se apoia na necessidade de uma confissão. Ademais, na Lei dos Juizados Especiais a atividade do Ministério Público é totalmente

regulamentada pela Lei, não havendo discricionariedade para decidir sobre os casos em que queira ou não oferecer o benefício da transação penal.

A suspensão condicional do processo consiste numa forma de transação, diferenciando-se pelo fato da negociação ocorrer após o oferecimento da ação penal, nas hipóteses em que a pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano de prisão.

Em busca de maior eficiência, o sistema de processo penal brasileiro, tem buscado soluções em mecanismos da justiça negociada, não havendo no momento como se afirmar o sistema criminal predominante, haja vista que se encontra em um momento de transição, onde podemos identificar no Código de Processo Penal e em Leis Específicas mecanismos dos dois sistemas, seja do adversarial ou continental.

1) Vasto repertório doutrinário tem se manifestado sobre a introdução de técnicas de barganha no sistema penal brasileiro, apoiadas no fato de que possibilitariam as mesmas a desburocratização e a despenalização, entretanto, esse sistema de negociação penal também vem sofrendo críticas, inclusive no direito estrangeiro, pelos possíveis abusos que acarreta, quanto a restrição de direitos fundamentais e a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública (ARMENTA DEU, 1991, p. 208), característico do ordenamento processual penal brasileiro (JARDIM, 1998, p. 93-94).

2) Nesse diapasão, John Langbein (1978, p. 08) aponta que o mecanismo de barganha se realiza: “Quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpa e a renunciar ao seu direito a um julgamento em troca de uma sanção penal mais branda da que poderia ser imposta se o acusado fosse julgado culpado ao fim do processo”.

3) Assim, dentre as técnicas de barganha já introduzidas no direito nacional, para a presente pesquisa, é a colaboração premiada a que mais contribuiu para a Operação Lava-jato, apesar desse instituto está previsto em vários diplomas, alguns já revogados, foi a partir da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 – do crime organizado – que sua utilização se tornou quase uma regra na investigação criminal.

4) A introdução da colaboração premiada só vem reforçar o momento de transição do nosso sistema de justiça penal, para um tipo mais próximo de uma justiça negociada⁶.

5) Observa-se que no Brasil, as diversas mudanças ocorridas na legislação penal foram em resposta a um processo criminal burocrático e um encarceramento progredindo geometricamente. Neste contexto, procurou-se mudanças que permitissem desafogar o judiciário e fossem uma alternativa para as penas de prisão, que comprovadamente, por mais diversas estatísticas, raramente ressocializam o preso e apresentam um número acima da média de outros países, dos casos de reincidência⁷.

⁶ **A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.** (voto do decano do Supremo Tribunal Federal - STF, o e. Ministro Celso de Mello, no processo PET 7074 QO/DF, p.10).

⁷ Pesquisa inédita realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela que a cada quatro ex-condenados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%. O resultado foi obtido pela análise amostral de 817 processos em cinco unidades da federação - Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro.

2.3 A repercussão do sistema de justiça negociada no processo penal e suas causas de legitimação

Muito se tem debatido, notadamente os críticos do consenso no processo penal, da incompatibilidade deste mecanismo de solução da lide penal, com os princípios constitucionais e nosso sistema processual penal. Interessante neste estudo, desmistificar os principais questionamentos pela doutrina contrária aos avanços do consenso.

Violação do princípio constitucional do devido processo legal, condenação de inocentes e coerção da acusação. Retrocesso penal autoritário, desequilíbrio entre os atores processuais (acusação e defesa), desaparecimento do processo e da defesa.

Inicialmente, podemos destacar como um dos elementos que legitima o aperfeiçoamento da persecução penal, o princípio da duração razoável do processo. Trata-se de princípio constitucional introduzido no nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº45, de 2004⁸, ou seja, como consequência da necessidade de dar maior celeridade aos processos que tramitam no nosso país, alçando um princípio infraconstitucional a uma garantia fundamental ao cidadão, colocando no mesmo patamar das demais garantias fundamentais, tais como o devido processo legal⁹, ampla defesa e contraditório¹⁰.

O princípio da razoável duração do processo não foi alçado ao patamar de garantia fundamental, apenas esteticamente para figurar no título II, da Constituição Federal de 1988, que tratou sobre os direitos e garantias fundamentais. A norma foi introduzida para legitimar as mudanças que nosso ordenamento deve sofrer para garantir a todo cidadão uma razoável duração do processo.

Não se quer que esse princípio seja um fim em si mesmo, até por que todo princípio constitucional deve conviver com os demais princípios e normas constitucionais. Vale ressaltar, que uma das principais características dos direitos fundamentais é a sua relatividade, pois os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, e, no caso de conflito entre eles cabe o sopesamento, e somente no caso concreto, o juiz analisar qual princípio deve prevalecer. E em certos casos, a melhor interpretação é na convivência harmônica entre eles, dando-se o máximo de efetividade as normas e garantias fundamentais.

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 61), “os direitos e garantias fundamentais

⁸ 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).

⁹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁰ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade)”.

Na lição de Sarmento e Galdino (2006, p. 293): “apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.”

