

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

MARCELO HERVAL MACÊDO RIBEIRO

**JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA DA
IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS NEGOCIAIS AO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

MACEIÓ

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

MARCELO HERVAL MACÊDO RIBEIRO

**JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA DA
IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS NEGOCIAIS AO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Faculdade de Direito de Alagoas - FDA / Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: crimes, punições e direitos violados: das normas penais e processuais às políticas criminais.

Orientador: Prof. Dr. Welton Roberto

MACEIÓ

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

R484j	<p>Ribeiro, Marcelo Herval Macêdo. Justiça criminal negocial e garantismo penal : análise crítica da importação de institutos jurídicos negociais ao processo penal brasileiro / Marcelo Herval Macêdo Ribeiro. – 2022. 169 f. : il.</p> <p>Orientador: Welton Roberto. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2022.</p> <p>Bibliografia: f. 157-169.</p> <p>1. Negociação processual - Brasil. 2. Garantismo penal. 3. Devido processo legal.</p> <p>I. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU: 343.211.4(81)</p>
-------	--

AGRADECIMENTOS

A travessia desta caminhada, sem sombra de dúvidas, foi um dos mais insólitos desafios com os quais já me comprometi. Quando, desejando seguir minha paixão pela Academia e pela pesquisa, me propus a participar da seleção de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, no final de 2019, não poderia imaginar que os anos que se seguiriam seriam marcados por um cenário raríssimas vezes visto na história: a pandemia de uma nova cepa de vírus, que culminou mundialmente com mais de 06 milhões de mortes, das quais aproximadamente 700 mil se deram, muito também em virtude de uma questionável gestão do Governo Federal, somente no Brasil.

Com efeito, nos anos que se seguiram, o contexto pandêmico impôs uma série de transformações e desafios. Vimo-nos, pelo menos aqueles que tiveram a consciência e solidariedade — ou, quiçá, o verdadeiro privilégio — na necessidade de nos isolarmos de entes queridos, amigos(as) e colegas de trabalho. Uma avassaladora crise atingiu o mundo, com mais força ainda o Brasil, engendrando reflexos sobremaneira impactantes em todas as áreas da convivência humana: crise sanitária, com períodos de angustiante aumento de contágio e fatalidade daquele vírus; crise também econômica e social, com centenas de milhares de pessoas perdendo seus empregos e postos de trabalho, e algumas tantas outras, por necessidade de sobrevivência, vendo-se compelidas a se arriscar diante do imponderável. Crise, enfim, política, com acentuada polarização ideológica, sedimentando um terreno fértil a discursos e práticas de ódio.

Mas as singelas linhas que inauguram o presente trabalho não se destinam de forma alguma a servir como mural de lamentações. Longe disso e muito pelo contrário. Se hoje tenho a oportunidade de escrevê-las, não sem emoção, é porque logramos resistir. Portanto, nos parágrafos seguintes pretendo esboçar um pouco da minha gratidão, longe, é certo, de esgotá-la, mas não deixando ao largo aqueles que, em maior ou menor medida (a maioria, em verdade, incalculavelmente) puderam me ladear durante essa travessia, auxiliando-me a chegar até aqui.

Inicio agradecendo a toda minha família, especialmente a minha mãe, Patrícia Pedrosa, por sempre acreditar em mim e não medir esforços para que meus sonhos se concretizassem. Sem o seu incondicional apoio, mãe, certamente este desafio teria sido muito maior, esteja certa disso. Palavras nunca serão suficientes para descrever toda minha gratidão e meu amor. Obrigado por tudo.

Aos meus sócios, amigos e irmãos, Roberto Moura e Lucas Albuquerque, minha imensa gratidão por todo apoio e compreensão que me foram dados, sobretudo diante de tantas

renúncias que inevitavelmente tiveram de ser feitas para que este Mestrado se realizasse. Sou muito realizado por conviver diariamente com pessoas que, assim como eu, entendem que o Direito se presta a algo muito maior do que um simples instrumento de ascensão pessoal e profissional; que se trata, em verdade, de uma poderosa ferramenta de transformação da sociedade — para o bem ou para o mal —, e que deve, portanto, ser exercido com pudor e cautela.

A todos os meus colegas de Mestrado da Turma XV, em especial aqueles que junto comigo integraram a Linha de Pesquisa n. 4 (Bia, Jorge, Laura, Luiz e Sam), saibam que me faltam palavras para expressar a importância que vocês tiveram durante esse período. Nossos encontros, que de início se deram apenas virtualmente, foram essenciais para que buscássemos alento diante de tantas apreensões que tivemos de enfrentar. Sou feliz por não apenas por ter encontrado pessoas que compartilham valores e princípios semelhantes, mas por ter descoberto verdadeiros(as) amigos(as) com os quais pude (e ainda posso) contar nos momentos de angústia e incerteza que tão tipicamente caracterizam um Mestrado, especialmente à maneira como o nosso se realizou. Obrigado por tudo, meus amigos e minhas amigas.

À Maria Jácome, minha gratidão pela imprescindível escuta durante todo percurso. À Ingrid, pelo valioso apoio durante essa desafiadora caminhada. Aos meus companheiros e companheiras de longa data, colegas de pesquisa e de tantas lutas, com quem por anos venho fortalecendo um laço que carinhosamente chamamos de bioamor: Amanda, Arthur, Graciella, Jéssica, Laura, Lilica, Manoel, Marcelle, Nathália, Marcus, Naldo (Winicius), Thayná e Zé, obrigado por toda parceria, escuta, auxílio e torcida de sempre.

Aos coordenadores do Grupo de Pesquisa “Biopolítica e Processo Penal”, Professores André Sampaio, Marcos Melo e Hugo Leonardo, registro minha eterna admiração pela postura combativa e reflexiva que muito propriamente os caracterizam e que serviram e ainda servem como fontes inesgotáveis de inspiração. Minha gratidão, também, por todas as conversas e todo material partilhado. Ao Professor Welton Roberto, agradeço imensamente por ter aceito a orientação deste trabalho, prestando um relevante auxílio durante todo seu processo construtivo. Aos(às) Professores(as) do Programa de Mestrado da UFAL, especialmente da Linha 04, minha inestimável gratidão pelas valiosas e riquíssimas trocas que tivemos durante as aulas, muitas das quais constituem efetivamente a base sobre a qual as reflexões expostas nesse trabalho se assentam.

Ao Professor Douglas Vieira, minha sincera admiração e especial gratidão pela oportunidade que me foi dada de exercer o magistério, profissão que continuamente me renova e realiza. Por fim, a todos que acreditam na educação como ferramenta de transformação

social e humana e que não se esquivam de defendê-la face à sistemática crise que historicamente vem enfrentando, em especial a todos os professores e todas as professoras com quem tive a oportunidade de aprender — no colégio, na graduação e agora no Mestrado —, saibam que este trabalho somente se fez possível graças a vocês e também por vocês. Lutar pela educação no Brasil é, acima de tudo, um ato de resistência, e este trabalho se constitui, ao fim e ao cabo, como a prova de que resistindo, podemos, enfim, (re)existir. Que o legado da luta por uma educação crítica e emancipadora se perpetue, hoje e sempre.

— *É um aparelho singular, disse o oficial ao explorador, percorrendo com um olhar até certo ponto de admiração o aparelho que ele no entanto conhecia bem. [...] O explorador queria perguntar diversas coisas, mas à vista do homem indagou apenas:*

— *Ele conhece a sentença?*

— *Não, disse o oficial, e logo quis continuar com as suas explicações.*

Mas o explorador o interrompeu:

— *Ele não conhece a própria sentença?*

— *Não, repetiu o oficial e estacou um instante, como se exigisse do explorador uma fundamentação detalhada da sua pergunta; depois disse:*

— *Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentá-la na própria carne. [...]*

— *Mas ele certamente sabe que foi condenado, não?*

— *Também não — disse o oficial e sorriu para o explorador, como se ainda esperasse dele algumas manifestações insólitas.*

— *Não — disse o explorador passando a mão pela testa. — Então até agora o homem ainda não sabe como foi acolhida sua defesa?*

— *Ele não teve oportunidade de se defender — disse o oficial, olhando de lado como se falasse consigo mesmo e não quisesse envergonhar o explorador com o relato de coisas que lhe eram tão óbvias.*

Franz Kafka, em “A Colônia Penal”.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo precípua investigar, à luz da teoria do garantismo penal, o crescente fenômeno de importação de mecanismos consensuais de resolução do conflito criminal ao ordenamento jurídico pátrio. Partindo da premissa de que a Constituição da República Federativa de 1988 instituiu um conjunto de garantias limitadoras da aplicação do poder punitivo do Estado, responsáveis por conformar um sistema falsacionista de determinação do desvio penal descrito pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli como uma *epistemologia garantista*, intenta-se neste trabalho proceder ao exame das possíveis contradições engendradas pela emergência do fenômeno de negociação no processo penal relativamente ao sistema garantista albergado pela Constituição da República. A hipótese ventilada é de que a resolução consensual dos conflitos na seara penal, na medida em que prescinde das garantias fundamentais que orientam e legitimam a aplicação do poder punitivo dentro de uma perspectiva acusatória e democrática, constitui-se como expediente potencialmente deletério ao sistema garantista positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para nortear adequadamente o desenvolvimento desta pesquisa, foram utilizadas técnicas de pesquisa primordialmente documentais e bibliográficas, valendo-se do método dialético-fenomenológico e histórico-comparativo, com apoio em extenso material já existente, incluindo legislações, jurisprudências e produções acadêmicas variadas, nacionais e estrangeiras, de autores e autoras que desenvolveram estudos críticos acerca do tema objeto de análise. Ao cabo desta pesquisa, foi possível concluir que os mecanismos negociais promovem efetivos prejuízos às garantias que estruturam o sistema epistemológico garantista, especialmente a garantia da jurisdicionabilidade, ao permitir a aplicação de uma pena à míngua de um processo judicial; a obrigatoriedade da ação penal, porquanto tais mecanismos se baseiam na discricionariedade do titular da ação; a separação entre os diversos atores processuais, promovendo graves subversões em suas atuações, bem como da ampla defesa, contraditório e produção probatória, ao exigir a renúncia à produção de prova por iniciativa do imputado, satisfazendo-se com os elementos produzidos de forma unilateral e inquisitiva pelos órgãos de persecução penal do Estado, eventualmente corroborada pela confissão do imputado. Com vistas a efetivar uma proposta garantista de redução de danos, foi sugerida a regulamentação de questões como a investigação defensiva, maior controle judicial sobre a base fática dos acordos e ampliação de atuação das Defensorias Públicas, sobretudo na fase de investigação preliminar.

PALAVRAS-CHAVE: negociação processual; garantismo penal; devido processo.

ABSTRACT

The main objective of this dissertation is to analyze, in the light of the theory of criminal guaranteeism, the growing phenomenon of importation consensual resolution mechanisms to the national legal system. Starting from the premise that the Constitution of the Federative Republic of 1988 prescribed a set of limiting guarantees to the application of the punitive power, conforming a falsificationist system to define the criminal deviation, described by the Italian philosopher Luigi Ferrajoli as a guaranteeist epistemology, it is intended to examine in this work the possible contradictions raised by the negotiation mechanisms that have already been positivized — as well as by the current projects to expand the consensus's space —, on the one hand, and, on the other hand, by the guaranteeist system sheltered by the Constitution of the Republic. The hypothesis is that negotiation in criminal proceedings, insofar as it dispenses the fundamental guarantees that guide and legitimize the application of punitive power within an accusatory and democratic processual perspective, presents as incompatible and potentially harmful to this guaranteeist system positivized in the Brazilian legal system. To guide the development of this research, primarily documentary and bibliographic research techniques were used, using the dialectical-phenomenological and historical-comparative method, supported by extensive material already existing, including legislation, jurisprudence and varied academic productions, national and foreign, by authors who developed critical studies on the subject of analysis. At the end of the research, it was concluded that the negotiation mechanisms promote effective damages to the guarantees that structure the referred guaranteeist epistemological system, especially the guarantee of jurisdiction, by allowing the application of a penalty in the absence of a judicial process; the mandatory criminal proceedings, as such mechanisms are based on the discretion of the Prosecution; the separation between the various procedural actors, promoting serious subversions in their actions, as well as the full defense, contradictory and production of evidence, by demanding the waiver of the production of evidence on the initiative of the accused, being satisfied with the elements produced in a unilateral and inquisitive way by the criminal prosecution, eventually corroborated by the guilty of plea of the accused. In an attempt of proposing harms reduction, it was suggested the regulation of issues such as defensive investigation, greater judicial control over the factual basis of the agreements and expansion of the Public Defender's, especially in the preliminary investigation phase.

KEYWORDS: negotiated agreements; criminal guaranteeism; due process of law

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PROCESSO PENAL COMO GARANTIA À APLICAÇÃO DA PENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO PENAL	17
2.1 Instrumentalidade garantista e a finalidade do processo penal.....	17
2.2 Epistemologia garantista: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual	20
2.2.1 A jurisdicionariedade ou a necessidade de submissão à jurisdição	26
2.2.2 A necessidade de separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais e as garantias inerentes ao sistema processual acusatório	30
2.2.3 A obrigatoriedade da ação penal	32
2.2.4 O direito de defesa e de produção probatória e a garantia do contraditório	39
3 JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: APORTES CRÍTICOS DESDE A REALIDADE ESTRANGEIRA.....	45
3.1 <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i> : as duas grandes famílias de direitos.....	46
3.2 A negociação penal no sistema jurídico anglo-americano: a hegemonia do <i>plea bargaining</i>	53
3.3 O movimento de reforma dos sistemas processuais latino-americanos e a incorporação dos mecanismos de consenso	68
4 A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	81
4.1 A negociação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais: composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal.....	81
4.1.1 A composição civil dos danos	87
4.1.2 A transação penal.....	88
4.1.3 A suspensão condicional do processo	95
4.2 A colaboração premiada	98
4.3 A “Lei Anticrime” e o acordo de não persecução penal.....	106
5 A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL E OS LIMITES GARANTISTAS AO NOVO MODELO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS.....	121
5.1 Propostas de expansão dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico brasileiro ..	125
5.2 Em busca de uma adequação garantista: limites à expansão da justiça negocial	139
6 CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS	157

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, tem-se observado, em ordenamentos jurídicos de diferentes nações, a crescente ampliação de mecanismos processuais que se destinam a resolver de forma abreviada e consensual o conflito trazido à jurisdição criminal. De acordo com estudos empíricos realizados pela *Fair Trials*, organização internacional de proteção a direitos humanos sediada no Reino Unido, entre os anos de 1990 e 2016, a quantidade de países que passaram a adotar instrumentos de resolução consensual para os conflitos criminais aumentou 300%, encontrando-se este cenário ainda em franca e acelerada expansão¹.

A despeito das formas diversas por meio das quais estes mecanismos consensuais se estruturam e se materializam na realidade judiciária — variando fundamentalmente conforme a tradição jurídica a partir da qual seus ordenamentos foram construídos —, é possível observar, entre eles, a coexistência de alguns elementos em comum. Em primeiro lugar, tratam-se de ferramentas que pretendem resolver de forma antecipada a discussão a respeito da materialidade de um crime e sua respectiva autoria, quer seja evitando a deflagração de um processo, quer seja suprimindo alguma(s) de suas fases. Além disso, tais ferramentas vêm acompanhadas de supostos benefícios — igualmente variáveis a depender do ordenamento dos quais sejam derivados — ao pretense autor do fato criminoso, com a contrapartida de que este renuncie ao direito a um julgamento com a plenitude de garantias a ele inerentes.

No que concerne particularmente ao ordenamento jurídico brasileiro, não obstante características sistêmicas que, à primeira vista, resultariam em obstáculos à importação de institutos negociais para o processo penal (conforme este trabalho pretende mais percucientemente investigar), é pertinente aduzir que o fenômeno de incorporação de mecanismos de justiça consensual não é de todo recente. Pelo menos desde o final dos anos 80 e início dos anos 90, destacadamente a partir do advento da Constituição da República Federativa de 1988 e, em seguida, da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), tem-se presenciado um crescente movimento de positivação, na estrutura processual pátria, de mecanismos que visam a conferir maior simplicidade à resposta jurisdicional do Estado, visando a torná-la mais célere e eficiente.

Recentemente, com o advento da Lei 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, assistiu-se à positivação de mais um novo instituto de natureza consensual no ordenamento jurídico pátrio, denominado de “acordo de não persecução penal”. Consoante preceitua o artigo 28-A

¹ FAIR TRIAL. **The Disappearing Trial**. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2022.

do Código de Processo Penal, incluído pelo diploma legal acima mencionado, nas hipóteses em que os pressupostos da ação penal estiverem preenchidos, poderá o Ministério Público transacionar com o investigado uma série de condições as quais este deve se comprometer a cumprir, por meio de um ajuste de vontades a ser submetido à homologação judicial. Homologado o acordo e cumpridas as condições pactuadas, declara-se extinta a punibilidade do suposto autor do fato, não mais sendo possível ao órgão acusador o oferecimento da ação penal.

Ademais deste recente instituto consensual, observa-se ainda a existência de outros projetos normativos que tencionam à ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. É o caso do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados na forma do substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos ao PL nº 8.045/2010. Nele, constam pelo menos duas modalidades inéditas (no plano legal) de acordo — para além do já referido acordo de não persecução penal —, previstas, respectivamente, entre os artigos 114 a 123 do Novo Código de Processo Penal, nos quais se regulamenta a realização de práticas de justiça restaurativa, e entre os artigos 341 a 348 do Novo Código de Processo Penal, que modificam substancialmente as normas concernentes ao procedimento sumário, inserindo uma nova modalidade de acordo intitulada “juízo antecipado de mérito” para os crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse oito anos.

Diante desse indiscutível cenário de expansão dos acordos no processo penal — tanto a nível global quanto nacional —, exsurtem alguns questionamentos acerca da sua compatibilidade notadamente em face da arquitetura constitucional existente no sistema jurídico pátrio. Em primeiro lugar, é válido questionar se a tradição jurídica à qual o ordenamento brasileiro encontra-se vinculado, de jaez essencialmente civilista e na qual a legalidade se apresenta como princípio norteador da conduta dos sujeitos estatais, incluindo os atores do processo, autorizaria a existência de espaços reservados à promoção de acordos sobre fatos previstos legalmente como crimes, mediante a flexibilização da natureza ou gravidade das sanções cominadas naquelas normas penais.

