

JUIZ DAS GARANTIAS E BARGANHA NO BRASIL: DAS PERSPECTIVAS LATINO-AMERICANAS AOS DESAFIOS NA REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Árilla Constantino Benkendorf¹

RESUMO: A proposta do trabalho é apresentar importantes discussões frente aos desafios e propostas ao juiz das garantias e ao instituto da justiça criminal negocial no Brasil, em análise ao rol de atuação do juiz das garantias dentro do procedimento abreviado dos códigos processuais penais acusatórios na América Latina e na importação do acordo penal no Projeto de Lei nº 8.045/2010, para assim, verificar os caminhos possíveis aos institutos no contexto de uma reforma global. O estudo será descritivo e qualitativo, com método dedutivo, em revisão às bibliografias. Dentre as propostas indicadas, vislumbram-se: (i) o acordo penal compreendido como direito subjetivo do réu; (ii) a prevenção do juiz como causa de exclusão de competência para análise do acordo penal; (iii) o envio da resposta à acusação anterior ao recebimento da denúncia, com a extensão da competência do juiz das garantias para recebê-la; (iv) a necessária discussão da reorganização judiciária para vinda dos acordos penais; (v) a análise do impacto da reforma global no âmbito administrativo, orçamentário e de recursos humanos; (vi) a reestruturação do ensino jurídico no Brasil, bem como a capacitação dos atores processuais às novas habilidades negociais.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; estagiária de Pós-Graduação na 2ª Promotoria de Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher de Curitiba – Ministério Público do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Juiz das Garantias; Acordo Penal.

INTRODUÇÃO

A tendência na expansão dos espaços de negociação na Justiça Criminal brasileira, especialmente a partir do acolhimento da delação premiada e dos acordos de leniência aos crimes econômicos no contexto da Operação Lava Jato, é recebida como uma das maiores, senão a principal solução jurídica à morosidade da justiça penal, mediante a simplificação e sumarização dos julgamentos (VASCONCELLOS VG, 2015).

A instauração do novo paradigma de justiça negocial no Brasil, existente desde o Anteprojeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009, originado no Senado Federal, atual Projeto de Lei (PLS) nº 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, concretizou-se com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), a qual previu a barganha na forma do acordo de não persecução penal, além de expressar a estrutura acusatória do Código de Processo Penal e criar a figura do juiz das garantias para atuar no procedimento investigativo, atendendo à necessária separação entre a fase investigativa, vedada a iniciativa do juiz, e a etapa de instrução processual.

O fenômeno da justiça negocial é característico do sistema jurídico *common law*, distinto do *civil law* adotado nacionalmente, cujo maior expoente encontra-se no plea bargain norte-americano, o qual, em apertada síntese, caracteriza-se pela confissão do réu ao tipo penal imputado, com prejuízos a sua esfera de direitos e garantias, em troca da redução da pena e de possível alteração do regime de cumprimento (VASCONCELLOS VG, 2015).

Em que pese o amplo estudo da barganha a partir do modelo estadunidense, o presente estudo parte das bases expandidas pelos países latino-americanos, os quais realizaram amplas reformas das suas estruturas processuais penais, com abandono da cultura inquisitorial para uma longa trajetória na construção de sistemas predominantemente acusatórios. A grande maioria dos países incluiu diversas saídas alternativas ao processo penal, cujo protagonismo recaiu sobre os acordos penais, denominados de *procedimiento* ou *juicio abreviado*, como resposta à urgência em alcançar vias mais céleres e econômicas de ajuizamento, nos casos em que não pareça necessário realizar um juízo oral devido e que não haja uma controvérsia fundamental entre acusação e defesa quanto aos fatos que constituem as imputações em matéria de processo (HORVITZ MIH, LÓPEZ J, 2014).

Sucedem-se que, diante das raízes inquisitoriais do sistema de justiça criminal nacional, o atual cenário exige a atividade criativa dos juristas na construção de estratégias mais efetivas para delimitar quais serão os papéis exercidos pelos atores processuais dentro dos acordos penais operados em audiências, consoante as premissas de um processo penal democrático e acusatório.

MÉTODO

O presente estudo parte da premissa de que mesmo com o acordo de não persecução penal já em vigor, o rol dos crimes abrangidos por esse procedimento poderá ser ampliado substancialmente caso o PL 8.045/10 seja aprovado. Assim, o objetivo geral do estudo será à análise do instituto dentro do contexto da reforma processual penal de matriz acusatória, em conformidade com os ditames estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

Para isso, desenvolver-se-á uma pesquisa descritiva e qualitativa, com método dedutivo, em revisão às bibliografias nacionais e dos autores latinoamericanos.

