

Uma tendência inevitável no direito
processual penal brasileiro

BASES E FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

COORDENADOR:

CLÁUDIO DO PRADO AMARAL

Autores:

**ARTHUR M. F. VALENÇA
EDUARDO RODRIGUES PAVESE
FERNANDA OLIVEIRA DA SILVA
GIULLIA LUCCHESI DE SANTANA
IAN TEIXEIRA BARREIRO
ISABELA DA SILVA
JÚLIA CECÍLIA**

**LAURA MAILDES
LEONARDO TAVARES LIMA
LÍVIA MOLINA SOARES
LUCAS DE CARVALHO FRANCO
PEDRO BOMBARDA MARTINS
SAMUEL MODESTO MARCACINE NEIVA**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1: O ESTADO DAS COISAS E CULTURA JURÍDICA.....	6
1 O processo como realizador do direito penal.....	7
2 O quadro geral do processo penal atual e suas deficiências.....	7
3 Uma visão crítica sobre os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.....	10
4 A Administração da Justiça Penal como parte da Administração Pública.....	12
5 Princípios da Administração Pública.....	13
CAPÍTULO 2: EFICIÊNCIA E PROCESSO PENAL.....	17
1 O tempo, a sociedade e o processo penal.....	18
2 Eficiência e Processo.....	20
3 Ônus Probatório.....	23
4 Ônus Probatório na Justiça Penal Negociada.....	24
CAPÍTULO 3: JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	26
1 Origens.....	27
2 Sistema Penal Norte-Americano.....	30
3 Sistema Penal Inglês.....	32
4 Sistema Penal Australiano.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS.....	38

Introdução

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi produzido no âmbito da disciplina Laboratório que é aplicada na graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. O Laboratório é uma disciplina que emprega exclusivamente métodos ativos de busca do saber por parte do aluno. Referidas metodologias atribuem ao graduando o protagonismo na descoberta do saber e são consagradas pela pedagogia, citando-se como exemplo a aprendizagem baseada em problemas (conhecida pela sigla PBL) e o método do caso (o *case method*). Aqui, usamos a *metodologia baseada em projetos*.

O projeto inicialmente desenhado era a elaboração de um ebook que tratasse do projeto de lei enviado pelo Ministro da Justiça ao Poder Legislativo da União, no início deste ano de 2019, denominado “Projeto anticrime”. O recorte do ebook era específico e se limitaria a examinar a proposta legislativa no item XII, que trata das “Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal”.

Uma vez que o projeto não se tornou lei (por enquanto), reduzimos a extensão deste trabalho, e ainda não publicamos comentários específicos sobre as alterações em suspenso.

Optamos por ofertar ao público, um trabalho que prepare as bases sobre o porvir. Se não advier neste momento, isto é, se o projeto apresentado pelo Ministério da Justiça neste ano não se tornar lei, certamente outro projeto de mesmo viés se tornará. Ou seja: reputamos inevitável a guinada do processo penal brasileiro em busca de maior velocidade e efetividade, que seriam objetivos prometidos pela ampliação da justiça penal negociada. É uma questão de tempo, tendo em vista as características e anseios da sociedade contemporânea.

Com o objetivo de ofertar contribuição qualificada à comunidade formada pelos operadores do direito, apresentamos, neste trabalho, inteiramente desenvolvidos pelos alunos da graduação da FDRP/USP, as bases e fundamentos que tornarão mais fácil a compreensão do tema que, mais dia menos dia, deve ingressar sistemicamente no direito processual penal pátrio.

A justiça penal negociada já estava prevista desde a CF de 1988, cujo art. 98, I previa a transação penal para os delitos de menor potencial ofensivo. Nos anos seguintes foram promulgadas leis que previram alguma forma de manejo na pena cujo protagonismo não era atribuído ao julgador, mas, sim, ao acusado, seu defensor e ao Ministério Público. Com a imensa repercussão dos acordos de colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 – percebida pela sociedade como algo positivo, tornou-se relativamente previsível que referido método de solução de questões penais fosse ampliado e passasse a ocupar função de destaque no sistema processual penal.

Capítulo 1

O Estado das Coisas e a Cultura Jurídica

1. O processo como realizador do direito penal

O Código de Processo Penal (CPP), atualmente vigente no Brasil, foi redigido por Francisco Campos e instituído pelo Decreto-Lei n° 3.689 de 1941, pelo então Presidente Getúlio Vargas, entrando em vigor em 1° de janeiro de 1942.

Essa codificação, originalmente, previa institutos engessados e formais, adequados para seu tempo. Mas, com o desenvolvimento da sociedade e o transcorrer dos anos, não pôde esquivar-se dos avanços conquistados pela ciência processual. Esses progressos levaram o processo a ser caracterizado por sua instrumentalidade e pelo garantismo. Diversas reformas pontuais têm procurado atualizar o CPP.

A instrumentalidade do processo penal o coloca na condição daquilo que dá concretude ao direito material. O processo penal realiza o direito penal em conformidade com a opção política do Estado Brasileiro¹ que é o Estado Democrático de Direito. O processo é um dos métodos adotado pelo Estado para composição de lides. Sem ingressar no dilema sobre a existência ou não da lide no processo penal, fato é que o processo atua como um dínamo do sistema de justiça criminal por atuar de forma procedimental. Em outras palavras, é o encarregado por regular desde o acesso à justiça, até os vários atos que levarão a uma definitiva prestação jurisdicional.

O garantismo do processo penal expressa-se pela sua imprescindibilidade para servir como instrumento usado para garantir a observância dos direitos fundamentais e garantias constitucionais em um Estado democrático de Direito. O processo é mecanismo que se presta para frear os excessos estatais contra o indivíduo², delimitando um procedimento legal de persecução numa relação jurídica e, de acordo com os resultados, punição ou absolvição dos envolvidos. Imagine-se que um mesmo agente fizesse a abordagem policial, a investigação, a proposição da ação, o julgamento e a execução do que foi decidido. Insustentável, inaceitável e impossível. Assim, mais do que um instrumento procedimental para condenar, absolver e executar decisões, o processo é meio de se consagrar e garantir o cidadão contra arbitrariedades estatais. Confirma-se, diante disto, que embora jamais possa ter um fim em si mesmo, o processo é, por si só, uma garantia.

2. O quadro geral do processo penal atual e suas deficiências

¹ MACHADO, Antônio Alberto. Teoria Geral do Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 92.

² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80.

Não se confundem processo, procedimento e autos. Processo é o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho - a saber, o procedimento -, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu³.

O processo é, portanto, um ente abstrato. Como tal, não dispensa uma matéria física para que ele se substancie e tome forma material e manipulável no mundo real. Essa matéria vem representada pelo conjunto das peças e partes que compõem o processo⁴. São os autos. Com o advento da tecnologia da informação, são cada vez mais raros os autos utilizados no passado (impressos ou datilografados em papel). Estes estão em extinção. As políticas públicas dos tribunais é clara no sentido da implementação de autos eletrônicos, operados por meio sistemas informatizados, por conta de sua praticidade e custos menores.

O processo se expressa como uma relação jurídica dotada de base procedimental. Logo, o procedimento é inerente ao processo. Por procedimento entende-se a sequência ordenada de ações e atos que devem ser realizadas durante o tramitar da ação penal⁵.

O artigo 394 do CPP estabelece dois tipos de procedimento: o comum e o especial. O primeiro tipo possui três espécies: ordinário, sumário e sumaríssimo.

O procedimento ordinário, conforme art. 394, § 1º, I, do CPP, aplica-se aos crimes cuja pena máxima cominada seja igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade (exceto os crimes dolosos contra a vida, os quais se sujeitam ao rito do tribunal do Júri). De maneira muito resumida, o Ministério Público oferece a denúncia e os autos são encaminhados ao juiz. A este cabe verificar se a denúncia atende a todos os requisitos legais e constitucionais, podendo decidir pelo recebimento da mesma ou pela rejeição. Decidindo o magistrado pelo recebimento, determina a citação e intima o acusado para apresentação da resposta escrita. Após a apresentação desta resposta, o juiz pode absolver o acusado sumariamente ou não. Neste último caso, designa audiência em até 60 dias, na qual será feita a instrução e interrogado o acusado. Finalizados estes atos, passam-se às alegações finais e o juiz profere a sentença (podendo fazê-la verbalmente na própria audiência ou por escrito dentro dos próximos 10 dias). Em razão da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, as partes que não tiveram suas expectativas atendidas pela sentença frequentemente apresentam recurso contra a sentença.

³ CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. TEORIA GERAL DO PROCESSO. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 49.

⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Jurídico; atualização de Ana Claudia Schwenck dos Santos. 23ª edição. São Paulo: Rideel, 2019, p. 53.

⁵ REIS, Alexandre C. Araújo; GONÇALVES, Victor E. Rios. Processo Penal: Procedimentos, Nulidades e Recursos. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção sinopses jurídicas; v. 15; t. I), p. 11.