Além disso, questiona-se se os limites que consubstanciam a cláusula do devido processo legal, estatuída no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88, segundo a qual ninguém poderá ser privado de direitos à minguada observância de um conjunto de garantias destinadas a balizar a aplicação do poder punitivo do Estado, podem ser legitimamente relativizadas (ou, em alguns casos, inteiramente suprimidas) por meio da renúncia supostamente voluntária do investigado ou acusado da prática de um fato criminoso.

Essas são algumas perguntas que o presente trabalho pretende enfrentar. A hipótese suscitada é de que a resolução consensual dos conflitos na seara penal, na medida em que prescindir das garantias fundamentais que orientam e legitimam a aplicação do poder punitivo dentro de uma perspectiva acusatória e democrática, constitui-se como expediente potencialmente deletério ao sistema garantista positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, com o propósito de orientar o desenvolvimento desta pesquisa, elegeu-se como referencial heurístico a teoria do garantismo penal, representada principalmente pela obra *Direito e Razão*, escrita pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli.

Para Luigi Ferrajoli, o garantismo comporta três sentidos distintos, porém complementares. O primeiro corresponderia a um *modelo normativo de direito* que pretende delimitar a responsabilidade penal mediante um método falsacionista constituído por dois elementos estruturais: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual. Por meio deste método, tem-se que a pena de um delito somente pode ser legitimamente aplicada quando a hipótese acusatória restar demonstrada dentro de um processo em que sejam asseguradas a refutação e a contradição, com a devida observância da ampla defesa e do direito à contraprova.

Além disso, o garantismo penal pode ainda ser analisado a partir do prisma de uma teoria jurídica que propõe a separação entre o plano de validade e eficácia das normas — isto é, uma *teoria da divergência* —, ventilando um modelo *ideal* (dever-ser) de determinação do desvio, por meio do qual o sistema jurídico extrai sua validade, sem descurar, todavia, da realidade existente na operacionalização empírica desse sistema (ser), revelando-se capaz, portanto, de descortinar o seu grau de efetividade ou inefetividade. Assim, é possível falar não simplesmente em sistemas garantistas ou antigarantistas, mas, fundamentalmente, em graus de garantismo, a depender do nível de realização prática dos elementos ideais que condicionam (e, por isso mesmo, legitimam) a materialização do poder punitivo do Estado².

Finalmente, o garantismo pode ser analisado sob a ótica de uma *filosofia política* por meio da qual se buscam os elementos de justificação externa do sistema jurídico — vale dizer, a justificação dos bens e interesses os quais esse sistema objetiva assegurar³. Tendo em vista que o poder punitivo produz, independentemente do nível de garantismo a que esteja vinculado, um custo social — uma vez que impõe restrições a direitos individuais — esse custo precisa ser devidamente justificado. Assim, a partir dessa perspectiva, o olhar é deslocado de um plano de

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

análise puramente formal para incluir os valores e propósitos políticos que conferem sentido e legitimidade à existência e criação de normas penais.

A escolha pelo garantismo como referencial teórico se justifica precisamente porque a Constituição da República de 1988, erigida no bojo do movimento neoconstitucionalista, optou nitidamente por um modelo garantista de processo penal, constituindo um conjunto de limites oponíveis ao Estado para legítima aplicação do poder de punir⁴. Com efeito, os valores fundamentais albergados na Carta Cidadã — perspectiva *axiológica* ou *política* — se materializam nas normas que condicionam a determinação da responsabilidade penal pelo Estado, enclausuradas em um sistema epistemológico constituído por dez axiomas, que serão adiante mais percucientemente analisados. Em que pese o Código de Processo Penal ainda preserve dispositivos baseados no modelo substancialista, propiciando a reprodução de práticas inquisitivas e antidemocráticas (plano da eficácia), a releitura do sistema à luz da Constituição é tarefa incontornável para devida adequação democrática do ordenamento jurídico pátrio.

A fim de alcançar os objetivos propostos neste trabalho, foi utilizado um conjunto de métodos científicos que levaram à realização de uma aprofundada análise crítica, histórica e comparativa acerca do fenômeno de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Nesse sentido, optou-se pela utilização dos métodos de abordagem dialético e fenomenológico, tendo em vista a necessidade de se avaliar possíveis conflitos existentes entre o ordenamento jurídico pátrio e os instrumentos de justiça negocial que se encontram positivados, considerando também as atuais propostas normativas destinadas à ampliação dos espaços de consenso. Com efeito, os métodos acima referidos mostraram-se adequados à análise das consequências (sínteses) engendradas a partir da confluência entre o sistema constitucional garantista (tese) e o fenômeno de expansão dos mecanismos de negociação no processo penal (antítese).

De outra banda, do ponto de vista procedimental, foram utilizados primordialmente os métodos histórico e comparativo, em especial a análise de direito comparado. Importa neste ponto salientar que o método de análise comparada em direito não se confunde com o estudo do direito estrangeiro, conforme adverte Juliano Heinen⁵. Isso se dá porquanto, diferentemente

⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁵ HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 27, n. 2, 2017. DOI: 10.9771/rppgd.v27i2.25147. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147>. Acesso em: 20 mai. 2022.

do primeiro, que visa apenas a compreender a forma como o ordenamento jurídico de outro país se estrutura e se realiza, o segundo amplia o espectro analítico a fim de alcançar a circulação de modelos e a recepção de institutos jurídicos, desde uma perspectiva descritiva até uma perspectiva aplicada⁶. Dessa forma, torna-se possível verificar quais influxos conduziram à adoção de soluções consensuais originadas em outros sistemas jurídicos, avaliando a forma como esses institutos passaram a se concretizar na prática judicial em cada país.

Este método de procedimento mostrou-se adequado principalmente porque se percebeu que o arquétipo de instituto consensual a partir do qual diversos sistemas jurídicos buscam se inspirar para fins de adoção de soluções eficientistas ao processo consiste no *plea bargaining* positivado nas nações de tradição anglo-saxônica, destacadamente nos Estados Unidos⁷. Dessa forma, a partir do método de estudo comparado, sobretudo à vista da perspectiva da tradução jurídica, idealizada e proposta por Máximo Langer⁸, foi possível verificar de que maneira as ideias concernentes à adoção de modelos consensuais no processo penal passaram a circular entre países cujos sistemas foram construídos historicamente sob tradições jurídicas diversas da *Common Law*, especialmente na América Latina.

Ademais, a pesquisa se desenvolveu a partir de uma perspectiva qualitativa e descritiva, com supedâneo em extenso material bibliográfico já existente, em especial de autoras e autores que empreenderam estudos críticos acerca do direito penal, direito processual penal e criminologia. Em razão da necessidade de se proceder com um estudo comparado do direito, como já afirmado, foram utilizadas diversas bibliografias estrangeiras, incluindo livros, artigos científicos e precedentes jurisprudenciais. Nas linhas a seguir, apresenta-se a forma como o presente trabalho encontra-se estruturado.

A primeira seção se propõe a analisar os limites que condicionam a aplicação do poder punitivo do Estado sob a ótica da teoria do garantismo penal. Nesse ponto, pretendeu-se superar a concepção formalista ou instrumental segundo a qual o processo se constitui como mero instrumento de aplicação do poder punitivo do Estado, sustentando-se ao revés a ideia de que o processo se justifica fundamentalmente a partir da observância de um conjunto de garantias que

⁶ HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 27, n. 2, 2017 p. 169. DOI: 10.9771/rppgd.v27i2.25147. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147>. Acesso em: 20 mai. 2022.

⁷ “A importação destes mecanismos de negociação tem sua origem no direito anglo-saxônico — mais especificamente no *plea bargaining* estadunidense. Nesse sentido, podem se incluir em uma corrente bicentenária de importação de institutos desta tradição aos processos penais de tradição continental-europeia e latino-americana”. (LANGER, Máximo. **La dicotomía acusatorio-inquisitorio y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado**. In: Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001., p. 98).

⁸ Para melhor compreensão sobre este tema, conferir a seção 3.1.2 desta dissertação.

condicionam à validade da aplicação da pena aos princípios consubstanciados na cláusula do devido processo legal. Com efeito, expôs-se nesta seção os axiomas derivados dos elementos integrantes do Sistema Garantista (SG) teorizado por Luigi Ferrajoli em sua obra aqui já referida, com especial destaque — em razão do corte epistemológico à qual este trabalho se vincula — ao cognitivismo processual, isto é, às garantias processuais que dizem respeito a questões sobre *quando e como* julgar.

A seção seguinte se destinou a proceder a uma análise crítica sobre os institutos negociais positivados nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, desde a perspectiva do referido método de análise comparada em direito. Para tanto, fez-se inicialmente uma breve exposição acerca das duas grandes tradições jurídicas existentes, quais sejam, a tradição da *Common Law*, presente nos países anglo-saxônicos, e a tradição da *Civil Law*, existente sobretudo nas nações da Europa continental e da América Latina. Pretendeu-se demonstrar que malgrado ainda se observe características que remontam às tradições a partir das quais os ordenamentos jurídicos daquelas nações foram historicamente construídos, o que se verifica hodiernamente é um amplo movimento de circulação de modelos ou ideias jurídicas a nível global, com repercussões na forma de resolução dos conflitos que aportam à jurisdição criminal.

Em seguida, ainda nesta seção, realizou-se um percuciente estudo crítico relativamente a um dos mais importantes instrumentos de justiça negocial hoje existentes — qual seja, o *plea bargaining* —, visando a demonstrar seus principais elementos, o contexto histórico a partir do qual ele surge, as razões que levaram, hoje, à sua larga hegemonia, bem como as mais relevantes problemáticas observadas nos países nos quais ele se encontra incorporado. Por fim, procedeu-se à investigação dos movimentos de incorporação de institutos negociais nos países latino-americanos, optando-se por aprofundar o estudo primordialmente a dois países que recentemente passaram a adotar soluções consensuais em seus ordenamentos jurídicos: a Argentina e o Chile.

Na terceira seção, o olhar é deslocado da realidade estrangeira para a realidade nacional, com o propósito de aprofundar o estudo sobre os espaços de consenso positivados no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, foram tecidas considerações acerca da Lei dos Juizados Especiais, demonstrando as contradições entre o discurso oficial que pretendia sustentar a ideia de diminuição do fluxo processual nas varas criminais comuns — mediante as ferramentas despenalizadoras previstas naquela lei — e a prática judicial cotidiana. Além disso, fez-se uma análise crítica sobre cada um dos mecanismos de negociação previstos naquele diploma legal, nomeadamente a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Nesta seção, foram ainda analisados outros dois instrumentos que

possibilitam a negociação entre as partes no que diz respeito ao objeto do processo, a saber, a colaboração premiada, regulamentada sobretudo na Lei 12.850/2013, e o acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento pátrio, como já mencionado, por meio da Lei 13.964/2019 (convencionalmente conhecida como “Lei Anticrime”).

A quarta seção, por sua vez, se dedicou a analisar as propostas normativas que tencionam à ampliação dos espaços de consenso no processo penal, em especial aquelas previstas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010). Nesse sentido, foram perscrutadas as mudanças — comparativamente ao instituto hoje vigente — do acordo de não persecução penal e da suspensão condicional do processo, bem como as novidades introduzidas em relação aos institutos da justiça restaurativa e do julgamento antecipado de mérito.

Por fim, esta seção se desafiou ainda a fornecer algumas propostas destinadas à adequação dos espaços de consenso no processo penal relativamente ao sistema de garantias encampado pela Constituição da República. Foram apresentadas, com efeito, algumas sugestões destinadas primordialmente à redução dos danos que os expedientes negociais potencialmente ensejam ao sistema de garantias, entre as quais a possibilidade de produção de elementos informativos por iniciativa do pretense autor do fato (investigação defensiva ou particular), o incremento da exigência de suficiência de elementos informativos e/ou probatórios para fins de homologação do acordo e, finalmente, uma ampliação da atuação das Defensorias Públicas, notadamente no âmbito das Delegacias de Polícia e nas audiências que pretendem avaliar o preenchimento dos requisitos necessários à realização dos acordos processuais, como forma de garantir equidade e paridade de armas no procedimento negocial.

2 O PROCESSO PENAL COMO GARANTIA À APLICAÇÃO DA PENA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O GARANTISMO PENAL

2.1 Instrumentalidade garantista e a finalidade do processo penal

Antes de se adentrar mais propriamente no objeto sobre o qual a presente dissertação pretende abordar, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca das finalidades que orientam a aplicação do poder punitivo do Estado dentro de um contexto processual penal democrático e constitucionalmente balizado. Afinal, questionar sobre a *finalidade* do processo penal conduz, de igual modo, a reflexões sobre a *legitimidade* destas normas, permitindo concluir se os institutos jurídico-processuais existentes, bem como as eventuais propostas normativas destinadas a criá-los ou modificá-los, estariam em conformidade com os propósitos que lhe deveriam ter inspirado.

Com efeito, tem-se que o processo penal não pode ser analisado de forma isolada e desconectada da realidade social, histórica e política a partir da qual se origina e sobre a qual se materializa. Como adverte Scarence Fernandes, “a forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico”⁹. Nesse sentido, em que pese a codificação processual penal brasileira vigente possua larga inspiração no modelo italiano fascista (*Codice Rocco*), em cujo seio materializavam-se ideologias defensivistas da sociedade¹⁰, a Constituição da República de 1988 representou uma tentativa de conter o potencial autoritário ainda subsistente naquela codificação, estabelecendo parâmetros mínimos a serem observados quando da determinação da responsabilidade penal.

Nesse sentido, Ana Cláudia Bastos de Pinho e José Edvaldo Pereira Sales asseveram que a Constituição da República de 1988 optou nitidamente por um modelo garantista de Direito e Processo Penal, conforme se pode depreender do substancial rol de garantias que condicionam e limitam o poder e arbítrio estatal¹¹. Com efeito, desde uma perspectiva constitucionalizada, verifica-se que o processo penal passou a se constituir fundamentalmente

⁹ FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

¹⁰ Para uma aprofundada análise sobre o contexto autoritário subjacente ao Código de Processo Penal ainda em vigor no Brasil, remete-se o(a) leitor(a) ao estudo arque-genealógico realizado pelo Professor Ricardo Gloeckner. Nesse sentido, conferir: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

¹¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 11 jan. 2022.

como instrumento de proteção e garantias do indivíduo submetido ao poder intervencionista do Estado¹².

De fato, importa dizer que as normas processuais não se destinam apenas a sedimentar o caminho necessário à aplicação de uma sanção penal (tal como pretendido pelo princípio da jurisdiccionabilidade em sentido lato, como adiante se elucidará), senão, também, devem elas balizarem limites a partir dos quais, sem descurar da exigência de se fornecer uma resposta justa e adequada à violação praticada pelo crime, salvaguardem os direitos fundamentais daquele que, na relação com o Estado e com seus instrumentos persecutórios, afigura-se em posição de *debilidade*¹³.

A propósito disso, Luigi Ferrajoli acentua que uma das maiores conquistas promovidas pelo surgimento do Estado Constitucional de Direito corresponde precisamente à submissão da norma jurídica positivada ao conteúdo de proteção à esfera de liberdade pessoal à que ela se vincula, de modo que não basta que sejam observados critérios formais de produção normativa, mas que o conteúdo normativo produzido esteja em conformidade com o sistema de garantias constitucionalmente positivado¹⁴. Nesse contexto, os direitos fundamentais previstos nas Constituições, porquanto se manifestam como limites ao exercício arbitrário do poder estatal, afirmam-se como a *lei do mais débil*.

Em sentido similar, Alberto Jorge Correia de Barros Lima aponta que é justamente a significativa força do aparelho punitivo estatal que faz emergir a necessidade de mecanismos penais e processuais penais que garantam a preservação do direito de liberdade ante à

¹² Não por outra razão, aponta Aury Lopes Jr. que o processo, a partir da Constituição da República, não pode mais ser visto como mero instrumento a serviço do poder punitivo, desempenhando, na verdade e por excelência, o papel de efetivo limitador do poder e garantidor dos direitos do indivíduo a ele submetido. Nesse sentido, cf.: LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 12.

¹³ Ana Cláudia Pinho e José Edvaldo Sales afirmam que o garantismo se apresenta como a “lei do mais débil”, destinando-se a proteger “a vítima, no momento da ofensa provocada pelo delito; o investigado, no momento da investigação; o réu, por ocasião do processo; o condenado, quando do cumprimento da pena” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. *Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha*. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 11 jan. 2022.).

¹⁴ “Também o dever ser do direito positivo, isto é, suas condições de validade, resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções a partir das quais o Direito se projeta, mediante o estabelecimento de valores éticos-políticos — igualdade, dignidade das pessoas, direitos fundamentais — que àqueles informam. [...] Disso se depreende uma inovação na própria estrutura da legalidade, que é, talvez, a conquista mais importante do Direito contemporâneo: a regulação do próprio direito positivo, não apenas em relação às suas formas de produção, senão, também, naquilo que diz respeito aos seus conteúdos produzidos [...] Graças a isso, o direito contemporâneo não condiciona apenas suas formas de produção por meio de normas procedimentais acerca do processo legislativo. Condiciona, outrossim, seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e valores inscritos em suas constituições” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 7ª Ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 20).

potencialidade de arbítrio e abuso do poder. Para o autor, é justamente a Constituição que estabelece esses mecanismos, a partir da fixação de balizas oponíveis ao legislador, por meio da limitação da intervenção penal e da prescrição de limites à atividade jurisdicional¹⁵.

Desse modo, pode-se concluir que a razão ontológica do processo penal — repita-se, desde uma concepção democrática e constitucional — corresponde à necessidade de proteger, mediante um estruturado sistema de garantias, os direitos fundamentais do indivíduo diante do potencial de arbítrio e abuso do poder estatal. De fato, um processo penal democrático¹⁶ (e constitucionalmente legítimo) pressupõe o inexorável respeito à plêiade de princípios que condicionam a sua validade à observância de garantias limitadoras do poder punitivo. É precisamente isto que fundamenta a cláusula constitucional do devido processo legal, prevista no artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República¹⁷.

Welton Roberto destaca que o devido processo legal, conquanto historicamente tenha carecido de maior precisão semântica no que tange ao seu conteúdo axiológico — tanto nos sistemas jurídicos da *Common Law* quanto naqueles que se constituíram segundo a tradição da *Civil Law* —, adquiriu, a partir do século XX, contornos de uma cláusula condicionante do cerceamento de direitos a partir da observância de limites oponíveis ao Estado e exigíveis pelo cidadão¹⁸. Para o autor, esse conjunto de limites se estrutura a partir dos seguintes elementos:

uma fonte legislativa objetiva (lei *stricto sensu*), contraditório entre partes em condição de paridade, um juiz imparcial e suprapartes, razoável duração do processo, defesa técnica compatível com a acusação, motivação das decisões e formação da prova sob o império do contraditório¹⁹.

