

CENTRO UNIVERSITÁRIO ATENAS
THAIS LARA VELOSO

PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO: uma análise
de legitimidade à luz do garantismo penal

Paracatu
2020

THAIS LARA VELOSO

PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO: uma análise de legitimidade à luz
do garantismo penal

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro Universitário Atenas,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Sociais

Orientador: Prof. Msc. Altair Gomes
Caixeta

Paracatu

2020

THAIS LARA VELOSO

PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO: uma análise de legitimidade à luz
do garantismo penal

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação do Centro Universitário
Atenas, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Prof. Msc. Altair Gomes
Caixeta

Banca Examinadora:

Paracatu- MG, 22 de julho de 2020

Prof. Msc. Altair Gomes Caixeta
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc. Erika Tuyama
Centro Universitário Atenas

Prof. Msc. Diogo Pereira de Araújo
Centro Universitário Atenas

Dedico este trabalho a Deus, o maior orientador da minha vida, que esteve comigo e jamais me desamparou nos momentos em que acreditei não ser capaz. Dedico ainda aos meus pais, Reginaldo e Eliene; e marido, Matheus, que sempre foram os meus maiores incentivadores.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pela sua presença que foi viva e constante em minha vida durante toda minha trajetória acadêmica, razão maior pela qual hoje consagro a ele esta conquista.

Agradeço ainda ao meu esposo Matheus, pelo apoio e suporte durante os últimos da minha formação acadêmica, anos esses que foram os mais desafiadores de toda a minha vida. Agradeço pelo cuidado, paciência e por cada palavra de incentivo. Você foi essencial.

Aos meus pais, Reginaldo e Eliene, por serem minha grande inspiração e maiores apoiadores nessa caminhada. Obrigada por todo o esforço e sacrifício dedicado, e ainda por sempre terem acreditado em mim.

Agradeço aos meus familiares, principalmente à minha avó Jorgina, meu grande exemplo de ser humano na vida.

Aos meus irmãos, Álvaro e Otávio, por completarem à minha felicidade e por serem os grandes motivos para que eu me torne um ser humano melhor a cada dia.

Merecem também agradecimentos minhas parceiras de curso, Thalita, Karem e Mariana, as quais tornaram a minha caminhada um pouco mais leve, estando sempre presentes no dia a dia, suportando uma às outras nos momentos de dificuldades.

Aos meus pastores, Luiz Fernando e Simone, e ainda à Ludimila, por serem em minha vida, a manifestação do cuidado de Deus.

Ao meu ilustríssimo mentor, José Rubéns Borges Matos, que além de exímio jurista, compartilhou comigo conhecimento que extrapola os limites do mundo jurídico, me ensinou sobre retidão, persistência, respeito e humanidade. Se há um motivo pelo qual eu me orgulho, é de poder chama-lo de amigo.

Saúdo ainda, meu ilustre orientador Prof. Msc. Altair Gomes Caixeta, meu orientador acadêmico, o qual dispensou com excelência, seus conhecimentos para me auxiliar na elaboração do presente trabalho acadêmico.

Por fim, renovo meus agradecimentos a Deus, que sempre me abençoou grandemente durante toda essa caminhada.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

Albert Einstein.

RESUMO

A constitucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais processuais foi um importante passo para se assegurar um processo justo e igualitário. Entretanto, é inquestionável que o atual sistema jurisdicional brasileiro é lento e extremamente burocrático, o que tem feito que princípios como o da eficiência, celeridade e economia processual sejam priorizados. É nesse contexto que instrumentos da chamada justiça consensual tem ganhado força, tudo isso influenciado pelo sistema penal Norte-Americano, que tem se mostrado altamente rápido e aparentemente eficaz. Contudo, dentro do contexto de crescimento da chamada justiça consensual surgem cada vez mais, questionamentos acerca da compatibilidade do uso desses instrumentos frente ao atual ordenamento jurídico pátrio. Deve-se frisar que, ao mesmo tempo de que uma política criminal deficiente compromete a segurança social e descredibiliza o Estado; utilizar-se de instrumentos ilegítimos para conferir maior celeridade aos processos não é a forma adequada de cumprir as funções do Sistema Jurídico Criminal. Nesse sentido, não se pode ser omisso à realidade do país, que apresenta um altíssimo índice de impunidade, tornando-se necessária a adoção de um sistema novo e atual, que apesar de não diretamente descrito na Constituição Brasileira, dela não pode se divorciar.

Palavras-chave: Garantias Fundamentais. Justiça Negociada. Plea Bargaining.

