



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – SANTA RITA
CURSO DE DIREITO

GABRIEL PEQUENO DE QUEIROZ

A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E O
SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO

SANTA RITA
2019

GABRIEL PEQUENO DE QUEIROZ

**A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E O
SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ludmila Cerqueira
Correia.

SANTA RITA

2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

Q3a Queiroz, Gabriel Pequeno de.
 A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE JUSTIÇA CRIMINAL
 CONSENSUAL E O SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO / Gabriel
 Pequeno de Queiroz. - João Pessoa, 2019.
 81 f.

 Orientação: Ludmila Cerqueira Correia.
 Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ.

 1. Processo Penal. 2. Consenso. 3. Princípios. 4.
 Sistema acusatório. 5. Direitos e Garantias
 Fundamentais. I. Correia, Ludmila Cerqueira. II. Título.

UFPB/CCJ

GABRIEL PEQUENO DE QUEIROZ

**A APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL E O
SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: 10/09/2019

Banca Examinadora:

Profª. Drª. Ludmila Cerqueira Correia
(Professora Orientadora)

Prof. Me. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani
(Professor Examinador)

Prof. Dr. Giscard Farias Agra
(Professor Examinador)

SANTA RITA

2019

Aos meus pais, pelo amor incondicional,
por acreditarem em mim e sempre lutarem
pela minha felicidade, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primordialmente, à minha mãe, que nunca me desamparou, que não mede esforços para que eu possa seguir na minha caminhada e que tenta sempre tornar meus dias mais fáceis, mesmo que os dela não sejam. Agradeço por tudo que ela suportou por nós dois e pelo quanto me ensinou sobre perseverança e sobre ter fé.

Agradeço aos meus tios, Vanda e Valdir, que me proporcionaram um lar em João Pessoa e que me ofereceram a oportunidade de cursar Direito, e também por todo seu carinho e cuidado, sem os quais isso não teria sido possível.

Agradeço aos meus amigos, os que já tinha, que se mantiveram comigo durante essa jornada, e os que a Universidade Federal da Paraíba me deu de presente. Levarei todos para a vida. Agradeço toda a amizade, carinho e o tanto que aprendo com vocês todos os dias.

Agradeço aos meus professores por me fazerem crescer não só no que tange ao conhecimento, mas também no que concerne à sabedoria e maturidade. Aprendi muito sobre a real dificuldade das coisas, importância do estudo e a diferença que isso pode fazer em minha vida. A minha experiência na UFPB foi, na minha percepção, uma constante evolução, sou outra pessoa, e vocês são também responsáveis por isso.

Agradeço de maneira especial à minha orientadora, Professora Ludmila Cerqueira Correia, que me acolheu embora eu tenha chegado de última hora. Agradeço pela sua sempre excelente orientação, pela confiança e pela extrema prestatividade e atenção.

Agradeço também ao professor Giscard Farias Agra, que, mesmo despropositadamente, foi quem primeiro me fez perceber que eu não estava mais na escola e que teria que levar as coisas com mais seriedade. Agradeço ainda pela sua prestatividade durante esses 05 anos de curso.

Agradeço, por fim, ao resto da minha família por todo seu carinho e amor.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a compatibilidade dos institutos brasileiros de justiça criminal consensual com os princípios garantistas inerentes ao sistema acusatório. Busca-se analisar também a relação desses princípios com os direitos e garantias previstos na Constituição. Com esse fim, foi realizado levantamento bibliográfico a partir de livros, artigos e trabalhos científicos desenvolvidos na área de direito processual penal, especialmente aqueles relativos ao consenso no processo penal, aos princípios garantistas e aos sistemas processuais penais. A análise perpassa ainda, de maneira específica, os instrumentos de consenso no direito processual penal brasileiro e como eles se caracterizam numa forma de solução dos conflitos criminais em que se abrevia o processo ou se exclui completamente a aplicação da fase processual, por meio da realização de um acordo entre acusação e acusado. Esses institutos têm a consequência de serem extremamente benéficos para o poder judiciário, tendo que o processamento dos casos se dá de forma bem mais rápida, podendo se chegar a uma resolução através de uma simples audiência de conciliação e ainda se obter com isso uma considerável economia processual. Em face desses aspectos, a tendência pela adoção do consenso na resolução dos casos é crescente, sendo percebida em diversos dispositivos de Lei, bem como em projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. Por outro lado, as características do sistema acusatório se relacionam com aquelas expressas pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, com o princípio da paridade de armas, da presunção de inocência, da obrigatoriedade da ação penal e com o princípio da necessidade. Isso se dá em face desse sistema se embasar em um processo de partes, no qual essas partes tenham igualdade e sejam ouvidas por um magistrado imparcial que lhes oferecerá uma resposta. Os institutos de consenso buscam diretamente evitar o processo a fim de obter celeridade e economia, de certa forma desafogando o judiciário, porém esse método de aceleração do processamento dos casos deixa de lado completamente a atenção que se deve ter aos princípios protetores dos direitos e garantias fundamentais dos réus, como por exemplo a clara violação à presunção de inocência que se tem com a aplicação da punição sem a realização de um devido processo legal.

Palavras-chave: Processo Penal. Consenso. Princípios. Sistema acusatório. Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This study aims to analyse the compatibility of the Brazilian instruments of consensual criminal justice when compared to the guaranteeing principles inherent to the accusatory system. It also aims to analyse the relationship between those principles and the fundamental rights and guarantees provisioned in the Constitution. With that end, it was performed a bibliographic research on books, papers, and scientific studies addressing the criminal procedural area of the law, specifically those related to the consensus in the criminal procedure, the guaranteeing principles, and those relative to the systems through which criminal procedures are applied. The analysis specifically encompasses the tools of consensual justice in Brazilian criminal procedural law and how the instruments, that allow an agreement between the defendant and the prosecution to be reached, consist in a way to resolve the criminal conflict in which either the judicial procedure is shortened, or the application of the procedural phase is completely excluded. These institutes are consequently extremely beneficial for the judiciary, due to the cases being processed much faster. A settlement can be reached through a simple conciliation hearing, achieving thereby considerable procedural economy. In light of these aspects, the tendency to adopt consensus as a means of settlement for cases is increasing. It is already present in several law provisions, as well as in bills still passing through the National Congress' legislative proceedings. On the other hand, the adversarial (accusatory) system's traits are related to those established by the principle of due process, by the contradictory and full defence principles, the principle of parity of arms, the presumption of innocence, the obligation to prosecute and the need to have a procedure principle. This is due to the system being based on a process of parties, in which these parties should be equal and heard by an impartial magistrate who offers them an answer. The consensus tools directly seek to avoid the procedure in order to achieve promptness and economy, by doing so they aim to unburden the judiciary, but this method of swiftly processing cases completely neglects the attention that should be given to the principles that protect the defendants' rights and guarantees, such as the clear violation of the presumption of innocence that comes with the application of penalty without a due process.

Keywords: Criminal Procedure. Consensus. Principles. Accusatory System. Fundamental Rights and Guarantees.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1 SISTEMAS PROCESSUAIS.....	10
1.1 Sistema Acusatório (Acusação Privada)	12
1.2 Sistema Inquisitivo.....	14
1.3 Sistema Misto	18
1.4 Sistema Acusatório (Acusação Pública)	18
2 OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO	22
2.1 O devido processo legal.....	23
2.2 O contraditório e a ampla defesa	27
2.3 A paridade de armas e a presunção de inocência	28
2.4 O princípio da necessidade e o princípio da obrigatoriedade da ação penal	30
3 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL.....	33
3.1 Justificativas para o consenso.....	34
3.2 Fatos geradores do consenso	36
3.3 A tendência consensual brasileira	39
3.4 A impossibilidade de convivência do consenso com as garantias	40
4 OS INSTRUMENTOS BRASILEIROS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	43
4.1 A transação penal e a composição civil dos danos.....	43
4.2 A suspensão condicional do processo	50
4.3 Colaboração premiada	53
4.4 O acordo de não persecução penal	58
4.5 A busca pelo <i>plea bargaining</i> no Direito brasileiro	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

A justiça consensual criminal consiste na realização de acordos entre as partes do processo, a fim de que se chegue a uma resolução breve para a suposta infração penal. Existe uma tendência para a sua aplicação, tendo em vista que ela ajuda no processamento dos casos, no sentido de torná-los mais rápidos. Geralmente, a acusação propõe um acordo ao indiciado ou acusado e este vê-se diante da opção de aceitar ou não. Caso não aceite, o processo segue seu trâmite comum.

O presente estudo possui como escopo analisar os instrumentos de consenso empreendidos pela justiça criminal brasileira e a maneira como eles se relacionam com os princípios norteadores de um sistema acusatório de garantias, a fim de responder se há ou não violação das garantias e direitos fundamentais do indivíduo na aplicação de tais instrumentos.

Torna-se relevante tal discussão uma vez que, tendo que o sistema processual penal, como um todo, é afetado pela matéria, a aplicação de institutos de consenso atinge diretamente a forma de comportamento de um sistema penal para com aqueles que a ele se submetem, influenciando a política de punições exercida pela sociedade em que esse sistema se insere.

Dessa maneira, através de pesquisa bibliográfica, pesquisa de jurisprudência e da legislação brasileira e estrangeira, busca-se avaliar de modo individual cada um dos institutos, quais sejam: a transação penal, a composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada, os acordos de não persecução penal pelo Ministério Público, tanto o regulamentado pela Resolução nº 181/2017, quanto aquele que está em tramitação no Congresso Nacional, a partir da análise dos projetos de Lei nº 882/2019 e 1.864/2019. Além disso, o acordo penal no procedimento ordinário igualmente previsto nesses projetos. Ademais, aborda-se neste estudo o instituto do *plea bargaining* e suas consequências.

A análise passa também pelo sistema acusatório, assim como pelos princípios garantistas que a ele são inerentes, dentre os quais o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o princípio da necessidade, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a garantia da presunção de inocência e a paridade de armas.

O trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro discorre acerca das características das três principais categorias de sistema penal majoritariamente

adotadas, abordando o contexto histórico e social em que foram aplicadas e analisando como e onde elas se manifestaram de maneira mais proeminente. O panorama desenvolvido passa pelos sistemas da Roma antiga, brevemente pelos da Grécia, e ainda abarca alguns outros como os da França e da Inglaterra.

Já no capítulo seguinte, são expostos os princípios e as garantias intrínsecos a um sistema de características acusatórias, bem como suas implicações num processo. Conta-se aqui com uma breve exposição histórica sobre o princípio do devido processo legal e sobre o que ele implica em seu caráter substancial. Discorre-se também sobre os princípios que decorrem do devido processo legal, sobretudo, os princípios da ampla defesa e do contraditório. Em seguida, são discutidas a paridade de armas e a presunção de inocência, bem como quais são os seus efeitos para o procedimento. Ainda nesse capítulo, disserta-se a respeito dos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da necessidade do processo.

O terceiro capítulo, por sua vez, elenca as características do consenso de uma maneira geral e contrapõe tais características com aquelas dos direitos e garantias tratados no capítulo anterior, passando pelas justificativas do consenso e pelos fatores que o geram. Salienta-se, além disso, a tendência consensual que o Brasil tem vivido nos últimos anos.

Por conseguinte, o quarto e último capítulo busca tratar dos instrumentos de consenso de maneira específica, trazendo as características de cada um e suas peculiaridades. Trata-se, nesse capítulo, dos institutos que já estão em vigência no ordenamento jurídico brasileiro e daqueles que estão em tramitação no Congresso Nacional. Por fim, são explorados os fundamentos e as possíveis consequências que esses institutos podem ter no sistema de justiça criminal, que já está entre os que possuem as maiores populações carcerárias do mundo, ocupando, segundo dados do *World Prison Brief* (2018), a terceira posição.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS

A jurisdição surge com o intento de solucionar os conflitos através da heterocomposição. Num sistema de heterocomposição, aquele que julga toma para si a aplicação do direito, de modo que a jurisdição é a substituição da vontade das partes pelo julgamento do Estado representado pelo juiz, sendo utilizada para a aplicação das leis e das sanções à população (DIDIER JR., 2015).

Para que as sanções sejam aplicadas, torna-se necessário a aplicação da Lei Penal. Esta se dá por meio do processo, que instrumentaliza o direito a fim de que ele se torne efetivo, com o respeito aos limites éticos e sempre priorizando os direitos fundamentais (PRADO, 2005).

O processo é, ainda, mais que um instrumento. Entende a doutrina, de forma majoritária, que o processo constitui conjunto de relações jurídicas que se estabelecem entre os envolvidos. Em tais relações, as partes possuem prerrogativas, direitos e deveres, sendo assim um verdadeiro procedimento estruturado em contraditório (MACHADO, 2009).

Num país com fins democráticos, de forma geral, o exercício da jurisdição só poderá ser exercido quando provocado. Nesse contexto, a ação vem a ser essa provocação, uma vez que ela “[...] é tida, basicamente, como um direito (para o Ministério Público, além disto, um dever)” (COUTINHO, 1998, p. 180).

O processo sendo, como já demonstrado, um conjunto de relações que permite ante a lei o exercício de direitos e deveres, e nas quais se deve respeito às garantias fundamentais, tem na ação sua porta de entrada. Desse modo, é através dela que o Estado, por intermédio do Ministério Público e do juiz, proporciona ao acusado o exercício de seus direitos.

Ademais, o processo, especialmente o processo penal, aplicou-se ao longo da história de diversas maneiras, com características próprias inerentes a cada sociedade e a cada momento em que se manifestou. Assim, é impossível categorizar, no presente trabalho, os vários tipos de processo que existiram. Todavia, identificando que determinados povos usaram de características semelhantes para a configuração de suas formas de processo, a doutrina classifica os processos em sistemas.

O aglomerado de princípios e regras presente em determinado momento político de um Estado constitui o seu sistema processual penal que, por sua vez, traça os caminhos a serem seguidos para a aplicação do direito penal ao caso concreto. É

dever do Estado, por conseguinte, a efetivação da ordem normativa penal, garantindo que suas regras e preceitos básicos sejam aplicados. Assim, o único caminho que permite tal aplicação é o processo (RANGEL, 2018).

Para a doutrina majoritária, os sistemas processuais são de três tipos: o sistema acusatório, o sistema inquisitivo ou inquisitório e o sistema misto. Deve-se ressaltar que é de conhecimento geral que a adoção de um sistema, seja ele acusatório, inquisitório ou misto, em detrimento dos outros, reflete de certa forma a consciência democrática de determinada sociedade (MIRZA, 2003).

Nesse sentido, Rangel (2018) argumenta que, em um Estado Democrático de Direito, uma garantia que os indivíduos têm contra o arbítrio estatal repousa no sistema acusatório. Por outro lado, no Estado totalitário abriga-se o sistema inquisitório ou inquisitivo, em que prevalece a repressão e é possível observar a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, é relevante ressaltar que, ainda que a cultura influencie fortemente na forma de exercer o poder que um Estado adota, “[...] não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos” (DIDIER JR., 2011, p. 210). A relação que se pode fazer é com a quantidade de liberdades negativas e garantias fundamentais que se confere aos indivíduos. Logo, Estados que presam por tais aspectos tendem a adotar sistemas com características predominantemente acusatórias, sendo comum a confusão, já que regimes mais autoritários tendem a reprimir os que a eles são submetidos, não se tratando de uma relação direta ou de uma regra.

Além disso, como aponta Alexandre Morais da Rosa (2014), deve-se atentar ao fato de que a compreensão de sistema deriva de um princípio unificador. Este dá origem a uma cadeia de significantes aqui entendidos como os instrumentos (normativos ou não) e formas que compõem o sistema. Assim sendo, o princípio inquisitivo assume esse papel no sistema inquisitório e, no sistema acusatório, o papel é assumido pelo princípio dispositivo ou acusatório, sendo o marco de identificação de cada princípio a sua forma de gestão da prova.

Pelo princípio inquisitivo, o juiz possui poder de iniciativa e produção probatória. Por outro lado, pelo princípio dispositivo, cabe às partes gerir as provas, um ato vedado ao juiz. A isso soma-se que, no sistema inquisitório, o juiz é livre para conduzir a produção de provas, enquanto que o sistema acusatório se caracteriza pela precisa regulação, tendo o juiz um papel definido a cumprir (ROSA, 2014).

1.1 Sistema Acusatório (Acusação Privada)

Percebe-se, como sustenta Tourinho Filho (2010), que os primeiros usos do sistema acusatório remontam à Roma Republicana, à Grécia Antiga, mais especificamente à Atenas, e ainda à Índia. Porém, não se deve entender que o uso do sistema acusatório na Antiguidade se confunde com o sistema acusatório atualmente posto em prática, muito menos que o sistema aplicado na República Romana equivale ao utilizado na Grécia ou na Índia.

No presente trabalho, adota-se a corrente que compreende o direito como fruto de diversas relações históricas e contextuais vividas pela sociedade que dele faz uso, sendo ilusório entender que o sistema acusatório contemporâneo brasileiro se confunde com o romano, com o grego ou até com o de outros países que, na contemporaneidade, utilizam o sistema. Nesse sentido, dispõe o professor Giscard Farias Agra (2013, p. 94) acerca da formação de um novo direito:

A complexidade da experiência vivida, possibilitadora da formação original de um direito novo que descende de uma série de relações entre povos os mais diversos que contribuíram em maior ou menor medida para a atual situação, simplesmente é negada e simplificada quando metodologicamente continua-se a pensar o direito atual como evolução contínua e linear de um passado sacralizado, idealizado e mitológico.

Isto posto, devido ao conjunto sociopolítico presente em cada época e lugar, e de acordo com esse, tem-se a adoção de um tipo de sistema processual penal diferente, considerando os anteriormente mencionados, havendo, inclusive, momentos da história em que esses sistemas coexistiram, ainda que utilizados por povos distintos (MACHADO, 2009).

A respeito disso, é válido ressaltar que, historicamente, o sistema acusatório se apresenta majoritariamente como dois sistemas de características distintas entre si, sendo o primeiro aquele em que a acusação é facultada à vítima nos crimes menos graves ou a qualquer do povo nos mais graves (TOURINHO FILHO, 2010).

Tanto em Roma quanto em Atenas havia distinção entre crimes cuja iniciativa processual era pública ou privada. Entretanto, em Atenas, os crimes de apuração pública eram denunciados pelos Tesmotetas (magistrados encarregados da guarda e observação da lei) à Assembleia do Povo ou ao Senado, que, por sua vez, indicavam

o cidadão que deveria ser o titular da acusação naquele caso (TOURINHO FILHO, 2010).

Na Roma antiga, a ideia de separação de funções do processo surge no período chamado de período comicial, em que aquele que era magistrado na *inquisitio*, até então vigente, passa, com a instauração da *provocatio*, a ser um acusador (ALENCAR, 2012). A *provocatio*, instituída pela *lex Valeria* de 300 a.C., com o intuito de promover a proteção do cidadão romano quando fosse condenado à morte ou à multa grave, possuía efeito suspensivo e era uma verdadeira provocação à população, que julgava no *comitio* se a primeira sentença proferida pelo magistrado seria realmente aplicada (ALENCAR, 2012).

Com a *lex Calpurnia* de 149 a.C., criou-se para o julgamento dos casos de concussão uma comissão permanente (*quaestio*). Com o passar do tempo, essa tendência foi ganhando força, ao passo que foi sendo tirada do *comitio* a competência de julgamento e passada para a *quaestio*, inclusive nos crimes comuns. A acusação era promovida por qualquer um do povo (ALENCAR, 2012).

