

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

DIREITO DIURNO

LETÍCIA RIBEIRO BATISTA

**A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E O
PAPEL DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO
DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA**

**Juiz de Fora
2019**

LETÍCIA RIBEIRO BATISTA

**A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E O
PAPEL DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO
DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação da Professora Marcella Alves Mascarenhas Nardelli.

**Juiz de Fora
2019**

LETÍCIA RIBEIRO BATISTA

**A AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL E O
PAPEL DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA COMO FATOR DE LEGITIMAÇÃO
DOS ACORDOS SOBRE A SENTENÇA**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: Juiz de Fora, de de 20

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcella Alves Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Fabiana Alves Mascarenhas
Faculdade Vértice - Univértix

Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise da expansão da justiça negociada no Brasil à luz das propostas legislativas previstas no projeto do novo código de processo penal e, em sua feição originária, no Pacote Anticrime, acerca da possibilidade de celebração de um acordo sobre a sentença no início do processo penal. Através da avença, o acusado renuncia à instrução processual e, em contrapartida, lhe é aplicada imediatamente uma pena supostamente mais branda. Inicialmente, serão analisados os motivos para a crescente valorização das soluções baseadas no consenso. Em seguida, serão explicitadas criticamente as repercussões da implementação do acordo para o devido processo legal e, especialmente, para a igualdade processual e para a presunção de inocência. Posteriormente, será abordado o instituto norte-americano do *Plea Bargain*, que inspirou a institucionalização do acordo no Brasil, além de ser enfatizada a problemática do encarceramento em massa. Após, será examinada a noção de investigação defensiva. Feito isso, haverá condições suficientes para se concluir que o acordo sobre a sentença penal acarreta uma supervalorização dos elementos colhidos nas investigações preliminares, suprimindo o devido processo legal, depreendendo-se ainda a importância em se garantir uma participação mais ativa para a defesa desde o inquérito policial para fins de legitimação do acordo penal.

Palavras-chave: Acordo sobre a sentença penal; Justiça negociada; *Plea Bargain*; Devido processo legal; Investigação Defensiva.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the expansion of negotiated justice in Brazil considering the legislative proposals foreseen in the draft new code of criminal procedure and, in its original form, in the Anticrime Package, about the possibility of concluding an agreement on judgment at the beginning of criminal proceedings. Through the accusation, the accused renounces the procedural instruction and, on the other hand, a supposedly milder penalty is immediately imposed on him. Initially, the reasons for the growing appreciation of consensus-based solutions will be analyzed. Subsequently, the repercussions of the implementation of the agreement on due process of law and especially on procedural equality and the presumption of innocence will be critically explained. Later, the American Institute of Plea Bargain, which inspired the institutionalization of the agreement in Brazil, will be addressed, as well as the issue of mass incarceration. Afterwards, the notion of defensive investigation will be examined. Once this is done, there will be sufficient conditions to conclude that the agreement on the criminal sentence leads to an overvaluation of the elements gathered in the preliminary investigations, suppressing due process, and the importance of ensuring a more active participation for the defense from the outset. police inquiry for the purpose of legitimizing the criminal agreement.

Keywords: Agreement on the criminal sentence; Negotiated justice; Plea Bargain; Due process of law; Defensive Investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A PREVISÃO LEGAL DO ACORDO SOBRE A SENTENÇA PENAL COMO REFLEXO DA TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA	8
2. APLICAÇÃO DE PENA SEM PROCESSO: VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS	10
3. CRÍTICAS AO PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO	17
4. O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA	18
5. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA COMO PRESSUPOSTO INICIAL DE VALIDAÇÃO DO ACORDO SOBRE A SENTENÇA PENAL	20
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	27
REFERÊNCIAS	29

INTRODUÇÃO

A justiça negociada vem ganhando cada vez mais espaço no cenário jurídico, apresentando-se como uma alternativa para os problemas da morosidade no exercício da função jurisdicional e do elevado número de processos pendentes, o que denota uma crise da justiça brasileira, impulsionada também pelo descrédito depositado nas instituições e pela propagação de uma sensação de insegurança social. Nesse cenário, primando-se pela celeridade e pela eficiência na resposta estatal, propõe-se a sumarização de procedimentos, como se verifica nas propostas de regulamentação de acordos sobre a sentença no processo penal. O projeto do novo código de processo penal (CPP), assim como a previsão embrionária do Pacote Anticrime, preveem a possibilidade de realização de um acordo no início do processo, exigindo que o réu renuncie à instrução processual a fim de que lhe seja aplicada imediatamente uma pena *a priori* mais benéfica.

A relevância em abordar esse tema remonta à expansão das soluções baseadas no consenso e à disseminação de discursos populistas e repressivos na sociedade. Ademais, se justifica diante da supressão do devido processo legal, na medida em que se permite a aplicação de uma pena sem o processo, supervalorizando os elementos colhidos unilateralmente e em moldes inquisitórios no curso do inquérito policial.

Diante disso, a partir de uma pesquisa teórico-dogmática, serão abordados de forma qualitativa e com objetivo descritivo artigos, livros e legislação sobre o tema, com destaque para o projeto do novo CPP, o Pacote Anticrime, a Constituição Federal, o Provimento da OAB e o Estatuto da OAB.

Inicialmente, serão examinadas as propostas legislativas supramencionadas sob a ótica da influência da justiça negociada para, em seguida, se debruçar sobre a relativização do processo penal. Neste ponto, buscar-se-á destacar o desequilíbrio entre as partes, ao passo que o único parâmetro de referência para que o denunciado possa avaliar sua situação e mensurar a plausibilidade de celebração do acordo, dadas suas chances de êxito no processo, são os elementos do inquérito, colhidos sem uma participação efetiva e influente da defesa. Além disso, pretende-se evidenciar o risco de utilização do instituto como instrumento de barganha, por meio de práticas de constrangimento e ameaça de penas mais graves.

Após, será analisado o instituto norte-americano do Plea Bargain, que inspirou as propostas de acordo a serem examinadas. Em seguida, serão enfatizados os riscos de um encarceramento desenfreado e os déficits característicos do sistema carcerário brasileiro.

Por fim, será examinada a noção de investigação defensiva, que visa assegurar uma paridade de armas entre as partes, ao se primar pela incorporação de garantias já na fase de investigação. Nesse ponto, serão destacados os direitos do investigado já positivados e analisada a disciplina legal sobre o tema, além de se propor outras medidas inovadoras, a fim de se começar a trilhar o caminho para a legitimação do acordo sobre a sentença penal.

1. A PREVISÃO LEGAL DO ACORDO SOBRE A SENTENÇA PENAL COMO REFLEXO DA TENDÊNCIA DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA

Dentro de um modelo de sistema processual penal em que se zela pela busca da verdade mediante a concretização das garantias fundamentais, preocupando-se com a justiça na prestação da tutela jurisdicional, emergem discussões acerca da morosidade na solução das demandas e sobre o elevado volume de processos pendentes. Dada a sobrecarga do poder judiciário, a sensação de insegurança incutida no seio social e o descrédito nas instituições, assume relevo o clamor de atores do cenário criminal e especialmente da sociedade em geral por uma atuação mais célere e eficiente do Estado.

Como consequência, é possível se constatar uma tendência de expansão da justiça negociada em vários países. Partindo-se de uma perspectiva utilitarista e supostamente efficientista, se prima por soluções baseadas no consenso, propulsoras de uma sumarização de procedimentos e de uma relativização de garantias. Esta parece ser uma tendência inevitável no cenário jurídico, inclusive no campo do Direito Penal e Processual Penal.

