

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Maria Eduarda de Paula Prestes

**BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE CONSENSO NA JUSTIÇA
CRIMINAL**

Paranaíba - MS

2016

Maria Eduarda de Paula Prestes

**BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE CONSENSO NA JUSTIÇA
CRIMINAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana

Paranaíba – MS

2016

P939b Prestes, Maria Eduarda de Paula

Breve análise da proposta de consenso na justiça criminal/ Maria Eduarda de Paula. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.

65f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Isael José Santana.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Justiça negocial. 2. Juizado Especial Criminal. I. Prestes, Maria Eduarda de Paula. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

MARIA EDUARDA DE PAULA PRESTES

**BREVE ANÁLISE DA PROPOSTA DE CONSENSO NA JUSTIÇA
CRIMINAL**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Isael José Santana (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Me. Muriel Amaral Jacob
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Junior
Assessor do Ministério Público Estadual MS

Aos meus pais e irmão, Luciano, Isabel e João Pedro, que tudo fizeram e fazem por mim. A eles que nunca mediram esforços para me proporcionar uma vida digna e honesta. Obrigada por sempre acreditarem em mim e, jamais me deixarem desistir. Aos meus avós que sempre dedicaram seu amor por mim, e me ensinaram que a verdadeira felicidade está nas pequenas coisas. Minha gratidão por vocês está além do que esta vida pode pagar.

AGRADECIMENTOS

Hoje, ao fim de uma das etapas mais decisivas de minha vida, dedico-me a agradecer algumas pessoas que se fizeram essenciais para que esta conquista fosse possível. Durante os cinco anos de graduação nesta Universidade tive o privilégio de conhecer amigos, de conquistar irmãos e de reconhecer almas de toda uma vida. Cada um que por aqui passou deixou um pouco de si e levou um pouco de mim, foram dias de luta, mas também dias de imensa satisfação, e por isto cada momento se tornou especial.

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, que traçou meus passos em direção a esta cidade e me mostrou que os planos dele são maiores que os meus. Obrigada meu Deus por toda luz que me guiou, por toda sabedoria que me dedicou e, por toda força que me motivou. Agradeço também por me proteger em todos os momentos em que eu não tinha mais ninguém por perto, e que mesmo assim não me senti desamparada. Sem teu amor de pai e de amigo, hoje eu não seria tão forte.

Aos meus pais e irmão, Luciano, Isabel e João Pedro, por toda dedicação em me instruir a ser uma pessoa de bem, por todos os ensinamentos que me fizeram dar valor em cada conquista e, por me mostrarem que o primeiro passo para ser alguém respeitável é respeitar ao próximo. Obrigada por serem meu norte, por acreditarem na minha capacidade, por me apoiarem quando prevalecia o desânimo e, principalmente por não medirem esforços para me ver feliz. Obrigada por estarem sempre presentes mesmo que a 600 quilômetros de distância e, por transformarem a saudade em longos abraços. Não poderia com palavras expressar o tamanho da minha gratidão por vocês que me deram a vida e, que sempre serão meu maior motivo para ser alguém melhor a cada dia. O mérito desta conquista é de vocês.

Aos meus avós, Isa, João, Maria e João, que me ensinaram o verdadeiro significado do amor. Que me amaram e amam simplesmente pela pessoa que sou, que fazem a minha vida mais doce. Obrigada por sempre aguardarem ansiosos pelo meu retorno, por fazerem o impossível para que eu me sentisse ainda mais querida. Obrigada por ser quem são, pelas marcas do tempo, pelo exemplo de vida. Vocês são joias sagradas guardadas eternamente em meu coração.

Gratidão à Isadora e a Monique por sempre terem sido mais que amigas, mas irmãs. Vocês sempre estiveram ao meu lado nesta caminhada, dividindo as angústias, mas principalmente acentuando a felicidade, sei que independente de distância sempre estaremos unidas pelo carinho e amor que a UEMS proporcionou, saudade será apenas um pretexto para estarmos juntas novamente.

Agradeço a todos os amigos que compartilharam comigo essa caminhada, em especial à Carolina, Luísa, Raiane, Mileny, Rumena, Halissa, Adriana, Matheus e Jaime. Vocês se tornaram minha família, aqueles que jamais me esquecerei, e que sentirei saudades todos os dias. Obrigada por terem feito parte desta história, deste pequeno intervalo de tempo que permanecerá para sempre.

Ao Victor Hugo pelo amor dedicado a mim, por ter entrado em minha vida quando mais precisei de carinho. Obrigada por me fazer sorrir mesmo nos dias mais difíceis, por se fazer perto mesmo que longe, por todos os dias e momentos partilhados, sempre no coração.

Minha imensa gratidão à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, por ter me proporcionado não só um ensino de qualidade, mas também por me permitir fazer parte de sua história.

Agradeço a todos os meus professores pelos ensinamentos, por cada conhecimento transmitido e, também, por todos os conselhos valiosos. Muitas vezes não sabemos reconhecer os esforços de nossos mestres, mas digo sem dúvida alguma que sem vocês hoje eu não chegaria até aqui. Minha eterna gratidão.

Ao meu professor, orientador e principalmente meu amigo Isael José Santana por todo empenho em minha formação como profissional e também como pessoa. Obrigada por cada conselho, pelas broncas e por todo o tempo dedicado a mim. Obrigada por fazer com que este trabalho fosse realizado lindamente. Sei que conquistei um amigo que levarei para toda a vida.

Gostaria também de agradecer à Banca Examinadora deste Trabalho de Conclusão de Curso, Prof. Me. Muriel Amaral Jacob e Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior, pela dedicação em aprimorar os conhecimentos e estudos aqui realizados.

Hoje sou uma pessoa mais rica do que fui ontem, ganhei amigos de uma vida, aprendi a ser paciente e a respeitar as diferenças. A todos vocês a minha eterna gratidão. “Quem tem um amigo, mesmo que um só, não importa onde se encontre, jamais sofrerá de solidão; poderá morrer de saudades, mas não estará só.” (Amyr Klink).

Se Deus disse que eu posso, então eu posso! Irei e não temerei mal algum.

Filipenses 4:13.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação do curso de Direito tem como escopo realizar uma breve análise sobre a justiça criminal negocial. Primeiramente deve-se partir da premissa de que, dentro de todo e qualquer processo judicial, os princípios e garantias fundamentais devem ser observados, resguardando assim, que excessos não sejam cometidos. Posto isto, far-se-á uma exploração a cerca dos sistemas de justiça negocial já existentes no Brasil, como se faz os Juizados Especiais Criminais e o inovador instituto da delação premiada, bem como, trazer em tela as possíveis inovações nesse sistema com os Projetos de Lei que visam a reforma dos Códigos de Processo Penal e Penal (Projeto de Lei 156 de 2009 e Projeto de Lei 236 de 2012). Dentro das reformas que tais Projetos de Lei propõem, encontra-se o instituto da barganha, que seria um acordo realizado entre Ministério Público e acusado para uma imediata aplicação da pena em seu mínimo legal, isto seria possível quando presentes os requisitos necessário e com a confissão de culpa. Tal instituto, já se faz presente em outros países e, visa uma maior celeridade no sistema judicial, porém, ao invés de benefícios muitas vezes pode se tornar um sistema de coações e medo. Deste modo, a situação problema estudada recairá sobre a prioridade dos direitos fundamentais frente aos sistemas de negociação. Assim, o presente estudo utilizar-se-á a partir de pesquisas bibliográficas, diante do método indutivo. Busca-se contribuir na seara acadêmica com tal tema que, apesar de recente, terá importantes reflexos para o Sistema Processual Criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Negocial. Princípios Fundamentais. Projetos de Lei. Juizado Especial Criminal. Barganha.

ABSTRACT

The current Final Law Graduation Assignment has as its scope, to accomplish a brief review about the Bargained Criminal Justice. At first it must start from the premise that, in all and any judicial process, the basic principles and guarantees must be observed, assuring that excesses are not committed. That's why, there will be an exploration around the Bargained Justice Systems which have already existed in Brazil, as how it does Special Criminal Courts and the innovator institute of Delation Awardee, as well as, bring on screen the potential innovations of systems with Law Projects for the reform of the codes of criminal procedure and criminal law (Law 156, 2009 and Draft Law236, 2012). Inside of the reforms that such law projects proposed, is the office of the bargain, which would be an agreement made between prosecutors and accused for immediate application of the death penalty in their legal minimum, this would be possible when present the requirements needed and with the admission of guilt. This institute, already present in other countries and aims at a greater speed in the judicial system, however, instead of benefits can often become a system of coercions and fear. In this way, the problem situation under study will be on the priority of fundamental rights in relation to trading systems. Thus, the present study will be used for research before the deductive-inductive. We seek to contribute to the academic field with such a theme that, despite recent, will have major implications for the procedural systems.

KEYWORDS: Negotiation Justice. Fundamental Principles. Law Projects. The Special Court. Prosecution Bargain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DOS PRINCÍPIOS, NORMAS E LEIS	14
1.1 Princípios	14
1.2 Normas Jurídicas	18
1.3 Leis	19
1.4 Princípios Constitucionais	20
1.4.1 Princípio da imparcialidade do juiz.....	20
1.4.2 Princípio da Igualdade.....	21
1.4.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.....	21
1.4.4 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais.....	22
1.4.5 Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade.....	23
1.4.6 Princípio da Necessidade/Obrigatoriedade.....	23
1.4.7 Princípio do Devido Processo Legal.....	24
1.4.8 Princípio da Legalidade e da Retroatividade.....	24
1.4.9 Princípio da Celeridade.....	25
1.4.10 Princípio da Publicidade.....	26
1.4.11 Princípio da Oficialidade.....	26
1.5 Outros Princípios	27
1.5.1 Princípio da Verdade Real.....	27
1.5.2 Princípio da Oralidade.....	27
1.5.3 Princípio da Indisponibilidade do Processo.....	28
2 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (LEI N° 9.099 de 1995)	29
2.1 Breve Introdução	29
2.2 Juizados Especiais Criminais	30
2.2.1 Competência.....	31
2.3 Composição dos Danos Cíveis	32
2.4 Transação Penal	33
2.4.1 Requisitos para a propositura da Transação Penal.....	34
2.4.2 Oferecimento da Proposta de Transação Penal.....	35
2.5 Suspensão Condicional do Processo	36
2.6 Breves Considerações	39
2.6.1 Transação Penal na Cidade de Paranaíba/MS.....	40

3 DIREITO PENAL CONSENSUAL	42
3.1 Projeto de Lei 156 de 2009 e Projeto de Lei 236 de 2012	42
3.1.1. O Projeto de Lei 156 de 2009, Mudanças e Consequências.....	42
3.1.2. O Projeto de Lei 236 de 2012, Mudanças e Consequências.....	45
3.2 Direito Comparado	47
3.3 O Instituto da Delação Premiada	51
3.3.1. Proteção à vítima e testemunhas na Delação Premiada, Lei n. 9.807 de 1999.....	52
3.3.2. Breve análise do instituto da Delação Premiada na Lei n. 12.850 de 2013.....	54
3.3.3. Delação Premiada e Confissão.....	57
3.3.4. Colaboração Premiada, espontaneidade ou ameaça?.....	58
3.3.5. Breves comentários sobre a Colaboração Premiada e Operação “Lava Jato”.....	59
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito tem como escopo analisar a Justiça Criminal Negocial, em suas formas já existentes e também suas possíveis inovações, frente aos princípios processuais constitucionais.

Sabe-se que a ciência jurídica precisou enfrentar diversos avanços e também inúmeras oposições para que pudesse se estabelecer de forma a tornar o sistema normativo atual e, para que então fossem firmados tais direitos que garantissem à população segurança de valores fundamentais tais como a dignidade. Diante disso, os Direitos Fundamentais, que hoje estão na base do Direito Brasileiro, só começaram a ser evidenciados a partir da positivação das normas jurídicas, mas ainda precisou percorrer muitos caminhos para se tornarem legais.

Dentro do Processo, mais especificadamente do Processo Penal, os Direitos Fundamentais devem ser observados constantemente, pois uma sentença não se trata apenas de uma imposição de pena, mas sim de traçar os rumos da vida de um ser humano dotado de direitos e deveres. Frente a isto, nota-se que são princípios fundamentais e essenciais dentro do Processo Penal, bem como, do modelo acusatório, a garantia do contraditório e ampla defesa, a presunção de inocência, o juiz natural, entre outros diversos.

Sabe-se que há alguns anos a justiça encontra-se abarrotada de processos, aproximadamente 105 milhões de processos em andamento segundo o Conselho Nacional de Justiça e, que muitas das vezes estes se encontram estagnados por conta da morosidade processual. Deste modo, surgem como opções sistemas de negociação na justiça criminal, que propõe maior celeridade no andamento das persecuções.

Na justiça comparada, como se observa nos Estados Unidos, bem como em outros países europeus como Alemanha, a Justiça Criminal Negocial é amplamente utilizada. A barganha se faz como expressão consensual da oportunidade, as negociações nessas situações praticamente não encontram barreiras.

No Brasil a barganha não se faz presente até o devido momento, contudo, existem projetos de Lei que visam a reforma do Código de Processo Penal e do Código Penal (Projeto de Lei 156 de 2009 e Projeto de Lei 236 de 2012) que pretendem inseri-la em nosso ordenamento. Até o então, o que se observa na legislação brasileira, próximo ao preceito da Justiça Criminal Negocial, são os Juizados Especiais introduzidos pela Lei n. 9.099/1995 (transação penal e suspensão condicional), bem como a utilização da colaboração premiada.