Nesta perspectiva acusatória, a proposta deste trabalho é apresentar ao leitor alguns dos desafios e propostas ao juiz das garantias e ao acordo penal, a partir das metodologias de atuação levantadas por pesquisadores latinoamericanos, a fim de levantar reflexões sobre o imprescindível aprimoramento dos institutos no âmbito nacional.

Para tanto, a pesquisa irá, em seus objetivos específicos, (i) discorrer sobre o rol de atuação do juiz das garantias dentro do procedimento abreviado nos sistemas adversariais da América Latina, para, na sequência, (ii) analisar a importação dos institutos no Projeto de Lei nº 8.045/10 e, ao fim, (iii) delimitar as perspectivas e propostas ao juiz das garantias e à barganha no Brasil.

RESULTADOS

1. IMPORTAÇÃO DA BARGANHA E JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE REFORMA GLOBAL DO CPP 8.045/2010

O Anteprojeto de Lei do Senado nº 156/2009, para reforma sistemática e estrutural do Código Processual Penal, desenvolvida por uma Comissão de Juristas que visou um código que cumprisse às premissas instaladas em 1988 com a constituinte, inspirados nos códigos modelos acusatórios latinoamericanos.

A inspiração incluiu a tendência na expansão da justiça criminal negocial, concretizada no PLS 156/2009, posteriormente transformado no PL 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que inclui o instituto do acordo penal no seu artigo 283.

Um dos sustentáculos à proposta do instituto residiu na garantia à duração razoável do processo, prevista em 1992, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, na qual o Brasil tornou-se signatário com a Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo acréscimo do artigo 5º, inciso LXXVIII (PAULA LC, 2010). Todavia, não houve, até o momento, a delimitação de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para o que venha a ser uma duração razoável do processo penal.

A garantia visa à minimização da demora ou rapidez excessivas na prestação jurisdicional, óbices aos anseios de concretizar os direitos e garantias fundamentais dos imputados, além de servir como fundamento para produzir mecanismos aptos a proporcionar uma solução justa da

causa (PAULA LC, 2010).

A aplicação da pena mais rápida, conforme ilustra Jacinto NMC (2018), participante da Comissão de Juristas, foi estimulada com o fim de buscar um tempo suficiente para obter uma decisão madura, em observância aos ditames constitucionais, e não como forma de atropelamento do processo, haja vista a pressa, por si mesma, potencializar inúmeras injustiças.

À vista disso, referido princípio não pode ser interpretado por finalidades exclusivas na busca de maior celeridade e eficiência, na prestação de uma justiça imediatista e materialmente injusta, sem permitir o desenvolvimento dos direitos básicos do imputado (CASARA RR, 2011). Em contrapartida, não se pode permitir a duração do processo tão prolongada a ponto de se perder a essência da prova e em dar causa a um maior sofrimento ao acusado, já que o processo é, em si, uma pena. (PAULA LC, 2010).

O novo rito rimário foi pensado para as partes acertarem a pena a ser aplicada, com espaço para a acusação discutir em juízo oral os casos penais mais graves e relevantes, deixando de haver processo aos casos de bagatela ou médio porte, cujo tempo ocupado é tão grande quanto os casos mais graves (COUTINHO JNM, 2018).

O instituto da barganha limitou-se aos crimes com sanção máxima que não ultrapasse oito anos, indispensável a confissão, total ou parcial dos fatos imputados ao investigado, a manifestação expressa das partes para dispensa na produção probatória, e a pena aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena.

À requerimento das partes, a pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, em análise as condições pessoais do agente e menor gravidade das consequências do delito. Isto é, a pena pode vir abaixo do mínimo legal, sem risco de prisão. Sem acordo, haverá continuidade do processo e condenação, na forma do rito ordinário.

A figura do juiz de garantias, similar ao dos seus antecessores latinoamericanos, detém competência em todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, que cessa com o oferecimento da ação penal pelo Ministério Público (art. 15).

A alteração de um sistema de cunho inquisitorial para uma estrutura acusatória requer uma adequada compreensão sobre seus fundamentos, seu núcleo principiológico. A sua transição se dá, primeiramente, pelo critério referente à gestão probatória. Afinal, o processo tem por finalidade, entre outras, o acertamento do caso penal após a reconstituição do crime, mediante a instrução probatória. Assim, a forma com que efetivada identificará o princípio unificador (COUTINHO JNM, 2018).

