



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXTENSÃO E OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA JUSTIÇA NEGOCIAL  
PENAL

André de Abreu Silva

Rio de Janeiro  
2019

ANDRÉ DE ABREU SILVA

A EXTENSÃO E OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA JUSTIÇA NEGOCIAL  
PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## A EXTENSÃO E OS LIMITES DA PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL

André de Abreu Silva

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo** - A ideia de realização de acordos entre órgãos de persecução penal e o acusado gera controvérsia doutrinária. Tais institutos não são criticados pela doutrina, por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como a não incriminação e o devido processo e a obrigatoriedade da ação penal. Por outro lado, outros apontam que o atual ordenamento brasileiro já tem previsões desses acordos. O objetivo do trabalho é identificar essas previsões e verificar se a participação do magistrado nelas se adequa ao sistema acusatório a às garantias constitucionalmente previstas.

**Palavras-Chave:** Direito Processual Penal. Justiça Negocial. Transação Penal. Acordo de Não-persecução Penal. Colaboração Premiada. Poder Judiciário.

**Sumário:** Introdução. 1 Os principais modelos de acordos penais no ordenamento jurídico brasileiro. 2 A justiça negocial penal americana, principal influência do direito comparado. 3 Limites para a participação do magistrado na justiça negocial penal brasileira. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca explicitar o papel do juiz nas diversas modalidades de acordos entre as partes no processo penal brasileiro. Pretende-se avaliar tanto trâmites processuais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em modelos no direito comparado que possivelmente venham a inspirar novas leis no país. O tema se mostra ainda bastante atual na sociedade brasileira, dadas novos projetos já em discussão nos âmbitos do Poder Executivo e do Legislativo.

A ideia de realização de acordos entre órgãos de persecução penal e o acusado gera controvérsia doutrinária. Institutos baseados no *pleabargaining*, de origem norte-americana, não são bem vistos por parte da doutrina, por serem alegadamente incompatíveis com princípios constitucionais importantes como o da não incriminação, do devido processo e da obrigatoriedade da ação penal. Segundo as críticas, a adaptação de tais institutos para o ordenamento brasileiro, de tradição sabidamente romano-germânica, não seria recomendável.

Por outro lado, outros setores doutrinários e até mesmo institucionais apontam que o atual ordenamento brasileiro já tem previsões de acordos entre acusadores e acusados, citando como principais exemplos a transação penal e a colaboração premiada.

Nesse contexto, a participação do magistrado no processo de negociação entre os envolvidos pode ser vista como alternativa para controlar abusos e prevenir violação de garantias fundamentais, arrefecendo críticas. Justifica-se, então, a análise das atuais previsões legais pertinentes, bem como as principais influências do direito comparado.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho busca analisar, de maneira breve, os modelos de acordos presentes no processo brasileiro atual. Além disso, pretende-se avaliar a eficácia de tais disposições e buscar apresentar as principais discussões atuais a respeito das modalidades analisadas.

A seguir, faz-se breve debate a respeito dos institutos jurídicos do *common law* presentes no ordenamento norte-americano, em que acordos de não persecução entre acusação e defesa se desenvolveram com mais amplitude. Com a abordagem, busca-se demonstrar que a comunicação entre esse modelo e o sistema romano-germânico é possível.

Por fim, o terceiro capítulo foca na contribuição do Poder Judiciário no ordenamento brasileiro, debatendo a necessidade dessa participação em todos os casos de acordo ou não. Busca-se, ainda, apontar limites para a atuação do Poder Judiciário, de forma que a autonomia conferida pela lei aos acordantes não seja restringida demasiadamente. Assim, preservam-se as finalidades dos acordos, mas garante-se o respeito a garantias fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

## 1. OS PRINCIPAIS MODELOS DE ACORDOS PENAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Feita a breve introdução, passa-se a analisar, neste primeiro capítulo, as principais formas de acordo entre acusação e defesa já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se analisar o tema, a Lei nº 9099/1995<sup>1</sup> é o primeiro ato normativo que vem à mente de qualquer estudioso do direito penal. Como se verifica em seu art. 61, a norma trouxe ao ordenamento brasileiro tratamento processual diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo, que abrangem as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena não superior a, atualmente, dois anos, haja cumulação com multa ou não.