ABSTRACT

The constitutionalization and internationalization of fundamental procedural rights and guarantees was an important step towards ensuring a fair and competitive process. However, it is unquestionable that the current Brazilian jurisdictional system is slow and extremely bureaucratic, which has caused principles such as efficiency, speed and procedural economy to be prioritized. It is in this context that instruments of the so-called consensual justice have gained strength, all of this influenced by the North American penal system, which has proved to be highly fast and apparently effective. However, within the context of growth of the so-called consensual justice, more and more questions arise about the compatibility of the use of these instruments in face of the current national legal system. It must be emphasized that, while a deficient criminal policy compromises social security and discredits the State; using illegitimate instruments to speed up proceedings is not the proper way to fulfill the functions of the Criminal Legal System. Therefore, it cannot be neglected to the reality of the country, which has a very high level of impunity, making it necessary to adopt a new and current system, which, although not directly described in the Brazilian Constitution, cannot be divorced.

Keywords: Fundamental Warranties. Negotiated Justice. Plea Bargaining.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 PROBLEMA DE PESQUISA	8
1.2 HIPÓTESE DE PESQUISA	8
1.3 OBJETIVOS	8
1.3.1 OBJETIVO GERAL	8
1.3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO	9
1.4 JUSTIFICATIVA	9
1.5 METODOLOGIA DE ESTUDO	9
1.6 ESTRUTURA DO TRABALHO	10
2 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO	10
2.1 ORIGEM HISTÓRICA DA <i>PLEA BARGAINING</i>	10
2.2 CONCEITO DA <i>PLEA BARGAINING</i>	12
3 <i>PLEA BARGAINING VERSUS</i> COLABORAÇÃO PREMIADA	13
4 <i>PLEA BARGAINING</i> E SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
REFERÊNCIAS	22

1 INTRODUÇÃO

Desde que os direitos fundamentais foram “constitucionalizados” e “internacionalizados”, a tutela jurisdicional efetiva revelou-se por meio de uma série de regras básicas, as quais se convencionou denominar “Garantias Fundamentais do Processo”. São estas garantias fundamentais que asseguram um “processo justo” e são sintetizadas através das regras do Devido Processo Legal.

Contudo, alguns fatores sociais, associados à demora da prestação jurisdicional tem levado alguns sistemas processuais a priorizarem princípios como os da Eficiência, Celeridade e Economia Processual.

Neste contexto, instrumentos utilizados na chamada “Justiça Consensual”, altamente influenciados pelo Sistema Penal Norte-Americano, tem adquirido força, encontrando justificção à luz da política criminal, que volta suas forças para a prevenção e repressão de ilícitos.

Urge aclarar que a política criminal acompanha às transformações sociais e, se deficientes, comprometem a segurança social, descredibilizando o Estado, através da inviabilização da resposta penal aos ilícitos supramencionados.

Posto isso, surge o nosso atual instrumento de estudo, o *Plea Bargaining*, também conhecido como Delação Premiada, este partindo do pressuposto de que é necessário conferir maior celeridade e eficiência no cumprimento das funções do Sistema Jurídico Criminal.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (2013, p. 484), a *plea negotiation*, nas suas várias formas e graus, “*consiste fundamentalmente na negociação entre o MP e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave*”.

ADA PELLEGRINI GRINOVER (2002, p. 32) considerou a *bargaining* como “*autêntica transação entre a acusação e a defesa, para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que aquele que é imputado ao réu*”.

Este instrumento processual, apesar das inúmeras promessas de melhoria ao processo penal, tem sido alvo de críticas variadas, principalmente quanto à sua compatibilidade com as garantias emanadas pela nossa Carta Magna.

1.1. PROBLEMA DE PESQUISA

A Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o Código de Processo Penal asseguram ao processado uma série de direitos e garantias fundamentais. Frente a isso, no presente Trabalho de Conclusão de Curso se buscará responder a seguinte pergunta:

O *Plea Bargaining* é instrumento legítimo frente ao ordenamento jurídico brasileiro?

1.2. HIPÓTESE DE PESQUISA

A seguir têm-se assertivas provisórias acerca do problema estudado, que visam conduzir a investigação analítica do tema proposto, quais sejam:

- a) o instituto do *Plea Bargaining* fere diretamente os direitos e garantias fundamentais processuais.
- b) o instituto do *Plea Bargaining*, se utilizado de forma correta e moderada, é um válido instrumento para garantir eficiência e celeridade à resposta estatal quanto às práticas delitivas;
- c) o *Plea Bargaining*, independente da forma de utilização e do momento processual, é um instrumento perfeitamente legítimo que em nada ofende às garantias fundamentais, muito pelo contrário garante ao beneficiário uma solução eficiente e rápida ao seu problema.