Nesse âmbito, a rígida separação entre as fases de investigação preliminar e processual é indispensável no objetivo de conferir às partes a gestão probatória. O acesso às peças investigativas pelo juiz do processo frustra esse fim, já que o julgador tende a formar sua convicção a partir das peças de cognição extraprocessuais, produzidas sem o contraditório e a ampla defesa (SILVEIRA MAN, 2018).

A opção legislativa de incluir na barganha os delitos que não excedam oito anos de

reclusão significa, ainda, maior intervenção do juiz de garantias, que decidirá sobre pedidos que atingem os direitos e garantias fundamentais dos investigados, como a decisão sobre produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis. Evidentemente, mais comum que o magistrado venha a se contaminar com a hipótese fática construída nesta fase.

Como a competência para o recebimento da denúncia permaneceu do juiz do processo, previu-se, por consequência, o apensamento dos autos das matérias apreciadas pelo juiz das garantias aos autos do processo (art. 15, §3º).

O conteúdo do procedimento investigativo será analisado pelo juiz do processo, o mesmo que poderá solicitar a produção probatória *ex officio* sob o escopo da obtenção da “verdade real” dos fatos, já que o PL 8.045/2019 a vedou somente antes de iniciada a ação penal (BAQUEIRO FRL, 2017).

Permaneceu também o dispositivo do artigo 385 do CPP, no qual se confere ao juiz a faculdade de condenar ainda que o Ministério Público requeira a absolvição, com a única alteração de que o magistrado não pode reconhecer qualquer alegante ou causa de aumento não imputadas.

Por fim, referente ao investigado, o projeto garantiu o acesso ao defensor de todo material produzido na investigação, salvo às diligências em andamento (art. 11). A defesa poderá interpellar a vítima desde que o juiz de garantias autorize e a vítima conceda (art. 13, §2º), com a juntada do material ficará a critério da autoridade policial (art. 13, §5º).

A preocupação sobre a redação do artigo 283, em conjunto com os demais dispositivos apresentados recai na hipótese de não homologação do acordo ou seu descumprimento, em razão dos efeitos negativos causados pelo contato do magistrado com a confissão do imputado e do acesso às peças produzidas no inquérito policial.

As expectativas sobre o juiz das garantias no PL 8.045/2010, ante a essência dessa figura, criada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais do imputado, o que inclui indiscutivelmente a garantia à imparcialidade jurisdicional com a minimização da contaminação subjetiva do juiz do processo, como já mencionado, é frustrada.

Reforça Marco ANS (2018) que esse foi o motivo pelo qual o sistema processual penal chileno, dentre outras legislações latino-americanas, determinou a admissibilidade da acusação ao juiz das garantias na fase intermediária. A abertura da etapa do juízo oral se dá tão somente com o *auto de apertura del juicio oral*, sem as provas colhidas durante a investigação, para que a convicção do juiz nesta etapa seja formada ao longo da própria audiência.

Ideal, portanto, que os autos do processo sejam entregues às partes e lacrados, a exceção das provas não repetíveis, produzidas cautelarmente, e a remessa dos autos do processo ao juiz contendo a denúncia as provas produzidas de forma cautelar em contraditório (SILVEIRA MAN, 2018).

DISCUSSÃO

2. DOS ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DO ROL DE ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS DENTRO DO *PROCEDIMIENTO ABREVIADO*

É certo que uma das maiores transformações identificadas nos sistemas de justiça penal dos países latino-americanos foi o estabelecimento da oralidade como forma de resolução dos casos penais, como potencial de eficácia do sistema e resguardo das garantias processuais penais das partes (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

O juiz das garantias foi criado para atender especialmente a duas estratégias: aprimorar a atuação jurisdicional criminal da fase investigativa e minimizar a contaminação subjetiva do magistrado responsável pela fase de instrução e julgamento do processo (MAYA AM, 2018). Dessa forma, assegurase tanto a legalidade dos atos investigativos diante da análise aos requerimentos das diligências do órgão acusatório e da autoridade policial que demandam autorização judicial, quanto à salvaguarda dos direitos e garantias dos investigados.

Além disso, a figura do juiz das garantias potencializa a imparcialidade jurisdicional, de maneira que incumbe ao magistrado decidir exclusivamente a partir das informações apresentadas pelas partes em audiência. Não menos importantes estão os princípios da imediatez na tomada das decisões e na publicidade das audiências (POSTIGO LG; RUA G, 2017). O fortalecimento dessas garantias processuais permite maior efetividade no exercício do contraditório e a consequente tomada de decisões com maior qualidade.

