

NOTAS SOBRE A INSTITUIÇÃO DO *PLEA BARGAIN* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

NOTES ON THE INSTITUTION OF PLEA BARGAIN IN BRAZILIAN LAW

ORLANDO FACCINI NETO

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2017).
Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Professor do Curso de Mestrado do IDP – Brasília.
Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – ESM/Ajuris. Juiz de Direito
em Porto Alegre – RS.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5934-7119>
ofneto@tjrs.jus.br

Recebido em: 22.02.2019

Aprovado em: 08.12.2019

Última versão do (a) autor (a): 11.12.2019

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O texto pretende analisar os aspectos gerais do *plea bargain* e, particularmente, o modo como se pretende inserir o modelo de soluções negociadas em nosso país. A partir de revisão bibliográfica, busca-se discutir a inserção de um modelo de acordos no âmbito de variadas culturas jurídicas, o seu fundamento e, ainda, abordar os principais aspectos problemáticos da sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: *Plea Bargain* – Acordos em direito penal – Projeto Anticrime.

ABSTRACT: The text intends to analyze the general aspects of plea bargain and, in particular, the way in which the model of solutions negotiated in our country. From the literature review, we seek to discuss the insertion of a model of agreements within the scope of various legal cultures, its foundation and also address the main problematic aspects of its application.

KEYWORDS: *Plea Bargain* – Agreements in Criminal Law – Anticrime Law Project.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Esboço geral do *plea bargain* e sua vinculação a uma dada cultura processual. 3. Enquadramento à crítica 4. O *plea bargain* e a sua constitucionalidade. 5. Os celebrantes do acordo, a igualdade e as vítimas. 6. A experiência da colaboração premiada e uma certa cultura discricionária. 7. Aspectos pontuais do acordo penal. 8. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A partir da apresentação do designado Projeto Anticrime, instaurou-se no país debate a respeito da introdução de modelo negocial para a solução de casos penais, nomeadamente *plea bargain*, com inspiração inequívoca na tradição americana¹.

Há um razoável conjunto de argumentos disputando a posição sobre se o sistema do *plea bargain* viabilizar-se-ia em modelos processuais essencialmente diferentes daqueles do *common law*, mormente com as características ostentadas no Brasil, seja em termos jurídicos e de prática forense, como também no concernente a seus corolários.

Pretendemos, ao tratar do *plea bargain* tal qual delineado no Projeto, formular indagações a respeito do modelo em debate, apontando desenvolvimentos favoráveis e contrários, em ordem a ampliar o escopo de uma reflexão que não se pode tingir de preconceitos ou de inconsistências, dada a magnitude do que pode revelar o porvir. Assumida que seja a viabilidade constitucional de um modelo de acordos em Direito Penal, ademais, cumpre a elaboração de sugestões e críticas, tendentes ao aperfeiçoamento dos dispositivos legais que se almeja alterar.

2. ESBOÇO GERAL DO PLEA BARGAIN E SUA VINCULAÇÃO A UMA DADA CULTURA PROCESSUAL

Define-se o *plea bargain* como mecanismo processual por meio do qual a acusação e a defesa têm a possibilidade de entrar em acordo sobre o caso penal, com a conseqüente imposição de pena, sendo o avençado sujeito à homologação judicial.

O acordo pode assumir diversas formas e, em geral, consiste em o acusado declarar-se culpado de um ou mais crimes, de modo que, como contrapartida, a acusação deixa de lado outras imputações, ou aceita que o réu se declare culpado de crimes de menor gravidade, ou, ainda, não se opõe a que o acusado receba

1. Na doutrina brasileira, para um amplo exame da matéria, Cf. BRANDALIDE, Rodrigo. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, *passim*.

determinada sentença, em patamar inferior àquela que eventualmente exsurgiria de sua normal condenação no processo²⁻³.

No essencial, o Projeto Anticrime afina-se a tal definição, ao estatuir que, até o início da instrução, as partes poderão requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata das penas.

Sem ingressar em controvérsias estatísticas, estima-se, com razoável grau de certeza, que mais de noventa por cento dos casos criminais norte-americanos alcançam o seu desfecho a partir de uma negociação ao modo do *plea bargain*⁴. Tanto assim que há mesmo os que aduzem não ser o *plea bargain* uma parte acessória do sistema de justiça criminal americana, mas, sim, que o *plea bargain* é o sistema criminal americano⁵.

Sabemos que há duas formas sob as quais se apresentam os modelos processuais, consideradas, sobretudo, a pluralidade de atividades cabíveis para cada um dos atores no processo. Há padrões tendentes a uma maior inércia do juiz, com ampliação de atuação das partes, bem como, ainda que com graus variáveis, existem concepções segundo as quais o juiz atua mais intensamente no que alude ao desenvolvimento do processo e à marcha de sua instrução.

O modelo processual em que floresceu o *plea bargain*, de caráter adversarial, caracteriza-se pela consagração de amplos poderes de atuação às partes do processo, donde exsurge, como consequência, que o juiz do caso possui expressivos limites,

2. LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, 2004, p. 35.
3. Na síntese de HEUMANN: “*Plea bargain is the process by which the defendant in a criminal case relinquishes his right to go to trial in exchange for a reduction in charge and/or sentence*”, isto é, consiste o *plea bargain* no processo pelo qual o réu, em um processo criminal, renuncia ao seu direito de ir a julgamento, em troca de uma redução na acusação e/ou sentença. (HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981. p. 01).
4. Para uma análise estatística apenas nas cortes federais americanas, e apontando um incremento que, no ano de 1984 aludia a 84% dos casos resolvidos pelo *plea*, e, já em 2001, de 94% de adoção deste modelo, Cf. FISHER, George. *Plea Bargaining’s Triumph: a History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 223.
5. RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. *Julgar*, v. 19, Coimbra, policopiado, 2012, p. 208. Igualmente, HEUMANN, para quem: “*notwithstanding the nomenclature, the ‘trial court’ is really a ‘plea bargaining court’*”, quer dizer, não obstante a nomenclatura, a Corte de julgamento é, na verdade, uma Corte de acordos. (HEUMANN, *Plea Bargaining...*, p. 01).

cumprindo-lhe, fundamentalmente, zelar pelo atendimento da disciplina formal do processo, sem ingerência no que lhe é substantivo, máxime a produção de provas.

Num modelo em que a principal característica é uma espécie de disputa entre as partes, parece curial que essas mesmas partes possam negociar uma solução⁶. Nossa cultura nacional não se forjou do mesmo modo, e é facilmente observável que, tanto no nível legislativo, como também na própria prática judiciária, temos um bom contingente de juízes que não acolhem a passividade *tout court* como um padrão de comportamento endoprocessual. Sem avaliações sobre as virtudes ou vícios deste modo de atuação, certo é que o acatamento do *plea bargain* impor-nos-á, antes de tudo, uma mudança de cultura.

Com a previsão, na proposta apresentada, de o juiz encetar recusa à homologação do acordo, se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional, abre-se a possibilidade de intervenções judiciais num nível forte, dada a vagueza do que se pode afigurar desproporcional, minando a ideia básica de favorecimento à autonomia das partes.

Parece irrita, noutra giro, a possibilidade de não se homologar o acordo, nos casos em que as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Ora, se o espaço temporal do acordo alude a momento ulterior ao recebimento da denúncia, e prévio à instrução, fica difícil conceber tenha sido a peça incoativa penal recebida numa hipótese de manifesta insuficiência probatória, sem que deste momento, até o da feitura do acordo, tenha-se apresentado qualquer fase de coleta de elementos de convicção.