No mesmo sentido, Barroso (2009, p. 329) afirma que: “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Nesse sentido, verificamos que a celeridade do processo é um princípio constitucional que devemos buscar, tanto no sentido de produzir uma eficiente repressão, pois deve-se demonstrar para quem contraria as regras penais e para a sociedade, que o Estado reage efetivamente para coibir qualquer ato que afete a tranquilidade social, bem como em respeito ao princípio da presunção de inocência, pois uma justiça tardia causa um sofrimento desnecessário a um acusado, comprometendo sua vida pessoal e profissional, além do estigma que produz a todo aquele que responde, mesmo sem resposta definitiva uma ação penal.

Mas a celeridade do processo é necessária, tanto para que se produza a eficiente repressão, pois há que demonstrar ao delinquente e à sociedade que o Estado reage sem demora ao facto delituoso, bem como para salvaguardar os Direitos Humanos, pois tanto o culpado quanto o inocente têm o direito de ser liberados da situação de insegurança pessoal (BRANDALISE, 2016, p. 31).

A autonomia de vontade do acusado é outro ponto que legitima o consenso. Não se pode negar ao acusado, direitos e garantias processuais que o possibilite de se defender dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, no entanto, para se dar a possibilidade do princípio constitucional da ampla defesa¹¹ ser praticado na melhor forma possível, o acusado deve ter o direito de aumentar o leque de defesas e no caso que entender conveniente para sua defesa, tentar obter o máximo de benefícios, com a renúncia de direitos fundamentais processuais, causando um encurtamento do deslinde do julgamento e uma previsibilidade de uma pena menor do que teria caso o processo prosseguisse para o julgamento convencional.

Há de ser considerado que o acordo quanto à sentença criminal deve acontecer de forma voluntária e com consciência do não exercício de direitos processuais previstos em lei e na Constituição, pelo que não pode ocorrer de forma injusta ou composta por abusos. De igual sorte, deve ser confirmado com a certeza de que o acusado também

¹¹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

compreende a punição imposta, faltantes tais situações, não pode o acordo ser convalidado pelo juízo” (BRANDALISE, 2016, p. 47).

Não podemos deixar de mencionar, que todo processo tem um risco e a sua simples existência já é uma punição. Então, havendo formas de acentuar e diminuir o trâmite processual, não se está restringindo direitos e sim garantindo a possibilidade de o acusado exercer de maneira plena sua ampla defesa.

3 MÉTODOS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS PENAIS

A negociação no processo penal, em primeira instância, enfrenta os princípios da obrigatoriedade da ação penal, com a busca da verdade e a atuação dos atores processuais, principalmente no que diz respeito as funções do Juiz e do Ministério Público.

A justiça penal tem como objetivo a resolução dos conflitos sociais, elegidos pela Lei como crimes ou contravenções. No processo as partes envolvidas no conflito são substituídas, principalmente, a vítima, que é totalmente afastada, funcionando como mera testemunha, tomando seu lugar o Estado, que é representado pelo Promotor de Justiça.

Nas formas negociadas, há uma participação maior dos envolvidos no conflito, como no caso da justiça restaurativa, onde há uma preocupação com as necessidades da vítima. Nos instrumentos de negociação há um protagonismo do Ministério Público, em propor acordo, como no caso da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada.

Ocorre, que o sistema processual penal brasileiro é baseado em princípios que são os fundamentos que alicerçam determinada legislação, podendo estarem expressos na ordem jurídica positiva ou implícitos segundo uma dedução lógica, importando em diretrizes para o elaborador, aplicador e intérprete das normas. Conforme José Afonso da Silva “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Portanto, a primeira repercussão das técnicas negociais no direito penal é o fato da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação, mandamento este que consiste no dever de agir do Ministério Público não lhe conferindo discricionariedade para se valer de quaisquer critérios de oportunidade e conveniência na propositura da ação penal.

Entretanto a partir da Lei 9.099/95 e Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, vem ganhando outra dimensão.

Antes das Leis referidas, o membro do Ministério Público não tinha opção no agir, pois ocorrendo uma infração penal e havendo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade a propositura da ação penal pública era obrigatória.

Com a publicação da Lei 9.099/1995 o princípio da obrigatoriedade foi mitigado. Passou a ser possível transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89).

A oferta da transação penal e a proposta da suspensão condicional do processo não são

facultativas, há uma discricionariedade regrada, onde cabe apenas a análise da conveniência e oportunidade frente ao caso concreto, só podendo o órgão ministerial deixar de oferecer os benefícios, em decisão fundamentada de acordo com critérios legais.

Porém, de qualquer maneira, caberá ao próprio Ministério Público a decisão final acerca do oferecimento da transação penal e da proposta da suspensão condicional do processo. Discordando o magistrado da posição do Ministério Público, deverá ser aplicado o artigo 28 do Código de Processo Penal analogicamente.

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

Ademais, esses benefícios não podem ser aplicados de ofício pelo magistrado ou a pedido da defesa sem a concordância do órgão ministerial. Como titular da ação penal pública, cabe ao Ministério Público a iniciativa de propor a transação penal e a suspensão condicional do processo. Note-se que a própria legislação traz mecanismos para que os conflitos existentes sejam solucionados.