Seguindo essa lógica, o projeto do novo CPP, PL nº 8045/2010, e a dicção originária do Pacote Anticrime, PL nº 882/2019, de autoria do Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, versam sobre a possibilidade de celebração de um acordo de aplicação imediata da pena entre o Ministério Público e o acusado, realizado antes da instrução processual e sujeito a posterior homologação judicial.

De acordo o projeto do novo CPP, a avença poderá incidir apenas em relação aos crimes cuja pena máxima abstrata não exceda a 8 (oito) anos, devendo o acusado estar devidamente assistido por seu defensor. A celebração do acordo pressupõe necessariamente a confissão, total ou parcial, por parte do réu, que declara formalmente sua culpa e abdica do direito de produzir provas em juízo e exercer o contraditório pleno, operando-se uma renúncia, enfim, à própria garantia da presunção de inocência. A partir disso, emerge a suposta vantagem de que seja aplicada uma pena mais branda em comparação àquela que poderia ser cominada ao réu ao final do processo em caso de não efetivação do acordo.

In casu, é possível a diminuição da pena privativa de liberdade no mínimo previsto na cominação legal. Tal redução pode atingir o patamar de $\frac{1}{3}$ (um terço) do mínimo legal em se tratando de crimes sujeitos ao rito sumário, conforme as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime, e desde que não incida no caso concreto outra causa de diminuição de pena, com exceção daquela que decorre da modalidade tentada. Ademais, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos plasmados no art. 44 do Código Penal, ou, ainda, a suspensão condicional da pena, nos termos estabelecidos no art. 77 do referido diploma legal.

Tendo em vista o acordo firmado pelas partes, resta ao juiz verificar o cumprimento formal dos pressupostos descritos no art. 283 do aludido diploma legal, exercendo, assim, um juízo de legalidade prévio, podendo homologá-lo ou não. Uma vez homologado, o acordo guardará a eficácia de sentença condenatória. Por outro lado, na ausência da chancela judicial, deverá ser desentranhado dos autos, não produzindo efeitos.

Nos termos do Pacote Anticrime, a proposta do acordo sobre a sentença penal aparecia de maneira mais abrangente. Se pretendia a inserção do art. 395-A no CPP, o que, contudo, veio a ser rejeitado pelo grupo de trabalho da Câmara dos Deputados sobre legislação penal e processual penal, responsável pela análise de projetos do Pacote Anticrime (PROPOSTA..., 2019). Ainda assim, mostra-se pertinente abordar o instituto na forma como estabelecido inicialmente, considerando o objeto do artigo científico em tela e a influência cada vez mais presente da justiça negociada no Brasil.

Conforme previsto originalmente no Pacote, o acordo de aplicação imediata da pena poderia ser celebrado logo após o recebimento da denúncia ou da queixa e antes do início da instrução processual, podendo incidir, assim, tanto no curso de uma ação penal pública, quanto no bojo de uma ação penal privada. De acordo com a proposta, o acordo poderia ser utilizado para qualquer crime, independentemente de sua gravidade, não se estabelecendo critérios específicos. Nesse contexto, a pena privativa de liberdade poderia ser diminuída até a metade, ser substituída pela pena restritiva de direitos ou, ainda, poderia ser alterado o regime inicial de cumprimento de pena, devendo-se observar, em qualquer dos casos, a gravidade do delito, as circunstâncias concretas e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

A referida proposta deixava clara não só a prescindibilidade da instrução processual, quanto também a necessidade de que o réu renunciasse ao direito de recorrer. Outrossim, além de prever a realização de um juízo de legalidade pelo juiz, estabelecia a necessidade de realização de uma audiência prévia em que se assegurasse a manifestação do acusado na

presença de seu defensor, a fim de se permitir que o julgador verificasse se na situação concreta teria ocorrido, de fato, a livre manifestação de vontade do réu. A respeito do papel atribuído ao magistrado, este poderia se recusar a homologar a avença caso constatasse que a pena acordada seria manifestamente ilegal ou desproporcional à infração, ou se reconhecesse que o conjunto probatório seria manifestamente insuficiente para ensejar uma condenação.

Ante o exposto, percebe-se a opção pela previsão de soluções negociadas com vistas à aplicação imediata da pena. Todavia, Duarte (2009, p. 20) destaca a necessidade de se conciliar a celeridade e a segurança, evitando a adoção de medidas precipitadas:

O fato de uma demanda demasiadamente lenta ser extremamente indesejável ao sistema não significa que uma demanda que termine rapidamente represente um ideal a ser alcançado. Já se afirmou com propriedade que “celeridade não pode se confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização”. Daí a necessidade de ser encontrado um equilíbrio entre os valores *celeridade e segurança*. O ideal é que o processo tenha *duração razoável*, tramitando por um *tempo justo*, o que é bem diferente de preconizar que ele tramite celeremente.

Como forma de se superar a alegada crise da justiça brasileira e promover uma maior celeridade na solução de situações de cunho criminal, propõe-se a supressão do devido processo legal, relativizando-se as garantias dele decorrentes e antecipando-se a resposta do Estado para um momento demasiadamente prematuro da persecução penal. O órgão acusatório fica dispensado de seu ônus de provar a imputação frente à simples admissão de culpa pelo imputado, o que também exime o órgão judicante de decidir se os fatos restaram provados e se o réu deve ser responsabilizado. Tudo é substituído pelo acordo a ser firmado entre as partes, como produto de uma negociação prévia, atendendo-se aos anseios sociais.

2. APLICAÇÃO DE PENA SEM PROCESSO: VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIIS

Quando se pensa no acordo sobre a sentença penal inserido nos moldes como se estrutura a persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, chega-se à conclusão de que se suprime a garantia do devido processo legal, na medida em que se autoriza de maneira demasiadamente ampla a aplicação de pena sem prévio processo (LOPES JUNIOR, 2019). Dessa forma, se coloca em xeque as regras e os princípios que consubstanciam o Estado Democrático de Direito e que se prestam tanto a limitar o poder punitivo do Estado, quanto a tutelar os direitos fundamentais do acusado. Nas palavras Lopes Júnior (2019), uma negociação dessa magnitude constitui “o fim do processo penal demarcado pelo artigo 5º, LV

da Constituição, pois permite em larga escala e sem limites, a aplicação de pena sem prévio processo”. No mesmo sentido, Vasconcellos (2019) salienta o risco de se chegar a um alto índice de condenações em substituição ao transcurso do devido processo legal:

Pensa-se uma previsão tão alargada pode ocasionar a expansão exagerada da negociação de penas no processo penal brasileiro, aventando-se, inclusive, o desaparecimento do processo com percentuais muito altos de condenações obtidas por acordos, em lugar do transcorrer do devido procedimento.

Embora a duração razoável do processo seja assegurada pela Constituição, não apresenta o condão de legitimar o esvaziamento das demais garantias que se materializam através do devido processo legal. Segundo Amorim (2019):

Embora seja correto o ideal de uma resposta jurisdicional em tempo razoável, ademais uma garantia constitucional (art.5º, inc. LXXVIII, CF), a supressão de oportunidades de defesa, afetando outra garantia individual, o devido processo legal (que inclui o contraditório e a ampla defesa, art. 5º, inc. LIV, CF), produz julgamentos sumários que, inevitavelmente, perdem qualidade e legitimidade, condenando inocentes e absolvendo culpados em taxas mais altas que o aceitável socialmente.