O art. 62 da referida lei traz importante orientação para a aplicação das normas especiais. Tal dispositivo determina a observância de diversos critérios no processo perante os Juizados Especiais. Dentre esses critérios, os mais importantes para o presente tema são a economia processual e a celeridade. Tais princípios são importantes para que se possa enfrentar, mais a frente, críticas doutrinárias quanto a compatibilidade de acordos de não persecução penal com o ordenamento brasileiro.

No intuito de alcançar um processo penal mais célere e simplificado, então, a Lei 9099/95 trouxe alguns institutos que podem ser agrupados em um “processo penal consensual”<sup>2</sup>. O principal deles, não só para o presente artigo, é a aplicação imediata da pena, prevista no art. 76 e comumente conhecida como transação penal.

Apesar de sua limitada aplicabilidade no universo total das infrações penais, a figura se cerca de controvérsias doutrinárias, a começar pela discussão a respeito de sua natureza jurídica. Parte da doutrina entende a transação penal como um direito subjetivo do acusado, de forma que seria um dever do membro do Ministério Público oferecê-la. Não é esse, porém, o entendimento que prevalece. Para a maioria da doutrina, a exemplo de Gustavo Badaró<sup>3</sup>, a transação penal tem natureza jurídica de acordo, envolvendo consenso.

Como se verá mais detidamente a frente, segundo a jurisprudência majoritária, consubstanciada em julgados do STJ<sup>4</sup>, o próprio juiz não pode conceder a transação de ofício e, em caso de discordância entre ele e o membro do Ministério Público, deve ser aplicado o art. 28 do CPP<sup>5</sup>, para que o Procurador-Geral de Justiça decida o próximo passo a ser tomado. Tal entendimento reforça o caráter consensual da transação penal.

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

<sup>2</sup>BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* - rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 630.

<sup>3</sup>Ibidem., p. 633.

<sup>4</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 30970/SP. Relator Min. José Arnaldo Da Fonseca. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=457345&num\\_registro=200301800213&data=20040329&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=457345&num_registro=200301800213&data=20040329&formato=PDF)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019

Um aspecto legal que reforça a autonomia do membro do Ministério Público para a propositura do acordo se apresenta ao verificarmos os requisitos impostos pelo §2º do art. 76 da Lei nº 9099/95<sup>6</sup>. Segundo tal dispositivo, não se admite proposta quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime. Essa é uma norma legal que traz diversos conceitos jurídicos indeterminados. Isso traz, para os padrões do direito penal brasileiro, uma margem de discricionariedade um pouco maior para o Ministério Público decidir a respeito, pelo menos nos casos de infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, como se verá no capítulo seguinte, tal margem não se compara ao poder de decisão de um acusador em sistemas com a justiça penal negocial mais desenvolvida.

A respeito, é sempre importante lembrar que o princípio da reserva legal continua plenamente aplicado, devendo o hermenêuta sempre respeitar os limites impostos pela lei, ainda que diante de termos e expressões de conteúdo semântico aberto. Feita a ressalva, pode-se falar que em termos de transação penal há uma discricionariedade regulada por lei<sup>7</sup>.

Deve-se ter em mente que a participação de um advogado na realização do acordo é de salutar importância para que o devido processo seja respeitado. Como se sabe, este não se limita às fases processuais propriamente ditas, aplicando-se, desde logo, a qualquer procedimento legalmente previsto, em especial na área penal. É importante que o autor da infração tenha acesso a uma defesa técnica, a alguém com capacidade para instruí-lo a respeito de suas reais condições em uma investigação criminal e em eventual processo judicial. Como o acordo de transação penal se dá em fase pré-processual, a previsão legal de participação do defensor foi bem colocada pelo legislador, ajudando até mesmo a arrefecer críticas ao instituto no sentido de violação à ampla defesa. Ainda assim, deve-se ter em mente a possibilidade de dissonância entre a vontade do autor do fato e a do defensor. Nesse caso, parece muito razoável que prevaleça a vontade do primeiro, pois é ele quem sofrerá as penas restritivas de direito ou de multa, a depender do caso concreto.

A transação penal, porém, não se presta para todo e qualquer crime no ordenamento brasileiro. Como seu fundamento é a Lei nº 9099/95<sup>8</sup>, apenas os crimes com pena de até dois anos podem ser incluídos no acordo.

Quase vinte anos após a publicação de tal lei, entretanto, entrou em vigor a Lei nº 12.850/2013<sup>9</sup>, que traz mais um mecanismo de implementação de justiça penal consensual,

---

<sup>6</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>7</sup>BADARÓ, op. cit., nota 2.