1.3. OBJETIVO

1.3.1. OBJETIVO GERAL

O desenvolvimento da presente pesquisa científica é compreender o que é o instrumento do *Plea Bargaining*, bem como se a sua utilização seria compatível com as garantias fundamentais constitucionais e com as basilares processuais do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é descobrir se o *Plea Bargaining* é instrumento legítimo frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Detidamente, a pesquisa irá se direcionar à problemática proposta, objetivando delinear de maneira específica a fundamentação esposada pela doutrina, legislação e artigos científicos quantos às seguintes assertivas propostas:

- a) compreender qual a sua origem e o que é o intuito do *Plea Bargaining*;
- b) realizar um estudo comparado entre o *Plea Bargaining* Norte-Americano e a Colaboração Premiada Brasileira;
- c) esclarecer se a utilização do *Plea Bargaining* é compatível com o direito brasileiro e quais os benefícios advindos de sua utilização.

1.4. JUSTIFICATIVA

A escolha do presente tema deu-se em razão da relevância e polêmica gerada em volta do instituto da *Plea Bargaining*, desde a sua sugestão no “Pacote Anticrime” elaborado pelo atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro, no ano de 2019.

Como se não bastasse, desde a incorporação da Colaboração Premiada na Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13), a utilização de instrumentos de “barganha” tem sido alvo de diversas críticas e controversa discussão doutrinária.

Ressalta-se que apesar de ter havido significativa evolução acerca da abordagem doutrinária no que tange a possibilidade de utilização da *Plea Bargaining* no processo penal brasileiro, o tema ainda apresenta entendimentos bastante discutíveis.

Existe ainda por parte dos garantistas bastante resistência quanto a utilização de “soluções negociadas” dentro do processo penal, pois segundo eles essa flexibilização fere diretamente as garantias fundamentais do processo, daí a grande discussão que permeia o tema, assim como sua relevância como nosso objeto de estudo.

1.5. METODOLOGIA DE ESTUDO

A pesquisa a ser realizada neste projeto classifica-se como explicativa, visto que visa proporcionar maior compreensão sobre o tema proposto com o intuito

de torná-lo mais acessível e claro.

Quanto ao método de abordagem, fez-se opção pelo método dedutivo, o que se justifica porque para a compreensão do objeto de estudo, partir-se-á de um conhecimento amplo para uma questão particularizada.

Em relação ao procedimento optou-se pela análise direta de documentos.

Por fim, a fundamentação teórica será realizada através da consulta de livros, artigos científicos e outros meios impressos e eletrônicos relacionados ao assunto.

1.6 . ESTRUTURA DO TRABALHO

No primeiro capítulo apresentamos a introdução com a contextualização do estudo; formulação do problema de pesquisa; as proposições do estudo; os objetivos geral e específico; as justificativas, relevância e contribuições da proposta de estudo; a metodologia do estudo, bem como definição estrutural da monografia.

O segundo capítulo abordará o conceito do instituto da *Plea Bargaining* e sua origem histórica.

Adiante, no terceiro capítulo, será feito um estudo comparado entre a *Plea Bargaining* Norte-Americana e o instituto da Colaboração Premiada brasileiro.

Na mesma toada, no quarto capítulo esclareceremos se a *Plea Bargaining* é compatível com o direito brasileiro no que tange às suas garantias fundamentais.

Por fim, serão apresentadas as devidas considerações finais sob o tema proposto.

2. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO

Inicialmente, antes de compreender os desdobramentos da *Plea Bargainig* no ordenamento jurídico brasileiro, é de suma importância que entendamos a sua origem histórica, bem como a sua definição, pois é certo que a complexidade abarcada pelo tema, se não devidamente assimilada, poderá inspirar “preconceitos” quanto ao presente objeto de estudo.

2.1. ORIGEM HISTÓRICA DA *PLEA BARGAINING*

Com efeito, impende salientar que nos Estados Unidos, o sistema jurídico é o consuetudinário, ou também conhecido como *Common Law*, o que é motivado pela forma histórica de colonização do país, que foi colônia inglesa.

Já o sistema processual penal norte-americano é o acusatório, onde há uma nítida separação entre as figuras da acusação, defesa e julgamento.