Ademais, quando se fala em ajuste, impõe-se compreender que o *plea bargain* requer, para sua real implementação, uma perspectiva de vantagens consistentes para as partes, sobretudo no pertinente à aferição do binômio abdicação do processo pela acusação/pena inferior à que seria possível para o acusado. Destarte, não é trivial a observação de que a cediça expressividade das penas criminais, nos Estados Unidos da América, dá contributo à numerosidade dos casos resolvidos por negociação, na medida em que a gravidade da ameaça da pena possível estimula à aceitação de sanções menores, de maneira a minimizar o período de encarceramento.

As penas criminais em nosso país, contudo, estão balizadas em patamares significativamente inferiores e, ainda que assim não fosse, as frações relacionadas ao sistema de progressão de regime carcerário fizeram despontar uma inequívoca percepção geral de brandura, que é fator dissuasório à celebração das avenças.

6. LANGER, *From Legal...*, p. 21-2.

Há, portanto, dificuldades de ordem cultural, seja quanto à esperável atuação dos juízes num modelo de *plea*, quanto ao nível de interesse das partes, para a sua concretização, que militam no sentido de um refreamento das expectativas, e que impõem cuidado e reflexão sobre o desiderato que se pretende alcançar. Numa metáfora tosca, trata-se de algo similar à introdução de um típico americano, a tocar bumbo na Marquês de Sapucaí: pode resultar bem, e da experiência extrair-se um carnaval animado; mas a cena toda pode revelar-se grotesca, confrangendo músico e espectadores num espetáculo olvidável.

3. ENQUADRAMENTO À CRÍTICA

O *plea bargain*, antes de tudo, já cumpriu importante papel: explicitou a incongruência de algumas vertentes doutrinárias, que haverão, agora, de revisar determinados postulados. Com efeito, é preciso esclarecer que o rechaço à teoria retributiva da pena é aliado do *plea bargain*; que a defesa de um sistema acusatório idealizado é aliada do *plea bargain*; e que a refutação à pretensão de verdade no processo penal é aliada do *plea bargain*.

Curioso será observar se os críticos da pena retributiva, da atuação judicial no processo e da pretensão de verdade, estão a recusar o modelo negocial, fruto inegável de suas premissas. São explicações que a própria doutrina haverá de fornecer.

Veja-se que, como explica Ruga Riva, os corolários do chamado *direito penal premial* somente encontram a sua legitimidade enquanto coerentes com uma racionalidade do Direito Penal *orientado a fins*, ao modo de uma *Zweckgedanke*, hoje preponderante na ciência penal⁷. Noutras palavras, mostra-se evidente que os defensores de uma *teoria retributiva* da pena terão muito mais razões para profligar um modelo de acordos penais, razões essas, saliente-se, que faltarão àqueles que, na exaltação das *consequências*, e das razões de *política criminal* que a cercam, olvidaram o corolário que é o de conceber-se um Direito Penal que venha a ser, destarte, qualificado como *eficiente*.

Não será de duvidar que, passe a ironia, adiante a teoria retributiva angarie novos adeptos. Pois seus críticos têm incrementado o ônus argumentativo para encetar a profligação do *plea bargain*.

7. RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 09-10.

Uma ideia de justiça, atrelada ao princípio da culpabilidade, e ordenada à retribuição, pertence ao pré-jurídico, fragilizado pelo sistema de acordos. Já a ideia de *função* se exprime num conceito operatório, que refere um elemento de um sistema com uma particular atividade e a que se reconhecem certos efeitos no sistema e através dele, dado esse relevo “e aptidão sistémicos, certos fins (objectivos) e de que se esperam certos resultados ou efeitos”⁸.

De modo que se opera uma inversão, pois não será a “estrutura/sistema a determinar a função ou funções”, mas a funcionalidade de um ponto de vista de referência e de “objectiva relevância a determinar a estrutura/sistema que seria correlativamente adequada”⁹. E essa é a razão por que o funcionalismo jurídico, expressado, em nossa hipótese de trabalho, numa lógica efficientista, ao pretender responder à pergunta básica sobre a concepção do Direito, converte-a numa outra, que é: *para que serve?*¹⁰.

Para Wedy, o funcionalismo jurídico tende para a exacerbação da ideia de eficiência, isto é, tende para “o acirramento e para a radicalização da ideia estratégica de fins a serem alcançados pelo sistema”¹¹. Destarte, o Direito se “compreenderá segundo uma função e não segundo objectivos materiais ou intenções teleologicamente orientadas”¹².

Ficará, assim, sempre, por explicar a dependência implicada numa possível variação dos fins ou objetivos a realizarem-se a partir de sua instrumentalidade. Agora, o clamor em favor da eficiência, da maximização dos resultados e até mesmo da prevenção; amanhã, sabe-se lá qual o desiderato em que se refundarão as premissas dogmáticas, ao sabor ou dissabor de contingências nem sempre controláveis.

Não há, desse modo, apelo a uma legitimação extrínseca ao sistema, como um conjunto de valores superiores, mas apenas à necessidade pressuposta, e não demonstrada, de preservação do sistema¹³, o que significa que, mais radicalmente,

8. CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3. p. 217.

9. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 218.

10. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 224.

11. WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 152.

12. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta...*, p. 260.

13. PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal. Parte geral. A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013. p. 41.

o vício reside em apagar a “necessidade de fundamentação extrínseca do sistema e da sua lógica, como se a ética não fosse uma necessidade humana e social e uma condição de aceitabilidade do sistema”¹⁴.

Por isso que a própria antecedência dos variados e profundos entendimentos sobre a Teoria do Crime estarão em causa num modelo cabal e ilimitado de acordos¹⁵.

Quando a lei entrega à disposição das partes a solução de questões como a existência ou os limites da causas de justificação, a presença ou irrelevância de justificantes ou dirimentes da culpabilidade, bem como a própria extensão do que se convencionou designar como grau de culpa, tendente à delimitação da consequência penal, já aí os alicerces dogmáticos que lhes são prévios desnudam-se de sentido, porquanto é no cálculo instrumental da obtenção de melhores resultados que residirá a base de atuação sobre a qual cada uma das partes haverá de atuar. Noutras palavras, a doutrina penal, como a concebemos, se não se torna imperiosamente insubsistente, no mínimo abre ensanchas para que se veja convolada em despicienda.

Em termos processuais, também é de ser chamada a atenção quanto à posição dos críticos. A discussão referente ao papel do juiz na produção da prova no processo penal sempre esteve vinculada a uma crise de identidade de nosso modelo processual: qual é, afinal, o sistema adotado, se o inquisitório ou o acusatório? Alguns resolvem a questão desenvolvendo uma linha evolutiva dotada de simplificações, como se o modelo inquisitório representasse as trevas da Idade Média, remontando às práticas do Santo Ofício, e, nessa narrativa, o processo penal teria um ponto de partida essencialmente inquisitorial e um ponto de chegada

14. PALMA, *Direito penal...*, p. 42.

15. Ao formular a pergunta sobre o *sentido* da teoria geral do crime, JESCHECK aduz que não lhe compete estudar cada um dos tipos de delito, senão que deve vocacionar-se aos componentes do conceito de crime, que são comuns a todos os fatos puníveis. Esse modo de conceber a teoria do crime, com o desiderato de apreender teoreticamente a ação punível como um todo, destina-se a proporcionar tratamento igualitário na solução de determinadas questões e, sobretudo, a fornecer segurança jurídica. (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 194-5). No geral, os sistemas de *common law* já por si dão conta da dispensabilidade de uma teoria do crime forjada a partir da abstração de conceitos ou com estruturação prévia aos problemas que propende a resolver. (FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998, *passim*; DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001, *passim*).

puramente acusatório e adversarial. O inquisitorialismo, associado ao autoritarismo, e sua refutação, um imperativo da instauração de um Estado Democrático de Direito¹⁶.