3.1 Remissão

A remissão é outro instituto de grande utilidade nos procedimentos afetos a infância e juventude que permite uma maior liberdade nos destinos do processo pelo Ministério Público. Neste caso, o Ministério Público avaliando às circunstâncias, consequências do fato, contexto social e a personalidade do adolescente poderá conceder a remissão que nada mais é do que um perdão extrajudicial concedido pelo Ministério Público ao adolescente que atenda aos requisitos previstos no art.126 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA):

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da

responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

O princípio da oportunidade pelo Ministério Público, foi muito bem explicado pelo ilustre doutrinador, Júlio Fabbrini Mirabete (2003, p. 425):

Com tal prática procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores, como, p.ex., o estigma da sentença. No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator), o instituto da remissão, tal como o princípio da oportunidade do processo penal, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extingui-lo, “atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

A remissão é vista pela doutrina como mais uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade a que está sujeito o Ministério Público no seu poder dever de agir diante de uma ilicitude que lhe for apresentada. A doutrina vem posicionando desta forma:

Trata-se de mitigação do princípio da obrigatoriedade (pelo princípio da oportunidade), na medida em que permite ao Ministério Público não oferecer representação (a denúncia do processo penal) e, portanto, não propor a ação socioeducativa (a ação penal dos adultos) em face de ato infracional praticado pelo adolescente (FULLER; DEZEM; MARTINS, 2013, p. 196).

Trata-se a remissão de um instituto muito mais aproximado do sistema *adversarial* americano, com origem no sistema da *common law*, vez que o juiz exerce um papel passivo, pois caso não aceite homologar a remissão ofertada pelo Ministério Público, fica impedido de decidir em sentido contrário e sim encaminhar os autos ao Procurador Geral de Justiça, que decidirá sobre o oferecimento da representação ou ratificar a remissão, momento em que a autoridade judiciária fica obrigada a homologar a remissão, caso ofertada pelo Procurador Geral de Justiça.

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º **Discordando**, a autoridade judiciária fará **remessa** dos autos ao **Procurador-Geral de Justiça**, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, **que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar**.

O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a remissão trata de uma forma de exclusão do processo, não prevalecendo, inclusive para efeito de antecedentes, consoante decidido no Recurso em Habeas Corpus (HC) nº.72.370 – MG (2016/0164202-0), relator Ministro Ribeiro Dantas:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 126 da Lei n. 8.069/1990, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo. Com o art. 127 do referido estatuto legal, a remissão "não prevalece para efeito de antecedentes", podendo incluir eventualmente a aplicação de quaisquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

2. In casu, foi concedida remissão cumulada com medida socioeducativa consistente em prestação de serviços à comunidade. A medida cumulada não implica restrição da liberdade do menor, porquanto em conformidade com o art. 127 do ECA.

3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

3.2 Transação e suspensão condicional do processo

O constituinte originário de 1988 previu formas de solução consensual dos conflitos penais dos crimes de menor potencial ofensivo, já permitindo o instituto da transação, conforme se vê no art.98 da CF. Louvável a atitude dos constituintes de 1988, que se anteciparam na modernização da forma de persecução penal. Com isso, não quer dizer que o nosso sistema baseado no *civil law* teria sido modificado para o *common law*, e sim uma nova compreensão da *civil law*, com a participação mais ativa da acusação e da defesa na solução consensual dos conflitos.

Com a determinação constitucional de criação dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, da CF)¹², para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, inclusive trazendo no texto constitucional a possibilidade de transação, bem como a desburocratização do processo ao

¹² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

estabelecer que o procedimento deve ser sumaríssimo e baseado na oralidade, ou seja, previu de forma originária a desburocratização do processo penal.

Essas medidas trouxeram efetividade e eficiência, tornando o processo menos burocrático e fomentando meios alternativos de solução dos conflitos penais, como a conciliação civil. Além de uma pronta resposta do Estado para os fatos delituosos praticados, diante da desnecessidade de instauração de inquérito policial e o processo ter como princípios a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art.62 da Lei nº 9.099/95)¹³.

A transação penal veio disciplinada pelos artigos 72 e 76 da Lei nº.9.099/95, que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, *in verbis*:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

(...)

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.

§ 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.

Trata-se de benefício pré processual que tem como objetivo desburocratizar o processo penal, tornando a justiça criminal mais célere e menos burocrática, para aqueles crimes com pena privativa de liberdade máxima de tempo não superior a 2 (um) anos, bem como do preenchimento

¹³ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

de requisitos subjetivos, ou seja, quando o suposto autor da infração não tiver sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; quando indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, restando não ser suficiente a adoção da medida.

Da forma como falamos na remissão, o Ministério Público após verificar indícios mínimos de autoria e materialidade poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, o que significa a mitigação do princípio da obrigatoriedade para a aplicação do princípio da oportunidade regrada, onde deve analisar os requisitos legais para decidir acerca da proposição da transação penal¹⁴.

Insta salientar, que a legislação ordinária também trouxe exceção para o uso do instituto da transação penal, isto é, nos casos da Justiça Militar (art. 90, Lei n. 9.099/95); e “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995” (art. 41, Lei Maria da Penha).

Vale lembrar, que a transação penal não tem valor como prova de admissão de culpa, pois não significa reconhecimento de culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil, pois estamos diante de um mecanismo despenalizador que nada se reporta a assunção de culpa, pois o que se busca é evitar a persecução criminal, com aplicação de pena restritivas de direitos ou multa, não obstante o Ministério Público tenha por obrigação somente de propor a transação penal, quando existir indícios mínimos de autoria e materialidade, sendo inclusive tal requisito fiscalizado pelo julgador.