<sup>8</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

desta vez com efeitos em persecução penal de crimes de maneira mais ampla. A lei trata das organizações criminosas e prevê novos meios de investigação e obtenção de prova. Dentre eles, a colaboração premiada vem obtendo grande notoriedade por sua aplicação em vários escândalos de corrupção.

Segundo o art. 4º da Lei nº 12.850/13<sup>10</sup>, o juiz pode, a requerimento das partes, reduzir a pena privativa de liberdade do autor do fato em até dois terços, ou até mesmo conceder o perdão judicial. Para tanto, exige-se do beneficiado a colaboração com a investigação e com o processo criminal, de forma que venham a ser obtidos resultados concretos.

Para além de dar azo a discussões e debates institucionais fortes a respeito do papel de cada um dos sujeitos envolvidos na colaboração, trata-se de instituto de aplicação importantíssima atualmente, incitando discussões doutrinárias e jurisprudenciais importantes e já tendo causado efeitos práticos avassaladores. Diversos escândalos recentes de corrupção têm sido comprovados com base em provas obtidas mediante colaborações premiadas.

Outra recente inovação no ordenamento jurídico brasileiro é o Acordo de Não Persecução Penal, que o Conselho Nacional do Ministério Público tentava implementar com a sua Resolução nº 181/2017<sup>11</sup>. Posteriormente, em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019<sup>12</sup>, que introduziu esse instituto no Código de Processo Penal, acrescentando a este diploma o art. 28-A.

O artigo 18 da referida resolução trata do referido acordo e dispõe que o Ministério Público poderá oferecê-lo em caso de crimes aos quais é cominada pena mínima inferior a quatro anos, quando o ilícito não houver sido praticado mediante violência ou grave ameaça, e quando o autor do fato houver confessado formalmente. Além desses requisitos iniciais, a resolução prevê diversas outras condições a serem impostas pelo *parquet* para o oferecimento do acordo, notadamente condições que se identificam com as penas restritivas de direitos do Código Penal.

O fato de uma resolução trazer previsões como essa gerava grandes preocupações por diversos setores institucionais, além da doutrina. Ao que parece, haveria uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público alargando institutos definidos em lei, seja pelo

---

<sup>9</sup>BRASIL, *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup>BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2019.

<sup>12</sup>BRASIL, *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2020.

Código Penal, seja pela Lei nº 9099/95. Haveria inconstitucionalidade, então, por violação aos princípios da reserva legal e da indisponibilidade da ação penal, dentre outras normas constitucionais.

Nesse sentido, a Resolução 181/2017 do CNMP<sup>13</sup> já era alvo das ações diretas de inconstitucionalidade nº 5790 e 5793, ajuizadas pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. Tais ações ainda estão pendentes de julgamento pelo STF, de forma que novos contornos jurisprudenciais a respeito da matéria eram iminentes.

Porém, como já adiantado, a publicação da Lei nº 13.964/2019, em uma das medidas que o governo acabou por chamar de “Pacote Anticrime”, introduziu o instituto na legislação, com alterações de pequena monta. Boa parte das antigas críticas perderam força, mas abriram espaço para novas discussões, sejam elas relacionadas a constitucionalidade, sejam a respeito de política criminal. A Jurisprudência e a Doutrina passarão a ter que enfrentar o novo acordo, que agora está inserido em uma das mais importantes leis do país.

Apresentados esses institutos, podemos observar em que já há acordos de não persecução penal no ordenamento jurídico vigente no Brasil. Fica evidente que eles não só são compatíveis com ordenamento brasileiro, como também já são aplicados e possuem eficácia social grande.

Ainda assim, a generalização da justiça negocial para além das Leis nº 9.099/95 e nº 12.850/13 não deve ser feita sem estudo aprofundado de modelos já existentes, buscando implementar o que for possível, mas sem deixar de fazer as adaptações necessárias ao ordenamento jurídico brasileiro e todas as garantias individuais que ele proporciona ao autor da infração.

Dessa maneira, pode-se passar a avaliar o principal modelo no direito comparado, de onde se originaram os acordos estudados, buscando avaliar também a participação do magistrado em cada um deles. Como se verá, as discussões a respeito da legitimidade da justiça negocial feitas nos modelos brasileiros também estão presentes em ordenamentos estrangeiros, de forma que a discussão no direito comparado também serve, em grande medida, ao ordenamento brasileiro, marcado pelos institutos deste primeiro capítulo.