Considerando que o acordo deve ser realizado antes do início da instrução, devendo as partes abdicarem do direito à produção de provas em juízo e da dialética inerente ao processo, antecipa-se a solução da lide para um momento um tanto quanto prematuro. Assim, ganham destaque os elementos colhidos unilateralmente nas investigações preliminares, os quais servirão como a única fonte de parâmetro para nortear a celebração do acordo.

A adoção da negociação antes da instrução representa uma supervalorização daquilo que foi produzido de forma unilateral, inquisitorial, sigilosa, sem contraditório e defesa, no inquérito policial, retirando do direito de audiência e de produção de provas perante um juiz imparcial. (LOPES JÚNIOR, 2019).

A persecução penal no Brasil é estruturada basicamente em duas etapas: uma fase pré-processual, marcada pelas investigações pertinentes, efetivada em grande medida por meio do inquérito policial, e uma fase processual, através da qual se concretiza o Direito Penal mediante a observância das garantias constitucionalmente tuteladas, legitimando, conforme o caso, a aplicação de uma sanção penal ao indivíduo.

O inquérito se trata de um procedimento administrativo preliminar de caráter informativo, presidido pela autoridade policial, cuja finalidade precípua é apurar a autoria e a materialidade da infração penal e, assim, contribuir na formação da *opinio delicti* do titular da ação penal (DE LIMA, 2015). Nesse sentido, não se confunde com o processo, uma vez que apresenta um caráter eminentemente preparatório e investigativo, não se desenvolvendo em contraditório pleno e não repercutindo, por si só, na possibilidade de aplicação de uma sanção

penal. Destina-se apenas à colheita dos chamados “elementos informativos”, de modo a fornecer à acusação um lastro probatório mínimo para o ajuizamento da ação penal, que pressupõe a existência de justa causa. Tendo em vista esta finalidade, apresenta como características principais a inquisitorialidade, a discricionariedade, a sigiliosidade e a dispensabilidade (TOURINHO FILHO, 2009), elementos esses que destoam em certa medida das garantias processuais penais sob o fundamento basilar de se preservar a efetividade das investigações.

A inquisitorialidade é extraída da forma como o inquérito é gerenciado, o que não ocorre de forma dialética. Pelo contrário, em decorrência da discricionariedade conferida à autoridade policial para definir a linha de investigação e as diligências a serem tomadas, e em razão da sigiliosidade que circunda o procedimento, não há que se falar em partes com amplos poderes para interferir no curso das pesquisas e com acesso irrestrito aos autos do inquérito, e nem em uma divisão de funções típica de um sistema acusatório (TOURINHO FILHO, 2009).

A sigiliosidade pode ser analisada em uma perspectiva externa e interna (LIMA FILHO, 2016). A primeira relaciona-se à necessidade de se preservar a integridade e a imagem da vítima e do investigado, em consideração aos potenciais riscos decorrentes de uma exposição indevida e de submissão a um julgamento social e moral. Em sua feição interna, o sigilo tem como escopo assegurar a eficácia da investigação.

Por fim, no que concerne à dispensabilidade, se entende que o inquérito pode ser preterido, havendo, nesse aspecto, uma independência entre o referido procedimento administrativo e o processo, haja vista que o substrato necessário para ingressar em juízo pode ser obtido por outros meios (TOURINHO FILHO, 2009). Assim, diferente do processo, que é necessário para a imposição de uma sanção penal justa e legítima ao acusado, o inquérito policial é dispensável.

Essas características imanentes ao inquérito são remediadas em um momento posterior, qual seja, o processo penal. A Constituição Federal estabelece que a República Federativa Brasileira constitui-se como um Estado Democrático de Direito, fundamentado na tutela da dignidade da pessoa humana, na promoção do bem estar de todos os cidadãos, sem preconceitos e discriminações, e na prevalência dos direitos humanos. Nesse contexto, consagra uma série de garantias que visam proteger os cidadãos em face do Estado, impondo limitações ao exercício do poder público com o anseio de evitar arbitrariedades. Percebe-se, assim, que o processo penal deve ser democrático e se pautar no respeito aos direitos fundamentais e às garantias processuais penais consagrados na Carta Magna.

É possível se identificar que o processo penal brasileiro na forma como disciplinado na Constituição aproxima-se, em certa medida, ao menos abstratamente, da noção de garantismo penal defendida pelo jusfilosófico Luigi Ferrajoli (2002), que rechaça o modelo de Estado autoritário e antidemocrático dentro do qual se abre margem para o abuso do poder de punir. O garantismo parte da premissa básica de que deve se buscar o equilíbrio entre a liberdade do homem e o poder estatal, aumentando-se no maior grau possível o espectro de liberdade do indivíduo e diminuindo-se ao patamar mínimo necessário o poder do Estado, o que se faz mediante a observância de garantias relativas à pena, ao delito e ao processo.

Na perspectiva traçada, o processo penal é erigido para concretizar o Direito material penal, limitando o poder de punir do Estado para que este se exerça de maneira legítima, e assegurando garantias àquele que está com seu direito de liberdade potencialmente restringido (FERRAJOLI, 2002). Zaffaroni (2016), *apud* Barra (2019, p. 3), destaca que caso o Direito Penal falhe na sua função de contenção do poder punitivo, seu fracasso representará nada menos que o perecimento do Estado de Direito.

A ideia de democracia participativa pressupõe que o indivíduo que possa vir a sofrer de forma mais gravosa as consequências de um ato do Estado, tenha ciência de sua situação de fragilidade e possa se valer dos mecanismos necessários para se defender. De acordo com Figueiredo (2018), o direito de defesa é imprescindível para uma efetiva democracia e para o exercício da cidadania. Dentro desse cenário, destaca-se especialmente o princípio da necessidade do processo penal em relação à pena (LOPES JUNIOR, 2017), de modo que a sanção penal é vista como o resultado do somatório da prática do crime com o devido processo legal. Objetiva-se, assim, preservar a justiça na aplicação da pena (ALMEIDA, 2019).

Nos termos do art. 5º, LV, aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, o que perpassa no direito do acusado de se manifestar, propor e produzir provas e influir eficazmente no convencimento do juiz e no resultado do processo que diz respeito a sua própria liberdade. Nesse sentido, deve a relação jurídica processual se desenvolver sob a ótica do princípio da igualdade processual, que se baseia na paridade de armas e oportunidades entre as partes.

Assim, deve ser assegurada uma verdadeira igualdade de condições à acusação e à defesa para que ambas possam contribuir de maneira justa e efetiva na formação da convicção do julgador. Nessa perspectiva, Camargo (2019) frisa que “a paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais.”.

No entanto, conforme já introduzido, a celebração de um acordo de aplicação imediata da pena no início do processo implica na assunção formal de culpa do acusado e na respectiva renúncia da instrução e da dialética do processo, o que denota a violação do devido processo legal e das garantias que se materializam através dele (LOPES JÚNIOR, 2019). O problema em se antecipar a solução da demanda dessa forma é agravado pelo fato de que não se confere alternativa à defesa senão se basear nos elementos colhidos de maneira unilateral nas investigações preliminares para decidir sobre a viabilidade do acordo e verificar suas chances de êxito no processo. Afinal, as investigações prévias são efetuadas em moldes inquisitórios, a serviço da acusação e sem uma influente e efetiva participação da defesa (NARDELLI, 2014, p. 359-360).

Analisando o instituto do Plea Bargain norte-americano, que influenciou as propostas no Brasil sobre o acordo de aplicação imediata da pena, instituto que será enfrentando mais a frente, Schünemann (2013, p. 257) conclui que o modelo negocial no âmbito da justiça criminal não se desenvolve sob a égide de uma igualdade de partes com paridade de armas e indica que o aclamado princípio do consenso que supostamente legitimaria os acordos penais não passaria de uma ficção.