Destaca-se que, nesse último século do período republicano, fica mais clara a adesão pelo *accusatio*¹, ainda que “[...] os magistrados, as mulheres, os menores e as pessoas que por seus antecedentes não oferecessem garantias de honorabilidade” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 108-109) não fossem autorizados a iniciar a acusação. Ressalta-se ainda a existência de determinados agentes responsáveis pela acusação de certos crimes, como é o caso dos chamados *Judices Questionis*, que acusavam os crimes de homicídio (TOURINHO FILHO, 2010).

Na *accusatio*, a acusação iniciava o processo e somente depois dela é que a colheita de provas era feita pelo próprio acusador. As partes, em regra, tinham disponibilidade sobre o processo, possuindo liberdade para iniciá-lo de acordo com sua conveniência. O processo, chamado de *accusatio*, iniciava-se através da *postulatio* (proposta de acusação), que era analisada pelo *quaesitor*, pessoa responsável por avaliar se o fato constituía crime e se não havia empecilho para a admissão da demanda. Se aceita, ocorria a *inscriptio*, inscrição do processo no Tribunal, a partir da qual não se podia desistir do processo (TOURINHO FILHO, 2010; ALENCAR, 2012).

¹ *Accusatio* é a denominação de uma fase da república romana em que predomina um sistema de características sobretudo acusatórias, como indica Antônio Alberto Machado (2009).

Dava-se, nesse sentido, a construção de verdadeira relação processual, com os sujeitos processuais tomando papéis diferentes entre acusação, defesa e julgador. Percebe-se então a predominância do que, em tempos atuais, chama-se de princípio dispositivo (ROSA, 2014), com a atribuição às partes das principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo. Observa-se ainda que a palavra princípio, nesse contexto, deve ser entendida como fundamento ou orientação preponderante.

As partes tinham, nesse sistema, uma grande liberdade probatória, atuando como sujeitos ativos na produção das provas, com a característica marcante da não necessidade de prova dos fatos incontroversos, o que fazia com que a confissão do réu implicasse em sua condenação. Ainda prevaleceu nesse sistema a livre apreciação das provas, mas a decisão do juiz devia ser motivada (ALENCAR, 2012).

Tal sistema aponta alguns problemas, entre eles a impunidade que era constante em decorrência da disponibilidade do *jus puniendi*. Ademais, caso o infrator fosse membro da elite, havia a possibilidade de suborno ou de retaliação contra seu acusador. Em Roma, tais fatos, somados à chegada do período imperial, que demandava mais controle e imposição sobre a população, fez com que o sistema fosse sendo paulatinamente substituído pelo inquisitivo (TOURINHO FILHO, 2010).

1.2 Sistema Inquisitivo

Na Roma monárquica, antes da *accusatio*, havia a predominância da *cognitio*, que era uma forma de cognição espontânea fundada na *inquisitio*. O processo constituía um conjunto repressivo manifestado pelos magistrados, que eram investidos do chamado *imperium*, poder de discricionariedade que incluía a *coercitio*, o poder de apenar. Essa era uma fase marcada, inclusive, pela ausência de formalidades legalmente estabelecidas (ALENCAR, 2012).

A *cognitio* possuía características predominantemente inquisitórias, como é também o caso do sistema, chamado de *cognitio extra ordinem*, que paulatinamente substituiu a *accusatio* e que predominou e ganhou força no período imperial. Além disso, manifestou-se também na idade média e perdurou até o período absolutista (MACHADO, 2009).

Esse sistema aperfeiçoou-se com o direito canônico, assim sendo desenvolvido para atender aos interesses da Igreja e daqueles que comandavam a sociedade, por

meio da centralização do poder repressivo e da atuação *ex officio*, sem qualquer necessidade de manifestação por parte do lesionado (TOURINHO FILHO, 2010).

Trazia, na sua base, a ideia de não deixar que a impunidade ocorresse, como se dava no acusatório privado em razão da disponibilidade percebida naquele sistema. O Estado então reivindicava e monopolizava o poder de reprimir práticas delitivas. Não existia imparcialidade, pois o juiz, representante do Estado, detinha a função de acusar e julgar, o que fazia com que se tornasse verdadeiro centro do processo (RANGEL, 2018).

Nesse sentido, é correto afirmar que, no procedimento inquisitivo, não há relação jurídico-processual, uma vez que o processo reflete a submissão do indivíduo ao Estado e a ampliação dos poderes de sujeição estatal. Isto posto, observa-se que o réu se transforma em objeto da instrução criminal (MARQUES, 2001).

O julgamento era feito com a sobreposição do juiz sobre a pessoa do acusado: o juiz acusava, defendia e julgava. O procedimento deveria ser escrito e secreto, e não se admitia contraditório e tampouco ampla defesa. O sistema de provas, por sua vez, era tarifário, o que implica nas provas terem valor legalmente estabelecido. Ademais, a prisão preventiva era regra e a decisão jamais transitava em julgado, podendo sempre ser reaberto o processo (CARVALHO, 2009). Em tal cenário, a confissão figurava como elemento suficiente para a condenação, permitindo-se até mesmo a tortura para sua obtenção. Assim, é comum nos procedimentos que possuem características inquisitivas que o interrogatório do acusado constitua o ponto central do processo (ALENCAR, 2012).

Com a ressalva da Inglaterra que, em razão da Magna Carta, já adotava desde 1215 um sistema acusatório, na Europa, mais especificamente na França, houve a secularização. Esta representou a transformação do sistema inquisitório, até então de responsabilidade do direito canônico e dos Tribunais de Inquisição, em um sistema inquisitório laico, ou pelo menos que retirasse da Igreja a responsabilidade pelo processo, entregando-a ao Estado (CARVALHO, 2005).

A secularização foi ocasionada pela constatação do médico Jophannes Wier, em seu livro *Daemonum et incantationibus et Veneficis* (1563), de que determinados crimes ditos de bruxaria seriam na realidade manifestações de doenças que podiam ser tratadas ao invés de punidas. Tal entendimento fez com que sucessivos casos, que outrora seriam entendidos como interferências diabólicas, passassem a ser

encarados como enfermidades pelos Tribunais. A exemplo disso, podem ser consideradas as crises epiléticas (CARVALHO, 2005).

Ressalta-se ainda que parte da doutrina entende que o sistema inquisitório não poderia ser classificado como processo, tendo em vista que o conceito de processo implica que seus integrantes sejam sujeitos de direito. Além do mais, alega-se que o processo acusatório seria, na verdade, uma expressão redundante em razão de ambas as palavras representarem a mesma coisa (MACHADO, 2009).

No Brasil, destaca-se que o processo penal teve seu início no período colonial, época em que a elite gozava de privilégios e usava seu dinheiro para se livrar das penas atribuídas. Nesse contexto, o sistema usado era o sistema inquisitivo, dada a regulação das legislações portuguesas (CARVALHO, 2009). As Ordenações Filipinas foram as que tiveram vigência por maior período, vigorando no Brasil por mais de dois séculos (MACHADO, 2009).

Somente após a independência e com a outorga da Constituição de 1824, especialmente em decorrência da adoção das ideias do liberalismo, ocorreu a substituição do sistema inquisitivo com o advento do Código de Processo Criminal de 1832 (MACHADO, 2009). Nesse ponto, a doutrina diverge sobre qual teria sido o sistema que teria substituído o inquisitório com a chegada do Código de 1832. Enquanto uma parte sustenta que seria um sistema acusatório, como é o caso de Antônio Alberto Machado, outra parte assegura ter se tratado de um sistema misto, como opina Djalma Eutímio de Carvalho.

Todavia, do ponto de vista formal, o Código de Processo Criminal de 1832 era realmente liberal e possuía clara inspiração no Código Penal Francês. Ele traz, em conformidade com a Constituição de 1824, a primeira previsão expressa no ordenamento brasileiro do *habeas corpus*, um dos mais clássicos instrumentos na defesa da liberdade (MACHADO, 2009).

As disputas políticas entre o Partido Liberal e o Partido Conservador (Partido Português), que ocasionaram, em 1831, a renúncia de Dom Pedro I, levaram a um enrijecimento do poder da Coroa e promoveram uma forte reação às ideias liberais por parte da monarquia. Esses conflitos também foram responsáveis pelo golpe da maioria, através do qual Dom Pedro II assumiu o trono brasileiro, e pelos movimentos da Sabinada, Cabanagem, Farroupilha, entre outras instabilidades que aconteceram durante o período de Regência (MACHADO, 2009).

Tal reação culminou na reforma processual penal de 1841, que retirou os poderes instrutórios do Juiz de Paz e os atribuiu ao juiz municipal e ao chefe de polícia, que eram nomeados pelo poder central, marcando assim um regresso a um sistema de características inquisitivas. Observa-se que esse período inquisitivo ficou conhecido como policialismo judiciário e durou aproximadamente trinta anos (MACHADO, 2009).

É com a retomada da força das ideias liberais, em 1871, que o país passa por uma nova reformulação processual penal que rompe com o policialismo e abandona definitivamente o sistema inquisitivo. Com a proclamação da República e a consequente Constituição Republicana de 1891, incumbe-se aos estados a outorga de legislar sobre processo penal. Alguns estados realmente estabeleceram códigos próprios, mas a maioria continuou usando o Código Penal do Império (MACHADO, 2009).

Com isso, a divisão por estado foi extinta, considerando-se o advento da Constituição de 1934, que reestabelece a unidade processual. Assim, a partir da chegada da Constituição de 1937, edita-se o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente (CARVALHO, 2009). Esse Código, editado durante o Estado Novo, sob o governo de Getúlio Vargas e sob a atmosfera autoritária e fascista que marca esse período brasileiro, é quase como uma cópia do código vigente na Itália fascista de Benito Mussolini, chamado de Código Rocco (MACHADO, 2009).

O Código de 1941, por conseguinte, tem caráter acusatório, mas possui e ainda possui fortes traços inquisitórios, entre eles a instauração de procedimento *ex officio* para as contravenções penais, bem como a prisão preventiva compulsória para alguns delitos, institutos esses já extintos, e a tariffação de provas, presente atualmente no art. 158, que estabelece a necessidade de exame de corpo de delito para a comprovação da infração, quando esta deixar vestígios.

Por fim, com a Constituição Federal de 1988, confere-se ao Ministério Público a titularidade da ação penal e abole-se o procedimento *ex officio* nas contravenções penais, em vigor até o momento (CARVALHO, 2009). A partir daí, torna-se obrigatório ao Ministério Público propor a ação penal quando houver indícios de crime.

1.3 Sistema Misto

Com a polinização das ideias do Iluminismo, entra em decadência na Europa o sistema inquisitivo. Em 1789, em razão do ápice da Revolução Francesa, inspirada nas ideias iluministas, o sistema inquisitivo é substituído na França pela importação de determinadas técnicas processuais inglesas e adoção do sistema acusatório. Esse sistema, ressalta-se, seria adotado por pouco tempo, já que o processo revolucionário em si modificou por diversas vezes as leis francesas e a forma como se dava o processo punitivo (CARVALHO, 2005).

O surgimento do Código de Instrução Criminal da França de 1808, chamado de Código de Napoleão, inaugura então na França o sistema misto. Nesse sistema, o processo se caracteriza por unir características dos dois sistemas anteriores e por ser um sistema bifásico, em que a fase de investigação (primeira) é presidida por um juiz de instrução e não se verifica a possibilidade de contraditório, sendo ainda um procedimento secreto e escrito. Na segunda, a fase de julgamento, tem-se a presidência de outro juiz, estando presentes o contraditório e a ampla defesa (NUCCI, 2016).

Ainda no século XIX, com base em ideais liberais, foram feitas severas críticas aos resquícios inquisitivos presentes no sistema misto. Esse movimento crítico terminou causando o surgimento de alguns dispositivos processuais, que não tiraram por completo as características inquisitórias daquele sistema, mas que permitiram uma participação da defesa já na fase de inquérito. As garantias, assim, asseguradas aos réus, marcaram o começo da transição para um sistema acusatório de acusação pública.

Destaca-se ainda que, em 1935, a França restaurou o sistema misto e que, atualmente, esse é o sistema que predomina em quase todas as legislações na Europa (TOURINHO FILHO, 2010).

1.4 Sistema Acusatório (Acusação Pública)

No sistema acusatório de acusação pública, como adotado no Brasil, existe a perseguição penal por parte do ofendido. Nesse contexto, a classificação em dois sistemas acusatórios se dá em face da perseguição ser feita majoritariamente por particulares (vítima ou qualquer do povo) ou por órgão designado especificamente

para a realização dessa perseguição. Recorda-se aqui o fato trazido por Tourinho Filho (2010), que aponta que, em Roma, existiam determinados crimes cuja perseguição era feita por entes públicos.

Esse segundo tipo de sistema acusatório se assemelha ao primeiro, embora tenha seu diferencial na criação de um órgão permanente de acusação, o Ministério Público. No Brasil, pelo menos, esse órgão não tem disponibilidade sobre o processo, devendo oferecer denúncia quando houver indícios de crime e não podendo desistir da ação interposta (POLASTRI, 2016). Tal aspecto trata do princípio da obrigatoriedade, que revela a obrigação de que a ação penal seja proposta caso estejam presentes elementos suficientes para indicar a autoria e a materialidade.

O direito estadunidense, por sua vez, adota o princípio da oportunidade no sistema acusatório, em que a acusação é uma faculdade do Ministério Público que faz um real juízo de conveniência sobre a ação penal (CAEIRO, 2000). A adoção do princípio da oportunidade, aliás, permite nos Estados Unidos a criação do *plea bargaining*, instituto que oportuniza uma verdadeira negociação entre acusação e indiciado e que será aprofundado em momento posterior deste trabalho.

No tocante às investigações no sistema acusatório, como se encontram hoje, essas acontecem antes do processo, diferentemente do que se percebe no sistema inquisitivo, em que o julgador investiga e, após a colheita de provas, faz seu julgamento, tudo dentro do processo (TOURINHO FILHO, 2010).

Destaca-se, entretanto, que no Império Romano, com o desenvolvimento da *cognitio extra ordinem* e com o conseqüente abandono do sistema acusatório, as primeiras informações dos casos eram levadas aos Magistrados por funcionários incumbidos dessa função, excepcionando assim a regra da produção probatória exclusivamente processual no sistema inquisitivo (TOURINHO FILHO, 2010).

Incontestavelmente, dentre os apresentados, esse sistema é o que mais promove garantias ao réu ou ao indiciado. Nele são asseguradas às partes garantias processuais como a igualdade, o contraditório e a ampla defesa (LOPES JR., 2018). Ademais, adiciona-se a essa ideia a observação de Paulo Rangel (2018, p. 49) sobre os traços do sistema acusatório:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat iudex ex officio); b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB e art. 792, § 1º, e art. 481,

ambos do CPP); e) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei nº 11.690/2008 e art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

Ressalta-se que a doutrina não é uníssona ao caracterizar o sistema brasileiro como um sistema acusatório, pois há quem diga que o sistema seria misto. Todavia, majoritariamente, entende-se o sistema brasileiro atual como acusatório, ainda que não se trate de um acusatório puro. Como exemplo, tem-se Fernando da Costa Tourinho Filho (2010), que defende que o sistema nacional é caracterizado por ser um sistema acusatório com vestígios de inquisitivo.

O processo acusatório caracteriza-se então pelo contraditório, pela publicidade de seus atos, por um regime probatório racional, pela isonomia entre as partes e, “[...] principalmente, pela obrigatoriedade de se instaurarem processos com acusações formalmente bem delineadas, com o campo da imputação bem definido” (MACHADO, 2009, p. 8).

Faz-se mister esclarecer que o que se pretende com essa exposição não é buscar uma legitimação no passado para o sistema acusatório como ele se encontra hoje, mas sobretudo demonstrar que sociedades que prezam mais, a seu modo, pela liberdade dos indivíduos, tendem a adotar um sistema acusatório.

Demonstra-se, por conseguinte, que, no sistema acusatório, caso não seja adotado o princípio da oportunidade, como se deu em alguns países de Common Law, caso dos Estados Unidos, a forma de alguém ser levado a responder por um crime é através de um processo, em que há uma acusação inicial. Desse modo, esse cenário reflete o princípio da obrigatoriedade da ação penal, básico e fundamental para esse sistema.

Assim, o sistema acusatório denota a proteção às liberdades negativas, buscando a limitação do poder estatal para que esse não se choque com os direitos e garantias que são, no ordenamento jurídico brasileiro, constitucionalmente asseguradas. O direito de liberdade, de igualdade, a garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, são positivados na Constituição no seu art.

5º e traçam diretrizes que se manifestam no sistema acusatório com a paridade de armas, a imparcialidade do juiz, com a consequente separação de funções, e que, de forma clara, implicam na necessidade obrigatória da ação penal.

Vale lembrar a lição de José Frederico Marques (2001, p.21), quando diz que o processo penal é a aplicação dos princípios constitucionais, assim sendo e pelas garantias acima listadas deve ser consagrado pelas leis brasileiras “o sistema acusatório, e repelir, por isso mesmo, o procedimento inquisitivo”.

2 OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é dotado de algumas características que, por vezes, têm um caráter de princípio. Assim, torna-se necessário compreender o que seria de fato o princípio. Quanto a essa questão, Coutinho (1998, p. 1-2) define princípio como sendo o “[...] início, a origem, a causa, a gênese” e, ainda, o “[...] motivo conceitual da teoria geral do processo penal”.

O autor descreve que esse motivo conceitual não possui um significado, mas que é algo primordial. A fim de explicar esse fator que antecede a teoria geral do processo penal, ele compara tal motivo ao mito, com uma abstração, e, a fim de tornar clara a ideia de mito, cita como exemplo a *Grundnorm* da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Para Kelsen (2009), a norma fundamental (*Grundnorm*) de um ordenamento jurídico positivo é, na verdade, uma regra que dita a produção das demais normas do ordenamento, tratando-se assim de um começo para a criação da norma jurídica, um fato fundamental. Semelhante a essa observação, tem-se a ideia do princípio como motivo conceitual, aspecto já mencionado.

O conceito de princípio, todavia, não se restringe a isso. O processo penal, em sua acepção democrática, legitima-se e fundamenta-se por meio da “instrumentalidade constitucional”, através da qual o processo seria um instrumento de eficácia de um “sistema de garantias mínimas” (LOPES JR., 2018, p. 57) do qual fazem parte os princípios.

Assim, pode-se conceber que os princípios compõem efetivamente esse sistema, que também pode ser chamado de “devido processo”, servindo-o como formas de limitação e, ao mesmo tempo, de legitimação do poder de punir (LOPES JR., 2018). Retoma-se, nesse ponto da exposição, a ideia de “significante” trabalhada por Alexandre Morais da Rosa (2014), já citada ao longo deste trabalho, por também incluir os princípios.

Além disso, merece atenção o entendimento de Norberto Bobbio (1995), hoje majoritariamente aceito pela doutrina, de que princípios são normas fundamentais ou generalíssimas do ordenamento. Em face disso, é comum a tomada de decisões judiciais somente com base nos princípios, ainda que existam decisões e até mesmo leis que desobedeçam ou desconsiderem os princípios. Algumas delas, inclusive, serão discutidas aqui em momento oportuno.

Destaca-se ainda que mesmo os princípios implícitos têm caráter de norma. A respeito disso, percebe-se que, nos princípios expressos, a caracterização é intrínseca, levando em conta que esses estão positivados no texto normativo. Figuram, por conseguinte, além do princípio, como regra jurídica (BOBBIO, 1995).