No âmbito da função do juiz na atividade probatória, surge uma chave de leitura imutável: cada inovação que a restringe é tida como um avanço; toda proposta, todavia, que mantém ou amplia a iniciativa judicial é qualificada como retrocesso e alcunhada de inválida perante a ordem jurídica democrática. O ideal perseguido é o de que o processo passe a ser uma disputa, mesmo um “jogo”, entre duas partes concorrentes, e que o juiz se limite ao papel de árbitro, a quem é vedada, por imposição da sua imparcialidade, qualquer intervenção no resultado da contenda¹⁷.

O problema é que a crítica assim formulada, calcada num idealismo irrealizável, vê-se, agora, numa aporia: em boa medida, os defensores de um sistema acusatório caracterizado pela figura do juiz inerte não compraram o pacote todo, e refutam as soluções negociais, que dele são parte inexcedível.

O imaginário que contrapõe o sistema inquisitório como resquício do clericalismo medieval ao sistema acusatório enquanto conquista da secularização moderna, é construção artificial. Os dois modelos têm raízes medievais de natureza arbitrária¹⁸, assim como ambos os sistemas, como chegaram até nós atualmente, são produto do paradigma de pensamento dos primórdios da modernidade, embora de diferentes matizes¹⁹. Assim, se à luz do pensamento contemporâneo o inquisitorialismo apresenta notórias incompatibilidades – o solipsismo do intérprete, o desdém pelo contraditório e pela pluripessoalidade das soluções –, o modelo acusatório idealizado também as oferece – disponibilidade da acusação, discricionariedade e voluntarismo do sujeito acusador, ausência de controle

16. Desmitificando, em boa medida, tal tipo de compreensão, Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. Trad. Alaor Leite. In: *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de Setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 631-648.

17. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 657.

18. BERMAN, Harold J. *Law and revolution, II: The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge/London: Belknap/Harvard University Press, 2003. p. 133.

19. Sobre o tema, Cf. LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 02 ss.

intersubjetivo –, e pela mesma razão: a origem racionalista comum dos seus institutos básicos²⁰.

Andrade refere que seria problemática a postura que preconiza um *tipo ideal* de sistema acusatório, pela circunstância de que os tipos ideais concedem, no fim das contas, plena liberdade de escolha dos critérios conformadores, o que acabaria por revelar uma espécie de “cobertura científica”, para omissões ou manipulações concretizadas por certos setores doutrinários ou acadêmicos²¹. Fica sempre por dizer, no discurso idealizado a propósito do sistema acusatório, de seus problemas em países nos quais a sua adoção mais estrita jamais impediu o encarceramento massivo de acusados, como também resulta olvidado um certo rechaço que lhe tem sido conferido no âmbito processual exercido nos assim chamados tribunais internacionais.

Se essas, todavia, não são questões a serem enfrentadas neste ensejo, é-o a já a esta altura conhecida distinção, situada no âmbito mesmo da estrutura acusatória, entre um modelo de *adversary system* e outro designado como *inquisitorial system*. No primeiro, deveras, mais amplamente se constata a passividade judicial, ao passo que no segundo, entretanto, exsurgem admissíveis, de acordo com a lei de regência respectiva, atos judiciais na busca de dados e elementos que lhe sirvam de aporte no momento de decidir. Ambas derivações, seja dito, alocáveis dentro do que se pode qualificar como sistema acusatório. Por isso que, *data venia*, é equivocada a afirmação de Lopes Jr., no sentido de que a atribuição de qualquer poder instrutório ao juiz acaba por sepultar “qualquer esperança de imparcialidade”, detonando os fundamentos do sistema acusatório²².

É de ser realçada a imbricação entre este ponto de vista, que assinala uma contenção expressiva do julgador, com o desfavorecimento a qualquer *pretensão de verdade* no âmbito da avaliação das provas²³.

20. A esse respeito, com méritos, se os há, ao coautor, Cf. FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 27-52.

21. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 41-45.

22. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 173.

23. LOPES JR., *Direito processual penal...*, p. 569-578.

Taruffo ressalta que a exaltação da passividade do juiz terminaria “*con lo svolgere un ruolo controepistemico*”, na medida em que se consentiria que o processo fosse dominado pelos sujeitos que “*nella maggior parte dei casi sono indifferenti – si non ostili – rispetto alla scoperta della verità*”²⁴.

Aqui, surge o núcleo dessa reflexão: há, realmente, uma ligação relevante entre a defesa entusiasmada de um sistema acusatório que propenda à maior passividade do juiz, e a refutação de uma qualquer *pretensão de verdade*, a ser conquistada pela via do processo.

Como ressalta Langer, se na estrutura inquisitorial a pretensão de verdade surge com características mais absolutas, num modelo de acordos, apanágio de um “processo de partes”, o conceito de verdade é mais consensual e relativo, de maneira que é menos importante determinar realmente como os eventos sucederam²⁵. Só que tal perspectiva fortalece um modelo negocial, visto que neste, de veras, a atuação acordada incumbe primacialmente às partes e, naturalmente, abdica-se de qualquer tentativa de reconstrução da *verdade*, já que essa torna-se meramente relativa, sucedâneo do que for estabelecido pelas partes.

A descrença, na verdade, faz do sujeito um protagonista, sob cujo domínio tornar-se-á plausível qualquer arremedo de versão. Assim, a discussão sobre o *relativismo* vem ao caso aqui, porque há uma ligação indissociável entre a noção de *verdade* que se tenha no plano jusfilosófico e o desenvolvimento da atividade probatória no processo: não é possível riscar uma cisão radical entre a *produção* da prova – como atividade exclusiva das partes na instrução processual – e a *análise* dessa prova – como atividade exclusiva do juiz na sentença. Em outras palavras, a defesa do absentismo judicial na produção probatória é o outro lado da moeda da postura relativista.

Em não podendo o juiz exercer um mínimo controle quanto ao acordo realizado, concede-se, como corolário, um poder absoluto e potestativo ao órgão acusatório, inclusive, notemos bem, no que diz respeito à promoção da improcedência de uma hipótese acusatória, ainda que atue por vontade subjetiva ou por erro grosseiro. Trata-se de uma aposta demasiada, e, que essa aposta seja sucedâneo da postura teórica dos mais fervorosos defensores do sistema acusatório, e dos contestadores da *pretensão de verdade*, é algo que tomamos como um paradoxo, um contrassenso, e que faz inequívoco para certa doutrina o dever de se explicar.

24. TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009. p. 121.

25. LANGER, *From Legal...*, p. 10.

O Projeto em discussão resolve muito limitadamente a questão, porquanto o controle da base fática, pelo magistrado, sucede apenas na hipótese de manifesta ausência de elementos para um virtual juízo de procedência. Só que o acordo se propõe tão logo recebida a denúncia, e antes de qualquer ato instrutório. Noutras palavras, até então, não atuou a defesa do acusado, quanto à indicação de qualquer elemento de convicção.