À vista disso, embora cada país detenha suas especificidades nos ordenamentos jurídicos, segundo deslindam Gonzalo R e Leonel GP (2017), o rol de atuação dos juízes nos sistemas inquisitoriais, orientados pela condução das investigações e na gestão administrativa do tribunal foi abandonado. O modelo de cunho acusatório impõe a separação das funções administrativas e jurisdicionais, e a presença do magistrado em audiência, na análise aos requerimentos das partes de maneira imediata e sempre pública, dados os valores republicanos do sistema de justiça penal.

Dentro do acordo penal, o papel do juiz das garantias é essencial, todavia, a oralidade exige elevados custos operacionais e uma constante capacitação dos atores processuais para adequação às novas práticas, culturas e mentalidades acusatórias de modo que haja, gradativamente, o abandono das antigas, pautadas nos autos escritos, no elevado grau de formalidade, comuns aos sistemas inquisitoriais.

Sendo assim, em se tratando da implantação de uma Reforma Processual Penal acusatória, há o constante desafio de melhorar o desempenho e a qualidade de litígio entre as partes e a adequada atuação do magistrado frente as diversas audiências criadas².

Como as questões levantadas pelas partes serão sempre solucionadas em audiência, abre-

² A título de exemplo das audiências existentes, infere-se as audiências para o controle da detenção, análogas as audiências de custódia, bem como para formalização da investigação, para adoção de medidas cautelares ou de saídas alternativas, ou ainda a audiência da etapa intermediária e a de juízo oral.

se espaço para a resolução de conteúdos diversos às finalidades constitutivas da audiência, intituladas como audiências de multipropósito, garantindo maior racionalização dos recursos humanos e financeiros (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Por conta disso, possibilita-se o oferecimento do acordo penal pelo fiscal em qualquer audiência anterior a etapa de juízo oral, se suficientes as peças informativas colhidas. Após a resolução das discussões principais, o juiz das garantias oportuniza espaço às partes sobre o interesse em firmar um acordo que implique na solução do conflito, seja pelo *juicio abreviado* ou por outras saídas alternativas contempladas em cada ordenamento jurídico.

Finda a discussão entre partes, cabe ao juiz das garantias julgar dentro do que foi sustentado pela acusação e defesa, e tão somente com base nas mesmas peças informativas apresentadas, vedada a introdução de novas evidências não requeridas pelas partes.

Verificado o interesse no procedimento abreviado em audiência, o juiz dará a palavra ao promotor para discorrer sobre a acusação formulada. Se ainda não houver formulado, permite-se que o faça oralmente, sintetizando o fato objeto da acusação, os elementos de convicção certos que disponha (elementos prováveis não conduzem à condenação), e os fundamentos pelos quais requer a aplicação do juiz abreviado (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Nas legislações processuais penais latino-americanas, em regra, é requisito formal a proposição do procedimento abreviado a presença do defensor ou procurador do imputado e do órgão de *fiscalia* (Ministério Público) em audiência. Cabe a estes atores verificarem junto ao imputado a voluntariedade do seu consentimento, se este conhece efetivamente os termos do acordo e suas consequências e do seu direito em exigir um juízo oral. Nessa perspectiva, as premissas da oralidade e do sistema por audiências são benéficas para aferir concretamente a existência de possíveis coações ou pressões indevidas na obtenção do consentimento do imputado.

Intento ressaltar a criação da etapa *intermedia* que, como o próprio nome refere, é intermediária entre a etapa investigativa e o juízo oral, e nela ocorre o saneamento de diversos aspectos processuais, bem como a delimitação do caso penal e o requerimento da produção probatória no juízo oral, momento ideal para a propositura do acordo penal, considerando que há maior garantia na suficiência das peças investigativas para o oferecimento da barganha. Há, assim, um magistrado competente aos atos investigados, outro responsável pela etapa intermediária e um grupo colegiado responsável pelo juízo oral.

Uma grande dificuldade constatada na prática das audiências refere-se à extrema inércia dos juizes dentro dos sistemas adversariais, com prejuízos aos procedimentos abreviados. Não obstante não participe da construção do caso penal, o juiz deve assumir um rol proativo e pedagógico, devendo certificar que o imputado discutiu suficientemente o caso com seu defensor, aceitou o acordo voluntariamente e sem pressões, e que compreende os termos e consequências do acordo, com linguagem simples e direta, a fim de garantir sua compreensão (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Ainda, segundo o princípio da imediatez, cabe ao juiz ditar a sentença preferencialmente

na mesma audiência. O princípio busca evitar a prática de postergações desnecessárias que possam virar rotina nos tribunais e acarretar em pesos sobre a incerteza gerada pelo estado de indefinição do caso ao noticiado, e a diminuição na qualidade da defesa, especialmente a pública, em razão do elevadíssimo número de casos penais pendentes (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Há de se destacar, como último requisito de admissibilidade apresentado, a existência de elementos de prova que, juntos com a confissão do imputado, sejam suficientes para sustentar a acusação do Ministério Público (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Primeiramente, registra-se que, dadas as lições de Gustavo Badaró (2019), ao mencionar Geraldo Prado (2001), a justiça negocial, em verdade, nega o processo e substitui a verdade processual pela produção probatória em contraditório ao acertamento do caso penal pela prevalência da vontade convergente das partes.