Disso não foge o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.327.897 - MA (2012/0118056-8) - RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA RECORRENTE: ITAQUÊ MENDES CÂMARA E OUTRO ADVOGADOS: PEDRO LEONEL PINTO DE CARVALHO – MA000417 JEZANIAS DO RÊGO MONTEIRO E OUTRO(S) – MA004161 RECORRIDO: MARCOS TÚLIO PINHEIRO REGADAS ADVOGADO: JOAO CARLOS DUBOC JÚNIOR E OUTRO(S) - MA006748 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSAÇÃO PENAL. REALIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DE CULPA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 535 DO CPC/1973.

¹⁴ Não se trata, portanto, da oportunidade pura, na qual firmar ou não qualquer acordo com o suspeito ou acusado fica a critério exclusivo do acusador, bastando a concordância da parte. Ao contrário, a discricionariedade regrada constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte) à idéia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de toda atenção. (GRINOVER; 2000, p. 95). (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. Editora Revista dos Tribunais. 3a edição. 2000.)

SÚMULA Nº 284/STF. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA Nº 283/STF. DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a transação penal disposta na Lei nº 9.900/1995 importa reconhecimento de culpabilidade do réu a ensejar a pleiteada indenização por danos morais.
2. O instituto pré-processual da transação penal não tem natureza jurídica de condenação criminal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes e, por se tratar de submissão voluntária à sanção penal, **não significa reconhecimento da culpabilidade penal nem da responsabilidade civil**. Precedentes.
3. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas não especifica a omissão, contradição ou obscuridade a que teria incorrido o aresto impugnado e qual sua importância no desate da controvérsia, é deficiente em sua fundamentação, atraindo o óbice da Súmula nº 284/STF.
4. Não havendo impugnação dos fundamentos da decisão atacada, incide na espécie a Súmula nº 283/STF.
5. O Tribunal estadual concluiu pela ausência de comprovação do nexo causal e de culpa do recorrido, não sendo possível a esta Corte rever tal entendimento, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula nº 7/STJ.
6. Recurso especial não provido.

A natureza jurídica da transação penal foi tratada de forma diversa pelo Supremo tribunal federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, até a edição da Súmula Vinculante 35 do STF¹⁵, que teve como precedente Representativo o RE 602072 QO-RG, de relatoria do e. Ministro Cezar Peluso:

É que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições em transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95). E isto porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade). (...) não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositura de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes." (RE 602072 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 19.11.2009, DJe de 26.2.2010) ”.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendia que o acordo que homologava a transação penal teria natureza condenatória e faria coisa julgada formal e material, e em caso de descumprimento deveria ser executada. No entanto o STF, entendendo de forma diversa, tratou como sentença meramente homologatória e que não importaria em coisa julgada material, e em

¹⁵ **Sumula Vinculante 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.

caso de descumprimento o processo retornava ao estado anterior, abrindo-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito policial ou propor a ação penal com a oferta da denúncia.

Com efeito, no caso da transação penal, a natureza jurídica da sentença é meramente homologatória, pois não haverá qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do acusado¹⁶.

A **suspensão condicional do processo** também foi estabelecida pela Lei n.º 9.099/95, que é passível de aplicação para crimes cuja a pena mínima não seja superior a 1 (um) ano, devendo o processo ficar suspenso pelo prazo de dois a quatro anos, desde que o acusado preencha os requisitos subjetivos de não está sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

A suspensão condicional do processo veio disciplinada no art.89 da Lei n.º 9.909/95, *in verbis*:

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.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹⁶ As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas, por modo consensual, no respectivo instrumento de acordo. (RE 795567, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 28.5.2015, DJe de 9.9.2015, com repercussão geral - tema 187).

Verifica-se que as consequências da aceitação da suspensão condicional do processo são as mesmas da transação penal, vez que não consiste em admissão de culpa e não surte efeitos no âmbito civil, pois há declaração de extinção da punibilidade, após decorrido o prazo do benefício sem revogação.

Conhecido no dia a dia forense como *sursis processual*, esse instituto é um acordo realizado pelo Ministério Público e o acusado, com o fim de suspender o trâmite processual, nos casos de denúncia já oferecida e recebida, desde que seja aceito por parte do acusado algumas condições para evitar o risco de uma condenação e o dissabor de responder a toda uma instrução processual¹⁷.

3.3 Colaboração premiada

A **delação premiada** é uma técnica de investigação consistente na oferta de benefícios pelo Estado àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso. É mais precisamente chamada “colaboração premiada” – visto que nem sempre dependerá efetivamente de uma delação.

Conforme se depreende da doutrina, a delação premiada não é um meio de prova, mas um meio de obtenção de prova, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito. Sendo assim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador, sendo o primeiro meio de obtenção de prova, enquanto o depoimento propriamente dito é o meio de prova referido.

A origem histórica da colaboração premiada remonta ao tempo do império, não obstante os críticos de sua utilização manifestarem no sentido da sua incompatibilidade com nosso sistema processual penal adepto do sistema *civil law*. Vale mencionar, o voto do decano do Supremo Tribunal Federal - STF, o e. Ministro Celso de Mello, no processo PET 7074 QO/DF, que

¹⁷ Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias. O primeiro, em tese, poderia levar a ação penal adiante, visando atender à expectativa repressiva clássica do Estado. Ao segundo interessaria, no final dessa atividade persecutória, uma eventual absolvição. A incerteza sobre o resultado do processo, no entanto, pode estimular ambas as partes a uma composição, suspendendo-se seu prosseguimento cada qual cede um pouco: nisso reside a transação processual, que caracteriza a suspensão condicional do processo (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, GOMES, 2000, p. 235). (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. Editora Revista dos Tribunais. 3a edição. 2000.)