O procedimento sumário (art. 394, § 1º, II, do CPP) aplica-se aos casos em que a pena máxima seja superior a dois e inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade, e suas fases procedimentais são muito parecidas com as do rito ordinário. O rito sumaríssimo (art. 394, § 1º, III) é reservado para infrações penais de menor potencial ofensivo, regulado pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que delimita quais são essas infrações e o respectivo procedimento.

Assim, o procedimento é um rito processual que

*é sempre previsto em lei, de modo que as partes não podem escolher um procedimento que lhes seja eventualmente mais benéfico, já que a matéria é de ordem pública. Tampouco o juiz pode suprimir ou alterar alguma parte do procedimento, sob pena de nulidade da ação penal.*⁶

O CPP, desde a sua vigência, caracterizou-se pela obediência ritualística, extremamente engessada. É bem verdade que o princípio da instrumentalidade das formas foi previsto desde o início no CPP. Mas, jamais houve possibilidade de abreviação do rito, qualquer que fosse, por motivo de acordos penais.

Pode-se perceber, quase como uma característica homogênea, que as instituições brasileiras (das mais diversas ordens) possuem um grande apego à forma e à ordem das coisas. A formalidade arraigou-se na cultura brasileira de tal modo que fazer diferente é visto como fazer errado. Para qualquer ato da vida civil e jurídica, não basta saber fazer, mas também saber como fazer, pois, em muitos casos, desviar (ainda que em parte) da formalidade implica em anular o ato e os que dele dependem. E, no direito, este excesso burocrático faz-se presente de maneira muito acentuada, gerando diversas consequências reais para a sociedade: lentidão nos processos, custos elevadíssimos em casos que admitiriam alternativas muito menos custosas para o Estado, baixa eficiência na resolução de conflitos, obstrução dos caminhos legais, sobrecarga dos atores do Direito, entre outras disfunções.

A manutenção da opção procedimental vigente desde a primeira metade do século XX, portanto, estabeleceu e consolidou uma hipervalorização do rito clássico no processo penal que não beneficia mais a sociedade. É evidente que essa opção traz uma questão importante para o processo penal, que é a segurança jurídica gerada por essa obediência. Saber exatamente quais os passos e o que será feito em cada momento do processo permite dizer com muita precisão os

⁶ REIS, Alexandre C. Araújo; GONÇALVES, Victor E. Rios. Processo Penal: Procedimentos, Nulidades e Recursos. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção sinopses jurídicas; v. 15; t. I), p. 11.

rumos, e estimar com razoável margem de acerto os resultados, e essa é uma característica muito positiva, ao que devemos fazer justa defesa.

Porém, ignorar todas as outras questões que tangenciam o tema é um grave erro, principalmente porque nada permite dizer que caminhos alternativos não trarão a mesma segurança. Existem outros pontos que devem ser ponderados. Ressaltamos dois. Por primeiro: a sociedade é extremamente dinâmica, e se modificou radicalmente desde 1942. Uma dessas modificações é a sua expansão, a qual exige cada vez mais agilidade e rapidez na resolução de conflitos. Num país de dimensões continentais como o Brasil, em que o sistema jurídico encontra-se congestionado e os casos demoram muito para encontrarem respostas estáveis, é inadmissível que o protagonismo do processo seja exclusivo de um regimento que valorize mais a formalidade do que a eficiência.

Em segundo: ao longo do século XX e início do XXI consolidou-se a tecnologia no cotidiano comum, algo que o legislador não poderia prever na década de 40. As inovações tecnológicas estão avançadas de tal forma que, em muitos casos, um fato criminoso pode ser esclarecido em questão de minutos, com um clique, por meio de arquivos digitais e gravações de câmeras, por exemplo.

3. Uma visão crítica sobre os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade

Outra disfuncionalidade potencializada pelo CPP foi o princípio da obrigatoriedade. Em se tratando de ação penal pública incondicionada, quando presentes as condições para a sua instauração, o Ministério Público (MP) será obrigado a oferecer a denúncia. As condições da ação no processo penal, elenca Fernando da Costa Tourinho Filho⁷, são a legitimidade de parte, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa. Nesta última, encontram-se os indícios de materialidade e autoria.

Caso o MP entenda que não existem condições para oferecer denúncia, pedirá ao juiz o arquivamento dos autos de investigação. O juiz possui a opção de recusar o pedido de arquivamento, na forma do artigo 28 do CPP. Uma vez oferecida a denúncia, o MP não pode desistir da ação, conforme o artigo 42 do CPP. A ação penal lhe é indisponível.

O princípio da obrigatoriedade foi quase absoluto até a década de 80. Salvo raras decisões que se baseavam no princípio da insignificância, as ações penais públicas

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 1. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88.

incondicionadas eram sinônimo de que em, se tratando do *ius puniendi* do Estado, não caberia qualquer tipo de flexibilização.

A CF de 1988 previu em seu art. 98, I a possibilidade de transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, algo que somente foi concretizado no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Outros dispositivos esparsos de índole transacional e tendo por base a reparação do dano estão presentes do ordenamento jurídico brasileiro como o artigo 87 da Lei 12.529/11; o termo de ajustamento de conduta (evita-se a judicialização da questão, sem sanções civis e penais), conforme artigo 5º, §6º, da Lei 7.347/85; o parcelamento do débito tributário nos crimes de sonegação fiscal, conforme o artigo 68, da Lei 11.941/09; a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/13.

Todavia, não existe previsão de flexibilização sistêmica do princípio da obrigatoriedade, isto é, não há possibilidade legal de se evitar o processo penal em nome de um interesse maior que beneficie e sociedade e atenda ao interesse público mais amplamente. As exceções ao princípio da obrigatoriedade, como se mostrou acima, ainda são muito restritas.

Jacinto Nelson de Miranda e Edward Rocha de Carvalho⁸ defendem que o instituto da transação na delação premiada se funda na ótica privada prevalente no Direito da common law. Isso traz contrariedades quando aplicado, sem nenhuma ou com poucas adaptações, no Brasil, que está inserido na civil law, o qual possui um sistema bastante pendente ao público, logo, divergente do modelo utilizado em outros países. como os Estados Unidos.

Tamanho apego ao formalismo é refletido no enorme número de processos criminais existentes. Segundo o relatório da Justiça em Números⁹ de 2018, em 2017, surgiram 2,7 milhões de casos criminais, enquanto os casos pendentes são 2,8 vezes mais que os novos. Todos esses milhões de casos que chegam ao Poder Judiciário devem ser julgados com qualidade e sem demora. Indaga-se: o tempo de tramitação processual nos juízos criminais são razoáveis? A qualidade das decisões penais são satisfatórias? O fato de o MP possuir o dever de denunciar sempre (e não poder desistir da ação) não implicaria em a Justiça aplicar demasiados recursos em casos que não requereriam tamanha atenção, deixando de dar a devida atenção a outros casos realmente conectados ao desenvolvimento da sociedade? 2,7 milhões de novos casos criminais em apenas um ano e os mais de 7,5 milhões de casos pendentes indicam que o

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n. 22, abril a junho de 2006, pp. 75-84.

⁹ BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

princípio da obrigatoriedade não pode ser a única via à realidade brasileira, ao menos se aplicado com o formalismo atual.

4. A administração da Justiça penal como parte da Administração Pública

A administração da justiça penal é parte da administração pública. Logo, é regida pelos seus princípios e tem os mesmos objetivos. Segundo José Afonso da Silva¹⁰, a administração pública consiste no conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. A partir desse conceito, torna-se possível extrair características relativas à administração pública, a saber: é subordinada ao poder político; constitui um meio para atingir fins definidos (o interesse público, a descentralização administrativa, a qualidade dos serviços prestados à população).

A administração pública representa um conjunto de órgãos a serviço do governo e também as operações administrativas realizadas nestes órgãos. Nesse sentido, embora o Estado brasileiro se organize de modo a repartir competências e atividades em funções estatais denominadas poder executivo, legislativo e judiciário, existe um feixe de atribuições comuns aos três poderes, unificadas pela ideia e pela forma de administração pública. Tal realidade justifica-se pelo fato de que, apesar do Poder Executivo ser o administrador por excelência, nos demais poderes existem diversas tarefas que constituem atividade administrativa, por exemplo, as que se relacionam à organização interna dos seus serviços e servidores.

É bem verdade que a expressão *administração pública* é demasiadamente ampla. Vamos restringi-la a dois sentidos¹¹: em sentido formal ou orgânico e em sentido material ou objetivo. O primeiro sentido refere-se às pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos que exercem atividades administrativas, enquanto que o segundo sentido refere-se à própria função ou atividade administrativa. A administração pública em sentido formal subdivide-se em administração pública direta e administração pública indireta. Aquela compreende os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e municípios) e seus respectivos órgãos, ao passo que esta compreende as entidades administrativas que exercem funções administrativas, a partir da descentralização legal, e que estão vinculadas ao respectivo ente federativo (autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas).