Destaca-se a essencialidade no estudo da barganha no Brasil às construções desenvolvidas na América Latina sobre os parâmetros do magistrado para fundamentar sua decisão quanto à suficiência ou não das peças informativas colhidas ao longo da investigação.

No *juicio abreviado* chileno, o magistrado deve pronunciar quanto à suficiência dos antecedentes da investigação ao realizar o juízo de admissibilidade. Falcone Salas (2005) defende que tal exigência se satisfaz desde o ponto de vista da quantidade e qualidade dessas peças, e cuja correlação entre os fatos da acusação e seus antecedentes, poderia, hipoteticamente, condenar o imputado.

Para Maria IHL e Julián L (2004) o requisito de estudo deve ser entendido pelo critério da “suficiência razoável”, isto é, não se exige um exame de mérito dos antecedentes, senão somente verificar que existe ao menos um antecedente para comprovar cada elemento da acusação, desde o delito imputado, a participação, até as circunstâncias modificantes da responsabilidade criminal atribuída ao autor ou ao fato.

A título de reflexão, próximo ao critério da suficiência razoável são os estudos do standard probatório “para além de toda dúvida razoável” ou ainda na expressão original *beyond reasonable doubt*, importado do sistema jurídico *common law*, ressalte-se: com tradição jurídica diferente dos países hispanoamericanos. Os *standards* referem-se às regras para o controle de convencimento judicial a respeito de provas criminais (LUCCHESI GB, 2019), sendo o *beyond reasonable doubt* o critério considerado o mais exigente em se tratando de provar que certa hipótese seja considerada verdade (MATIDA J, VIEIRA A, ano).

A menção ao referido critério interessa para destacar o necessário desenvolvimento de parâmetros objetivos que auxiliem o juiz no exame quantitativo e qualitativo das peças informativas para admissão da barganha, com a inerente cautela exigida ao juiz das garantias na verificação da sua suficiência e a correspondência destas com os fatos imputados, que se não alcançados, ensejam a sua continuidade na forma do rito ordinário, na redação do artigo 284 do PL 8045/2010.

No Brasil, o PL 8.045/2010 determina como requisito às partes a renúncia à produção de

todas as provas solicitadas (art. 283, §1º, III). Sobre esse aspecto, há críticas quanto a dispensa do Ministério Público da carga probatória aos fatos descritos na denúncia (VASCONCELLOS VG, 2016).

Evidentemente, o acordo penal no Brasil não poderá ser homologado com base somente na confissão, como ocorre no *guilty* plea estadunidense, cuja declaração de culpa autoriza a condenação e aplicação imediata da pena. No sistema romano-germânico, a confissão é valorada como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador, ao lado das demais provas (VASCONCELLOS, VG; LIPPEL MCN, 2016 *apud* SCHUNEMANN B, 2013).

Noutro giro, no tocante à possibilidade de absolvição no acordo penal, o Chile abriu possibilidade do juiz analisar positivamente as peças investigativas para admissibilidade da tramitação conforme o *juicio abreviado*, e, ao final da audiência, prolatar sentença absolutória com fundamento na insuficiência das mesmas.

Referida abertura é criticada por Diego FS (2005), o qual infere sobre o momento do exame de admissibilidade ser o único para análise das peças investigativas. Defende o autor que a rejeição da solicitação do *procedimiento* abreviado na hipótese da insuficiência dos antecedentes investigativos enseja, na etapa do juízo oral, a produção probatória e um exame exauriente do tribunal colegiado sobre o mérito do caso penal apresentado pelas partes.

Rodrigo CSM e Francisco HI (2017) asseveram que, em observância à sistemática acusatória, a hipótese foi criada para aplicação aos casos os quais o magistrado constate que o fato não constitua delito ou que concorra uma causa de extinção de responsabilidade penal, como a prescrição.

A previsão de absolvição, carregada com críticas pertinentes, funciona como mais um filtro na admissão dos casos penais pelo juiz das garantias, nas hipóteses em que haja discordância sobre a interpretação jurídica dada ao fato, ainda que confessado, quando o fato imputado for atípico ou se constatada causa de extinção de responsabilidade penal.