Destarte, para buscar um melhor entendimento sobre o tema o método utilizado no trabalho será o indutivo e, se fará na subdivisão de três capítulos. O primeiro capítulo tratará

dos princípios constitucionais que são de extrema importância dentro de um processo justo e legal; Já o segundo tratará dos Juizados Especiais Criminais, que foi a primeira forma de justiça consensual inserida na Justiça Brasileira; Por fim, o terceiro capítulo compreenderá um breve estudo sobre os projetos de Lei que visam à reforma dos Códigos Processual Penal e Penal no que tange à Barganha, bem como, o direito negocial estrangeiro comparado e, uma discussão sobre o instituto da delação premiada.

1 DOS PRINCÍPIOS, NORMAS E LEIS

1.1 Princípios

Os princípios não são tema de estudos apenas no ramo do Direito, outras ciências também se utilizam deles para nortear suas perspectivas, como o exemplo da filosofia. Deste modo, faz-se comum compreender os princípios como o agrupamento de ideias que servem como estrutura para uma ideia central. Pode também ser expresso como a ideia de começo, de importante e de principal. Conceitua Bandeira de Melo (1996, p. 545-546):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os princípios vieram a existir antes mesmo de existirem leis e ordenamentos, vale lembrar que desde eras primitivas eles já eram vivenciados. Posto isto, ressalta-se o Jusnaturalismo, que foi se modificando de acordo com o passar dos tempos, se adequando a realidade social da era contemporânea que se encontrava. Na Idade Média, sob domínio da patrística ou escolástica¹, o jusnaturalismo possuía uma vertente teológica, pois lá se fazia a era da vontade divina, e de um culto religioso pautado essencialmente na fé. No medievalismo já se observava a concepção do direito natural objetivo e material, baseado na ideia tomista. Diante disto, refere-se Maria Helena Diniz:

Portanto, o jusnaturalismo dos escolásticos¹ concebia o direito natural como um conjunto de normas ou de primeiros princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e do homem, sendo por isso apreendidos imediatamente pela inteligência humana como verdadeiros. (DINIZ, 2012, p. 53)

¹ ESCOLÁSTICO. Filosofia do direito. 1. Modo de raciocinar peculiar dos escolásticos. 2. Relativo à escolástica.

Diante do exposto, compreende-se também, que o jusnaturalismo pautava-se como princípios os deveres do homem para consigo mesmo, com outros homens e com Deus, tendo como base fazer o bem e evitar o mal.

A lei natural é imutável diante de tais princípios, faz parte da natureza humana, não dependendo assim, de legislador. Em contrapartida, as demais leis impostas por legisladores, são nada menos que a aplicação dos princípios naturais às imprevisibilidades da vida humana, mas apesar disso deixam de ser naturais, mas apenas derivam deste.

Com tal fundamento escolástico, o saber jurídico começou a apresentar a forma de ideias científicas. No entanto, a partir do século XVII, tais ideias foram substituídas pelo jusnaturalismo subjetivo e formal, que passou a buscar seus fundamentos na identidade da razão humana. Agora, entende-se que a natureza humana é imutável, independente das variações de conduta, observa-se o racionalismo com o método dedutivo.

Neste momento histórico, revolucionário e de suma importância para o presente jurídico, alguns nomes são destaque como, Hobbes, Rousseau, Locke e Kant. Para Hobbes, o homem em seu estado livre, tinha o direito de fazer tudo, não existindo a distinção entre o bem e o mal, o justo e injusto, vê-se então a ideia de liberdade a-social, em que quando pautada na igualdade acaba por provocar o estado de guerra, o que levou a humanidade a necessidade de se fazer o pacto de um contrato social, em seu livro *Leviatã*, dizia: “O homem é lobo do homem, em guerra de todos contra todos.” (*Leviatã*, 2014). Hobbes compreendia que as leis naturais são as normas morais que fazem com que o ser humano queira assegurar sua auto conservação e defesa garantida por um poder coercitivo absoluto.

Já Rousseau compreende que o homem nasce bom, sendo corrompido pela integração na sociedade, portanto em seu estado natural o homem é um ser insocial. Deste modo, entende-se a necessidade de um pacto social em que a sociedade é defendida por um poder comunitário, mas que se preservasse a liberdade e igualdade entre os humanos. Importante destacar que a ideia de liberdade proposta pelo pensador compreendia na obediência do homem à norma que a si mesmo prescreveu. Dentro deste Pacto Social, e da necessidade da escolha de representantes frente o direito de liberdade, disse Rousseau: “[...] no momento em que o povo elege representantes, cessa de ser livre, cessa de existir.” (ROUSSEAU, 2003, p. 93).

Locke, por outro ponto de vista, entendia que o pacto de submissão é condicional e rescindível, em que se deveria resguardar a soberania popular. Aqui, os direitos naturais condiziam à defesa da própria vida e dos bens, punindo as ofensas por conta própria.

[...] todo poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, mas leis estabelecidas e promulgadas; [...] Não se deve opor a força senão à força injusta e ilegal; quem quer que resista em qualquer outra circunstância atrai para si uma condenação justa, tanto de Deus quanto dos homens; e em consequência só virão perigos e tumultos, como frequentemente é sugerido. (LOCKE, 1994, p. 208-209).

Em contrapartida, inovando os pensamentos e ideias, surge Kant, com sua teoria do direito racional. A teoria kantiana separa direito e moral, e identifica o direito como o poder de constranger. Em seu jusnaturalismo, o homem é capaz de impor a si mesmo normas de conduta, constituído por normas éticas, em que a racionalidade é fim em si e não meio. Kant compreende ainda que, tanto a moral como o direito têm como princípio último a liberdade, e que as leis naturais devem ser observadas antes de qualquer imposição de autoridade humana (direito positivo).

A moralidade consiste, pois, na relação de todas as ações com a legislação, a qual e só ela, possibilita um reino dos fins. Esta legislação deve, porém, encontrar-se em todo ser racional, e deve poder emanar de sua vontade, cujo princípio será o seguinte: agir somente segundo uma máxima tal que possa ser erigida em lei universal; tal, por conseguinte, que a vontade possa, mercê de sua máxima, considerar-se como promulgadora, ao mesmo tempo, de uma legislação universal. Mas, se as máximas não são já por sua natureza necessariamente conformes a este princípio objetivo dos seres racionais, considerados como autores de uma legislação universal, a necessidade de agir segundo aquele princípio chama-se coação prática, isto é, dever. (KANT, 1964, p. 434).

Já no século XX, com o pensador Goffredo Telles Jr (1915), identifica-se o direito natural como direito quântico. Em seus estudos, Goffredo entende que a experiência jurídica deriva de cada momento histórico e em um determinado lugar com uma comunidade específica. Para este, o direito natural é o direito que não é artificial, vigente em uma certa coletividade, é um conjunto de normas jurídicas promulgadas de acordo com o sistema ético de determinada sociedade. O direito natural deve ser entendido como um direito legítimo, que nasce no seio do povo, portanto o governo só pode declarar o direito conforme o grupo social que dirige. Assim, Goffredo Telles Jr. entendendo o direito natural como o direito legítimo, o nomeou como direito quântico, pois é resultado do processo de organização humana em um período histórico.

Diante do breve processo histórico abordado, compreende-se que os princípios sempre foram os mandamentos nucleares de um sistema, observado suas diferentes formas e aplicações, mas em um todo, é de suma relevância a sua inviolabilidade.

Frente a isso, tem-se que os princípios foram fonte primordial para a construção constitucional brasileira, são eles as regras mestras dentro do sistema positivo, os alicerces, as diretrizes a serem seguidas por toda sociedade e observadas pelo governo. São os princípios

formas de compreensão e interpretação constitucional. Um dos maiores princípios é o contido no Art. 1º, inciso III da Constituição Brasileira, o da Dignidade da Pessoa Humana, dele decorrem e se regem os demais princípios.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior traz nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld:

Os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a ideia geral que explica seu funcionamento: ‘os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores’. Sem captar essa ideia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona. (ARAUJO, NUNES, 2012, p. 106)

Também em seu livro, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior compreendem segundo Celso Ribeiro Bastos:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que extensão objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas. (ARAUJO, NUNES, 2012, p. 106)

Desta forma, é possível compreender que os princípios determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, são eles o caminho a ser seguido. Dentro das normas constitucionais existe uma hierarquia valorativa, sendo os princípios um plano superior embutido.

Cármem Lúcia Antunes Rocha (1994), entende como características dos princípios constitucionais a generalidade, a primariedade e a reflexão axiológica. O primeiro condiz que os princípios constitucionais são genéricos, o segundo entende que esses são primário, e que deles é que decorrem os demais princípios, e pelo terceiro se entende que os princípios constitucionais trazem valores éticos que refletem uma doutrina, um posicionamento político, devendo sofrer alteração quando tais valores também se alteram.

Segundo Jorge Miranda (1983), os princípios não estão acima do Direito, pois fazem parte do complexo ordenamental. Também traz que a ação mediata dos princípios consiste em funcionarem como critérios de interpretação e integração, pois são eles que dão a coerência ao sistema.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso (1996), elenca três ordens dos princípios constitucionais, o primeiro sendo os princípios fundamentais do Estado brasileiro (o republicano, o federativo, o do Estado democrático de direito, o da separação de Poderes, o presidencialista, e o da livre iniciativa); o segundo condiz aos princípios gerais (da legalidade, da liberdade, da isonomia, do acesso ao Judiciário, do juiz natural, do devido processo legal, entre outros); e por fim o terceiro sendo os princípios setoriais ou especiais elencados dentro da Administração Pública.

1.2 Normas Jurídicas

Conceituar normas, e mais especificamente normas jurídicas, é um trabalho árduo, pois inúmeras são suas vertentes e desdobramentos diante de cada realidade social, e cada grupo ou comunidade em que está inserida. Diante disso, tomando como uma visão global Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1986, p. 141) conceitua: “Normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por quesito um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põe um fim”.

Posto isto, é de fato que desde que os homens passaram a conviver em grupos sociais, tal como Igrejas, famílias, escolas, empresas, entre outros, foi-se necessário a inserção de normas que regulassem o comportamento de seus integrantes, definindo os limites das ações, regulando os direitos e os deveres. Segundo Maria Helena Diniz:

O fundamento das normas está na *exigência da natureza humana de viver em sociedade*, dispondo sobre o comportamento dos seus membros. As normas são fenômenos necessários para a estruturação ôntica do homem. E como a vida do grupo social está intimamente ligada à disciplina das vidas individuais, elas fundam-se também na *necessidade* de organização na sociedade, exatamente porque não há sociedade sem norma de direito, que têm por objeto uma ação humana, obrigando-a, permitindo-a ou proibindo-a. (DINIZ, 2012, p. 361).

Assim, pode-se compreender que as normas jurídicas impostas são mandamentos que irão ajustar a tênue linha que se encontra a liberdade, tendo sempre como norte o bem-estar social da comunidade, garantido assim, a paz e a ordem. Em suma:

[...] sua finalidade primeira é traçar as diretrizes do comportamento humano na vida social, para que cada um tenha o que lhe é devido, e dirigir a liberdade no sentido da justiça, estabelecendo, para vantagem de todos, os marcos das exigibilidades recíprocas, [...] (DINIZ, 2012, p.361).

Neste seguimento, também deve ser colocado, que a norma só passa a ser jurídica a partir do momento em que assim for declarada pelo órgão competente. Tal órgão tem

permissão constitucional para o feito, como se sabe o Poder Legislativo possui o poder de constituir normas em um âmbito nacional, contudo, não tem a obrigação de fazê-lo.

A norma jurídica deve sempre obter a aceção de um valor. O homem possui inúmeras opções de escolha em sua conduta, mas dentre elas optará por aquela que terá juízo de valor, assim compreende-se que, as normas são o que o legislador com sua ideologia de justiça toma como valor. Por conseguinte, a norma jurídica vem com o pressuposto de realizar a justiça, optando dentre os valores aquele que lhe seja juridicamente justo.

Estão inseridos no conceito de normas jurídicas a imperatividade e o autorizamento. Tais elementos são essenciais para diferenciar as normas jurídicas das demais normas. Se faz imperativa pelo fato de que preceitua quais são as condutas permitidas e, quais são as proibidas, todavia é autorizante, pois legaliza o direito de a pessoa lesada exigir o cumprimento da justiça que lhe cabe, como a reparação do dano.

Segundo Dicionário Jurídico da doutrinadora Maria Helena Diniz (1998, p. 367) temos que Norma é: “1. Preceito de direito. 2. Padrão de comportamento. 3. Fórmula abstrata do que deve ser. 4. Modelo. 5. Ação que se dirige a fim previsto.” Mesmo tendo uma noção geral acerca do tema, sabe-se que este é um assunto de enorme abrangência e, desta forma, fixe que não se esgota com tais fundamentos.

1.3 Leis

Em seu livro, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Maria Helena Diniz traz que no Estado moderno vigora a supremacia da lei, com a tendência de se codificar o direito para que assim, diante de uma maior segurança, se atendam as relações jurídicas e sua adaptação as necessidades da vida moderna, sendo que assim, os costumes só serão fontes jurídicas se a lei o reconhecer. “A legislação é o processo pelo qual um ou vários órgãos estatais formulam e promulgam normas jurídicas de observância geral.” (DINIZ, 2012, p. 306).

Segundo Maria Helena Diniz (2012), as normas jurídicas podem ser consideradas como fontes formais do direito, sendo especificamente estas fontes estatais (leis, decretos, regulamentos etc). Tais fontes jurídicas não são produtoras do direito, mas o próprio direito objetivo, que surge em decorrência das circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas e sociais. Deste modo, as fontes formais seriam os processos pelos quais as normas jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, sendo assim, com vigência e eficácia.