Os profanadores da verdade devem se conformar, pois o *plea bargain* é derivação das características mais fortes de um sistema processual do tipo acusatório, e nele se abdica de uma *pretensão de verdade*, em benefício da negociação *tout court* das partes; cumpre verificar se o modelo de acordos é constitucional.

4. O PLEA BARGAIN E A SUA CONSTITUCIONALIDADE

O *plea bargain*, tal qual proposto no Projeto Anticrime, não afronta a Constituição.

Como se sabe, o Brasil possui normatização própria ao tratamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, que abarcam as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere dois anos prisão, sendo certo que, nestes casos, são admitidos acordos entre o Ministério Público e o autor do fato, antes mesmo do oferecimento de qualquer denúncia, ou seja, da dedução formal da acusação perante o juiz. Esses acordos, porém, limitam-se, por força de lei, à aplicação imediata de penas restritivas de direitos ao autor do fato, jamais privação de liberdade, e está sedimentado em nossa jurisprudência constitucional, sem nenhuma chance de mudança, que, mesmo em sendo descumprido o acordo, daí não se extrairia a segregação da liberdade, senão que, meramente, a retomada do processo, com a formulação da denúncia. Essa mesma linha, vale dizer, seguiu o Projeto, no estabelecimento do chamado acordo de não-persecução penal, para crimes cuja pena não supere quatro anos, e cuja análise está fora de nossas pretensões neste momento.

Isso, porém, serve para dizer que, num quadro como o brasileiro, a cláusula do *devido processo legal* é lida como tendente a vedar a privação de liberdade, sem que minimamente se tenha, usemos uma expressão de antanho, instaurado a instância penal.

O Projeto, neste ponto, afina-se a essa perspectiva, visto que não é admitido o acordo, senão após o recebimento da denúncia. E é, mesmo, o recebimento da denúncia, um pressuposto para que se cogite de solução negocial tendente à aplicação de pena privativa de liberdade. É que a lógica de nosso sistema, como tal estabelecida, acentua que a prova produzida em fase policial não pode,

exclusivamente, lastrear a condenação penal; e o acordo redonda em sentença penal condenatória, como acertadamente prevê o Projeto.

Noutros termos, qualquer acordo celebrado antes da denúncia não viabiliza a segregação da liberdade, visto que, necessariamente, possui como esteio apenas a prova policial, e essa é insuficiente para o efeito. Como consequência, há a necessidade de denúncia, e, dir-se-ia, de algum elemento probatório, para que, somente aí, seja encetado o acordo, sem que se afigure desrespeitada a cláusula do devido processo legal.

Isso afasta, segundo pensamos, o alvitre que pretende antecipar a possibilidade de soluções negociais a momentos precedentes ao recebimento da denúncia, máxime a assim chamada audiência de custódia. Na pressuposição de nosso devido processo legal está a vedação a acordos que ensejem prisão, antes de recebida a denúncia. A adequação constitucional do *plea bargain* está na dependência do desenvolvimento de algum tipo legal de processo, ainda que abreviado ou sumário, como tal fixado no Projeto Anticrime.

Agora, cabe indagar se as razões que mobilizam à adoção do modelo continuam sustentáveis, diante da constatação de que algum desenvolvimento processual se apresenta como premissa para a sua constitucionalidade. Ou seja, cumpre um prognóstico²⁶, que não pode descurar de uma evidência: se, para viabilizar-se constitucionalmente, o *plea bargain* exige uma certa movimentação do aparato Judiciário – beneficiando, é certo, as instâncias recursais, porque em havendo acordo, não haverá recurso –; ao passo que, quando sucede no sistema americano, a opção ao *plea* é, no geral, *trials* a que se seguirá o júri, procedimento muito mais alongado e custoso, intuitivamente se extrai que os benefícios da solução negociadas são maiores, e, deste modo, igualmente maior é a economia de recursos, alhures. Noutros termos, a benesse eficientista do modelo do *plea bargain* encontra mais ressonância no sistema americano do que noutros.

É de se gizar que, ao argumento de que, com os acordos, a ineficiência do sistema criminal será minimizada, pode-se contrapor o risco de que, justamente para aqueles em desfavor de quem se tiverem coletado mais elementos de convicção

26. Segundo Marcilla Córdoba, a qualidade dos debates legislativos, as eventuais prognoses sobre os efeitos de legislação vindoura, bem como se essa pode ser considerada justificada em vista dos objetivos que almeja alcançar, compõem uma espécie de racionalidade legislativa, suscetível de avaliação, sob o ponto de vista da constitucionalização dos princípios reitores do Direito Penal. (MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de ley penal. In: Constitución y sistema penal. HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 86-87).

ou provas, a celebração do negócio será mais vantajosa. Com efeito, para dissipar os inerentes riscos de uma condenação criminal provável, o potencial de convencimento de uma medida tendente à minimização dos consectários penais será tanto maior. Com isso, a pretexto de uma maior eficiência da justiça criminal, pode-se vir a ter a utilização da via negocial exatamente por parte dos indivíduos mais perigosos, dos presos em flagrante, isto é, daqueles que serão mais brandamente punidos do que o seriam no modelo convencional, ao passo que, e a outra face da moeda igualmente não se pode desconsiderar, em certas circunstâncias os riscos inerentes de uma jurisprudência oscilante, somados ao estigma do processo e, nalguns casos, de seu próprio custo, tudo isso pode levar a que casos duvidosos, em que a custosa tentativa de obtenção de uma sentença absolutória se mostre arriscada, sejam solucionados, simplesmente, com a aceitação de sanções intensamente menores, por virtuais indivíduos inocentes, e que, a partir de critérios de conveniência de qualquer ordem, assumem uma responsabilidade que deveras não possuem.

Dos dois lados, portanto, em que se focar a realização de acordos, surgem riscos, que, não obstante a constitucionalidade afirmada, devem ser considerados com seriedade, diante dos benefícios, e dos custos, que a solução negocial propende a oferecer.

5. OS CELEBRANTES DO ACORDO, A IGUALDADE E AS VÍTIMAS

No sistema americano, a prerrogativa decisiva para a propositura do *plea bargain* está com a acusação. Convivemos nós, todavia, com o princípio da obrigatoriedade da ação penal²⁷, o qual, entre outras premissas, está fundado no mandamento da igualdade, em ordem a que não fique a critério do Ministério Público a seleção sobre quem denunciar ou deflagrar a persecução penal.

É necessário delinear, num sistema de acordos, se a sua realização é prerrogativa ínsita àquele que formula a acusação, ou se se trata de direito subjetivo do acusado. Qualquer das opções, aqui, produz consectários importantes, e o Projeto Anticrime omite resolução apropriada para essa questão.

27. Ao discutir, amplamente, o princípio da obrigatoriedade, Silva Jardim acentua o seu “indelével caráter democrático”, justamente porque a “aplicação da norma penal cogente, realizado o seu suporte fático, não pode ser afastada pelo agente público à luz de critérios pessoais ou políticos”. (SILVA JARDIM, Afrânio. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 56).

A rigor, no modelo americano está com o órgão responsável pela persecução penal a decisão sobre saber-se em benefício de qual acusado se proporá o acordo. Sendo esse o caminho adotado, em nosso país será preciso aprender a conviver com punições diferentes, dadas a casos similares, por conveniências nem sempre exteriorizáveis, e, assim, insuscetíveis de controle, por parte do Ministério Público.