Os princípios revelam, em sua maioria, verdadeiros direitos e garantias diretamente relacionados à condição humana. Esses direitos, quando positivados no âmbito constitucional do ordenamento nacional, são chamados de direitos fundamentais. Por outro lado, a expressão “direitos humanos” é usada para se referir a esses direitos quando positivados no plano internacional, ainda que a essência de ambos seja a mesma (MENDES; BRANCO, 2015).

Tais direitos fundamentais se caracterizam por não serem absolutos, pois têm, como já referido, valor diferenciado a depender da época e do lugar em que se inserem. São inalienáveis, ou seja, estão excluídos de quaisquer atos de disposição, jurídica ou material, o que “[...] significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 15). Desse modo, esses direitos ainda possuem aplicabilidade imediata.

Dentre os vários princípios e direitos que existem, alguns se mostram mais relevantes que outros para o presente trabalho. Nesse sentido, tem-se como uma das maiores formas de controle do arbítrio estatal, com o fim de garantir a regulação do processo e o respeito aos demais princípios e garantias fundamentais, o princípio do devido processo legal.

2.1 O devido processo legal

O devido processo legal tem origem no direito anglo-saxão e possui caráter substancial (*substantive due process of law*), tendo se desenvolvido ao longo de 800 anos. Seu marco inicial vem com a limitação do poder monárquico na Inglaterra, oficializado na Magna Carta Inglesa de 1215 d.C. Considera-se ainda, antes disso, um decreto feudal denominado Édito de Conrado II de 1037 d.C., na Alemanha, no qual primeiro se registra a regra de que até mesmo o imperador estaria submetido às leis imperiais, sendo esse um marco na diminuição do arbítrio monárquico. Tal decreto, inclusive, inspirou a Magna Carta (ROSA, 2014; DIDIER JR., 2015).

Ademais, é na Carta (1215) que primeiro se disciplina a necessidade de um julgamento para que seja possível a restrição de direitos. A sua cláusula 39 afirma a impossibilidade da prisão, privação de direitos ou de propriedade de qualquer homem livre sem que haja o julgamento legal por seus iguais ou pela lei, sendo o dispositivo até hoje válido no Reino Unido.

Salienta-se aqui que o termo *due process of law* é usado desde 1354 d.C., a partir do governo do Rei Eduardo III. O princípio do *due process* é adotado também na América do Norte, ainda quando colônia, em suas cartas coloniais, e é reiterado na 5ª Emenda de 1791 e na 14ª de 1868, ambas concernentes à Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e válidas até hoje.

No Brasil, o princípio de origem inglesa é positivado pelo ordenamento brasileiro na Constituição Federal de 1988, quando essa dispõe que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). O devido processo legal é ainda adotado em vários outros ordenamentos, fazendo parte até mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, p. 3), que o evidencia em seu art. XI, nº 1:

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

No direito processual brasileiro, o valor que muitas vezes é dado ao devido processo legal (*due process of law*) é de simples procedimento estatal para a restrição de direitos. Compactua-se aqui com o entendimento de Alexandre Morais da Rosa (2014) quando argumenta que tal concepção é abusiva e ingênua.

Nesse sentido, esclarece Didier Jr. (2015) que a expressão *Due Process of Law* traz a palavra inglesa *Law* no sentido de *Direito* e não no sentido de lei *stricto sensu*. Isso implica num dever de conformidade processual relativo a todo o direito e não só à lei, em seu sentido estrito de legislação, o que inclui inevitavelmente os princípios.

A expressão “devido”, por sua vez, se ressignifica com o tempo. Existem diferentes concepções que lhe são aplicadas em razão do contexto sociopolítico em que está inserida. Assim, num contexto de proibição ao retrocesso dos direitos fundamentais conquistados, a expressão, cada vez mais, denota esses direitos e garantias fundamentais, não se tornando completa quando os desrespeita. Isto posto,

é correto caracterizar como ilegal, por exemplo, um processo que ocorra sem contraditório, por se tratar também de afronta ao devido processo legal (DIDIER JR., 2015).

Além disso, o termo “devido”, quando unido ao termo “legal”, demonstra, relativamente às garantias, a sua indispensabilidade no âmbito processual. Tanto na legislação, tendo que é por meio de um processo que as leis são criadas, então sua criação e seu conteúdo devem estar em conformidade com os princípios gerais do direito, quanto no processo, a ser aplicado na resolução do litígio cotidiano, que deve respeitar o ordenamento como um todo, com especial atenção às garantias (LUCON, 2002; DIDIER JR., 2015).

Numa concepção contemporânea, a acepção substancial do devido processo, também chamada de material pela doutrina, é em si uma garantia que limita legitimamente o poder estatal. A substancialidade do *due process* censura, inclusive, a legislação e declara ilegítimas as leis que violam os pilares e os fundamentos do regime democrático (LUCON, 2002; MACHADO, 2009).

É, portanto, correto afirmar que o devido processo legal em seu caráter substancial diz respeito à limitação ao exercício do arbítrio estatal, bem como que autoriza o questionamento pelo julgador ou intérprete sobre a razoabilidade da legislação e a sua justiça (LUCON, 2002). Sobre esse princípio, Didier Jr. (2015, p. 66) descreve o seguinte:

É preciso observar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1.988) e dar tratamento paritário às partes do processo (art. 5º, I, CF/1.988); proíbem-se provas ilícitas (art. 5º, LV I, CF/1.988); o processo há de ser público (art. 5º, LX, CF/1.988); garante-se o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/1.988); as decisões hão de ser motivadas (art. 93, IX, CF/1.988); o processo deve ter uma duração razoável (art. 5º, LXXVI II, CF/1.988); o acesso à justiça é garantido (art. 5º, XXXV, CF/1.988) etc. Todas essas normas (princípios e regras) são concretizações do devido processo legal e compõem o seu conteúdo mínimo.

Percebe-se que todas essas concretizações do devido processo legal devem conviver e são seu conteúdo mínimo, uma não podendo ser sacrificada para a aplicação da outra, ainda que haja um aparente conflito. Os princípios possuem “[...] um sentido e um alcance mínimo, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 150), tendo em vista que esse núcleo é inviolável e que sua abrangência pode não ser objetivamente determinada, situação

em que o intérprete entra em cena para delimitar tal aplicação. No direito brasileiro, a proteção a esses núcleos mínimos se dá através do controle de constitucionalidade.

Na concepção de Luigi Ferrajoli (2002), esses princípios garantistas formam “[...] um sistema coerente e unitário” (p. 30) que serve como maneira de assegurar uma máxima racionalidade do julgamento e criar assim uma confiança nesse julgamento. Configura-se, portanto, como limitador do poder de punir do Estado e protege contra a arbitrariedade, trazendo legitimidade para o próprio sistema.

As características intrínsecas ao devido processo legal guardam, portanto, grande semelhança com aquelas do sistema acusatório, não se podendo falar em processo acusatório sem se falar em devido processo legal. Este representa ainda verdadeira garantia subsidiária e geral, sendo, em muitos casos, usado como base única para tomada de determinadas decisões, sem que haja necessidade de se fazer qualquer menção à garantia dele decorrente ou sequer de garantia que possua maior especificidade (MENDES; BRANCO, 2015).

Torna-se relevante destacar uma conclusão que, por ser demasiadamente lógica, pouco é mencionada: o fato de que o devido processo legal denota obviamente a existência de um processo, devendo assim haver um conflito demandado, principalmente na esfera penal, que sempre lida com direitos indisponíveis, cuja apreciação não é discricionária. Isso leva a concluir que, além do que já foi mencionado, o devido processo legal implica também e de forma muito contundente no princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ressalta-se que o Direito é uma unidade baseada na lógica, e isso significa dizer que não deveriam existir contradições entre as normas. Elas formam, na verdade, um sistema jurídico, situação que não é diferente no que tange aos princípios. Porém, ao contrário do que ocorre com as normas, os princípios não dão lugar um ao outro no caso concreto, eles se harmonizam. Deve-se assim almejar que esses princípios se conciliem, não se sacrificando um em prol de outro, de forma que o núcleo essencial de cada um seja preservado (CERNICCHIARO, 2005; MENDES, 2015).

Logo, não há como dissertar a respeito do devido processo sem que ele seja célere e eficiente. Entretanto, o que não se pode fazer em prol da celeridade e da eficiência é ignorar completamente outros princípios que o compõem tão intrinsecamente, como é o caso da própria obrigatoriedade. Assim, consiste em erro que, em prol de oferecer uma resposta rápida, elimine-se o próprio processo.

2.2 O contraditório e a ampla defesa

Derivados do devido processo legal e da igualdade, os princípios do contraditório e da ampla defesa são de adoção mandatória em qualquer país que preze pela liberdade de seus cidadãos. Esses princípios são previstos pela Constituição Federal de 1988, quando esta garante “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

Essas garantias, que possuem entre si extrema relação, englobam em seu âmbito de proteção a pretensão de uma tutela jurisdicional, o direito de presença em audiência do acusado, a defesa técnica mandatória, o direito de manifestação, o direito de informação no que tange ao objeto do processo e a oportunidade de ter seus argumentos contemplados pelo julgador, que deve ser imparcial (MENDES, 2015). As garantias não se aplicam, em regra, à fase de inquérito, pois se trata de fase anterior ao processo. Todavia, entende o Supremo Tribunal Federal que determinados aspectos do contraditório e da ampla defesa devem ser preservados mesmo nessa fase, e assim se dá com o direito de amplo acesso aos elementos de prova já documentados, conforme previsto na Súmula Vinculante 14 (2009).

As referidas garantias se revelam na necessidade de dar ao réu a possibilidade de expor suas razões, de confrontar as provas e ainda de lhe possibilitar a comprovação da sua versão dos fatos. Por conseguinte, o contraditório se funda no conflito, na contraposição das partes e conduz à igualdade de armas (LOPES JR., 2018).

Até o momento, não se apresentou uma distinção clara entre os dois princípios. A doutrina clássica realiza tal distinção, mas é impossível falar em ampla defesa sem contraditório, o que faz com que muitos autores se refiram ao contraditório incorporando nele a ampla defesa.

Para parte da doutrina, a distinção é válida, como se percebe pelas considerações de Didier Jr. (2015). O autor argumenta que o contraditório representa o direito que a parte tem de participação processual (contraditório em sentido estrito) e de influenciar na decisão a ser tomada pelo julgador.

A ampla defesa reporta-se a um dos aspectos do contraditório, sendo o direito de produzir provas, alegações e defesa no sentido de influenciar o juiz, situação que assegura à parte o direito de reagir contra as alegações formuladas contrariamente a

seus interesses. Isso configura o coletivo de meios com o intuito de exercitar o contraditório (DIDIER JR., 2015).

Observa-se que todas as posições são válidas, tendo em vista que a conceituação, seja de forma separada ou conjunta, chega à mesma conclusão de que as garantias preservam o direito de manifestação e de informação no que concerne aos atos processuais, bem como resguardam o direito de influenciar a decisão em pé de igualdade perante um juiz imparcial.

Novamente, ressalta-se que a existência de um processo é inerente ao exercício das garantias. Desse modo, um processo se dá perante um magistrado, que, ao exercer sua função, procura afirmar a plena aplicação de tais garantias em todos os atos processuais, seja em uma perícia em que se proporciona às partes a oportunidade de manifestação sobre os seus resultados, seja na presença do acusado em audiência para que ouça e possa contraditar o que foi posto pelas testemunhas de acusação (LOPES JR., 2018).

Assim se legitima o Poder Judiciário, por meio da sua função garantidora de direitos fundamentais relativos à propriedade, à vida, à liberdade e a um julgamento justo, imparcial e isonômico, proferido sob contraditório em um devido processo legal.

2.3 A paridade de armas e a presunção de inocência

A paridade de armas, também denominada de princípio da isonomia processual, é essencial para a concretização do contraditório e da ampla defesa, derivando-se diretamente do princípio da igualdade previsto em nosso ordenamento, no art. 5º da Constituição Federal (MACHADO, 2009).

Trata-se de um princípio pouco desenvolvido nos manuais, já que seu conteúdo e aplicação são de caráter bastante intuitivo. A isonomia processual denota justamente o que o nome sugere, isonomia entre as partes na relação processual, não sendo possível preterir uma parte em detrimento da outra. Nesse contexto, ambas devem receber tratamento igualitário que garanta os mesmos direitos e oportunidades (MACHADO, 2009).

Segundo indica Antônio Alberto Machado (2009), o processo penal brasileiro só consegue de fato atingir uma igualdade processual na sua acepção formal. A grande maioria dos réus, oriundos de classes desprivilegiadas, não possuem os meios para o estabelecimento de uma defesa efetiva, nem possibilidade de realização de

perícias ou contraposição às provas. Por conta disso, a isonomia, em alguns pontos, chega a ser mitigada, devido ao princípio do *favor reus*², a fim de se tentar, sem sucesso, que tal igualdade material seja atingida, como é o caso da Revisão Criminal possibilitada somente ao réu e dos embargos infringentes e de nulidade (MACHADO, 2009).

A falta de sucesso se dá em razão do Ministério Público ter a seu alcance todo o aparato estatal para formar sua acusação, enquanto que o réu hipossuficiente, assistido pela defensoria, não consegue, na maioria das vezes, recorrer das decisões e, muito menos, alcança que seu caso venha a ser apreciado em sede de revisão criminal.

Como clara demonstração disso, o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (2009)³ reportou que a Defensoria Pública do Estado de Alagoas, no ano de 2008, ajuizou 9 recursos especiais e 17 pedidos de *habeas corpus* ao STJ, enquanto que o total de ações em que o órgão atuou naquele ano somou 10.082, entre cíveis e criminais. Já o Estado da Paraíba, com 4000 ações criminais propostas ou respondidas no mesmo ano pela Defensoria Pública, teve apenas 1 *habeas corpus* interposto no referido período de tempo e não informou o número de recursos especiais que foram propostos.

A presunção de inocência, por sua vez, implica que ninguém seja considerado culpado sem um julgamento justo que termine em condenação. No Brasil, a Constituição Federal eleva esse princípio ao afirmar ainda, de maneira muito sensata, que o julgamento deve ter trânsito em julgado. Decorre desse princípio o ônus da prova da acusação e o direito de não autoincriminação do réu, que impedem que o réu seja obrigado a produzir provas contra si e impõem que a acusação deve ficar encarregada da demonstração de culpa, não o acusado (MACHADO, 2009).

O Supremo Tribunal Federal relativizou o princípio, permitindo o cumprimento provisório de pena a partir da condenação em segunda instância, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 e das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

² Princípio que firma a interpretação e a aplicação das normas processuais sempre na forma mais favorável aos interesses do réu.

³ Existe Diagnóstico mais recente da Defensoria Pública, datado de 2015, mas nesse documento não foi feito o levantamento da quantidade de recursos ou de *habeas corpus*. Em nenhum dos levantamentos foi informado o número de revisões criminais ajuizadas.

Isto posto, destaca-se que a matéria ainda é amplamente discutida, apesar de a vedação à autoincriminação e o ônus da prova de responsabilidade da acusação se manterem válidos.

2.4 O princípio da necessidade e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

Como já discutido, o processo é o caminho necessário para alcançar a pena e, principalmente, é o âmbito de aplicação das garantias, tornando-se condicionante do caminho que deve ser tomado no exercício do poder punitivo estatal. Tal panorama seria, na muito acertada observação de Aury Lopes Jr. (2018), a essência do princípio da necessidade.

O direito penal, por sempre tratar de direitos indisponíveis, não permite a solução por via extrajudicial, o que configuraria seu marco diferenciador do direito civil, que acontece todos os dias sem ajuizamento. O ajuizamento no direito civil, aliás, só se dá na existência de uma lide. Assim, o direito penal não se efetiva fora do âmbito estatal, ou seja, fora do processo (LOPES JR., 2018).

Desse modo, estabelece-se que o processo é sempre necessário no direito penal e que não se trata de simples instrumento, mas sim de verdadeiro limitador do poder estatal, representando, para o indivíduo que a ele é submetido, uma figura garantidora (LOPES JR., 2018).

Entendendo-se, por conseguinte, o processo como regra no direito penal e único âmbito em que o mesmo existe, torna-se importante relembrar a ação penal que é a porta de entrada para o processo. Esta é de caráter obrigatório para o Ministério Público quando ele estiver diante de um fato típico ilícito e culpável, com elementos mínimos de informação que sejam suficientes para comprovar a autoria e com indícios razoáveis de materialidade. Tem-se então caracterizado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que em muito se motiva pelo intuito de evitar manipulações ou influências na tomada de decisões quanto à proposição ou não da ação penal, buscando proteger a independência funcional do Ministério Público (COUTINHO, 1998).

O princípio prevê que, estando presentes as condições da ação, o órgão encarregado da titularidade da ação penal não pode usar de critérios de oportunidade e conveniência para dar moção ou não a sua pretensão de punir. Esse princípio se

contrapõe diretamente ao princípio da oportunidade, aplicado em âmbito nacional somente nas ações de natureza privada (NUCCI, 2016).

Logo, esse princípio não tem previsão expressa na legislação nacional, ao contrário do que acontece em outras legislações, como a italiana. Entretanto, é possível inferir a sua aplicação em diversos dispositivos da legislação, a exemplo do art. 24 do Código de Processo Penal, de 1941 (BRASIL, 1941), que possui a seguinte disposição:

Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Observa-se que o código é imperativo em afirmar que a ação “será” promovida, não se tratando assim de uma voluntariedade. Desse modo, o Ministério Público age em nome da sociedade que representa, sendo esse mais um motivo pelo qual ele não pode dispor da ação (TOURINHO FILHO, 2010).

Isso posto, chama-se atenção para um aspecto do princípio da obrigatoriedade de extrema importância: o fato desse princípio assegurar que o processo ocorra. Concebendo-se o processo como garantidor de direitos e garantias fundamentais, avaliar a sua ocorrência é essencial, ainda que o fato de um indivíduo estar sendo processado criminalmente carregue certo estigma.

Pior seria se a aplicação da pena, seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa, ocorresse sem que fossem fornecidas à parte todas as garantias aqui mencionadas, inclusive a oportunidade de sair inocentada, já que muito mais estigma carrega o cumprimento de uma pena. Ademais, o princípio implica em um dever ao Estado, que deve buscar a punição caso exista fato que leve à penalização, tendo o direito penal caráter objetivamente corretivo. Isso significa que não se está fazendo um favor ao réu quando se relativiza a obrigatoriedade, até porque, como se demonstrará mais adiante, não se deixa de aplicar a pena.

O princípio da obrigatoriedade gera o princípio da indisponibilidade, que está presente de modo a impedir o membro do Ministério Público de desistir da ação depois de proposta, o mesmo se aplicando aos recursos. Quando o Ministério Público propõe a ação penal, ele provoca o Estado-juiz não só para a prestação de tutela jurisdicional satisfativa, mas também para o cumprimento de seu papel de garantidor (RANGEL, 2018).

Salienta-se ainda o fato de que o arquivamento não é discricionariedade do *Parquet*, pois a lei determina os casos de arquivamento. Assim, entende-se que a problemática se encontra na legislação, uma vez que o Ministério Público ao agir obedecendo a lei não age de maneira errada. É o papel dele ser *custos legis* (fiscal da lei), e não seria razoável requerer do fiscal do correto cumprimento da lei que a descumpra.

A lei 9.099/1995, traz previsão em seu art. 76 de uma proposta de transação penal que, ao contrário do que uma minoria da doutrina entende, mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Não se pode entender que a obrigatoriedade da ação penal é respeitada quando se está lidando com um instituto que é firmado antes do oferecimento dessa ação penal, ou seja, antes da denúncia ou da queixa. A transação penal, que será mais detalhadamente trabalhada adiante, como consequência disso, destrói qualquer aplicação do princípio da necessidade, bem como das garantias a ele inerentes.