Importante ressaltar as acepções do vocábulo lei, que primeiramente de modo amplíssimo é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo qualquer norma escrita ou costumeira. E em segundo plano de forma ampla, sendo tal vocábulo derivado do verbo *legere* (ler), e deste modo, compreende-se que lei é aquilo que se lê. Esta forma é decorrente da época da República Romana, em que os costumes eram verbais, frente as leis que eram escritas em tábuas de mármore e de bronze, para que assim, o povo pudesse ler e cumprir. E por fim, em terceiro modo pode ser reconhecida de forma estrita ou técnica, sendo a palavra lei somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de um processo adequado.

1.4 Princípios Constitucionais

1.4.1 Princípio da imparcialidade do juiz

Dentro da jurisdição, é essencial que exista a imparcialidade, de forma inseparável e inequívoca. “O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: [...]” (GRINOVER 2013, p. 61).

A validade do processo é intimamente ligada à imparcialidade, pois na sua inobservância, atos processuais por inteiros podem ser anulados. Deste modo, a Constituição estipula garantias, vedações e proíbe os tribunais de exceção, vide art. 95, parágrafo único e art. 5º, inciso XXXVII, todos da Constituição Federal, respectivamente.

[...] o princípio do juiz natural apresenta um *duplo significado*: no primeiro consagra a norma de que só é juiz órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através do *bill of attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 61).

A garantia do juiz natural possui três grandes conceitos, que são eles: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; e por fim, entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida a discricionariedade.

O art. 5º, inc. LIII. da Constituição Federal brasileira de 1988 traz a garantia do juiz competente, que diz: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”.

O Estado Democrático de Direito é quem possui a competência para o exercício jurisdicional, devendo garantir a proteção dos direitos fundamentais de cada um, sem se fazer duvidar de sua posição imparcial, portanto as partes têm o direito de exigir deste tal princípio, assim como os demais, para que desta forma possa se aproximar de um resultado à luz da justiça.

Não só o ordenamento jurídico brasileiro traz tal garantia, como também se nota na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que estabelece:

[...] toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, em que se firmou o Pacto de San José da Costa Rica, ocorrido em 22 de novembro de 1969, firma-se novamente tal princípio como garantia judicial. Em seu artigo 8º traz: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida. Com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente, imparcial, [...]”.

1.4.2 Princípio da Igualdade

A igualdade entre as partes deve ser premissa essencial para que se possa garantir a igualdade frente ao juiz. E deste modo, a Constituição Federal traz no *caput* do 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: [...]”.

Neste feito, é importante ter em mente que tal igualdade se faz de modo proporcional, ou seja, tratamento igual aos substancialmente iguais. Vemos então que no princípio da isonomia processual, também deve ser considerado tal tratamento, para que assim, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. Mais especificamente no processo penal, o princípio da igualdade é atenuado pelo *favor rei*, em que o acusado goza de proteção, frente à pretensão punitiva.

1.4.3 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa se faz em uma garantia fundamental imposta pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inc. LV, que diz: “aos litigantes em

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

Tal princípio tido como fundamental para os direitos da pessoa humana, mais especificamente no Processo Penal, existe para resguardar os direitos das partes conflitantes, tal como a liberdade, a propriedade, a honra, e claramente assegurar a justiça.

O juiz, como já foi dito, devendo ser imparcial, coloca-se entre as partes litigantes, mas equidistantes delas, ou seja, ao ouvir uma, jamais poderá deixar de ouvir a outra, deve ser dado a ambas a possibilidade de expor suas razões, apresentar as devidas provas, e assim influir sobre o convencimento do juiz. Posto isto, visto a bilateralidade presente no processo, tem-se que este princípio pode também ser definido pela expressão “*audiatur et altera pars*”, que significa “ouça-se também a outra parte”.

Para Greco, são meios inerentes à ampla defesa:

a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO, 1996 p.90)

Deste modo, nota-se que se faz inseparável o contraditório da ampla defesa, ambos são complementares. Na medida em que se permite que duas partes litigiem, e sejam assim ouvidas, também deve ser permitido que ambas tenham condições suficientes para influenciar no convencimento do magistrado. Assim, a ampla defesa possui duas vertentes essenciais, a possibilidade de se defender e, por conseguinte a de recorrer.

1.4.4 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Este princípio traz garantia às partes, quando se trata de uma possibilidade de reforma ou recurso, a também mostra uma função política, pois aqui os destinatários não são apenas as partes, mas a sociedade como um todo, concretizando a imparcialidade do juiz e a legalidade, trazendo assim, uma segurança jurídica indispensável à toda e qualquer ação.

A Constituição Federal brasileira de 1988, traz em seu artigo 93, inciso IX, a seguinte redação sobre o tema: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

Também, mas especificamente voltado ao Processo Penal, O Código de Processo Penal traz em seu artigo 381, inciso III, este princípio averbado: “Art. 381. A sentença conterá: [...]; III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;”.

Diante do exposto, compreende-se que as motivações das decisões judiciais servem para dar às partes litigantes a satisfação de compreender os motivos que levaram o juiz a sentenciar de determinada forma, e permitir que o processo prossiga em determinado recurso. E assim, caso haja o descumprimento desta norma, requerer a anulação da sentença.

1.4.5 Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade

Este princípio foi inserido pela Constituição Federal de 1988, antes era utilizado apenas de forma implícita. A presunção de inocência traz que, o acusado somente será considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, observa-se no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

Portanto, é de se concluir, que antes disto ocorrer, todos são inocentes, cabendo o ônus de provar o contrário à acusação. Importante frisar, que diante disto, também é devido preservar a liberdade de todos enquanto inocentes, podendo ser violada apenas em casos excepcionais.

Em que pese a atual e polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, primeiramente ocorrida em fevereiro de 2016 e confirmada no mês de outubro do mesmo ano, que por votação não unânime de seis votos a cinco, admitiu ser possível iniciar a execução da pena condenatória após confirmação de sentença em segundo grau, com o entendimento de que a culpa se verifica após uma segunda condenação pela Justiça, o que derruba arbitrariamente o texto constitucional até então resguardado, não cabe neste trabalho discutir sua legitimidade e seu confronto com o princípio da presunção de inocência. Porém, é notável sua importância no cenário jurídico, visto os futuros desdobramentos que estão por vir.

1.4.6 Princípio da Necessidade/Obrigatoriedade

Este princípio é o que separa por inteiro o Processo Penal do Processo civil, sendo exclusivo do primeiro. Segundo ele, só há pena se houver o devido processo legal, portanto este se faz necessário para a dissolução de conflitos. Assim, é imprescindível o processo como o caminho necessário para se chegar à pena, pois “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, e nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”

(LOPES Jr., 2016, p. 34). Nota-se ainda, que deste princípio deriva o do devido processo legal.

A evolução do processo está inteiramente ligada à evolução da pena, antes de se instituir o Estado como detentor do poder punitivo se fazia jus a uma vingança coletiva, em que se observava a Lei de Talião “Olho por olho, dente por dente”, o que nitidamente transgredia a liberdade e a convivência social. Deste modo, ao se dar a competência e a jurisdição ao Estado, os princípios podem ser respeitados, e a sociedade pode evoluir de modo mais pacífico e seguro.

Quando se fala em separação do Processo Civil do Penal, vê-se aqui que este não se pode fazer pela via extraprocessual, como se faz naquele. No Processo Penal não há uma pretensão resistida, não se faz possível sua determinação a não ser pela via processual. Aury Lopes Jr. (2016, p. 33) diz que: “Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal”.

1.4.7 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é tido como o maior dos princípios fundamentais, seria ele o norte de toda ordenação jurídica brasileira, englobando até mesmo, os demais princípios. Não apenas o ordenamento jurídico brasileiro contempla este princípio como também a maioria das Constituições internacionais, além de também estar presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. No Brasil está previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

Compreende-se que tal princípio traz a segurança jurídica de que apenas por meio de um processo que seja legal, ou seja, previsto pelos códigos vigentes e pela Constituição Federal, é que alguém poderá ser, caso condenado, privado de sua liberdade e de seus bens. Esta é uma garantia constitucional fundamental, portanto jamais poderá haver exceção, como é o caso dos tribunais *ad hoc* ou de exceção já citados neste trabalho.

1.4.8 Princípio da Legalidade e da Retroatividade

O princípio da legalidade está no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX e XL, e diz respectivamente que: “não há crime em lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal;” e, “a lei penal não

retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”. Também se encontra essa previsão no artigo 1º do Código Penal e no Pacto de São José da Costa Rica, com redação em seu artigo 9º:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

A anterioridade surge como forma de assegurar que somente através de leis, regularmente constituídas pelo poder Legislativo, poderá ser admitida e considerada uma conduta como criminosa, e assim, dando a tal conduta a fixação de penas cabíveis. E do mesmo modo, certificar que apenas as normas penais vigentes sejam aplicadas, não alcançando fatos praticados antes disto, ainda que futuramente sejam consideradas como crime.

Daqui também se observa a ideia da impossibilidade da *Reformatio in Pejus*, ou seja, a inadmissibilidade de ao se julgar um recurso, o Tribunal piorar, agravar, a sua decisão quando apenas tenha ocorrido recurso por parte da defesa. Em contrapartida, quando houver recurso interposto da acusação será possível o agravamento, pois haverá pedido neste sentido. Vemos isto no artigo 617 do Código de Processo Penal.

1.4.9 Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade foi inserido na Constituição Federal pela emenda n. 45/04, que inseriu no artigo 5º o inciso LXXVIII, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

O processo é o instrumento pelo qual se busca a efetivação de direitos, a jurisdição se faz no poder-dever do Estado de dizer o direito e, deste modo, efetivar a justiça. Assim, tal princípio surge com a intenção de se garantir que os processos tenham um lapso temporal razoável e que seja eficaz, evitando que meios protelatórios atrapalhem a tramitação processual.

A celeridade por sua vez, visa dar ao processo tempo necessário para a solução do litígio, garantindo os princípios da ampla defesa e do segundo grau de jurisdição, dando solução ao caso, mas evitando que o tempo comprometa o direito tutelado pela vítima. Segundo Wambier:

A garantia da razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV. É que, como a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, é natural que a tutela a ser realizada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de realizar, eficazmente, aquilo que o ordenamento jurídico material reserva à parte. E eficaz é a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente. (WAMBIER, 2005, p. 26).

O decurso do tempo é uma necessidade real para se atingir os fins processuais assegurando os direitos das partes. No entanto, esse princípio surge como meio de se evitar a morosidade excessiva e desnecessária, que põe em dúvida a confiança no sistema, mas isso se faz sempre se observando o bom senso, e também o equilíbrio entre a exigência por uma rápida prestação litigiosa frente à segurança jurídica de uma qualidade no julgamento.

1.4.10 Princípio da Publicidade

Nas palavras de Mirabete: “A publicidade é uma garantia para o indivíduo e para sociedade decorrente do próprio princípio democrático.” (MIRABETE, 2000, p. 45). Posto isto, compreende-se que tal princípio surge em função da humanização do processo, evitando assim os procedimentos secretos que eram tão presentes no sistema inquisitório.

A publicidade é princípio fundamental, inserido pelo artigo 5º e inciso LX da Constituição Federal que dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigem;”. No mesmo sentido o artigo 93, inciso IX traz: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, [...]”. Cabe ainda ressaltar o artigo 37 da Lei Maior que traz “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, [...]”.

1.4.11 Princípio da Oficialidade

Este princípio traz que apenas órgãos oficiais são competentes para processar e julgar pretensões punitivas. No Brasil a apuração das infrações penais, fase de investigações, é efetuada pela Polícia (art.144 da CF e art. 4º e ss do CPP), a ação penal pública por sua vez será competência privativa do Ministério Público (art.129, I, da CF). Estes órgãos possuem autoridade e legitimidade para determinar quaisquer atos necessários para o andamento da demanda, ressalvadas as que a Constituição restringir.

No entanto, este princípio não é absoluto, pois o ordenamento traz a possibilidade da ação penal privada, em que o próprio ofendido ou seu representante é que irá propor a demanda mediante queixa (art. 30 do CPP), e também a ação penal privada subsidiária da pública, em que o Ministério Público mantendo-se inerte confere ao interessado o poder de agir (art. 5º, LIX da CF e art. 29 do CPP).

1.5 Outros Princípios

1.5.1 Princípio da Verdade Real

Segundo Mirabete tal princípio busca estabelecer que o *jus puniendi* seja exercido apenas perante aquele que praticou a infração penal, e desse modo, nos exatos limites de sua culpa.

Frente a isto, sabe-se que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações que irão fomentar sua decisão, assim se faz o processo acusatório. Contudo, muitas vezes não é possível manter o juiz como mero espectador, mas cabe a este impulsionar o andamento da causa.

Disto decorre o dever de o juiz, frente a inércia das partes, dar seguimento à relação processual, e assim determinar diligências necessárias, como produção de provas *ex officio* e reprimir eventuais condutas irregulares, para descobrir a verdade real dos fatos.

No Processo Penal predomina-se o sistema da livre investigação das provas, pois aqui diferentemente do Processo Civil, busca-se a verdade real como fundamento da sentença, e não mera verdade formal.

1.5.2 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade condiz em se fazer declarações perante o juiz de forma verbal e não escrita. No ordenamento jurídico brasileiro ainda se faz presente em sua maioria as regras de um procedimento escrito, sendo a oralidade utilizada em momentos específicos.

Nota-se que no rito sumaríssimo, em que se processa infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), que o princípio fora inserido como forma de celeridade, o artigo 81 desta lei traz que:

Aberta a audiência será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

Nota-se que a lei teve por escopo a celeridade processual que é princípio da mesma, bem como, a informalidade considerando a forma determinada pela própria lei em que a sentença será dada de plano.