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 518), são características principais do sistema acusatório: a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento. Já no sistema inquisitivo, existe a frequente iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

De forma mais detalhada, a doutrinadora Ada Pellegrini afirma que na verdade a instrução probatória norte-americana se dá pelo *Adversarial System*, “modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas” (2005, p. 13).

A *Plea bargaining* não pode ser considerada uma prática recente, visto que há evidências de sua utilização nos Estados Unidos, mesmo antes da Guerra Civil de 1861.

Uma pesquisa realizada em meados de 1920 já revelava o quão predominante havia se tornado o instituto da *Plea bargaining*, fortalecendo assim a *justiça consensual estadunidense*.

Contudo, somente a partir de meados de 1960, o tema ganhou amplitude nacional e tornou-se objeto da atenção de inúmeros juristas. Sua implementação deu-se em virtude dos problemas enfrentados pela justiça americana com a máfia italiana, visto que os integrantes da organização se recusavam a fornecer

informações acerca dos demais membros do grupo.

Ato contínuo, após o ano de 1970, houve uma explosão de material publicado a respeito, sendo hoje o *plea bargaining* objeto de pesquisas em todo o mundo, devido aos impressionantes resultados práticos de sua aplicação tanto na solução de casos quanto no auxílio a investigações criminais em geral.

Impende aclarar que a Suprema Corte Americana não só declarou constitucional o instituto, como em 1971, o definiu como "um componente essencial da administração da justiça".

2.2. CONCEITO DA *PLEA BARGAINING*

Inicialmente, e antes de conceituar o instituto da *Plea Bargaining* em si, é importante compreender a Justiça Negociada, pois só assim será possível contextualizar de fato o referido instrumento.

Assim, conceitua-se a justiça penal negociada como sendo "um acordo" em que as partes praticam concessões recíprocas, objetivando um "acordo final" mais benéfico, podendo ser negociado desde o arquivamento do processo até uma redução de pena.

A negociação de sentença criminal, celebrada entre acusação e defesa, é um acordo em que se busca a declaração de culpa do acusado, o que no direito americano é conhecido como "*guilty plea*" (declaração de culpa), em troca de um "benefício". Na referida negociação de sentença, o objetivo é a aplicação de uma condenação mais branda que aquela que seria obtida no procedimento comum ordinário, dispondo o acusado de certos direitos processuais.

Em uma abordagem prefacial sobre o tema, é possível depreender que o *Plea Bargain* é um instituto processual penal norte-americano voltado para os moldes da justiça penal negocial (ou consensual).

De maneira mais detalhada, a *Plea bargaining* pode ser definida como o instrumento processual pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada.

Em geral, o termo *plea bargaining* é utilizado para designar a negociação realizada entre acusação e réu, em torno da confissão de culpa, desde que em troca

haja uma concessão estatal mais benéfica ao réu, geralmente a atenuação da pena.

De acordo com Philip Rapoza (2013, p. 212), o *plea bargaining* é o processo através do qual o arguido e o Ministério Público, em um processo penal, procedem à regulação mutuamente satisfatória do caso, sujeita a aprovação do tribunal. Via de regra, envolve a admissão da culpa do acusado relativamente a um crime menos grave ou só um ou alguns vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave. O instituto pode ser dividido entre a *charge bargaining*, que seria o acordo versando sobre a definição do tipo legal usado na acusação (no caso, há desclassificação para um delito com sanção mais amena) e a denominada *sentence bargaining*, que trata propriamente da negociação acerca do cumprimento da sanção (ALBERGARIA, 2007, p.22).

Todavia, a expressão *plea bargaining* também abrange vários outros fenômenos, tais quais: a negociação para obtenção da retirada de alguma acusação, adiamentos, ajustes para a realização de julgamentos e discussão sobre os fatos, sendo que, nestes casos, a concessão estatal não é trocada por uma confissão de culpa, mas sim por acordos intermediários.

3. **PLEA BARGAINING VERSUS COLABORAÇÃO PREMIADA**

Como se sabe, o plea bargaining é um instituto da Common Law, dividido em três modalidades: sentence bargaining, charge bargaining e uma modalidade mista. Traduz-se, basicamente, em uma negociação entre órgão acusatório e acusado, de modo a ocorrer, em razão disso, uma compensação proporcional entre a utilidade das informações prestadas com a recompensa respectiva, que pode vir a ser até a desistência de se proceder com a acusação formal do indivíduo.

Embora a situação estampada acima possa ser iniciada entre acusado, acusador e defensor, o juiz desempenha um importante papel neste procedimento, pois é ele quem decide a respeito da possibilidade de o réu se furtar do direito a julgamento. Além disso, também compete ao juiz valorar se as informações prestadas podem ser aceitas ou não.