3 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A doutrina mais clássica, acertadamente, defende que a existência de uma lide ou litígio penal ocasionada pela prática de uma infração gera, de forma inegável, um conflito entre o *jus puniendi* estatal e o direito de liberdade do acusado. Além de cerceada a liberdade de ir e vir, relativa à uma pena de prisão, também a liberdade patrimonial é afetada com a imposição de multas e, ainda, fica implicada a restrição de outros direitos. Nesse sentido, afirma Tourinho Filho (2010, p. 31):

Não é pelo fato de o Estado desejar um julgamento justo, imparcial, que deixa de existir a lide penal. O interesse do réu em não sofrer restrição na sua Liberdade, tenha ou não razão, contrapõe-se ao interesse do Estado, que é o de puni-lo, se culpado for.

Entretanto, há quem entenda, por exemplo, Eugênio Pacelli (2017), que essa concepção de lide, na acepção civilista de Francesco Carnelutti, como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, não se aplica ao processo penal. Pacelli argumenta que, por vezes, sequer existe possibilidade de resistência ou conflito entre o interesse público de punir e o interesse individual de liberdade, em razão de não haver preocupação do Estado em punir. Sob essa perspectiva, fica claro que o interesse seria algo ocasionado pela obtenção de proveito e que o Estado não obteria proveito com a punição.

Essa ideia merece ser melhor discutida, tendo em vista que, de fato, o Estado não é feito para obter proveito para si nem com o fito de possuir interesses próprios. Ele é, na concepção de Tomas Hobbes (2003), um poder comum com o objetivo de defender as pessoas da injúria e dos danos umas das outras, consequentemente almejando a paz.

De maneira semelhante, John Locke (1998), embora defenda posições diametralmente opostas àsquelas de Hobbes (2003) sobre outros conceitos, como o estado de natureza e como os relativos ao papel do absolutismo e do Estado, entende enquanto objetivo do governo civil a medição correta das punições aplicadas pelos homens aos outros, a fim de que se evite excessos que podem existir no estado de natureza. Segundo Locke (1998, p. 393), o acordo que permite a superação das inconveniências presentes no estado de natureza seria “[...] apenas o acordo mútuo e conjunto de constituir uma comunidade e formar um corpo político”.

Com isso, percebe-se que o Estado, ou, de acordo com Locke (1998), o governo civil, não tem interesses próprios. Dentro dessa compreensão, ele é criado com o objetivo de reger a vida em sociedade, seja na defesa da paz em detrimento de um estado de natureza em que o homem é o lobo de si mesmo, seja limitando as inconveniências de um estado de natureza livre e igualitário, mas, por vezes, excessivo.

Assim, não há que se discutir interesse estatal, já que o Estado não possui interesse próprio. Em suma, ele tem um objetivo, um papel a ser cumprido, e esse objetivo se coloca em oposição ao interesse do réu em ter garantido seu direito de liberdade de ir e vir, bem como patrimonial.

Portanto, constatando-se que existe de fato um litígio, a justiça penal consensual surge em contraposição a ele. Nessa situação, a parte abre mão de determinados direitos e garantias fundamentais em prol de uma resolução mais rápida do conflito, o que a acusação faz parecer mais vantajoso. Pouca é a mudança com relação aos diferentes instrumentos de justiça consensual e, geralmente, ocorre no tocante à gravidade da sanção negociada e no nível de discricionariedade conferido ao órgão acusador.

A depender dos meios consensuais presentes em cada ordenamento, o órgão de acusação pode, em negócio com o indiciado ou acusado, firmar um acordo relativo às sanções que serão aplicadas ou às medidas que por ele devem ser cumpridas (ANDRADE, 2019).

3.1 Justificativas para o consenso

O que fundamenta o consenso no processo penal são basicamente três fatores: a celeridade, a dignidade da pessoa da vítima e a eficiência, com a rápida resolução do caso (ANDRADE, 2019). Esses fundamentos são realmente alcançados com o consenso, pois o caso se resolve rapidamente quando o réu aceita o acordo e o Estado evita um processo custoso, garantindo assim a eficiência. O problema é configurado pela quantidade de outros princípios que são deixados de lado para alcançar essa eficiência administrativa, tratando-se de algo que poderia ser alcançado dentro do processo.

A lentidão no processo é indubitavelmente danosa. Nesse cenário, o Estado não consegue aplicar de maneira célere a punição, enquanto que a vítima e a

sociedade aguardam por uma resposta, o que faz com que se perca a confiança da população (MIRABETE, 1998). Entretanto, ainda mais desmerecedor de confiança é aquele Estado que trata seus submetidos sem lhes assegurar suas garantias e direitos, e, sobretudo, um Estado que pune um inocente por não tê-lo feito.

As soluções possíveis são as mais variadas, e a simplificação do processo seria a mais viável. Outra alternativa encontra-se no aumento do número de funcionários do Estado destinados à apuração e ao julgamento dos processos, o que proporcionaria a apuração de mais casos e aceleraria seu processamento.

A realidade, porém, é que medidas assim representam um caminho mais trabalhoso. Pensar em um processo mais simples e que garanta os direitos do réu não é tarefa fácil, além de que aumentar o número de julgadores devidamente habilitados para realizar tal função acaba sendo bastante custoso. Entretanto, o consenso apresenta-se como uma solução rápida e que diminui os custos processuais, ainda que se tire do acusado o devido processo e sua necessidade, a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado e a paridade de armas com a acusação.

Há quem sustente, como o faz Flávio da Silva Andrade (2019), que o consenso se fundamenta na dignidade da pessoa humana, e concorda-se com tal colocação quando essa se refere à vítima. De fato, no consenso, evita-se que a vítima tenha que, de certa forma, reviver os fatos em uma instrução e que ela tenha que estar frente a frente com seu suposto agressor.

Já quando se trata do réu, o caso parece ser outro. Sob essa perspectiva, a dignidade da pessoa humana não se coaduna com o fato de se deixar de lado os princípios dela decorrentes, como é o caso do devido processo legal, nem com a possibilidade de aplicação de uma punição, tendo em consideração que ele pode ser inocentado se submetido a um processo.

A inocência do réu parece ser de difícil concepção para os operadores do direito de uma forma geral, porém, a realidade é que o acusado nem sempre cometeu o delito. Nesse sentido, observa-se que o sistema de apuração de um delito não é infalível, assim como o sistema de justiça processual também não é. Todavia, neste último, o réu tem a oportunidade de mostrar sua versão dos fatos e de constituir provas, possibilidade que, no consenso, não é permitida.

Ressalta-se que, na doutrina, há quem classifique o consenso no processo penal em alguns tipos. De acordo com Rosimeire Ventura Leite (2009), primeiro teríamos o consenso propriamente dito, que caracterizaria uma maior adesão do réu

àquilo que é proposto pelo acusador, não havendo tanto espaço para colocação pelo indiciado ou acusado daquilo que acha ser mais adequado. Por outro lado, o negócio ou negociação seriam aqueles institutos que permitiriam que o réu, de maneira mais ativa, participasse das delimitações do que está sendo acordado.

Valendo-se dessa observação, avalia-se que, no Brasil, a justiça penal se dá em caráter menos negocial e mais consensual, uma vez que o réu é, em regra, apresentado com uma proposta de acordo pelo Ministério Público. No negócio penal, o órgão de acusação se torna verdadeiro dono da ação penal e, ainda que parte da doutrina entenda não se tratar de abandono da obrigatoriedade, o que se depreende é uma clara faculdade na aplicação, como ficará demonstrado no trato individual dos institutos.

3.2 Fatos geradores do consenso

O que é considerado crime muito se relaciona com a sociedade em que tal conceituação se insere, bem como ao tempo e às circunstâncias em que se localiza. Desse modo, é comum que determinados fatos deixem de ser considerados crimes para dar lugar a outros (SÁNCHEZ, 2013).

A criação de novos tipos penais para a defesa de interesses difusos, a criação de novas tecnologias que propiciem novas formas de ofensa a bens jurídicos, bem como o crescimento populacional ocorrido no último século, juntamente com outros fatores, como a formação da sociedade pós-industrial, a crescente busca pela segurança através do Direito Penal, o consumismo e a globalização, provocaram uma perceptível inflação no número de cometimento de delitos, chamada pela doutrina de expansão (SÁNCHEZ, 2013).

Esse aumento no número de crimes, enquanto consequência, enche os tribunais e os órgãos dos Estados, além de tornar realmente difícil a apuração dos delitos. Como forma de controlar tal efeito, o Conselho de Ministros de Justiça da Europa expediu a recomendação de nº 18 (1987, p. 223-224, tradução nossa) com a seguinte disposição:

Tendo em mente o crescimento no número de casos criminais ajuizados, e particularmente daqueles a que se imputa penalidades menores, e aos problemas causados pelo tamanho dos processos criminais;
[...]

Considerando que os atrasos na administração da justiça criminal podem ser remediados [...], com consideração tanto a sua forma quanto sua substância, através do:

[...]

- Uso das seguintes medidas quando se estiver lidando com ofensas de menor potencial:

-Procedimentos sumários,

-Acordos extrajudiciais firmados por autoridades competentes em assuntos criminais e outras autoridades intervenientes, como uma possível alternativa a persecução penal ()⁴.

Observa-se do exposto que o documento expressamente recomenda a assunção de institutos de negociação para o desfecho de casos criminais como forma de solução para o problema que se instaurou com o grande número de processos surgidos em razão do aumento da criminalidade no século XX.

A partir disso, os países europeus que adotam a *civil law*⁵, com inspiração no sistema de negociação presente nos países que adotam o *common law*⁶, como os Estados Unidos e a Inglaterra, também vem adotando instrumentos de consenso no âmbito penal. Nesse sentido, tem-se a Espanha com a *conformidad*, instituto antigo que foi potencializado em 2002, a Itália com o consenso que é representado pelo *patteggiamento*, a França com o comparecimento para reconhecimento prévio da culpabilidade, a Alemanha com os acordos, e o Brasil com a transação penal adotada com a lei 9.099/1995 (LEITE, 2009; ANDRADE, 2019).

Torna-se relevante destacar, quanto ao panorama anteriormente descrito, que os países europeus inspirados no sistema de *common law* o fizeram de maneira substancialmente diferente. Por conseguinte, não se percebe uma uniformização da aplicação do consenso penal dentro da Europa (LEITE, 2009).

A discussão acerca do tema é grande e abrange uma escala global. Andrade (2019) afirma que a justiça consensual fomenta a cooperação entre juiz, Ministério Público e defensor, que passam a buscar soluções mais rápidas para o conflito processual. Todavia, na negociação, o que existe é, na verdade, a submissão do

⁴ "Having regard to the increase in the number of criminal cases referred to the courts, and particularly those carrying minor penalties, and to the problems caused by the length of criminal proceedings; [...] Considering that delays in the administration of criminal justice might be remedied, [...] with regard to both form and substance, by: [...] - making use of the following measures when dealing with minor and mass offences: - so-called summary procedures, - out-of-court settlements by authorities competent in criminal matters and other intervening authorities, as a possible alternative to prosecution, - so-called simplified procedures;"

⁵ O sistema *civil law* de justiça adota a lei como fonte primária do direito (OLIVEIRA, 2014).

⁶ Sistema de Justiça baseado primordialmente em decisões judiciais registradas em casos decididos. Esse sistema é aplicado pelas cortes inglesas desde a Idade Média (GLENDON; LEWIS; KIRALFY, 2018).

indivíduo acusado à vontade de punir estatal que, na grande maioria dos casos, consegue aplicar a punição, evitando custos para os cofres públicos e um julgamento nos moldes substanciais do devido processo legal.

Conforme argumenta Aury Lopes Jr. (2017, 2018), o indiciado é levado ao consenso e é malvisto quando não o aceita, motivo pelo qual sua vida no processo se torna mais difícil. Cria-se um verdadeiro estigma com relação ao indivíduo que não aceita o negócio, entendendo-o como não colaborativo. Trata-se, inclusive, de um contrassenso, pois não é lógico que se queira que o indivíduo colabore com algo que vai lhe aplicar uma pena.

Na doutrina, existem posicionamentos contrários no que tange à ideia de submissão do indivíduo, mas parece ilusório achar que a negociação se dá em pé de igualdade, quando o indiciado não teve a possibilidade de produção probatória e quando se analisa o fato de que, no consenso em sentido estrito, lhe é apresentada uma proposta a qual é persuadido a aceitar. Desse modo, no negócio, ainda que o indiciado tenha a possibilidade de barganhar, a discussão se concentra sobre o quanto de pena será aplicado.

Nesse sentido, nos Estados Unidos da América, país que adota o consenso de maneira ampla, já na década de 1920, tinha-se um número de confissões e consequente punição em razão dessas confissões, chegando a 70% na maioria das cidades em que o levantamento foi feito e a 90% em outros locais. Já nas cortes federais, o número que, em 1981, era de 77%, subiu para mais de 95% em 2002 (WRIGHT, 2005). Um levantamento mais recente aponta que a porcentagem de indivíduos que se confessaram culpados para aceitar a proposta de acordo da acusação, nos casos administrados pelas cortes federais estadunidenses, aumentou desde 2002, chegando a 96,4% em 2009, número decisivamente alarmante (HOFER, 2011).

O consenso penal no ordenamento estadunidense torna-se assim, como aponta Wright (2005), uma regra, sendo o julgamento e o processamento a exceção. Como consequência disso, tal ordenamento possui a maior população carcerária do mundo. Segundo Walmsley (2018), em relatório para o *World Prison Brief*, em 2016 o país contava com uma população prisional de 2.121.600 indivíduos, enquanto que o segundo lugar, a China, contava em 2015 com uma população prisional de 1.649.804.

De acordo com dados da *World Population Prospects* (2019), organizado pela Organização das Nações Unidas, a China possui o maior contingente populacional do

mundo com uma população de aproximadamente 1 bilhão e 420 milhões de pessoas. Por sua vez, os Estados Unidos possuem uma população estimada de 329 milhões de habitantes, sendo esse um número mais de quatro vezes menor que aquele da China e, por outro lado, inferindo uma população carcerária 33,46% maior.

3.3 A tendência consensual brasileira

No Brasil, vem-se percebendo que a tendência de adoção de tais institutos só aumenta, e que isso se dá em razão do fato de que essa adoção é conveniente para o Estado, sendo verdadeiramente mais econômico e mais rápido. A inquietante consequência desse cenário pode ser encontrada na banalização de seu uso.

Em 1995, a Lei 9.099 estabelece os primeiros institutos de negociação penal no Brasil, a transação penal e a composição civil dos danos, bem como institutos a serem aplicados aos crimes de menor potencial ofensivo e criados para aplicação no âmbito do juizado especial criminal.

Em 2009, houve no Senado a propositura de um projeto de Código de Processo Penal que, em 2010, foi aprovado e encaminhado para a Câmara dos Deputados. O projeto prevê em seu artigo 283 um acordo, baseado na confissão, entre Ministério Público e réus que supostamente cometeram crimes punidos com penas de até 8 anos, para que esses tenham de pronto a aplicação da pena sem que se passe pela fase de instrução.

Além disso, em 2017, aponta-se para a existência da Resolução nº 181/2019 do Conselho Nacional do Ministério Público, com o acordo de não persecução penal no qual o órgão acusador não levaria à frente a persecução penal, caso o acusado cumprisse determinadas condições e confessasse o crime.

Mais recentemente, em 2019, apresenta-se a propositura pelo atual Ministro da Justiça da adoção de um instituto nos moldes do *plea bargain* estadunidense. O projeto de lei nº 882/2019, além de reiterar o acordo de não persecução pelo Ministério Público, dá a esse, em outro dispositivo e com a criação de um verdadeiro *plea bargaining*, poderes reais de negociação e não de consenso, juntamente com o réu para, em qualquer caso, decidir sobre a aplicação imediata da pena antes mesmo de ser ajuizada a ação e em troca, novamente, de uma confissão.

Também em tramitação, destaca-se, nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 1864, de 2019, de conteúdo idêntico àquele do projeto nº 882/2019. Percebe-se,

portanto, a adoção da negociação processual penal como padrão nas reformas e propostas.

3.4 A impossibilidade de convivência do consenso com as garantias

No seio do direito processual, sendo o princípio do contraditório corolário do conflito, da lide, o consenso mostra-se justamente como o seu contrário, estando, na realidade, representado por uma suposta convergência de vontades em que a confissão termina sendo valorada como elemento base.

Nesse contexto, Andrade (2019, p. 38-39) ressalta que, se feitas em consonância com os princípios que regem o processo penal, a convivência do consenso seria possível na esfera penal com os ideais do garantismo⁷. Ademais, o autor afirma que os espaços de consenso implicam na “[...] disposição ou no recuo voluntário de certos direitos e garantias fundamentais”.

Por sua vez, Rosimeire Ventura Leite (2009) descreve que o consenso já vem há algum tempo sendo fomentado nos ordenamentos como consequência da criminalidade de bagatela. Segundo ela, o processamento dessas pequenas infrações seria inviável para os ordenamentos, o que tornaria possível e recomendável a coexistência desses institutos com a obrigatoriedade da ação penal.

Entretanto, ao considerar-se tais afirmações, deve-se atentar para a diferença entre oposição e contradição. Na oposição, a existência em um determinado encontro de dois termos distintos é possível, pois são termos que, ainda que opostos, se colocados no mesmo espaço, conseguem manter a sua existência. Já a oposição ocorre quando esses termos se encontram por algum motivo. Pode-se assim entender cada um dos termos separadamente, uma vez que eles existem e se conservam, exista ou não a oposição (CHAUÍ, 2008).

Por outro lado, na contradição só existe a relação. Os termos só existem quando um nega o outro, e se trata de uma negação interna entre os dois termos, ou seja, o que é negado é a própria realidade de um dos termos. Como exemplo disso, Marilena Chauí (2018, p. 15) coloca “o escravo” e “o senhor”, dispondo que a

⁷ O garantismo é uma corrente doutrinária encabeçada por Luigi Ferrajoli, à qual este trabalho se filia amplamente, e que se apresenta através do entendimento do direito penal como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

contradição é a negação imposta: “[...] o escravo é o não-senhor e o senhor é o não-escravo e só haverá escravo onde houver senhor e só haverá senhor onde houver escravo”. A contradição se estabelece então entre homens em reais condições históricas e sociais.

Amplia-se esse cenário com a inclusão do Estado e dos que a ele se submetem, destacando-se assim que a relevância desses aspectos se encontra na produção e superação da contradição que movimentam e fazem acontecer a história. A superação acontece com a negação completa de ambos os termos que ocorre por meio da luta e que faz surgir uma realidade nova (CHAUÍ, 2008).

Por conseguinte, entende-se o consenso penal justamente como uma contradição aos direitos e garantias fundamentais expostos aqui como princípios. Sendo assim, não há que se falar em convivência harmônica entre esses dois institutos, pois o que existe realmente é uma negação constante. Não se pode dizer que há respeito à obrigatoriedade da ação penal enquanto se retira completamente de cena a proposição da ação, nem convivência do consenso com os ideais do garantismo pela mesma lógica.

Ademais, é importante destacar que dispor ou abrir mão de direitos e garantias fundamentais não deveria ser possível, já que é característica desses, como já exposto, serem inalienáveis, não podendo ser objeto de disposição voluntária. Porém, é justamente isso o que acontece quando se aplica o consenso na justiça penal. Entretanto, não se condena toda forma de consenso. Existe uma forma de consenso que não envolve o órgão acusador, já aplicada na justiça penal brasileira, ainda que não prevista legalmente, que se trata da concessão de nova chance nas infrações de iniciativa privada e naquelas que dependem de representação da vítima.