A administração pública é regida por princípios constitucionais norteadores de toda a sua atividade, perpassando os três poderes. Consequentemente, tais princípios guiam a

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006, p. 655.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 181.

administração da justiça como um todo e também do sistema de justiça penal. Quando se fala em justiça penal negociada, há a expectativa de maior celeridade e economia processual, o que contribuiria para a concretização de um princípio da administração pública: o princípio da eficiência. Vejamos os princípios.

5. Princípios da Administração Pública

Os princípios da administração pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, são os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. São princípios que emanam da Carta Magna, a normativa que ocupa o topo da hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Além disso, destinam-se a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos, bem como garantir a correta gestão dos negócios e recursos públicos. Visa-se sempre uma finalidade: o atendimento ao interesse público.

O princípio da legalidade é aquele segundo o qual a administração pública somente poderá ser exercida em consonância com a lei e demais dispositivos normativos aplicáveis. O servidor público tem o dever de agir de acordo com a lei, apenas a ausência de proibição legal é insuficiente, sendo necessária autorização legal para praticar os atos administrativos no exercício do seu cargo. É princípio com dois importantes desdobramentos: supremacia da lei e reserva legal¹². Por supremacia da lei entende-se que a lei predomina sobre os atos praticados pela administração pública. Reserva legal, por sua vez, implica que certas matérias relativas a atuação da administração pública devem ser tratadas por lei.

Conforme o princípio da impessoalidade, a administração pública deve dispensar tratamento impessoal e isonômico aos particulares, sendo proibida a discriminação odiosa ou desproporcional. Também é decorrência do princípio da impessoalidade que os atos e os provimentos administrativos não são imputáveis ao servidor público que os pratica, mas ao órgão ou entidade em nome de qual age o funcionário.

O princípio da moralidade trata, especificamente, da moralidade administrativa. Visa garantir que agente administrativo seja ético e, valendo-se da moral e da honestidade, realize boa administração, discernindo o lícito do ilícito, o justo do injusto. A finalidade da moralidade administrativa é impedir que os dirigentes estatais desviem-se das finalidades do Estado de

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed., Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 81.

Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas¹³.

Consoante o princípio da publicidade o poder público deve agir com transparência, tendo em vista que é direito dos administrados tomar ciência de quais atos estão sendo executados pelos administradores. O princípio da publicidade existe justamente para que os atos da administração pública sejam divulgados em meio oficial, excetos os casos em que lei prevê sigilo.

Nosso tema tem especial relação com o princípio da eficiência. Referido princípio foi introduzido no art. 37 da Constituição por meio da emenda constitucional nº 19 de 1998. Interessante lembrar, de antemão, que eficiência não é um conceito jurídico, mas, sim, um conceito econômico.

Em linhas gerais, eficiência pode ser compreendida como a capacidade de realizar a atividade de maneira racional através do melhor uso dos recursos disponíveis. Nota-se que o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade¹⁴, pautadas na exigência de diminuição dos desperdícios de dinheiro público, determinado a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

A inserção do princípio da eficiência no rol dos princípios da administração pública sinaliza a passagem da administração pública burocrática, predominante no século XX, para a administração pública gerencial¹⁵. A administração pública burocrática, conforme postulada por Max Weber, traz, em seu cerne, as ideais de profissionalização de carreira, de hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, caracterizando assim um poder racional-legal. Diante dos problemas oriundos desse *modus operandi*, surge o modelo gerencial como alternativa, tendo como principal foco os resultados e não os processos. Caminha-se, então, para uma maior flexibilização e autonomia da administração pública, associada ao aumento da participação popular e da transparência (por exemplo, prestação de contas).

Por fim, pelo exposto, é válido dizer que o princípio da eficiência diz respeito a forma de atuação do agente público, do qual espera-se o melhor desempenho das atribuições de seu cargo, para alcançar os melhores resultados. Não obstante, também diz a forma de organizar e

¹³ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/12/14/principio-da-moralidade-probidade-raoabilidade-cooperacao/>>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 32ª ed., São Paulo: Atlas, p. 84.

¹⁵ KLERING, Luis Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos Caminhos da Administração Pública Brasileira. In. A Revista Acadêmica da Face, Porto Alegre: v. 21, n. 1, p.4-17, jun. 2010.

estruturar a administração pública, visando alcançar os melhores resultados na prestação de serviços públicos.

Logicamente, os princípios da administração pública acima expostos abrangem a administração da justiça. Nesse viés, especialmente em relação ao princípio da eficiência, convém lembrar da “reforma do judiciário” ocorrida em 2004, cujo maior marco normativo é a emenda constitucional nº 45/2004. Tal emenda foi responsável por acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A introdução desse inciso ao conjunto dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente explica-se pela morosidade da justiça brasileira e pelo prolongado tempo de tramitação dos processos, o que, além de frustrar o ideal de acesso à justiça, gera maiores custos. Com maiores custos e menor qualidade do serviço público prestado ao cidadão, materializa-se o exato oposto ao modelo gerencial de administração vinculado ao princípio da eficiência.

Outra importantíssima inovação trazida pela emenda constitucional supracitada reside na criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável por exercer a função de controle externo do poder judiciário, repartida em duas atribuições: planejamento estratégico e gestão administrativa dos tribunais; controle disciplinar e correccional das atividades dos juízes¹⁶. A implantação do CNJ constituiu tentativa de melhoria na atuação do sistema de justiça nacional em suas múltiplas facetas.

Diante disso, é notório que, já há algum tempo, vêm se concentrando esforços na resolução dos problemas enfrentados pelo judiciário, sobretudo, no tocante à celeridade e a economia processual. Atentando-se ao sistema de justiça penal, a presença de dispositivos de justiça penal negociada no denominado pacote legislativo anticrime do Ministério da Justiça representa mais uma ação no sentido de atender as exigências emanadas do princípio da eficiência. A título exemplificativo, se o promotor de justiça fecha acordo com o indivíduo que cometeu um crime, reduzem-se os custos de tramitação do processo na via judicial, assim como permite que os servidores da justiça trabalhem em outros casos. Diversas ações custosas decorrentes do ônus da prova que seria da acusação são economizadas, como veremos adiante.

¹⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. A Eficiência na Administração da Justiça. In. Revista da Ajufergs, Porto Alegre: v. 3, n. 3, p.75-89, jul. 2008. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/revista_det.php?id=3>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Ainda a título exemplificativo, imagine-se a seguinte hipótese: um indivíduo é detido em flagrante, logo após a prática do delito, em poder do objeto roubado, do instrumento usado para a prática do delito (por exemplo, uma arma de fogo) e é reconhecido pela vítima. O que seria mais razoável:

1) oferecer denúncia, analisar o seu cabimento, citar o acusado, assegurar prazo para defesa escrita, analisar se a acusação ainda é cabível; designar audiência, intimar testemunhas e vítima, ouvi-las em instrução, interrogar o acusado, verificar se há necessidade de outras provas, abrir oportunidade para manifestações finais do Ministério Público e da defesa, proferir sentença com exame cognitivo profundo, assegurar oportunidade de recurso, e se este for oferecido, processá-lo, intimar parte contrária para contrarrazões, abrir vista dos autos para relator, depois revisor e terceiro juiz, designar data para sessão de julgamento, e assim, por diante, até que estejam esgotadas todas as vias recursais que podem chegar até aquilo que na prática significa um quarto grau de jurisdição junto ao STF? ou

2) oportunizar o acordo penal no dia seguinte ao crime, com negociação da pena?

A resposta não parece ser difícil em casos como o do exemplo acima exposto, os quais representam parcela importante da movimentação judiciária em tema criminal.

Capítulo 2

Eficiência e Processo Penal

É secular o dilema que envolve economia e processo. Tanto isso é verdade, que um dos princípios inerentes à processualística moderna é o da economia processual, que significa que os atos processuais devem ser realizados com o menor dispêndio de recursos e no menor tempo possíveis, sem afetar a qualidade do resultado final. Esse princípio é mais uma meta a ser atingida, um programa a ser seguido, que uma realidade observável em todos os processos. Inúmeros processos padecem de excesso de formalismo e demora injustificada. Basta recordar que apesar do desenvolvimento das tecnologias de informação, o processo eletrônico somente foi implementado em 2015 no Brasil.

É exatamente a esse dilema que as propostas de ampliação da justiça penal negociada nos remetem. Todos queremos uma solução mais célere para as questões penais em que há um suspeito indicado como autor de um crime. Mas, será que estamos dispostos a pagar o preço por isso? O novo método de instrumentalização do direito penal manterá os direitos fundamentais e garantias processuais penais? Em todo caso, a lógica à qual se submete o processo e a respectiva sociedade contemporânea é a do tempo, pelo modo como o compreendemos, como o percebemos e as expectativas de conduta que elaboramos a partir dessa compreensão.