Contrapondo-se à visão que se tem no Brasil sobre a delação premiada, o plea bargaining, é considerado pela suprema corte americana como instrumento “essencial” à administração da justiça.

Ressalta-se que esse tipo de consideração, reforça ainda mais o quanto o plea bargaining funciona no direito norte americano, visto que a própria população acredita no instrumento, motivo pelo qual de 85% a 90% dos crimes nos Estados Unidos são solucionados com este tipo de procedimento.

Não é de hoje que o Brasil tem enveredado os caminhos da justiça negocial, rompendo com a base clássica punitiva. Como referência à essa evolução, podemos mencionar a lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, e por conseguinte, institutos consensuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Com a chegada da Lei 12.850/13, a colaboração premiada inaugurou um tipo de acordo, até então inédito no diploma legal nacional.

Ressalta-se que a Colaboração Premiada no Brasil é um instrumento um tanto quanto “novo”, o qual vem ganhando força de maneira gradativa.

Como tudo que é novo, a Colaboração Premiada é um instituto ainda bastante permeado de controvérsias, pois para os garantistas a utilização do instituto fere diversas garantias constitucionais conquistadas e, por esse motivo, seria um retrocesso.

Exemplificando, para os garantistas, a delação premiada rompe com o

princípio da proporcionalidade da pena, visto que indivíduos que estariam envolvidos nos mesmos fatos e com idênticos graus de culpabilidade, seriam punidos de forma “desigual”.

Por outro lado, bem lembra Nucci (2013, p. 50) que:

A rejeição à ideia da colaboração premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos preciosos, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com regras próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, porque o Estado não cumpriu sua parte, consistente em diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos dos delatados.

A fim de promover uma ilustração prática do conteúdo abordado, pontua-se a utilização do instituto da Colaboração Premiada na “Operação Lava Jato”, operação esta que apurou um dos maiores esquemas de lavagem de dinheiro, envolvendo grandes empreiteiras, políticos e a Petrobrás. Consigna-se que a operação contou com mais de 20 delatores.

A mais recente inovação no que tange à Colaboração Premiada foi sua inserção e regulamentação na Lei 13.964/19, o conhecido “Pacote Anticrime” proposto pelo, à época, Ministro da Justiça, Sérgio Moro e aprovado pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, o que promove ainda mais a ampla utilização do instrumento.

Destarte, sob a ótica do de Ferrajoli, e considerando o garantismo como o “sistema modelo” das garantias criminais, é essencial observar que a delação ou colaboração se revela um meio alternativo, que somente auxiliaria no momento da colheita de provas.

Nesse sentido, o colaborador firma um acordo com a acusação, para fins de colaborar nas investigações criminais, sendo que, nessa ocasião, adquire uma série de benefícios, desde que a colaboração seja efetiva, o que é um requisito.

Portanto, com celebração do acordo (que pode ser feito tanto frente à autoridade policial quanto ao Ministério Público), o colaborador poderá usufruir de benefícios como: redução de pena, perdão judicial e, até mesmo o não oferecimento de uma denúncia, a depender da relevância das informações que são fruto da colaboração.

A ideia de que a colaboração é instituto eticamente censurável, ilegítimo e

imoral é habitual entre seus questionadores.

Todavia, concepções nessa direção são constantemente rebatidas pelos seus defensores, visto que, segundo eles, a delação premiada é uma ferramenta que pode tanto solucionar, quanto prevenir uma série de conflitos. Ademais, convém aclarar que a colaboração premiada é hoje uma tendência mundial, principalmente no que se diz respeito ao combate dos crimes organizados.

Para os defensores desses instrumentos de natureza negocial, a colaboração premiada constitui uma forte tendência e um grande avanço na política penal de enfrentamento à crescente criminalidade, revelando-se como instrumento eficaz e célere, frente às necessidades atuais de combate à impunidade e injustiças sociais.

4. PLEA BARGAINING E SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO

Há uma série de relevantes e respeitados doutrinadores que resistem fortemente à utilização da justiça negociada no Brasil, pois acreditam que esta é incompatível com as garantias conquistadas no âmbito constitucional e penal.

De acordo com FERRAJOLI, o garantismo penal designa um modelo normativo de direito, uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” e uma filosofia política que se apresenta como parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva que na prática são largamente desatendidos pela legislação ordinária, pela jurisdição ou pelas práticas administrativas e policiais do Estado (Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 785-791).