1.5.3 Princípio da Indisponibilidade do Processo

Este princípio deriva do da obrigatoriedade, que traz como ideia central a de que uma vez o inquérito ou o processo, instaurado não poderá paralisado ou abandonado (arquivado). A indisponibilidade só não irá alcançar a ação penal privada, em que o autor poderá renunciar, desistir, perdoar ou sofrer perempção, outra possibilidade é o caso de na ação penal pública o autor promover a retratação antes do oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP).

2 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (LEI N° 9.099 de 1995)

2.1 Breve Introdução

Por tempos os juristas brasileiros entendiam a necessidade de um processo penal de maior qualidade do que se trazia no Código de 1940, pretendiam encontrar mais resultados, ou seja, uma maior efetividade em que se destacasse a instrumentalidade do sistema processual frente ao direito material. (GRINOVER, 2005)

Apesar de compreender que o Estado deve sanar toda e qualquer infração penal pelo uso da ação penal e seus desdobramentos, passou-se a entender que quando se trata de infrações de menor potencial ofensivo a simples solução consensual se faz mais vantajosa. Deste modo, o Poder Judiciário pode se ater, de modo prioritário, às infrações penais mais graves, pois estas sim exigem maior esforço para se solucionar.

Posto isto, pode-se observar que se buscava uma deformalização do processo, fazendo-o mais simples, rápido, eficiente, democrático e também mais próximo da sociedade, tornando o procedimento mais curto.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 98, *caput* e inciso primeiro que “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Deste modo, para que se pudesse cumprir tal norma constitucional era necessária a promulgação da lei federal que dispusesse a respeito dos juizados, posto que, apenas a União tem competência para legislar em matéria penal (art. 22, I, CF). (GRINOVER, 2005)

Assim, compreendia-se que tal lei precisaria conter além de normas materiais, regras gerais de procedimento e de processo. Porém, antes mesmo de sua criação, alguns Estados como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Paraíba, criaram Juizados Especiais Criminais por meio de leis estaduais, o que posteriormente foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no HC 71713-PB e reiterado no HC 72.582-1-PB, por constatar que a criação destes pendia de lei federal. (GRINOVER, 2005)

Assim, com a publicação da Lei 9.099/95, apresentou-se uma nova perspectiva da solução de conflitos na seara Processual Penal e também Cível. No intuito de trazer à Justiça

Criminal maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional, no que condiz aos delitos de menor gravidade, e também, por fim à prescrição e a consequente extinção da punibilidade diante da morosidade dos processos, surge a almejada Lei dos Juizados Especiais que instituiu o inovador rito sumaríssimo.

Como ensina Nestor Távora (2016, p. 1185) “os princípios preconizados pela Lei nº 9.099/95, para o rito dos processos em tramitação nos Juizados são, nos termos do seu art. 62, a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade”. Tais princípios são considerados diretrizes para a interpretação e aplicação da Lei dos Juizados Especiais.

Assim, a Lei 9.099/95 além dos Juizados Especiais Criminais, criou três novos institutos que vieram modernizar o sistema Processual Penal brasileiro, sendo eles a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo (LOPES JR, 2016).

Outro ponto de grande relevância que passou a ser requerido e observado pelos juristas foi a questão da vítima, esta que até então era posta em segundo plano no sistema processual-penal, passou, com o rito sumaríssimo, a integrar o polo ativo na solução dos conflitos.

Posto isto, diante da promulgação da Lei 9.099/95 passou a ser competência da União e dos Estados a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Distrito Federal e Territórios e nos Estados mediante Lei. Logo, o art. 93 da referida lei dispõe que “lei estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência”. Por conseguinte, as matérias relativas à competência, procedimento e organização judiciária dependem da edição de lei que as regulamentará. Ademais, por determinação da Lei dos Juizados Especiais, estes devem ser coordenados por Juízes togados ou togados e leigos, ademais os conciliadores também serão convocados na forma da lei local (MIRABETE, 1997).

2.2 Juizados Especiais Criminais

A Lei 9.099/95, aparentando simplicidade, foi na verdade uma verdadeira transformação no sistema processual-penal brasileiro. No entanto, tal Lei não apenas inovou criando os Juizados Especiais Criminais (JECRIM), juntamente trouxe ao cenário jurídico institutos processuais como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nesta nova visão de justiça consensual, como prioridade a celeridade, economia processual, oralidade e informalidade, ocorre um rompimento como o sistema tradicional, como traz Ada Pellegrini Grinover:

Assim, a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil. (GRINOVER, 2005, p. 41).

Posto isto, compreende-se que o acusado para que não precise enfrentar o longo percurso de um processo penal em sua íntegra, pode-se utilizar do rito sumaríssimo, quando presentes os requisitos, sendo este um meio de resolver o conflito de forma mais simples e menos penosa. Ao aceitar a proposta feita pelo Ministério Público, terá o acusado uma imediata aplicação da sanção penal, o que não implicará o reconhecimento da culpa.

2.2.1 Competência

Certamente que não são todos os tipos de delitos que podem fazer jus ao rito sumaríssimo. Atualmente, para se enquadrar na competência do JECRIM é necessário que o delito seja uma infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais (Decreto Lei 3688/41) ou então, crimes que a Lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulados ou não com multa. Além disso, nada se impede que crimes com previsão de rito especial, que se enquadrem na possibilidade dos Juizados sejam atendidos por este rito.

Quando se trata do âmbito Federal, são dois critérios que devem ser analisados cumulativamente. Primeiramente, deve o crime ser de competência da justiça federal, previstos no artigo 109 da Constituição Federal, por conseguinte, como visto acima, deverá o crime ter pena máxima de até dois anos. Assim sendo, será o caso remetido ao JECRIM federal.

Outra questão que merece destaque se dá nas situações em que há um concurso de crime, isto é, na situação em que o agente comete dois ou mais crimes, refletindo as hipóteses descritas nos artigos 69 (concurso material de crimes), 70 (concurso forma) e 71 (crime continuado), todos do Código Penal. Nestas situações, prevalece o entendimento na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, bem como nos Tribunais superiores, que para a fixação da competência do JECRIM deve ser levado em conta o somatório ou a exasperação para fixação da competência, tudo isto a partir da pena em abstrato.

Deste modo, existindo causa de aumento e diminuição da pena, leva-se em consideração o quantum que mais aumente (sempre o máximo), e havendo causa de diminuição, utiliza-se o que menos diminui (para sempre manter o máximo).

Neste sentido, quando ocorrer a incidência de alguma atenuante ou agravante, elas não serão consideradas para a fixação da competência, pois não há um parâmetro legal para sua fixação.

Além disso, para se determinar a competência territorial do Juizado, traz o artigo 63 da Lei que “a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal”. Diferentemente do que ensina o Código de Processo Penal, que adota a teoria do resultado, vê-se que neste rito a competência é fixada a partir da teoria da atividade, ou seja, do local onde ocorreu o delito, sendo lá sua consumação ou não.

Não obstante, imprescindível fazer um adendo sobre a impossibilidade da aplicação dos institutos do Juizado Especial Criminal no âmbito da Justiça Militar (art. 90-A da Lei n. 9.099/95) e também da Lei Maria da Penha (11.340/06), pois esta adota para todos os crimes de violência doméstica a ação penal pública incondicionada, ou seja, não faz parte dos tipos de ação previstas para a competência do JECRIM.

2.3 Composição dos Danos Civis

A vítima até então posta em segundo plano no patamar judicial brasileiro, encontra na Lei n. 9.099/95 maior representatividade. A composição civil dos danos ocorre para trazer uma pretensão indenizatória à vítima, ou seja, reparar de certo modo os prejuízos gerados pelo delito. O acordo que decide a indenização gera um título executivo judicial, não sendo possível se recorrer da decisão homologatória, porém é possível pleitear embargos declaratórios se necessário algum esclarecimento. (LOPES JR, 2016)

A Lei dos Juizados traz a previsão da composição em seus artigos 74 e 75, que dizem:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta à renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

O momento para se pleitear a composição civil dos danos poderá ser antes mesmo da fase processual, ou então, na própria audiência preliminar, lugar em que deverão estar presentes vítima e acusado. (LOPES JR, 2016)

Como se compreende pelos referidos artigos acima citados, o principal efeito deste acordo é promover a extinção da punibilidade, pois ocorre a renúncia ao direito de queixa ou de representação, o que faz com que impossibilite a instauração do processo-crime ou mesmo extinguindo-o. (LOPES JR, 2016)

Ainda se faz importante ressaltar que a composição civil dos danos não é um acordo privativo do JECRIM, pode também ser utilizado em casos de conexão e continência, tanto no Tribunal do Júri quanto no juízo comum, como se vê no parágrafo único do artigo 60 desta Lei.

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Posto isto, cabe ainda dizer que a vítima pode optar por não realizar o acordo, o que conseqüentemente restará mantido o seu direito de queixa ou representação, visto os prazos legais do Código de Processo Penal.

2.4 Transação Penal

A Transação penal se faz no acordo celebrado entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multas, evitando-se, assim, a instauração do processo.

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.

Compreende-se que a Transação se faz em um direito subjetivo do réu, posto que, quando preenchidos os requisitos legais para sua ocorrência, deve, desde logo, ser proposta ao acusado. Quanto ao Ministério Público, caberá apenas decidir sobre as particularidades da pena substituta, ou seja, do *modus operandi* da pena restritiva de direitos ou multa. (LOPES JR, 2016)

Questão intrigante é a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, no rito sumaríssimo não mais se fala desta obrigatoriedade, mas de oportunidade regrada, ou seja, uma ponderação pelo Ministério Público. Fala-se em relativização pelo fato de que verificado presentes os requisitos legais, é obrigatório ao *parquet* oferecer a proposta de transação ao invés de seguir com o processo, entende-se tal fato como um poder-dever. Porém, o que se deve entender é que a simples proposta não acarreta na imediata aplicação do acordo, deverá o acusado aceitá-la. (LOPES JR, 2016)

O entendimento do caput do art. 76 da Lei n. 9.099/95 traz a ideia de que a proposta de transação penal poderá ocorrer somente em relação às infrações penais de ação penal pública condicionada à representação e nas incondicionadas. Não se faz qualquer alusão quanto às infrações penais de ação penal privada.

No entanto, doutrina e jurisprudência admitem a transação penal em relação à ação penal privada por analogia do art. 76 como se vê no HC 34.085/SP do STJ. Ainda conforme o Enunciado 112 do FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais), “na ação penal iniciativa privada, cabem transação penal e suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público”.

Dentro dessa postura, é possível ao juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa, valendo lembrar que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica. (GRINOVER, 2005, p. 150)

Apesar disso, existem precedentes do STJ afirmando que a legitimidade para a propositura da transação penal ser do próprio querelante, caso contrário haveria uma visível lesão de seu direito de queixa, a qual o Ministério Público não é titular.

2.4.1 Requisitos para a propositura da Transação Penal

Os requisitos para a propositura da transação penal estão previstos nos incisos do parágrafo segundo do art. 76 da Lei n. 9.099/95. Contudo, importante relembrar que deve haver indícios de autoria e prova de materialidade, pois caso contrário o fosse, caberia arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

- I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
- III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Deste modo, vê-se no inciso I que não caberá proposta para aqueles que já foram condenados por sentença condenatória com trânsito em julgado à penal privativa de liberdade, conquanto, não existe qualquer impedimento para o seu oferecimento para àqueles que tenham sido condenados à pena restritiva de direito ou multa.

Seguindo-se, do inciso II compreende-se que o agente não pode ser beneficiado da transação penal caso já tenha se valido dela nos últimos cinco anos. Somente após este transcurso e observado os demais requisitos poderá, novamente, se valer deste benefício.

Tal fato traz grandes discussões no cenário jurídico brasileiro, pois normalmente na prática o acusado não é informado de que ao aceitar o acordo de transação, evitando-se assim os transtornos do processo, não poderá, caso venha a realmente precisar deste instituto, utilizá-lo senão depois de transcorridos cinco anos. Assim, como geralmente o querelado é leigo em assuntos forenses, acaba por aceitar a proposta mesmo quando sua inocência seja real, e possivelmente seria provada no curso da ação penal, o que o livraria de qualquer forma de penalização.

Por fim, o inciso III traz que a proposta de transação penal não será admitida se comprovado que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não indicarem ser necessária e suficiente à medida.

2.4.2 Oferecimento da Proposta de Transação Penal

Após a análise dos requisitos para o oferecimento da transação penal, caberá ao titular da ação propor o acordo. A transação pode ser oferecida oralmente ou por escrito, e deve consistir na imediata aplicação da pena restritiva de direitos ou multas as quais serão devidamente especificadas na proposta formuladas.

Posto isto, importante ressaltar que a presença de defensor no momento da proposta é indispensável, sua falta pode causar nulidade no ato. Assim, depois de feita a proposta caberá ao acusado e seu defensor aceitar ou não, prevalecendo sempre a vontade do primeiro.

A proposta feita pelo Ministério Público não deverá conter obscuridades ou algo que futuramente cause dúvidas sobre sua legitimidade. Deverá conter todos os detalhes possíveis, observada a conveniência, bem como suas consequências. Quando houver pena de multa o valor desta deve estar, do mesmo modo, especificado na proposta a ser homologada.