Esta é uma forma não oficial de consenso, em que o conciliador, em audiência preliminar de conciliação com a vítima e com o acusado, em vez de tentar realizar a composição civil dos danos, almeja apaziguar da melhor forma possível a relação que lhe é apresentada, a fim de que a vítima não ofereça queixa ou retire sua representação, o que acontece através da assinatura de termo de renúncia.

Esse sistema não oferece embaraços aos direitos e garantias do acusado. Não há necessidade de ampla defesa ou contraditório, pois o indivíduo não seria acusado de nada, nem a ofensa à presunção de inocência, tendo em vista que não ele não é punido de qualquer forma. Também não é esse o caso de ausência de devido

processo, já que o conflito se resolve na audiência entre os indivíduos envolvidos, não cabendo processo, uma vez que a ofensa deixa de causar prejuízo.

Ainda não há que se falar em descumprimento do princípio da paridade de armas, pois o Estado não controla o consenso e o conciliador auxilia as partes. Nesse tipo de situação, vítima e indiciado, no sentido de que abandonem a desavença, nada mais que isso, sem imposição de sanções, sem cogitar pagamento de valores e sem ir mais a fundo na relação entre eles, apontam para um conflito pontual como lhes foi apresentado e buscam a superação desse conflito, o que não ocorre em nenhum outro instrumento posto em prática no Brasil.

Não se pretende aqui emendar os laços que possam ter sido rompidos entre os indivíduos em comento, dada a complexidade que podem ter a depender da situação em comento, mas sim lidar com a querela que motivou a representação ou instauração do inquérito com o boletim de ocorrência, tornando-a pontual, eficaz e possível.

Se a conduta é insignificante o suficiente para que possa ser resolvida em um acordo, o caminho mais lógico seria realmente descriminalizá-la, tirá-la do âmbito do direito penal e de suas duras consequências. A louvável prática pode ser observada no juizado especial criminal da comarca de Campina Grande do Tribunal de Justiça da Paraíba.

4 OS INSTRUMENTOS BRASILEIROS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A tendência de adoção do consenso, como já se discutiu neste trabalho, não é exclusividade brasileira, uma vez que vários países de *civil law* e de *common law* aderem ao sistema de consenso para a solução de seus conflitos. Aqui, entretanto, será dado maior foco aos instrumentos brasileiros e à prática estadunidense, tendo em consideração que, espelhando-se nela, as mais novas mudanças estão sendo propostas para o processo penal brasileiro, como é o caso do Projeto de Lei nº 882/2019.

Conforme já foi exposto, o Brasil tem mostrado uma tendência para a adoção do consenso no processo penal desde o processo de redemocratização, com a Constituição de 1988. Ainda durante a constituinte, dois magistrados, Marcos Antonio Marques da Silva e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, apresentaram uma minuta de um anteprojeto de lei à Associação Paulista de Magistrados. Após a promulgação da Constituição, foi convocado um grupo de trabalho para o exame da referida proposta, que disciplinava matéria referente aos Juizados Especiais Criminais (MIRABETE, 1998).

A comissão então elaborou um projeto substituto que foi apresentado à Presidência do Tribunal de Alçada Criminal, que recebeu sugestões da Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo. O projeto foi encaminhado ao Deputado Michel Temer, que o transformou no projeto de Lei nº 1.480-D, de 1989. Foram também apresentados outros projetos disciplinando a matéria dos juizados, mas este, juntamente com o Projeto nº 3.698/1989, foram os escolhidos pelo relator da Comissão de Constituição e Justiça para serem unificados em um projeto substitutivo (MIRABETE, 1998).

Por conseguinte, o projeto foi aprovado na Câmara e levado ao Senado. Nessa casa, o projeto sofreu modificações, retornou à Câmara e foi então aprovado, sendo assim editada a Lei 9.099/1995, seis anos após seus projetos iniciais e criando os juizados especiais cíveis e criminais (MIRABETE, 1998).

4.1 A transação penal e a composição civil dos danos

A Lei 9099/1995 é regida por alguns princípios próprios que não excluem a aplicação dos princípios de ordem constitucional já referidos neste trabalho. São eles: a celeridade, a oralidade, a simplicidade, a informalidade e a economia processual.

Alguns destes princípios, ressalta-se, têm sua aplicação maximizada com a aplicação de um dos três institutos de consenso previstos na Lei, que é a figura da transação penal. No Brasil, as primeiras expressões do consenso se encontram previstos nessa Lei, além de que dois desses institutos são aplicados na audiência preliminar de conciliação realizada no rito sumaríssimo.

Na audiência preliminar, cabe ao conciliador advertir as partes sobre a possibilidade de composição civil dos danos. Esse instituto coloca os envolvidos frente a frente e busca chegar em um valor para que o acordo seja firmado e a demanda encerrada na ocasião. Isso acontece nos casos de ação penal privada ou pública condicionada e em situações em que a proposta seja aceita (LIMA, 2016).

Nesse contexto, podem firmar o acordo tanto a vítima e o indiciado quanto seus representantes e, se for o caso, também os seus responsáveis civis. Havendo discordância entre as partes e seus procuradores, o juiz ou o conciliador podem intervir a fim de que se chegue a um consenso, mas continua prevalecendo a opinião das partes (GRINOVER et al., 2005).

Observa-se que esse instituto é menos problemático do que os outros institutos de consenso em razão das negociações acontecerem entre a vítima e o indiciado, não existindo interferência estatal estrita. Uma exceção encontra-se no oferecimento do espaço de consenso, ou seja, o Estado interfere apenas proporcionando a audiência e talvez sugerindo um acordo, já que se trata de conciliação. Assim, não se trata de sobreposição do Estado ao indivíduo, pois ele não está presente na posição de negociador.

O acordo implica, a depender do caso, na renúncia do direito de queixa e na abdicação ao direito de representação, devendo ser homologado pelo juiz, que o faz numa função extrapenal. Ele não pode modificar os termos do acordo, podendo, entretanto, impedir sua ocorrência se os requisitos legais, como aqueles relativos à natureza da infração e à capacidade da parte, não estiverem presentes. Desse modo, o acordo tem a função de extinção da punibilidade, e o não cumprimento do acordo permite a sua execução na forma de título executivo extrajudicial no juízo cível (GRINOVER et al., 2005).

A diferença básica desse instituto para a concessão de nova chance é a coerência, já que a composição trata no âmbito da justiça criminal de um acordo em essência civil. A concessão, ainda que não regulamentada, tira da justiça penal uma querela que pode ser solucionada civilmente, permitindo a efetivação máxima de um importante princípio sem desrespeitar nenhum outro, que é a *ultima ratio* ou intervenção mínima do direito penal. Ela faz com que se deixe no âmbito da justiça criminal só o que realmente for matéria criminal, bem como o faz a composição, ainda que as partes negociem perante o juízo criminal.

A concessão busca nada mais do que uma renúncia quando se refere ao direito de queixa, ou a retirada da representação. Nada impede que as partes que entendam existir questões monetárias a serem resolvidas, o façam. A parte pode sair da audiência preliminar e ingressar com uma ação no juízo cível, como também pode decidir cessar o conflito com o outro indivíduo que, muitas vezes, pode não ter lhe causado prejuízo algum, como é o caso da vítima de uma injúria simples em uma discussão acalorada.

A Lei 9099/1995 dispõe também sobre o mais problemático instituto da transação penal, que está previsto no art. 76, com a seguinte redação:

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

Percebe-se, portanto, que a transação consiste num acordo firmado antes do oferecimento da denúncia e encabeçado pelo Ministério Público, em que este propõe, em uma audiência preliminar, que seja aplicada de imediato a pena, não podendo ser privativa de liberdade, mas restritiva de direitos ou de multa, evitando-se assim o processo. A doutrina caracteriza a transação como instituto cuja natureza jurídica é a autocomposição (ANDRADE, 2019).

A presença do advogado é mandatória em todo o procedimento do juizado, inclusive nessa fase preliminar de conciliação. O réu deve ser assistido por defensor, como dispõe o enunciado número 09 do Fórum Nacional de Juízes Estaduais (FONAJE), em que fica claro que a “[...] intimação do autor do fato para a audiência preliminar deve conter a advertência da necessidade de acompanhamento de advogado e de que, na sua falta, ser-lhe-á nomeado Defensor Público” (2019, s/p). Na ausência de Defensoria no local, deverá ser nomeado defensor dativo, nos termos

do art. 263 do Código de Processo Penal. Mesmo que o indiciado se recuse a nomear defensor, existirá necessidade da indicação de um, pois nisso consiste uma forma de expressão do contraditório, a obrigatoriedade de defesa técnica.

Esse aspecto, contudo, não efetiva o contraditório, já que não se tem uma acusação a ser contraditada. O que se discute é se haverá algo a ser discutido processualmente ou se a aplicação da punição já pode ser efetivada. Nesse cenário, não se aplica de fato uma defesa, entende-se que se abre mão do direito de defesa, uma vez que não se defende nada. O defensor ou advogado exerce ali o papel de conselheiro do indiciado somente. Este, por sua vez, pode, persuadido pelo promotor, simplesmente ignorar o conselho que o defensor lhe oferece e aceitar a transação.

Vale lembrar que direitos fundamentais como o contraditório são indisponíveis. Isso se dá justamente por sua primeira dimensão ser limitadora do poder estatal, protegendo assim as liberdades dos cidadãos (MENDES; BRANCO, 2015). A partir do momento em que se deixa o indivíduo dispor desses direitos, retira-se o freio do poder do Estado e a tendência é que essa disposição de direitos se desenvolva, como pode ser percebido na aplicação do consenso no direito brasileiro.

O FONAJE (2019) afirma, em seu enunciado nº 111, que deve ser assegurada a ampla defesa durante a transação penal. Esse, entretanto, parece ser um enunciado vazio diante do que vem demonstrando-se aqui, considerando-se que não há o que discutir a respeito de ampla defesa numa transação que ocorre nos moldes da legislação atual. A transação só é aplicável em casos de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles punidos com até 02 (dois) anos de prisão, cumulada ou não com multa, como descreve a redação atual do art. 61 da Lei 9.099/1995.

O art. 76, em seu parágrafo segundo, afirma não ser possível sua aplicação se o indiciado for condenado em sentença definitiva a pena privativa de liberdade, caso ele tiver usado⁸ de transação nos últimos 05 (cinco) anos e caso suas circunstâncias judiciais⁹ (antecedentes, conduta social, personalidade, etc.) não indicarem ser suficiente a medida.

⁸ O artigo se refere à transação como sendo um benefício. Entende-se não ser essa a correta interpretação do instituto. Um instituto que faz com que um indivíduo que sequer é réu abra mão voluntariamente de seus direitos fundamentais, não pode ser compreendido como um benefício para esse indivíduo.

⁹ Em razão da lei não os definir, deixando a cargo do magistrado a função de identificá-los nos autos e corretamente mensurá-los, os elementos listados no art. 59 do Código Penal de 1941 são denominados circunstâncias judiciais (BITTENCOURT, 2012). São eles a “culpabilidade”, os “antecedentes”, a “conduta social”, a “personalidade do agente”, os “motivos”, as “circunstâncias e consequências do crime”, conforme narra o mencionado art. 59.

Trata-se de um instituto que mais se aproxima do consenso do que do negócio, tendo em vista que não há tanta margem para a negociação por parte do réu. Igualmente, não existe irrestrita discricionariedade por parte do Ministério Público no âmbito de aplicação do instituto, considerando-se que o *Parquet* se restringe a decidir nos limites da lei sobre a propositura ou não, qual a espécie de pena aplicada, o tipo, se restritiva de direitos e a quantia, se constituir pena de multa.

Ademais, destaca-se que a aplicação do princípio da oportunidade na lei não se dá nos moldes irrestritos do direito estadunidense. Essa discricionariedade é limitada, ainda que tenha sido aumentada pelo Supremo Tribunal Federal através da edição da súmula nº 696 (GRINOVER et al., 2005). Tal súmula extinguiu a controvérsia existente sobre a possibilidade de não propositura da transação por parte do órgão ministerial. Nesse sentido, o Tribunal afirmou que se o *Parquet* se recusar a oferecer transação, deve ser aplicado analogamente o artigo 28 do Código de Processo Penal (CPP) e o caso enviado ao Procurador Geral de Justiça para, caso entenda cabível, propor a transação. Assim ficou decidido que o Ministério Público teria a faculdade de não propor a transação.

A transação ocorre antes que seja oferecida qualquer denúncia, configurando um instituto que contraria frontalmente a obrigatoriedade da ação penal e a necessidade do processo, observando-se que não existe processo após a sua consolidação e que nenhuma acusação é formulada, ainda que uma punição seja aplicada ao indiciado. O FONAJE (2019) editou o enunciado nº 114, que afirma a possibilidade de a transação penal ser proposta até o final da instrução, porém, é regra a propositura antes da instrução na audiência preliminar de conciliação.

Aponta-se então para o fato de que, na transação, não existe a necessidade de uma confissão, o que leva à não formação de culpa. Assim, não se exige do acusado que confesse o cometimento ou não do crime. É no momento que aplica uma punição contra alguém que não se considera culpado que o instituto afronta a presunção de inocência.

Conforme o que já foi exposto, destaca-se que a presunção de inocência foi relativizada pelo STF em 2016. Tal relativização entendeu que o cumprimento provisório de pena não acarretaria a caracterização da culpa, já que a presunção de inocência não seria extinta com a aplicação da prisão quando houvesse condenação confirmada em segundo grau de jurisdição. Compreende-se tal consideração

primordialmente como inconstitucional, já que a Constituição exige o trânsito em julgado para a consideração da culpa.

Um dos ministros que votou a favor da relativização, Ministro Luís Roberto Barroso, no já citado HC 126.292/SP (BRASIL, 2016), raciocina que, durante o processo, na medida em que fossem ocorrendo a produção de provas e as condenações, haveria considerável “[...] redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal” (BRASIL, 2016, p. 41). Isto posto, seria possível o cumprimento provisório de pena, caso existisse confirmação da sentença em segunda instância.

Em suma, a posição apresentada entende, nas palavras do Ministro Barroso, que, “[...] na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo” (BRASIL, 2016, p. 41). Tal constatação atinge diretamente o consenso e, conseqüentemente, a transação, que supostamente não considera o indivíduo culpado, mas lhe aplica uma pena, ou seja, também não lhe considera inocente. Essa situação contraria diretamente a presunção de inocência, mesmo na posição relativizada que lhe inseriu o STF e que ainda está em pleno efeito.

Além disso, ressalta-se que a transação, por não considerar culpado o indivíduo, vai de encontro com a máxima garantista de que *nulla poena sine crimine et sine culpa*, a ausência de crime e de culpa implicando assim numa inviabilização da aplicação da punição (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, merece destaque a posição de Aury Lopes Jr. (2017, p. 66) quando afirma o seguinte:

A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.

Observa-se, nesse ponto, que também não seria garantista a consideração de culpa do indivíduo por este ter consentido com o acordo proposto pelo Ministério Público. Tal aspecto, aliás, será melhor abordado mais à frente, no momento de discussão de outros institutos.

A sentença homologatória da decisão não faz coisa julgada, conforme narra a Súmula Vinculante nº 35, e o descumprimento de suas cláusulas faz com que se ofereça a ação ou que se requeira a instauração de inquérito. É interessante a hipótese de instauração de inquérito, tendo em vista que, de certa forma, denuncia a

possibilidade de oferecimento do acordo sem que o Ministério Público sequer tenha certeza da justa causa para a ação penal.

O indiciado, após aceita a proposta, não pode ser beneficiado com outra proposta durante um prazo de 05 (cinco) anos. A proposta também pode ser feita em crimes de ação penal privada. Quanto a esses, há controvérsias sobre quem deteria o poder de propor, se o querelante ou o Ministério Público. Entende o FONAJE (2019), no seu enunciado nº 112, ser o oferecimento de responsabilidade do Ministério Público.

O termo circunstanciado de ocorrência, instrumento usado para apuração dos crimes de menor potencial ofensivo, é encaminhado diretamente ao juizado para que seja realizada a audiência de conciliação. Isso, muitas vezes, impede que o membro do Ministério Público tenha a oportunidade de avaliar propriamente o caso. Geralmente, o *Parquet* sequer comparece para a audiência de conciliação, simplesmente enviando a proposta que é apresentada ao indiciado pelo conciliador.

Concorda-se com Andrade (2019) quando afirma que melhor seria se o termo passasse primeiro pelo Ministério Público, em razão de serem muitos os casos de arquivamento que terminam sendo transacionados. O membro do *Parquet*, muitas vezes, sequer comparece a audiência, só envia a proposta. Isso é outro problema dos institutos de consenso, eles se tornam costume e quando um inquérito era para ser arquivado, pode terminar sendo negociado, por não ter sido avaliado com cuidado. Ademais, o art. 76 acima transcrito, de forma clara, estabelece o cabimento da transação para os casos em que não se aplique o arquivamento.

Não se pode falar em inconstitucionalidade do instituto da transação, considerando-se que o mesmo possui previsão constitucional no art. 98, I, da CF, e que, em sede de controle de constitucionalidade, as disposições originárias da constituição não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ainda que possam as secundárias (MENDES; BRANCO, 2015). Entretanto, fica inegável a incompatibilidade do instituto, como regulado pela Lei 9.099/1995, com as disposições relativas aos direitos fundamentais da Constituição.

Reflete-se ainda que a celeridade almejada pela transação está presente já no próprio procedimento do juizado. Tudo é resolvido numa só audiência, a produção de provas se dá na audiência, assim como a sentença e as alegações das partes, não havendo real necessidade de sacrifício dos princípios garantistas mencionados em

prol de uma celeridade. Observa-se, inclusive, que o próprio procedimento do juizado é feito para ser célere.

Objetivando economia para o Estado, a transação poderia ser aplicada caso ocorresse condenação e caso já não configurasse situação de substituição por pena restritiva de direitos ou multa, após a sentença. Assim, o Estado economizaria com a execução da pena, que é algo realmente custoso. Vislumbra-se, portanto, que a situação poderia ocorrer da seguinte forma: após a sentença, o juiz daria oportunidade ao Ministério Público de oferecer ao réu condenado o cumprimento de pena alternativa, sem prejuízo do seu direito de recurso.

Desse modo, todas as garantias estariam asseguradas e haveria uma economia significativa para o Estado, que, por sua vez, não arcaria com os custos de uma pena privativa de liberdade, bem como asseguraria a mesma punição que é aplicada na transação, como ela se apresenta atualmente.

4.2 A suspensão condicional do processo

A suspensão (*sursis* processual) é outro instrumento de consenso previsto na Lei 9.099/1995. Ela consiste na possibilidade de suspensão do processo caso o denunciado atenda a determinadas condições que lhe serão impostas durante um período de tempo, que pode variar de 02 a 04 anos, e possua certos pré-requisitos. Durante esse período, não corre o prazo prescricional.

Para que o Ministério Público possa oferecer a proposta, o acusado não pode ter sido condenado. Isso significa uma situação em que ele tenha sido condenado por outro crime e que tal condenação ainda gere efeito de reincidência nos termos do art. 64, I, do Código de Processo Penal. Caso não tenham se passado mais de 05 (cinco) anos desde o cumprimento ou extinção da pena, fica impedido o oferecimento do *sursis*. A condenação deve ter sido por crime e não por contravenção (GRINOVER et al., 2005).