Nesse sentido, o garantismo penal tem como escopo, tutelar a liberdade do indivíduo contra todas as possíveis formas de exercício arbitrário do poder Estatal.

Contudo, embora a justiça negociada esteja em constante expansão, é crucial analisar esse novo modelo de solução de conflitos, sob a ótica do sistema garantista, o qual se projeta e produz efeitos no ordenamento processual e constitucional.

No que tange as críticas mais recorrentes aos procedimentos de negociação têm-se: a renúncia às garantias processuais penais e, por conseguinte, ao modelo garantista.

No entanto, antes de articular quaisquer considerações acerca dos princípios que legitimam a justiça penal consensual, urge aclarar que a negociação não substitui o processo penal ordinário, mas é um instrumento alternativo, o qual possui um compromisso com a celeridade e efetividade.

Urge aclarar que dentro de um estado considerado democrático, é de suma importância que a proporcionalidade exista dentro da escolha em não exercer certos direitos em detrimento a outros.

De modo inegável, a razoável duração do processo, a qual deveria ser uma consequência do devido processo legal, é piamente defendida pelos apoiadores da justiça negociada, por acreditarem que só assim o Estado recuperará sua credibilidade e confiabilidade, distanciando a população da sensação de impunidade e injustiça.

O que a justiça negociada se propõe a fazer é proporcionar uma resposta mais rápida, através da priorização de soluções mais rápidas e eficientes aos ilícitos, resgatando a boa fama do judiciário e, principalmente, do Estado como um todo, contribuindo assim para a repreensão e prevenção dos crimes.

Os apoiadores da justiça consensual creem que estes mecanismos utilizados não excluem os direitos do acusado ou investigado, mas sim, se tratam de uma liberalidade ou possibilidade de escolha do próprio, sempre respeitando a legalidade e constitucionalidade daquilo que é objeto da barganha.

Ademais, convêm salientar que o andamento razoável do processo não é benéfico apenas para a sociedade em geral, mas para o investigado ou acusado também, visto que um processo demasiadamente moroso para um indivíduo que se encontra detido, por exemplo, causa a este, prejuízos inenarráveis, que o quanto antes deseja recuperar a sua liberdade ou até mesmo, ter reestabelecido o seu status de “inocente”, socialmente falando. Tanto é assim, que os defensores da justiça negociada relembram que o instituto da plea bargaining foi criado, primitivamente, não para atender os interesses sociais, mas sim, os interesses das partes dentro do processo.

Nesse sentido, para os consensualistas, a justiça penal negociada deve se pautar em garantias que sejam legítimas, como a autonomia da vontade do investigado/acusado, o qual possui a liberalidade de decidir se deseja, ou não, se submeter aos acordos oferecidos, diante de um processo mais enxuto e célere.

Em sentido oposto, uma crítica realizada pelos garantistas à justiça penal consensual, é a suposta utilização da confissão como “rainha das provas”, utilizando-a para eventual condenação. Contudo, o que dizem os consensualistas é que na justiça negociada, a confissão não é utilizada de maneira desordenada, nem como fundamento único para eventual condenação.

Ressalta-se que para os consensualistas prevalece a livre manifestação de vontade do acusado ou investigado quanto às condições do acordo, bem como no que se refere aquilo que é a ele imputado.

A anuência do colaborador não acarreta necessariamente a extinção do processo, tampouco fere seu direito de defesa, mas somente garante que o beneficiário “escolha” não exercer certos direitos fundamentais em detrimento de outras garantias e benefícios que serão concedidos em contraprestação.

Nesse sentido, diversamente do que ocorre na renúncia ao exercício de

um direito, ocorre uma “adaptação” realizada pelas partes, na qual o indiciado, espontaneamente, se submete às condições assentadas pela acusação sob um aspecto substitutivo e, rigorosamente, discutida.

Ressalta-se que optando pela solução consensual, o interessado permanecerá como proprietário de diversos direitos, como por exemplo, o contraditório e ampla defesa.

Ainda, urge esclarecer que, para os consensualistas, os mecanismos de solução negociada de conflitos devem ser tratados como “direitos” dos investigados; de obterem uma resposta mais rápida e indulgente, além de ser um forte instrumento de prevenção da criminalidade.

A proposta é que a justiça consensual seja uma alternativa, uma possibilidade a mais, e não uma ferramenta que vai “banir” o procedimento comum, sendo portanto mais uma opção dentre as ferramentas já existentes de resolução de litígios criminais, à guisa da disposição e espontaneidade que possuirá o investigado, que poderá atuar de forma mais ativa e contributiva, sem que suas garantias e direitos fundamentais sejam feridos.