---

<sup>13</sup>BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.



## 2. A JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL AMERICANA, PRINCIPAL INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

Ao se começar a abordar o tema de acordos processuais no âmbito do processo penal, o modelo norte-americano logo vem à mente do estudioso do Direito. De fato, os americanos, ainda que com diferenças marcantes entre as leis de cada Estado membro de sua federação, propiciaram o desenvolvimento da justiça negocial, dando origem ao que se conhece hoje como *pleabargaining*.

Trata-se de um acordo, formal ou não, entre acusação e a defesa<sup>14</sup>. É a barganha realizada entre promotoria e acusado a respeito de seu *plea*, ou seja, da resposta que ele dá a uma acusação. De modo geral, se a defesa concorda em admitir a culpa pelo fato (*guiltyplea*), ou se resigna a não contestar as alegações, ainda que sem admitir culpa (*nolocontendere*), receberá uma oferta de acusação por crimes mais brandos, pena mais branda ou alguma posição processual que considere mais vantajosa, e o caso será encerrado.

A principal característica desse modelo está no altíssimo grau de discricionariedade do detentor da ação penal, ou seja, do agente análogo ao membro Ministério Público no Brasil. Ele terá toda a liberdade de negociar com a defesa e apresentar propostas de penas menos severas ou de acusações de crimes menos graves e, em troca, buscar confissão ou novas informações do acusado a respeito do caso. Por outro lado, a defesa pode avaliar suas chances processuais e aceitar ou não a proposta, de acordo com as chances que considera ter num eventual julgamento. O acusado pode também, a depender do caso, decidir contribuir com o órgão acusatório, oferecendo informações a respeito de outros envolvidos ou do modo de ser do crime em questão ou até mesmo de outros delitos.

Observa-se aqui, então, uma primeira e principal diferença entre o modelo americano de justiça negocial e os elementos desta que o ordenamento jurídico brasileiro já possui. A obrigatoriedade da ação penal pública, enquanto princípio ainda muito arraigado no processo penal brasileiro, torna muito difícil falar em um nível de discricionariedade que não seja baixo, ou, pelo menos, que não tenha balizas firmemente previstas em lei.

Importante destacar que toda essa discricionariedade dos acusadores americanos se mostra muito mais compatível com o modo com que eles, os “promotores” (*districtattorneys*) norte-americanos, são escolhidos para a função. Escolhidos, sim, pois eles são, na imensa

---

<sup>14</sup> LYNCH, Timothy. The case againstpleabargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em <<https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/10/v26n3-7.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

maioria das vezes, eleitos em eleições locais. A legitimidade para persecução penal em nome dos interesses da sociedade é fundamentada de maneira muito direta, o que justifica, pelo menos em comparação com outros modelos, o alto grau de discricionariedade.

Todo esse modelo funciona de maneira razoavelmente eficaz, mas não é imune a críticas, mesmo entre os americanos. O conflito entre valores de justiça e eficácia do processo penal acaba por gerar debates acirrados a respeito não só do modo com que as negociações em âmbito penal são realizadas, mas também a respeito da constitucionalidade de todo o sistema de *pleabargaining*. Tais discussões também estão presentes no Brasil, e afloram cada vez que novo instituto negocial surge.

Ao fazer estudo a respeito da discricionariedade do promotor sob uma perspectiva histórica, a americana Carolyn B. Ramsey<sup>15</sup>, professora de processo penal da Universidade do Colorado, chama a atenção para o fato de que o *pleabargaining* se popularizou durante o século XIX e, desde então, já sofria críticas ferrenhas em certos aspectos. Em Nova Iorque, boa parte dessas críticas eram veiculadas na imprensa e jornais locais, denunciando a atuação de promotores que aceitavam confissões em troca de penas consideradas muito leves pelos críticos.

Ainda hoje, o tema continua a ser debatido nos Estados Unidos. De um lado, autores como Timothy Lynch<sup>16</sup> afirmam a inconstitucionalidade da negociação dos *pleas*, afirmando que os constituintes americanos já conheciam de procedimentos supostamente mais eficientes, mas escolheram não os adotar. O autor constata, como se divulga há algum tempo, que os julgamentos por um júri já são raridade no sistema de justiça americano e afirma que o que está errado é *opleabargaining*.