Para uma noção mais concreta da relevância do instituto, após a aprovação do Novo Código de Processo Penal no Uruguai em 2017, segundo a *Fiscalía General de la Nación*, a resolução de casos penais via *juicio abreviado* no período entre novembro de 2017 e maio de 2018 representou 70,2%, com apenas 1,4% dos casos resolvidos em juízo oral. Entre novembro de 2018 e maio de 2019, o total de acordos aumentou para 71,1% com redução do juízo oral para 0,8% (NACIONAL FG, 2019).

Por conseguinte, o breve delineamento dentro do referencial teórico apresentado teve como objetivo primordial demonstrar ao leitor a urgência no desenvolvimento da atuação exigida ao juiz das garantias na prática negocial frente justiça negocial criminal instaurado no país.

3. CAMINHOS E DESAFIOS PROJETADOS AO SISTEMA DE MATRIZ ACUSATÓRIA

A dimensão cultural carregada na lógica de operacionalidade do sistema processual penal pode ser traduzida na ideia descrita por Alberto Binder³ (2014) como o grau de disputa das tradições de pensamentos ou duelo de práticas, caracterizado pelos jogos de tradições e disputas entre as velhas condutas inquisitoriais e as novas acusatórias.

Para o autor, um alto grau de conflitos não é de todo negativo, senão constitui um passo inicial ao alcance de profundos avanços em termos de reestruturação ao sistema acusatório (POSTIGO LG, 2018).

Desde a introdução dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo no campo dos Juizados Especiais Criminais, embora imbuídos de grande expectativa positivada pela doutrina, pois preconizavam uma nova mentalidade, tornaram-se uma via punitiva e transgressora de garantias (RIOS LPC, 2017), na tendência de imposição dos acordos pelo Ministério Público, sem o real espaço para uma efetiva negociação.

Com a recente introdução do instituto de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A, da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), de autoria do Ministro da Justiça Sérgio Moro, inspirado no plea bargaining norteamericano, segue a tendência de expansão dos acordos penais pelo globo, com o fim de obter maior celeridade e eficiência dos casos criminais nos quais haja confissão.

O juiz de garantias, instituto fundamental na estruturação da barganha dentro de um processo penal de ordem acusatória e democrática, encontra resistência dos setores contrários na sua introdução, sobretudo, quanto a organização judiciária e orçamentária.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, decidiu suspender, por tempo indeterminado, o início da atuação do juiz das garantias, considerando os impactos e transformações nas estruturas de cada unidade judiciária criminal do país (BRASIL, 2020).

Intento ressaltar que a efetivação de uma jurisdição imparcial é pressuposto para existência de um Estado de Direito. A falta da imparcialidade é constitutiva e sempre existirá, mas não serve de justificativa na omissão do Estado no seu dever de estruturação para atender à realidade existente (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

Assim, no tocante ao projeto de barganha no Brasil, apresentam-se algumas soluções jurídicas possíveis de adequação na prática.

³ “Uno de los obstáculos principales con el que se cuenta para el desarrollo de esta función de pacificación es la fuerte tendencia de los funcionarios judiciales a convertir toda institución procesal en un conjunto de trámite. Atrás de esta concepción no solo se encuentra la rutina, la desidia o el simple hábito mental, sino que el trámite es la formalización propia del sistema inquisitorial. (...) Cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como “reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales”.” SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 357 *apud* BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, p. 29-30.

Primeiramente, o acordo penal em sua compreensão como direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos em lei, é dever do órgão acusatório a sua proposição ou aceite, quando a defesa o fizer. O entendimento faz analogia ao instituto da transação penal, no qual Aury LJ (2018) leciona que incumbe ao Ministério Público verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar qual pena aplicável ao caso, mas não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação.

A questão foi objeto de problematização na previsão inicial do Pacote Anticrime diante da expressão “poderá propor” contida na regra processual, que dá a entender a existência de margem de discricionariedade ao órgão acusatório, isto é, cada promotor determinará a proposição ou não o acordo ao seu critério (VASCONCELLOS VG, 2019).

Em segundo lugar, esclarecer que o juiz chamado a intervir no inquérito policial estará impedido de julgar o caso, como restou expresso no artigo 16 do PL 8.045/10. Assim, a prevenção como causa de fixação de competência, regra vigente no código processual penal brasileiro, deverá ser caracterizada como causa de exclusão da competência (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

Além disso, caso o acordo não seja homologado por motivo não devido ao investigado, acredita-se que ele tenha direito subjetivo à pena acordada entre as partes, quando, tendo posterior condenação após o decurso regular do processo, será aplicada pena cujo limite máximo encontra-se nos termos do acordo não homologado (VASCONCELLOS VG, 2019).