1. O tempo, a sociedade e o processo penal

As diversas sociedades humanas sempre tiveram com o tempo uma relação próxima, ainda que muito diferente, a depender de contextos e momentos históricos diversos. Mais do que nunca, entretanto, o tempo é conceito essencial nas diversas esferas sociais da sociedade capitalista ocidental, especialmente a partir dos primórdios da Revolução Industrial. Vamos aqui pontuar algumas das transformações que contribuem para a relação que o homem contemporâneo tem com o tempo. Depois de estabelecidos os princípios norteadores desse relacionamento, serão enunciadas algumas conclusões acerca da importância da velocidade nos processos penais, e como essa velocidade importa à justiça da resolução de conflitos.

Se antes os agentes concebiam suas relações e as estruturas sociais a partir de princípios metafísicos¹⁷, com o chamado desencantamento do mundo, aqueles começam a se fundamentar na racionalidade como fundamento confiável na construção de uma sociedade. Dessa maneira, as esferas sociais - tais como o direito, a política, a economia, entre outros - se racionalizam e

¹⁷ Por exemplo, o arbítrio da punição penal atribuído a um representante de Deus. Nesse sentido, confundiam-se a religião e o direito e, assim a justiça divina com a justiça humana racionalizada. Sobre isso, a clássica obra de Beccaria dá exemplo da crítica a essa confusão e também fundamenta as bases para uma nova etapa racional da punição penal. Ver: BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 22 de Abril de 2019.

começam a operar com regras próprias semelhantes à ciência¹⁸. Nesse panorama, o mensurável e o racionalizável tornam-se preponderantes. Assim, não faz mais sentido um Estado que baseia o seu funcionamento em dogmas religiosos, antes, a burocracia¹⁹, nos termos Weberianos, surge como uma organização racional do Estado. Nela, diversas regras de controle dos poderes, além da definição de procedimentos que pretendem a diminuição ao máximo do subjetivismo, modelam um novo Estado, racional e imparcial, de maneira a atender a todos de forma igualitária.

Nesse contexto, a relação do homem com o tempo sofre radicais transformações. O mesmo processo de racionalização da vida encontra a necessidade da mensuração do tempo e do espaço. O surgimento dos calendários e, principalmente, dos relógios, é fator determinante da maneira com que o homem capitalista orienta as suas ações²⁰. A atividade humana e, principalmente, o trabalho, é gerida, a partir de então, pela percepção quantificada de tempo²¹.

Ora, o tempo medido em horas, minutos, segundos e suas infinitas frações; é característica de um indivíduo do início do século XX que embasa todo o seu dia em horários específicos. Às 6 horas acorda para ir ao trabalho. Às 12 horas faz intervalo de almoço. Às 18 horas encerra o seu turno. Às 21 horas se deita e dorme para repetir o ciclo do dia anterior.

A relevância que o tempo adquire faz com que ele seja um fundamental instrumento de poder. Aquele que controla o tempo das atividades humanas, controla também os lucros e embasa o domínio dos próprios corpos e mentes. Nesse sentido afirma Harvey²² que “o dinheiro pode ser usado para dominar o tempo (o nosso ou o de outras pessoas). (...) quem define as práticas materiais, as formas e os sentidos do dinheiro, do tempo ou do espaço fixa certas regras básicas do jogo social”. Sendo assim, o indivíduo que manufatura a sua própria rotina e, mas do que isso, dita as regras da rotina alheia, é sujeito que dispõe de uma ferramenta monumental de dominação.

¹⁸ WEBER, M. A ciência como vocação: In: Ensaio de sociologia. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 154-183.

¹⁹ WEBER, M. Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma Construção do Tipo Ideal. In: CAMPOS, Edmundo (organização e tradução). Sociologia da Burocracia. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1966.

²⁰ GIDDENS, A. As consequências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991, p.26.: “A invenção do relógio mecânico e a sua difusão entre virtualmente todos os membros da população (um fenômeno que data em seus primórdios do final do século XVIII) foram de significação chave na separação entre o tempo e o espaço”.

²¹ Assim explica Foucault, por exemplo, ao tratar dos mecanismos disciplinares da fábrica. O controle das horas, o estabelecimento de horários fixos para as distintas atividades - tais como intervalos e horários de produtividade - serve como um poder-saber que disciplina mentes e corpos a um discurso de trabalho mecânico, com base em metas e rotinas (Cf. FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 42ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014).

²² HARVEY, D. Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 10ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

Monumental, também, já que o poder de controle do tempo, estende-se de forma pujante se levado em conta o processo de globalização²³. O domínio do tempo se alia ao domínio do espaço dentro da aldeia global²⁴, de tal maneira que aquele que define as regras da rotina tem influência magistral na própria organização da sociedade global, com seus valores e princípios de organização.

Ora, se o tempo é conceito essencial à sociedade capitalista e se o seu controle e organização acarreta na disposição de um forte mecanismo de poder, é válido questionar quem são os agentes que dominam essa ferramenta. Entre muitas respostas possíveis, importante à discussão aqui apresentada é o próprio Estado, na movimentação dos processos penais.

De fato, quando um sujeito ajuíza ação penal, em busca da resolução de sua pretensão, sujeita-se à máquina do Estado para fins de contemplar a satisfação da justiça. Concomitantemente, todavia, também cede o domínio do seu tempo. Ou seja, abdica da possibilidade de gerir o seu próprio tempo - e com isso, renuncia a um forte mecanismo de poder - em nome da racionalização e da imparcialidade que competem ao Estado, que, por essas características, supõe-se enunciar uma decisão justa. Quando, porém, o processo tem duração exagerada, a pretensão sem tutela jurisdicional aos poucos transforma-se em uma injustiça. E o Estado, por meio do uso descabido daquele tempo cedido pelos sujeitos envolvidos no processo, deslegitima-se, já que o princípio da razoável duração do processo - requisito de um processo justo - não é cumprido.

Dessa maneira, em uma sociedade em cujo funcionamento o tempo apresenta-se como norteador das atividades dos agentes e como mecanismo de poder, é essencial que os sujeitos, ao abdicar da gestão de seu tempo em nome do Estado, alcancem a justiça com que o Estado se legitima. A razoável duração do processo, com base no que foi discutido, é princípio fundamental da justiça processual e não deve ser ignorado.

2. Eficiência e processo

²³ BAUMAN, Z. Modernidade líquida. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2001, p. 18: “o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado pela resistência do espaço (o advento do telefone celular serve bem como ‘golpe de misericórdia’ simbólico na dependência em relação ao espaço: o próprio acesso a um ponto de telefone não é mais necessário para que uma ordem seja dada ou cumprida. (...).”

²⁴ SANTOS, M. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 28: “com essa grande mudança na história, tornamo-nos capazes, seja onde for, de ter conhecimento do que é o acontecer do outro. (...). Essa é a grande novidade, o que estamos chamando de unicidade do tempo ou convergência dos momentos. A aceleração da história, que o fim do século XX testemunha, vem em grande parte disto”.

Ao Estado compete dizer o direito, tendo o dever de, por meio da jurisdição, pacificar os conflitos sociais, objetivando manter a coesão e a ordem na sociedade. Mas para que se assegure que o Estado chegue a soluções justas das lides, devem estar presentes garantias processuais que possibilitem a efetiva mobilização do direito material, evitando que o instrumento de veiculação da justiça seja em si injusto. Uma dessas garantias é princípio da razoável duração do processo.²⁵ Observando a origem histórica do instituto, vê-se que o mal da demora excessiva do processo não é atual. Existem relatos de mora processual já no direito romano, sendo que as Institutas de Gaio previam prazos máximos para o processo que, quando ultrapassados, ocasionavam a extinção da ação.²⁶ No entanto, a estruturação mais elaborada desse princípio decorre, assim como outros tantos princípios basilares do direito processual, da garantia do devido processo legal (*due process of law*), fruto da Magna Carta das Liberdades, que em 1215 determina que nenhum homem será julgado ou condenado se não pela lei, submetendo inclusive o próprio monarca.²⁷ Essa mesma carta, ao dispor em seu artigo 40 que a ninguém se retardará a prestação da justiça, introduz no mundo jurídico a ideia de que a falta de celeridade processual leva à permanência e aprofundamento da produção de injustiças. A partir de então a noção de celeridade da justiça se espalha para diversos ordenamentos jurídicos do mundo, estando, por exemplo, prevista na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração de Delaware, ambas de 1776 e em diversas constituições europeias.²⁸

A evolução desse princípio no Brasil passa pela ratificação e decretação do Pacto de San José da Costa Rica em 1992, que prevê em seus artigos 7, V e 8, I a garantia da razoável duração do processo²⁹, e culmina em sua consagração enquanto direito fundamental pela Emenda Constitucional nº45/2004 inscrito no Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

²⁵ SILVA, Ênio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado, Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 172 out./dez.2006, p. 24.

²⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O Reexame Necessário à Luz da Duração Razoável do Processo - Uma Análise Baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*, Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

²⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 36.

²⁸ Op. cit (nota 3 supra) p. 39-40.