Segundo ele, os acordos acabam por consistir em uma punição exercida pelo Estado, pelo mero exercício pelo acusado do direito de defesa. As grandes diferenças entre as penas aplicadas a situações semelhantes também trazem questionamentos a respeito de isonomia. Por vezes até mesmo crimes praticados em concurso de agentes acarretam penas discrepantes: aquele que aceita o tempo de pena privativa de liberdade proposto pelo promotor ficará preso por muito menos tempo que o coautor que decide ir a julgamento. A diferença pode ser tão

---

<sup>15</sup>RAMSEY, Carolyn B., The Discretionary Power of "Public" Prosecutors in Historical Perspective. *American Criminal Law Review*, Colorado, v. 39, p.1309-1393, 2002. Disponível em <<https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1560&context=articles>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

<sup>16</sup>LYNCH, Timothy. AnEerieEfficiency. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p.171-186, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2002/9/lynch.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

grande, que por vezes alguém que rejeita uma proposta de cinco anos de prisão pode chegar a ser condenado a prisão perpétua, como veremos mais adiante.

Outra crítica diz respeito à desigualdade entre a acusação e a defesa. Enquanto o Estado estaria bem preparado para exercer sua pretensão punitiva, com profissionais adequadamente instruídos e com estrutura de qualidade, boa parte dos acusados não teria acesso a um advogado de qualidade. Isso prejudicaria a noção dos acusados a respeito do que seria um acordo justo e sua defesa como um todo. A mesma crítica se fazia muito presente no ordenamento brasileiro, mas perdeu um pouco de força com a crescente estruturação das Defensorias Públicas no país.

Por outro lado, e como não poderia deixar de ser, nos Estados Unidos também há os defensores da constitucionalidade do *pleabargaining*.

O principal argumento desses defensores está na voluntariedade do acordo. Se o acusado não quiser, jamais será obrigado a abrir mão de seu direito a um julgamento dentro do devido processo legal. Nesse sentido, a negociação do *plea* é apontada como alternativa para o acusado, e não como coação estatal.

Assim, o direito de ser julgado por um júri, para essa parcela doutrinária, é alienável, de forma que o acusado poderá sim aceitar a proposta da acusação e cumprir uma pena reduzida.

As consequências práticas também são sempre levantadas: celeridade e eficiência no processo penal, com um número muito maior de processos resolvidos de maneira rápida e sem maiores problemas ou formalidades processuais.

As normas aplicáveis à negociação variam de Estado para Estado Americano. O federalismo norte-americano, desde suas origens como federalismo por agregação, dá autonomia muito maior a cada ente federado do que a que se confere aos Estados no Brasil. Essas diferenças normativas, além de eventuais abusos por parte do Estado acusador, fazem com que certos autores admitam que o sistema de *pleabargaining* precisa de certos reparos. Isso, porém, não configura sua inconstitucionalidade.

Dentre esses doutrinadores está Timothy Sandefur<sup>17</sup>, segundo o qual a existência de abusos não implica nem inconstitucionalidade, nem imoralidade. O autor afirma que abusos existem neste como existem em qualquer outro instituto jurídico e defende reformas, mas não deixa de considerar a negociação constitucional.

---

<sup>17</sup> SANDEFUR, Timothy. In Defense of PleaBargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em < <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2019.

De todo modo, a Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana admite o *pleabargaining*, já tendo afirmado sua constitucionalidade. O *leading case* foi o *Bordenkirchervs Hayes*, de 1978<sup>18</sup>. Hayes, envolvido em falsificação documental, foi formalmente acusado de ter cometido um crime de relativa pouca gravidade. A pena para tal delito, se individualmente considerado, varia de dois a dez anos de prisão. Ao tratar com a acusação, recebeu a proposta de cumprimento de pena de cinco anos, se admitisse a culpa. Se não aceitasse, porém, seria processado sob as regras de *Kentucky* para criminosos habituais, pois já havia cometido outros delitos anteriormente. Hayes recusou a oferta de barganha e foi a julgamento, ocasião em que foi condenado, por maioria, a prisão perpétua.

Inconformado, Hayes recorreu, e seu processo acabou eventualmente sendo julgado pela Suprema Corte americana, que referendou a condenação. Na oportunidade, a corte salientou o papel que o instituto tem em todo o sistema de persecução penal americano. Segundo a corte, a imposição de escolhas difíceis é atributo inevitável de qualquer sistema legítimo que tolera e encoraja o *pleabargaining*.