A recusa, demais disso, para a solução negocial, vem apontada no Projeto como relacionada à gravidade do crime e às circunstâncias da infração penal; nada mais é explicitado, em ordem a, por exemplo, responder-se como seria solucionada a hipótese de um Promotor de Justiça que, em dada comarca, proclamasse que jamais celebrará acordos penais com assaltantes ou estupradores. Inserir-se-ia no âmbito de suas prerrogativas o rechaço peremptório a avenças alusivas a determinados tipos de crimes? Porque, se a resposta for positiva, novamente deparamo-nos com problemas ao nível da igualdade constitucional, se em cidades vizinhas casos criminais da mesma estirpe renderem ensejo a corolários penais muito diferentes. De outra banda, se respondermos negativamente à indagação, ficará por explicar como suprir a recusa do Ministério Público na feitura do acordo penal, se o Projeto deixa demarcada a impossibilidade desta suprir-se por intermédio da atividade judicial.

A perplexidade somente haverá de aumentar se introduzirmos elementos mais gravemente caricaturais, como fundamento para a não concretização da avença: um representante do Ministério Público poderia assentar que não celebra acordos penais com jovens? Com negros? Com mulheres ou com pequenos traficantes, seja lá quais forem os motivos subjacentes a tais invocações?

A legitimação de tais fatores de recusa parece, evidentemente, inaceitável, mas o seu afastamento não deixa de requerer algo que, minimamente, o Projeto não cuidou de trazer, como seja a necessidade de que, no mínimo, sejam expressas e fundamentadas as razões por que o Ministério Público deixou de aderir à hipótese de acordo, instituindo-se, além disso, mecanismos tendentes ao controle deste comportamento processual. Do contrário, reitere-se, ter-se-á um brutal agigantamento dos poderes do órgão ministerial e, em particular, de seus agentes, ao preço de uma desigualdade inequívoca entre os conseqüências da prática de crimes em comarcas próximas ou vizinhas, tudo somado à legitimação de razões recônditas que, algumas vezes, generalizações procuram simplesmente esconder.

Numa outra perspectiva, é importante notar que, em termos teóricos, a exaltação da teoria do bem jurídico acabou por fazer-se à custa da vítima, e isto é o mesmo que dizer que o estabelecimento do bem jurídico como ponto de referência

político-criminal conduziu a algo como uma marginalização da vítima, olvidada, portanto, da dogmática criminal²⁸. Propende-se a uma abstração institucional, como se o homicídio fosse um crime contra a vida, mas não em consideração à vida suplantada em desfavor da vítima morta, ou como se o roubo fosse um ataque à propriedade, mas não especificamente da propriedade de alguém²⁹.

Na atualidade, há autores que intentam inserir o ponto de vista da vítima como critério a ser levado em conta no ensejo da reprovação, e, deste modo, mesmo na aplicação da pena. É que a atribuição de culpa enseja um juízo de desaprovção, o qual se apresenta, de outra parte, como uma mensagem para a vítima; a condenação contém um juízo sobre a extensão dos direitos da vítima e sobre a demarcação de sua esfera, frente à ação do delinquente, assinalando, em última análise, que a vítima não necessita aceitar a conduta que violou o seu direito³⁰.

Por isso, é criticável o modo de conceber-se a pena criminal pautado, exclusivamente, num cálculo instrumental de eficiência, na medida em que este olvida um cogitável direito da vítima em relação à punição do criminoso³¹.

Qual é o papel da vítima, entretantes, no modelo do *plea bargain* no Projeto Anticrime?

A pergunta exsurge importante, porquanto definir-se pela impossibilidade de sua atuação em qualquer fase do acordo significa deixar o ofendido ao olvido, arriscando a sua insatisfação com a consequência advinda ao ofensor, tudo em

28. ESER, Albin. *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*. Sonderdruck aus: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel Dieter Heuter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996. p. 1006.

29. ESER, *Rechtsgut...*, p. 1017.

30. HÖRNLE, Tatjana. *Die Opferperspektive bei der Strafzumessung*. In: *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Bernd Schünemann und Markus Dirk Dubber (Hrsg.). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000. p. 175-200.

31. Em sua narrativa sobre a multiplicidade de condutas maldosas e violadoras das pessoas, Holloway aponta para a necessidade de atentarmos à degradação da vítima; degradação na medida em que transformada muitas vezes em *coisa*, visto que certos tipos de crimes lesam os indivíduos bem no núcleo de sua humanidade. O objetivo do sistema criminal deve propender para o reconhecimento de que a pessoa prejudicada necessita ter a sua humanidade restaurada por um ato que não olvide a sua degradação; isto haveria de ser o primeiro elemento em um sistema jurídico sensato. (HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo: reflexões sobre a condição humana*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 2013. p. 51-53).

benefício de uma necessidade de eficiência do sistema. A ausência de previsão legal acerca de qualquer coleta de manifestação da vontade da vítima, no Projeto em análise, representa a subjugação de seus interesses, dos interesses da parte violada pelo crime, em nome de um valor que lhe é exterior, qual seja, a maximização de resultados. A inserção da vítima, ou de seus familiares, quando da celebração da avença, é curial, importará na necessidade graduar-se o seu poder de intervenção, porque não é desarrazoado supor, evidentemente, que os sentimentos despertados pela própria condição de vítima, mobilizem o ofendido a simplesmente tornar o acordo intransponível. Seja como for, a omissão do tema, no Projeto, não pode subsistir, e deve ser suprida pela atuação legislativa.

A condição de vítima faz despontar um conjunto de emoções, a cuja exigência de moderação ou justiça não pode propender a ordem jurídica, senão que, efetivando a punição de quem violou direito de terceiro, minimiza-se ou aplaca-se, nunca integralmente, os corolários produzidos pelo crime; isto para dizer que a eficiência ou a rapidez do processo, a pretexto da celebração de acordo que minore demasiadamente a sanção a ser estabelecida, pode resultar numa banalização dos interesses do ofendido³².

6. A EXPERIÊNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA E UMA CERTA CULTURA DISCRICIONÁRIA

O balizamento das penas criminais, em seus patamares mínimo e máximo, tem a virtude do asseguração da igualdade, ainda que a definição concreta da sanção, isto é, a sua individualização, tenha justamente o objetivo de, dentro de tais balizas, produzir as distinções de grau, decorrentes da culpabilidade de cada qual. Além disso, encerra, a delimitação legal, a característica da previsibilidade, a partir da qual será a abstração das leis que estabelecerá os limites dentro dos quais o indivíduo será punido. No modelo de acordos, de sua parte, o governo não é o das leis, visto que serão os agentes públicos, mormente aqueles que atuam

32. Diversa é a situação instituída por mecanismos de uma designada justiça restaurativa, quando, sempre respeitando o interesse do ofendido, viabilizam-se composições, acordos, perdões, entre este e o agressor, sem prejuízo de a persecução penal desenvolver-se normalmente, se bem que, em certos casos, com a fixação de consequências penais menos gravosas ao réu. Nessa hipótese, veja-se bem, a vítima é protagonista, sem limitar a atuação do Ministério Público, ao passo que o *plea bargain*, se desatento em sua ordenação ao que se acabou de dizer, faz do Ministério Público protagonista, e da vítima, mero espectador.

em órgãos de persecução penal, que, em última análise, vão delinear as consequências advindas da prática de determinado fato.