A proposta da acusação deverá ser clara e precisa, para dar ao atuado e seu defensor pleno conhecimento da pena proposta, com a medida de suas consequências práticas. Referir-se-á ao fato narrado no termo de ocorrência, mas sem qualquer

tipificação legal. Isso porque a aplicação da sanção não indica reconhecimento da culpabilidade. (GRINOVER, 2005, p. 158)

Assim, após feita a proposta com os devidos trâmites legais, o acusado deverá, orientado por seu advogado, escolher entre aceitar o acordo ou, convicto de sua inocência, concluir pelo prosseguimento do processo em busca de sua absolvição. (GRINOVER, 2005)

Caso o acordo prospere, caberá ao Poder Judiciário o seu controle e fiscalização. Assim, é de entendimento jurisprudencial (RHC 29.435 DO STJ) que caso o acusado descumpra os deveres impostos pelo acordo prosseguir-se-á com o oferecimento da Denúncia e, conseqüentemente, com a ação penal. (LOPES JR, 2016)

Traz ainda a Súmula vinculante 35 que:

A homologação da transação penal prevista no art.76 da Lei n. 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumprida suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Portanto, conclui-se que ao optar por não enfrentar um processo criminal, podendo ao final incidir em uma condenação e ter seu nome incluso no rol dos culpados, visto que a transação penal não atrai reconhecimento de culpa pelo infrator, tão pouco gera antecedentes e reincidência, exceto para impedir nova transação no prazo de cinco anos, o acusado deve seguir rigorosamente os termos acordados ou então perderá seu direito e se encontrará nas filas do judiciário.

2.5 Suspensão Condicional do Processo

A Suspensão Condicional do Processo, também conhecida como *sursis processual*, é um instituto também inovador incorporado pela Lei 9.099/95 em seu art. 89 com essência despenalizadora. Contudo, é importante salientar que este advento não condiz apenas às infrações penais de menor potencial ofensivo, ele recairá a todos os tipos criminais que se enquadrarem em seus requisitos. Embora, tenha sido introduzida nesta Lei, sua competência vai além dela.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
 IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

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

Antes de tudo, deve-se dizer que a suspensão condicional do processo não deve ser confundida com a suspensão condicional da pena (*sursis* penal), introduzida no Código Penal em seu artigo 77. A respeito disso, traz Aury Lopes Jr. que:

O presente instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, pois, naquela, há processo com sentença condenatória, ficando apenas a execução da pena privativa de liberdade suspensa por um período. Aqui, é o processo que fica suspenso, desde o início, logo, sem que exista uma sentença condenatória. (LOPES JR, 2016, p. 773)

Posto isto, para que se possa ocorrer tal suspensão é necessária que a pena mínima cominada do delito praticado seja igual ou inferior a um ano. O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não tenha sido condenado por outro crime, e também que se faça presente os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Assim sendo, após corrido o período de provas, expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extintos a punibilidade e também o processo. (LOPES JR, 2016)

O momento ideal para a proposta de suspensão é o conjunto com o oferecimento da denúncia, todavia nada impede que se ofereça no curso do processo, pois caso de ocorra uma desclassificação, por exemplo, cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, poderá então se fazer tal oferta. Traz a respeito disso a Súmula n. 337 do STJ “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”.

Diante do §1º e inciso I, II, III e IV do art. 89, vê-se que assim que aceita a proposta pelo acusado e seu Defensor, o Juiz recebendo a denúncia, poderá desde logo suspender o processo, submetendo o acusado ao período de prova, com determinadas condições estabelecidas pelo juiz. São condições: a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de o acusado se ausentar da comarca

em que reside, sem autorização judicial e; deverá o acusado comparecer pessoalmente em juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Contudo, poderá o Juiz determinar demais condições diversas destas já previamente estabelecidas para a suspensão, desde que observado o caso concreto. E ainda assim, o não cumprimento de tais obrigações não ocasionará em prisão, a consequência disso será a retomada do processo no momento em que se estagnou.

Não obstante, a lei não trouxe previsão sobre qual seria o órgão competente para acompanhar o andamento das condições da suspensão condicional do processo. Mas, conclui-se que tal competência é do próprio juiz da causa. (GRINOVER, 2005)

Importante destacar, que o *sursis* processual sempre deverá ser um ato bilateral. O Ministério Público o propõe (por escrito na denúncia, ou em peça separada) e o querelado após analisar as condições impostas, aceita ou não. Tal fato deve obrigatoriamente ser feito na presença do juiz, do defensor e do próprio acusado, podendo ser feita na forma oral, como se prevê a Lei dos Juizados Especiais. (LOPES JR, 2016)

O fato de a Lei trazer em seu dispositivo os termos que o Ministério Público “poderá propor”, não gera faculdade de agir, pelo contrário, é dever do *parquet* propor a suspensão condicional do processo quando preenchidos os requisitos legais. Caso isso não ocorra, deverá o juiz da causa remeter a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se de forma analógica o art. 28 do Código de Processo Penal. Isto está previsto na Súmula n. 696 do STF, que diz: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Ainda sobre a possibilidade do alcance da aplicação da suspensão condicional do processo, quando se tratar de concurso material e crime continuado, duas súmulas vinculantes devem ser observadas, são elas a n. 243 do STJ e n. 723 do STF.

SÚMULA N. 243 do STJ:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

SÚMULA 723 do STF:

Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

Diante dos parágrafos 3º e 4º do artigo 89 a suspensão poderá ser revogada caso no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime, ou contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

Assim que se expirar o prazo determinado para a suspensão condicional do processo sem que haja revogações, o juiz declarará extinta a punibilidade. Também não ocorrerá a prescrição durante prazo de *sursis processual*. Importante ressaltar a Súmula 415 do STJ, que traz que o período de suspensão do prazo prescricional será regulado pelo máximo da pena cominada (§ 5º e 6ª do art. 89 da Lei 9.099/95).

Por fim diante do §7º da Lei 9.099/95, caso o acusado não aceitar a proposta referida, o processo prosseguirá em seu curso normal.

2.6 Breves Considerações

Os Juizados Especiais, apesar de suas aparentes vantagens e inovações ao cenário jurídico brasileiro trouxe também inúmeras controvérsias quando se trata de colisão de princípios. Os princípios da celeridade e economia processual inteiramente contemplados pela Lei n. 9.099/95, vão ao encontro dos direitos fundamentais, tais como os princípios da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e da obrigatoriedade da ação penal.

Traz Aury Lopes Jr. a respeito desta situação:

Os modelos de justiça negociada (e consensuada) representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo. A lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito. (LOPES JR, 2016, p. 794)

Posto isto, compreende-se que a imposição de uma pena que não passou por um controle jurisdicional acaba por violar conceitos fundamentais, pois apenas o Ministério Público estaria no controle dos atos de julgamento, interferindo expressivamente no sistema acusatório. (LOPES JR, 2016)

A doutrina entende que com o advento da justiça negociada o Direito Penal e o Direito Processual Penal passaram a ser banalizados. Assim sendo, ao se objetivar uma ideia de eficiência, a Justiça Negocial acaba por excluir socialmente, ainda mais, cidadãos já postos à margem da sociedade. Pois, compreende-se que o verdadeiro propósito é alcançar a maior quantidade possível de conflitos sanados, diminuindo assim as filas do judiciário, e não qualidade nas decisões.

A tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é totalmente ideológica e mistificadora, como qualificou FERRAJOLLI, para quem esse sistema é fruto de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do júízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico. (LOPES JR, 2016, p. 795-796)

O modelo acusatório tem como escopo a separação dos poderes e de suas funções, evitando-se assim que um interfira na atividade de outrem, o que visa garantir a imparcialidade no julgamento. Contudo, quando se fala em sistema negocial, com o Ministério Público atuando incansavelmente para uma solução célere, ocorre, de certo modo, uma pressão sob o polo passivo para que se aceite os termos do acordo. Deste modo, ocorrendo a recusa, poderá o querelado se ver numa perversão burocrática ao enfrentar o processo. (LOPES JR, 2016)

Destarte, ainda subsiste a questão do requisito objetivo para a proposição da transação penal, que é o fato de o agente não poder ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa. No entanto, o que realmente ocorre é que, com a pressão do órgão acusador para que o acordo prospere, acaba que tal informação passe despercebida e assim, o acusado acaba por ser induzido a um ato que posteriormente poderia vir a ser realmente necessário.

Assim sendo, o que a crítica doutrina compreende é que a justiça negocial não se enquadra no modelo acusatório, que é o vigente no ordenamento jurídico brasileiro, e assim, não pode ser encarado como uma exigência processual. (LOPES JR, 2016)

2.6.1 Transação Penal na Cidade de Paranaíba/MS

Em uma breve pesquisa realizada na cidade de Paranaíba a respeito do instituto da transação penal, com base nos dados anuais do ano de 2015, observou-se que os números ainda se fazem baixos, quando em comparação com a quantidade de processos distribuídos no Juizado Especial Criminal.

O número total de processos distribuídos no JECRIM no ano de 2015 foi de 1.087, enquanto que o número de transações realizadas foi de 116. Assim posto, nota-se que o número de acordos realizados ainda é muito reduzido, seja pela impossibilidade de se propor a transação frente aos requisitos necessário para tal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), ou mesmo pelo fato de o acusado não aceitar a proposta feita.

Destarte, em comparação com o número de processos distribuídos na Vara Criminal da mesma Comarca, que foi de 3.387 em 2015, o que se vê é a imensa quantidade de processos nas filas da justiça, sendo esta praticamente o triplo da observada no JECRIM. Isto mostra que as infrações penais em maior quantidade são aquelas consideradas de mais graves.

Assim, o que se pode concluir é que a Justiça Criminal realmente possui um vasto problema no que tange a solução de seus conflitos frente a celeridade. As filas processuais cada dia mais estão aumentando, enquanto as formas de solução menos morosas nem sempre são utilizadas.

3 DIREITO PENAL CONSENSUAL

3.1 Projeto de Lei 156 de 2009 e Projeto de Lei 236 de 2012

O Projeto de Lei 156/09 tem como escopo a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, é de autoria do ex-senador José Sarney e, após ser aprovado no Senado foi remetido à Câmara dos Deputados por meio do ofício n. 2427, de 21/12/2010 para sua revisão, como manda o art. 65 da Constituição Federal. Em três de fevereiro de 2011 foi feito o requerimento para a criação da Comissão Especial para tratar do parecer, com fulcro no art. 205, §1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Posto isto, o Projeto de Lei desde então (13/04/2011) encontra-se na situação de análise.

Já o Projeto de Lei 236/12, que se faz no Anteprojeto do Novo Código Penal Brasileiro, teve início com o requerimento n.º 756/2011 e 1.034/2011 de autoria do ex-senador Pedro Taques (PDT-MT) e, fora instruído por José Sarney, na época Presidente do Senado Federal, além da Comissão Especial de Juristas, especialmente escolhidos para a elaboração deste Anteprojeto.

Estes Anteprojeto visam inúmeras mudanças no Código Penal e Processual Penal, muitas delas têm causado controvérsias e dúvidas sobre sua estabilidade no cenário jurídico brasileiro. Contudo, cumpre destacar as mudanças no que tange o Sistema Penal e Processual em relação à aplicabilidade de uma Justiça de acordos, também conhecida no Direito comparado como “Barganha”.

3.1.1 O Projeto de Lei 156 de 2009, Mudanças e Consequências.

Primeiramente deve-se analisar o modelo vigente de sistema acusatório que o Processo Penal utiliza como via de regra.

O Sistema Acusatório surgiu com a Constituição de 1988, que se preocupou em fazer com que o contraditório e a ampla defesa fossem tidos como garantias fundamentais (art. 5º, LV, da CF), ou seja, tornando-os insuscetíveis de emendas.

Anteriormente compreendia-se que o contraditório e a ampla defesa se bastavam na separação formal das funções de acusar e julgar, contudo, atualmente se entende que o acusatório se faz no procedimento que garante a efetiva atuação das partes com igualdade de condições, sendo o julgador pessoa absolutamente imparcial.

Sabe-se que a imparcialidade do juiz é requisito fundamental para um processo justo, porém, a Doutrina tem entendido que esta figura fica comprometida momento em que o juiz tem participação na investigação ou então iniciativa probatória.

Deste modo, o Projeto de Lei, observando o modelo acusatório, surge com a ideia de o juiz não mais ser responsável pelo resultado da persecução criminal, deixando tal atribuição ao Ministério Público*. Neste modelo, o juiz atuará no momento investigatório tão somente para ajuizar a ação penal ou então arquivá-la, sendo posteriormente substituído por outro juiz na intenção de imparcialidade, pois assim teria então um verdadeiro e livre convencimento na audiência diante das provas e do contraditório.

Deste fato surge para o novo panorama a figura do Juiz de Garantias, este tem como escopo garantir os direitos fundamentais dos acusados na fase de investigação criminal. Este modelo é comparado ao italiano, quando ideias liberais vieram a substituir o então rígido modelo facista.

O Juiz de Garantias visa assegurar a imparcialidade do julgamento. Deste modo, entende que o juiz que participa das investigações se envolve com a construção do delito, o que pode fazer com que este, antes mesmo do contraditório, já se convença da materialidade do fato delituoso. Assim, conclui-se que o juiz que de certa forma tiver participação na fase investigatória não poderá participar da fase de instrução, devendo então, os autos serem encaminhados ao juiz competente.

Posto isto, pode-se compreender o motivo polêmico que as mudanças do Projeto de Lei buscam alcançar. A partir deste novo modelo, o contraditório e ampla defesa poderão perder o “status” de fundamentais em busca de uma celeridade processual tão visada atualmente.

O PL 156/09 traz uma proposta de Barganha para o Direito Processual brasileiro, isto é, prevê um acordo realizado entre Ministério Público e acusado sem intervenção do judiciário para que ocorra a imediata aplicação da pena. Isto poderá ocorrer para os crimes com pena máxima cominada até oito anos, sendo a proposta a de aplicação imediata da pena mínima cominada ao tipo penal.