Ademais, o réu também não pode estar sendo processado por outro crime. Deve-se atentar ainda para a exigência de atendimento aos requisitos do art. 77 do Código Penal, referentes ao instituto da suspensão condicional da pena, que consistem basicamente em reincidência, como já mencionado, e nas circunstâncias judiciais do agente, necessitando estas indicar a aplicabilidade da medida.

O *sursis* processual se aplica aos crimes que tenham pena mínima de até 01 (um) ano de prisão. Todavia, não se aplica nos casos de crime continuado, concurso formal e concurso material, e se, pelo somatório ou pela incidência de majorante, a pena mínima ficar maior que 01 (um) ano, de acordo com a súmula nº 243 do STJ e nº 723 do STF. Caso seja aplicada exclusivamente pena de multa, não se exclui a possibilidade de aplicação da suspensão.

Durante a suspensão, o acusado deve reparar o dano, exceto se impossível de fazê-lo. Ele fica proibido de frequentar determinados lugares e não pode se ausentar da comarca onde reside sem autorização do juiz. O acusado deve, ainda, comparecer mensalmente em juízo para informar e justificar suas atividades, na forma do art. 89, §1º, da Lei 9.099/1995. Além dessas, outras medidas que sejam adequadas ao caso podem ser impostas pelo juiz.

Salienta-se também que a suspensão é uma proposta de titularidade do Ministério Público e que, igualmente à transação, caso o membro decida não fazer a proposta e o juiz discorde, esse não pode tomar para si a responsabilidade de propor, devendo aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, como orienta a já mencionada súmula 696 do STF.

Nesse ponto, é válido ressaltar que a transação e a suspensão não se aplicam em casos de aplicação do rito da Lei Maria da Penha, conforme narra a súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, assim como ocorre com a transação, a suspensão é cabível nos crimes de ação privada.

Tendo aceitado a proposta de suspensão processual, o denunciado pode ter a medida revogada caso venha a ser processado por outro fato durante o período de suspensão e caso esse não efetuar, injustificadamente, a reparação do dano. A medida ainda pode ser, facultativamente, revogada em situações em que o novo processo seja por contravenção ou em que o acusado descumpra as condições impostas, conforme o art. 89, §§3º e 4º, da Lei 9.099/1995. Terminado o período de suspensão, sem a sua revogação, fica extinta a punibilidade.

A suspensão se mostra assim como instituto menos gravoso que a transação em razão de ser proposta após a denúncia e, assim, não desrespeitar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. O juiz tem o dever de rejeitar a denúncia em contextos em que essa seja inepta ou em que não haja justa causa para seu oferecimento. Ademais, nesse instituto, ele tem a oportunidade de fazê-lo, ainda que se perceba na prática a tendência dos magistrados em darem encaminhamento à suspensão quando

o Ministério Público oferecer a denúncia, não ocorrendo então uma apreciação detalhada da peça inicial (LOPES JR., 2018).

Todavia, assim como os outros instrumentos de consenso aqui trabalhados, a suspensão não é isenta de críticas. Aury Lopes Jr. (2018) descreve que as condições impostas com a suspensão processual podem chegar a ser de gravidade equiparada àquela de uma pena, sem contar que o indivíduo perde parte de sua liberdade, novamente sem uma condenação. Esses fatos, diante de tudo o que já foi exposto, ferem a presunção de inocência.

Quando se aplica o instituto, o acusado, mesmo tendo uma acusação formal contra ele, não possui a oportunidade de produzir provas e consequentemente de influenciar no convencimento do magistrado. Não se efetiva, portanto, o contraditório. A não efetivação desses princípios leva à consequente não efetivação da substancialidade do devido processo e as garantias do indivíduo terminam não sendo protegidas.

Flávio da Silva Andrade (2019) caracteriza a suspensão e os outros instrumentos de consenso como benefícios despenalizadores. A suspensão se reflete, na verdade, mais como um instrumento de efetivação da eficiência e da celeridade, diminuindo a carga de trabalho dos tribunais e deixando de lado garantias constitucionais, sendo, dessa forma, mais uma conveniência para o Estado do que qualquer outra coisa.

Assim, não há que se falar em consenso como despenalizador quando, sobretudo, ele é o que efetiva uma penalização prévia e sem real constituição de culpa. Deve-se lembrar que pena é uma resposta aplicada por uma sociedade que possui organização política a um ato de indivíduo que venha a ferir uma das regras fundamentais dessa sociedade (MASSON, 2015). Figura, portanto, como uma medida imposta. Não havendo nada a ser reprimido, não deveria, nesse sentido, ser imposta medida alguma.

A partir do momento em que o Estado impõe ditas condições ao indivíduo, limitando suas liberdades, como é o caso da proibição de sair da comarca e de frequentar determinados lugares, ele está determinando uma pena. Um indivíduo que não está sobre sanção, é um indivíduo livre. Percebe-se então que as condições da suspensão, ainda que não estejam previstas na lei como pena, podem se encaixar no seu conceito quando representadas pela pena restritiva de direitos na espécie interdição temporária de direitos, nos termos do art. 43, V, do Código Penal.

Ressalta-se que é importante a condução do processo até uma sentença, pois é nesse meio tempo que se concretizam as garantias e que a produção probatória é efetivada. A condução do processo é forma também de se ter um melhor entendimento do fato que motivou a ação. Com a aplicação do consenso tem-se, mesmo que de forma bem mais leve, um sistema inquisitivo disfarçado em que se busca punir por punir e em que não se discute mais as circunstâncias que levaram o caso à apreciação do judiciário.

Além disso, a suspensão é aplicada em casos diferentes daqueles em que se aplica a transação. Entende-se que os problemas que ela apresenta não se resolvem com uma medida semelhante àquela que se sugeriu para a transação. Por conseguinte, colocar a suspensão para momento posterior à fase conhecimento, após a sentença, não mudaria o fato de que o réu abriria mão de um possível direito de recurso, tendo em vista que o instituto suspende todos os atos processuais.

Aplicá-la durante a execução, por outro lado, desvirtuaria seu caráter processual, tirando o seu sentido e confundindo-a com o *sursis* já presente nessa fase. Quanto a isso, considera-se que não se fala mais em pena mínima depois de proferida a condenação, representando, no máximo, uma reforma da suspensão condicional da pena.

Além das críticas que aqui são atribuídas a esse instituto, outro grande problema que os instrumentos de consenso aplicados a infrações mais leves acarreta é deixar a porta aberta para a aplicação do consenso em casos mais graves, cujas punições negociadas também são mais graves. É o que se percebe no contexto brasileiro, já que, desde a Lei 9.099/1995, a tendência se mostra pelo crescimento exponencial do consenso, até se chegando a negociar em qualquer caso, como fica claro com a exposição dos projetos de Lei 882/2019 e 1864/2019.

4.3 Colaboração premiada

A colaboração difere dos outros instrumentos de consenso em razão de ser uma forma de coleta de prova. Ela consiste em um acordo entre a acusação e o denunciado ou indiciado, em que este oferece informações sobre o suposto fato delitivo a fim de ter sua pena atenuada, podendo, inclusive, obter o perdão judicial.

Trata-se de um instituto que já vem sendo aplicado no Brasil há bastante tempo, alcançando expressão em diversos dispositivos da legislação nacional, como no artigo

159, §4º, do Código Penal, que foi modificado pela Lei 9.269/1996. Modificação essa que adiciona ao crime de sequestro a possibilidade de que um dos coautores facilite a liberdade da vítima e a condenação dos outros, ganhando em troca uma redução de um a dois terços na sua pena. De forma semelhante, dispõe o art. 25, §2º, da Lei 7.492/1986, modificado pela Lei 9.080/1995. Pode-se citar, ainda, a Lei nº 9.807/1990, com foco na proteção testemunhal, que traz como consequência da colaboração eficaz uma redução da pena, entre outros dispositivos (ANDRADE, 2019).

Todavia, a regulação mais veemente que foi feita de uma colaboração premiada foi com a Lei nº 12.850/2013, a nova lei de combate ao crime organizado. Essa lei permite que o acordo possa acontecer na fase de inquérito, durante a instrução e até mesmo na execução da pena. Nesse aspecto, observa-se o primeiro problema com esse instrumento, tendo em vista que é da natureza da colaboração, em suas diversas formas, que ela venha acompanhada de uma confissão. Quem colabora é o indiciado que servirá de testemunha na ação penal dos outros coautores do crime, dando seu testemunho e implicando outro indivíduo. Enquanto isso, ele termina confessando.

Como nas diversas formas de consenso, na colaboração, o indiciado é geralmente convencido a colaborar pela ameaça de uma condenação severa, que pode ou não vir. Por conseguinte, sentindo-se pressionado, o indiciado confessa e acorda em testemunhar contra outro indivíduo que, supostamente, cometeu a infração junto com ele.

Um problema que isso traz à tona está na afronta ao direito de não autoincriminação, corolário da presunção de inocência. O indiciado é induzido não só a indicar uma outra autoria para o delito e a confessar, mas também a produzir elementos de prova que contribuam com o que narrou e que auxiliem para que se chegue à condenação, conforme estabelece a redação do art. 4º da Lei 12.850/2013. Esse artigo afirma a necessidade de que a colaboração seja efetiva e estabelece que se deva chegar em resultados, ou seja, o indiciado ou acusado é levado a produzir provas contra si. Essa necessidade se dá em razão do fato de que a confissão, como sustenta Guilherme de Souza Nucci (2016), não pode ser usada sozinha para a formação da convicção de culpa.

Ademais, em situações em que existe o problema da presunção de culpa do indiciado, quando um acordo como esse é firmado na fase de inquérito ou durante a instrução, não há ainda sequer uma condenação, negociando-se uma pena que não

foi nem mesmo atribuída. Na fase de inquérito, a feitura de um acordo como esse é mais gravosa ainda, já que a denúncia não foi feita. A denúncia, por sua vez, representa que o Ministério Público entende que existe lastro probatório mínimo para a ação penal. Se nem isso aconteceu, é absurda a negociação de uma pena.

Ao contrário da transação, em que a aplicação da pena se dá sem a formação de culpa, nesse instituto o acontecimento da negociação mostra uma certeza sobre a condenação do colaborador. Se o juiz que vai julgar o caso homologa o acordo, parece até mesmo desnecessário ter processo depois disso, pois esse réu já está condenado, ainda que não venha a receber os benefícios do acordo, tendo em vista que esse depende de outra condenação.

A lei definitivamente induz a renúncia dos direitos fundamentais relativos à presunção de inocência e à não autoincriminação, sendo inclusive essa uma das cláusulas presentes no termo de acordo (ANDRADE, 2019). Quanto a isso, deve-se lembrar da impossibilidade de disposição voluntária dos direitos e garantias fundamentais já discutida. O fato dessa disposição acontecer de forma expressa deveria ser mais que suficiente para motivar a nulidade de qualquer desses acordos, bem como a inconstitucionalidade dos dispositivos, que fazem com que eles sejam possíveis, embora não seja algo que se observe na prática.

A discricionariedade na negociação é bem mais ampla que a dos outros institutos trabalhados até o momento, podendo, caso a acusação considere a colaboração relevante o suficiente, ser oferecido o perdão judicial (conforme consta no art. 4º, §2º). Há possibilidade de ser oferecida também a diminuição da pena em até 2/3 ou sua substituição por restritiva de direitos, como dispõe o *caput* do mencionado art. 4º.

Destaca-se, nesse contexto, que, se a colaboração se der após a sentença, pode ser oferecida a progressão de regime ou a diminuição da pena até a metade (art. 4º, §5º). Além disso, pode-se organizar a possibilidade de um acordo de imunidade, que permite à acusação o não oferecimento da denúncia caso o indivíduo não seja o líder da organização criminosa e caso seja o primeiro a delatar.

Tem-se assim clara semelhança com o *plea bargaining*. Nele, é comum a prática de acordos de imunidades nos moldes descritos, bem como a existência de uma grande discricionariedade por parte da acusação. A diferença é que o instituto estadunidense é mais abrangente e se aplica a toda espécie de crime, permitindo qualquer acordo razoável e suficiente para a punição do suposto fato delitivo.

Outra diferença da colaboração em relação aos outros instrumentos já apresentados é a possibilidade de oferecimento do acordo, mediante manifestação positiva do Ministério Público, pelo delegado de polícia. Esse tipo de oferecimento só se observa na fase de inquérito, depois do oferecimento da denúncia, na qual a legitimidade para a proposta é exclusiva do *Parquet*. O juiz, teoricamente, atua apenas como homologador, possuindo o papel de fiscal da lei e podendo, em função disso, recusar o acordo (LIMA, 2016).

Depois de homologado o acordo, o indiciado pode sempre ser ouvido pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia, e as partes podem ainda desistir do acordo, ocasião em que as provas incriminatórias produzidas pelo delator não podem ser usadas exclusivamente contra o acusado. Esse é um aspecto do instituto que também merece atenção. O indiciado ou acusado pode entregar todos os seus elementos de informação e não ter as promessas que lhe foram feitas cumpridas, tendo em consideração que o instituto requer resultados, ou seja, requer que seja prolatada contra o coautor uma sentença condenatória. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2016) argumenta:

Desta decisão que homologa o acordo de colaboração premiada não resultará, de imediato, aplicação dos benefícios legais decorrentes do cumprimento do quanto pactuado. Afinal, pelo menos em regra, os benefícios legais decorrentes do cumprimento do acordo de colaboração premiada serão concedidos por ocasião da prolação da sentença condenatória.

Observa-se que a decisão homologatória não forma coisa julgada, até porque ela depende de outra condenação e porque será reapreciada pelo juiz na ocasião da sentença final do processo. Faz-se mister lembrar que o recebimento da denúncia pelo magistrado não significa que ele entenda pela culpa, mas sim que existem elementos suficientes para que o caso possa ser analisado em juízo, ou pelo menos assim deveria ser. Isso significa que o coautor que foi delatado pode não ser condenado.

O fato de a homologação ter que ser reapreciada traz ao indivíduo que aceitar o acordo uma grande insegurança jurídica, pois ele já está condenado. Tanto o juiz como o Ministério Público já entenderam pela aplicação de pena sem permitir o contraditório. Inclusive, já escutaram do indiciado tudo o que provaria sua participação no fato, entendendo pela culpa. Reforça-se que, no final do processo, o acusado pode nem mesmo receber o benefício que lhe foi prometido.

A fim de amenizar tal situação, o §10º do art. 4º da Lei 12.850/2013, aduz que as provas produzidas pelo indiciado não poderão ser usadas exclusivamente em seu desfavor. Isso aponta para uma situação em que o indivíduo, já condenado, faz o acordo e oferece elementos de prova. Se o Ministério Público se retrata do acordo, o indivíduo não recebe o que lhe foi prometido e ainda precisa cumprir a pena estabelecida em julgamento realizado por magistrado que já tem a certeza de sua culpa e pode justificar a condenação em outros elementos que estejam presentes nos autos.

É notável nesse instituto a total ignorância com relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois a celebração do acordo induz o indiciado ou acusado a produzir provas contra si. Não se verifica contraditório e nem ampla defesa quando não há nada para se contraditar ou defender, muito menos quando o indivíduo está fornecendo os elementos que vão embasar sua condenação.

Deve-se assim atentar para os prejuízos causados pelo instituto. A banalização do seu uso e sua aplicação de forma não condizente com a legislação devem ser de todas as formas evitadas, ainda que, na prática, perceba-se justamente o contrário. Observa-se que o instituto também oferece a possibilidade de acusações falsas, a fim de obter reduções de pena ou penas mais brandas (NUCCI, 2016).

Esse último aspecto torna-se bastante relevante, considerando-se que, para uma pessoa culpada que acha realmente que vai ser condenada, ou que já foi, mentir sobre a participação de outra e inclusive fabricar elementos que contribuam para a condenação desse outro indivíduo pode ser extremamente proveitoso. Desse modo, esse aspecto mostra-se bastante difícil de ser contornado na forma em que o instituto se apresenta.

Por fim, o instituto é entendido pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional. Nesse ponto, a doutrina majoritária, a exemplo de Guilherme Nucci (2016, p. 424), ainda que perceba várias críticas que a ele possam ser feitas, entende-o como sendo um “mal necessário”. Isso se dá em virtude de o instituto ser um grande facilitador para a atividade de apuração de delitos, além de que tem sido usado com abrangência em operações de grande exposição midiática e na apuração de crimes de corrupção, o que, de certa forma, faz com que seja aceito perante a população.

Dada a velocidade que requer uma operação de combate ao crime organizado, a aplicação do instituto, somente na fase executória da pena, não se torna possível, ainda que ocasione menos danos aos direitos e garantias mencionados. Entretanto,

tal aplicação é plausível em outros casos que não os de organização criminosa¹⁰, como nos referidos crimes de sequestro.

Nesse sentido, imagine-se um sequestro protagonizado por dois agentes em que se prendeu apenas um dos coautores e o outro fugiu com a recompensa. Negociar com esse indivíduo preso, caso ele venha a ser irrecorrivelmente condenado, pode ser justamente o necessário para se descobrir o paradeiro dos demais, sem ferir os direitos e garantias fundamentais do coautor preso, embora essa negociação ainda não acabe com os perigos de falsa incriminação.

4.4 O acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal é uma figura que surgiu no ordenamento nacional através da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. O instrumento, originalmente, previa que, em qualquer delito cometido sem violência ou grave ameaça não sendo caso de arquivamento, podia o Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal com o indiciado.

Com a redação estabelecida pela Resolução nº 183/2018, limitou-se a sua aplicação aos crimes que tivessem pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. A condição para a celebração do acordo é a confissão formal e circunstanciada do fato delituoso, essa, conforme os incisos do art. 18 da Resolução, devendo estar acompanhada de maneira cumulada ou alternada da reparação do dano (art. 18, I), bem como pelo dever de renunciar aos bens e direitos que o Ministério Público indicar como instrumento, proveito ou produto do crime (art. 18, II).

Nos dois incisos mencionados já se observam aspectos graves a serem denunciados. Primeiro, a reparação de dano sem a existência de uma condenação transitada em julgado afeta diretamente a presunção de inocência, diferentemente dos outros institutos. A doutrina é assídua em realizar a crítica nesse caso. Conforme se percebe pelas palavras de Paulo Rangel (2018, p. 249), a medida é um “absurdo incommensurável”.

¹⁰ Ressalta-se que a Lei 12.850/2013, em seu art. 1º, §1º, considera “[...] organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (BRASIL, 2013, s/p).

O segundo inciso do art. 18 mencionado, por sua vez, merece crítica por entender que, mesmo antes da denúncia, já se está lidando com um condenado. Se o Ministério Público entende que determinados direitos ou bens do indivíduo são instrumentos, proveitos ou produtos do crime, e se exige que o indivíduo renuncie a esses direitos ou bens, ele designa esse indivíduo como culpado e lhe impõe medidas punitivas sem que seja realizado um processo de discussão do mérito.

O mesmo pode ser dito dos outros incisos do art. 18. O inciso III, por exemplo, impõe a pena restritiva de direitos relativa ao cumprimento de prestação de serviço à comunidade. O inciso IV, por sua vez, impõe a pena de prestação pecuniária, e o V impõe o cumprimento de outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que essa seja compatível e proporcional com a infração penal supostamente cometida.

Além de ferir a presunção de inocência, fere-se também a substancialidade do devido processo legal, considerando-se que o instituto retira completamente de cena a obrigatoriedade da ação penal, a ampla defesa e contraditório, bem como a paridade de armas. O Ministério Público controla a negociação e impede assim o exercício de todas as garantias inerentes ao processo.