Vale dizer que o princípio da igualdade, de um lado, dirige-se ao próprio legislador, determinando-lhe a criação de um direito igual para todos os cidadãos³³, mas realiza-se, ademais, na concretização normativa equânime, tendente a dissipar subjetividades do aplicador. Com efeito, a isonomia, reduzida a um mero postulado de universalização, pouco adiantaria, já que acabaria por permitir discriminações quanto ao conteúdo normativo³⁴.

Claro que, como adverte Alexy, se o dever de igualdade na criação do Direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, esse dever, entretanto, não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Por isso, a igualdade, tal como dirigida ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos³⁵. Contudo, isso não afasta que, previstas consequências jurídicas determinadas ao fato, os seus limites legislativos sejam considerados apnágio da isonomia constitucional, de modo que seu rebaixamento, em virtude de avanços destituídas de controle gere, por exemplo, que em comarcas contíguas certos fatos típicos encontrem solução muito diversas, dadas as condições dos celebrantes. De maneira que as considerações que faz Alexy a respeito da igualdade, situando-a num plano valorativo, por intermédio do qual se há de exigir *prima facie* um tratamento igual, sem prejuízo de que, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório³⁶, confirmam o alvitre, dado que essa razão suficiente, em termos de apenamento criminal, prende-se deveras à culpabilidade do agente diante do fato cometido, não podendo o princípio constitucional restar afastado pela razão instrumental da eficiência, cuja envergadura axiológica é inferior, a olhos de ver, ao mandamento maior.

33. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 426.

34. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 427.

35. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 359-360.

36. ALEXY, *Theorie...*, p. 372-373.

Como sabemos, há institutos com alguma parecença ao *plea bargain* no Brasil, os quais são concebidos como direito subjetivo do acusado ou réu, a exemplo da transação penal, em casos de crimes cuja pena não supere dois anos, e mesmo da suspensão condicional do processo. Compelir, porém, uma das partes ao acordo já destoa da ideia inerente às negociações, qual seja a da livre disposição das partes. E não afasta os riscos de que a avença seja suscitada em bases tão desvantajosas, que deveras a sua realização mostrar-se-á uma quimera, e, assim, a própria afirmação do direito subjetivo não passará de letra morta.

Exige-se, pois, que as balizas do acordo sejam delimitadas pela lei, resolvendo a questão alusiva à primazia para a sua propositura, bem como os limites dentro dos quais cada um dos envolvidos pode cingir a sua proposta. Do contrário, para além dos riscos à igualdade constitucional, à partida as partes processuais encontrar-se-ão num tal desnível de posições, que o próprio equilíbrio requerido para a idoneidade de uma negociação afigurar-se-á prejudicado.

O Projeto Anticrime, contudo, não resolve essa questão, ao contrário, produz-lhe sensível agravamento, na medida em que institui a possibilidade de a barganha redundar em redução à metade das penas, ou alteração do regime de cumprimento, ou, ainda, a sua substituição por restritivas de direitos. Note-se que a alternatividade como tal estabelecida não afasta, no limite, um acordo que indique ao homicida o mero cumprimento de prestação de serviços à comunidade, ou a fixação de regime de aberto, se, em qualquer caso, não se cuidar de acusado reincidente, ou criminoso profissional ou habitual.

Em situação de demarcação legal muito mais específica, como é a hipótese da delação premiada, uma persistente cultura da discricionariedade³⁷, entre nós, viabilizou barganhas bastante destoantes da ordem legal, de maneira que, com a abertura estabelecida no Projeto, os riscos se afiguram ainda mais graves³⁸.

A colaboração premiada, é verdade, assumiu enorme importância, dada a sua capacidade probatória, introduzindo no sistema penal integrantes da elite política e empresarial, antes infensos à normativa criminal. O instituto se situa, por

37. A esse respeito, entre tantos textos do mesmo autor, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 292; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 06.

38. Com variados exemplos de acordos de delação celebrados à margem da normativa de regência, Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: , 2018. p. 167-177.

evidente, num contexto de solução negociada para o caso penal, na medida em que, desde que empreendida a colaboração, por avença entre as partes, minimizam-se, ou mesmo se afastam, os conseqüências criminais alusivos à prática do ilícito. O contumaz desatendimento, entretanto, dos limites legais que lhe foram impostos, revela a exaltação de uma concepção discricionária no manejo do Direito, sobretudo no Brasil, que, transportada a um modelo de acordos despido de regulação cabal, pode encetar dificuldades insuperáveis.

A justificativa da delação premiada está no fato de que, segundo Tiedemann, é uma posição *ideológica* a concepção segundo a qual os interesses a serem protegidos pelo Direito Penal teriam de ser reconduzíveis a uma perspectiva individual, sobretudo tendo-se na devida conta que não deixa de ser uma atribuição do Direito Penal contribuir para a solidificação de novos valores na sociedade³⁹. Os objetivos de justiça social, por exemplo, são fortemente prejudicados com a disseminação da corrupção e a atividade estatal, especialmente no desenvolvimento das prestações sociais, que ocorrem particularmente em benefício dos menos favorecidos, deve ser preservada, e isto apenas se faz com a incidência do mais severo mecanismo de controle, que é o Direito Penal. É arriscado dizer, mas, observando uma realidade em que a elite empresarial e política desenvolveu mecanismos de obtenção ilícita de recursos públicos, parece que se trata de uma nova forma de exploração dos *mais fortes sobre os mais fracos*. Portanto, há razões jurídicas e, poderíamos dizer, morais, para impedir o Estado no combate à corrupção e à violação de interesses coletivos, por meio do Direito Penal e, sendo certo o direcionamento da colaboração premiada ao desvendamento de tais tipos de crimes, a sua legitimação não é de se questionar: sem os instrumentos necessários, a persecução destes ilícitos seria mero discurso.

A mesma razão de fundo, entretanto, não é encontrável no nível da legitimação dos acordos, tal qual o delineamento do Projeto Anticrime. Aqui, não há um direcionamento específico, no nível *probatório*, a um particular tipo de criminalidade, senão que a ilimitação quanto a seu cabimento faz o acordo cabível a toda e qualquer espécie de violação da lei penal. Ou seja, não se cuida da criação de mecanismos de prova sem os quais a apuração de determinados crimes restaria fragilizada, e, sim, de uma espécie de ajustamento do sistema criminal, em sua perspectiva endógena, para beneficiar a celeridade e a já apontada eficiência⁴⁰.

39. TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1969. p. 119-120.

40. A ausência de propostas tendentes à reformulação da investigação criminal, do papel das polícias e da estrutura subjacente ao processo penal trará sempre o risco de manutenção de alguma seletividade, em que o baixo número de casos solucionados persistirá, todavia estes,

No caso da delação premiada, as normas legais permitem que o juiz: (i) conceda o perdão judicial, (ii) reduza a pena privativa de liberdade em até dois terços (2/3) ou (iii) a substitua por medidas alternativas, nomeadamente penas restritivas de direitos, e isso se o criminoso auxiliar na identificação dos demais autores dos fatos, revelar a estrutura hierárquica da organização criminosa ou contribuir para a recuperação total ou parcial do produto das infrações penais. Esse é o teor expresso na Lei 12.850/13. Porém, são cedidos os casos em que, não obstante, nomeadamente na Operação “Lava Jato”, fixaram-se penas a serem cumpridas numa heterodoxia de regimes, com progressões indistintas e à margem de qualquer prazo legal, muitas vezes com a adoção de prisão domiciliar, saltando-se, ao depois de certo interregno, para o regime aberto ou para a mera prestação de serviços comunitários. Sem esmiuçar a casuística, a verdade é que em algumas situações a pena privativa de liberdade superior a mais de cem anos de reclusão não implicou nem mesmo em quatro anos de segregação.