Compreende-se que a Barganha seja o instrumento procurado para desembaraçar as filas processuais, promovendo a celeridade processual, que é um dos princípios processuais

* Importante lembrar da PEC 37/2011, em que cogitou ser inserido o §10 ao art. 144 da CF, limitando a competência de investigação criminal à polícia federal e civil dos Estados e do Distrito Federal. A proposta foi rejeitada e encontra-se arquivada.

mais buscados na atualidade, além disso, visa buscar eficiência principalmente no que tange o crime organizado.

Tal proposta encontrar-se-á no art. 283 do PL 156/09 e, terá a seguinte redação:

Art. 283. Até o recebimento da denúncia, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer, em conjunto, a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, podendo o juiz proferir sentença condenatória, desde que:

I – haja confissão total, em relação aos fatos imputados na peça acusatória, por meio de termo assinado pelo réu e seu defensor ou por interrogatório designado para este fim;

II – a pena seja aplicada no mínimo cominado;

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

§2º O acusado estará isento das despesas e custas processuais

[...]

§7º. O juiz, ao receber a denúncia, homologará o acordo, aplicando a pena nele ajustada.

[...]

§9º. Se o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§10. O juiz só não homologará o acordo se verificar a inobservância dos critérios deste artigo ou a ocorrência de coação.

Posto isto, há de se entender que aplicação imediata da pena possui alguns requisitos. Primeiramente deverá ter o delito pena máxima cominada em até 8 (oito) anos, depois disso observar-se-á que o acusado deverá estar acompanhado de defensor para manutenção da garantia processual, aquele deverá confessar de forma total o crime e, assim, a pena será aplicada no seu mínimo legal.

Importante ressaltar que este acordo difere-se da transação penal, pois ele será equivalente a uma condenação, tendo até mesmo todas as fases de exasperação da pena, enquanto na transação o acusado não reconhece culpa, mas meramente aceita uma proposta de sanção, sendo esta não privativa de liberdade, com o intuito de não enfrentar uma ação penal.

Passando à análise do parágrafo primeiro vê-se uma lacuna, pois ao tratar da confissão não se sabe se ela também inclui a confissão qualificada. Além disso, é de se notar que o artigo aduz apenas à confissão total, sendo assim, a parcial não será abrangida por este acordo.

Outro ponto em que nota-se a dúvida está no fato de saber se o acordo realizado entre Ministério Público e acusado abrange apenas a aplicação imediata da pena ou se também será aquele o responsável por definir o *quantum* da pena imposta e, se o Juiz poderá neste momento intervir ou não.

Ainda sobre pontos de relevância, constata-se nos parágrafos 9º e 10º que o Juiz poderá ou não homologar o acordo. No entanto, isto apenas ocorrerá se não se fizerem presentes os requisitos impostos no artigo, caso contrário, ficará o julgador obrigado a legitimá-lo.

Além deste artigo, terá também de se notar o art. 303 do PL 156/09 que trata do mesmo tema, diz este que:

Art. 303. 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.

§1º [suprimido].

[...]

Neste sentido, o que se pode observar do artigo acima é que a atribuição de substituir a pena por multa ou restritivas de direito não mais será do Juiz, mas do Ministério Público. Este, num momento anterior à ação penal, irá atribuir a proposta ao acusado, assim, o juiz apenas homologará ou não o acordo.

3.1.2 O Projeto de Lei 236 de 2012, Mudanças e Consequências.

No Projeto de Lei 236 de 2012 a respeito do Novo Código Penal, também se encontra a figura da Barganha. O Projeto em seu Título VII, com artigos 105 e 106, buscou tratar do tema em destaque chamando-os de “BARGANHA E COLABORAÇÃO COM A JUSTIÇA”.

Barganha

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;
II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

Imputado Colaborador

Art. 106. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade, se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direitos, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a total ou parcial identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; ou

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo exige acordo que será celebrado entre o órgão acusador e o indiciado ou acusado, com a participação obrigatória do seu advogado ou defensor, respeitadas as seguintes regras:

I – o acordo entre as partes, desde que tenha efetivamente produzido o resultado ou os resultados mencionados no caput deste artigo, vinculará o juiz ou tribunal da causa;

II – a delação de coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes;

III – ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas;

IV – oferecida a denúncia, os termos da delação serão dados a conhecimento dos advogados das partes, que deverão preservar o segredo, sob as penas da lei.

A grande inovação que traz a Barganha é a possibilidade de acordo – transação durante o processo, para que seu caminho seja o mais breve possível.

Desse modo, após o recebimento da denúncia ou queixa, o Ministério Público, bem como, o advogado ou defensor do acusado poderão realizar o acordo para que se aplique a pena de imediato, isto antes mesmo da audiência de Instrução e Julgamento. Porém, para poder ser beneficiado pelo acordo da Barganha o acusado terá de reconhecer a culpa e, em contrapeso receberá a pena mínima cominada, cumprindo esta em regime aberto ou semiaberto.

Destarte, serão necessários requisitos para que se possa concretizar a barganha, são estes: a) a confissão total ou parcial do acusado quanto aos fatos imputados na peça acusatória; b) o requerimento para que a pena de prisão seja aplicada no mínimo cominada para o delito, independentemente da incidência de causas de aumento da pena ou agravante; c) a renúncia das partes a qualquer produção de provas por elas indicadas.

Ainda cumpre observar o parágrafo 2º do art. 105 que mesmo realizado o acordo, poderá este ser substituído por penas restritivas de direitos (art. 43 do atual Código Penal). A pena deverá deste modo, ser aplicada em seu mínimo legal, e até mesmo existirá a possibilidade de sua diminuição a 1/3, mediante requerimento das partes. Logo, observado o parágrafo 4º do art. 105, a pena de multa também seguirá o mesmo raciocínio, ou seja, será aplicada em seu mínimo.

Ademais, o parágrafo 3º do mesmo artigo mostra uma importante condição, será vedado o cumprimento inicial de pena em regime fechado, por isto que a barganha será limitada aos crimes com pena máxima cominada em até oito anos de prisão.

Com este Projeto a delação premiada, famoso instituto trazido pela Lei da Organização Criminosa (Lei n. 12.850 de 2013), passará a ser prevista na parte geral do Código Penal, podendo ser aplicada a todos os delitos.

Este instituto será posteriormente abordado, contudo cumpre destacar que tem como escopo a proteção das vítimas e a solução mais rápida e efetiva para os crimes de organização criminosa.

Diante do art. 106, parágrafo único, inciso I, vê-se que o juiz ficará obrigado a aceitar e cumprir os acordos com os acusados que optarem em colaborar efetivamente e voluntariamente para a investigação e esclarecimento do crime.

Frente a isto, posto que a colaboração tenha sido efetiva, poderá o juiz, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e, até mesmo extinguir a punibilidade se o colaborador for réu primário. Caso este não seja primário, fará jus a redução da pena de prisão entre 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Deste modo, poderá o colaborador atuar na identificação total ou parcial dos demais integrantes da ação criminosa; a localização da suposta vítima, com sua integridade física preservada e; a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Diante do parágrafo único do art. 106 é importante destacar que a presença de advogado ou defensor é obrigatória para que o acordo seja válido. Além disto, a imputação de culpa aos demais participantes delatados só poderá efetivamente ocorrer em conjunto com demais provas (inc. II, parágrafo único, art. 106).

Por fim, considerando a atuação do colaborador caberá a este sua inclusão no programa de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1.999), evitando-se que este instrumento processual caia em desuso por sua inviabilidade. Assim, todos os termos do acordo deverão ser informados aos advogados, que da mesma forma, deverão manter o caso em sigilo.

3.2 Direito Comparado

A Barganha, novo modelo de justiça processual apresentada nos Projetos de Lei para reforma do Código Penal e Processual Penal brasileiros, não são novidades no cenário exterior. Inúmeros países, como os Estados Unidos, utilizam-se deste instrumento rotineiramente como forma de celeridade. Porém, como irá ser notado, a aparência de um modelo eficaz e pleno por si próprio pode não ser tão viável.

Nos Estados Unidos, hoje tido como referência no que pese a justiça do consenso, quando apontou os primeiros manifestos do sistema da justiça negocial, conhecido como *plea bargaining*, as cortes inicialmente rejeitaram tal ideia. A aceitação ocorreu de forma gradual e derivou de incessantes construções teóricas que tentavam justificar a necessidade da justiça criminal utilizar a barganha como método.

Primeiramente importante é entender o que a *plea bargaining* realmente compreende. John Langbein destacou cinco pontos importantes para a caracterização desta e, primeiramente cabe dizer que se faz em um modo de procedimento sem julgamento, deste modo, corrompe com o princípio da obrigatoriedade, em que a Constituição garante não só a imprescindibilidade como o direito à ação/julgamento. Assim, o autor compreende que o acusado que escolhe por prosseguir com a ação e não pela *plea bargaining*, poderá ser prejudicado, pois caso este venha a ser condenado poderá ser punido de forma mais latente. Por fim, deve-se compreender que um procedimento sem julgamento faz com que a defesa seja ignorada, advindo uma condenação sem o contraditório e ampla defesa, tudo isto apenas em nome da eficiência processual. (VASCONCELOS, 2015)

Segundo Milton Heumann (*Plea bargaining*, p.1 apud VASCONCELOS, 2015, p. 65) “*plea bargaining* é o processo por meio do qual o réu em um caso criminal abre mão do seu direito ao julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença”.

Neste panorama observa-se que o acusado é posto em uma difícil situação, de um lado está sua presunção de inocência e, de outro, acusação e corte com a pressão para que o acordo seja obtido. Assim, inegável que para se compreender a barganha também se deve ter a ciência de que com ela está o reconhecimento de culpabilidade, pois mesmo que ocorra a negociação entre defesa e acusação, sempre haverá a renúncia ao julgamento, conjuntamente com todas as garantias constitucionais, e o “prêmio”, ou seja, uma punição menos severa.

Portanto, diante dessas considerações, define-se a *barganha* como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos). (VASCONCELOS, 2015, p. 68)

Deve-se dizer que se fala em renúncia à defesa pelo fato de que realizada a barganha ultrapassam-se todas as fases procedimentais e, diretamente desloca-se ao cumprimento de pena. Muitos discutem que a defesa não é corrompida por este acordo, contudo, como não há

espaço para questionamento algum a respeito dos termos impostos pela acusação, fica difícil apoiar esta ideia.

Cabe diferenciar a barganha da justiça consensual, pois apesar de serem semelhantes, traços infalíveis as distinguem. A primeira, tida como expressão consensual da oportunidade, pressupõe como requisito fundamental a renúncia à defesa, bem como a todos os direitos fundamentais decorrentes desta. Já quando se trata de justiça consensual, o direito de se defender permanece, fazendo jus ao contraditório e ampla defesa, assim compreende-se uma verdadeira justiça de negociações, onde defesa e acusação se fazem sujeitos ativos para acordar e não barganhar.

Posto isto, observado o cenário jurídico Norte Americano, é ampla a crítica da doutrina sobre a utilização da *plea bargaining* como já dito anteriormente. Entendem ser assustador o número de reconhecimento de culpabilidade para justificar as condenações no país. Os dados estatísticos mostram que atualmente a barganha tem sido regra, o famoso modelo acusatório do júri puro tem se tornado um mito na prática. Afirma-se que em 2013, 97% dos casos de condenação na justiça federal estadunidense se basearam no reconhecimento de culpabilidade obtido por meio de acordos.

Estudiosos apontam que numa justiça ideal seria inadmissível a ocorrência de tal sistema, porém agora resta impossível sua abolição, pois tornou-se uma necessidade do sistema, sendo uma característica do modelo conhecido como *common law*. (VASCONCELOS, 2015)

São dois os argumentos utilizados para justificar a importância da *plea bargaining*, primeiramente a necessidade em vista do sobrecarga da justiça criminal, tanto pela quantidade excedente, e quanto pela complexidade que se faz o processo do julgamento em si.

Quando se trata de sobrecarga da justiça criminal, alguns defensores apontam que no fim do século XIX a efervescência social estadunidense dobrou a diversidade de conflitos existentes e, dessa forma, a necessidade de novos meios de solução. Destarte, a barganha apontou como instrumento essencial para o Estado se apoiar, rapidez e “eficiência”, era tudo o que buscavam.

No entanto, esta visão de utilização da *plea bargaining* decorrente do aumento dos encargos processuais é duvidosa. Estudos afirmam que mesmo em cortes que não estavam sobrecarregadas o percentual de negociações crescia, dessa forma, o que concluem os críticos é que frente a uma situação de lutas sociais na cidade de Boston, em meados dos anos 1830 a 1860, a barganha ergueu-se como ferramenta política para solucionar as revoltas populares. Posto isto, observou-se que a *plea bargaining* contribuiu para diminuir a quantidade de

prisões cautelares que vinham ocorrendo, de modo que, solucionariam de vez tal situação, pois haveria uma punição definitiva. (VASCONCELOS, 2015)

Assim sendo, o que se pode compreender é que na verdade buscou-se uma solução que demonstrasse celeridade, posto que, as condições de prisão eram lastimáveis, o que gerava ainda mais revoltas. Porém, a falsa ideia de eficácia da justiça não mais era do que um problema de ineficiência do próprio Estado, ou seja, o Poder Público transferiu o que era sua obrigação ao acusado.

Logo, existem ainda aqueles que relutam em afirmar que a utilização da *plea bargaining* se fundamenta na ideia de que ela seria uma forma de prevenção especial positivada das penas, em que a punição possui natureza ressocializadora e, desse modo, quando o acusado demonstra arrependimento, visto que deve confessar o crime imputado, já confirma sua recuperação, fazendo jus a uma pena mais branda.