¹⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

¹⁶ Não obstante a polissemia do termo democracia — e, por conseguinte, da pluralidade de sentidos que se poderia depreender daquilo que seja (ou não) democrático, entende-se aqui, na mesma linha esposada por Schietti Cruz, que o processo penal democrático corresponde àquele na qual restam devidamente observadas as diretrizes procedimentais e materiais que constituem a cláusula constitucional do devido processo legal. Precisamente essa a razão a justificar a conhecida frase de James Goldschmidt acerca do processo como espécie de “termômetro democrático”, uma vez que é possível aferir a adesão do Estado à democracia a partir da maneira como ele efetiva a sua política processual-penal. A propósito do tema, conferir: CRUZ, Rogério Schietti. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, set.-dez., 2019; GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹⁷ Artigo 5º, inciso LIV, CRFB/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; *ibidem*, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁸ Segundo Welton Roberto, o devido processo legal possui uma natureza dicotômica, na medida em que se afigura como garantia objetiva à aplicação do poder punitivo estatal, proscrevendo ao Estado “avançar sobre as proteções sem o devido processo legal”, bem como se apresenta como garantia subjetiva, haja vista permitir ao cidadão “invocar sua proteção perante as cortes judiciais em face do próprio Estado”, o que poderia se dar, por exemplo, mediante ações autônomas constitucionalmente positivadas, a exemplo do Habeas Corpus. Nesse sentido, conferir: ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 51.

¹⁹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 60.

Saliente-se que os referidos vetores axiológicos — responsáveis por fundamentar a existência legítima de um processo penal — estão contemplados nos axiomas que integram o Sistema Garantista, sistematizado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli na sua obra magna que adiante será melhor analisada.

2.2 Epistemologia garantista: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual

É mérito de Luigi Ferrajoli ter procedido a uma das mais elaboradas construções teóricas relativamente à ciência do direito — em especial nas disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Em sua clássica obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli sustenta a coexistência de dois elementos estruturantes responsáveis por consubstanciar uma epistemologia²⁰ garantista — o convencionalismo penal e o cognitivismo processual — por meio dos quais se infere a legitimidade de aplicação da sanção punitiva.

A partir da conjunção desses dois elementos, exsurge um modelo falsacionista de determinação do desvio que o autor denomina como Sistema Garantista ou Sistema SG. Esse sistema é composto por dez princípios ou axiomas fundamentais, deriváveis de cada um dos elementos acima referidos, que dizem respeito, de um lado, às garantias penais em sentido estrito, alusivas a questionamentos sobre quando e como punir e quando e como proibir, e, de outro lado, às garantias processuais, relacionadas a questões sobre quando e como julgar²¹.

Antes de adentrar pormenorizadamente na análise dos elementos que integram o sistema epistemológico garantista, vale consignar uma advertência. O garantismo penal, enquanto perspectiva teórica, não se encontra de todo imune a críticas. Há, por exemplo, quem lhe atribua um caráter essencialista ou romantizador do sistema punitivo²², aduzindo que por meio dele se

²⁰ A epistemologia é tradicionalmente compreendida como um ramo da filosofia dedicado ao estudo do conhecimento humano. Aplicada ao campo de saber jurídico, notadamente na seara processual penal, a epistemologia pode ser vista como um instrumento de análise destinado a verificar sob quais condições se produz o conhecimento acerca dos fatos submetidos à apreciação judicial, e sob quais condições é possível considerar este conhecimento epistemologicamente válido à formação do convencimento das partes, notadamente do Juiz. Trata-se, para Michelle Taruffo, de uma perspectiva metodológica na qual “os métodos são objeto de valoração epistêmica com o fim de que se estabeleça se são válidos ou não para a descoberta da verdade: também o processo, se compreendido como método para apuração da verdade dos fatos, pode, por conseguinte, ser objeto de valoração epistêmica” (TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 160.). Ferrajoli classifica dois caminhos por meio dos quais os fatos podem ser epistemologicamente determinados no processo penal: o primeiro seria a partir de uma epistemologia garantista, fundada no convencionalismo penal e no cognitivismo processual, enquanto que o segundo seria mediante uma epistemologia inquisitiva, que se baseia no substancialismo penal e no decisionismo processual. Cada um destes modelos epistemológicos será objeto de análise na presente seção.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

²² SILVA, Adrian Barbosa. **Garantismo e Sistema Penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 172.

pretende justificar algo que, historicamente, se revelou injustificável: a pena, sobretudo privativa de liberdade, enquanto resposta estatal à violação de interesses sociais normativamente tutelados²³. De outro giro, há quem extraia do garantismo um aparato discursivo que protege excessivamente os direitos dos acusados, em detrimento da eficiência do sistema de justiça criminal e, particularmente, em prejuízo aos direitos das vítimas que por ventura tenham sido violados com o comportamento delituoso.

Em relação à primeira das críticas, sustentadas, sobretudo, por correntes teóricas abolicionistas, conquanto se possa indiscutivelmente reconhecer no garantismo uma perspectiva justificacionista do Direito (e também do Processo) Penal, não significa que por meio dele necessariamente se deve renunciar à reflexão sobre formas alternativas ou menos perniciosas de intervenção sobre o conflito criminal. Com efeito, não se mostra ontologicamente incompatível defender o gradual abandono do recurso à punição (por exemplo, a partir da descriminalização de certos comportamentos típicos) e, ao mesmo tempo, sustentar que enquanto experiências alternativas à pena não amadureçam — norteadas, inclusive, por premissas garantistas fundamentais²⁴ —, possa-se adotar uma ferramenta que, à máxima medida possível, reduza os custos e contenha os males que a punição estatal proporciona.

Nesse sentido, sustenta Ana Cláudia Bastos de Pinho a necessidade de construção de um *garantismo crítico* ou *criminologicamente orientado*:

Em tempos de descontrole, a crítica precisa se unir, e não se encastelar em discursos fechados e puristas. Pensamos que o garantismo pode ser o veículo privilegiado de concretude para a criminologia crítica (que, não raro, sofre ataques por não ter uma agenda positiva), enquanto esta, em relação àquele, funciona como uma lente de aumento, uma lupa capaz de retirar a ingenuidade iluminista, que ainda reina — por constituinte — nos postulados ferrajolianos. O que pretendemos, em outras palavras, é assumir um *garantismo criminologicamente orientado*²⁵.

A partir dessa perspectiva, é possível inclusive questionar se determinados institutos jurídicos que sejam discursivamente apresentados como propostas alternativas à punição estatal (em sentido amplo ou estritamente vinculado a alguma pena específica, como a pena privativa

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁴ Uma estratégia alternativa, porém não excludente, à necessidade de regular, submetendo a limites, consiste em reduzir o poder punitivo do Estado. A concretização dessa possibilidade quiçá poderia ser alcançada a partir de um modelo de justiça restaurativa, que vetasse determinados tipos de pena, como a prisão (por seu caráter exclusivamente punitivo, e concedesse um maior protagonismo à vítima (para julgar e determinar a resposta). Este poder reduzido deveria ser, obviamente, submetido a garantias." (LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. **Ius et Praxis**, Talca, v. 4, n. 2, p. 27-74, 1998. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740205.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022, p. 43). Sobre a adoção do modelo consensual da justiça restaurativa como alternativa à punição, saliente-se que se procederá às devidas observações neste trabalho em seção própria.

²⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistências ao poder de punir. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 28, grifos nossos.

de liberdade), a exemplo das ferramentas negociais, logram efetivamente reduzir a incidência do poder punitivo do Estado, como de fato deveria ocorrer, ou se, ao revés, constituir-se-iam como mecanismos que, dada a natureza seletiva e estigmatizante do sistema de justiça, terminam por potencializar a punição infligida sobre aqueles a quem se atribui alguma responsabilidade penal. Com efeito, como o presente trabalho pretende mais percucientemente investigar, as experiências negociais estrangeiras e nacionais vêm demonstrando que o paradigma inaugurado a partir dos acordos processuais penais, ao contrário de diminuir a incidência do poder punitivo estatal, em verdade terminam por potencializá-lo, trazendo especiais prejuízos à clientela preferencial do sistema de justiça criminal²⁶.

Em segundo plano, quanto às críticas apresentadas por aqueles que imputam ao garantismo a atribuição de um excesso de garantias ao acusado, em prejuízo aos direitos das vítimas — críticas que, em geral, vêm acompanhadas de acusações como a existência de um *garantismo hiperbólico monocular*²⁷ —, vale dizer que se tratam de rasteiras (ou melhor, desfiguradas²⁸) construções teóricas, as quais, em verdade, desconhecem ou descuidam dos próprios fundamentos teóricos da obra de Luigi Ferrajoli. É preciso repisar, desde as considerações feitas na seção acima, que o processo penal (em sua perspectiva democrática e garantista) se afigura como *a lei do mais fraco*, o qual é representado, no momento do crime, pela vítima; no momento da persecução penal, pelo investigado ou acusado; e, na ocasião de cumprimento da pena, pelo apenado²⁹.

Nesse contexto, o garantismo defende inclusive a necessidade de (re)construção da teoria do bem jurídico penal, sustentando a importância de uma rigorosa seleção relativamente a quais condutas devem efetivamente ser criminalizadas, mediante a análise da proporcionalidade entre a ação violadora e os custos advindos da punição. Os direitos da vítima,

²⁶ DIETER, Maurício Stegemann. Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. *Rev. Epos*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2013000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21 out. 2022.

²⁷ Trata-se de expressão cunhada por Douglas Fischer, Procurador Regional da República da 4ª Região, a expressar, segundo o autor, uma interpretação do garantismo que privilegie, excessivamente, apenas e tão somente os direitos dos investigados ou acusados na sua relação com a persecução penal.

²⁸ “Garantismo é uma palavra degradada, desfigurada pelo abuso. Muitas vezes, e compreensivelmente, desperta suspeita, impaciência. Evoca, na imaginação de muitos, sofismas processuais e esperteza. Parece falso, como a cortesia dos senhores e a reverência dos servos. Equivale, para quem desconfia, de impunidade e privilégio: de legalidade sacrificada no altar do formalismo jurídico. Irrita como fumaça nos olhos; e como a fumaça dissolve a evidência das coisas, anunciando a traição da verdade e o fracasso da justiça (IPPOLITO, Dario. *Lo spirito del garantismo: Montesquieu e il potere di punire*. Roma: Donzelli, 2016, p. 03, tradução nossa.).

²⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 21 de outubro de 2022.

por conseguinte, dentro da perspectiva garantista que compreende a justificação externa ao Direito Penal, não são de maneira alguma ignorados ou solapados. Como assevera Luigi Ferrajoli, os princípios da necessidade e da lesividade penal se prestam exatamente a justificar a limitação das esferas proibitivas às ações reprováveis que causem efeitos lesivos a terceiros, de tal sorte que a lei “tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal.”³⁰.

Por outro lado, acusar o garantismo de estabelecer demasiadas garantias em favor do imputado significa, mais uma vez, não compreender — ou deliberadamente deturpar — o que Ferrajoli idealizou com sua perspectiva filosófica-normativa. Como se verá, o propósito maior do sistema garantista (que, de toda forma, corresponde a um *modelo limite*, uma vez que sua perfeita realização, como seu maior expoente mesmo afirma, consiste em uma utopia liberal³¹) é justamente racionalizar a aplicação do poder punitivo, evitando a promoção de reações sociais informais, por um lado, e o arbítrio e abuso da potestade estatal, por outro lado.

Discursos efficientistas que ventilam a necessidade de flexibilização de garantias fundamentais em função de um sistema de justiça criminal supostamente mais célere e consentâneo aos direitos das vítimas não passam de construções teóricas autoritárias, que de garantistas, fundamentalmente, nada têm. Promovem um *câmbio epistemológico* entre eficiência e efetividade³², atribuindo ao alegado conjunto excessivo de garantias as causas da crise do sistema punitivo, quando, em verdade, essa crise é gerada precisamente pela hiperinflação legislativa e processual, frutos da inobservância dos meios de justificação externa ao Direito Penal, e da sistemática violação aos pressupostos de determinação do desvio e aplicação da pena como estruturas de justificação interna³³.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

³³ “As consequências desta elefantíase da jurisdição penal são múltiplas e perversas. Antes de tudo, o já realçado excesso de penalização [...] Em segundo lugar, a transformação pontual da legislação penal e, desta forma, a sua tendência a ser *descodificada* com conseqüente incremento de incerteza, de antinomias, de concurso de normas e de crimes. Em uma expressão: da irracionalidade do conjunto. [...] Em terceiro lugar, e conseqüentemente, a inflação penal acresceu, por um lado, o poder de disposição dos juízes, que sempre se alimenta de incerteza e da confusão das leis. [...] Em quarto lugar, esta situação assinala, e ao mesmo tempo favorece, um crescente atrofiamento - da parte do legislador e, secundariamente, dos cidadãos - dos critérios de justificação das proibições penais, cada vez menos ancoradas na tutela de bens e de direitos fundamentais ou constitucionalmente relevantes; [...] Por fim, a hipertrofia penal é um fator evidente de ineficiência, sobrecarregando a máquina judiciária com delitos pequenos e múltiplos, alongando a duração dos processos no tempo e desatrelando-a dos casos mais

Feitas as advertências acima, cumpre agora analisar quais os elementos consubstanciam o sistema garantista teorizado pelo jusfilósofo italiano. O primeiro desses elementos, denominado *convencionalismo penal*, refere-se à necessidade de que o desvio penal — isto é, a ação ou omissão violadora a interesses socialmente relevantes — esteja formalmente previsto em uma norma jurídica abstrata e que em seu conteúdo encontrem-se previsões empíricas ou fáticas alusivas à conduta punível.

Trata-se, segundo Luigi Ferrajoli, de um elemento que pressupõe duas condições: “o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas”³⁴. Nesse sentido, tem-se que somente podem ser passíveis de criminalização as condutas abstratamente previstas em uma norma jurídica, exigindo-se que esta norma seja produzida com referências a figuras empíricas e objetivas de comportamento, e não com base em componentes subjetivos alusivos ao autor.

A partir deste elemento, extraem-se seis princípios que consubstanciam o já referido sistema de garantias penais em sentido estrito, a saber: o princípio da retributividade; o princípio da legalidade (em sentido lato e em sentido estrito); o princípio da necessidade; o princípio da lesividade; o princípio da materialidade e o princípio da culpabilidade.

O *cognitivismo processual*, por outro lado, como segundo elemento constitutivo da epistemologia garantista — embora intrinsecamente dependente do primeiro — exige que a pena decorrente da prática de um delito somente possa ser concretizada a partir de um raciocínio conduzido no bojo de um processo judicial. Assim como o convencionalismo penal, também impõe o cognitivismo a observância de duas condições fundamentais, quais sejam, a “verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação”³⁵.

Conforme a primeira das condições, a hipótese acusatória que corresponde ao fato em tese delituoso deve ser passível de verificação e refutação a partir de provas produzidas e confrontáveis no processo, de tal maneira que não podem ser consideradas legítimas as acusações que recaiam sobre elementos normativos exclusivamente vinculados a uma

importantes” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 574).

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

discricionária valoração judicial, a exemplo do ato obsceno e do desacato³⁶. Por outro lado, a comprovação empírica do desvio punível deve necessariamente observar procedimentos que permitam tanto sua verificação quanto sua refutação, isto é, as hipóteses acusatórias devem ser submetidas a verificações e refutações, somente sendo consideradas válidas quando ao cabo tenham logrado superar os filtros de suficiência probatória, de acordo com o axioma *nullum iudicium sine probatione*³⁷.

Desse elemento epistemológico, depreendem-se quatro outros axiomas correspondentes às garantias processuais, os quais, somados aos seis axiomas relativos às garantias penais em sentido estrito, conformam o Sistema SG. São eles: o princípio da jurisdicionariedade (em sentido lato e estrito); o princípio acusatório, o princípio do ônus da prova e o princípio do contraditório ou da defesa.

Cumprе ressaltar, conforme acima já exposto, que embora cada elemento integrante da epistemologia garantista mais se aproxime de uma perspectiva dogmática — enquanto o convencionalismo estaria mais próximo à dogmática penal, o cognitivismo mais se aproximaria da dogmática processual —, o Sistema SG teorizado por Luigi Ferrajoli pressupõe a íntima relação entre os dois conjuntos de axiomas garantistas.

De fato, as garantias materiais — a exemplo da sujeição à legalidade — teriam seu sentido esvaziado caso fosse possível ao Juiz determinar a aplicação de uma pena sem a devida existência de um processo. De igual modo, seria inconcebível imaginar a efetivação de uma garantia processual (como a jurisdicionariedade) se o acusado fosse julgado por algum delito não previsto em lei. Por tal razão, Luigi Ferrajoli, aludindo ao nexο entre os elementos que integram a epistemologia garantista, aponta que as garantias penais, porquanto subordinam a aplicação da pena aos pressupostos do crime somente se revelam efetivas quando forem objeto de um juízo no qual sejam assegurados a imparcialidade, a verdade e o controle³⁸.

³⁶ “Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter “constitutivo” e tenham caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por elas regulados”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32).

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 432.

Levando-se em consideração os objetivos perseguidos no presente trabalho, pretende-se examinar, nos tópicos seguintes, cada uma das garantias que constituem especificamente o segundo elemento integrante da epistemologia garantista — a saber, o cognitivismo processual — conferindo especial relevo às fragilizações que poderiam decorrer a partir da utilização de institutos jurídicos consensuais na determinação da responsabilidade penal.

2.2.1 A jurisdicionariade ou a necessidade de submissão à jurisdição

A primeira garantia que estrutura um processo penal de caráter cognitivo e garantista, a partir da qual todas as demais são derivadas, é denominada de jurisdicionariade ou submissão à jurisdição, expressa segundo o axioma *nulla culpa sine iudicio*. Essa garantia possui, conforme preleciona Ferrajoli, uma dupla dimensão: em primeiro plano, entendida como jurisdicionariade em sentido lato, exige apenas que os pressupostos do delito sejam comprovados a partir de um processo judicial.

Em sentido estrito, contudo, impõe a jurisdicionariade não apenas a comprovação dos pressupostos do crime mediante um expediente judicial, mas, sim, um juízo no qual sejam efetivamente observadas outras garantias consecutórias, divididas em dois grandes grupos: a) garantias orgânicas, concernentes à formação do juiz, tais como a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural e a obrigatoriedade da ação penal ; b) e as garantias procedimentais, alusivas à coleta de provas, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão julgante³⁹.