Há um equívoco lógico e um desrespeito normativo neste modo de proceder. E ambos não se afiguram inusuais. São *três* os modos de premiar o delator, portanto: concedendo-lhe o perdão judicial; reduzindo-lhe a pena em até dois terços; e, finalmente, substituindo-lhe a pena privativa de liberdade, por restritiva de direitos. Não orienta a concessão do benefício uma lógica simplista de que “*quem pode o mais, pode o menos*”.

Essa lógica singela norteou em demasia o caso criminal específico, nomeadamente a Operação Lava Jato, em que a delação tem produzido retumbante efeito⁴¹.

O axioma “*in eo quod plus est sempre inest et minus*”, vale dizer, a argumentação “*a maiori ad minus*”, não se compraz com situações definidas pelo próprio

doravante, resolver-se-ão pelo mecanismo do acordo. O que equivale a dizer que em termos de redução da designada impunidade, a contribuição da solução negociada é pouca.

41. Em dois *Habeas Corpus*, de números 360.896 e 360.884, da relatoria do Ministro Felix Fischer, no Superior Tribunal de Justiça, a adoção dessa lógica foi repelida, e vale, aqui, uma breve explicação lateral: nas duas situações, o Ministério Público Federal havia postulado a *prisão preventiva* de acusado na Operação “Lava Jato”, e o magistrado, não acolhendo essa pretensão, decretou, entretanto, e *de ofício*, a *prisão temporária*. Para tal, aduziu o “*quem pode o mais, pode o menos*”. Ou seja, segundo o entendimento adotado, se era possível decretar-se a *preventiva* requerida, poderia decretar a *prisão temporária*, sobre a qual ninguém tratou. Não poderia, contudo. Naqueles casos, porquanto, digamos o óbvio, no Brasil, a *prisão temporária não se pode decretar de ofício* e, ademais, há a razão muito trivial de que existem crimes que admitem a *prisão preventiva*, mas nunca a *prisão temporária*. Num exemplo banal: quem *pode o mais* num furto qualificado, que é decretar a *prisão preventiva*, jamais poderá o *menos*, concernente à *temporária*.

legislador, sob pena de se consentir com o exercício de poderes, pela autoridade judicial, que não lhe foram conferidos ou foram-lhe mesmo negados. Na lição de Maximiliano, a conclusão do “*a minori ad majus* nem sempre será lógica e verdadeira”, e, para tanto, basta lembrar que os textos proibitivos e os que impõem condições “quase sempre se incluem no Direito Excepcional, sujeitos a exegese estrita e incompatível com o processo analógico, ao qual pertencem os três argumentos – *a pari, a majori ad minus, a minori ad majus*.”⁴²

Donde se deve concluir que *o acordo de colaboração premiada deve estar adstrito aos termos da legislação que o regulamenta*, não se admitindo, por consequência, que, sob o argumento frágil de que sendo o perdão judicial um dos benefícios possíveis, todo e qualquer tipo de construção a respeito do cumprimento da pena barganhada se possa realizar, incluindo-se progressões de regime a destempo e prisões domiciliares fora de qualquer ditame legal.

As propostas de acordo de colaboração premiada que implicassem em benefícios diversos daqueles que, segundo a lei, podem ser conferidos ao criminoso delator, não deveriam ser homologadas. Nesse âmbito, a única lógica aceitável é a da legalidade estrita, segundo a qual há três modos de compensar o criminoso que colabora, e apenas três. Qualquer construção, máxime aquelas pautadas na debilidade de um raciocínio deveras simplista, convola-se em conferir poder aos celebrantes do acordo, ou à autoridade judicial que o homologa, numa extensão não concebida pelo legislador, o que, por outras palavras, significa pura e simplesmente a condescendência com a ilegalidade.

O transplante dessa mesma lógica, ao acordo penal, diante da vagueza concernente ao estabelecimento das sanções, introduz ampliação desmedida do poder das partes celebrantes, em detrimento das balizas normativas que fixam as penas criminais. É preciso, portanto, cautela, e atuação legislativa consistente, no mínimo para deixar demarcada a base dentro da qual se podem mover as concessões prometidas de parte a parte. O Projeto, nesse ponto, carece de melhor regulamentação, justamente para evitar que a cultura discricionária, que qualificamos de persistente, propenda a acordos de inusitado teor, sendo certo que, vale essa observação, na possibilidade de avenças sem limites definidos, reside o corolário, sempre lembrado, de o inocente aderir a penas brandas, assumindo uma responsabilidade que não tem, para afastar, assim, os riscos e os custos de um processo criminal. Com efeito, se o acordo é limitado, por exemplo, categoricamente no

42. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 200-201.

limite da metade da pena, sem barganha de regime, e respeitado o quadro legal da substituição por restritiva de direitos, muitas vezes valerá a pena enfrentar-se o processo, com o escopo de demonstração de alguma fragilidade probatória, justificante ou exculpação; se, porém, o acordo é pouco, a sanção é branda demais, mesmo quem tenha em seu favor este nível de argumentação, vê-se compelido a aderir, afastando custos e riscos, e para mais da terrível situação que é o consentir-se com a potencial responsabilização de inocentes, há, ainda, a outra face, de que isto sempre implica na ausência de responsabilização de quem é deveras culpado.

7. ASPECTOS PONTUAIS DO ACORDO PENAL

Finalmente, cumpre examinar mais pontualmente algumas diretrizes da normativa pretendida para o acordo penal, incluindo-se propostas de refinamento da inovação proposta, bem como reparos, tendentes a afastar problemas de ordem constitucional e de atendimento a demais comandos de nosso quadro normativo.

O projeto assinala que, após o recebimento da denúncia ou queixa, e até o início da instrução, as partes poderão requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata das penas. Não há restrição quanto ao tipo de crime, ao *quantum* de apenamento, e nem alusão às hipóteses de cumulação de acusações. Ou seja, não se prevê, tal qual no modelo americano, possa a pena de um ou outro delito ser simplesmente olvidada, em benefício da avença. A demarcação temporal do acordo, ademais, reveste-se de idoneidade, visto que iniciada a instrução e a coleta de provas, já não faz mais sentido, diante do paradigma eficientista, anuir-se com negociações que mais embaçariam o regular desenvolvimento do processo, do que o contrário.

Sendo a confissão circunstanciada um dos requisitos para a celebração do acordo, surge uma questão de imensa significação, resolvida equivocadamente pelo Projeto. Trata-se do caso em que o magistrado, por alguma razão, não homologue o acordo. Nesse caso, previsto no Projeto para as hipóteses de o juiz conceber que o acordo é ilegal ou manifestamente desproporcional à infração, desentranha-se o acordo não homologado dos autos, vedando-se, às partes, e ao juiz, quaisquer referências a seus termos e condições. Mas o juiz permanece o mesmo.