Outro questionamento de Ferrajoli surge no contexto do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, visto que, segundo ele, jamais o órgão da acusação pode atuar de maneira discricionária, escolhendo quais ações levará adiante e quais não, e ainda, qual será a pena do acusado.

Segundo Ferrajoli, no que se refere à obrigatoriedade da ação penal, que é próprio do sistema garantista, a lei da Colaboração Premiada derroga a obrigatoriedade da ação penal pública, e confere ao promotor público e ao delegado, um poder discricionário para negociarem acordos com os acusados.

A lei autoriza o Ministério Público e o delegado a negociar a redução das penas privativas de liberdade, a substituir as penas por medidas alternativas, a não oferecer a denúncia, e a conceder o perdão judicial, se os acusados confessarem (se auto incriminarem) e fornecerem informações relevantes sobre os crimes e sobre terceiros envolvidos nos crimes.

Nos termos do garantismo, essa prática, à semelhança do que ocorre com na *plea bargaining* norte americana, concede enormes poderes ao Ministério Público para influenciar os processos, desde a fase do inquérito até a sentença.

Ocorre que para os defensores da justiça negociada, o método de solução de conflitos através do consenso não elimina a obrigação de que tem a

acusação em oferecer a denúncia, mas tão somente flexibiliza e garante ao órgão ministerial maior autonomia na condução do processo como um todo.

Neste caso, a obrigatoriedade do Ministério Público se manifestará na análise da justa causa processual, sendo que na hipótese de haver indícios suficientes de autoria e materialidade (que é a própria justa causa) a acusação “poderá” propor uma solução negociada, permitindo assim que o investigado/acusado participe da solução do próprio litígio.

Ademais, a oferta do acordo não pressupõe aceitação, sendo que não havendo interesse por parte do beneficiário, prossegue-se o feito de maneira absolutamente normal.

No âmbito processual, convém esclarecer que além da verdade real, a verdade que se pretende alcançar é uma “verdade processual”, ou seja, aquela que se evidencia através das provas que são carreadas aos autos, a qual possui natureza exclusivamente jurídica.

É possível exemplificar o retro mencionado através do Princípio da Vedação de Provas Ilícitas, o qual não admite que sejam colhidas ou produzidas provas em prejuízo às garantias processuais e constitucionalmente conquistadas.

Nesse sentido, a verdade que se pretende alcançar deve estar, necessariamente, em conformidade com os direitos e garantias do investigado ou acusado. E é por esse motivo que, nenhum tipo de mecanismo, tampouco aqueles presentes na justiça negociada poderá obter verdade que excede aquela amplamente alcançada através das investigações e evidenciada nos autos, seja para penalizar ou inocentar.

Os defensores da justiça consensual deixam claro ainda que, nenhum tipo de procedimento, convencional ou alternativo (como no caso a justiça negociada) é absolutamente livre de erros e falhas. Um exemplo disso é a previsão no ordenamento jurídico do instituto chamado Revisão Criminal (artigo 621 do CPP), a qual possibilita que o processo seja reavaliado, mesmo após o trânsito em julgado.

Por esse motivo que os consensualistas acreditam ser plenamente possível a utilização de instrumentos da justiça negociada no ordenamento jurídico brasileiro, visto que para eles, esses instrumentos possuem compromisso com a verdade processualmente aceita, buscando a condenação daqueles que são realmente culpados, evitando a propagação do senso de injustiça e impunidade.

Nesse viés, importante destacarmos os avanços na legislação brasileira

no sentido de mecanismos de consenso, sobretudo por meio das colaborações premiadas.

Como visto anteriormente, o sistema acusatório pressupõe a solução do conflito através do resultado de um contraditório desenvolvido por um debate paritário entre acusação e defesa, que são separados por uma terceira figura, o juiz (que mantém posição de equidistância entre as partes).

Já, para os garantistas, a negociação trazida pela colaboração premiada é exatamente o oposto do sistema acusatório garantista, uma vez que, supostamente, não permite o contraditório obtido pelo confronto público e antagonista entre as partes em condição de paridade.

De acordo com Ferrajoli, é impossível que haja contraditório, se as partes realizam um acordo entre si em condições de disparidade (Cf. FERRALOLI, 2002, p. 600-601).

Sob a ótica de Ferrajoli, a colaboração premiada, por não possibilitar o contraditório, nos leva a crer que ela produz uma verdade que não é a verdade processual do sistema acusatório garantista, mas uma verdade absoluta e substancial do modelo inquisitório, uma vez que não possui a legitimidade de pontos de vista das partes no conflito.