Assim, embora de maneira oculta, o acusado, submetido a forte pressão, partindo de uma visão de redução de danos e com o fim de evitar o risco do processo, sujeita-se à medida de pena pretendida pela acusação enquanto resultado mínimo (SCHÜNEMANN, 2013). Na prática, o que se tem é um compromisso através do qual a parte mais fraca deve aderir, por necessidade, às sugestões daquele que se encontra em uma posição de superioridade. Tal situação se assemelha a um contrato de adesão, vez que não há liberdade efetiva para negociação, sendo apenas possível que se aceite as condições estabelecidas pelo proponente.

Lopes Junior (2019) salienta a fragilidade do sujeito que não está disposto a negociar e a se autoincriminar, para quem o processo pode vir a se transformar em uma guerra:

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio".

Dentro da lógica do acordo sobre a sentença penal, tem-se no polo ativo da relação jurídica o Ministério Público, representante do Estado, que após a realização das pesquisas pertinentes, as quais geralmente ocorrem em sede de inquérito policial, ao constatar a presença de justa causa para o ajuizamento da ação, oferece denúncia em face do acusado.

Nesse contexto, o momento pré-processual coloca o Ministério Público em posição de superioridade em relação ao denunciado, conferindo à acusação os subsídios necessários para avaliar a situação concreta e verificar se os elementos colhidos são favoráveis a uma futura condenação ou abrem margem para dúvidas acerca do crime e da autoria (NARDELLI, 2014).

Nesta última hipótese, o Ministério Público poderá ser mais incisivo na barganha para obter um acordo, o que inclusive pode resultar em práticas de constrangimento e ameaça de imputações mais graves. Essa forma de atuação da acusação também pode ocorrer no caso de a defesa se mostrar mais relutante em travar o acordo (NARDELLI, 2014).

Dessa forma, enquanto o Estado tem à sua disposição a prerrogativa do uso da força e da coerção da prisão provisória, além da possibilidade de ameaça de imputação de penas mais rigorosas (LOPES JUNIOR, 2019), do outro lado figura no polo passivo um réu que não apresenta condições razoáveis para analisar de modo satisfatório sua real situação e a probabilidade de eventual absolvição ao final do processo após a instrução. Isto decorre, *a priori*, da falta de participação e de influência da defesa nas investigações preliminares, cujos elementos resultantes delimitam o acordo que determinará a pena que lhe será imputada (SCHÜNEMANN, 2013).

Por fim, o princípio da presunção de inocência repercute no ônus da prova no processo penal e encontra previsão no art. 5º, LVII da Constituição, sendo considerado um princípio informador de todo o processo penal (GOMES FILHO, 1991). Implica que todo cidadão deve ser presumido como inocente e tratado como tal até que se prove legalmente a sua culpa. Dessa maneira, busca-se evitar que um inocente seja condenado às custas de assumir o risco de se absolver um culpado, valorizando-se, portanto, a liberdade do inocente. Nesse ângulo, é imposto à acusação o ônus de produzir provas para ilidir o status de inocente de que goza o réu. Caso não seja capaz de desconstruir essa presunção de inocência com base em um conjunto probatório sólido, de modo a afastar qualquer dúvida razoável compatível com a hipótese de inocência, a absolvição é medida que se impõe.

Sob essa ótica, a presunção de inocência repercute na forma como deve ser entendida a confissão no processo penal brasileiro. A confissão se caracteriza como um meio de prova que, apesar de encontrar amparo na ordem legal, não goza do status de prioridade e absolutismo que detinha em um momento anterior da história, estando sujeita a limites condizentes com o Estado Democrático de Direito. Segundo Tourinho Filho (2009), no presente patamar evolutivo, não mais se admite o emprego desmedido de todo e qualquer mecanismo necessário para a obtenção da confissão do réu, tal como a tortura ou outro meio

que gere no indivíduo tamanho temor a ponto de fazê-lo admitir a prática de um crime independentemente de ser ou não inocente.

No sistema jurídico pátrio, a confissão não pode ser utilizada como fundamento único de uma condenação, não podendo ser interpretada de forma unilateral pelo julgador. Pelo contrário, deve ser valorada e confrontada com todo o acervo probatório existente nos autos (NUCCI, 1999). Ademais, a confissão deve ser espontânea, isto é, realizada sem que o acusado se submeta a qualquer tipo de coação, constrangimento ilegal ou erro, o que vai muito além das torturas físicas anteriormente empregadas, e assume diferentes formas e proporções na atualidade (TOURINHO FILHO, 2009).

Ocorre que o contexto dentro do qual seria celebrado o acordo de aplicação imediata da pena, conforme proposto, abre margem para que se parta, antes de tudo, da utilização da coerção (BARBOSA MOREIRA, *apud* VASCONCELLOS e LIPPEL, 2016, p. 1743). O emprego deste mecanismo ocorreria, entretanto, de forma mascarada, criando a aparência de que no caso concreto a admissão da autoria de um crime teria sido efetuada consciente e livremente pelo réu, quando na verdade seria motivada por aspectos coativos externos não divulgados.

A experiência tem demonstrado que à confissão não se pode nem se deve atribuir absoluto valor probatório. É certo que, se um indivíduo confessa haver praticado uma infração penal, em princípio tal reconhecimento de culpa deve ser tido como verdadeiro, porque ninguém melhor do que o autor da infração pode saber se é ou não culpado da imputação que se lhe faz. Todavia todos aqueles que se dedicaram e se dedicam ao estudo das provas no campo do Processo Penal salientam que, muitas vezes, circunstâncias várias podem levar um indivíduo a reconhecer-se culpado de uma infração que realmente não praticou. (TOURINHO FILHO, 2009, P. 300).

Consoante já esboçado, na lógica do acordo em exame, o acusado se declara formalmente culpado logo no início do processo, preterindo a dialética e a instrução processual e se baseando, sobretudo, nos elementos produzidos no inquérito e, assim, não detém a compreensão da posição em que se encontra e do substrato necessário para decidir, racionalmente e de maneira efetivamente autônoma, se vale a pena confessar a autoria do crime imputado e aferir o *quantum* de uma pena justa.

Soma-se a isso a ameaça de imposição de penas mais severas em caso de não efetivação do acordo, o que pode configurar uma verdadeira coerção em certos casos. Segundo Damaska (*apud* NARDELLI, 2014) quanto maior o rigor da ameaça das penas e a proporção das concessões oferecida em contrapartida, maior a probabilidade de que inclusive o inocente se declare culpado, o que ocorreria por motivos que até mesmo os especialistas em tomada de decisões considerariam, diante das circunstâncias, absolutamente racionais. No

mesmo viés, Langbein (*apud* LOPES JUNIOR, 2019) analisa o *Plea Bargain* nos Estados Unidos da seguinte forma:

Nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo.

Sobre esse tema, é importante destacar que a confissão, na forma como entendida no contexto do sistema *civil law*, não se manifesta no instituto do *Plea Bargain*, na medida em que nesta hipótese a declaração de culpa do acusado se constitui como o único e exclusivo fundamento para sua condenação, sendo suficiente para a imputação de uma pena, implicando na renúncia definitiva do processo e da presunção de inocência.

Apenas para que fique claro, o *guilty plea* norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da *civil law*. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes. (NARDELLI, 2014, p. 342).

Ante o exposto, constata-se que o acordo de aplicação imediata da pena, à luz da sistemática da persecução penal no Brasil, é violador do devido processo legal, comprometendo as garantias da igualdade processual e da presunção de inocência. Nesse passo, permite a aplicação de uma pena sem o pressuposto necessário de um processo justo e legítimo, propulsor da tutela dos direitos do acusado e da limitação do *jus puniendi* estatal.