²⁹ Promulga-se o Pacto de San José da Costa Rica em 9 de novembro 1992 por meio do Decreto nº 678. Art. 7, V “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. Art. 8, I “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

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

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Inegavelmente, trata-se de garantia processual da maior importância para que se proteja o acesso à justiça, uma vez que o direito à tutela jurisdicional não implica apenas que o cidadão tenha direito à ação, e sim que tem o direito de ver o seu dilema materialmente sanado em tempo hábil. Na impossibilidade de solucionar a lide em tempo hábil, resta a falha do Estado acarreta na efetiva perpetuação de um Estado de conflito na sociedade. Portanto, resta que a afirmação de que a “justiça tarda, mas não falha”, diante da exigência de um processo célere, é uma afirmação falha, já que a justiça que tarda efetivamente não é justiça.

A morosidade da justiça acarreta danos significativos, não apenas no que tange o acesso à justiça e à efetiva solução das lides e materialização da justiça, mas também pode levar a danos psicológicos às partes, ao estímulo composições desvantajosas, ao descrédito do Poder Judiciário e ao Estado como um todo (podendo levar ao aumento da autotutela e, portanto, ao maior cometimento de crimes) e a danos econômicos às partes e inclusive ao país, uma vez que a insegurança jurídica desestimula investimentos internos e externos, freando o crescimento econômico da nação.³⁰ Em termos da demora no processo penal, quando se estende para além do estritamente necessário, se afiguram prejuízos ainda mais graves, em especial ao réu, dada a própria natureza e gravidade do ius puniendi estatal. A mora processual nesse caso pode implicar em grave estigmatização no plano social dadas as características negativas associadas a estar submetido ao processo penal, e justamente por isso, revela uma violência psicológica ainda mais grave que nos casos de mora no processo civil.³¹

No entanto, apesar dos prejuízos patentes da excessiva demora de atuação da jurisdição estatal, não se pode, diante deles, promover toda sorte de reformas que levem ao aumento da velocidade da justiça sacrificando direitos e garantias dos jurisdicionados. De fato, há um constante duelo entre a necessidade e o direito a uma justiça célere e a exigência de uma solução

³⁰ RAMOS, Carlos Henrique. *Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 50-51.

³¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 254-255.

justa e satisfatória dos conflitos sociais.³² Nesse sentido, há que se ter especial cuidado quando da proposta de medidas que tornem a justiça mais célere, uma vez que a celeridade da atuação estatal é só uma qualidade se não sacrificar os demais direitos que possuem as partes. Dessa maneira, conclui-se que é premente, quando da proposta de uma mudança no ordenamento jurídico que tenha como fim a aceleração da justiça, primeiramente analisar que impactos a mudança trará relativas às demais garantias processuais e à possibilidade de um julgamento justo.

3. Ônus probatório

Para averiguar a procedência do pedido, o magistrado deve considerar, em especial, a norma jurídica e o fato. Através da análise destes dois, adjacente da interpretação do juiz, a solicitação é fundamentada ou não. Vale ressaltar que esse poder crítico do direito, concedido ao togado, só é relevante através de fatos trazidos ao conhecimento deste, usualmente, por meio de provas, que facilitam na parte prática do procedimento.

Exposto que as provas são parte ponderosa do processo, caímos no dilema: “Quem deve provar? Qual a consequência para aquele que deveria provar e não o fez ou o fez insuficiente? Sobre essas perguntas assenta todo o problema do ônus da prova”³³.

Tal conclusões são encontradas no Artigo 156 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941, no Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

De acordo com Vicente Greco Filho³⁴, o ônus probatório decorre de três princípios prévios para sua prática e procedência (2015, p. 226):

1º) O princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um non liquet; 2º) O princípio da imparcialidade, segundo o qual o juiz não pode

³² Op. cit (nota 3 supra) p. 31.

³³ FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 225.

³⁴ FILHO, Vicente Greco. Manual de Processo penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226.

tornar-se acusador ou defensor, quer quanto à iniciativa da ação, quer quanto à iniciativa da prova; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (secundum allegata et probata partium) e não segundo sua convicção íntima (secundum propriam conscientiam).

4. Ônus probatório na justiça penal negociada

Com notória visibilidade no cenário brasileiro, operações como a Lava Jato e o projeto de lei denominado Pacote anticrime, levantam temas como o *plea bargain*, o ônus probatório e a colaboração premiada.

Uma grande crítica dos criminólogos a este tipo de ação, acaba não sendo a ideia, que ocorre em diversos países desenvolvidos, tais como Austrália, Canadá entre outros, mas a maneira como esse método vem sendo e pode ser utilizado no Brasil. Segundo parcela destes estudiosos, caso o atual pacote anticrime seja aprovado, a segurança, tanto do réu, como acusado, diminuirá, acabando com a prática garantista do processo penal, e gerando uma prática do acusado de renúncia a sua posição de resistência, no qual ele teria a seu dispor o uso do ônus probatório, ampla defesa e juiz, a uma aceitação da acusação visando benefícios, como pena reduzida (VASCONCELOS, 2017, p.24)³⁵. Segundo essa óptica as garantias do processo penal, em especial o direito à defesa, ao contraditório e, mais ainda, à participação efetiva no processo, visam impedir a incriminação de inocentes, mesmo que haja a liberdade dos culpados por um maior período de tempo³⁶.

Para essa corrente (que é contra a justiça penal negociada), que afirma que recai demasiado poder na mão do estado, há o argumento de que a acusação oferece um “falso consenso”, no qual, caso o réu não aceite o acordo, a sanção necessariamente será a maior possível, afetando na posição de escolha do acusado. E sobre essa lógica recaem críticas da doutrina³⁷:

*[...] a necessidade de opção entre uma sanção reduzida (o que, na prática atual da colaboração premiada brasileira, representa penas em regimes de cumprimento profundamente mais benéficos) e a imposição de punição agravada **fomenta a escolha pela cooperação/confissão, inclusive para imputados inocentes, que***

³⁵ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: RT, 2017, p. 24.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

³⁷ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: RT, 2017, p. 40.

poderiam ser absolvidos ao final do processo em seu transcurso normal (grifos no original).

Capítulo 3

Justiça Penal Negociada: Origens e Sistemas
Comparados

Neste momento de nossa obra, veremos as origens da justiça penal negociada e como ela funciona em outros países onde já é aplicada há décadas. O recorte que fazemos aqui é justificado pelo fato de que foram os ordenamentos jurídicos da América do Norte e Reino Unido que inspiraram a grave alteração no nosso sistema penal. Abordamos também a ordem jurídica respectiva à Austrália, por sua derivação da Inglaterra.

1. Origens

A possibilidade de redução de pena por confissão de culpa é uma prática que pareceu surgir espontaneamente nos países do common law, especialmente Estados Unidos e Reino Unido. Nesses, apesar de ser comum, não era plenamente reconhecida. Seu processo de regulamentação que se estende até os dias atuais e ainda sofre críticas.

Os primeiros esboços dessa prática teriam ocorrido nos julgamentos das Bruxas de Salem, em 1692, na era colonial, nos quais, apesar da sentença ser a pena de morte, as acusadas recebiam a proposta de confessar e entregar outras *bruxas*, podendo então serem presas ao invés de executadas³⁸. Nesse contexto, a barganha teria a finalidade de confirmar a existência das bruxas e assim legitimar o julgamento.

Até o século 18, o julgamento era normalmente conduzido sem a participação de advogados, já que apenas aqueles com condições para pagar um advogado eram representados por causídico. Assim, os juízes tinham total poder sobre o julgamento, tendo em vista que os acusados geralmente não tinham acesso a um aconselhamento técnico, o que resultava em casos resolvidos mais rapidamente. Nesse sentido, a negociação de pena não era uma necessidade imediata do sistema, existindo de forma dispersa e desregulamentada pelo território americano.

Em 1791, entrou em vigor a Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (*United States Bill of Rights*). Em sua quinta e sexta emenda, afirma-se o direito do cidadão de não produzir prova contra si mesmo, a ideia do devido processo penal como direito e garantia do cidadão americano e a aplicação do julgamento pelo júri a todos os processos criminais do país. Vê-se que o *plea bargain* vem de forma a contrastar com esses três direitos constitucionais dos cidadãos.

Por conta disso, no início do século 20, apesar das negociações ocorrerem, eram consideradas, no mínimo, antiéticas e, no pior cenário, ilegais. Por conseguinte, houve o importante caso Gideo *versus* Wainwright, no qual ficou decidido que acusados que não tivessem condições de pagar por um advogado teriam direito a um designado pelo Corte. Nesse

³⁸ Enciclopédia Britânica. <https://www.britannica.com/event/Salem-witch-trials> - Acesso em 17/06/2019.

sentido, estabeleceu-se oficialmente que os casos devem possuir um advogado representando os direitos do acusado e outro representando os interesses do Estado-acusador.