Nesse instituto, especificamente, encontra-se uma violação diferente da dos outros expostos até o momento. O instituto é regulado por Resolução, o que entra em conflito com o princípio da reserva legal (RANGEL, 2018), de previsão constitucional (art. 5º, XXXIX), e que é repetido pelo art. 1º do Código Penal. Esse princípio prevê que deve haver lei, em sentido estrito, regradando a matéria penal, principalmente estabelecendo o cumprimento de pena. Por conseguinte, não é correto que uma Resolução regule um acordo que imponha pena a um indivíduo que sequer passou por um julgamento e que tenha culminado em sua condenação.

Novamente, merece atenção o fato de que o problema não está no operador do direito fazer uso do instrumento, uma vez que o membro do Ministério Público deve fazer o que a manda a lei. Porém, quando o Ministério Público edita uma Resolução que lhe estabeleça essa quantidade de poderes, nesse caso, cabe a crítica também ao órgão, que tomou as vezes do legislativo e deturpou o garantismo processual (RANGEL, 2018).

Em face desses aspectos, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Magistrados do Brasil ajuizaram, respectivamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 5793 e 5790. Alegam-se nas ações que se abusou do poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público pelo art.

130-A da Constituição Federal e que se usurpou a competência privativa da União de legislar sobre direito processual, estabelecida pelo art. 22, I, da Constituição.

Ainda sobre o acordo, deve-se destacar que ele não pode ser proposto quando for cabível a transação penal, quando o suposto dano causado for superior a 20 (vinte) salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo órgão de revisão, nos parâmetros da legislação local. Além disso, não pode ser celebrado nas hipóteses do art. 76, §2º, da Lei 9.099/1995, ou seja, nas hipóteses de que, se comprovadas, não permitam a transação penal. Ademais, o acordo não pode ser celebrado se houver risco de prescrição da pretensão punitiva, se o delito for hediondo ou equiparado e se o acordo não for suficiente para reprovação do delito em análise. Todas essas hipóteses de não cabimento do acordo estão previstas no §1º do art. 18 da Resolução.

Não entendendo o juiz ser cabível o consenso nos termos acordados, conforme dispõe o §6º do art. 18, deve remeter os autos do acordo ao Procurador Geral. Esse, por sua vez, pode oferecer denúncia, complementar as investigações, reformular a proposta ou manter o acordo.

Desse modo, o acordo pode ser celebrado na audiência de custódia. Caso o acordo seja descumprido pelo indiciado de qualquer forma, o membro do Ministério Público deve imediatamente oferecer a denúncia, uma vez que esse descumprimento pode ser usado como base para o não oferecimento de acordo de suspensão condicional do processo.

Dos institutos de justiça consensual em vigência no Brasil atualmente, esse é o mais recente. Ele se assemelha em muitos pontos à transação e traz uma maior abrangência para os casos de consenso aplicados antes da denúncia, com aplicação sumária de pena. Assim, mostram-se aplicáveis ao acordo as mesmas críticas feitas à transação.

4.5 A busca pelo *plea bargaining* no Direito brasileiro

Deve-se ainda prestar atenção ao *plea bargaining*, um instituto de consenso aplicado com amplitude no Direito estadunidense. O ordenamento dos Estados Unidos é fundado num sistema penal baseado na oposição das partes (*adversary system*), em que o juiz assume um papel bem mais passivo, se comparado ao sistema brasileiro, e as partes tomam conta da produção probatória e das alegações (LEITE, 2009). Nos Estados Unidos tem-se, na verdade, vários sistemas, cada estado

possuindo uma legislação própria, embora a maioria dos estados sigam um modelo de *grand jury*.

Nesse modelo, para que alguém venha a ser processado criminalmente, primeiro a acusação (*prosecution*) deve apresentar a um grupo de cidadãos (*grand jury*) indícios do cometimento de delito (*probable cause*). Esse grupo então decide se há realmente indícios e confere o indiciamento (*indictment*), ou decide que o indivíduo acusado (*defendant*) não é culpado. Caso entenda que o *defendant* não é culpado, o acusador (*prosecutor*) ainda pode insistir perante o juiz para tentar levar o caso à frente. Se o *grand jury* conceder o *indictment*, o caso vai logo para julgamento (ANDRADE, 2019).

Antes mesmo do *indictment*, o acusado pode confessar o crime (*guilty plea*), de maneira voluntária ou não influenciada (*voluntary or uninfluenced*), havendo possibilidade de ser uma confissão estruturalmente induzida (*structurally induced plea*) por medo da aplicação de pena mais grave, e negociada (*negotiated plea*). Aqui, aplica-se o consenso através do *plea bargaining* (ANDRADE, 2019).

Esse instrumento de consenso consiste numa negociação entre a acusação (*prosecution*) e o indiciado (*defendant*), em que se mostra possível evitar o processo e que se divide em duas: a negociação relativa às infrações que lhe serão imputadas (*charge bargaining*) e aquelas relativas às penas (*sentence bargaining*). Ambas as negociações podem ser feitas antes mesmo da primeira audiência perante o juiz (*first appearance or arraignment*). O acordo deve ser rejeitado pelo magistrado caso não existam fundamentos que indiquem a culpa (*factual basis*), almejando evitar condenações de inocentes. Ademais, o juiz deve também zelar pela voluntariedade do *defendant* em renunciar aos seus direitos (ANDRADE, 2019).

Muitas são as críticas feitas pela doutrina estadunidense ao instituto, mas torna-se válido lembrar que, à semelhança dos institutos brasileiros de consenso, ele é um instituto que reduz em grande quantidade a carga de trabalho dos tribunais e, por isso, é tão difícil de ser removido. Uma das críticas encontradas concerne ao problema relativo à inocência.

De acordo com Oren Gazal-Ayal (2006), o *plea bargaining* oferece um risco aos *defendants* inocentes. O autor defende que o problema não se encontra no instituto em si, mas na tomada de decisões pela acusação. Nesse sentido, explica que a acusação pode atingir em quase todos os casos uma confissão. Mesmo que o conjunto indiciário seja fraco para embasar uma condenação, o oferecimento de

desconto substancial na pena (*sentence bargaining*) ou na imputação (*charge bargaining*) acaba garantindo isso.

Ainda se mostra profícuo ressaltar que o principal garantidor dos direitos do réu no *plea bargaining* é a sua defesa. Os tribunais pouco se envolvem e uma defesa frágil pode assim fazer com que um *defendant* rejeite um acordo que lhe seria benéfico. Desse modo, em 2012, a suprema corte dos Estados Unidos decidiu que a recomendação de não aceitação do *plea bargaining*, que seria mais benéfico ao *defendant*, acarretaria prejuízo cognoscível a ele (BIBAS, 2012).

Percebe-se, por conseguinte, uma legitimação do instituto pela Suprema Corte, que buscou proteger a eficiência da defesa e não tratou dos problemas que o instituto oferece, inclusive, reconhecendo benefício na aplicação. Assim, o número de condenações obtidas por *guilty pleas* continua sendo absurdamente alto, e um levantamento feito pela Comissão de Sentenciamento dos Estados Unidos (2018) aponta que o número de sentenciamentos por *guilty pleas*, em 2017, foi de 97,2% em relação ao total.

Essa breve exposição do instituto busca traçar suas características principais sem muito se desviar do objeto do presente estudo, que é o Direito brasileiro. A apresentação de tal panorama faz-se relevante devido ao fato de que os projetos mais recentes de implantação de instrumentos de consenso no ordenamento nacional se assemelham em muito ao instituto, sendo dois deles expressamente nele inspirados.

Um desses institutos nacionais está previsto no novo projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado nº 156/2019), que já foi aprovado pelo Senado e segue em tramitação na Câmara dos Deputados. Em seu art. 283, o dispositivo, na sua redação atual, prevê que o Ministério Público, junto ao acusado ou indiciado, através de seu defensor, tenha a possibilidade de pedir a aplicação da pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 08 (oito) anos.

O acordo pode ser firmado depois de oferecida a denúncia e antes da audiência de instrução e julgamento, de acordo com a redação dada ao inciso I do seu §1º. Para que seja realizado o acordo, deve haver confissão total ou parcial por parte do indiciado dos fatos que lhe são imputados. A pena aplicada deve ser sempre no mínimo legal, independente de circunstâncias agravantes ou de casos de aumento de pena. Além disso, a aplicação dessa pena não impede a conversão em pena restritiva de direitos e/ou multa, se for o caso, nem a suspensão condicional do processo, se aplicável.

É necessário ainda que as partes se manifestem expressamente no sentido de dispensar o direito de produção probatória. A pena pode também ser negociada a fim de ser diminuída de um terço do mínimo legal, caso as condições pessoais do agente, bem como a menor gravidade das consequências do crime, justificarem tal diminuição. Essa diminuição, entretanto, não se aplica em casos de tentativa ou se outra causa de diminuição da pena for expressamente prevista no acordo.

Em situações em que a pena for cumulada com pena de multa, essa também deve ser aplicada no mínimo legal. O acusado fica isento de custas processuais e a homologação do acordo é considerada sentença condenatória para todos os efeitos, o que implica em que a homologação, nesse caso, se faça coisa julgada. Se o acordo não for homologado, as partes ficam impedidas de fazer menções a seus termos.

Observa-se, novamente, um instrumento de consenso que desrespeita os direitos e garantias fundamentais. A necessidade de que a negociação ocorra após a acusação é, semelhante ao que acontece com a suspensão condicional do processo, uma atenuante. Todavia, não se presume inocente o indivíduo quando se propõe a punição sem a caracterização da culpa, sem que lhe seja oportunizada a produção de provas e sem a garantia de contradizer a acusação, que, nesse caso, foi formulada.

Destaca-se ainda que esse instrumento de consenso seria aplicado aos procedimentos sumários, sendo um mecanismo que prevê a possibilidade de proposta de acordo por parte do réu, o que configura uma previsão diferenciada com relação aos instrumentos de consenso trabalhados até o momento.

Nesse ponto, passa-se à análise dos mais novos projetos que tentam implantar instrumentos de consenso no ordenamento nacional, o Projeto de Lei nº 882/2019, proposto pelo Executivo Federal, e o Projeto de Lei do Senado nº 1.864/2019. Ambos se encontram em tramitação, o primeiro na Câmara dos Deputados e o segundo no Senado, e possuem a mesma redação. Os projetos trazem mudanças em diversos dispositivos legais. Ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), o projeto adiciona o art. 28-A, que prevê uma proposta de acordo de não persecução penal bem parecida com aquela da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

A proposta, de modo diverso daquela da Resolução, aplica-se a crimes em que não se comine pena máxima maior do que 04 (quatro) anos, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça e se não constituir hipótese de arquivamento. Como visto na análise do acordo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público

(CNMP), a diferença nas hipóteses de cabimento é que, nesse, é a pena mínima que não pode ser superior a 04 (quatro) anos.

As condições a serem cumpridas pelo indiciado são as mesmas impostas no acordo de não persecução previsto pela Resolução 181/2017, podendo ser, alternativamente ou cumulativamente, a reparação do dano à suposta vítima, bem como a renúncia voluntária a direitos e bens que entenda o Ministério serem instrumentos, produtos ou proveitos da infração criminosa.

Ainda, podem ser aplicadas penas de prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, com diminuição de um a dois terços. Igualmente, fica prevista pena de pagamento de prestação pecuniária estipulada à entidade pública ou de interesse social definida pelo Ministério Público, nos termos do art. 45 do Código Penal. Por fim, há previsibilidade de cumprimento, por prazo determinado, de outra medida que seja considerada adequada pelo *Parquet*.

No instituto, conforme estabelecido pelos projetos, a aferição da pena máxima referida deve levar em conta as causas de aumento e de diminuição de pena aplicáveis ao fato, e, caso sejam comprovadas durante a instrução, a orientação é para que sejam devidamente consideradas pelo juiz na dosimetria da pena.

Os projetos estabelecem que o acordo de não persecução penal não será aplicado quando couber transação penal, o que faz concluir que ele deve ser aplicado aos casos em que se enquadre o procedimento sumário¹¹. Também não pode ser aplicado caso o indiciado seja reincidente ou se existirem elementos probatórios que indiquem conduta penal habitual, reiterada ou profissional, com a exceção de situações em que essas infrações anteriores sejam insignificantes. Ademais, o acordo não pode ser aplicado se o indiciado tiver, nos últimos 05 (cinco) anos, celebrado transação penal, acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo, e se as suas circunstâncias judiciais não permitirem ser suficiente ou necessária a adoção da medida.

Esse instituto, de modo semelhante ao *plea bargaining*, observa um maior cuidado do juiz com a voluntariedade do réu, no sentido de não ter sido coagido a aceitar o acordo, prevendo a realização de uma audiência para que seja homologado

¹¹ O procedimento sumário, conforme dispõe o art. 394, concerne àqueles aplicados quando é cominada a infração pena máxima de 04 (quatro) anos, de pena privativa de liberdade, e quando não seja caso de aplicação do procedimento sumaríssimo.

o acordo. Nessa audiência, o juiz analisa a voluntariedade e a legalidade. O acordo deve ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo indiciado e pelo seu defensor, que necessitam estar presentes na audiência.

Entende-se, todavia, que não se experimenta verdadeira voluntariedade quando o Estado figura como parte da negociação, pois o medo de uma condenação é por ele constantemente reforçado. Assim, mesmo que seja realizada uma audiência com o fim específico de verificar a voluntariedade na feitura do acordo, não se chega realmente a uma voluntariedade, já que o indiciado está sempre pressionado a aceitar o acordo.

Nesse acordo, se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as medidas ajustadas, devolve os autos ao membro do Ministério Público para que este as reformule com a concordância do indiciado. A Resolução nº 181/2017, como já exposto, prevê que sejam remetidos ao Procurador Geral os autos do acordo. Assim, percebe-se que há uma participação maior do juiz nas tratativas do acordo previsto nos projetos de Lei, podendo ele decidir de forma definitiva o que é e o que não é adequado no caso. Caso não sejam realizados os ajustes, o juiz pode rejeitar o acordo. Nesse contexto, se for o caso, ele remeterá os autos ao órgão ministerial para que seja dada continuidade às investigações ou para que seja oferecida a denúncia.

Quando o acordo é homologado, o magistrado devolve os autos ao *Parquet* para que dê início à sua execução perante a Vara de Execuções Penais. A suposta vítima deve ser intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento, se essa última hipótese se verificar. Ou seja, se houver desobediência de qualquer das disposições do acordo, o membro do Ministério Público deve comunicar ao juiz para que seja rescindido o acordo e, posteriormente, seja oferecida a denúncia. O descumprimento pode servir de causa justificadora para um futuro não oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo. A prescrição não corre na vigência do acordo e sua execução sem descumprimentos ocasiona a extinção da punibilidade, diferentemente do que acontece no acordo editado pelo CNMP.

Observa-se ainda que essa proposta representa um instituto que, como aquele previsto na Resolução nº 181/2017, assemelha-se à transação penal, ampliando assim as hipóteses em que se pode transacionar. O Ministro da Justiça, Sérgio Moro, na exposição de motivos do projeto de Lei nº 882/2019, justifica que a implantação da medida é necessária em razão do contingente populacional brasileiro, e argumenta que um sistema de “[...] obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios

de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais” (MORO, 2019, s/p).

Por conseguinte, o Ministro dispensa de forma completa o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, com ele, todos os princípios já discutidos neste trabalho, que servem de garantia aos brasileiros de que eles só serão submetidos a uma pena se passarem por um processo justo e que respeite a sua dignidade, garantindo que possam se defender das acusações que lhe são imputadas, que os casos serão julgados por juízes imparciais e que eles terão a oportunidade real e efetiva de influenciar a decisão, tanto quanto a acusação, efetivando assim o contraditório e a paridade de armas. Mesmo com todas as garantias asseguradas e com a obrigatoriedade do processo, não se verifica igualdade entre as partes, pois quando se retira o processo e o que ele implica, o princípio se perde por completo.

Os mesmos projetos preveem outras formas de consenso, como a possibilidade de celebração de acordos de leniência ou colaboração nos casos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que, atualmente, veda expressamente qualquer forma de negociação e, com o acréscimo do art. 395-A ao Código de Processo Penal, a implantação de um verdadeiro *plea bargaining* brasileiro, como o caracterizou o próprio Ministro da Justiça na apresentação do projeto a 12 (doze) Governadores de Estados, o que ocorreu no dia 04 de fevereiro de 2019 em Brasília (BARBIÉRI; CALGARO, 2019).

Isto posto, esse último instituto estabelece a possibilidade de acordo no procedimento ordinário, o que se infere devido aos fatos de que ele seria adicionado no título I do livro II do Código de Processo Penal, relativo ao procedimento comum e pelo fato de que já existem outros dispositivos que regulam instrumentos de consenso específicos para as outras hipóteses de procedimento, a transação penal para o procedimento sumaríssimo e o acordo de não persecução penal dos projetos nº 882/2019 e 1.864/2019 para o sumário. Trata-se, assim, de um acordo penal aplicado no procedimento ordinário.

Para que esse acordo seja firmado, o dispositivo de lei demanda que seja feita a confissão circunstanciada por parte do indiciado, ou seja, uma confissão detalhada, que possa ser embasada por outros elementos de prova. Esse instituto se destaca por permitir a aplicação de penas privativas de liberdade, ainda que nos parâmetros legais com consideração às circunstâncias do caso.

Nele, deve haver ainda expressa renúncia ao direito de produção probatória e ao direito de recurso. Essa é uma inovação bastante danosa que esse instituto traz. Tirar do réu o recurso, além das garantias de que ele já abriu mão, acreditando que o acordo seria sua melhor opção, faz com que ele perca a garantia do segundo grau de jurisdição, causando um dano maior do que aquele causado até mesmo por outros institutos de consenso, embora alguns deles impliquem também essa renúncia.

Depreende-se a existência de um dano maior pelo fato de que a violação à garantia fica expressa. Contudo, a depender da interpretação atribuída, o acordo de não persecução penal, editado na Resolução nº 181/2017 do CNMP, pode vir a possuir violação semelhante. Como esclarecido anteriormente, ele permite o cumprimento no seu art. 18, V, de outra condição qualquer estipulada pelo Ministério Público. Essa imprecisão abre espaço para uma série de violações aos direitos do indiciado, tendo em vista que permite grande discricionariedade ao *Parquet* para que aplique o que considerar necessário ao caso, o que pode vir a ser, inclusive, a renúncia ao direito de recurso.

Por outro lado, o acordo de não persecução previsto nos projetos de lei apresenta disposição parecida, mas limita a aplicação da condição a um prazo determinado. Por conseguinte, essa disposição pode encaixar uma renúncia ao direito de recurso enquanto durar o cumprimento do acordo, sendo assim uma forma mais amena de aplicação do mesmo efeito.

As penas podem sofrer diminuição até a metade, o regime de cumprimento pode ser alterado, bem como pode ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. É possível ainda a aplicação de pena de multa, uma aplicação que, quando for realizada, deverá constar expressamente no acordo. O instituto proporciona uma grande discricionariedade com relação ao que pode ser negociado, à semelhança do que acontece no instituto estadunidense do *plea bargaining*.

A destinação dos produtos ou proveitos do suposto crime deve estar expressa no acordo. Caso haja vítima, o acordo deve prever um valor mínimo para a reparação, se houver danos sofridos, sem que, por isso, a vítima seja impedida de buscar indenização cível. O acordo é celebrado em audiência em que o magistrado busca verificar a voluntariedade na sua realização. Além disso, o juiz possui maior interferência naquilo que foi acordado, podendo, inclusive, entender pela

desproporcionalidade das medidas impostas ao acusado. O juiz realiza também um controle de legalidade e verifica se há lastro probatório para a realização do acordo.