Para Luigi Ferrajoli, a razão que confere legitimidade à existência de uma autoridade jurisdicional responsável pela determinação do desvio e pela eventual aplicação de uma sanção punitiva não reside no “valor político do órgão julgante nem no valor intrínseco de justiça de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos”⁴⁰. Vale dizer: para o autor, a jurisdicionariade se justifica na medida em que, a partir da utilização de determinados instrumentos cognitivos — quais sejam, as provas, necessariamente confrontáveis mediante procedimento em contraditório —, se tem como possível determinar a ocorrência de uma conduta concretamente violadora a bens jurídicos tutelados pela norma

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 435, grifos do autor.

penal, possibilitando, por conseguinte, a aplicação legítima de uma sanção restritiva a direitos fundamentais.

À primeira vista, tal concepção poderia conduzir ao equívoco de atribuir ao processo um caráter primordialmente instrumental, tipicamente inquisitório, vale dizer, percebê-lo como mero instrumento destinado à determinação da *verdade real* — independentemente dos custos que disso adviessem —, objetivando-se “chegar à punibilidade do culpado, ou seja, de tomar realizável a pretensão punitiva do Estado contra o imputado, enquanto resulte ser culpado”⁴¹. Fundamentalmente, contudo, não é essa a ideia que permeia a compreensão da jurisdicionabilidade para Ferrajoli⁴².

Para o autor, a verdade, conquanto se apresente como uma das finalidades pretendidas pelo processo — haja vista que “uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”⁴³, — deve ela estar condicionada à estrita observância das regras que conformam o sistema garantista, somente sendo legitimamente alcançada mediante a utilização de um método acusatório, baseado no contraditório e na refutação das provas.

Nesse sentido, Ferrajoli distingue duas espécies de verdade, a depender do esquema epistemológico a partir da qual se origine: a primeira seria uma verdade de natureza *substancial ou material*, produto da epistemologia substancialista, que se caracterizaria como “uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais”⁴⁴; e a segunda, fruto da epistemologia garantista ou convencionalista, seria justamente a *verdade formal ou processual*,

alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser *a verdade*; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; *está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa*⁴⁵.

⁴¹ KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 170.

⁴² “É esse fundamento sobre a verdade — no sentido ‘mínimo’ e ‘relativo’ acima precisado — a fonte de legitimidade específica da jurisdição penal em um Estado de Direito. Diversamente de qualquer outra atividade jurídica, a atividade jurisdicional de um Estado de direito é, além de prática ou prescritiva, uma atividade teórica; ou melhor, é uma atividade que tem como justificação necessária uma motivação no todo ou em parte cognitiva” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 436).

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38, grifos nossos.

Paralelamente à verdade processual — ou melhor, exurgindo como consequência desta⁴⁶ —, Luigi Ferrajoli assevera que a jurisdição penal se justifica, outrossim, na medida em que se apresenta como instrumento apto a proteger a liberdade individual, nomeadamente a liberdade da pessoa inocente⁴⁷. Segundo o autor, a verdade garantida a partir da epistemologia garantista se constitui também como um valor de liberdade, uma vez que os direitos individuais podem ser salvaguardados contra abusos exatamente em função da natureza cognitiva e não potestativa do juízo penal.

Por conseguinte, tem-se que para Ferrajoli a existência de um juízo penal legítimo depende não exatamente da correspondência entre as hipóteses normativas alusivas à prática de um fato criminoso e a demonstração concreta da ocorrência desse fato no curso de um processo penal (concepção de matriz iluminista que o autor, desde o princípio, afasta⁴⁸), compreendidas respectivamente como hipóteses de denotação legal e denotação jurisdicional⁴⁹. Para o autor, a legitimidade do juízo se justifica, sim, a partir de um procedimento cognitivo — porquanto fundado no saber, neste caso, o saber probatório —, limitado, que suficientemente ateste a ocorrência de um comportamento desviante e lhe atribua uma consequência abstrata e prevista anteriormente em uma norma jurídica.

Com semelhante entendimento, Jordi Ferrer Beltrán assevera que uma das finalidades que legitimam a existência de um processo penal repousa na determinação jurídica das proposições referentes a fatos pretéritos⁵⁰. Contudo, ressalva o autor que esta finalidade — sobre a qual se funda o núcleo semântico da prova — não exclui outras, entre as quais o autor

⁴⁶ “Coerentemente com tais finalidades, o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida - contra o abuso e o erro” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 439).

⁴⁷ “O que faz do processo uma operação distinta da *justiça com as próprias mãos* ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 483).

⁴⁸ “Esta definição da verdade processual, aparentemente trivial, constitui uma redefinição parcial - em referência à jurisdição penal - da noção intuitiva da verdade como "correspondência", que como se vê está também na base das doutrinas ilustradas da jurisdição como "verificação de fato" e "boca da lei" [...] ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41 e 42).

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 484.

⁵⁰ “Somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários.” (FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 45).

menciona a duração razoável do processo, a proteção dos direitos individuais e o sigilo de comunicações⁵¹, todos eles garantidos em um processo no qual sejam resguardados os ditames cognitivistas.

No mesmo sentido, Janaina Matida defende que a verdade se constitui essencialmente como uma finalidade institucional do processo, não sendo, todavia, a única a ser perseguida. Nesse sentido, a autora aponta que, paralelamente à verdade, existem outros objetivos, de jaez ideológicos, correlacionados a garantias que limitam o próprio alcance da determinação dos fatos passados⁵². Tratam-se de limites que condicionam a argumentação teórica no âmbito judicial — isto é, a determinação sobre fatos discutidos no processo —, dentre os quais se encontram regras sobre exclusão probatória, ônus de prova e *standards* probatórios⁵³.

É por esse motivo que Ferrajoli admite que a verdade processual — conformada no bojo de um processo cognitivo — possui um caráter inevitavelmente aproximativo⁵⁴, haja vista sujeitar-se aos limites concernentes às já referidas garantias derivadas do princípio da jurisdicionabilidade em sentido estrito, as quais, como já apontado, se materializam em “*garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida [...], mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz”⁵⁵.

Nas seções seguintes, examinar-se-ão as demais garantias que conformam o cognitivismo processual e limitam — em verdade, legitimam e justificam — o modo como a atividade jurisdicional se realiza.

⁵¹ FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 47.

⁵² “Na proteção desses objetivos ideológicos, o processo passa mesmo a fazer uso de garantias não e contra-epistemológicas. Um exemplo de garantia não-epistemológica é a limitação temporal. Diferente do historiador ou cientista, que podem tardar o tempo necessário – ressalvados eventuais conflitos com suas agências financiadoras –, dado ser o objetivo mediato o de conhecer, o juiz precisa dizer o direito em tempo razoável: [...] Já como exemplo de garantia contra-epistemológica, figura a proibição da utilização de provas ilícitas. Por prova ilícita entende-se toda aquela conseguida mediante o desrespeito de garantias constitucionais (artigo 5º, inciso LVI, CRFB de 1988), como a inviolabilidade do domicílio (inc. XI), o segredo de correspondência (inc. XII), o direito à honra (inc. X), à integridade física (inc. III) etc. Sendo assim, sempre que a vantagem cognitiva tiver sido auferida mediante a violação de escolhas valorativas já implementadas pelo ordenamento jurídico, ele tende a resguardá-las em detrimento do ganho epistemológico” (MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo penal: a relação entre fato e prova**. 2009. 112 f. Dissertação [Mestrado em Direito]. Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, PUC-Rio, 2009).

⁵³ SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016, p. 149.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 435, grifos do autor.

2.2.2 A necessidade de separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais e as garantias inerentes ao sistema processual acusatório

A segunda garantia responsável por estruturar um processo penal de cariz cognitivo consiste na separação entre as diferentes atividades acusatórias e jurisdicionais. Trata-se, segundo Ferrajoli, de elemento essencial à formação de um processo orientado segundo uma matriz acusatória, na medida em que permite concretizar as demais garantias orgânicas e procedimentais que consubstanciam a epistemologia garantista⁵⁶.

De fato, o paradigma inquisitório, antipodal ao sistema acusatório, se caracterizou primordialmente pela possibilidade de atuação oficiosa do julgador, habilitado a instaurar, sem prévia provocação das partes, o procedimento necessário à apuração de eventuais condutas consideradas contrárias aos interesses político-sociais. Além disso, reuniam-se na mesma figura — o inquisidor — as funções de investigar, acusar e julgar o suposto autor dos comportamentos desviantes, não havendo, por conseguinte, respeito à imparcialidade, nem tampouco garantido o contraditório, na medida em que “ao tribunal do processo inquisitorial cabia fundamentalmente a função de aplicar – sem contradição – a regra probatória ao resultado obtido pelos atos realizados diante do juiz inquisidor”⁵⁷.

Foi apenas a partir das reformas (e, em alguns casos, de verdadeiras refundações⁵⁸) providas nos paradigmas processuais contemporâneos que os elementos tradicionalmente inquisitórios passaram a ser efetivamente abandonados. Nesse sentido, o primeiro — e seguramente mais importante — elemento que passou a caracterizar uma estrutura processual acusatória repousa, precisamente, na rígida separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais, consistente no princípio acusatório.

Além desta rígida separação, a estrutura processual acusatória pressupõe a concentração da gestão probatória nas mãos das partes (motivo pelo qual a carga probante não deve restar avocada pela autoridade judicante), assim como a fundamental posição de imparcialidade (alheamento e desinteresse) do órgão julgador. A imparcialidade se apresenta, nesse sentido, como o princípio supremo do processo, ou, segundo Montero Aroca, como “elemento básico

⁵⁶ “De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454).

⁵⁷ WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (ORG). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 67.

⁵⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal**: a gestão administrativa da persecução penal. Florianópolis: Empório do direito, 2ª Ed., 2017.

da administração da justiça”⁵⁹, na medida em que é precisamente por meio dela que se permitirá com que a justa solução do conflito — resultante da correta aplicação do direito objetivo — seja pautada por critérios normativo-axiológicas responsáveis por conferir legitimidade ao julgamento. Assim, tem-se que a imparcialidade se configura, por um lado, como imperativo que vincula a conduta dos magistrados, determinando que se mantenham equidistantes aos interesses litigados no processo, abstendo-se de prévias inclinações cognitivas em favor das partes; por outro lado, desde a dimensão axiológica, pode-se também compreendê-la como elemento concretizador de valores como *justiça e igualdade*⁶⁰.

Para Ferrajoli, a imparcialidade se manifesta a partir de três dimensões ou perfis distintos, correspondentes, em primeiro plano, à equidistância exigida do julgador em relação aos interesses perfilhados pelas partes; em segundo plano, à independência do Judiciário relativamente aos demais poderes do Estado; e, por fim, à sua própria naturalidade, naquilo que concerne à determinação de sua designação e de das suas competências para escolhas sucessivas sobre a prática do fato submetido a julgamento. Todas essas dimensões são asseguradas a partir de garantias orgânicas que devem se fazer presentes na determinação dos fatos no curso de um processo penal.

Ademais delas, devem também orientar o desenvolvimento do processo judicial as garantias procedimentais, “relativas à condução da fase instrutória, à publicidade do juízo, às modalidades do interrogatório e em geral às técnicas de formação e contestação das provas”⁶¹. Essas garantias que condicionam o procedimento em juízo serão melhor analisadas a partir das seções subsequentes.

Cumprе salientar, naquilo que é pertinente ao objeto do presente trabalho, que a tendência contemporânea de ampliação do contexto negocial no processo penal representa, em verdade, potenciais perigos à preservação do princípio acusatório. Como afirma Nereu Giacomoli,

a possibilidade do acordo criminal sem a presença de um magistrado atribui ao Ministério Público a função de julgar, transformando-o ao mesmo tempo em acusador e Juiz, ofendendo-se o princípio acusatório. O fato de existir a possibilidade de

⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

⁶⁰ “Muitas teorias da justiça fazem uso da imparcialidade como conceito fundamental, ainda que a partir de distintos pontos de vista. Entre elas podemos distinguir duas linhas principais: considerar a imparcialidade como um princípio heurístico, que permite a individuação de um ponto de vista privilegiado para a determinação de princípios objetivos; ou, então, identifica-la como uma atitude ou valor central, a regra fundamental de uma ética fundada sobre o respeito das pessoas em virtude de sua igual dignidade” (TRUJILLO, Isabel. Imparcialidade. *In*: BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 467).

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 464 a 466.

retratação do acusado em juízo, ante o magistrado, é uma situação utópica, pois aquele que aceita um acordo sob pressão, ameaça, também assim o será para ratificá-la e dizer amem em juízo⁶².

No mesmo sentido é o entendimento de Vinicius Vasconcellos, quando, a propósito da análise do desequilíbrio entre os atores processuais engendrado pela utilização de institutos negociais no processo penal, afirma que, mediante este novo paradigma, viola-se a divisão de poderes entre acusação e juiz, concentrando demasiado poder nas mãos do promotor para que decida sobre a culpabilidade do réu, em violação aos princípios do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio e nullum iudicium sine accusation*⁶³.

A esse respeito, registre-se que serão procedidas às observações em momento oportuno. Neste momento, cumpre analisar outra garantia essencial ao Sistema Garantista teorizado por Ferrajoli — não obstante as dissonâncias doutrinárias existentes no tocante à sua essencialidade ao modelo processual acusatório —, qual seja, a obrigatoriedade da ação penal.

2.2.3 A obrigatoriedade da ação penal

Para Ferrajoli, a garantia da jurisdicionariedade ou submissão à jurisdição, desde a construção teórica que estrutura o esquema epistemológico garantista, implica em dois princípios correlatos, consistentes na inderrogabilidade do juízo — isto é, na exclusividade da jurisdição penal à conformação da verdade processual, no sentido acima já exposto — e na obrigatoriedade da ação penal.

Segundo este último princípio, extrai-se que uma vez presentes os pressupostos que autorizam o oferecimento da ação penal, está obrigado o órgão acusador a oferecê-la, sem espaço para juízos discricionários sobre a conveniência ou oportunidade de fazê-lo, visando à apuração do fato pretensamente delituoso. Para Ferrajoli, trata-se de princípio que decorre da própria natureza pública e oficial do processo, sendo corolário das garantias da legalidade (notadamente em sentido estrito) e igualdade, destinando-se fundamentalmente à asseguuração da certeza do direito penal e à tutela das partes ofendidas mais débeis⁶⁴.

De acordo com Afrânio Silva Jardim, a obrigatoriedade da ação penal representou uma importante conquista civilizatória no âmbito do moderno Estado de Direito, uma vez que

⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102.

⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 181.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 456.

rompeu, por um lado, com o paradigma privatista da ação penal, típico da antiga estrutura acusatória na qual o processo era tido como *coisa das partes*, superando, por outro lado, o paradigma inquisitório que vigorou durante boa parte da História, uma vez que, a partir da institucionalização do Ministério Público, o Estado passou a ser o titular da persecução penal, sendo reservado àquele órgão a promoção da ação. Nesse sentido, evitou-se que autoridades do Estado pudessem afastar, ao seu juízo, com base em critérios discricionários, a aplicação da lei, evitando-se, ademais, prejuízos à imparcialidade do julgador⁶⁵.

Se o princípio da obrigatoriedade impõe ao órgão acusador oficial (no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministério Público) o dever de oferecer a ação penal quando presentes seus requisitos autorizadores, o princípio da oportunidade, por sua vez, expressa sentido diametralmente oposto. Vetor que orienta as ações penais de natureza privada, este princípio corresponde à faculdade que se apresenta à vítima em oferecer (ou não) a ação penal, na medida em que o que se observa, antes de uma obrigação, é um direito do ofendido em analisar a conveniência de transformar o caso penal em processo, sopesando suas respectivas vantagens e desvantagens.

Nereu Giacomoli aponta que a obrigatoriedade do exercício da ação penal é princípio que decorre da própria legalidade processual, na medida em que o início ou término da persecução não pode se sujeitar à vontade particular de determinados sujeitos, senão à própria lei⁶⁶. Para o autor, trata-se de uma característica inerente aos ordenamentos jurídicos de tradição civilista ou continental. É nesse mesmo sentido que compreende Ignácio Anitua, ao pontuar que “para fortalecer o caráter intimidador da lei penal, e para evitar arbitrariedades, os juristas da tradição continental europeia conceituam inseparável do cânone da obrigatoriedade da norma penal o princípio da obrigatoriedade da ação penal”⁶⁷.

⁶⁵ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 194 a 217.

⁶⁶ “Do princípio da legalidade deriva a obrigatoriedade ou necessidade de investigar, acusar, defender, condenar e executar a condenação, em um processo conduzido por um Juiz estatal [...] Segundo o princípio da legalidade, o desenvolvimento e o término do processo penal não podem estar submetidos à vontade particular ou a um poder de disposição de determinados sujeitos jurídicos”. GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

⁶⁷ “A submissão total à lei, por parte dos poderes executivo e judicial, é o que garante que se impeça o retorno ao poder arbitrário do antigo regime. O princípio da legalidade processual constitui uma exigência de segurança jurídica, uma limitação ao poder, logo. Também constitui uma garantia para os particulares de que possam controlar, desta forma, o funcionário que, em regime de monopólio do sistema processual mencionado, exerce a ação penal.” (ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 361).

Para Vinicius Vasconcellos, contudo, não é correta a vinculação entre os princípios da legalidade e da obrigatoriedade, uma vez que não haveria necessária desconformidade na existência de espaços em que o órgão acusador deixe de oferecer motivadamente a ação, desde que haja supedâneo em critérios legalmente especificados. Tratar-se-ia, portanto, em sua perspectiva, de um contexto em que se manifestaria uma oportunidade legalmente regulada, ou, como também conhecida, oportunidade regrada⁶⁸.

Para Nereu Giacomoli, contudo — e neste ponto há clara divergência entre os autores acima mencionados —, não seria correta a expressão “oportunidade regrada”, uma vez que não é propriamente a oportunidade que se sujeitaria a regras — porquanto subsistiria ao órgão acusador a discricionariedade de deixar de oferecer a ação penal —, mas, sim, os pressupostos “necessários para que o Ministério Público, ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam atuar por critérios de oportunidade, assim como o âmbito dentro do qual se pode operar com esses conceitos⁶⁹”. Assim, Giacomoli entende que a oportunidade seguiria carregando um juízo de discricionariedade quanto ao oferecimento da ação, restando limitadas apenas as hipóteses em que este juízo poderia ser realizado.