Na década de 1920, houve o reconhecimento da predominância do *plea bargaining* como forma de resolução de conflitos penais, através de pesquisas feitas sobre os tribunais criminais. Essas pesquisas revelaram que em Chicago, 85% das condenações eram por confissão de culpa; em Detroit, 78%; em Denver, 76%; em Minneapolis, 90%; em Los Angeles, 81%; em Pittsburgh, 74%; e em St. Louis, 84%.³⁹ Esses dados serviram para expor a realidade que levaria à futura ampla negociação de pena nos Estados Unidos, o que foi exposto em um período no qual a negociação penal não era sequer discutida. Dessa década em diante, os números variaram de Estado para Estado, tendendo a crescer em alguns e estabilizar em outros.

Na década de 1960, contudo, ocorreu um aumento do volume de crimes a serem julgados, em razão do *baby boom* do pós-Guerra, o que levou a um aumento da população jovem nos Estados Unidos. Para além, os tribunais viram crescer o número de casos envolvendo maconha e outros crimes sem vítima. Dessa forma, o volume de casos criminais pareceu duplicar de uma década para outra, enquanto que os recursos para suportar esses casos não seguiram esse aumento. Nesse sentido, o crescimento dos casos resolvidos por *plea bargaining* teve como justificativa de agentes da justiça a diminuição dos custos e do tempo diante do grande volume de casos. Assim, a negociação passa a ser vista como solução para aquele tipo de crise estabelecida.

Em 1966, a partir do caso *Miranda versus Arizona*, o acusado passa a ser comunicado, no momento da prisão, ou antes do interrogatório, que qualquer coisa que ele diga pode ser usado contra ele no julgamento. Nesse sentido, mais acusados se utilizam de seu direito de não criar prova contra si mesmo, o qual está contido na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Com menos informações para usar contra os acusados, o processo se estende ainda mais.

Em 1970, a Suprema Corte decreta que é aceitável aplicar uma pena reduzida para os acusados que se declarassem culpados. É ilustrativo o caso *Brady versus United States*, no qual a ameaça de pena de morte não é considerada um dispositivo coercivo se a declaração de culpa for feita de forma voluntária e consciente. Assim, a corte constitucional americana passa a admitir que os acusados podem se declarar culpados, ainda que se considerem inocentes do

³⁹ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. Columbia law review, v. 79, n. 1 p. 26, jan./1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 22 maio 2019.

crime para evitar o julgamento e a possibilidade de uma pena mais severa. O caso *Carolina versus Alford* é marcante nesse sentido, já que estabelece a chamada *Alford plea*, isto é, a declaração de culpa feita quando o réu reconhece que as evidências contra ele são muito fortes, o que acabaria por levar o júri a vê-lo como culpado, ainda que ele seja inocente, e a sentenciá-lo a uma pena muito severa.

Em 1971, um caso de negociação decidiu que os acusados têm direito a um recurso judicial se os promotores quebrassem condições especificadas no acordo feito. Isso ocorreu no caso *Santobello versus New York*, no qual os promotores estabeleceram no acordo que não recomendariam uma pena, mas acabaram recomendando a pena máxima, o que levou o juiz a desconsiderar a recomendação.

Em 1976, com adição da regra 11 às regras federais de procedimento criminal, o *plea bargaining* é oficializado e regulado. Em 1978, a corte decretou em *Bordenkircher versus Hayes* que promotores podem dizer que incluirão mais acusações contra o acusado que se recusar a declarar a culpa, contanto que as acusações sejam válidas.

Juntos, os casos ilustram o processo de reconhecimento e regulamentação da prática do *plea bargain* com a visão da Suprema Corte de que negociações de pena são aceitáveis e merecem reconhecimento como acordos válidos, tendo inclusive mecanismos que incentivam tais acordos. Nesse sentido, a justiça negociada evolui para se tornar uma estabelecida e protegida rotina no direito norte-americano.

No Reino Unido, a origem é também difícil de determinar, já que era comum esperar algum tipo de redução de sentença ao escolher confessar a culpa, ao invés de afirmar inocência. Tradicionalmente, essa redução não era reconhecida. Nesse sentido, em 1970, no emblemático caso *Regina versus Turner*, foi estabelecido que os juízes não deveriam afirmar que dariam sentenças diferentes se houvesse ou não admissão de culpa, visto que isso põe o acusado sob a pressão de confessar. Por conseguinte, em 1975, no caso *R versus Turner*, no qual o acusado admitiu o crime logo após ele ser cometido, antes do processo iniciar, utilizando em sua defesa o fator psicológico como fator que o levou a realizar o ato. Ainda assim, após ver a evidência psiquiátrica e desconsiderá-la, o juiz o condenou pelo assassinato a uma pena de prisão perpétua, mostrando que, ainda que tenha havido a confissão da culpa no momento mais inicial possível, ela em nada diminuiu a severidade da sentença.

Embora fosse uma prática comum no common law, a negociação existia sem a devida regulamentação oficial. Nesse sentido, ficava a cargo do juiz conceder ou não essa redução e decidir de quanto ela seria, não havendo limites ou restrições oficiais à sua atuação.

Em 1993, a Comissão Real de Justiça Criminal reconheceu que, por muitas décadas, réus que admitissem a culpa no Tribunal da Coroa (*Crown Court*) poderiam esperar no Tribunal de Recurso (*Court of Appeal*) um desconto ou redução em sua sentença, usualmente, entre 25 e 30%.⁴⁰

Em 1994, o requerimento para as Cortes aceitarem a admissão de culpa no momento de dar a sentença foi colocado na seção 48 do *Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Assim, a Corte deve levar em consideração o momento no qual foi indicada a intenção de admitir da culpa e as circunstâncias nas quais essa indicação foi dada.⁴¹

No *Criminal Justice Act 2003*, essa seção foi substituída pela seção 144, a qual adiciona, entre outras ideias, que para certas sentenças com uma sentença mínima obrigatória, o máximo desconto deve ser de vinte por cento.⁴² A grande falha nisso era a falta de regulamentação sobre a redução, a qual ficava inteiramente a cargo do juiz.

Dessa forma, a diretriz definitiva de redução de pena por confissão de culpa (*Reduction for a Guilty plea Definitive Guiderline*) criada pelo Conselho de Condenação (*Sentencing Council*) foi efetivada a partir de 1º de junho de 2017. O guia fornece diretrizes oficiais para os tribunais seguirem quando proferem a sentença de um caso no qual o réu admitiu a culpa. Assim, se deu o processo de institucionalização da prática do *plea bargain* no Reino Unido e sua regulamentação.

2. Sistema penal norte-americano

Uma forma de conceituar as diferenças entre o processo penal de *common* e *civil law* é concentrando-se em duas características contrastantes. Primeiramente, na tradição de *common law* o processo penal é concebido como uma disputa entre duas partes – acusação e defesa – perante um julgador passivo, enquanto que nas jurisdições de *civil law* o processo penal é concebido como uma investigação unitária presidida por agentes oficiais imparciais⁴³. Em segundo, cabia aos leigos o protagonismo da decisão da lide. Logo, eram agentes decisórios que atuavam numa relação horizontal uns com os outros. Isso manteve-se ao longo da história nos países de *common law*. Nos países de *civil law*, são os membros de instituições oficiais da

⁴⁰ The Royal Commission on Criminal Justice. Report, Cm 2263, 1993, p. 110. London.

⁴¹ BEARD, Jacqueline. Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Briefing Paper, n. 5974, 15 November 2017.

⁴² Section 144(2) and 144(3) of the Criminal Justice Act 2003.

⁴³ LANGER, M. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. n. 45. p. 1-64.

administração da justiça, caracterizados pela burocracia e pela organização hierárquica que têm dominado os papéis decisórios judiciais⁴⁴.

O sistema penal estadunidense apresenta inúmeras diferenças em relação a outros sistemas. Uma delas consiste no fato de que a Constituição não cria, para a União, um monopólio de criação de tipos penais. Daí que também os Estados-membros podem criar tipos penais incriminadores, o que fazem em profusão. O direito penal dos EUA é predominantemente estadual, ou seja, cada Estado possui seu próprio código penal, podendo diferir entre os demais⁴⁵.

Trata-se de modelo normativo híbrido, com fontes na *common law* e no direito legislado. O direito criminal norte-americano é substancialmente um direito penal de feição inglesa, cuja herança afeta os modelos criminais estaduais. Em 1962 formatou-se um código penal modelo, o *MPC- Model Penal Code*, organizado pelo *American Law Institute*⁴⁶. Segundo autores norte-americanos:

(...) Esse código foi desenvolvido por um grupo de juízes, advogados e professores de direito e é concebido para refletir o direito criminal nos Estados Unidos. O projeto começou em 1952. A justificativa para um código modelo prende-se na fragmentação dos direitos penais estaduais, frequentemente baseados em percepções de necessidades públicas locais, sem demorados exames dessas situações específicas. O projeto estava basicamente completo em 1962, após a redação de treze ante-projetos. Desde 1962, aproximadamente dois terços dos estados têm adotado novos códigos penais, sob forte influência do código modelo. Enquanto alguns estados o adotaram com pequenas alterações, outros referem-se a ele quando reformulam suas leis criminais⁴⁷

Embora este modelo não tenha sido normativo - uma vez que não foi aprovado - ele é científico, pois seus criadores foram juízes, advogados e professores de direito. O direito penal norte-americano reflete a síntese entre este código modelo, a tradição da *common law* e as regras que refletem particularidades estaduais. É a partir da divulgação desse código modelo que se fala em partes geral e especial⁴⁸, aquela indicando conceitos, essa identificando crimes em espécie, como na tradição da *civil law* do direito ocidental.