Sendo assim, apesar das fortes discussões doutrinárias a respeito, o instituto continua a ser aplicado de maneira ampla no processo penal americano. Hoje, segundo informa a própria Suprema Corte americana e diversos pesquisadores<sup>19</sup>, mais de noventa por cento dos acusados prefere admitir culpa e aceitar o tempo de pena acordado com a acusação, em vez de ir a julgamento.

Embora as críticas continuem até hoje, deve-se avaliar se a abolição ou restrição radical do instituto será de interesse dos próprios acusados. Se isso ocorrer, eles terão de, inevitavelmente, ir a julgamento por júri, o que costuma resultar em penas muitíssimo mais severas, como já se expôs.

Por fim, observa-se ainda que o papel do juiz em todo esse processo é muito limitado.

O sistema acusatório é caracterizado, primordialmente, pela separação entre as figuras de acusador e julgador<sup>20</sup>. Essa diferenciação se dá, porém, de diversas maneiras diferentes em ordenamentos jurídicos pelo mundo. Por isso, pode-se afirmar que há diversos sistemas acusatórios diferentes.

No sistema americano, a separação é notavelmente grande. A figura do juiz se mantém afastada das partes, quase que como um observador distante, enquanto o contraditório se desenvolve (*adversarial system*). Trata-se de sistema que prioriza a imparcialidade do

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> LYNCH, op. cit., nota 14, p. 176.

<sup>20</sup> BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

magistrado. Essa postura fica ainda mais evidente quando se verifica a ausência de iniciativa probatória do magistrado americano, o que não acontece nem no Brasil, nem na Europa.

Tudo isso resulta em um magistrado que não interferirá nos acordos entre acusação e defesa, o que contribui ainda mais para o já mencionado alto grau de discricionariedade do promotor americano. Como acontece em diversos aspectos do ordenamento americano, há certas diferenças entre as diferentes jurisdições de diferentes Estados, mas na maioria dos casos, o papel do juiz no *pleabargaining* é diminuto, e as cortes raramente se envolvem<sup>21</sup>.

### 3. LIMITES PARA A PARTICIPAÇÃO DO MAGISTRADO NA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL BRASILEIRA

Apresentadas as principais formas de negociação no âmbito do processo penal brasileiro, bem como a principal influência do direito comparado para a matéria, além das discussões principiológicas a respeito, resta, neste terceiro e último capítulo, analisar a participação do magistrado nos procedimentos brasileiros avaliados. Procura-se demonstrar como a legislação trata o tema em cada oportunidade, além de verificar os principais entendimentos jurisprudenciais a respeito.

Começa-se pela transação penal, prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/95<sup>22</sup>, em que é chamada de “aplicação antecipada da pena” restritiva de direito. Como visto no primeiro capítulo, trata-se de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas não configura direito subjetivo do réu.

Quanto ao papel do juiz, tem-se aqui, de início, ponto importante a ser lembrado: o magistrado não pode conceder transação penal de ofício. Caso entenda ser o caso de transação penal não proposta pelo Ministério Público, deve o juiz aplicar o art. 28 do CPP e enviar os autos ao Procurador-Geral.

Como visto, a transação tem natureza de acordo entre a acusação e a defesa. O próprio artigo 76 é claro ao indicar apenas o Ministério Público como possível oferedor do benefício legal, não fazendo qualquer menção ao magistrado, senão a partir do §3º do referido artigo<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> BIBAS, Stephanos. *Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>23</sup> Ibidem.

Sendo assim, o Procurador-Geral de Justiça receberá os autos para oferecer ele próprio a proposta de transação, para designar outro membro do *parquet* para fazê-lo, ou para insistir no não oferecimento.

Ainda quanto à atividade do Juiz na transação penal, diante de natureza da sentença, pode parecer que a atuação do magistrado é diminuta. O juiz deve verificar se os requisitos legais foram preenchidos, fazendo uma análise formal. Nesse sentido, o juiz profere uma sentença homologatória, apenas, sem fixar pena diferente da acordada entre os envolvidos na negociação: Ministério Público e autor da infração.

Partindo desse pressuposto, o Supremo Tribunal Federal editou o verbete nº 35<sup>24</sup> de sua súmula, afirmando, dentre outras coisas, que a homologação da transação penal da Lei nº 9099/95 não faz coisa julgada material. Trata-se, então, de mais um indício de que o juiz não adentra o mérito dos acordos. Se os termos forem desrespeitados pelo autor do fato, caberá ao Ministério Público o oferecimento de denúncia.