A oportunidade ao oferecimento da ação penal, em que pese consista em característica inerente às ações penais privadas, tem sido vertiginosamente ampliada de sorte a abarcar também os delitos que se processam segundo ações penais de natureza pública. Nesse sentido, pode-se mencionar, exemplificativamente — salientando-se que a análise pormenorizada de cada um desses institutos será oportunamente realizada adiante, em seção própria —, a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que expandiu os espaços de oportunidade aos delitos de menor potencial ofensivo: vale dizer, estando preenchidos os requisitos legais⁷⁰, poderá o Ministério Público apresentar proposta de transação penal, deixando, caso aceito o acordo, de oferecer denúncia em desfavor do indiciado, mesmo se tratando de suposto delito cuja natureza da ação seja pública.

No mesmo sentido caminhou a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), com a positivação do instituto da colaboração premiada, estabelecendo um espaço relativamente amplo de discricionariedade, ao conferir à parte acusadora a possibilidade de oferecer uma série de benefícios penais e/ou processuais ao acusado que tenha contribuído

⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 51.

⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70.

⁷⁰ Os requisitos legais autorizadores da transação penal estão dispostos no artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

eficazmente com a persecução penal, incluindo a hipótese de não oferecimento da denúncia⁷¹. Mais recentemente ainda, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, fruto do controvertido *Pacote Anticrime*, assistiu-se à ampliação de contextos de oportunidade a partir do ingresso do instituto do acordo de não persecução penal.

Do ponto de vista doutrinário, o que se verifica são posturas que, por um lado, procuram justificar a necessidade de relativização do princípio da obrigatoriedade — chegando em certos casos a questionar mesmo a presença dela enquanto princípio vigente no ordenamento jurídico brasileiro —, sustentando, por conseguinte, a ampliação dos espaços de oportunidade no processo penal; e, por outro lado, posturas radicalmente críticas à referida expansão, as quais defendem que a obrigatoriedade da ação apresentar-se-ia como característica fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Alberto Binder, consagrado processualista argentino, assevera que o princípio da obrigatoriedade representa uma *falácia idealista*, porquanto fundamenta um sistema que teoricamente estaria direcionado à persecução de quaisquer delitos que chegassem ao conhecimento das autoridades públicas — o que, segundo ele, corresponde a um dever irrealizável. Para o autor, o princípio da oportunidade, ao contrário, por possibilitar uma política complexa de escolha de casos na justiça penal⁷², estaria mais alinhado às pretensões de reforma do sistema de justiça criminal, a partir do qual, dentre outras questões, fosse possível dar conta dos problemas concernentes à limitação de recursos estatais. Segundo Binder,

Uma discussão sobre o princípio da oportunidade diria, sabemos que só podem ser atendidos mil casos, quantas denúncias há? Cinco mil? Então, as alternativas são simples: ou aumentam-se os recursos disponíveis até chegar ao ponto da máxima eficiência [...] ou algo terá que ser feito com os quatro mil casos que não podem ser atendidos (que, certamente, não significa jogá-los no lixo, mas buscar outras formas de atenção através de outros sistemas institucionais). [...] Então, podem ser feitos cálculos e ser definida uma política de persecução penal, de seleção de casos e de coordenação com outras formas de intervenção nos casos em que a justiça penal não possa atender⁷³.

Adotando postura semelhante, Gabriel Divan aponta a necessidade de superação de uma perspectiva teórica que sustenta a inflexibilidade da obrigatoriedade no processo penal brasileiro. Para o autor, isso se deve, entre outras razões, pelo fato de que não se pode

⁷¹ “Art. 3^a-A, Lei 12.850/2013: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos [...] §4º: Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

⁷² BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 179.

⁷³ BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 175 e 176.

pacificamente deduzir que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado o princípio da obrigatoriedade, na medida em que os dispositivos normativos comumente citados para justificar essa afirmação apenas preconizam que a ação penal “será promovida” pelo Ministério Público — o que, antes de significar o *dever* de oferecer a ação, na sua leitura indicaria a *iniciativa* de quem poderia fazê-lo (isto é, tratar-se-ia de uma questão de oficialidade da ação, mais do que obrigatoriedade)⁷⁴.

Além disso, Divan afirma que a obrigatoriedade precisa ser revista desde critérios político-criminais atinentes à admissibilidade da acusação. Para o autor, é preciso que o Ministério Público possa efetivamente avaliar a viabilidade de oferecer uma denúncia, eventualmente dando início à persecução criminal, analisando os custos que disso podem advir, tendo em vista “a responsabilidade de se estar trabalhando com uma realidade que existe e que é tributária de um sistema imperfeito e que acarreta muitas vezes prejuízos em si, mesmo frente ao seu ‘funcionamento’ dito normal”⁷⁵.

Luigi Ferrajoli, na obra que edifica sua teoria do Garantismo Penal, não se mostra alheio aos fundamentos das críticas acima referidas. Em primeiro lugar, o autor italiano afirma que o fato da ação penal ser obrigatória — nas hipóteses em que os pressupostos processuais encontram-se preenchidos — não significa, efetivamente, que se estaria cumprindo um dever irrealizável de criminalizar qualquer conduta criminosa (inclusive aquelas menos ofensivas a bens juridicamente tutelados), mas, sim, o dever dos órgãos acusatórios de “promover o juízo para toda *notitia criminis* que vier a seu conhecimento — ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltem indícios de culpabilidade”⁷⁶.

Nesse diapasão, a obrigatoriedade da ação penal significa, para Ferrajoli, como já apontado, uma consequência da adoção do sistema garantista, porquanto submete a autoridade estatal (neste caso em específico, o órgão com atribuições acusatórias) aos limites legais, excluindo de sua ação impulsos baseados em critérios puramente arbitrários; além disso destina-

⁷⁴ Para Gabriel Divan, a doutrina nacional frequentemente justifica a vigência do princípio da obrigatoriedade no processo penal em razão do dispositivo constante no artigo 24 da legislação processual, que assim preceitua: “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Nesse sentido, cf.: DIVAN, Gabriel. Quatro provocações (preliminares) sobre o “princípio da obrigatoriedade” e a ação penal pública no sistema processual-penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.13, n. 58, p. 111-126, jul./set., 2015, p. 118.

⁷⁵ DIVAN, Gabriel. Quatro provocações (preliminares) sobre o “princípio da obrigatoriedade” e a ação penal pública no sistema processual-penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.13, n. 58, p. 111-126, jul./set., 2015, p. 125.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 457.

se a resguardar o respeito à igualdade, impedindo que sejam conferidos tratamentos jurídicos diversos, fundados no comportamento processual do imputado.

Em verdade, Ferrajoli aduz que a experiência dos países que adotam, como regra, a discricionariedade da ação (a exemplo dos Estados Unidos), demonstra, antes da existência de uma maior democraticidade do sistema penal, a promoção de uma fonte inesgotável de arbítrios:

arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. O sistema [...] apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência [...] mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de uma vistosa discriminação contra tantos que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo [...] completamente absurda a figura de um acusador público — pouco importa que seja eleito — não sujeito à lei e dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado⁷⁷.

Não é outro o entendimento de Nereu Giacomolli. Ao se referir às principais problemáticas suscitadas pelos espaços de oportunidade no processo, o autor assevera que a oportunidade da ação penal tem o condão de promover o desvirtuamento de garantias que norteiam o devido processo legal, sobretudo as garantias da legalidade, igualdade e presunção de inocência. Particularmente no que concerne à igualdade, Giacomoli afirma que a seleção de normas ou imputados que receberão as sanções pela violação de uma norma penal, a partir da aplicação diferenciada ou excludente das sanções, produz, em verdade, situações de uma desigualdade, inconsequência e desilusão⁷⁸.

De fato, o que a experiência tem demonstrado, notadamente nos ordenamentos que consagram a oportunidade e disponibilidade como princípio reitor da persecução penal, é a prevalência de graves contextos de desigualdade, os quais, não raras vezes, ensejam a condenação de pessoas inocentes. Com efeito, muitos acusados, diante do risco de receberem uma sanção maior caso deixem de aceitar o acordo oferecido, resignam-se aos termos que lhe são apresentados pela acusação, sem confrontar as hipóteses acusatórias — desvirtuando, por conseguinte, a própria essência do contraditório e da ampla defesa, e, em última análise, a própria garantia da jurisdiccionariedade.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 456.

⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101 e 106.

A nosso juízo, entendemos que vigora no Brasil o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que não impede que possam existir certas circunstâncias legalmente especificadas que condicionem a procedibilidade da ação ao preenchimento de determinados requisitos legais⁷⁹. Nada obsta, por conseguinte, que se possa ampliar — nomeadamente a figuras típicas que versem sobre bens juridicamente disponíveis, a exemplo do patrimônio — as referidas condições de procedibilidade da ação a um juízo sobre a conveniência e oportunidade de oferecê-la, juízo este a ser realizado pela própria vítima. Em verdade, medida como esta apresentar-se-ia ainda mais consentânea a um direito penal mínimo, como reconhece Ferrajoli⁸⁰, e a um sistema de justiça criminal democraticamente reformado, segundo critérios político-criminais a serem elegidos não de acordo com a discricionariedade individual do Ministério Público, mas sim pelo próprio Poder Legislativo⁸¹.

Apenas a título ilustrativo, pode-se mencionar, no Brasil, a alteração da natureza da ação penal do crime de estelionato, promovida pela Lei 13.964 (já citada “Lei Anticrime”), que condicionou o oferecimento da denúncia, por parte do Ministério Público, à manifestação de vontade do ofendido. Ainda mais avanço teria ocorrido caso o diploma legal precitado também condicionasse o oferecimento da ação a outras figuras típicas que tutelam o patrimônio, como, por exemplo, o furto e a apropriação indébita.

A crítica aqui construída, conforme o presente trabalho destina-se a demonstrar, reside em verdade, na utilização de mecanismos negociais como expressão de juízos de discricionariedade por parte dos órgãos oficiais de acusação. Como se verá, a negociação no

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 457.

⁸⁰ “Pareceria evidente, em um modelo de direito penal mínimo, que entre os delitos processáveis mediante queixa deveriam incluir-se todos aqueles cujo bem ofendido é *disponível*. Nesses casos a queixa é uma garantia essencial da autonomia da parte ofendida e especificamente da sua disponibilidade do bem. Mas o problema se transfere, em tal caso, para a identificação dos bens disponíveis. Quais bens devem ser valorados como disponíveis e quais como indisponíveis? Parece pacífico que a categoria mais exemplar de bens disponíveis deveria ser a dos bens patrimoniais privados; assim, deveriam resultar processáveis mediante queixa da parte todos os crimes contra a propriedade privada: não só a apropriação indébita, a insolvência fraudulenta e o dano, mas também o furto, a fraude, a receptação e similares” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 459).

⁸¹ É exatamente isso que sustenta Afrânio Silva Jardim, quando, ao pontuar as problemáticas que decorrem da ampliação do princípio da oportunidade às ações penais públicas, o autor afirma que não se pode depreender uma conformação deste princípio com o Estado Democrático de Direito, uma vez que, se assim fosse, conceder-se-ia demasiado poder ao órgão ministerial, situação que já se fez presente em regimes autoritários, como no período do fascismo italiano. Para Silva Jardim, a questão deve ser resolvida a partir da descriminalização de inúmeras infrações penais sem relevância social, bem como por meio da correta utilização do princípio da insignificância, que já se apresenta como filtro de admissibilidade da acusação face à análise sobre a (a)tipicidade da conduta. A propósito, cf.: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 765.

processo penal se expressa fundamentalmente a partir de critérios de oportunidade⁸², os quais, todavia, debilitam não apenas o princípio da obrigatoriedade da ação, como também outros princípios a ela correlatos, estruturantes do esquema epistemológico garantista.

2.2.4 O direito de defesa e de produção probatória e a garantia do contraditório

Afirmou-se na seção 2.2.1 que a legitimidade dos pronunciamentos judiciais, desde a construção epistemológica garantista, condiciona-se à existência de um expediente jurisdicionalizado, conforme exige o princípio da submissão à jurisdição em sentido lato. Todavia, conforme naquela oportunidade se pontuou, a mera existência de um processo judicial — e de uma figura (o juiz) que esteja à frente dele —, por si só, não garante a validade de uma decisão.

Necessário se faz, por um lado, que sejam igualmente asseguradas, na determinação dos fatos concernentes a comportamentos hipoteticamente violadores de bens jurídicos, as garantias orgânicas alusivas à figura do julgador, que se expressam de acordo com distanciamento deste em relação às partes em causa (separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais), pressupondo, outrossim, o desinteresse e o alheamento no tocante a qualquer uma delas (imparcialidade); na sua independência institucional relativamente aos demais poderes do Estado, e, por fim, na naturalidade de sua designação, a exigir a prévia determinação legal das suas competências.

Por outro lado, exige também o princípio da jurisdicionariedade, em sua acepção estrita, a observância de outras garantias procedimentais, responsáveis por conformar a obtenção da verdade processual, sempre aproximada e relativa, como visto. Essas garantias, conforme preleciona Ferrajoli, dividem-se em garantias procedimentais primárias, entre as quais se incluem o ônus de prova a cargo do órgão acusador, a contestação da acusação mediante o devido contraditório entre as partes e o direito de defesa do imputado⁸³. A elas, ademais, correlacionam-se outras garantias procedimentais de segundo nível, responsáveis por assegurar a efetividade das primeiras, quais sejam: a publicidade processual, a oralidade na produção probatória⁸⁴, a legalidade dos procedimentos e a motivação das decisões.

⁸² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 53.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 465 a 484.

⁸⁴ Acerca da oralidade como método de concretização de outros princípios constitutivos da sistemática processual acusatória, remete-se o(a) leitor(a) o estudo realizado por Marcos Melo em sua dissertação de Mestrado. Nesse

Todas essas garantias, saliente-se, são necessárias para que se possa concretizar um processo penal devido, estruturado segundo os ditames de uma epistemologia garantista — em síntese, um *justo processo*⁸⁵. Tratam-se de mecanismos destinados a elidir do maior modo possível a arbitrariedade judicial, eivando de racionalidade os atos jurisdicionais. Nas linhas a seguir, serão mais percucientemente analisadas aquelas garantias que guardam mais familiaridade com o objeto sobre o qual a presente dissertação destina-se a analisar.

Em primeiro plano, para que se possa cogitar de uma decisão judicial fundamentalmente legitimada, imperioso que sejam apresentados no curso do expediente processual elementos que demonstrem a ocorrência empírica dos fatos legalmente previstos como crime. Trata-se de exigência relacionada ao princípio do ônus da prova, expressa pelo axioma *nulla accusatio sine probatione*. Esses elementos, contudo, somente podem ser predicados idôneos quando submetidos ao procedimento de *prova e erro*. Como aduz Ferrajoli, a principal garantia de que a verdade processual será alcançada consubstancia-se na “máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes”⁸⁶.

Ademais, estruturado o processo segundo a sistemática acusatória, tal como pressuposto pela epistemologia garantista, tem-se a atribuição exclusiva do órgão acusador no que tange ao dever de produzir e apresentar os elementos de prova que se refiram à hipótese acusatória, haja vista que sobre a defesa recai o postulado da presunção de sua inocência, excluindo-se outrossim, como visto, quaisquer iniciativas probatórias por parte do juiz, responsável apenas pela valoração imparcial dos elementos trazidos pelas partes.

Como decorrência lógica do princípio do ônus da prova a cargo da acusação, exsurge o direito de defesa por parte do imputado, representado pelo axioma *nulla probatio sine defensione*. Precisamente porquanto as provas carecem de falseabilidade por parte da defesa é que se deve garantir ao acusado o direito de refutá-las e de reciprocamente produzir suas contraprovas⁸⁷. Segundo Ferrajoli,

sentido, conferir: MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro**: em busca da superação da tradição inquisitorial. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

⁸⁵ Sobre as imbricações entre justo processo e devido processo legal, conferir: ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 488.

⁸⁷ “Somente se pode falar em prova se for no ambiente da controvérsia, do debate, com a defesa tendo a seu dispor todos os meios de produzir a contraprova, ou seja, de refutar as imputações que a acusação traz. Portanto, a paridade de armas é aqui pressuposta. Não se pode falar em processo garantista sem que a defesa possua condições estruturais de contrapor-se à acusação, daí porque todas as garantias orgânicas e processuais que mencionamos mais acima são necessárias ao atendimento dessa última regra do jogo” (PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. *Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha*).

*A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas*⁸⁸.

O contraditório, com efeito, na epistemologia acusatória garantista, caracteriza-se como garantia fundamental à efetividade do direito de defesa. Nessa perspectiva, observa-se que entre a garantia do contraditório e o direito de defesa se manifesta uma íntima relação de reciprocidade. Como afirma Gilberto Thums, a garantia constitucional da ampla defesa está intimamente correlacionada ao contraditório, não podendo uma existir sem a outra⁸⁹. No mesmo sentido é o entendimento de Welton Roberto, afirmando o autor que o contraditório deve ser interpretado como elemento conglobante da ampla defesa, consistindo em parâmetro de validade processual⁹⁰.

Tradicionalmente, a garantia do contraditório tem sido interpretada pela doutrina como binômio constituído, de um lado, pela possibilidade de informação e, de outro lado, pelo direito à reação. A propósito do tema, Marcos Melo destaca que, de acordo com esta perspectiva doutrinária, inspirada no modelo teórico instrumentalista e herdeira da Teoria Geral do Processo⁹¹, bastaria para satisfação do contraditório a oportunidade de refutação dos elementos acusatórios que viessem a ser formulados e trazidos ao processo, mesmo que essas ações não ressoassem na estrutura procedimental e na motivação das decisões⁹².

Por certo, desde a epistemologia garantista, a qual pressupõe à validade da prova a efetiva possibilidade de sua refutação pelo acusado, tem-se como inquestionável a necessidade de ampliação do entendimento sobre a garantia em referência, uma vez que não basta facultar às partes o direito ao conhecimento e reação frente aos elementos probatórios alinhavados no processo se as suas alegações não forem capazes de efetivamente influir na formação do

In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 17 jan. 2022).

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490, grifos nossos.

⁸⁹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 128.

⁹⁰ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 86.