⁴⁴ DAMAŠKA, M. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*. n. 121. p. 506-589. 1973.

⁴⁵ RAMOS, João Gualberto. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴⁶ BURNHAM, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States. 4ª ed. Wayne State University Law Scholl: West/Thomson, 2006, p. 525.

⁴⁷ Tradução e interpretação livre do autor

⁴⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 3ª ed. New York: Oceana Publications, 1996, p. 168.

As defesas criminais fazem-se por negativas ou por justificativas. A negativa consiste na demonstração e confirmação de que houve falha na prova. Chama-se de FOB- Fail of proof⁴⁹. A acusação não desonerou-se do ônus de provar a culpabilidade do réu (burden of proof). Projeta-se também na demonstração de que houve erro de fato (mistake of fact), quando o réu invoca erro, ignorância, ou erro de direito (mistake of law), quando o réu alega que desconhecia a ilicitude do ato. Essas duas últimas modalidades, erro de fato e erro de direito, são ceticamente vistas pelo direito penal norte-americano⁵⁰.

A pena de prisão (imprisonment) é a reprimenda mais comum. O veredito é dado pelo júri. O juiz fixa máximo e mínimo da pena, conforme padrões objetivos extraídos de um parole board, que vai considerar a vida pregressa, o comportamento do réu, sua conduta social e outros fatores⁵¹. A *probation* é o livramento condicional. Também há multas (*fines*), assim como condenação para restituição de bens. A pena de morte (death penalty) é a penalidade mais controvertida. Trinta e oito estados usam modelos como a câmara de gás (*gas chamber*), a cadeira elétrica (eletrocution), injeções letais (lethal injection) e o pelotão de fuzilamento (firing squad). Em alguns Estados ao réu é dada a macabra opção de escolher o método⁵².

Os estados americanos que ainda adotam pena de morte são: Alabama, Arizona, Arkansas, Califórnia, Colorado, Delaware. Flórida, Geórgia, Idaho, Indiana, Illinois, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, Carolina do Norte, Ohio, Oklahoma, Pensilvânia, Carolina do Sul, Dakota do Sul, Tennessee, Texas, Utah, Washington e Wyoming.

A população americana apoia cada vez menos a aplicação da pena de morte, e os estados estão gradativamente abolindo a prática como: Michigan, Wisconsin, Dakota do Norte, Iowa, Minnesota, Novo México, Connecticut, Maine, Rhode Island, West Virgínia, Nova York, Nova Jersey, Havaí, Samoa Americana, Nebraska, Alasca, Guam, Marianas Setentrionais, Ilhas Virgens Americanas e Oregon.

3. Sistema penal inglês

O direito britânico é inteiramente fundamentado na common law, e, portanto, torna as decisões dos juízes os precedentes a serem seguidos, ainda que hajam leis (denominadas

⁴⁹ BURNHAM, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States. 4^a ed. Wayne State University Law Scholl: West/Thomson, 2006, p. 536.

⁵⁰ WISE, Edward M. *Criminal Law*, in David S. Clark e Tugrul Ansay, *Introduction to the Law of the United States*. 2^a ed. New York: Kluwer Law International, 2002, p. 144.

⁵¹ BURNHAM, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States. 4^a ed. Wayne State University Law Scholl: West/Thomson, 2006, p. 549.

⁵² BURNHAM, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States. 4^a ed. Wayne State University Law Scholl: West/Thomson, 2006, p. 551 e 552.

statutes), que são menos utilizadas. Tal sistema jurídico não possui uma Constituição ou Código Penal, sendo as leis organizadas e promulgadas por Atos do Parlamento, sendo 150 ligados à área.

Apesar de não haver uma compilação das normas jurídicas, alguns aspectos são mais regulamentados, sendo eles a estrutura das cortes e dos procedimentos; a indicação e mandato de juízes e magistrados; a nomeação, poderes e deveres dos integrantes do Serviço de Persecução da Coroa; a estrutura das forças policiais e normatização dos poderes. Já outras regras são baseadas em decisões judiciais, tornando-se previsões estatutárias.

O *plea guilty*, ou assunção de culpa, é a decisão tomada pelo réu de se declarar culpado. Já o *plea bargaining* é a negociação decorrente dessa manifestação, que pretende um acordo entre ambas as partes (acusação e réu) para que o caso seja resolvido. A *barganha* da pena só é possível quando os interesses de ambas as partes são colocados em negociação.

Com a alegação de culpa, deixa de ser necessária a apresentação de provas⁵³ e cessam as investigações, o que reduz eficientemente a duração do julgamento, permitindo, com isso, que outras questões sejam resolvidas pelas cortes e possibilitar a investigação de outros crimes pelas forças policiais. As penas aplicadas após a assunção de culpa são, em média, 30% menores do que as imputadas sem o processo de negociação, o que revela que a culpabilidade e o tempo de pena são duas moedas de troca nesse processo. Se a culpa for declarada apenas no final do julgamento, o desconto na pena reduz drasticamente, uma vez que foram gastos tempo e dinheiro públicos no processo de julgamento.

O *plea bargaining* surgiu nos Estados Unidos, mas, devido à proximidade ocasionada pela common law, é amplamente aplicado na Inglaterra. Pela falta de codificação, não está previsto nos tratados jurídicos ingleses, mas é largamente praticado nos tribunais, abarcando 90% das condenações proferidas na Inglaterra e no País de Gales. Apesar de ser um mecanismo legal, a presunção de inocência é mantida até que o réu se declare culpado, não ferindo, dessa forma, seus direitos fundamentais.

Entre essas *figuras* da *common law*, merece destaque a reparação do dano à vítima do delito, que tem influenciado a política criminal, mesmo já tendo se iniciado o processo. A reparação, então, ocupa a atenção dos penalistas porque se converteu em uma forma de suspender condicionalmente o processo penal e até mesmo o encerramento deste.

Apesar de todo o processo de redução da pena propiciado pelo *plea bargain*, deve haver

⁵³ THOMAS, P. Plea Bargaining in England Journal of Criminal Law and Criminology Northwestern University School of Law Scholarly Commons, volume 69, artigo 2, pp.170-178, summer 1978.

reparação voluntária do dano causado e, como *moeda de troca*, o suposto autor se livra do jugo processual, de uma possível condenação de culpabilidade e de uma pena convencional.

São consideradas duas categorias de assunção de culpa⁵⁴ sendo elas a expressa e a implícita. A primeira se refere ao envolvimento direto do judiciário no processo legal e é inequivocamente proibida, uma vez que tal indicação, por parte de um juiz ou júri, poderia pressionar o réu, privando-o de sua liberdade de escolha. A assunção de culpa expressa fere duas propriedades fundamentais dos processos públicos: a neutralidade do sistema judicial e a presunção de inocência do acusado. Caso o réu assumisse a culpa após essa forma de intervenção estatal, ele estaria se privando de seu direito inviolável a um julgamento pelo júri.

Já o *plea bargain* implícito é possível devido a três aspectos. O primeiro seria a natureza da relação entre defensor e seu cliente leigo, enquanto o segundo tange o contato que o advogado de defesa tem com o juiz que rege a audiência. A terceira, por fim, pressupõe o conhecimento e experiência do profissional de que a assunção de culpa gera um *desconto* (isto é), uma situação mais favorável ao réu, na sentença proferida pelo juiz. Dessa forma, portanto, apesar de não haver uma negociação direta ou pública com o magistrado, está na estrutura do processo penal inglês o encorajamento às operações implícitas.

A liberdade de escolha do réu é preservada justamente por sua ignorância quanto à assunção de culpa implícita, uma vez que as relações dos outros atores do processo legal são particulares. Essa privacidade está nas regras formais propostas no caso *R v. Turner* (1970), as quais excluem a participação e até o conhecimento do réu de tais relacionamentos.

Entretanto, através dessa jurisprudência, o papel do réu é apenas passivo, tendo de acatar e aceitar as instruções do defensor sem críticas, com poucos questionamentos ou pedidos. Além disso, o segundo fator da assunção de culpa implícita representa claramente essa exclusão do cliente no processo, uma vez que as tratativas em audiências judiciais são possíveis apenas ao advogado.

O desconto na pena é dado como motivação para evitar os gastos acarretados por julgamentos na Corte dos Magistrados e na Corte da Coroa, além de reduzir a angústia da vítima e das testemunhas. A justificativa dada pelo juiz para aceitar o *plea bargaining*, entretanto, não pode ser a redução de despesas, mas sim do remorso e da culpa sentidos pelo réu, que permitiriam a redução da pena. Para a assunção ser aceita, ela deve estar relacionada aos casos precedentes e ter abertura para uma negociação do tempo de reclusão.