3. CRÍTICAS AO PLEA BARGAIN NORTE-AMERICANO

É possível se observar que as propostas de incorporação do acordo sobre a sentença penal no Direito brasileiro sofrem considerável influência do instituto norte-americano conhecido como *Plea Bargain*, o qual se apresenta como uma alternativa mais célere e supostamente mais eficiente para a solução de demandas na seara criminal do país.

Em síntese, Nardelli (2014) aponta que de acordo com a lógica do *Plea Bargain*, após uma fase inicial representada pelas investigações preliminares realizadas perante a polícia e a promotoria de justiça, caso seja oferecida uma acusação formal contra o imputado, surgem para ele duas alternativas quando de seu comparecimento em juízo: se declarar formalmente culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*). Neste último caso, o acusado escolhe se valer do seu direito à presunção de inocência e segue-se com o processo, com a realização da audiência de instrução e com o posterior julgamento por um júri popular. Na hipótese de condenação pelo júri, incumbe ao juiz que preside o processo aplicar àquele que foi declarado culpado uma pena justa, proporcional às circunstâncias fáticas e jurídicas.

Por outro lado, caso o réu reconheça formalmente sua culpa, emerge como consequência direta sua condenação, permitindo-se a aplicação imediata da pena logo após a realização de uma audiência para a discussão de sua dosimetria, encerrando-se o trâmite processual (NARDELLI, 2014). A suposta vantagem na assunção de culpa remete à atribuição de uma pena menos gravosa em comparação àquela que poderia ser cominada após a audiência de instrução e julgamento.

Quando se ventila a incorporação do referido instituto no Brasil, surgem questionamentos acerca das repercussões que isso pode gerar no país, sobretudo tendo em vista as críticas frequentemente atribuídas ao desenvolvimento do *Plea Bargain* nos Estados Unidos e as consequências nefastas que acarreta na prática.

4. O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Para além da violação a princípios caros ao Estado Democrático de Direito e do risco de utilização do acordo como instrumento de barganha, questões que por si só já seriam capazes de colocar em xeque a legitimidade da incorporação do *Plea Bargain* no Brasil, em termos práticos, há de se ressaltar também risco de um encarceramento desenfreado. Segundo Barra (2019, p. 3), “a aposta em um modelo americanizado de *Plea bargain* cobra um preço alto.”.

É estimado que cerca de 90% (noventa por cento) dos casos nos Estados Unidos não vão a julgamento, sendo solucionados por meio de acordos, o que revela que o *Plea Bargain*

vem concretizando o papel de supressão do *fair trial* (processo justo) no país, onde se desenvolve uma política criminal baseada sobretudo na confissão.¹

Como reflexo direto, tem-se o desestímulo para a realização de uma investigação científica rigorosa, na medida em que é possível (e mais fácil) se obter condenações em índices elevados.² Em consequência, a despeito de por vezes não haver fortes evidências no sentido de uma condenação, constata-se um notável encarceramento em massa, que atinge a maior taxa em relação aos demais países, o que só é possível em razão do instituto. Dessa forma, verifica-se que o Brasil deseja importar um sistema criminal falho e em crise, que precisa de reforma e que não tem o condão de enfrentar os problemas reais de segurança pública.

No mesmo viés, Schünemann (2013) constata que o *Plea Bargain* norte-americano representa uma prática de sentenciamento acelerado, que não passa por qualquer controle judicial sério, e observa que são suas debilidades, e não sua conformidade com os valores do Estado de Direito, que o tornam atrativo pelo globo.

Seguindo essa linha, Lopes Junior (2019) coloca que ao se incorporar o *Plea Bargain* no Brasil, se desconsidera o gigantesco impacto carcerário que tal medida pode ensejar. O Brasil apresenta um sistema carcerário caótico, medieval e deficitário de vagas, de forma que a implementação de um acordo de aplicação imediata da pena no país exige, necessariamente, a construção e a manutenção de novos presídios, além da resolução do déficit já existente.

Isso implicaria em custos demasiadamente altos, o que revela que ao se buscar combater a onerosidade da justiça brasileira representada pelo elevado número de processos e pela morosidade na sua tramitação, se está empreendendo uma economia meramente ilusória (LOPES JUNIOR, 2019). Nesse contexto, o cárcere deixa de ser a última para se tornar a primeira *ratio* (CIRINO DOS SANTOS, 2018, *apud* BARRA, 2019).

Segundo dados apresentados pelo INFOPEN, sistema do Ministério da Justiça e Segurança Pública que fornece estatísticas do sistema prisional brasileiro, considerando o período de junho de 2017 e as 1.507 unidades prisionais cadastradas, haviam 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 706.619 pessoas eram mantidas em unidades administrados pelas Secretarias Estaduais (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2019). Ademais, constatou-se que haviam 19.735 pessoas custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos

¹ Conforme dados obtidos em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/8839>>. Acesso em setembro de 2019.

² *Idem.*

Governos Estaduais no período referente dezembro de 2016. Em relação ao número total de vagas, observou-se um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62% em 2017.

Barra (2019) evidencia que é imprescindível se realizar a leitura da técnica de repressão penal que circunda o acordo sobre a sentença penal dentro da realidade concreta em que se insere o poder punitivo no Brasil, e destaca que a tentativa de implementação da barganha contraria políticas voltadas para a redução do poder punitivo, como a descriminalização, a despenalização e a descarcerização. No mesmo sentido, ALVES (2019, p. 2) sintetiza o problema da política de repressão:

A crise social vivenciada hoje no Brasil, da qual a criminalidade e a violência são indissociáveis, deve-se, também, à crise do modelo repressivo aplicado nas políticas públicas criminais e penitenciárias. Trata-se de política repressiva, que nunca foi abandonada pelo ideário jurídico penal. O problema da criminalidade e da violência brasileiras é de ordem social e está longe de ser resolvido apenas com medidas de caráter repressivo. Essa lógica já demonstra há tempos que não é capaz de resolver os problemas sociais, mas apenas agravá-los.

Tendo em vista o exposto, percebe-se que a implementação do acordo sobre a sentença penal pode repercutir negativamente no sistema carcerário brasileiro, agravando os problemas já existentes.

5. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR DEFENSIVA COMO PRESSUPOSTO INICIAL DE VALIDAÇÃO DO ACORDO SOBRE A SENTENÇA PENAL

É notória a influência cada vez mais crescente da justiça negociada no cenário jurídico, e no campo no Direito penal e processual penal não é diferente. As propostas de acordo penal sob análise se inserem dentro desse contexto e simplesmente questionar sua validade e legitimidade em face das garantias asseguradas no ordenamento pátrio, em especial na Constituição, não parece suficiente. Importante se mostra pensar em instrumentos capazes de minimizar ou mesmo excluir as consequências nocivas que podem emergir com a celebração do acordo em questão. Conforme Vasconcellos (2019), é necessário se pensar em uma regulamentação razoável para a proteção dos direitos fundamentais do acusado.

O ponto de partida se identifica com uma reformulação estrutural nas bases da investigação preliminar, haja vista o papel de destaque que esta assume com o acordo em apreço. Nesse sentido, analisando o *Plea Bargain* norte-americano, Schünemann (2013, p. 257) destaca a necessidade de se incorporar garantias já na fase de investigação, a fim de se

conciliar as necessidades práticas com as condições de legitimação do processo penal estabelecidas pelo direito penal material:

Se em vários ou sequer na maioria dos processos penais o resultado final é derivado diretamente da investigação preliminar, sem uma prévia audiência de instrução e julgamento propriamente dita, então aquela etapa processual tem que abarcar tantas garantias quantas sejam suficientes para que seja qualificada como um instrumento de descobrimento da verdade material.