Por fim, segundo o garantismo, no que se refere à publicidade e a oralidade, a lei da colaboração premiada viola essas garantias uma vez que o acordo de colaboração é pactuado de forma sigilosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho, objetivou-se apresentar a tendente e crescente justiça negociada no âmbito processual criminal brasileiro.

Contudo, é possível perceber que, dentro do direito brasileiro (como ele é atualmente) é impossível aplicar o instituto da *plea bargaining* (em sua forma pura como é no direito norte-americano) sem que este venha ferir uma série de garantias penais e constitucionais conquistadas.

Nesse sentido, é possível perceber que apesar de altamente eficaz no direito americano, ao trazer o instituto para a realidade brasileira, como ela é hoje, teríamos um grande choque de incompatibilidade.

O que ocorre é que não se pode ser omissos à realidade do país, que apresenta um altíssimo índice de impunidade, sendo imperiosa a necessidade de se adotar um sistema novo e atual, que apesar de não diretamente descrito na Constituição Brasileira, dela não pode se divorciar.

De acordo com o relatório do CNJ em 2018, a justiça brasileira contava com mais de 78 milhões de processos sem julgamento e ainda, sem perspectiva de julgamento, em virtude da burocratização e lentidão do atual sistema.

O reflexo direto desses números é social e inerente do próprio formato do estado democrático: população irada e descrente.

Há aproximadamente 30 anos que as experiências consensuais na justiça criminal estão sendo vivenciadas, porém não há, até o presente momento, a inteireza do *Plea Bargainin*, sendo a instituição mais próxima a atual e conhecida Colaboração Premiada.

É impossível não perceber a força e espaço que a justiça consensual vem adquirindo ao longo do tempo, pontua-se a colaboração e delação premiada, termo de ajustamento de condutas e acordo de leniência para pessoas jurídicas.

A justiça negociada, como já anteriormente explanado, é hoje uma tendência mundial, a qual se propõe flexibilizar a disposição de certos direitos, sem contudo ferir garantias e direitos fundamentais, viabilizando um método alternativo e não substituto do procedimento comum.

Nesse sentido, e diante dos números apresentados, torna-se necessária a adequação do ordenamento jurídico a essas novas ferramentas, sem obviamente abrir mão de importantes conquistas realizadas sob uma ótica um pouco mais

garantista.

Contudo, colocar a justiça negociada como uma “vilã”, mesmo sendo essa hoje a grande tendência mundial de resolução de conflitos, revela-se um pensamento um tanto quanto conservador demais para a atual realidade da criminalidade do país que precisa, urgentemente, ser combatida de maneira mais enérgica e preventiva.

REFERENCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal**: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abril. 2017. Disponível em: < <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46> < Acesso em 18 de setembro de 2019.

ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea Bargaining**: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almeidina, 2007.

ALVES MASCARENHAS NARDELLI, Marcella. **A expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: a Plea Bargaining Norte-Americana e suas Traduções no Âmbito da Civil Law**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Novembro de 2014. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> < Acesso em 18 de setembro de 2019.

ANTÔNIO DA CRUZ, Flávio. **Plea Bargaining e Delação Premiada**: algumas perplexidades. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição 02. Dezembro de 2016. Disponível em: < <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf><. Acesso em 18 de setembro de 2019.

BRASIL. Código de (1941). **Código de Processo Penal**. Brasília DF: Senado Federal, 1941.

BRASIL. Constituição de (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília DF: Senado Federal, 1988.

CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada. P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
DIAS, Jorge F.; COSTA, Manuel A. – **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luís Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação Premiada. Fides, Natal, v.6, n.1, Janeiro de 2015.

GOMES, Luiz Flávio - **Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal**. Lei n.º 9099, de 26 set. 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, ADA P. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18), p. 15-26, jan./jul.2005.

MAIEROVITCH, WÁLTER F. **Apontamentos sobre Política Criminal e a "Plea Bargaining"**. Revista de informação Legislativa, v. 28. N 112, p. 203-210, out./dez.1991. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175928> < Acesso em 18 de setembro de 2019.

MONTENEGRO, ÉRICA. **Justiça penal negociada sob a ótica do sistema garantista penal**. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/justica-penal-negociada-sob-a-otica-do-sistema-garantista-penal/>< Acesso em 18 de setembro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. 127.

RAPOZA, Phillip. **A experiência americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra**. Revista Julgar, n.19. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.