A partir da estrutura do juiz das garantias a ser definida na Lei Anticrime, imprescindível a realização de ajustes no PL 8.045/2010, para adequação do instituto com a máxima eficácia de um código que se preze acusatório, a fim de evitar a subversão dos novos institutos, especialmente a partir da identificação dos problemas, falhas e desafios advindos da barganha com a Lei Anticrime.

Para tanto, é elementar que se estenda a competência do juiz das garantias ao recebimento da ação penal, em audiência própria para a adoção de soluções alternativas ao processo, e na avaliação dos argumentos levantados pela defesa em resposta à acusação, enviadas anteriormente ao recebimento da peça acusatória (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

À organização judiciária, das propostas importantes a mencionar, registra-se: (i) a regionalização do juiz das garantias, no qual um único juiz ou um grupo poderá atender um grupo de comarcas próximas; (ii) a implantação de inquérito online ou por sistema eletrônico; (iii) a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível, e (iv) a concretização progressiva, como fez o Chile, lá, no sentido interior para implantar ao final na capital, e aqui, sentido capital-interior, permitindo maior efetividade na identificação das deficiências e desafios apresentados ao longo da implantação e sua correção (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

O estado operacional será pouco alterado se não houver uma ampla reforma nos problemas estruturais localizados no setor administrativo da investigação criminal, e nas instituições públicas, como Ministério Público, Defensoria Pública, as polícias, incluindo o trabalho realizado pelos advogados particulares (CHOUCKR, FH, 2017).

Independentemente do mecanismo processual penal a ser discutido, necessário aprofundar

as ferramentas para sustentar a sua viabilização: (i) a apresentação dos impactos orçamentários, (ii) o aperfeiçoamento dos recursos materiais e humanos, como as casas especiais de recuperação, serviços sociais, (iii) a adequada capacitação dos atores jurídicos, (GIACOMOLLI NJ, VASCONCELLOS, VG, 2015); (iv) a transformação do aparato administrativo judiciário, sobretudo pela separação das funções administrativa e judicial, com o fortalecimento a atuação do julgador dentro das audiências e não no gabinete dos despachos (CHOUKR FH, 2017) e, como notado por Leonel GP (2015, *apud* SILVEIRA MAN, 2018), (v) na criação de centros de monitoração das práticas realizadas nos acordos como forma de reportar as falhas mais recorrentes e possibilitar soluções jurídicas com maior eficiência.

Evidente, portanto, a urgência em conscientizar dentro do debate a dimensão da capacitação dos atores processuais e setores administrativos⁴, bem como a reestruturação do ensino jurídico que inclua na grade curricular a capacitação dos estudantes às novas demandas e realidades advindas da oralidade, pela futura realidade na atuação preponderante em audiências, bem como no desenvolvimento de técnicas de litígio e negociação aos atores processuais.

Acrescenta-se a expressiva lacuna entre a produção legislativa ideal e o aquilo que pode ser obtido pelo consenso da classe legislativa. Sobre esse aspecto, Marco ANS (2018) acertadamente reflete sobre a grande distinção entre o momento político e jurídico brasileiro atual com a atmosfera existente no período da superação dos regimes autoritários, que viabilizou o trâmite e aprovação de reformas globais nos sistemas processuais penais dos países hispano-americanos.

Assim, a atual reforma brasileira, mesmo que tenha êxito, tende a não alcançar um grau de avanço como constatado no sistema chileno, por exemplo. O ponto central, todavia, é a recordação de que necessitamos desse caminhar, ainda que a luta seja pela aprovação da “reforma possível” e não da “reforma ideal”. (SILVEIRA MAN, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intento inicial de apresentar ao leitor a experiência latino-americana como recorte de análise à figura do juiz das garantias e do acordo penal em solo nacional, sempre com a perspectiva do caminhar gradual à construção de um sistema processual penal de matriz acusatória, demonstrou a urgência na construção desta consciência aos atores processuais sobre a complexidade dos novos institutos em território nacional.

A visão holística e o destaque à profundidade dos temas aqui expostos são passos basilares para repensar a estrutura processual penal com a responsabilidade exigida pela matéria.