⁹¹ Para uma crítica acerca da aplicação de categorias oriundas da Teoria Geral do Processo ao Direito Processual Penal, conferir: LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, 2015. DOI: 10.22197/rbdpp.v1i1.13. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/13>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁹² MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro**: em busca da superação da tradição inquisitorial. São Paulo: IBCCRIM, 2020, p. 64.

convencimento jurisdicional. De outra forma, resvalar-se-ia numa mera “participação fictícia e aparente [...], servindo para atender uma estrutura procedimental monologicamente dirigida à formação unilateral do provimento pelo julgador”⁹³. Portanto, faz-se necessário que as alegações trazidas ao processo por ambas as partes possam ser igualmente valoradas pelo órgão julgante, razão por que Ferrajoli afirma que a *paridade de armas* constitui pressuposto essencial à garantia do contraditório e ao direito de defesa⁹⁴.

Welton Roberto, com supedâneo na doutrina de Mario Chiavario, compreende o contraditório como um método de accertamento da verdade fática por intermédio da formação da prova, asseverando que a verdade, no processo penal cognitivista, depende da comprovação empírica alcançada a partir dos elementos de prova, ao passo que estes somente podem ser reputados legítimos, como já visto, quando submetidos à refutação e contradição por parte da defesa.

Nesse diapasão, discorrendo sobre os pressupostos intrínsecos a esta garantia, o autor aduz que o contraditório se materializa mediante a observância de três circunstâncias essenciais, constituídas pela cognição (ciência) quanto aos fatos trazidos à apreciação judicial; pela participação (oportunidade) da defesa na produção probatória; e, por fim, pela isonomia (paridade) tanto em relação à produção pelas partes quanto à valoração das provas pelo juiz. Particularmente no que diz respeito à paridade, o autor assevera, na mesma esteira de Ferrajoli, que “a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa”⁹⁵.

Assim, para que a condição de paridade seja fundamentalmente assegurada (e, em última análise, o contraditório e a ampla defesa possam restar verdadeiramente garantidos), necessário se faz que as partes disponham de isonômicas condições de produção probatória, bem como que as provas produzidas constituam igualmente objeto de valoração por parte do juiz⁹⁶ — exigência que contorna todas as fases da persecução penal, inclusive a fase de

⁹³MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro**: em busca da superação da tradição inquisitorial. São Paulo: IBCCRIM, 2020, p. 65.

⁹⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

⁹⁵ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 109.

⁹⁶“O direito de defender-se provando pressupõe o reconhecimento de que a defesa assumirá o papel e a função de também integrar a formação da prova, não só realizando o seu trabalho através do sistema *adversary system* (*cross examination*), mas contribuindo positivamente no convencimento do magistrado mediante um trabalho ativo de busca, investigação e realização proativa no processo, deixando para o passado o papel de ‘convidado de pedra’, que era relegado ao defensor. Até porque o direito de defesa se vincula aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, consagrados e garantidos em praticamente todas as cartas políticas liberal-democráticas.” ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 156.

investigação preliminar. Ferrajoli reconhece, a propósito, que devem ser facultados ao investigado os mesmos poderes investigativos de que dispõe o órgão acusador⁹⁷, fenômeno que hoje vem sendo tratado sob a sigla de “investigação defensiva”, já normatizado em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano, embora ainda careça de expressa disposição legal no Brasil, como mais adiante se analisará.

Questão, todavia, problemática diz respeito à crescente introdução de mecanismos de justiça negocial no ordenamento jurídico pátrio. Conforme será examinado com mais profundidade nas seções seguintes, os institutos negociais pressupõem, desde uma subvertida lógica eficientista, a relativização do procedimento que deveria contornar o accertamento da verdade fática no processo penal, com reflexos fundamentalmente deletérios às garantias responsáveis por limitar o arbítrio estatal e por conferir legitimidade aos pronunciamentos jurisdicionais. Com supedâneo na doutrina de Glauco Giostra, Welton Roberto afirma que os acordos processuais, porquanto fundados em promessas de recompensa ou ameaças de sanções, possuem o condão de infirmar a verdade produzida e legitimada mediante a participação efetiva das partes no processo, transformando-o em um instrumento mercantil de resolução dos conflitos sociais⁹⁸.

No mesmo diapasão posiciona-se Nereu Giacomolli. A partir de uma crítica quanto à racionalidade econômica que transforma a jurisdição penal em mais um instrumento de realização de expectativas mercadológicas, o autor aponta que o processo penal não pode “servir a iniciativas que o considerem um *market system*, aniquiladoras do direito penal, ou à comercialização da justiça criminal, como ocorre nas astutas negociações da *plea bargaining*”. Além disso, afirma que “a imitação do modelo anglo-saxão leva ao regateio, à astúcia, em prejuízo dos mais fracos, dos mais propensos a aceitar a argumentação acusatória, além da falta de transparência e das mínimas garantias processuais”⁹⁹.

A propósito do tema Bernd Schünnehan, discorrendo sobre as razões que justificam a acelerada tendência de introdução de institutos anglo-saxônicos a realidades estrangeiras, assevera que é justamente a simplificação procedimental o motivo que explica a contemporânea *marcha triunfal do modelo norte-americano do processo penal*. Segundo o autor,

acredito (o que à primeira vista parece paradoxal) estarem estes motivos ancorados exatamente nas suas debilidades, nos seus déficits em relação aos mandames do estado de direito, pois que neste modelo, por trás da reluzente fachada de um modelo ideal – o adversarial –, para mais de 90% dos casos vige algo bem diverso: uma prática de

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

⁹⁸ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 90.

⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113 a 133.

sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial sério. Não é sua conformidade com os valores do estado de direito, mas são pelo contrário suas debilidades, que fazem hoje em dia o sistema norte-americano parecer tão atraente para os órgãos de persecução penal europeus e para a legislação por estes influenciada¹⁰⁰.

Ocorre, não obstante, que essa simplificação acarreta, dentre outros efeitos que serão melhor analisados na próxima seção, a renúncia — não raramente involuntária, devido à natureza coercitiva que subjaz os institutos de consenso — do direito de defesa do acusado e da garantia do contraditório. De fato, para que os aparentes benefícios engendrados pelos acordos possam incidir, necessário se faz que o réu declaradamente renuncie ao seu direito de defesa, abdicando da possibilidade de produzir eventuais contraprovas e, em última instância, consinta com o esvaziamento do instrumento mais fundamental de proteção em face do poder estatal, responsável por garantir um processo verdadeiramente justo e democrático — o *devido processo legal*.

¹⁰⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 242.

3 JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: APORTES CRÍTICOS DESDE A REALIDADE ESTRANGEIRA

Atualmente, observa-se que um grande número de ordenamentos jurídicos, em países que seguem tradições jurídicas diversas, vêm adotando mecanismos alternativos e consensuais à resolução dos conflitos de natureza criminal. Esses instrumentos de negociação nem sempre guardam rigorosas identidades entre si. Há países, por exemplo, em que o acordo entre as partes pode se estender à tipificação do fato delituoso, como é o caso do *plea bargaining* existente no sistema anglo-saxônico, a ser melhor analisado nas seções seguintes. Em outros países, dada a forma como o sistema jurídico encontra-se estruturado, tem-se que o acordo recai somente em relação à pena a ser aplicada ao imputado ou sobre o modo como o procedimento penal se desenvolve e encerra.

A despeito das diferenças estruturais entre os diversos sistemas e tradições jurídicas — a refletir, de igual modo, na maneira como os mecanismos negociais são incorporados em cada realidade local —, o que hoje parece inquestionável é a acelerada tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal. Os fatores que justificam esta ampliação são de ordens diversas, como ao longo deste trabalho se pretende evidenciar: desde pretensões de cariz economicistas, justificadas na necessidade de reduzir o tempo e os custos do processo, até argumentações de jaez político-criminal, fundamentadas na importância de conferir maior eficiência e rigor à persecução de certos tipos penais.

A presente seção se propõe a analisar, em um primeiro momento, aquele que seguramente se apresenta como um dos mais importantes modelos de acordo processual penal hoje existente, qual seja, o *plea bargaining*. As razões que justificam esta escolha dizem respeito, por um lado, à sua larga hegemonia nos países no qual o instituto já se encontra incorporado — estima-se que nos Estados Unidos, por exemplo, cerca de 98% dos processos são resolvidos por intermédio desse mecanismo¹⁰¹, enquanto na Inglaterra esse número chega a 90%¹⁰²; além disso, o *plea bargaining* tem sido o modelo a partir do qual diversas nações de

¹⁰¹ SORAGE, Stephanie; WASHINGTON, Melvin; SUBRAMANIAN, Ram. **In the shadows**: a review of the research on plea bargaining. Nova Iorque: Vera Institute of Justice, 2020. Disponível em: <https://staging.vera.org/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

¹⁰² LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

tradição romano-germânica, como o Brasil, buscam se inspirar para fins de ampliação dos espaços de consenso em seus sistemas jurídicos internos¹⁰³.

Em um segundo momento, pretende-se analisar o contexto de ampliação dos espaços de consenso na realidade latino-americana, perscrutando as razões que justificaram sua incorporação em ordenamentos que foram historicamente erigidos em tradições jurídicas distintas daqueles em que os mecanismos consensuais surgiram. Para tanto, far-se-á uma análise crítica particularmente em relação a dois países que recentemente passaram a adotar soluções consensuais aos casos aportados à justiça criminal, quais sejam, a Argentina e o Chile.

Para melhor compreensão do tema, tem-se antes como necessário analisar, por um lado, quais os principais traços que demarcam e individualizam as diversas famílias de direitos hoje existentes, notadamente a *Common Law* — na qual Estados Unidos e Inglaterra se inserem —, bem como a *Civil Law*, da qual deriva a maioria dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, incluindo o Brasil. Por outro lado, imperioso também salientar as características que subjazem a crescente transferência de institutos jurídicos erigidos em um país para outro, naquilo que tem sido denominado como *transplantes jurídicos* ou *traduções jurídicas*, no sentido que a seguir se pretende expor.

3.1 *Common Law* e *Civil Law*: as duas grandes famílias de direitos

A *Common Law* pode ser compreendida, segundo definição de Andréia Costa Vieira, como um “sistema legal que tem por fonte primária de direito casos já julgados, que se tornam vinculantes, ou seja, que devem ser obrigatoriamente observados em julgados posteriores”¹⁰⁴. Diferentemente de outros sistemas jurídicos¹⁰⁵, em especial o sistema da *Civil Law*, os países cujas tradições se desenvolveram de acordo com a *Common Law* atribuem especial relevo não à lei escrita, emanada do Poder Legislativo, mas, sim, às decisões precedentes julgadas pelo

¹⁰³ “A importação destes mecanismos de negociação tem sua origem no direito anglo-saxônico — mais especificamente no *plea bargaining* estadunidense. Nesse sentido, podem se incluir em uma corrente bicentenária de importação de institutos desta tradição aos processos penais de tradição continental-europeia e latino-americana” (LANGER, Máximo. **La dicotomía acusatorio-inquisitorio y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado**. In: Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 98).

¹⁰⁴ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 107.

¹⁰⁵ Em sua clássica obra “Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo”, René David classifica os sistemas jurídicos em quatro grandes famílias: 1) a família romano-germânica (também conhecida como *Civil Law*); 2) a família da *Common Law*; 3) os direitos socialistas, capitaneados pela então União Soviética; 4) e outras concepções de ordem social e jurídica, a exemplo do direito muçulmano, indiano, do extremo-orient, da África e de Madagascar. Nesse sentido, cf.: DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Comparado**. 2. ed. Coimbra: Meridiano, 1978.

próprio Poder Judiciário, naquilo que é entendido como *judge-made-law*, “em que os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido numa causa e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos semelhantes ou assimilados àquele onde a regra surgiu”¹⁰⁶.

Isso não significa dizer, todavia, que os países que seguem o modelo da *Common Law* não incorporem a possibilidade de criação de normas jurídicas a partir de leis editadas pelo Poder Legislativo. Nos Estados Unidos, por exemplo, em que maioria dos estados da federação pertencem a esta família jurídica, há uma variedade de normas jurídicas que são criadas por intermédio do legislador, naquilo que se denomina *statute law* (direito estatutário), resultantes dos *enactments of legislature* (tratados internacionais, constituição federal, constituições estaduais, leis ordinárias federais e estaduais etc.). A questão diz respeito, na verdade, como explica Guido Fernando Soares, a um enfoque metodológico: enquanto no sistema da *Civil Law* “a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita”¹⁰⁷.

Particularmente no que concerne ao sistema processual penal adotado nos EUA, a 5ª, 6ª e 14ª Emendas à Constituição estabeleceram como condição necessária à legitimidade do julgamento o direito a um júri imparcial, mediante um julgamento rápido e público, no interior do qual possam ser observadas as diretrizes conformadoras de um devido processo legal (*due process of law*). Além disso, adotou-se a dinâmica de resolução de conflitos estruturada segundo uma lógica *adversarial*¹⁰⁸ ou de acordo com um *modelo de disputa*, em que “o processo penal é uma luta ou disputa entre duas partes, acusador e acusado, desenvolvida diante de um terceiro – o juiz ou árbitro – que se encontra em uma posição relativamente passiva”¹⁰⁹. Neste modelo, as partes são titulares do litígio e são elas que, por meio da atividade que desenvolvem, impulsionam o procedimento penal.

Na medida em que às partes é conferida a titularidade do litígio, vigora nos Estados Unidos um importante princípio que se encontra na raiz dos mecanismos de consenso: o *princípio dispositivo da ação*. Diferentemente do princípio da obrigatoriedade, no sentido aqui

¹⁰⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14.

¹⁰⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

¹⁰⁸ “O sistema adversarial é pilar do Direito Penal norte-americano. [...] É da essência do Direito estadunidense esse sistema de solução de disputas por meio de confronto de pontos de vista conflitantes sobre fatos e direito, perante árbitros neutros e passivos” (DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 25.).

¹⁰⁹ LANGER, Máximo. **La dicotomía acusatório-inquisitório y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado**. In: Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 115.

já exposto e mais adiante retomado —, quaisquer das partes podem desistir ou renunciar parcialmente ao conflito, sem que para isso precisem fundamentar essa decisão¹¹⁰. Como esclarece Máximo Langer,

ampla discricionariedade acusatória combina com este modelo [da disputa] porque a acusação, como uma das partes e dona da disputa, pode não acreditar que há controvérsia em determinado caso ou pode decidir que a controvérsia não é digna de persecução e deste modo, não está obrigado a ajuizar a ação. *Guilty pleas* se encaixam neste modelo porque a defesa, assim como a outra parte da disputa, pode reconhecer que a outra parte está correta e então resolver a disputa; a determinação da culpa ou inocência acaba e o caso passa para a fase de sentenciamento¹¹¹.

A existência desse princípio remonta ao processo acusatório antigo, no qual a iniciativa da persecução penal incumbia à parte ofendida ou a qualquer cidadão singular. Entretanto, com a progressiva afirmação pública da natureza do processo penal, sua manutenção tornou-se injustificada, embora ainda subsista em certos sistemas jurídicos modernos, como é o caso do sistema processual estadunidense, não sem prejuízos, todavia, ao conjunto de garantias responsável por limitar e legitimar o poder estatal¹¹².

Nesse sentido, em que pese a Constituição estadunidense positive a garantia de um julgamento rápido e público por um júri imparcial, fato é que, na prática, a maior parte dos casos penais são resolvidos mediante acordos de barganha, razão por que se fala que o sistema de justiça penal norte-americano vive à sombra do Júri¹¹³. Naturalmente, não é sem críticas que uma numerosa parte dos estudiosos e atores processuais desse sistema jurídico percebem esta forma de resolução dos conflitos criminais, as quais serão melhor analisadas nas seções seguintes.

O sistema jurídico da *Civil Law*, por sua vez, exsurge historicamente do direito romano-germânico¹¹⁴ e possui como característica fundamental a compilação e codificação da ordem

¹¹⁰ LANGER, Máximo. **La dicotomia acusatório-inquisitório y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado.** In: Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 118.

¹¹¹ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 51.

¹¹² Como cirurgicamente realça Ferrajoli, “a discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado - e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal -, agora injustificado. Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade - que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (*plea bargaining*) da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais - representam uma fonte inesgotável de arbitrios” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 456).

¹¹³ DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 25.

¹¹⁴ Em verdade, o sistema da *Civil Law*, como hoje se conhece, possui raízes históricas tanto no Direito Romano, especialmente nas contribuições de Justiniano com o *Corpus Juris Civilis*, como, também no Direito Germânico, notadamente a partir do trabalho desenvolvido pela Escola Pandectista, que se encarregou de sistematizar racionalmente a matéria jurídica. Para uma melhor compreensão sobre esses influxos históricos, ver: SILVA,

jurídica dentro de um sistema lógica e racionalmente estruturado. Nesse sistema, postula-se a imprescindibilidade da existência de uma lei escrita, à qual se atribui o papel de organizar as expectativas dos cidadãos, bem como as responsabilidades dos órgãos de Estado. De acordo com Andréia Costa Vieira, os países que compõem esta família “são também conhecidos como ‘países do direito escrito’. Essa denominação refere-se, particularmente, à lei escrita, que é, em todos os países, a fonte primária do direito, autoridade máxima para expressá-lo”¹¹⁵.

Contudo, não significa com isto dizer que a lei é a única fonte de direito existente. De fato, verifica-se nesse sistema a presença de outras fontes normativas, as quais, todavia, possuem papel secundário. Entre elas pode-se mencionar a doutrina e a jurisprudência, esta última que, como visto, no ordenamento dos países desenvolvidos segundo a tradição da *Common Law*, aparece como fonte primária, ao passo que, no sistema romano-germânico, exerce uma função supletiva, não vinculando, em regra, a atuação das autoridades jurisdicionais¹¹⁶.

O Brasil, como já apontado, é um país cuja tradição jurídica se consubstanciou historicamente a partir deste modelo romano-germânico ou civilista. Com efeito, diferentemente dos sistemas anglo-saxônicos, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio atribui primordialmente à lei o papel de estruturar as ferramentas através das quais se torna possível resolver os conflitos sociais. Nesse sentido, a lei se apresenta como o núcleo fundante ou princípio reitor do sistema, impondo aos autores estatais o dever de orientar sua atuação e suas decisões em conformidade com as previsões legais, observando-se os limites legalmente impostos.

Paralelamente à legalidade, e mais especificamente no que concerne ao sistema de justiça criminal, verifica-se que os ordenamentos que seguiram a tradição romano-germânico adotaram, como regra, o princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, no sentido já analisado na seção 2.2.3. Como visto, embora legalidade e obrigatoriedade da ação consistam em expressões com conteúdo diverso, tratam-se de princípios intimamente relacionados, uma vez que o dever de oferecer a ação penal (e, uma vez sendo oferecida, dela

Almiro do Couto e. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Rio Grande do Sul, v. 13/14, 1997. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70147>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70147>. Acesso em: 23 out. 2022.