Ora, no sistema americano, a ausência de acordo implica em julgamento pelo Júri, órgão diverso daquele perante o qual as negociações transcorriam. Fica mesmo difícil sustentar a ausência de comprometimento da imparcialidade no

caso em que, vejamos bem, o acusado confessou circunstanciadamente a infração, quis o acordo, de resto não homologado, mantendo-se no julgamento o mesmo magistrado que tomou conhecimento do conteúdo da confissão.

Não deixa de ser ilusória a perspectiva segundo a qual a mera remessa a outro magistrado dissiparia tais riscos, na medida em que, por óbvio, tal sucederia ao fundamento de que o acordo não foi homologado, no que pressuposta a confissão e o desejo de sua celebração, e isto, realmente, está em indicar um dos problemas radicais do modelo de acordo: uma vez desenrolado o fio do acordo, fica difícil escapar de seus nós.

Seja como for, a transferência do caso a outro juiz minimiza, ao menos parcialmente, os riscos de um julgamento calcado na prévia ciência de uma confissão cabal do réu.

Ainda no concernente ao marco temporal, tendente à celebração do acordo, é importante dizer ser acertada a perspectiva do Projeto, no sentido da exigência de, ao menos, para o efeito existir o precedente recebimento da denúncia. É que, para tal, ter-se-á avaliado a justa causa, ou seja, o suporte probatório mínimo, tendente à deflagração da instância penal, viabilizando a evitação de propostas ao arrepio de elementos minimamente consistentes.

Nessa linha, e sabedores que somos de algum anseio no sentido de que, já na audiência de custódia, poder-se-ia viabilizar a solução negocial, cabe enfatizar a inadequação da pretensão, de resto afastada pelo Projeto. É que, neste momento precoce do desenvolvimento da marcha processual, a circunstância mesmo da prisão em flagrante do increpado, somada à ausência de tempo razoável para reflexões acerca da abdicação do exercício do direito de defesa, tornam demasiadamente vulnerável uma das partes da avença, que, por isso, mobilizar-se-ia para o acordo em condições desfavoráveis, afastando o equilíbrio necessário para a sua adequada efetivação.

De dizer-se que o Projeto encerra ampliação das hipóteses de utilização da videoconferência, sem, todavia, especificar vedação que se nos afigura decisiva, no sentido de que, para a audiência de homologação do acordo, como tal prevista para a verificação de sua legalidade e voluntariedade, há de exigir-se a efetiva presença do réu.

No fundo, o acordo representa a abdicação do direito de defesa, o consentimento com a aplicação imediata de penas, inclusive de privação de liberdade, e em seu pressuposto está a confissão circunstanciada da infração penal. As verificações, a tal respeito, que devem ser empreendidas pelo magistrado, ver-se-iam altamente prejudicadas, acaso fosse admitida a feitura de tal ato solene por

intermédio da videoconferência. Neste aspecto, militam razões de ordem constitucional, sobre ser a avaliação da voluntariedade do acusado ato que se deva efetivar pelo contato pessoal, sob pena de a assepsia das regras vindouras, quanto à presença dos acusados em audiências variadas, conduzir à contaminação da manifestação da vontade de um dos envolvidos.

Tema olvidado pelo Projeto, no que institui a possibilidade de acordos para todos os tipos de crime, é a peculiar situação dos casos de crimes dolosos contra a vida. De início, é preciso lembrar que, para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória. Sendo isso verdadeiro, já é caso de dizer que, em boas palavras, a prolação de sentença condenatória, nos casos de crimes dolosos contra a vida, somente pode ser feita pelo Júri Popular.

É que, como cediço, nenhum órgão jurisdicional altera, no que chamamos de mérito, as decisões do Tribunal do Júri. Ou seja, por crimes dolosos contra a vida, estabelece a Constituição que apenas o Tribunal do Júri pode condenar.

Destarte, sob pena de violação à Constituição, no que estabelece a competência privativa do Tribunal do Júri, para o julgamento – de absolvição ou condenação –, nos crimes dolosos contra a vida, de duas, uma: ou se afastam, das hipóteses em que o acordo é admissível, os crimes dolosos contra a vida, ou, expressamente, criam-se mecanismos por intermédio dos quais os acordos celebrados nessas situações submeter-se-ão a algum tipo de crivo do Júri. Operacionalmente, haverá alguma dificuldade, superável, diga-se, à segunda solução, mas é o ônus necessário para que, nesta parte, não padeça o Projeto de inconstitucionalidade, por suprimir competência de órgão de julgamento fixado pela própria Constituição.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, é preciso fixar a premissa de que, ao modo como delineado no projeto Anticrime, o modelo do *plea bargain* está afinado aos ditames de nossa Constituição, não lhe impondo gravame. Porém, a solução negociada pertence a um universo cultural, e jurídico, muito diferente do nosso, de modo que a inexistência de uma prognose legislativa consistente faz precoce a cogitação de sua implantação.

É certo que a postura teórica de refutação à pretensão de verdade no processo, de enaltecimento da cabal inércia judicial e de anatematização da pena retributiva encontra, na postulação do modelo negocial, o paradoxo de sua crítica, o que implica em incremento do ônus argumentativo.

Seja como for, no fundo, o *plea bargain* faz derruir a teoria do crime, como a conhecemos, e culmina, a nosso ver, na substituição de uma ideia de Justiça, por eficiência.

Se, na análise do Projeto, compelimo-nos à apresentação de sugestões, como a necessidade de introdução da vítima no âmbito da avença, da fixação de balizas do negociável pela lei, de resolução da questão alusiva à competência do Tribunal do Júri, de afastamento do magistrado que recusou homologação ao acordo e da impossibilidade de a sua efetivação dar-se em audiência feita por videoconferência, isto de apresentar ideias e sugestões, presente que seja a constitucionalidade e a discricionariedade política e legislativa, não nos impede de alcançar a conclusão final, no sentido da postulação pela recusa a um modelo de acordos, em nosso Direito Penal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution, II: The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Cambridge/London: Belknap/Harvard University Press, 2003.
- BRANDALIDE, Rodrigo. *Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. New York-San Francisco: LexisNexis, 2001.
- ESER, Albin. *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*. Sonderdruck aus: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel Dieter Heuter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1996.
- FACCINI NETO, Orlando; RAMIRES, Maurício. Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova. In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: a History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining: The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981.
- HOLLOWAY, Richard. *Entre o monstro e o santo: reflexões sobre a condição humana*. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2013.
- HÖRNLE, Tatjana. Die Opferperspektive bei der Strafzumessung. In: *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Bernd Schünemann und Markus Dirk Dubber (Hrsg.). Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. New York: Oxford University Press, 2003.
- LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 01, 2004.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de ley penal. In: *Constitución y sistema penal*. HORTAL IBARRA, Juan Carlos (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal. Parte geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013.
- RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. *Julgar*, v. 19, Coimbra, policopiado, 2012.
- RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. Trad. Alaor Leite. In: *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de Setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

- SILVA JARDIM, Afrânio. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.
- TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1969.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa - *RBCCrim* 161/249-276 (DTR\2019\41040);
- Colaboração premiada: visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo, de Rogério Filippetto e Gustavo Henrique Alves Esteves - *RT* 1011/325-354 (DTR\2019\42223);
- *Plea Bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil, de Alamiro Velludo Salvador Netto - *RBCCrim* 155/229-264 (DTR\2019\27866); e
- Sentença penal negociada e verdade processual: uma análise de riscos a partir da experiência Estadunidense, de Gabrielle Thomaz Todeschini - *RT* 1008/307-342 (DTR\2019\40781).