Qualquer solução jurídica que se apresente simples e unificada frente aos problemas que constituem o sistema de justiça penal deve ser examinada com cautela e olhar crítico. Implantar qualquer instituto processual penal significa discutir sobre dimensões tão relevantes

⁴ Para aprofundar sobre métodos de capacitação aos atores judiciais que possam ser utilizados, ver: DUCE Maurício; MERA, Alejandra; RIEGO, Cristián. Capacitación interinstitucional en la Reforma a la Justicia Criminal en Chile. *Sistemas Judiciales*, ano 1, n. 1, 2001, p. 76-93.

quanto à promulgação do texto normativo, por depender de elevadíssimos recursos humanos e orçamentários, sem os quais não há como discutir qualquer reforma, acrescido ao papel ativo do Poder Judiciário em se reestruturar a sua organização diante da realidade posta.

Trata-se de uma estratégia a ser colocada em prática desde logo, para conter a natural subversão dos institutos processuais penais às discricionariedades de cada ator processual, diante da recente previsão na Lei Anticrime do acordo de não persecução penal, em vigor, e do juiz das garantias, próximo de tornar-se eficaz.

REFERÊNCIAS

BADARÓ G. Verdade, conhecimento e prova no processo penal: uma proposta de epistemologia judiciária. In: SILVEIRA, MAN, et. al. (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Escritos em homenagem o Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 5., 2019, p. 483.

BAQUEIRO FRL. O papel do juiz no sistema acusatório, a busca pela “verdade real” e o ativismo judicial: uma análise dos artigos 165, 166 e 168 do Projeto 8.045/10 em comparação com a realidade dos tribunais. In: GONZÁLEZ, L (dir.). *Desafiando à Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, 327346.

BINDER A. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Lei Anticrime.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 8045/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros et. al. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>.

CASARA RR. O Acordo para Aplicação da Pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro. In: COUTINHO, JNM; CARVALHO, LGGCIorg.). *O novo processo penal à luz da constituição: vol. 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147-

157.

CHOUKR FH. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, JNM; PAULA, LC; SILVEIRA MAN (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO NCM. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DUCE, M; et. al. *Capacitación interinstitucional en la Reforma a la Justicia Criminal en Chile*. *Sistemas Judiciales*, ano 1, n. 1, 2001, p. 76-93.

FREITAS JOF. Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: COUTINHO, JNM; PAULA, LC; SILVEIRA, MAN (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 4, 2018, p. 133158.

HORVITZ MI; LÓPEZ J. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo II, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

JUNIOR AL; RITTER R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, n. 16, set/dez. 2016, p. 55-91.

LUCCHESI GB. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 156, jun/2019, p. 165-188.

MARTÍN RCS; IRIARTE FH. *El Código Procesal Penal*. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 4. ed., 2017.

MAYA AM. O juizado de garantia como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 23. n.1. jan-abr., 2018, p. 71-88.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Actualización de principales indicadores del sistema penal acusatorio*. Noviembre de 2017 a Mayo de 2019. Uruguay: Departamento de Políticas Públicas de Fiscalía General de la Nación, 2019.

PAULA LC. Duração Razoável do Processo no Projeto de Lei 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto NM; CARVALHO, LGGC (org.). O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 201-215.

POSTIGO LG. A função estratégica do Ministério Público: reflexões sobre os princípios da obrigatoriedade e de fiscal da lei. In: COUTINHO, JNM(org.), et. al. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a Reforma do CPP no Brasil. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 4, 2018, p. 67-80.

_____. La reforma procesal penal en latinoamerica. In: Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá. UNODC-CEJA, 2015.

PRADO G. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RIOS LPC. Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência, Desafiando a inquisição: ideais e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, vol. 2, 2018, p. 197-216.

RUA G; POSTIGO LG. El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. In: _____; et. al. (dir.). Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia. CEJA; INECIP, n. 21, 2017, p. 80-103.

SALAS DF. La absolución en el procedimiento abreviado. Valparaíso: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, vol. 26, n. 1, 2005, p. 363-378.

SCHUNEMANN B. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA MAN. A barganha judicial e a importância da etapa intermediária: lições para a reforma brasileira. In: COUTINHO, JNM, et. al. (dir.). Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay: hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: CEJA; Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 343-354.

_____. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

VASCONCELLOS VG. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27, n. 318, maio/2019, p. 27-29.

_____; LIPPEL MCN. Críticas à barganha no Processo Penal: inconsistências do modelo proposto no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009). Quaestio Iuris: Rio de Janeiro, vo. 9, n. 03, 2016, p. 1737-1758.

_____. Barganha no processo penal e o autoritarismo ‘consensual’ nos sistemas processuais Revista dos Tribunais, vol. 953, mar/2015, p. 261-279.

_____; GIACOMOLLI NJ. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 20, n. 3, dez. 2015, p.1112.

_____. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 25, n. 299, out/2017, p. 7-9.