Schünemann (2013) aponta a posição débil da defesa na investigação preliminar, na medida em que sequer pode controlar a corretude das diligências empregadas, e destaca que nesse contexto inexistente um equilíbrio entre as tentativas de incriminar e as tentativas de inocentar o investigado.

Cumprir observar que há previsões esparsas no ordenamento jurídico de garantias voltadas para a tutela do investigado, o qual não deve ser visto como um mero objeto de investigações, mas como um sujeito de direitos (GAVIORNO, 2016). De acordo com Lima Filho (2016), a eficiência da fase investigatória não está condicionada a violação de direitos fundamentais, devendo ser observados os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito desde o início da persecução penal.

Entretanto, as garantias disciplinadas são limitadas e restritas se comparadas com a aplicação das regras e dos princípios que se manifestam no curso do processo. Assim, não são suficientes para assegurar uma verdadeira paridade de armas entre a acusação e a defesa hábil a legitimar eventual celebração de acordo de aplicação imediata da pena.

Quanto aos direitos do investigado em sede de inquérito, pode-se citar, em primeiro lugar, o direito de informação, previsto no art. 7º, inciso XIV, do Estatuto da OAB, que se materializa de maneira restrita, em consequência da interpretação predominante na jurisprudência acerca do dispositivo. A súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal estabelece que a defesa deve ter amplo acesso aos elementos do inquérito, mas apenas em relação àqueles já documentados e às diligências já concluídas. Tal entendimento parte de uma ponderação entre o contraditório, a ampla defesa e a eficácia das investigações.

Ademais, é assegurado ao investigado o direito de requerer a realização de diligências perante a autoridade policial, as quais, contudo, ficam sujeitas à discricionariedade do delegado (art. 14 do CPP). Se por um lado esta previsão pode contribuir para a mitigação da fragilidade da defesa no âmbito das investigações, de outro ângulo, a discricionariedade conferida ao delegado pode colocar em xeque a própria garantia deste direito e afastar a possibilidade de uma influência efetiva da defesa.

É possível ainda que formule razões e quesitos, além de estar previsto o direito à assistência jurídica, que se violado enseja a nulidade do interrogatório e de todos os elementos dele decorrentes (art. 7, XXI, Estatuto da OAB). É assegurado também o direito de silêncio e de não submissão a diligências capazes de incriminar o investigado.

Ressalta-se que caso os direitos do investigado não sejam devidamente observados no trâmite do inquérito, é possível que ajuíze habeas corpus e mandado de segurança, exercendo-se, assim, uma defesa exógena.

Isto posto, depreende-se que um primeiro passo para a validação da incorporação do acordo sobre a sentença penal coincide com uma necessária reformulação no procedimento de investigações preliminares. Isto é, mostra-se imprescindível a introdução de garantias substanciais que viabilizem, efetivamente, uma igualdade entre a acusação e a defesa no momento de celebração da avença (SCHÜNEMANN, 2013), o que vai muito além dos direitos já disciplinados no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse tocante, Lopes Júnior, Rosa e Bulhões (2019) apontam que “é um reducionismo ingênuo ou mal-intencionado dizer que a investigação preliminar não merece maior preocupação porque é apenas um procedimento administrativo, pré-processual e inquisitório”.

Embora pretenda-se ampliar a esfera de direitos do investigado e, ao mesmo tempo, assegurar que eventual celebração do acordo penal em foco conduza a um resultado justo, não se pode olvidar que a efetividade das investigações deve ser preservada. Em outras palavras, o objetivo não é opor empecilhos além daqueles já previstos na apuração dos fatos e impor dificuldades para o processo de formação do convencimento da acusação, mas apenas estabelecer uma reestruturação em certa medida do inquérito policial para que este procedimento se harmonize com as premissas enraizadas na Constituição.

Tendo em vista o exposto, ganha relevo a noção de investigação criminal defensiva, “que se revela um procedimento apto a equilibrar a balança do jogo, tratando o investigado como sujeito de direitos” (KUHN, 2017). Segundo Machado (2010, p. 119), a investigação defensiva é uma “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”.

Ela pode definida como o conjunto de atividades de caráter investigatório desenvolvido pela defesa, contrapondo-se à investigação policial ou da acusação, podendo ser diligenciada em qualquer etapa da persecução penal, inclusive no curso das investigações preliminares que antecedem o processo (AZEVEDO; BALDAN, 2004). De maneira geral, Silva (2019) conceitua a investigação defensiva da seguinte forma:

Dentre seus vários escopos, a investigação defensiva se presta a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

A partir desses objetivos, a defesa realiza diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. Poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária.

Com a investigação defensiva, se garante ao suspeito a possibilidade de exercer um papel mais ativo na fase pré-processual, contribuindo para a construção do arcabouço necessário para que a defesa possa avaliar a plausibilidade de celebrar um acordo de aplicação imediata da pena, mensurando as chances de eventual absolvição no processo, dadas as circunstâncias concretamente aferíveis a partir de uma investigação substancial prévia.

No Direito brasileiro, a ideia de investigação defensiva é camuflada pelas características inquisitórias que lastreiam o inquérito policial, não havendo uma regulamentação específica e exauriente sobre o tema.

Com uma pretensão não tão inovadora, mas que apresenta importância para a institucionalização da investigação defensiva no Brasil, o projeto do novo CPP prevê o referido instituto de forma expressa em seu art. 13 e estabelece algumas prerrogativas para o investigado que não vão muito além daquelas já disciplinadas pelo texto atual. O dispositivo menciona a possibilidade de o investigado identificar meios de prova em favor de sua defesa e a título exemplificativo destaca a prerrogativa de entrevistar pessoas. Todavia, expressa que o material produzido poderá ser juntado ou não aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, vez que isso se encontraria dentro de sua esfera de discricionariedade.

O aludido artigo não exaure a matéria, não esclarecendo de forma minimamente precisa quais atos poderiam ser praticados pela defesa, os limites para sua atuação, os meios de prova que poderia identificar e o peso que teriam as fontes de prova estabelecidas.

Nessa linha, de acordo com o art. 26 do referido diploma legal, o investigado pode requerer ao delegado de polícia a realização de diligências, as quais apenas serão efetuadas a critério da autoridade policial, quando esta verificar a necessidade do ato diante das

circunstâncias. Todavia, o próprio dispositivo prevê o direito de o investigado representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público no caso de indeferimento.

O art. 11 do projeto regulamenta o entendimento jurisprudencial exarado na súmula nº 14 do STF acerca do direito de acesso da defesa aos elementos colhidos nas investigações, estabelecendo que a consulta será ampla em relação às diligências já concluídas. Indica que a defesa poderá fazer apontamentos e reprodução por fotocópia ou por outros meios técnicos.

Ademais, o art. 29 do projeto disciplina a possibilidade de que o interrogatório do indiciado, as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas realizados em sede de inquérito sejam registrados por escrito ou por gravação de áudio ou filmagem, sendo assegurado o fornecimento de cópias aos interessados. A importância disso está em se preservar a fidelidade das informações prestadas. Afinal, uma simples ata resumindo as declarações realizadas não reproduz de modo rigoroso e imparcial o verdadeiro entendimento do declarante, na medida em que se trata do produto da interpretação daquele que interroga (SCHÜNEMANN, 2013), que indica e direciona as perguntas e participa na mesma intensidade de quem responde.