Tais teorias são senão uma frágil forma de autenticar a barganha. O direito ao julgamento, e a presunção de inocência, é legitimado a todo e qualquer cidadão, o que não tem o condão de afirmar que o acusado não está arrependido.

O Estado prega que os benefícios em se aceitar o acordo de barganha são inúmeros, como por exemplo, suprimir gastos e atrasos do processo, além da redução da pena aplicada. Em contrapartida, Gabriel Anitua (p. 155 apud VASCONCELOS, 2015, p. 83) afirma que na verdade o mais beneficiado é a pretensão punitiva do Estado, que acaba por alcançar maiores números de soluções, menores custos e, em menor tempo.

Posteriormente a esta análise histórico-teórica, cabe compreender que atualmente para a realização da *plea bargaining* são imprescindíveis três requisitos principais: voluntariedade, inteligência e adequação.

O primeiro requisito trás a compreensão de que o acordo deverá se fazer de forma livre, sem que haja pressão ou coação para seu aceite e, todos os termos impostos devem ser previamente conhecidos, incluindo a renúncia aos direitos fundamentais. Este requisito é muito polêmico, pois nenhuma forma de coação é permitida, nem mesmo a intelectual. Contudo, isto não ocorre na prática, pois existe a inerente ameaça de uma punição mais severa caso se opte por um julgamento e não pelo acordo.

Um emblemático caso que demonstra esta situação foi o ocorrido em *North Carolina v. Alford*, em que o acusado aceitou a barganha mesmo dizendo-se inocente, isto porque caso optasse pelo julgamento poderia ser condenado a pena de morte, ou seja, o aceite somente ocorreu diante de uma coação. (VASCONCELOS, 2015)

Quanto ao critério de inteligência, deve-se saber que a corte deve cumprir a obrigação de informar o réu de sua real situação. Isto revela que o juiz antes da realização do acordo deve relatar todas as imputações, todos os fatos, além de todas as consequências da renúncia ao julgamento e aceite da barganha. Alguns dos direitos que serão renunciados ao se aceitar a *plea bargaining* serão o direito a defesa, o contraditório, a não autoincriminação, julgamento por jurados e até mesmo direito aos recursos e, portanto, devem ser informados ao réu.

Por fim, a adequação se faz na necessidade de existência mínima de relação entre os fatos imputados e a realidade, além disso, deve haver uma base fática capaz de sustentar o reconhecimento de culpa pelo acusado.

Resta dizer, que na realidade prática estes requisitos não são cumpridos. Ocorre que na esmagadora maioria dos casos a simples confissão se faz condição suficiente para condenar pela barganha. Portanto, compreende-se que há na verdade uma falaciosa legitimação de um processo de acordos, admitindo uma ideia ilusória do caráter democrático da *plea bargaining*.

3.3 O Instituto da Delação Premiada

A delação premiada é um instituto de natureza penal que surgiu frente a difícil solução dos crimes praticados em concurso de agentes (art. 159, §4º, do Código Penal). Sua função existe desde os primórdios dos agrupamentos humanos, como se via na Idade Média frente à Inquisição, contudo, veio a se destacar com o aprimoramento da criminalidade e consequentemente do Direito Penal.

Deste modo, visto a ineficiência do Estado em esclarecer e acompanhar as organizações criminosas, a delação premiada foi a solução mais viável para apresentar resultados certos.

Este instituto traz a possibilidade de ter o réu uma recompensa por ajudar nas investigações e na consequente solução do delito investigado, de modo que irá delatar seus comparsas. Assim sendo, poderá receber uma significativa diminuição da reprimenda legal ou até mesmo o perdão judicial, que extingue a punibilidade do agente (art. 107, inc. IX, CP).

O perdão judicial possibilita que o acusado não sofra uma condenação, sobre isto traz Mirabete (2005, p.416) que:

O perdão judicial é um instituto através do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos objetivos e subjetivos que constituem o delito, deixa de aplicar a pena desde que apresente determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam desnecessária a imposição da sanção. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não de direito do réu. Há, porém, posições em sentido contrário.

A delação se faz quando o acusado, ao confessar que praticou o ato delituoso, revela que terceiros também concorreram para o resultado, entende-se que esta é uma forma de incentivar a confissão espontânea (CP, art. 65, III, "d"). No entanto, importante compreender que a simples delação não resulta imediatamente em benefício, as informações prestadas devem ser eficazes para a solução do caso investigado.

O artigo 65, III, do Código Penal trás que a confissão espontânea, realizada pelo próprio autor, resulta numa atenuação da pena, mas este benefício processual não se estende aos demais autores da ação criminosa, pois, tem cunho pessoal. Desta maneira, ao se realizar a delação, com o apontamento de outros participantes, tem-se que esta se faz em uma prova com valor testemunhal, e não confessional.

Posto isto, tem-se que a delação premiada não apenas se faz presente na Lei de Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013), como é de maior repercussão, ela também encontra-se nas Leis de Drogas, dos Crimes Hediondos, Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Crimes de Lavagem de Dinheiro, Repressão a tóxicos, Programa de Vítimas e Testemunhas e por último no Código Penal quando se trata de Crime de Extorsão Mediante Sequestro.

3.3.1. Proteção à vítima e testemunhas na Delação Premiada, Lei n. 9.807 de 1999

A Lei n. 9.807/1999 traz normas que visam organizar os programas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. Desta maneira, o legislador preocupou-se em abranger dispositivos inerentes à delação premiada.

O art. 14 da Lei n. 9.807/1999 trás que:

O indiciado ou acusado que colaborar, voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Importante se faz ressaltar que a colaboração não precisa necessariamente ser espontânea, mas que se faça por um ato de vontade, ou seja, que inexista algum tipo de coação ou constrangimento.

Assim sendo, o legislador apontou parâmetros para que a delação possa ser considerada na diminuição ou extinção da pena, primeiramente um dos requisitos é a própria

autoincriminação do delator, bem como, a identificação das demais pessoas envolvidas, sendo elas coautoras ou partícipes.

Outro ponto importante se faz na localização da vítima com vida, isto deverá ser observado em crimes que envolvem pessoas e patrimônio como é o caso da extorsão mediante sequestro (art. 159 CP) e, além disso, deverá se recuperar total ou parcialmente o produto do crime. (MOSSIM, 2016)

O julgador deverá levar em consideração no momento da aplicação das atenuantes de um terço a dois terços concernentes à delação o nível da colaboração emprestada, o quão ela foi eficiente para interromper a situação delitiva.

Acerca do assunto, decidiu o Tribunal Regional da 1ª Região:

Reconhecido pelo magistrado que a colaboração do acusado foi fundamental para desmantelamento da quadrilha e para conhecer o funcionamento de toda a organização criminosa, possibilitando a condenação, inclusive, de autoridades, a diminuição da pena no patamar máximo pelo benefício da delação premiada se impõe. (TRF1, ACR – Apelação Criminal 75876520064013600, 3ª T., Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJF1, 26.07.2013, p. 493).

Assim, o que se pode compreender é que o que irá realmente definir a quantidade de benefício que o delator irá receber se faz na quantidade de efetividade do resultado da delação. No entanto, existem outros fatores que podem também serem observados, como a personalidade do agente delator, consequências do crime, motivos, mas o critério principal será observado na colaboração em si.

Além dos requisitos que possibilitam a diminuição da pena do delator outro ponto de essencial importância é o perdão judicial. Diante disto, o art. 13 da Lei n. 9.807/1999 traz que:

Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Observa-se a semelhanças entre os artigos 13 e 14 desta lei, sendo um tratando especificamente dos benefícios enquanto o outro traz em cena a extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Posto isto, cabe notar as particularidades do artigo acima citado, além dos requisitos objetivos que se referem a identificação dos demais partícipes, bem como localização da vítima e a recuperação do produto do crime, também deve ser levado em consideração a primariedade do delator, a personalidade, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Destarte, nota-se que o juiz poderá aplicar o perdão judicial quando achar conveniente e cabível, não terá, no entanto, a obrigação de fazê-lo, mas caso ocorra se aplicará o dispositivo legal do art. 107, IX do Código Penal como forma de extinguir a punibilidade do agente.

Diante desta situação, o legislador preocupou-se em garantir que os delatores fossem protegidos, pois ao entregar os demais integrantes da ação criminosa estaria conseqüentemente pondo em risco sua vida e, dessa forma, seria mais difícil de conseguir a ajuda destes colaboradores.

Assim, o art. 15 da Lei n. 9.807/1999 trata deste tema ao dizer:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

Tais medidas de cunho protetivo à integridade física do delator serão observadas esteja ele solto ou mesmo preso. Contudo, observado o dispositivo do parágrafo primeiro deste artigo observa-se que será pressuposto para a colocação de medidas protetivas a ocorrência de intimidação ou constrangimento ao colaborador, ou seja, deverá ter havido algum tipo de ameaça, caso contrário não se implicará medida protetiva alguma.

Logo, o que se nota diante deste instituto da delação premiada é que sendo o delator ouvido de início, ou seja, nos primórdios da ação penal, poderá o juiz considera-lo apto a receber benefícios em sua condenação, conquanto se o fizesse posteriormente de nada servirá para auxiliar nas investigações e conseqüente solução do caso delitivo, o que, da mesma forma, não implicaria em benefício. Sendo este um instituto inovador e relevante ao Direito Penal moderno deve sempre ser observado, visto que o devido processo legal, bem como, o contraditório e ampla defesa a todo o momento devem ser respeitados, dando a chance para que todos se defendam na mais pura e constitucional justiça.

3.3.2. Breve análise do instituto da Delação Premiada na Lei n. 12.850 de 2013

A Lei n. 12.850/2013, lei das Organizações Criminosas, trouxe a inovadora legislação que buscou dar maior amplitude para os crimes realizados em agrupamentos de pessoas, em

que cada uma delas possui função específica, pois tal modalidade delitiva, de difícil solução, vem sendo cada vez mais observada.

Esta lei traz em seu artigo 1º, parágrafo primeiro a definição de organização criminosa, que se faz em associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, mesmo que informalmente, tendo como objetivo obter direta ou indiretamente vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional.

Posto isto, nota-se que o legislador sabendo da dificuldade que se faz em solucionar crimes deste perfil, trouxe em seus dispositivos a figura da delação premiada e perdão judicial como maneira de atrair os participantes a colaborarem com as investigações criminais. Assim sendo, como já dito anteriormente, a justiça se alia ao acusado para conseguir dismantelar os crimes, para isso concede benefícios a ele como um prêmio.

Assim sendo, trouxe o art. 4º desta lei que:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

Como se observa, o legislador trouxe mais uma vez o verbo “poderá”, ou seja, será do arbítrio do julgador conceder ou não o benefício legal, portanto compreende-se que não se trata de direito subjetivo do delator. Além disso, interessante se faz notar que mesmo o legislador tendo trazido que tal benefício se fará a requerimento das partes, é indiscutível que

poderá o juiz atuar de ofício neste caso, concedendo as graças quando entender ser cabível, isto pelo fato de que possui liberdade para aplicar a norma penal.

Percebe-se neste contexto que poderá o juiz reduzir a pena em até dois terços a pena privativa de liberdade, mas também poder-se-á substituí-la por restritiva de direitos, observados os requisitos previstos nos incisos do art. 4º, que são basicamente os mesmo analisados na Lei n. 9.807/1999.

Além disso, traz o parágrafo 2º o benefício do perdão judicial, que poderá ocorrer mediante requerimento do Ministério Público a qualquer tempo, ou pelo delegado de polícia no curso da investigação policial.

Ainda mais interessante se faz o parágrafo 4º deste artigo, pois ele prevê que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia no caso de o colaborador não ser o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

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

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

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

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

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

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

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Outro ponto importante a ser destacado é o fato de que, para que se garanta a ampla defesa, deverá, em todos os atos da negociação, o investigado estar assistido de defensor, sob pena de nulidade dos atos.

Em vista disto, as informações fornecidas pelo colaborador deverão ser úteis, possibilitando que os órgãos policiais se previnam, não permitindo que o grupo criminoso reitere na criminalidade. Isto se faz em uma conduta cautelara, buscando coibir a continuidade delituosa da organização. (MOSSIN, 2016)

O momento para a concessão do perdão judicial, extinguindo a punibilidade, variará a depender da fase em que se encontra a ação penal. Se a delação vir a ocorrer ainda em fase de inquérito policial, não ocorrerá nem mesmo a denúncia do colaborador, não havendo, portanto sentença a se apreciar. Já sendo realizado o acordo durante o processo, a sentença penal que será o momento legal de se conceder o perdão.

A lei das Organizações Criminosas também se preocupou em conceber medidas de proteção ao colaborador. O art. 5º desta lei traz que:

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

O delator diante da torpeza de seu ato, sem dúvidas estará sujeito a represálias frente aos que sofreram diante de sua delação, deste modo, deve a justiça proporcionar um contrapeso em reconhecimento à colaboração prestada. Assim, o legislador procurou estabelecer meios para que o colaborador tenha sua integridade física protegida.

3.3.3. Delação Premiada e Confissão

Frente à aplicação da pena a confissão e a delação premiada possuem particularidades que as fazem divergentes, mesmo uma sendo intimamente ligada à outra. Fato é que o colaborador só fará jus ao benefício da delação por meio de sua admissão espontânea que participara do fato delituoso, o que se denomina confissão espontânea.

Posto isto se observa uma dúplice no momento da averiguação da pena, pois o colaborador de um lado tem o direito à atenuante da confissão (art. 65, III, *d*, CP), e de outro, quando cumpridos os requisitos legais, possui direito aos prêmios da delação.