Por outro lado, é interessante a maneira com que os parágrafos 3º e 4º, do art. 76<sup>25</sup> prescrevem a atuação do juiz. O primeiro determina que a proposta aceita pelo autor da infração será “submetida à apreciação” do juiz. O segundo, por sua vez, afirma que o juiz, “acolhendo a proposta” do Ministério Público aceita pelo autor da infração, aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, através de sentença (§5º) homologatória.

A redação desses dispositivos parece dar certa margem de avaliação ao magistrado. Estabelecer os limites dessa atuação, porém, não é tão simples.

A discussão não se limita à transação penal, porém. Também nos acordos de colaboração premiada o papel do juiz é discutido, mas neste caso a lei já estabelece de forma mais clara a participação do magistrado. A Lei nº 12.850/2013<sup>26</sup>, em seu art. 4º, determina que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder perdão judicial ou reduzir a pena do réu em até dois terços, além de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, daquele que tiver efetivamente colaborado com a investigação.

A lei determina que o magistrado tome qualquer dessas decisões a pedido de uma das partes, e não de ofício, entretanto, o §2º do art. 4º determina expressamente que a aplicação do

---

<sup>24</sup>Idem. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 38*: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas 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”

<sup>25</sup>Ibidem.

<sup>26</sup>BRASIL. *Lei nº 12.850/2013*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 12 set. 2019.

art. 28, do CPP<sup>27</sup> é possível. Isso possibilita que o magistrado ao menos possa fazer, em casos de não oferecimento de acordo na petição inicial, com que a análise a respeito da conveniência do oferecimento seja refeita. Como a lei de Organização Criminosa é de 2013, já pôde ser elaborada levando em consideração as soluções doutrinárias e jurisprudências para o silêncio da Lei dos Juizados Especiais quanto a normas análogas.

Uma visão mais restritiva a respeito do papel do magistrado poderia defender que ele está preso a uma mera verificação da presença dos requisitos formais para o oferecimento, a aceitação e a homologação da proposta, no caso da transação, ou dos termos do pedido, no caso da colaboração premiada. Atente-se ao §6º do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, que determina expressamente que o juiz não participará das negociações entre as partes para a formação do acordo de colaboração premiada. Caberia ao juiz tão somente homologar, conforme determina o §7º, verificando regularidade, legalidade e voluntariedade. Avaliar o mérito não faria parte da atribuição do magistrado.

A impossibilidade de avaliar o mérito das negociações, entretanto, não impede de maneira absoluta toda e qualquer atuação do magistrado em processos em que a colaboração se faz presente. Nesse sentido, estudiosos como Alexandre de Castro Coura e Américo Bedé Junior<sup>28</sup>, defendem uma atuação um pouco mais ampla. Para tais autores, o papel do magistrado não é de mero homologador, mas de garantidor dos direitos fundamentais dos envolvidos no acordo de colaboração premiada, seja o delator, seja o delatado.

Assim parece se encaminhar a jurisprudência. Ainda a respeito da colaboração premiada, caso recente e interessante nesse sentido é aquele em que o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito do prazo diferenciado para réus colaboradores (delatores) e réus delatados apresentarem alegações finais.

A decisão se deu no *Habeas Corpus* nº 166.373<sup>29</sup>, julgado por maioria no plenário da Corte, e se baseia no interesse contrários entre os referidos réus. Para possibilitar o real exercício do contraditório e da ampla defesa, a abertura de prazos sucessivos seria essencial. A publicação do acórdão ainda está pendente, mas todos os Ministros já votaram.

Note-se que não há qualquer previsão legal a respeito de prazo diferenciado para os referidos sujeitos processuais, que são todos réus. Apesar de polêmica e criticável, trata-se

---

<sup>27</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.

<sup>28</sup> COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 105, nº 969, p.149-159.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 166.373/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 15 out. 2019.

manifestação clara do Supremo Tribunal Federal no sentido de que cabe ao Poder Judiciário realizar as adaptações necessárias, até mesmo ao procedimento legalmente previsto, para assegurar o exercício de direitos fundamentais.

Seguindo adiante, disposições parecidas com as do art. 28, do CPP<sup>30</sup> também aparecem no Acordo de Não Persecução Penal, no novo art. 28-A do mesmo diploma. Além disso, o §4º deste artigo é expresso ao afirmar que o magistrado avaliará a voluntariedade do acordo, bem como a sua legalidade. O §5º autoriza a devolução ao Ministério Público para a realização de adequações no acordo, sob penade recusa de homologação por parte do juiz, nos termos do §7º. O acordo de não persecução admite, então, de maneira expressa e em diversos dispositivos legais, a participação do juiz de maneiras contundentes.