No mesmo sentido se justifica a previsão contida no art. 13 já enfrentada anteriormente, concernente à prerrogativa da defesa em realizar entrevistas no curso das investigações, formulando os questionamentos pertinentes e colocando em pauta temáticas que possam contribuir para sua linha de defesa. Nesse ponto, insta ressaltar que o próprio dispositivo estabelece a necessidade de prévio consentimento da testemunha para que se efetue a inquirição.

A respeito destas questões, Schünemann (2013, p. 258-259) ressalta a importância em se permitir a gravação por vídeo de todas as inquirições de testemunhas e salienta a necessidade em se assegurar à defesa o direito de interrogá-las diretamente. Nesse ponto, frisa que deve ser obrigatório o comparecimento da testemunha a ser inquirida e conclui que tais premissas são basilares para uma paridade de armas nas investigações preliminares e, em consequência, para o estabelecimento do equilíbrio processual.

Todas as inquirições de testemunhas deveriam ser gravadas em vídeo desde o início, pois somente assim pode o advogado em momento posterior, após ter obtido pleno acesso aos autos, emitir um juízo acerca da credibilidade de um depoimento testemunhal. Conforme comprovado por inúmeras pesquisas, a hodierna prática da mera documentação escrita dos depoimentos de testemunhas acarreta em um resultado artificial proveniente da mescla entre o conhecimento real da testemunha e as hipóteses que orientam os funcionários responsáveis pela inquirição. [...]. Somente a gravação integral em formato audiovisual proporciona posteriormente ao advogado a possibilidade de que este, por exemplo, no depoimento de uma testemunha da acusação, diferencie o verdadeiro conhecimento desta testemunha daquilo

que fora introduzido pelos policiais enquanto fruto de suas suposições e inferências. [...]. Tão somente através de um segurado direito à própria inquirição de testemunhas pode o advogado alcançar uma paridade de armas na investigação preliminar, através da qual o equilíbrio processual é então estabelecido.

Em suma, constata-se que o projeto do novo CPP não materializa uma mudança suficiente nas investigações preliminares, havendo que se avançar ainda mais no tocante à regulamentação da investigação defensiva para que se atribua à defesa um papel verdadeiramente eficaz e influente na fase investigatória.

A respeito da temática em exame, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906/1994, editou um Provimento que regulamenta as bases para advogados fazerem investigação e presidirem inquérito defensivo. O Provimento conceitua a investigação defensiva de maneira mais profunda que o projeto do novo CPP, trazendo mais elementos caracterizadores do instituto e prevendo de maneira mais específica as prerrogativas atribuídas à iniciativa investigativa da defesa, além de deixar claro que não se poderá impor qualquer tipo de censura ou impedimento ao advogado no exercício de suas pesquisas. De acordo com seu art. 1º:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. (PROVIMENTO N. 188/2018).

Nos termos do Provimento, a defesa poderá recorrer a todas as diligências necessárias para o esclarecimento dos fatos, o que não se limita à realização de entrevistas a serem eventualmente apensadas aos autos do inquérito. O Provimento indica a título exemplificativo a colheita de depoimentos, a realização de pesquisas perante órgãos públicos e privados, a determinação de elaboração de laudos e exames periciais e a realização de reconstituições. Ressalta que o advogado poderá se valer de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

O Provimento frisa que as atividades nele descritas são privativas dos advogados. Todavia, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico pátrio assegura o direito de acesso à justiça (art 5º, XXXV e LIV da CRFB/88), do qual decorre a garantia de assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV da CRFB/88), atribuída àqueles que não detêm condições econômico-financeiras de arcar com os custos inerentes à concretização do acesso à justiça no plano fático. Nesse contexto, a Defensoria Pública figura como o órgão estatal destinado a

prover orientação jurídica aos necessitados, promovendo a defesa de seus direitos de forma integral e gratuita judicial e extrajudicialmente (art 134 da CRFB/88).

Trazendo essas premissas para o âmbito da investigação defensiva, há de se considerar que o emprego das diligências adequadas para a construção do acervo probatório necessário para a defesa dos interesses do investigado acarreta custos, os quais não poderão ser atribuídos aos hipossuficientes.

Nesse sentido, a fim de se garantir a tutela dos interesses destes, cabe ao Estado aparelhar a Defensoria Pública com mecanismos que lhe permitam efetuar as investigações de maneira efetiva e substancial. Sobre o tema, Schünemann (2013) destaca a necessidade de se criar um órgão autônomo de atuação nas investigações preliminares, voltado para a proteção dos interesses da defesa do acusado e desvinculado do Ministério Público ou da justiça criminal. Nesse viés, indica a possibilidade de que um defensor público ser incumbido dessa função.

Tendo em vista o exposto acerca da investigação defensiva, é possível se extrair a relevância que o instituto pode representar não só no âmbito das investigações preliminares, mas também no contexto da própria dialética processual, sobretudo quando se observa o crescente espaço concedido para a celebração de acordos penais, tal como o acordo sobre a sentença penal proposto.

Ao se viabilizar uma atuação mais participativa e influente da defesa já na fase de investigações, solidifica-se o substrato necessário para que a o acusado possa decidir de maneira efetivamente consentida e motivada sobre a plausibilidade em se realizar a avença junto à acusação ou não (SCHÜNEMANN, 2013). Na medida em que oportuniza à defesa determinar diligências e meios de provas a serem efetuados, formular quesitos para a realização de perícia, proceder diretamente a entrevistas, etc, permite-se que tenha acesso a informações que vão muito além de uma visão unilateral da autoridade policial ou da acusação. Além disso, viabiliza-se que sejam colhidos elementos que não se prestam a fundamentar apenas teses de acusação, permitindo-se a realização de diligências que por vezes não seriam efetivadas senão por iniciativa da defesa, as quais podem ser fundamentais para a tutela dos interesses do investigado (SILVA, 2019).

Destarte, a investigação defensiva é capaz de conferir à defesa um conjunto de subsídios que possam contribuir para a formação do convencimento do réu. Nesse sentido, se permite que avalie a situação em que se encontra, analise os elementos que apontam para sua condenação ou absolvição e mensure as chances de êxito ao final do processo. A partir disso, a defesa passa a contar com melhores mecanismos para decidir sobre a viabilidade de celebrar

o acordo no início do processo, avaliando se a pena a ser cumprida nos moldes propostos lhe é benéfica a ponto de consentir em renunciar à toda a dialética processual. Tal é o entendimento de Schünemann (2013, p. 259), que conclui que caso suas proposições fossem implementadas na prática, criaria-se um cenário propício para que a defesa valorasse a pertinência em se submeter ou não a um acordo de aplicação imediata da pena:

Caso essa tripla reforma da investigação preliminar fosse executada, poder-se-ia afirmar que, ao final da investigação preliminar, a defesa estaria apta a julgar de forma confiável se os resultados nela obtidos são capazes de sustentar a denúncia oferecida pelo ministério público ou, caso contrário, se é sensato e útil, para se abreviar o processo, que se aceite o resultado proposto pelo promotor ou pelo juiz sem a prévia realização da audiência de instrução e julgamento.

Schünemann (2013, p. 260) também enfatiza que é imprescindível uma limitação criteriosa no desconto da pena para que o acusado não seja submetido a uma pressão psicológica capaz de minar sua liberdade e autodeterminação. Nesse sentido, sugere que a acusação apresente, desde o início, duas propostas distintas de medida de pena, sendo uma para o caso de realização de audiência de instrução e julgamento, e outra para a hipótese de aplicação imediata de pena. Nesse aspecto, entre as duas propostas não poderia incidir uma diferença superior a 20-25% (vinte-vinte e cinco por cento).