Neste seguimento, deve-se compreender que a natureza jurídica da delação premiada é “causa especial de diminuição da pena”, não se confundindo com a “circunstância atenuante” que se faz a confissão. Disto tem-se que ambas podem ser aplicadas concomitantemente, ou seja, o uso de uma não excluirá a de outra. (MOSSIN, 2016)

A aplicação da pena se faz em um modelo denominado trifásico, sendo primeiramente observada a pena base, seguindo-se pelas circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim as causas de aumento e diminuição (arts. 59 e 69 do CP).

Diante desta situação, nota-se que a confissão será enquadrada na segunda fase da dosimetria da pena, pois se trata de atenuante, enquanto a delação premiada será cabível na terceira fase de tal sistema, pois esta se faz em causa de diminuição da pena. Deste modo, caberá ao julgador entender ser merecido concomitantemente ou não os dois institutos, usando-se sempre do bom senso e da cautela.

Diante deste revolto tema, observa-se os seguintes julgados:

Merece prosperar o recurso de Henrique, a fim de que seja aplicada a atenuante de confissão, posto que não se configura *bis in idem* com a delação premiada; bem como seja aumentado o percentual aplicado para a causa de diminuição referente à delação, tendo em vista a colaboração efetiva do réu. (TRF – ACR 20125101490290 – Apelação Criminal 12079, 2ª T. Especializada, rel. Des. Federal Messod Azulay Neto, E-DJF2R, 28.11.2014).

Nos termos do art. 65 do Código Penal, a confissão espontânea é circunstância que sempre atenua a pena, sendo aplicada na 2ª fase do processo de individualização da pena, enquanto a delação premiada, como causa de diminuição da pena, é considerada na 3ª fase. (TRF2 – ACR 200951018044270 – Apelação Criminal 7223, 2ª T. Especializada, rel. Des. Federal Liliane Roriz, E-DJF2R, 15.03.2010, p. 74).

3.3.4. Colaboração Premiada, espontaneidade ou ameaça?

Como trás o próprio texto legal a delação premiada, bem como a confissão voluntária, deve-se fazer de forma espontânea, ou seja, sem que subsista qualquer tipo de coação física ou moral ao acusado. Diante disto, o que se conclui é que se realizada a colaboração por meio coativo, esta perderia sua relevância.

De modo geral, quando alcançada uma confissão diante de um meio ilícito, esta será integralmente nula, não podendo ter qualquer eficácia na ação penal, tanto é que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, veda provas e seus meios de forma ilícita.

Posto isto, diante da vaidade judicial em se alcançar êxito em um maior número possível de casos criminais, bem como, das cobranças sociais impostas muitas vezes pela mídia, confundindo justiça com vingança, a pressão por uma confissão, aduzindo os possíveis benefícios, está longe de ser extinta.

Tendo o Poder Judiciário poder suficiente para decidir os rumos do processo, este usa de todos os meios possíveis para cercar aqueles que estão em investigação. Nestes casos, nota-se uma grande incidência de prisões, sejam elas temporárias (Lei n. 7.960/1989) ou preventivas (art. 311 CPP), como meio de manter a prova viva sob custódia estatal e, deste modo, ser este um mecanismo para o sucesso da colaboração.

Deste modo, o acusado acaba por confessar crimes e delatar pessoas simplesmente pelo constrangimento de uma prisão ou sua ameaça, sendo este sem dúvidas um mecanismo de coação para a obtenção da delação premiada, o que se desacorda em linhas diretas com os institutos do Estado Democrático de Direito.

Destarte, ponto de grande importância é que se traz no art. 4º, parágrafo 6º da Lei n. 12.850/2013 (Organizações Criminosas), em que para ser válido o acordo de colaboração é essencial a presença de um defensor, cuja finalidade é exatamente a de não permitir que coações sejam aplicadas para o sucesso de uma delação.

Destaca-se demonstrar o exposto diante do seguinte julgado:

A prisão temporária não pode ser compulsória. Trata-se de uma medida excepcional. Só deve ser decretada quando estritamente necessária. Impõem-se uma decisão fundamentada, uma suspeita sincera e a imprescindibilidade da medida para as investigações chegarem a bom termo, independente da tipificação do crime. Não pode servir, como se vê na prática, como antecipação da condenação, dada a morosidade da justiça, para satisfazer a sociedade manipulada por uma mídia irresponsável. Não é admissível sua decretação após a conclusão das diligências investigatórias. Nem pode ser decretada para obter-se a delação (traição) premiada. (TRF1, HC 393978620094010000, 3ª T., rel. Juiz Tourinho Filho, DJF1, 14.08.2009, p. 115).

3.3.5. Breves comentários sobre a Colaboração Premiada e Operação “Lava Jato”

A operação “Lava Jato”, sede das maiores investigações atuais sobre corrupção nacional, em que visa revelar um enorme esquema de corrupção na Petrobras envolvendo políticos com importantes cargos no país, além de executivos de empreiteiras, que realizaram contratos superfaturados permitindo o desvio de dinheiro dos cofres públicos no intuito de um enriquecimento ilícito de particulares e também de partidos políticos, trouxe em pauta uma aluvião de delações ao cenário investigativo brasileiro.

Posto isto, nota-se que o esquema era gerido por uma organização criminosa muito bem montada, até então a maior já descoberta em plano nacional, tendo divisão de tarefas e planos de ação, isto visando a prática de vários delitos, sendo alguns deles a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Diante das investigações envolvendo a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, sendo grande a repercussão na mídia, as delações ocorreram em grande número. Os benefícios oferecidos pela delação são muito atrativos e, portanto, com o desencadear das investigações os acusados entenderam ser este o melhor caminho.

Contudo, o que se sabe é que a simples delação premiada não é suficiente para condenar, são necessários outros meios de provas que comprovem os fatos. No desespero das investigações, acusados iniciaram um grande percurso de delações, o que fragilizou a persecução criminal, pois inocentes poderiam estar em risco frente à ganância por uma redução na pena.

Diante disto, deve o Ilustre julgador agir com neutralidade e cautela no momento de auferir as recompensas aos delatores. Deve sempre ser observada a significância da participação daquele agente dentro da organização criminosa, em termos de reprovabilidade, não podendo ser tão benéfico o benefício ao ponto de embarçar a própria função da sanção penal, pois assim estaria de certo modo incentivando a reiteração delituosa.

Em situações como a da operação “Lava Jato” o que fica é o sentimento de impunidade diante das vantagens conferidas aos delatores, pois se trata de bilhões de reais públicos extraviados. Porém, o que se espera é que, independentemente do bem jurídico protegido, a justiça brasileira encontre caminhos dignos para manter o fiel equilíbrio da balança da justiça.

CONCLUSÃO

O estudo do presente trabalho tem como escopo contribuir para uma reflexão sobre o delineamento dos rumos que a justiça penal brasileira tem tomado na atualidade no que tange à justiça negocial. A busca por uma justiça mais efetiva e menos morosa é meta incansável pelo sistema judicial. Porém, diante das filas processuais intermináveis, o que traz a impressão de uma justiça de aparências por aqueles que procuram soluções reais, o Estado passou a por em risco direitos fundamentais.

Deste modo, buscando-se uma maior celeridade processual, com a demonstração de numéricos resultados, o sistema penal encontrou na negociação caminho para motivar seu trabalho. Contudo, quando se opta por uma via, outra é deixada para trás.

Os princípios processuais, bem como os direitos e garantias fundamentais, previstos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, são normas que garantem um processo justo e legal dentro de um Estado Democrático de Direito. Quando se fala em garantias constitucionais é inerente que se entenda sua obrigatoriedade, o que afasta a imposição de arbitrariedades.

Conquanto, como se vê na Justiça comparada estadunidense, os casos de abusos ocorridos nas negociações são mais que evidentes. Deste modo, os questionamentos sobre a conveniência de negociações deste molde no cenário brasileiro se faz imperativa.

A primeira forma de negociação trazida pela justiça brasileira foi com o advento dos Juizados Especiais, o que trouxe incisivas inovações, como é o caso da Transação Penal. Diante disto, apesar de nenhuma forma de justiça se satisfazer por completo sem que haja falhas, os Juizados sem dúvidas trouxeram grandes benefícios, mas é de se notar que suas normas sempre procuram observar o que a Constituição Federal impõe.

No entanto, os Projetos de Lei 156 de 2009 e 236 de 2012, que visam a reforma do Código de Processo Penal e Código Penal respectivamente, estipulam circunstâncias que podem iniciar uma arriscada manobra na Justiça Criminal brasileira.

Estes Projetos de Lei preveem a inserção na Justiça nacional de um instituto conhecido como Barganha, que nada mais é um acordo realizado entre Ministério Público e o acusado, sem a intervenção do Judiciário, que terá função meramente homologatória, para que ocorra uma imediata aplicação da pena em seu mínimo legal. Para isto claramente serão necessários alguns requisitos como o caso de o crime possuir pena máxima cominada de até oito anos.

Contudo, este instituto difere-se em grau e gênero da Transação Penal, pois aqui ocorrerá de fato uma condenação, ou seja, a culpa será reconhecida e o acusado cumprirá

pena, mas, em tese, de forma mais branda, tudo isto como forma de não se adentrar em uma ação penal.

Posto isto, percebe-se que com o encurtamento do processo de penalização, sempre com o discurso de ser isto algo realmente vantajoso, o acusado não terá direito ao contraditório e ampla defesa, tão pouco preservado o seu direito de presunção de inocência.

Segundo a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, é garantido, e, portanto, obrigatório um processo justo preservando o contraditório e ampla defesa, bem como, diante do inciso LVII, é indiscutível que ninguém poderá ser considerado culpado antes que ocorra o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, em que pese a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, com flexibilização do trânsito em julgado, que permite o encarceramento prévio.

Ademais, compreende-se que a Barganha viola o pressuposto da jurisdição, pois a hostilidade repressiva da pena não mais será observada pelo controle jurisdicional, nem sequer submeter-se-ia aos limites da legalidade, pois estaria o Ministério Público com sua discricionariedade no lugar do juiz natural.

Assim, com o advento destes Projetos de Lei e, a aplicação da Barganha e da Justiça Penal Negocial, não se observará tais princípios essenciais para assegurar o devido processo legal, o que poderá gerar arbitrariedades em nome de uma celeridade fictícia.

Diante disto, assim como no sistema criminal estadunidense relatado anteriormente, o que se teme é que excessos dentro destes acordos venham a ocorrer, colocando o acusado em uma situação de chantagem e temor. Melhor dizendo, poderá os órgãos judiciais impor indiretamente o acordo com a pena de que caso se recuse, a sentença condenatória, além de certa, seria muito gravosa.

Destarte, o acordo no processo penal poderá se fazer em uma perversa permuta, transformando acusação em um órgão de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, bem como confissões caluniosas por pura conveniência. Isto, sem dúvidas, obstruiria o cerceamento de defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O entusiasmo da negociação poderá gerar uma perversão burocrática, em que o lado mais fraco não se dispondo ao acordo poderá encontrar uma guerra ao invés de um processo penal digno.

Neste sentido, sabe-se que o acordo para ser legítimo deve ser aceito pelo acusado sem nenhum tipo de coação, ou seja, de forma livre e voluntária, sendo aquele informado de todas as condições e consequências do ato. Além disso, deverá o acusado ser absolutamente informado que não fará jus aos direitos fundamentais, como é o caso do contraditório e ampla defesa e a presunção de inocência.

Diante disto, o que se cumpre indagar é: na balança da justiça o que mais vale, garantir princípios previstos e garantidos pela Constituição Federal ou acelerar a solução das filas processuais impondo acordos em nome da celeridade?

Há de se afirmar diante do trabalho apresentado que uma verdadeira justiça se valida diante de normas que garantem, a todo e qualquer cidadão que precise enfrentar uma dolorosa ação penal, uma verdade processual, isto é, que não se desvirtuem os valores e muito menos os princípios fundamentais tidos como cláusulas pétreas dentro da Carta Maior.

Portanto, cumpre destacar que reformas processuais são necessárias para aprimorar o sistema punitivo, bem como aprimorar a celeridade. Contudo, reformas que abram espaços para que arbitrariedades venham a ser cometidas não faz pensar que se trata de avanços, mas sim de retrocessos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de jun. de 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.099 de 1995. **Institui a Lei dos Juizados Especiais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 9.807 de 1999. **Institui a Lei de Proteção a Vítima e Testemunhas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Projeto de Lei nº 156 de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Projeto de Lei nº 236 de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.
- _____. TRF1, ACR – Apelação Criminal 75876520064013600, 3ª T., Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJF1, 26.07.2013, p. 493.
- _____. TRF1, HC 393978620094010000, 3ª T., rel. Juiz Tourinho Filho, DJF1, 14.08.2009, p. 115.
- _____. TRF – ACR 20125101490290 – Apelação Criminal 12079, 2ª T. Especializada, tel. Des. Federal Messod Azulay Neto, E-DJF2R, 28.11.2014.
- _____. TRF2 – ACR 200951018044270 – Apelação Criminal 7223, 2ª T. Especializada, rel. Des. Federal Liliane Roriz, E-DJF2R, 15.03.2010, p. 74.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Dicionário Jurídico**. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio : Forense, 1986.

GRECO FILHO, Vicente; **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo:1989 Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini . **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HC 126.292. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/93990177/hc-126292>>.

Acesso em 20 ag. de 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. São Paulo: Editora Atlas, 2ª tiragem, 1997.

_____. **Processo Penal**. 10. ed. rev. e atual.- São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação Premiada: Aspectos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: JHMIZUNO, 2016.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **A Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18931/a-reforma-do-codigo-de-processo-penal/1>>. Acesso em 17 de ag. de 2016.

PRUDENTE, Neemias. **Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo código penal (pls 236/2012)**. Disponível em:

<<http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>>. Acesso em 17 de ag. de 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed., rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.