¹¹⁵ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 63.

¹¹⁶ “A jurisprudência não é fonte que vincula, mas é praxe nos tribunais manter-se uma decisão, reafirmando a certeza do direito. Entretanto, qualquer juiz, de qualquer instância, pode julgar de forma diversa do que já foi decidido. Nada o impede de fazê-lo. É exatamente essa liberdade de decisão, essa desvinculação, que caracteriza o sistema jurisprudencial dos países do sistema romano-germânico” (VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 67.).

não desistir) é uma imposição decorrente da própria lei, que visa a evitar arbitrariedades ou favoritismos por parte do órgão responsável pela acusação¹¹⁷.

Segundo Máximo Langer, os países que seguiram a tradição da *Civil Law*, entre os quais o Brasil, adotaram originariamente, de forma diversa ao já referido modelo da disputa existente nos sistemas anglo-saxônicos, o modelo da *investigação oficial*. Neste modelo, “o processo penal é visto como uma investigação feita por um ou mais representantes do Estado com o propósito de determinar se ocorreu um crime e se o réu o cometeu”. Na medida em que possui como um dos principais desideratos a determinação da verdade sobre os fatos, às partes não é dada a disposição do processo — notadamente em vista da natureza pública que este possui —, de tal sorte que

o conceito de *guilty plea* não existe neste modelo porque, enquanto a admissão da autoria pelo réu pode ser um elemento de prova muito importante, ela não necessariamente fornece uma versão completa da verdade, que caberá ao juiz decidir. Além disso, não há o *plea bargaining*, não apenas porque não existe o *guilty plea*, mas também porque a verdade não pode ser negociada nem comprometida¹¹⁸.

A despeito disso, o que se tem observado nos últimos anos é a crescente importação de institutos ou ideias jurídicas existentes nos países anglo-saxônicos para outros países da Europa Continental e América Latina, fundados sob uma tradição jurídica civilista ou legalista¹¹⁹. Entre outros exemplos, pode-se citar, particularmente em relação ao Brasil, a recente reforma do Código de Processo Civil, a qual, entre outras modificações, normatizou a necessidade de observância dos precedentes e jurisprudência dos Tribunais, em clara inspiração à doutrina americana do *stare decisis*, e, especificamente no tocante ao processo penal, a importação de soluções jurídicas negociadas.

Alguns autores mencionam que esta importação poderia ser interpretada como um fenômeno compreendido sob a sigla de um “transplante jurídico” — categoria sistematizada e

¹¹⁷ Entendendo o princípio da obrigatoriedade da ação penal como decorrência da legalidade, embora optando pelo uso do primeiro em relação ao segundo, no contexto da necessidade de oferecimento da ação, afirma Afrânio Silva Jardim: “preferimos usar a expressão princípio da obrigatoriedade, a fim de tornar mais claro que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 121).

¹¹⁸ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 53 e 54.

¹¹⁹ Como aponta Lenio Streck, “é possível constatar, sem muita dificuldade, que dia-a-dia encaminhamo-nos para um ‘hibridismo-sistêmico’, com a importação de mecanismos do sistema da *common law* (Súmulas vinculantes, mecanismos que de filtragem recursal, como os previstos nas Leis 8.038 e 9.756) e do Direito tedesco (mecanismos avocatórios constantes na EC n. 3 e na Lei 9.882, que enfraquecem o controle difuso de constitucionalidade, a partir de um incidente de constitucionalidade disfarçado)” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais no Brasil*. **Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 8, ed. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf. Acesso em: 23 out. 2022).

academicamente difundida sobretudo por Alan Watson em sua obra *Legal Transplants*. Para o autor, o transplante jurídico indicaria a transferência de uma regra ou sistema de um país para outro, com a capacidade — tal como em um transplante de órgão —, de crescer e se desenvolver no corpo para o qual fosse transplantado, havendo todavia a eventual possibilidade de ser por ele rejeitado¹²⁰.

Reconhecendo a sofisticação teórica desta categoria e a importância que exerceu para os estudos em Direito Comparado, Máximo Langer aponta, entretanto, alguns limites que tornariam a análise sob a ótica dos transplantes jurídicos inadequada no que diz respeito ao fenômeno de incorporação de institutos norte-americanos aos sistemas processuais penais da Europa Continental e América Latina.

Para o autor, isso se deve, em primeiro lugar, porquanto muitos institutos jurídicos podem ser incorporados em alguns níveis conceituais, mas não em outros, o que resulta em práticas substancialmente diferentes daquelas nas quais eles foram originariamente concebidos¹²¹. A isso somam-se outros fatores, como as estruturas de significado, disposições dos atores individuais, arranjos institucionais e políticos, sistemas de estímulos, entre outros, que podem conduzir a uma resignificação — e, em alguns casos, a verdadeiras subversões — da norma jurídica transplantada relativamente ao seu conteúdo original. Nesse sentido, tem-se que a forma como os atores processuais (juízes, promotores, advogados e réus) recepcionam e interpretam as diferentes mudanças normativas exerce influência direta na forma como essas mudanças são efetivamente materializadas na prática forense.

Nesse sentido, Máximo Langer propõe uma ferramenta teórica distinta, por meio da qual se torna possível interpretar o movimento de importação e transferência de institutos jurídicos notadamente entre países vinculados a famílias jurídicas essencialmente diferentes. Isso se daria, para o autor, através da utilização de uma ferramenta heurística denominada de *tradução*

¹²⁰ WATSON, Alan. **Legal Transplants**: an approach to comparative law. 2. ed. Georgia: University of Georgia, 1993, p. 21 a 27.

¹²¹ “Por exemplo, o controle de constitucionalidade é uma ideia e um mecanismo institucional que foi ‘transplantado’ dos Estados Unidos para a Europa Continental. Contudo, o sistema de controle de constitucionalidade na Europa Continental difere substancialmente da versão americana: (a) enquanto nos Estados Unidos todo tribunal pode declarar certas regras ou práticas estatais inconstitucionais, na Europa Continental, normalmente apenas um Tribunal Constitucional centralizado pode fazê-lo; (b) enquanto nos Estados Unidos os tribunais que realizam a função de controle de constitucionalidade são parte do Judiciário, na Europa Continental não é sempre assim. A metáfora do transplante não é flexível o suficiente para capturar estas sutilezas e transmite a noção enganosa de que os mesmos conceitos e práticas do “controle de constitucionalidade” existem tanto nos Estados Unidos quanto na Europa Continental. Um rim ou uma muda de planta se parecerão em seu corpo ou ambiente original e receptor, mas isto normalmente não ocorre com ideias e instituições jurídicas, que são imitadas até certos níveis conceituais, mas não em outros” (LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 65 e 66.).

jurídica, por meio da qual se analisa a linguagem fonte (ou sistema jurídico) de onde o instituto jurídico provém para a linguagem receptora à qual instituto será incorporado. Isso permite distinguir o *texto original* (isto é, a ideia ou instituto tal como desenvolvido no sistema jurídico fonte) do *texto traduzido* (como o instituto foi efetivamente materializado no sistema alvo)¹²².

Maximo Sozzo, analisando o surgimento da criminologia no contexto latino-americano, especialmente na Argentina, utiliza-se também desta ferramenta teórica, denominando-a como uma tecnologia intelectual que permite ligar duas linguagens e dois contextos sociais, históricos e econômicos distintos (o emissor e o receptor), por meio de *viagens culturais* que auxiliariam na compreensão dos fenômenos tais como eles se sucedem na atualidade. Para o autor, as traduções implicam processos complexos que se desenvolvem pela “importação cultural na configuração de racionalidades, programas e tecnologias do governo da questão criminal, levados adiante por ‘especialistas’ locais distintos”, gerando transformações tanto discursivas quanto práticas em cada contexto específico¹²³.

Essa forma de interpretar a transferência de ideias ou sistemas jurídicos, uma vez que se baseia em estruturas da linguagem, permite explicar eventuais transformações que se operem nos ordenamentos para os quais as normas jurídicas foram traduzidas (isto é, incorporadas), as quais podem ser tanto de ordem textual, relacionadas às diferenças entre as línguas fonte e alvo — vale dizer, concernentes às estruturas conformadoras de cada sistema processual —, como também alusivas à própria habilidade dos tradutores jurídicos, isto é, daqueles responsáveis pelas reformas processuais penais.

Ademais, a metáfora da tradução fornece subsídios para entender como determinadas práticas eventualmente se relacionam às disposições dos atores que integram o sistema processual, seja na medida em que aceitam, sem grandes resistências, determinados institutos, seja quando decidem conferir a eles um sentido diferente do originalmente proposto. Como esclarece Máximo Langer,

a metáfora da tradução também captura as transformações que a prática ou ideia jurídicas podem sofrer em suas trocas com o sistema jurídico alvo depois de sua tradução inicial. Estas transformações podem incluir a neutralização total do “texto” traduzido – a regra ou prática jurídica – pelo ostracismo (desuso) ou censura (e.g, declarando que a prática é inconstitucional). Além disso, estas transformações podem também incluir uma batalha entre diferentes atores e grupos no sistema jurídico alvo sobre o significado da instituição traduzida¹²⁴.

¹²² LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 69.

¹²³ SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 15 a 17.

¹²⁴ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 70.

A título ilustrativo, pode-se mencionar as alterações que foram promovidas no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 13.964/2019 (convencionalmente conhecida como “Lei Anticrime”). Se, por um lado, o referido diploma veiculou institutos que poderiam ensejar mudanças em direção à construção de um sistema mais garantista e acusatório (a exemplo da instituição de um juiz destinado especificamente à fase pré-processual, responsável por garantir a legalidade da investigação e os direitos fundamentais do investigado), por outro lado a recepção desses institutos recebeu forte resistência de alguns atores processuais, ao ponto de terem sua eficácia suspensa por uma decisão proferida monocraticamente pelo então presidente da Suprema Corte nacional¹²⁵.

Simultaneamente, outras modificações introduzidas naquela legislação — a exemplo dos acordos de não persecução penal, do aumento no limite ao cumprimento da pena privativa de liberdade e de mudanças quanto à forma de progressão de regime — foram bem aceitas e encontram-se hoje em plena vigência no sistema jurídico pátrio, em que pesem certas diferenças estruturais (comparativamente aos sistemas a partir dos quais foram inspirados) que podem conduzir a um agravamento de práticas inquisitórias, como oportunamente se verá.

Nas seções a seguir, analisar-se-ão os caracteres principais do mecanismo negocial existente no ordenamento jurídico da *Common Law*, o qual tem servido de inspiração para outros sistemas processuais, especialmente aqueles orientados segundo uma tradição civilista ou romano-germânica. Em seguida, verificar-se-á a tendência de importação ou tradução deste modelo aos ordenamentos latino-americanos, após o que, na seção subsequente, dedicar-se-á especificamente à análise do fenômeno da negociação no sistema jurídico pátrio.

3.2 A negociação penal no sistema jurídico anglo-americano: a hegemonia do *plea bargaining*

Dentre os mais estudados e controvertidos instrumentos de justiça negocial existentes, o *plea bargaining*¹²⁶ ocupa, sem dúvidas, inquestionável posição de destaque. Originalmente concebido nos ordenamentos que seguem a tradição jurídica da *Common Law*, a exemplo da Inglaterra e dos Estados Unidos, o *plea bargaining* pode ser compreendido, segundo o professor

¹²⁵ Trata-se de medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no bojo de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) julgadas conjuntamente: ADI 6298, 6299 e 6305.

¹²⁶ Conforme esclarece Vinicius Vasconcellos, com esteio no magistério de Nicolas García, também é possível se referir ao *plea bargaining* a partir dos termos “*plea negotiation, compromise of criminal cases, negotiated plea, plea conference, plea discussion, compromising, settling cases, trading out, etc.*”. Nesse sentido, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p.64.

Albert Alschuler, da Universidade de Chicago (EUA), como um procedimento negocial consistente no oferecimento de concessões — referentes à natureza ou gravidade da sentença criminal imposta, à tipificação da acusação ou a outras circunstâncias relacionadas ao cumprimento da pena — em função de uma declaração autoincriminatória do réu, essencial à caracterização deste procedimento¹²⁷.

John Langbein, professor catedrático da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, descreve o *plea bargaining* a partir de cinco características fundamentais. Para o autor, trata-se de um 1) mecanismo de procedimento sem julgamento, no qual se verifica uma 2) subversão do direito constitucional ao devido processo¹²⁸. Esse procedimento se instala a partir da 3) ameaça de imposição de uma pena mais grave caso o acusado decida exercer seu direito constitucional e que 4) apresenta sérias desvantagens, uma vez que não se tem a segurança de que a condenação sobrevirá apenas nos casos em que a prova esteja além da dúvida razoável (*evidence beyond the reasonable doubt*). Além disso, 5) o *plea bargaining* consiste em instrumento legitimado a partir de discursos eficientistas¹²⁹.

Em percuciente análise histórica sobre o surgimento e expansão do *plea bargaining* no contexto da *Common Law*, publicado na Revista *Columbia Law Review* sob o título *Plea Bargaining and Its History*, Albert Alschuler afirma que durante boa parte da história do sistema judiciário anglo-americano, as declarações de autoincriminação não eram encorajadas — e os procedimentos negociais, com efeito, eram largamente criticados pelos juízes e tribunais. Os primeiros registros da *Common Law*, como os tratados de Glanvill (1189) e Bracton (1250), sequer mencionavam a possibilidade de autodeclarações de culpa por parte de pessoas acusadas criminalmente¹³⁰.

¹²⁷ De acordo com Albert Alschuler, a confissão do acusado em relação aos fatos delituosos a ele imputados é a característica essencial do *plea bargaining*, que o distingue de outros benefícios processuais, a exemplo do *approvment* ou *crown witness*, no qual o réu recebe algum tratamento leniente em troca de informações sobre o crime e seus coautores (prática semelhante aos atuais acordos de colaboração premiada, que serão adiante melhor examinados). Nesse sentido, cf.: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and its History*. **Columbia Law Review**, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022.

¹²⁸ Nos Estados Unidos, essa garantia constitucional encontra-se positivada na Sexta Emenda à Constituição Americana, cujo artigo assim preconiza: “Artigo 6º - *Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público*, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei [...]”. (ESTADOS UNIDOS. **U.S. Constitutional Amendments** Disponível em: <<https://constitution.findlaw.com/amendments.html>>. Acesso em: 30 jan. 2022. Tradução nossa. Grifos nossos).

¹²⁹ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. **Faculty Scholarship Series**. 1979, p. 261. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>. Acesso em 30 jan. 2022.

¹³⁰ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and its History*. **Columbia Law Review**, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022, pg. 07.

Os estudos de Alschuler demonstram que, em 1824, apenas 11% dos réus se declararam culpados perante os tribunais de Boston; já no estado de Nova Iorque, durante o período de 1839 e 1847, somente 25% das condenações foram derivadas de autodeclarações de culpa (*guilty plea*). Para o autor, há algumas razões que explicam esta relutância dos tribunais em aceitar manifestações autoincriminatórias.

Em primeiro lugar, tinha-se a impressão de que as declarações de culpa não eram verdadeiramente confiáveis, e que subjacentes a elas encontrar-se-iam outras razões a justificar esta atitude por parte dos acusados. Além disso, verificava-se que os acusados não eram representados por advogados e eram frequentemente aconselhados pelos juízes a terem seu destino resolvido perante os jurados (*trial by jury*). Ademais, a pena de morte era a sanção prevista para prática de todo crime de maior gravidade (*felony*), de modo que “quando a declaração de culpa é um ato de suicídio, é compreensível que sua aceitação produza sentimentos de ojeriza e desencorajamento”¹³¹.

No que concerne ao contexto estadunidense, Alschuler aponta que foi apenas após a Guerra Civil Americana (1861-1865) que os tribunais de apelação (*appellate court*) passaram a se debruçar sobre casos de barganha. Todavia, ainda naquela época, o autor afirma que havia por parte dos tribunais uma forte desconfiança quanto à voluntariedade das manifestações de culpa, assim como uma preocupação em relação ao contexto de sigilo no interior do qual os acordos eram formulados — preocupação que subsiste até os tempos atuais.

Ilustrando uma série de julgados das cortes estadunidenses, Alschuler cita uma decisão da Suprema Corte do Michigan, em 1879, no caso *O'hara v People*, que assim se pronunciou: “nenhum tipo de pressão pode ser admitida para que a parte renuncie a qualquer direito ou vantagem, por menor que seja. A lei não deverá se sujeitar a qualquer peso colocado na balança contra o réu”¹³². Em outro julgado, desta vez da Suprema Corte da Florida, em 1908, decidiu-se que “a declaração de culpa deve ser completamente voluntária, por alguém capaz de saber das suas consequências, e não pode ser induzida por medo, angústia, promessas ou ignorância”¹³³.

¹³¹ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022, pg. 11).

¹³² “No sort of pressure can be permitted to bring the party to forego any right or advantage however slight. The law will not suffer the least weight to be put in the scale against him”. (*O'HARA V. PEOPLE*, 41 Mich. 623, 624, 3 N.W. 161, 162, 1879. Tradução nossa.).

¹³³ “The plea should be entirely voluntary by one competent to know the consequences and should not be induced by fear, misapprehension, persuasion, promises, inadvertence, or ignorance”. (*Pope v. State*, 56 Fla. 81, 84, 47 So. 487, 489, 1908. Tradução nossa.).

Não obstante, se os tribunais de apelação norte-americanos compartilhavam de uma visão, como visto, bastante crítica no que se refere à aceitação dos acordos de barganha, a experiência do judiciário de primeiro grau (*urban courts*) apontava para uma realidade substancialmente diferente naquele período imediatamente seguinte à Guerra Civil Americana. Segundo Alschuler, isso se deu porquanto as negociações no âmbito dos juízos inferiores (*urban courts*) produziram muitos clientes satisfeitos, que não desejavam revisar judicialmente o resultado dos processos. Esse fato, somado ao contexto de corrupção existente naquele período, explica porque as negociações e barganhas cresceram embora não fossem bem aceitas pelos tribunais de apelação¹³⁴.