Esse instrumento de consenso deve ser requerido após a inicial acusatória (denúncia ou queixa) e antes da audiência de instrução processual. A sua homologação é considerada sentença condenatória para quaisquer efeitos, fazendo-se assim coisa julgada. Caso a homologação não aconteça, as partes ficam impedidas de fazer menção aos termos do acordo, que será desentranhado dos autos.

Se houver a indicação de que o crime é habitual, reiterado ou profissional, parte da pena prevista no acordo deverá obrigatoriamente ser cumprido em regime fechado, exceto em caso de insignificância das infrações anteriores. O Ministério Público pode, nesse contexto, deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias do suposto fato delituoso.

Em situações em que esses institutos venham a ser implantados, as consequências seriam as piores possíveis. Além do desrespeito claro a todos os princípios mencionados diversas vezes ao longo deste trabalho, seguindo o exemplo do *plea bargaining*, a falta do processo com certeza se tornaria regra, o que ocasionaria um claro salto no número de encarceramentos em um país que, em 2018, possuía 690.722 presos, conforme descreve relatório de Roy Walmsley (2019) para o *World Prison Brief*. Esse cenário caracteriza, hoje, uma das maiores populações prisionais do mundo.

Deve-se lembrar que na experiência criminal estadunidense, durante o século XIX, foram estabelecidas, através do *Bill of Rights*¹² de 1791, as emendas constitucionais nº 4, 5, 6 e 8 que asseguram aos *defendants* certas garantias. A emenda constitucional nº 4, dentro dos limites da razoabilidade, estabelece a obrigatoriedade da expedição de mandado para buscas domiciliares e prisões. Por sua vez, a emenda nº 5 impõe a necessidade de existência de *presentment*¹³ ou *indictment* por *grand jury* para que aconteça a persecução criminal. Ainda, a emenda nº 6 garante o direito a julgamento por um júri imparcial e direito de defesa técnica. Por fim, a emenda nº 8 garante o direito a pena de multa e estabelecimento de fiança

¹² Nome dado ao documento através do qual foram editadas e aprovadas as primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.

¹³ O *presentment* se dá quando um *grand jury* apresenta formalmente uma acusação a autoridade judiciária sem a provocação ou apresentação de evidência pelo *prosecutor* (HILL, G.; HILL, K., 2009).

proporcionais ao suposto crime cometido, bem como proteção contra punições cruéis ou incomuns (ANDRADE, 2019).

Essas emendas tornaram o processo penal dos Estados Unidos mais lento. Esse país se encontrava em uma época de rápido crescimento populacional urbano, em razão da revolução industrial e consequente crescimento no número de cometimento de delitos. Com o rápido crescimento no número de casos a serem apurados, os tribunais se viram sobrecarregados. Assim, em vez de adequar o sistema legal para a nova demanda nacional, se populariza o hábito dos *prosecutors* negociarem com os *defendants* as penas, a fim de que se torne mais rápido o seu processamento (VIANO, 2012).

A consequência disso é que, como já demonstrado, mais de 95% dos casos processados naquele país são resolvidos com um acordo em que o defendant assume a culpa (*guilty plea*) e cumpre uma pena. Não há motivos para acreditar que o Brasil terá experiência diferente, tendo que atualmente já se percebe um automatismo dos órgãos e uma tendência para a aplicação dos institutos de consenso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, com base em todo o exposto, que o consenso no processo penal fere diversos direitos e garantias dos réus e que estes ficam sujeitos à condenação mesmo sem terem sido processados e sem terem usufruído da possibilidade de produzir provas em pé de igualdade com a acusação, em um processo de partes dirigido por um juiz imparcial.

Assim, a ampliação de espaços de consenso não pode ser considerada uma solução para os problemas enfrentados no processo penal como ele se encontra hoje. Conforme se demonstrou, o consenso penal vai de encontro aos princípios garantistas básicos que serviriam de proteção para o indivíduo contra o poder de punir do Estado. Representa, desse modo, uma maneira de, disfarçadamente, burlar a exigência feita por um sistema com características acusatórias de que haja de fato uma acusação a ser combatida pelo indivíduo. Alguns desses institutos, como no caso do art. 395-A, preveem, inclusive, que a acusação seja feita mesmo que o acusado não tenha a oportunidade de produzir provas para contraditá-la.

Outro aspecto relevante encontra-se nos institutos desse sistema de consenso, que exigem confissões do acusado, por mais que elas tenham que ser apoiadas por outros elementos de prova. O fato de que o indivíduo teve que confessar para que sua condenação fosse aplicada põe em xeque as evidências que a acusação diz possuir sobre o cometimento da infração. Caso fossem suficientes, não haveria necessidade de uma confissão.

Por outro lado, nos institutos que não exigem confissão e que aplicam ao acusado a pena, como se dá na transação penal, sem a formação de culpa, caracteriza-se um grande contrassenso. Nesse sentido, conclui-se que aplicar uma pena contra alguém que sequer se considera culpado é uma demonstração de clara falta de justiça.

Não há como saber se o indivíduo praticou ou não a conduta ilícita e típica, porém, lhe é proposto o cumprimento de uma pena e, em troca, a acusação mantém inerte ou sequer dá início ao trâmite processual. A aceitação se dá em face do medo que é imposto ao indivíduo de que lhe seja aplicada pena mais severa, caso venha a ser condenado. A não aceitação, por sua vez, como ficou demonstrado, pode vir a complicar sua situação dentro do processo, podendo ele ser visto como um indivíduo

que não coopera e que oferece embaraços, o que talvez gere nos órgãos do Estado um estigma em relação a essa pessoa.

Relativamente aos resultados das pressões sofridas pelo indiciado para aceitar o acordo, conforme fica claro por meio das observações de Oren Gazal-Ayal (2006), a acusação consegue alcançar um negócio em quase todos os casos, basta que ofereça um desconto substancial. Dessa maneira, aproximadamente 95% dos casos nos Estados Unidos são resolvidos por consenso.

Ressalta-se ainda a severidade da fragilidade na defesa, uma vez que não são todos os réus ou indiciados, principalmente no Brasil, que podem pagar por uma defesa de boa qualidade. A Defensoria Pública, ainda que dotada de membros que trabalham com excelência, não permite ao indivíduo a escolha de seu defensor, podendo ele ser contemplado com a defesa por um membro não tão eficiente no exercício de sua profissão. Há, por parte da Defensoria de alguns Estados, um caráter de fragilidade, sendo muitos os casos em que não se recorre das decisões e sequer interpõe-se *Habeas Corpus*, o que é base para se questionar a qualidade da defesa recebida por esses réus.

À semelhança de um sistema inquisitivo, o consenso penal tira o contraditório do indiciado ou do réu, juntamente com sua possibilidade de influir de forma efetiva no que lhe será imposto. Removendo o processo, exclui-se do réu a chance de provar sua inocência a um juiz imparcial, bem como a possibilidade de não ser prejudicado por provas ilícitas e, conseqüentemente, de acusar a ocorrência de nulidades. Eliminar a etapa processual, subtrair do juiz a função de julgador e colocá-lo como mero fiscal de legalidade de um negócio jurídico processual é o mesmo que desvirtuar por completo o que caracteriza um sistema como acusatório.

De acordo com o que foi exposto neste trabalho, é possível adotar formas alternativas de solução para o problema de superlotação do aparato estatal, que motiva a adoção de instrumentos de consenso. Dentre elas, figura o aumento do número de funcionários para processamento dos casos, que não necessariamente ocasionaria um aumento de despesa. Conforme relatório emitido pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2018), os 196 promotores de justiça do Ministério Público da Paraíba, ativos em junho de 2018, receberam remunerações brutas que partiam de R\$ 39.400,22 (trinta e nove mil e quatrocentos reais e vinte e dois centavos) e chegavam até R\$ 56.107,23 (cinquenta e seis mil e cento e sete reais e vinte e três centavos).

Já em janeiro de 2019, o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (2019) reportou que o número de promotores atual era de 194 e que os valores das remunerações foram de R\$ 31.304,42 (trinta e um mil e trezentos e quatro reais e quarenta e dois centavos), este constituindo o menor valor pago, chegando até R\$ 46.273,65 (quarenta e seis mil e duzentos e setenta e três reais e sessenta e cinco centavos), que seria a maior remuneração daquele mês.

Valores dessa monta ferem a moralidade da Administração Pública, tendo em vista que o teto constitucional é firmado com base no salário dos Ministros do STF, que hoje soma R\$ 39.200,00 (trinta e nove mil e duzentos reais). Entretanto, os tribunais e os órgãos em geral constantemente ultrapassam esse valor com pagamentos de verbas indenizatórias ou vantagens eventuais, não sendo raros os casos noticiados na imprensa de supersalários que ultrapassam em muito o referido teto. A exemplo disso, cita-se o caso noticiado por Patrícia Fiúza (2019), do juiz Paulo Antônio de Carvalho, que recebeu, em abril de 2019, R\$ 752.159,39 (setecentos e cinquenta e dois mil, cento e cinquenta e nove reais e trinta e nove centavos).

A intenção aqui não é afirmar que não se deve remunerar bem. Pelo contrário, é de extrema importância que os magistrados e os promotores de justiça sejam bem remunerados. Porém, é inegável que o que vem sendo praticado configura um verdadeiro desvio da finalidade estatal, pois um salário de R\$ 39.200,00 (trinta e nove mil e duzentos reais) já é um salário extravagante e não se coaduna com os fins de interesse coletivo do Estado. Se o Estado dividisse essa quantia por dois e contratasse 02 (dois) servidores, seria o suficiente para dobrar o número de efetivo sem mudar a despesa e, conseqüentemente, aumentar a eficiência e celeridade do aparelho estatal na solução dos casos, sem aplicação de instrumentos tão danosos como os de consenso.

Nesse ponto, torna-se relevante destacar que uma pessoa que recebe um salário de R\$ 19.600,00 (dezenove mil e seiscentos reais) já recebe mais do que 99% dos brasileiros (ZANLORENSSI; FERREIRA, 2016). Sob essa perspectiva, já seria uma remuneração que incluiria o indivíduo entre aqueles que, nacionalmente, são mais bem pagos.

Isto posto, existem formas eficientes de solução para os problemas de superlotação do sistema prisional e ineficiência do sistema de justiça brasileiro. O judiciário brasileiro é extremamente custoso, seus gastos podendo chegar a 2% do Produto Interno Bruto (SCARAMUZZO et al., 2018). Sem aumentar esse custo, há

alternativas para atingir melhores patamares de eficiência, excluindo a necessidade de sacrificar direitos e garantias daqueles submetidos a esse judiciário.

O consenso, em suas diversas formas, é, sem dúvida, danoso e sacrifica vários princípios garantistas. Essas garantias não existem sem uma finalidade. Por muito tempo, o Estado abusou daqueles que a ele se submeteram e, como exemplo, pode-se citar desde as arbitrariedades do absolutismo monárquico até as torturas utilizadas pelo sistema inquisitivo empreendidas a fim de conseguir uma confissão.

Mostra-se necessário, por fim, tentar evitar que essas formas de abuso voltem a acontecer, ainda que se manifestem de forma velada.

REFERÊNCIAS

AGRA, Giscard Farias. O mito do direito romano: em busca de um discurso fundador para o direito brasileiro. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO*, 5., Curitiba, 2013. **Anais...** Curitiba: Ibhd, 2013. p. 84 - 95. Disponível em: <http://www.ibhd.org.br/arquivos/anexos/VCBHD.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ALENCAR, Claudio Demczuck. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Rev. CEJ**, Brasília, v. 16, n. 58, p. 65-69, dez. 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/110/showToc>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019. 303 p.

BARBIÉRI, Luiz Felipe; CALGARO, Fernanda. **Moro apresenta projeto anticorrupção e antiviolação com alterações em 14 leis**: Proposta prevê modificações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Crimes Hediondos. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/moro-apresenta-a-governadores-projeto-anticrime-com-14-alteracoes-em-leis.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Rev. de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p.141-176, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2465>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BIBAS, Stephanos. *Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms*. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 126, n. 150, p. 150-174, 2012. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol126_bibas.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Unb, 1995. 184 p.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#art96. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Súmula Vinculante nº 14. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2009a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Defensoria Pública no Brasil. **III Diagnóstico**. Brasília, DF: 2009b. 268 p. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf. Acesso em: 23 jul. 2019.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: **Diário Oficial da União**, ano 2013, 5 ago. 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília: 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 21 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Súmula Vinculante nº 35. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 24 de outubro de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília: 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Acórdão do HC 126.292/SP. Constitucional. *Habeas corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. **Inteiro Teor do Acórdão**: HC 126.292 São Paulo. Brasília, 22 de fevereiro de 2016. p. 1-103. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 ago. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Diário Oficial da União**, Brasília: 2017. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. **Diário Oficial da União**, Brasília: 2019a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Projeto de Lei nº 1.864, de 28 de março de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. **Diário Oficial da União**, Brasília: 2019b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 05 jul. 2019.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. **Rev. do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 21, n. 84, p. 31-47, out./dez. 2000.

CARVALHO, Djalma Eutímio. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 712 p.

CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Rev. da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 42, p. 35-56, 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Conflito aparente de princípios. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 11-19, dez. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/informativo/issue/view/98/showToc>. Acesso em: 05 jul. 2019.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. 119 p. Disponível em:

https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/388158/mod_resource/content/1/Texto%2014%20-%20O%20que%20%C3%A9%20ideologia%20-%20M.%20Chau%C3%AD.pdf. Acesso em: 05 jul. 2019.

COUTINHO, J. N. de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Rev. da Faculdade de Direito da Ufpr**, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris: 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 26 jun. 2015.

DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS. Organização das Nações Unidas. **World Population Prospects 2019**. 2019. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/>. Acesso em: 05 ago. 2019.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Rev. de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 207-217, ago. 2011. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 789 p.

ESTADO DA PARAÍBA. Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **Folha de Pessoal**: Janeiro/2019. João Pessoa, 2019. 3 p. Disponível em: https://sagres.tce.pb.gov.br/estado_pessoal05.php?poder=4&ano=2019&competencia=012019&descricao=Janeiro&cargo=000002176&cargonome=PROMOTOR+DE+JUSTICA&tipo=EFETIVO+ATIVO&orgao=MINISTERIO+PUBLICO. Acesso em: 25 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda Constitucional nº 1 a 10, de 4 de março de 1789. **Bill Of Rights**. New York, 1791a. Disponível em: <https://nccs.net/blogs/americas-founding-documents/bill-of-rights-amendments-1-10>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. Emenda Constitucional nº 14, de 9 de junho de 1868. **Amendment 14**. Washington, 1791b. Disponível em: <https://nccs.net/blogs/americas-founding-documents/united-states-constitution-amendments-11-27>. Acesso em: 26 jun. 2019.

_____. *United States Sentencing Commission. Overview of Federal Criminal Cases: Fiscal Year 2017*. Washington, 2018. 17 p. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2018/FY17_Overview_Federal_Criminal_Cases.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

FIÚZA, Patrícia. **Verbas indenizatórias garantem salário de mais de R\$ 700 mil em maio a juiz do TJMG**. G1: Belo Horizonte, 2019. p. 01-25. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/05/31/verbas-indenizatorias-garantem-salario-de-mais-de-r-700-mil-em-maio-a-juiz-do-tjmg.ghtml>. Acesso em: 28 ago. 2019.

FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (BRASIL). **Enunciados criminais**. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrendo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>. Acesso em: 22 ago. 2019.

GAZAL-AYAL, Oren. *Partial Ban on Plea Bargains*. **Cardozo Law Review**, Nova York, v. 27, p. 101-155, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/14868673/PARTIAL_BAN_ON_PLEA_BARGAINS. Acesso em: 7 ago. 2019.

GLENDON, Mary Ann; LEWIS, Andrew D.; KIRALFY, Albert Roland. **Common Law**. *Encyclopaedia Britannica*, 2018. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/common-law/Criminal-law-and-procedure>. Acesso em: 26 jun. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 475 p.

HILL, Gerald N.; HILL, Kathleen Thompson (ed.). **Nolo's Plain-English Law Dictionary**. 1. ed. Berkeley: NOLO, 2009. 477 p.

HOBBS, T. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástica e civil. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2003. 544 p.

HOFER, Paul J. *Has Booker Restored Balance? A Look at Data on Plea Bargaining and Sentencing*. **Federal Sentencing Reporter**, v. 23, n. 5, p. 326-332, jun. 2011. Disponível em: <https://fsr.ucpress.edu/content/23/5/326>. Acesso em: 29 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Rt, 2009. 205 p.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual como Instrumento de Efetividade do Processo Penal no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Coordenação da Pós-graduação em Direito Processual de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 02 abr. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2016. 976 p.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 639 p.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159 p.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2017. 351 p.

LUCON, P. H. S. Devido processo legal substancial. **Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, v. 2, 2002.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009. 296 p.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 317 p.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Método, 2015. v., 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470 p.

MIKE HOUGH (Reino Unido) (Org.). **World Prison Brief**. 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 17 jul. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRZA, Flávio. **Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro**: breves notas. 2003. Disponível em: http://www.mppe.mp.br/siteantigo/siteantigo.mppe.mp.br/uploads/_yGBJxSfXGy8YINWjNrc2A/0N4GkSo5c2ilFOQ9PS4M_g/Os_Sistemas_Processuais_e_o_Processo_Penal_Brasileiro_-_breves_notas.doc. Acesso em: 11 jun. 2019.

MORO, Sérgio Fernando. **Exposição de Motivos nº 00014/2019**. Brasília: Ministério da Justiça, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

NUCCI, G. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina B. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil law e da common law. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Rev. da Academia**

Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 6, p. 43-68, jun. 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1120 p.

POLASTRI, Marcellus. **O Ministério Público e a Persecução Criminal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 512 p.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 406 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 1168 p.

REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. Lei de 15 de junho de 1215. **Magna Carta Libertatum**. Runnymede, Surrey, 1215. Disponível em: <https://www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215>. Acesso em: 26 jun. 2019.

ROSA, Alexandre M. A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. *In*: PRADO, G. et al. **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 5-26.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria S. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas Sociedades Pós-Industriais. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 236 p.

SCARAMUZZO, Mônica. et al. **Desembolso com Judiciário chega a 2% do PIB do País**. Estadão: São Paulo, 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desembolso-com-judiciario-chega-a-2-do-pib-no-pais,70002629765>. Acesso em: 28 ago. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 711 p.

UNIÃO EUROPEIA. Recomendação nº 18, de 17 de setembro de 1987. **Council Of Europe**: Yearbook of the European Convention of Human Rights, 1987. Dordrecht, South Holland: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

VIANO, Emilio C. Plea Bargaining in the United States: A Perversion of Justice. **Eres**: Revue internationale de droit pénal, Toulouse - Fr, v. 83, n. 1, p.109-145, 2012. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2012-1-page-109.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. 12. ed. Londres: *International Centre for Prison Studies*, 2018. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

WRIGHT, Ronald F. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. **Law Review**, Philadelphia, p. 79-156. jan. 2005. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue1/Wright154U.Pa.L.Rev.79\(2005\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue1/Wright154U.Pa.L.Rev.79(2005).pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

ZANLORENSSI, Gabriel; FERREIRA, Lucas. **O seu salário diante da realidade brasileira**. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/interativo/2016/01/11/O-seu-sal%C3%A1rio-diante-da-realidade-brasileira>. Acesso em: 28 ago. 2019.