em poucas palavras incursionou historicamente na origem histórica deste instituto:

A colaboração premiada, embora em voga no direito processual penal italiano, notadamente a partir de meados da década de 1970, em contexto de combate ao terrorismo (que, em momento subsequente, no início da década de '90, veio a ser utilizada na operação “Mãos Limpas”, objetivando a repressão a práticas de corrupção governamental), surgiu, entre nós, no direito reinol, fundada nas Ordenações do Reino (1603), instituída, primariamente, com o objetivo de agraciar aqueles que delatassem os autores e partícipes do crime de falsificação de moeda (Título 116) e, sobretudo, do crime gravíssimo de “lesa-majestade” (Título 6), que constituía o mais sério delito previsto no temível Livro V do Código Filipino, o “*liber terribilis*”, tal a prodigalidade com que esse estatuto legal cominava a pena de morte!!! Na Conjuração Mineira (1789), Joaquim Silvério dos Reis valeu-se desse meio e delatou os inconfidentes de Vila Rica, hoje Ouro Preto, havendo sido beneficiado pela legislação portuguesa consubstanciada, quanto a esse ponto, nas (então) vigentes Ordenações Filipinas!

A natureza jurídica da colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, pode ser conceituada como um negócio jurídico processual personalíssimo, realizado entre o Ministério Público e/ou o Delegado de Polícia com o colaborador, na qual gera direitos e obrigações entre as partes celebrantes, devendo ser baseado na voluntariedade, regularidade e legalidade (Lei n.º.12.850/2013, art.4º, §7º)¹⁸.

Vale mencionar o voto elucidante do e. Ministro Dias Toffoli, no Habeas Corpus (HC) 12.7483, na qual definiu a natureza jurídica da colaboração premiada:

[a] colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal). Cumpre, aqui, extremar, de um lado, meios de prova e, de outro, meios de pesquisa, investigação ou obtenção de prova. Mario Chiavario, com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (*mezzi di prova*) dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, per se, fonte de convencimento judicial, destinando-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória’, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo (*Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353).

Para Antônio Magalhães Gomes Filho (2005, p. 303-318):

os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando [à] introdução e [à] fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a

¹⁸ §7º. Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo). Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os mezzi di prova (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os mezzi di ricerca della prova (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público.

No mesmo sentido, aduz Gustavo Badaró (2012, p. 270) que:

enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

No Brasil, a primeira lei a prever essa colaboração premiada foi a Lei de Crimes Hediondos. Previa-se a redução de um a dois terços da pena do participante ou associado de quadrilha voltada à prática de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo, que denunciasse à autoridade o grupo, permitindo seu desmantelamento (art. 8, parágrafo único, Lei nº 8.072/1990). Já no crime de extorsão mediante sequestro, o benefício dependia que fosse facilitada a libertação da vítima (art. 159, § 4º, Código Penal). Posteriormente, passou-se a prever a delação premiada também para crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra a ordem tributária (art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990, incluído pela Lei nº 9.080/1995) e crimes praticados por organização criminosa (art. 6º, Lei nº 9.034/1995).

Entretanto, esse instituto só ganhou aplicabilidade prática a partir da Lei nº 9.613/1998, de combate à lavagem de dinheiro, prevendo vários prêmios ao colaborador, como a possibilidade de condenação a regime menos gravoso, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, e inclusive o perdão judicial.

Ademais, foi com a Lei nº 12.850/2013, de combate às organizações criminosas que determinou um procedimento completo, constando em seu art. 4º os benefícios ao delator, que variam do perdão judicial, redução da pena em até 2/3 e substituição por penas restritivas de direitos.

Uma das características marcantes da colaboração premiada é que da mesma provenha resultado efetivo, que pode ser a identificação de cúmplices e dos crimes por eles praticado, recuperação dos lucros obtidos com a prática criminosa, a prevenção de novos crimes, a

demonstração do funcionamento e estrutura da organização criminosa.

As negociações devem ser realizadas apenas pelo Delegado e representante do Ministério Público, não sendo permitido a presença do Juiz nessa fase. Formalizado o termo de acordo, com todas as condições dispostas na Lei, deve ser encaminhado ao juiz para homologação, sendo a partir daí iniciadas propriamente as medidas de colaboração.

Disposição fundamental do acordo é que o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio e fica compromissado a dizer a verdade (art. 4º, § 14)¹⁹. Além disso, a Lei nº 12.850/2013 exige a presença de advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração (art. 4º, § 15)²⁰. A eficiência do acordo é julgada pelo juiz, na sentença (art. 4º, § 11)²¹, que não pode condenar apenas com base nas declarações do colaborador, devendo possuir meios de prova diversos (art. 4º, § 16).

Apesar do instituto da delação constar na legislação brasileira desde a década de 90, a mesma ganhou visibilidade e mais ampla utilização no processo penal a partir da Operação Lava Jato, com a delação de Paulo Roberto Costa, tendo já alcançado até o final de 2015 o número de 30 colaboradores, o que permitiu a restituição de mais de R\$ 1,8 bilhão aos cofres públicos.

Segundo palavras do Juiz responsável pela Lava Jato, Sérgio Moro, “crimes não são cometidos no céu e, em muitos casos, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas são igualmente criminosas”.

Portanto, se vê a importância desse meio investigativo, no que diz respeito aos crimes cometidos pelas organizações criminosas, havendo a partir da colaboração premiada, a possibilidade de se desanuiar a estrutura da empresa do crime, inclusive alcançando os crimes de corrupção ocorridos a agentes políticos e públicos.