Caso o acusado, em razão das garantias processuais a ele asseguradas durante a investigação preliminar (...), tiver se convencido de que praticamente não tem chance de ser absolvido, ele irá renunciar à audiência de instrução e julgamento e aceitará a pena assim reduzida. Sua renúncia legitima-se não por seu consenso enquanto tal, mas por sua convicção de que a investigação preliminar já acarretara por si só na descoberta da verdade material. Decidindo-se pela realização da audiência de instrução e julgamento, e, logo, pela condução do processo penal, o acusado está, graças à segunda proposta de medida de pena realizada pelo parquet, protegido do perigo de ter de suportar uma pena exorbitantemente alta como forma de punição de sua teimosia processual. Portanto, a proposta do ministério público que designe a pena mais alta deve estar necessariamente associada à proibição da *reformatio in pejus*.

Depreende-se que a implementação do acordo sobre a sentença penal deve ser precedida de uma alteração nas investigações preliminares, mediante a incorporação de garantias mais robustas para investigado desde a fase pré-processual, como forma de mitigar a disparidade de armas das partes e permitir a celebração de um acordo minimamente justo e consentâneo com o Estado democrático de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível se concluir que a expansão da justiça negociada como reflexo de uma busca por maior celeridade e efetividade na resposta do Estado para a solução de demandas repercute na previsão de propostas de institucionalização de acordos sobre a sentença penal. Se por um lado objetiva-se superar a morosidade, a sobrecarga do judiciário e os anseios sociais, por outro pode-se criar um cenário caótico e violador de direitos fundamentais do acusado.

O acordo sobre a sentença penal deve ser realizado no início do processo, devendo o réu abrir mão da instrução processual motivado pela suposta vantagem cominação de uma pena mais vantajosa. Restou demonstrado que, nesse viés, a celebração do acordo viabiliza a aplicação de pena sem processo, relativizando-se garantias processuais penais e desencadeando o risco de um encarceramento em massa. Verificou-se que esse contexto acarreta uma supervalorização dos elementos informativos colhidos na investigação preliminar, marcadamente inquisitória, que se desenvolve sem a efetiva participação da defesa, o que realça o desequilíbrio entre as partes para a celebração do acordo e, assim, a injustiça na solução da lide.

Conciliar as perspectivas da justiça negociada - que se constitui como uma tendência inevitável em resposta à crise do judiciário, a despeito das críticas corriqueiramente feitas -, com os demais valores tutelados não parece tarefa fácil. Como esboçado, através do processo penal e da aplicação do direito material se permite a limitação do poder de punir do Estado e, ao mesmo tempo, a proteção da esfera jurídica do acusado. Na medida em que se pleiteia a sumarização de procedimentos, coloca-se em xeque as garantias asseguradas ao réu, o que não pode ser admitido de maneira ampla e passiva, sem as devidas ponderações.

Necessário se faz pensar em mecanismos que viabilizem harmonizar a instituição do acordo aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, demonstrou-se que a investigação defensiva se configura como um primeiro passo para se atingir esse ponto de equilíbrio. Ao se incutir uma ampliação dos direitos na fase de investigação, abre-se margem para que possa ser celebrado um acordo no início do processo em um cenário com maior paridade de armas entre acusação e defesa.

Todavia, considerando que não há uma regulamentação exauriente sobre o tema, além da propagação cada vez maior de discursos calcados em uma perspectiva punitivista, há muito o que se avançar no sentido de se prover uma proteção adequada e uma influência mais ativa da defesa nas investigações. A ideia de investigação defensiva exige uma atuação do legislador no sentido de positivar os instrumentos necessários para sua consolidação

substancial no sistema brasileiro, e exige do operador do Direito que se abra e se adapte a essa realidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Mello de. Devido processo legal – imprescindível para aplicação de pena justa!. *Migalhas*, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI299755,51045-Devido+processo+legal+imprescindivel+para+aplicacao+de+pena+justa>>. Acesso em: out. 2019.
- ALVES, Natália Lopes. Projeto de Lei Anticrime e seus desejos de encarceramento em massa como solução analgésica de uma política criminal fadada ao fracasso. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 323, p. 2, out. 2019.
- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Análise jurídica: os problemas dos acordos previstos na “Lei Anticrime” de Sérgio Moro. *Justificando*, maio 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/05/15/analise-juridica-os-problemas-dos-acordos-previstos-na-lei-anticrime-de-sergio-moro/>>. Acesso em: jul. 2019.
- AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr. 2004.
- BARRA, Fernando Alberto Cavaleiro de Macedo. Barganha à brasileira: entre a proteção radical de direitos fundamentais e o inquisitorialismo nosso de cada dia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 323, p. 2-3, out. 2019.
- BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Provimento nº 188, de 31 de dezembro de 2018*. Brasília, dezembro 2018. Disponível em: <<https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>>. Acesso em: set. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: ago. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília, out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: ago. 2019.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização - Junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019, p. 7. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: out. 2019.

BRASIL. *Projeto de lei nº 8045, de 22 de dezembro de 2010*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasil: Câmara dos deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: set. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019*, de autoria do Poder Executivo. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasil: Câmara dos deputados. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjspmmedidas-contracorrupcao-crime-organizado.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de constituição, justiça e cidadania. *Notas taquigráficas*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/8839>>. Acesso em set. 2019.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A investigação defensiva como uma necessidade democrática. *Canal de ciências criminais*, mar. 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/investigacao-defensiva-necessidade/>>. Acesso em: out. 2019.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Juspodivum, 2015.

DUARTE, Ricardo Quass. *O Tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. A importância do direito de defesa para a democracia e para a cidadania. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, dez. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/marcelo-figueiredo-importancia-direito-defesa-democracia>>. Acesso em: out. 2019.

GAVIORNO, Gracimere Vieira Soeiro de Castro. *Garantias constitucionais do indiciado no inquérito policial: controvérsias históricas e contemporâneas*. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direitos e Garantias Constitucionais) – Faculdades Integradas de Vitória, Vitória, 2006.

KUHN, Guilherme Espíndola. Investigação criminal defensiva. *Canal de ciências criminais*, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/570744125/investigacao-criminal-defensiva>>. Acesso em: out. 2019.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Defesa técnica e democratização do inquérito policial. *Canal de ciências criminais*, abr. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/defesa-tecnica-e-democratizacao-do-inquerito-policial/>>. Acesso em: out. 2019.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Releitura constitucional do sigilo da investigação criminal. *Canal de ciências criminais*, nov. 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sigilo-da-investigacao-criminal/>>. Acesso em: out. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto „anticrime“: remédio ou veneno?. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: jul. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da.; BULHÕES, Gabriel. Investigação defensiva: poder-dever da advocacia e direito da cidadania. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>>. Acesso em: out. 2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010, p. 119.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e as suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, n. 1, 2014, p. 332-362. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>>. Acesso em: jul. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal. Com comentários à Lei da Tortura*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

PROPOSTA de plea bargain de Sergio Moro é retirada de "pacote anticrime". *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-07/proposta-plea-bargain-moro-retirada-pacote-anticrime>>. Acesso em: out. 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240-261.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação defensiva é direito decorrente das regras do ordenamento jurídico. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/tribuna-defensoria-investigacao-defensiva-direito-decorrente-ordenamento-juridico>>. Acesso em: out. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 323, maio 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em: jul. 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (pls 156/2009). *Quaestio Iuris*, v. 09, n. 03, Rio de Janeiro, 2016, p. 1743.