Sendo assim, em todas essas hipóteses (transação penal, colaboração premiada e acordo de não-persecução penal), o magistrado acaba tendo sim certa ingerência na aplicação da norma, ou, ao menos, pode discordar da posição inicial das partes e enviar o caso ao Procurador-Geral para que ratifique os termos propostos ou melhor adeque a postura do Ministério Público ao caso concreto. A análise deste, pode, porém, impor ao magistrado medidas que vão além de meras formalidades, especialmente para proteger garantias constitucionais essenciais ao indivíduo.

Como a decisão final a respeito do oferecimento ou não de acordos geralmente é do Procurador-Geral, o protagonismo nas negociações está com o Ministério Público e com o acusado, que poderá aceitá-los, ou recusá-los. Porém, com a fundamentação adequada, e em momentos processuais adequados, o magistrado não só pode como deve atuar para garantir aos acusados suas garantias fundamentais.

## CONCLUSÃO

Após avaliar as principais formas em que a Justiça negocial se manifesta no direito Processual penal brasileiro, não se pode afirmar que o papel do magistrado nas negociações é de simples homologador. A participação do juiz varia de acordo com a modalidade de acordo processual em questão, sendo as leis aplicáveis diferentes para cada uma delas.

Ao observar, também, o principal modelo de justiça negocial penal no direito comparado, o modelo norte-americano, percebe-se que o magistrado brasileiro possui participação maior do que a usualmente delineada pelos Estados-membros dos Estados

---

<sup>30</sup>BRASIL, op. cit., nota 5.



Unidos. A maior vinculação do Ministério Público aos ditames da lei, no Brasil, traz ao magistrado, no mínimo, o dever de verificar se todos os requisitos legais de cada modelo de acordo foram preenchidos no caso concreto.

O próprio modelo de sistema acusatório delineado pelas normas brasileiras traz o magistrado como participante do contraditório, na medida em que ele possui iniciativa probatória, ainda que não irrestrita. Nesse sentido, o magistrado não é mero destinatário da prova, mas participa do contraditório, notadamente em acordos como os de colaboração premiada.

Como visto, o tema continua atual, e tem seu lugar sempre que a lei ou outro ato normativo pretende instituir nova espécie de acordo no âmbito penal, a exemplo de novas leis ou resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público.

O exemplo de atuação judicial mais relevante no cenário não só jurídico, mas também político do Brasil atual é, como visto, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do prazo diferenciado para alegações finais em processos com réus colaboradores e alvos de colaborações premiadas. Concorde-se ou não com a decisão, alterações processuais se mostram relevantíssimas no processo penal atual, a como se observa na adequação feita no procedimento em processos em que houve delação premiada, a despeito de previsão legal específica.

Tudo isso no intuito de preservar direitos fundamentais de acusados no processo penal, principalmente aqueles ligados ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Nessa nota, tem-se por conclusão que o magistrado deve estar sempre atento ao cumprimento da lei, em respeito ao procedimento, e, também, sempre garantir às partes os seus direitos fundamentais. Com essa identidade de objetivo, pode-se concluir que ainda que a intensidade da participação do juiz varie de acordo com o procedimento adotado, essa diferença é de grau, e não de gênero.

## REFERÊNCIAS

BARADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIBAS, Stephanos. *IncompetentPleaBargainingand Extrajudicial Reforms*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2012/11/incompetent-plea-bargaining-and-extrajudicial-reforms/>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850*, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2019.

COURA, Alexandre de Castro; BEDE JUNIOR, Américo. *A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 105, nº 969, p.149-159.

LYNCH, Timothy, AnEerieEfficiency. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p.171-186, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/supreme-court-review/2002/9/lynch.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

RAMSEY, Carolyn B., The Discretionary Power of "Public" Prosecutors in Historical Perspective. *American Criminal Law Review*, Colorado, v. 39, p.1309-1393, 2002. Disponível em <<https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1560&context=articles>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

SANDEFUR, Timothy. In Defense of Plea Bargaining. *Cato SupremeCourt Review*, v. 1, p. 28-31, 2002. Disponível em <<https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>>. Acesso em 21 ago. 2019.