Insta salientar, que a colaboração premiada, não obstante ter como essência um acordo e diálogo entre a acusação (MP e Polícia judiciária) e defesa, o que se busca realmente é aprimorar as técnicas de investigação da autoridade policial e do Ministério Público na coleta de provas, notadamente contra as organizações criminosas e não evitar o processo judicial em comparação ao sistema do *plea bargaining*, uma vez que veio para superar as dificuldades da polícia e do

¹⁹ § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

²⁰ § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

²¹ § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Ministério Público, no aprimoramento da investigação e no combate ao crime organizado.

Vale mencionar a explicação de Frederico Valdez Pereira (2013, p. 41):

Ao contrário do plea bargaining, que mira assunção de culpa pelo imputado na fase preliminar, sem passar pela fase de julgamento, a normativa dos arrependidos condiciona a aplicação de qualquer medida premial à verificação judicial dos pressupostos da colaboração. O moderno sistema do plea bargaining dispensa o procedimento em juízo; talvez a sua principal razão de ser esteja exatamente na evitação do procedimento judicial, ao contrário do uso dos arrependidos, que visa a superar as dificuldades na coleta de provas e depende sempre de provimento jurisdicional.

Na busca ao combate efetivo das organizações criminosas a Lei nº 9.613/98, sobre “lavagem de dinheiro”, tem sido de grande importância, tanto para as investigações, quanto para enfraquecer a organização com o abalo no capital da mesma.

O dinheiro obtido através da prática reiterada de crimes por uma organização criminosa, são valores ilícitos, dinheiro “sujo”, que para circular livremente tem que ser lavado, portanto, é de grande importância para esses organismos legalizar seus lucros, sendo as formas utilizadas para lavar o dinheiro denominadas de “tipologia para lavagem de dinheiro” sendo as maneiras mais frequentes a abertura de empresas “de fachada” e fictícias, uso de laranjas, remessas ilegais de grande vulto para o exterior, contrabando de moeda, importações e exportações fraudulentas com superfaturamento, entre outras, todos crimes que envolvem o sistema financeiro e que muitas vezes tem sua investigação iniciada pelos fiscos estaduais ou federal.

As ações das organizações criminosas estão sempre interligadas, muito bem orquestradas, o que dificulta a desarticulação das mesmas, por isso o compartilhamento de informações entre os diversos Estados é de fundamental importância para o combate a esses organismos, o trabalho conjunto das polícias judiciárias e federal, Ministérios Públicos Estaduais e Federais, bem como do Judiciários em práticas preventivas e de ações investigativas deve ser efetivado para igualar as forças nessa luta, onde a um dos lados é permitido todas as práticas lícitas e criminosas, e, ao Estado resta o respeito as Garantias Constitucionais e a própria burocracia estatal.

A questão é um pouco mais complicada quando analisamos a denominada colaboração premiada prevista na Lei das Organizações Criminosas. Ora, já vem sendo aplicada na grande maioria dos países democráticos, mas apenas recentemente foi introduzido em nosso sistema legal.

Como toda nova lei traz alguns problemas quanto à sua interpretação. Para que

possamos entender os institutos trazidos por essa lei há necessidade que reflitamos sobre seu espírito.

O crime organizado é um fenômeno mundial e transcende as fronteiras internacionais. Na maioria dos casos essas organizações movimentam elevadas quantias entre países, utilizando-se de figuras conhecidas como “doleiros” e através de empresas fictícias realizam a lavagem do produto de crimes, geralmente provindos do tráfico de drogas e corrupção.

Devido à dificuldade de combater eficazmente o crime organizado, um dos métodos de produção de prova é a colaboração premiada. Por meio desse instituto foi deflagrada a denominada “operação mãos limpas” na Itália.

E com a ajuda da colaboração premiada os Estados Unidos conseguem resolver grande parte dos crimes praticados por organizações e associações criminosas.

O instituto da delação premiada se baseia em oferecer vantagens processuais a uma pessoa investigada ou acusada da prática de crime em troca de informações que levem aos demais integrantes da organização ou associação criminosa, esclarecimentos de crimes, recuperação de bens e valores, prevenção de novas infrações penais e localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Ao colaborador poderá o juiz, homologado o acordo, conceder o perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade ou substituí-la por pena restritiva de direitos.

Para que seja possível essa barganha ao menos um dos integrantes deve ser identificado. Além disso, as provas a ele apresentadas devem ser substanciais de modo que haja chance real ou mesmo a certeza da condenação a severas sanções. Sem isso, não haverá sentido para o acordo.

Coube à Lei 12.850/2013, fixar os parâmetros e requisitos para a aplicação do instituto aos crimes praticados por organizações criminosas (artigos 4º a 7º). Podendo esses dispositivos serem empregados por analogia para complementar as normas que regulam os acordos de delação ou colaboração premiada previstos em outras leis.

A colaboração premiada não é uma novidade da Lei das Organizações Criminosas, pois antes da publicação da Lei 12.850/2013, já era conhecido de nosso direito objetivo, presente na Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998), Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999) e Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), leis que já previam o instituto de modo bem semelhante, no entanto, não havia, sua regulamentação quanto às formalidades para sua realização e homologação.