⁵⁴ DELMAS-MARTY, M. Processos Penais da Europa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

4. Sistema penal australiano

A Austrália, por sua vez, devido ao seu passado colonial e à continuidade das relações com a Inglaterra através da *Commonwealth*, também adota o sistema jurídico de common law⁵⁵ e a prática de *plea bargain*. No sistema australiano, entretanto, essa norma ficou conhecida, na maioria das jurisdições, como *plea negotiation*⁵⁶, devido à conotação negativa do termo *bargain*, que significa *barganha* e, uma vez que é amplamente utilizado nos negócios, indicaria uma diminuição da importância da pena e da liberdade do indivíduo, que estaria barganhando seus direitos, o que seria antiético no âmbito jurídico. Assim como na jurisprudência inglesa, o *plea negotiation* não é formalizado, apesar de largamente utilizada.

O *plea negotiation* abarca a negociação das acusações e as concessões em relação à sentença, chegando a um acordo que leva o réu a assumir a responsabilidade dos crimes dos quais é acusado. Apesar de ser dividida em jurisdições, os termos que levam a assunção de culpa não variam muito na Austrália.

A assunção de culpa, usualmente, se dá por discussões informais entre acusação e defesa, podendo ocorrer antes do julgamento ou após o início do processo penal. Entretanto, na maioria das jurisdições, as negociações são encorajadas, ou até obrigadas, a ocorrerem nos estágios iniciais da abertura do caso. Dessa forma, o caso pode ser resolvido sem julgamento, sendo maiores os benefícios para o réu, a vítima e o Estado.

Caso a defesa não proponha uma assunção de culpa, é obrigação da acusação questionar se o réu pretende assumir a autoria de algum dos crimes aos quais está sendo acusado. Quando o *plea negotiation* parte do acusador, ele deve indicar qual imputação traduz melhor a criminalidade do ato.

Um elemento fundamental da *plea negotiation* é o interesse público que a penalização do réu reflete. Dessa forma, em casos difíceis, como múltiplos réus para um mesmo crime, o Estado deve analisar, partindo do ponto de vista da tomada de precedente e do bem comum, se deve ou não aceitar uma assunção de culpa para um delito menos grave ou uma redução ampla da pena.

Não deve aparentar que o Estado está oferecendo uma concessão ao negociar a pena (o que se qualificaria como *barganha*), devendo sempre seguir os princípios e a precedência,

⁵⁵ SOARES, G. Estudos de Direito Comparado (I): O que é a "common law", em particular, a dos EUA, São Paulo v 72., pp 168-198, dezembro de 1997.

⁵⁶ BROOK, C; Fiannaca B; Harvey D; Marcus P; McEwan J. A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. *William and Mary Law Review*, Virginia v 57, 4, pp 1152-1157, 2016.

balanceando a assunção de culpa com a pena imputada. Deve-se levar em consideração se, ao se declarar culpado, também auxiliou, de alguma forma, a investigação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das vantagens que a proposta de justiça penal negociada traz em si, bem como os variados motivos pelos quais reconhece-se que é necessária uma mudança no status quo do processo penal brasileiro e nos paradigmas de direito penal, é importante a colocação de certas ponderações, pois os mecanismos de justiça negociada devem ser utilizados com certa cautela.

Para não ser distorcida de seus méritos e objetivos, a *plea bargaining* não deve ser usada de maneira a servir de artífice para ameaçar eventuais criminosos, como acontece muitas vezes em outros países. Nos EUA, por exemplo, apenas 3% dos acusados de crimes envolvendo entorpecentes optam pelo julgamento tradicional⁵⁷, enquanto a esmagadora maioria prefere admitir a culpabilidade num acordo de negociação de pena por temer obter uma sentença muito maior e muitas vezes injusta. O motivo por trás desse dado deve nos levar a certas reflexões, posto que a pena por crimes de droga chega a ser três vezes maior no julgamento comum do que no acordo⁵⁸.

Pesquisas revelam que há uma verdadeira ameaça, dirigida pelos acusadores aos réus, pressionando-os para assinar os acordos sob ameaça de penas muito maiores, regimes mais duros e de denunciá-los por mais crimes do que os que estavam sendo negociados.

Visto isso, torna-se crucial a análise crítica das desvantagens do sistema de justiça negociada. É importante pensar em maneiras de potencializar os efeitos benéficos e, sobretudo, evitar formas de arbitragem e coação do Estado, a fim de se garantir a construção de acordos verdadeiramente justos respeitando os direitos das partes.

Não basta que a justiça penal negociada seja uma forma de gerar benefícios para o Estado, por meio da diminuição de custos, economia de tempo para os promotores e advogados, com a diminuição da sobrecarga de processos, e para as vítimas, como modo de aceleração da justiça. É importante que ela não seja uma nova forma de oprimir réus, de mitigar os direitos deles, de distorcer-se a legítima função da pena – afastar os verdadeiros culpados que podem trazer risco à sociedade e reabilitá-los - e criar uma cultura de admissibilidade de culpa, não por verdade nela, mas por medo de julgamento ordinário.

⁵⁷ Human Rights Watch. *An Offer You Can't Refuse : How US Federal Prosecutors Force Drug Defendants to Plead Guilty*. 2013, p. 7, tradução livre.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 2.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia law review*, v. 79, n. 1 p. 26, jan./1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 22 maio 2019.

BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2001.

BEARD, Jacqueline. Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Briefing Paper, n. 5974, 15 November 2017.

BECCARIA, C. Dos delitos e das Penas. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 22 de Abril de 2019.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BROOK, C; Fiannaca B; Harvey D; Marcus P; McEwan J. A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. *William and Mary Law Review*, Virginia v 57, 4, pp 1152-1157, 2016.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4ª ed. Wayne State University Law Scholl: West/Thomson, 2006.

CINTRA, Antônio C. de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, n. 22, abril a junho de 2006.

DELMAS-MARTY, M. *Processos Penais da Europa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ENCICLOPÉDIA BRITÂNICA. <https://www.britannica.com/event/Salem-witch-trials> - Acesso em 17/06/2019.

FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 3ª ed. New York: Oceana Publications, 1996.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo: Atlas.

FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 42ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Eficiência na Administração da Justiça. In: *Revista da Ajufergs*, Porto Alegre: v. 3, n. 3, p.75-89, jul. 2008. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/revista_det.php?id=3>. Acesso em: 03 abr. 2019.

- GIDDENS, A. As consequências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1991.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Jurídico; atualização de Ana Claudia Schwenck dos Santos. 23ª edição. São Paulo: Rideel, 2019.
- HARVEY, D. Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 10ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- HUMAN RIGHTS WATCH. An Offer You Can't Refuse : How US Federal Prosecutors Force Drug Defendants to Plead Guilty. 2013.
- KLERING, Luis Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUADAGNIN, Luis Alberto. Novos Caminhos da Administração Pública Brasileira. In. A Revista Acadêmica da Face, Porto Alegre: v. 21, n. 1, p.4-17, jun. 2010.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- LANGER, M. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. Harvard International Law Journal. n. 45. p. 1-64. DAMAŠKA, M. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. University of Pennsylvania Law Review. n. 121. p. 506-589. 1973.
- LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, Antônio Alberto. Teoria Geral do Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/12/14/principio-da-moralidade-probidade-razoabilidade-cooperacao/>>. Acesso em: 12 maio 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed., Rio de Janeiro: Método, 2018.
- _____. O Reexame Necessário à Luz da Duração Razoável do Processo - Uma Análise Baseada na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, Curitiba: Juruá, 2011.
- RAMOS, Carlos Henrique. Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo. Curitiba: Juruá, 2008.
- RAMOS, João Gualberto. Curso de Processo Penal norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- REIS, Alexandre C. Araújo; GONÇALVES, Victor E. Rios. Processo Penal: Procedimentos, Nulidades e Recursos. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção sinopses jurídicas; v. 15; t. I).
- SANTOS, M. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Ênio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado, Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 172 out./dez.2006, p. 24.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006, p. 655.

SOARES, G. Estudos de Direito Comparado (I): O que é a "common law", em particular, a dos EUA, São Paulo v 72., pp 168-198, dezembro de 1997.

THE ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL JUSTICE. Report, Cm 2263, 1993, p. 110. London.

THOMAS, P. Plea Bargaining in England Journal of Criminal Law and Criminology Northwestern University School of Law Scholarly Commons, volume 69, artigo 2, pp.170-178, summer 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 1. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: RT, 2017.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: RT, 2017.

WEBER, M. A ciência como vocação: In: Ensaios de sociologia. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

WEBER, M. Os Fundamentos da Organização Burocrática: uma Construção do Tipo Ideal. In: CAMPOS, Edmundo (organização e tradução). Sociologia da Burocracia. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1966.

WISE, Edward M. Criminal Law, in David S. Clark e Tugrul Ansay, Introduction to the Law of the United States. 2ª ed. New York: Kluwer Law International, 2002.