Por isso, a novidade da Lei 12.850/2013 foi, além de regulamentar o instituto, possibilitar que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia quando o colaborador não for o líder da organização criminosa e primeiro prestar a efetiva colaboração (artigo 4º, § 4º).

Embora o acordo de colaboração premiada possa ser negociado entre o Delegado de Polícia responsável pelas investigações, o investigado e o Defensor, desde com manifestação do Ministério Público, o mais comum na operação lava-jato é a negociação entre o Ministério Público, o investigado e seu Defensor (artigo 4º, § 6º).

Deve ser observado que não é possível a homologação do acordo de colaboração sem a aquiescência do Ministério Público, que é o titular da ação penal pública. Assim, mesmo que seja o acordo realizado entre o delegado de Polícia e o investigado e seu defensor, não havendo a concordância do Ministério Público, a colaboração não poderá ser homologada.

O magistrado não participará das negociações para a formalização do acordo de colaboração premiada, a fim de não ser comprometida sua imparcialidade. Mas deverá homologar o acordo, para que possa produzir seus efeitos jurídicos.

Sendo assim, vale tecer comentários acerca da decisão recente do Supremo Tribunal Federal - STF, no processo PET 7074 QO/DF, que enfrentou a natureza jurídica e os limites da homologação do acordo de colaboração premiada.

O Magistrado diante de um acordo de colaboração premiada deve analisar com base nos elementos determinados pela legislação (Lei nº 12.850/2013, art.4º, §7º), ou seja, voluntariedade, regularidade e legalidade e não examinar a fundo o mérito do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais deverão ser analisados, por ocasião da sentença²².

Vale registrar a decisão proferida pelo Ministro Teori Zavascki, acerca do alcance do alcance do ato de homologação do acordo de colaboração premiada.

(...) 5. Cumpre registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz juízo sobre sua **'regularidade, legalidade e voluntariedade'** (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013). Assim, **não há, no ato de homologação, exame de fundo** acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial **no momento da sentença**, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das

²² **Vê-se**, portanto, **que os benefícios legais**, de ordem penal e processual penal, **ajustados** no acordo de colaboração premiada objeto de regular homologação judicial **somente serão suscetíveis** de efetiva outorga **se e quando** o órgão judiciário competente, **por ocasião** do julgamento final da causa penal, **constatar**, a partir do exame dos elementos de informação **produzidos** ao longo da instrução probatória, **que o agente colaborador** realmente cumpriu as obrigações **que assumiu** perante o Estado, **tal como definidas** no pacto negocial **celebrado** com o Ministério Público. (voto do decano do Supremo Tribunal Federal - STF, o e. Ministro Celso de Mello, no processo PET 7074 QO/DF, p.15).

outras provas produzidas no processo. Nesse mesmo sentido: HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27-8-2015. É na sentença, ademais, que o juiz examinará a própria eficácia de acordo, segundo expressamente estabelece a lei de regência (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 11) (Pet 5.733/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei).

A natureza jurídica do ato de homologação do acordo de colaboração premiada é jurisdicional, sendo função do magistrado verificar a voluntariedade, legalidade e regularidade do ato, para garantir que não contenham cláusulas abusivas, ilegais e contrárias ao ordenamento jurídico.

Com efeito, após a homologação judicial da colaboração premiada, pelo órgão judiciário competente, qualifica-se como ato jurídico perfeito²³, insuscetível de mudança, a não ser nos casos expressamente previstos em lei, ou seja, descumprimento do agente colaborador e da superveniência de alguma causa apta a desconstituí-la. Portanto, sendo um ato jurídico perfeito, adquire força vinculante quanto as cláusulas pactuadas e homologadas pelo órgão judiciário competente, devendo ser respeitado por todos os órgãos judiciais, inclusive os de instâncias superiores ao órgão que homologou a colaboração.

Muito esclarecedor do tema o voto do e. Ministro Celso de Mello, no processo PET 7074 QO/DF, p. 28)

Presente essa configuração do acordo de colaboração premiada homologado por órgão judiciário competente, circunstância que o torna subsumível – insista-se – à noção de ato jurídico perfeito, passa ele a reger as relações jurídicas entre o Estado e o agente colaborador, produzindo, como resultado que lhe é conatural, importantes consequências no plano do Direito, que se acham protegidas pela norma de salvaguarda consubstanciada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, como ordinariamente ocorre com simples contratos de direito privado (RTJ 89/634 – RTJ 90/296 – RTJ 106/314 – RTJ 106/317 – RTJ 107/394 – RTJ 112/759, v.g.), ressalvadas, como já destacado, as situações excepcionais anteriormente mencionadas (inadimplemento, pelo agente colaborador, das obrigações pactuadas e/ou superveniência de causa legitimadora da invalidação do acordo de colaboração premiada). Em suma: o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de força vinculante quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé (“pacta sunt servanda”).

Dessa forma, pelo caráter vinculante do acordo de colaboração premiada, o juiz, no

²³ Art.5º - XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

momento da sentença, após a análise dos requisitos legais (*regularidade, legalidade e voluntariedade*), fica vinculado aos benefícios anteriormente acordados para o colaborador, desde que este tenha efetivamente cumprido as obrigações assumidas e tenha sido efetiva a sua colaboração.

Disso não foge o entendimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, senão vejamos o voto do decano do Supremo Tribunal Federal - STF, o e. Ministro Celso de Mello, no processo PET 7074 QO/DF, p. 22/23:

Cumpre enfatizar, por extremamente relevante, que essa orientação doutrinária reflete-se, com absoluta fidelidade, no pensamento jurisprudencial desta Corte Suprema, como se pode ver do primoroso acórdão, da lavra do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, proferido no julgamento plenário do HC 127.483/PR, no qual o Supremo Tribunal Federal – depois de reconhecer, com inteiro acerto, que é do Relator (e do Relator apenas) a competência para homologar, monocraticamente, o acordo de colaboração premiada, independentemente de ulterior referendo ou confirmação desse ato homologatório por parte de qualquer órgão colegiado deste Tribunal – assinalou, com inteira propriedade, que o cumprimento das obrigações assumidas pelo agente colaborador impede que o Poder Judiciário recuse-lhe a concessão dos benefícios de ordem premial, sob pena de o Estado-Juiz incidir em comportamento desleal, absolutamente inaceitável e de todo inadmissível, especialmente se se considerar a advertência feita por este próprio Supremo Tribunal Federal, que assim se pronunciou em referido julgado: “11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

4 CONCLUSÃO

Compreende-se que o Constituinte originário de 1988 acertou ao incorporar no nosso sistema constitucional o consenso na Justiça Penal, mesmo sendo apenas para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. Ou seja, com a determinação constitucional de criação dos Juizados Especiais Criminais (art.98, da CF), previu no próprio texto constitucional a possibilidade de transação, inclusive baseado em procedimento oral e sumaríssimo.

O consenso na Justiça Penal não é recente e também não significa que a sua utilização seria incompatível com o sistema continental que integra o Civil Law. O Ordenamento Brasileiro ao utilizar de mecanismos que possibilitem uma maior disponibilidade do processo pelas partes (órgão acusador e acusado), privilegiando uma autonomia das partes para garantir uma maior agilidade na condução do processo e aumentar os mecanismos de defesa dos acusados, não refletirá numa ruptura ao sistema até então consagrado de conflito processual e sim meios de garantir efetividade ao processo e aumentar a ampla defesa do acusados, consagrando os princípios constitucionais da razoável duração do processo e princípio da ampla defesa.

Outrossim, o reconhecimento de uma maior discricionariedade na atividade do Ministério Público, não acarreta uma liberdade irrestrita de agir, e sim uma discricionariedade vinculada a regras anteriormente postas pelo nosso ordenamento, e sempre tendo como controle desta discricionariedade o Poder Judiciário.

A justiça consensual penal veio como um novo modelo de processo penal, ao estimular o diálogo entre as partes e priorizar a autonomia de vontade e efetividade do processo. Podemos afirmar que os métodos de consenso não acarretam mitigação as garantias fundamentais do cidadão, pois estas estão protegidas ao permitir a ampla liberdade e autonomia dos acusados de optarem ou não pelos benefícios criados com o consenso.

No modelo jurídico norte-americano o órgão acusador possui uma liberdade quase irrestrita na condução dos acordos penais, não sendo o que defendemos no presente trabalho. Acreditamos, que podemos avançar em novas formas de consenso na justiça penal brasileira.

Com a evolução da sociedade e por não dizer da criminalidade, alguns crimes até então graves quando da promulgação da Lei n. 9.099/95, hoje são considerados de pouca gravidade, inclusive com a não admissão de ser decretado a prisão preventiva para aqueles

crimes dolosos com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos²⁴. Sendo assim, tendo como parâmetro esta espécie de crimes e procurando harmonizar as normas do ordenamento penal de maneira sistemática poderia muito bem o legislador ordinário ampliar as regras do Juizado Especial Criminal para os crimes com pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos.

Outro ponto a ser refletido seria a possibilidade de o Ministério Público propor acordos para aqueles acusados, presos em flagrante de delito, no momento da audiência de custódia, que voluntariamente se predisponham a confessar a autoria do crime em busca de benefícios e encurtamento da solução do processo. Valendo salientar, que nesta espécie de acordo estaria vinculado a prova de materialidade do crime e indícios de autoria.

Destarte, enalteçemos os métodos já existentes em nosso ordenamento de solução negociada de conflitos penais.

A remissão nos procedimentos afetos a infância e juventude permitem uma maior agilidade e flexibilidade na condução dos processos, dando-se uma celeridade e uma pronta resposta do Estado aos conflitos envolvendo menores na prática de atos infracionais.

A transação penal e a suspensão condicional do processo trouxeram efetividade e eficiência, tornando o processo menos burocrático e fomentando meios alternativos de solução dos conflitos penais, como a conciliação civil. Além de uma pronta resposta do Estado para os fatos delituosos praticados, diante da desnecessidade de instauração de inquérito policial e o processo ter como princípios a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art.62 da Lei nº 9.099/95).

Por fim, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, está promovendo uma revelação das “entranhas” das organizações criminosas, em especial a operação lava jato que está desvendando crimes cometidos por autoridades políticas até então intocáveis pela Justiça Penal.

²⁴ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. **Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad:** Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** Rio de Janeiro: Campus: Elsevier. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada.** Jurua Editora, 2006.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 13 out.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 ago.2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 jul.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 28 dez.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 4 mar.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** difusos e coletivos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro).** In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública:** princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 14. ed. rev., e atual. São Paulo, Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13. ed. atual. com a EC nº 39/02. São Paulo, Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada.** Juarez de Oliveira, 2002).

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada – legitimidade e procedimento.** Editora Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada – Legitimidade e procedimento**. Editora Juruá, 2013

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal Brasileiro**. 2014.