Albert Alschuler explica ainda que durante a década de 1920, muitos estados conduziram uma série de pesquisas sobre o sistema de justiça criminal. Esses estudos demonstraram uma enorme reviravolta quanto à dependência do judiciário norte-americano em relação às declarações de culpa — sobretudo se comparado aos dados relativos ao final do século XIX. Em Chicago, por exemplo, 85% das condenações sobre crimes graves haviam sido derivadas de declarações de culpa; em Detroit, 78%, Minneapolis, 90% e Los Angeles, 81%. Na esfera da jurisdição federal, os números igualmente se multiplicaram: enquanto em 1908 cerca de 50% das condenações eram decorrentes de confissões de culpa, em 1925 este quantitativo atingiu aproximadamente 90%¹³⁵.

Para John Langbein, o motivo mais evidente que justificou o surgimento e a consolidação do *plea bargaining* nos Estados Unidos diz respeito ao fato de que, até o início do século XIX, os julgamentos nos países da *Common Law* possuíam um procedimento sumário eficiente, que não carecia da introdução de mecanismos de simplificação procedimental. Naquele antigo procedimento sumário, as partes não eram representadas por profissionais habilitados e, geralmente, incumbia à vítima o ônus de reunir as evidências e trazê-las ao júri (*trial jury*). Além disso, o acusado não costumava participar ativamente do processo e não havia regras fixas quanto à validade das provas. Por fim, praticamente não se verificava a interposição de apelação nos casos criminais¹³⁶.

¹³⁴ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022, pg. 26.

¹³⁵ ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022, pg. 27.

¹³⁶ LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Faculty Scholarship Series*. 1979, p. 263 a 264. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>. Acesso em: 31 jan. 2022.

Com o advento do sistema adversarial e a progressiva importância que se foi conferindo ao controle epistemológico das provas (*law of evidence*), o sistema da *Common Law* assistiu a profunda transformação, carecendo, a partir daquele momento, da eficiência que o tinha caracterizado durante tantos séculos¹³⁷. Nesse contexto, o julgamento de casos criminais passou a demandar mais tempo, em razão da exigência de que a culpabilidade do acusado somente restasse evidenciada a partir de *standards* probatórios seguros.

Consequentemente, “uma vez que o julgamento pelo júri restou sobrecarregado pela complexidade que hoje o caracteriza, não foi mais possível encará-lo como mecanismo procedimental exclusivo para resolução de casos penais mais problemáticos”.¹³⁸ Nessa esteira, o *plea bargaining* emerge como mecanismo capaz de imprimir maior eficiência na resolução do caso criminal, na medida em que, ao confessar a prática delituosa, o acusado renuncia ao direito constitucional de ser julgado por um júri imparcial, findando-se sumariamente o processo por meio de um pronunciamento ausente de análise mais cuidadosa.

Corroborando com esse entendimento, Albert Alschuler afirma que contribuiu ao processo de hegemonia do *plea bargaining* a significativa expansão do sistema de justiça criminal e, em especial, a promulgação do decreto que proibiu a venda de bebidas alcólicas naquele país (Lei Seca Estadunidense). Além disso, o *due process revolution* — movimento que sobreveio nos Estados Unidos a partir da década de 50 e que se caracterizou pela incorporação de uma série de direitos e garantias em favor dos indivíduos criminalmente processados — oportunizou a prevalência do *plea bargaining*. Com efeito, a variedade de garantias conferidas aos acusados impunha enormes custos econômicos à instauração e manutenção dos processos judiciais, tornando-se necessário encontrar alternativas a fim de reduzir as despesas e acelerar o procedimento¹³⁹.

Ocorre, todavia, que esta forma de resolução do caso penal não se encontra imune a críticas. Nos Estados Unidos, diversos pesquisadores têm se debruçado sobre uma miríade de

¹³⁷ “Over the intervening two centuries the rise of the adversary system and the related development of the law of evidence has caused common law jury trial to undergo a profound transformation, robbing it of the wondrous efficiency that had characterized it for so many centuries”. LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. **Faculty Scholarship Series**, No. 544, 1979, p. 262. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>. Acesso em: 31 jan. 2022. Tradução nossa.

¹³⁸ “Once jury trial had been overlaid with the complexity that characterizes it today, it could no longer be used as the exclusive dispositive proceeding for cases of serious crime” (LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. **Faculty Scholarship Series**. 1979, p. 265 Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>. Acesso em: 31 jan. 2022. Tradução nossa.).

¹³⁹ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and its History*. **Columbia Law Review**, Vol. 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 31 jan. 2022.

problemáticas derivadas da adoção do *plea bargaining* — hoje, tida como irrefreável e imprescindível à administração do sistema de justiça criminal estadunidense.

Em primeiro lugar, é necessário salientar que a Suprema Corte estadunidense somente passou a se debruçar sobre a validade dos acordos de barganha a partir do final do século XIX, uma vez que sua competência em matéria criminal, até 1889, era extremamente limitada e não permitia a revisão de erros judiciários. Um dos primeiros casos de que se tem registro sobre a deliberação da Suprema Corte no que concerne à validade da manifestação de culpa voluntária se deu em *Hallinger v. Davis*, em 1892. Naquela oportunidade, a Corte deliberou que não ofendia a Constituição dos Estados Unidos a declaração voluntária de culpa (*guilty plea*) do acusado, cujo efeito tenha sido a substituição do julgamento pelos jurados (*jury trial*) por um julgamento por juízes togados (*bench trial*), em que fora reconhecida a culpa do apelante, condenando-o ao enforcamento¹⁴⁰.

Em 1941, por sua vez, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma declaração de culpa de um acusado por crime de roubo. Neste caso, o Promotor havia ameaçado buscar uma sentença mais severa caso o réu não cooperasse, induzindo-o, portanto, à realização de um acordo. Com receio de que fosse condenado a uma pena duas vezes superior caso se submetesse ao julgamento, o acusado declarou-se culpado¹⁴¹. Na apelação que reconheceu a ilegalidade da declaração de culpa, a Suprema Corte estadunidense deliberou que “aquele que, por fraude ou coação do Ministério Público, é induzido a se declarar culpado de uma acusação por crime federal, sem a orientação de um advogado, é privado de seu direito constitucional”¹⁴².

Não obstante, a partir da década de 1970, uma série de julgados submetidos ao órgão de cúpula do judiciário estadunidense sedimentou, em caminho diverso, entendimentos favoráveis à constitucionalidade dos acordos de barganha. Em um dos mais paradigmáticos casos — *Brady v United States* — a Suprema Corte dos EUA colmatou a tese de que a possibilidade do acusado se livrar de uma condenação à pena morte, caso se declare culpado, não ofende à constituição estadunidense. Segundo o Tribunal, a declaração de culpa não seria “inválida porque feita para evitar uma perna de morte, e, ademais, a declaração do apelante satisfaz o critério da

¹⁴⁰ **HALLINGER V. DAVIS**, 146 U.S. 314 (1892). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/146/314/>. Acesso em: 30 out. 2022.

¹⁴¹ SANTANDER, Juan Marcel Montiel. **Plea Bargaining System**: da culpa voluntária ao fim da primazia do direito no sentenciamento criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 174.

¹⁴² “One who, through the deception or coercion of the prosecuting attorney, is induced to plead guilty to an indictment for a federal offense, without the advice of counsel and in ignorance of his right to such advice, is deprived of a constitutional right.” (*Walker v. Johnston*, 312 U.S. 275 (1941), p. 312 U. S. 286).

voluntariedade, porque realizada por alguém plenamente consciente das suas consequências”¹⁴³.

Todavia, para Carissa Hessick, Professora de Direito Penal da Universidade da Carolina do Norte (EUA), seria absurdo considerar que a declaração de Brady tenha sido verdadeiramente voluntária e, portanto, aceitável. Isso porque, diante da possibilidade de ser condenado à morte caso recusasse a proposta de acordo, alguém possa concluir que a aceitação daquele acordo tenha sido verdadeiramente voluntária. Seria o mesmo, para ela, de apontar uma arma para cabeça de alguém e pedir que lhe entregue algum objeto; nesses casos, não se pode dizer que o objeto teria sido entregue por uma vontade livre e espontânea¹⁴⁴.

Em outro caso julgado no ano imediatamente seguinte, a Suprema Corte norte-americana descortinou quais seriam os verdadeiros interesses subjacentes à crescente indispensabilidade do *plea bargaining*: a impossibilidade de que o sistema de justiça criminal abarcasse, com observância de todas as garantias conferidas ao acusado, a quantidade cada vez mais volumosa de processos levados à Justiça Criminal. Com efeito, em *Santobello v New York*, o *Chief Justice*¹⁴⁵ Warren Burger registrou que:

A disposição do julgamento de casos criminais mediante acordos entre o promotor e o acusado, procedimento habitualmente designado como *plea bargaining*, consiste em importante elemento na Administração da Justiça. Se corretamente utilizado, deve ser encorajado. Afinal, *se todos os casos criminais se sujeitassem a um julgamento completo*¹⁴⁶, os Estados e a Federação precisariam multiplicar por quantas vezes fosse necessário o número de juízes e de tribunais¹⁴⁷.

Como se percebe, o argumento fulcral que sustentou o entendimento pela validade dos acordos de barganha reside na alegada impossibilidade de o Estado oferecer a todos os acusados

¹⁴³ “A *plea of guilty is not invalid merely because entered to avoid the possibility of the death penalty, and here, petitioner's plea of guilty met the standard of voluntariness, as it was made "by one fully aware of the direct consequences" of that plea.*” (BRADY V. UNITED STATES, 397 U.S. 742 [1970]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 30 out. 2022).

¹⁴⁴ “É difícil argumentar que a decisão de evitar o risco de ser condenado à pena de morte é voluntária. Se alguém me ataca quando estou caminhando na rua e diz que vai me matar se eu não lhe entregar minha carteira, nós jamais poderíamos dizer que eu entreguei “voluntariamente” minha carteira àquela pessoa. Mas não é assim que a Justiça entendeu [...] Em *Brady v United States*, rejeitou-se o argumento que as Cortes de Apelação haviam construído durante o século XIX — qual seja, que a pressão para se declarar culpado em razão da ameaça de uma sentença mais grave é uma “grande impropriedade”. Enquanto naqueles primeiros julgados se dizia que “nenhum tipo de pressão pode ser admitido para que a parte renuncie a qualquer direito ou vantagem por menor que seja”, os Ministros no caso *Brady* tomaram por certo que os juízes seriam mais brandos com réus que se declarassem culpados. Eles também entenderam que essa leniência dos juízes seria de amplo conhecimento dos réus e seus advogados.” (HESSICK, Carissa Byrne. **Punishment Without Trial: why plea bargaining is a bad deal**. Nova Iorque: Abrams, 2021. *E-book*, p. 43 e 44, tradução nossa).

¹⁴⁵ Trata-se de designação que se assemelha, no ordenamento jurídico pátrio, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁶ Por completo, leia-se: com a observância de todas as garantias fundamentais.

¹⁴⁷ SANTOBELLO V. NEW YORK, 404 U.S. 257 (1971). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em: 30 out. 2022. Tradução nossa. Grifos nossos.

a plenitude de garantias que constituem um devido processo legal. Nesse sentido, o que se acaba promovendo é a transferência ao imputado da carga negativa gerada por problemas estruturais para os quais a responsabilidade diz respeito, fundamentalmente, ao próprio Estado e à Administração da Justiça. De fato, a situação do acusado acaba se agravando em razão “de sua renúncia ao exercício do direito fundamental ao julgamento para supostamente melhorar uma situação [...] que é causada pela ineficiência do próprio Estado”¹⁴⁸.

Adotando posicionamento divergente, Malcolm Feeley, professor de Direito da Universidade de Berkeley (EUA) argumenta que, ao contrário de reduzir o grau de acusatoriedade do processo penal, o *plea bargaining* — porquanto capaz de limitar a quantidade de casos que efetivamente são levados a julgamento — teria o condão de ampliar a efetividade de garantias à disposição daquele acusado que não aceita o acordo. Para o autor, o *plea bargaining* “não é uma prática cooperativa que abala ou compromete o processo adversarial; antes, a adversarialidade tem expandido em proporção direta ao crescimento do *plea bargaining*”¹⁴⁹.

Todavia, não nos parece correta essa compreensão¹⁵⁰. Se é verdade que os poucos casos que atualmente são levados a julgamento possibilitam uma análise mais percuciente pelo julgador, respeitando-se o conjunto de garantias que estruturam um processo acusatório, isso se dá ao custo de vários outros em relação aos quais aquelas mesmas garantias — fundamentais e, por essa natureza, inalienáveis e irrenunciáveis — não podem ser devidamente efetivadas.

Com efeito, não se pode aceitar uma análise utilitarista que conduza à compreensão pela maior acusatoriedade do sistema quando uma miríade de processos termina em acordo sem que sequer seja possível assegurar ao acusado seu direito ao contraditório e à produção de

¹⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p.78.

¹⁴⁹ “My thesis here is that adversariness and negotiation are directly related. *Plea bargaining* is not a cooperative practice that undermines or compromises the adversary process; rather, the opportunity for adversariness has expanded in direct proportion to, and perhaps as a result of, the growth of *plea bargaining*” (MALCOM, FEELEY. *Plea bargaining and the structure of the criminal process*. **The Justice System Journal**, [s. l.], v. 7, n. 3, p. 338-354, 1982. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111791/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 340.).

¹⁵⁰ Para além desta postura apologética do *plea bargaining*, sob o argumento de sua suposta efetividade relativamente ao sistema adversarial, Feeley afirma que grande parte dos problemas estruturais da justiça criminal advém da ampla disponibilidade de recursos em favor do acusado — o que levaria à necessidade de supressão destas ferramentas recursais visando à celeridade na justiça, conclusão esta que nos parece absurda e indefensável. Nesse sentido, cf.: “Os males do *plea bargaining* são invocados com mais frequência do que são documentados [...] e a explicação, em parte, é em razão de uma suspeição e descontentamento com profissionais em geral. Ironicamente, muito do descontentamento com a tomada de decisões rápida e aparentemente superficial nas cortes criminais pode ser um subproduto inevitável dos elevados recursos disponíveis ao acusado”. (MALCOM, Feeley. *Plea bargaining and the structure of the criminal process*. **The Justice System Journal**, [s. l.], v. 7, n. 3, p. 338-354, 1982. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111791/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 351, tradução nossa.

contraprovas, indispensáveis à concretização de uma epistemologia cognitivista, conforme exposto na seção anterior. Como lucidamente esclarece Luigi Ferrajoli, esta justificativa é de todo infundada, na medida em que engendra o “*sacrifício das garantias na maior parte dos processos em nome da plena satisfação em alguns outros poucos*”¹⁵¹.

Ademais, a situação se torna ainda mais injustificada quando se constata o alarmante cenário de coercibilidade que subjaz o procedimento de negociação penal. Como considerar voluntária a aceitação de uma proposta de acordo quando se oferece ao acusado a chance de que ele se veja livre de uma eventual pena de morte caso renuncie a todas as garantias que garantem um justo julgamento? Ou ainda, como entender legítima uma proposta negocial que concede ao acusado a diminuição em até dez vezes da sentença que lhe seria imposta caso ele viesse a julgamento, usufruindo de todas as suas garantias¹⁵²?

Os questionamentos acima apresentados relacionam-se ao debate sobre o que se tem designado como *tesoura sancionatória* ou *preço do julgamento*¹⁵³ — isto é, a disparidade entre a pena que seria imposta caso o réu viesse a aceitar o acordo, renunciando às suas garantias, e a pena decorrente de uma decisão de ir a julgamento, usufruindo do seu direito a um devido processo. Para Bernd Schünemann, “se o *guilty plea* é recompensado com uma redução da pena, isso significa que quem será punido de forma consideravelmente mais severa é exatamente aquele que faz uso legítimo do seu direito à realização do processo penal”¹⁵⁴.

John Langbein, a propósito do contexto coercitivo inerente aos procedimentos negociais, entende pela existência de semelhanças e paralelos no que diz respeito às propostas de acordo e aos mecanismos de tortura medievais, apontando que “nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar sua culpa [...] nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento”¹⁵⁵. Gabriel Ignacio Anitua, no mesmo sentido, salienta:

Nos Estados Unidos, atualmente, se coage o imputado para que se obtenha a confissão. Reproduzem-se, assim, os sistemas autoritários e inquisitivos impostos com a

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 600, grifos nossos.

¹⁵² Note-se o que proclamou um magistrado norte-americano no julgamento de um réu acusado de furto mediante destruição de obstáculo (em inglês, *burglary*): “Se você tivesse vindo aqui, como você deveria ter feito na primeira instância, para poupar o Estado o trabalho de chamar um júri, eu teria provavelmente sentenciado você à pena de 1 ano à prisão perpétua na penitenciária. Te custará 9 anos adicionais, porque agora você poderá ser sentenciado de 10 anos à prisão perpétua” (**PEOPLE V MORIARTY, 185 N.E.2d, 689 [III. 1962]**). Disponível em: <https://casetext.com/case/the-people-v-moriarty>. Acesso em: 30 out. 2022).

¹⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM., 2015, p. 167.

¹⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 252.

¹⁵⁵ LANGBEIN, John Harris. Tortura e plea bargaining. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 141, grifos nossos.

consolidação dos Estados a partir do século XIII [...] A seriedade da ameaça em exigir uma sanção mais grave em caso da utilização de seus direitos e ser declarado culpado já é clara, já que há quase uma certeza de que assim seja (estudos sobre *sentencing* nos Estados Unidos demonstram que quem é condenado por meio de um julgamento sofre um aumento significativo na dosimetria da pena)¹⁵⁶.

Cenários como este podem efetivamente conduzir a um problemático fenômeno que tem se evidenciado com cada vez mais frequência no contexto estadunidense — a possibilidade de condenação de pessoas inocentes por meio de acordos de barganha (em inglês, *the innocent guilty plea problem*¹⁵⁷). A despeito das dificuldades para avaliar precisamente a quantidade de condenações injustas, alguns estudos chegaram a apontar que cerca de 80% de pessoas que foram indevidamente condenadas haviam se declarado culpadas, aceitando os acordos de barganha¹⁵⁸.

De acordo com Russel Covey, professor de Direito da Universidade do Estado da Georgia (EUA), responsável pela análise de uma série de exonerações (revisões criminais) decorrentes dos conhecidos escândalos de Rampart e Tulia, ocorridos respectivamente em Los Angeles e Texas, o medo de serem condenados caso rejeitassem o acordo e decidissem ir a julgamento foi a principal razão que justificou uma enorme quantidade de pessoas inocentes a se declararem culpadas, mesmo sendo inocentes. Para Covey, “se havia alguma dúvida, os dados [...] fornecem provas inequívocas de que pessoas inocentes efetivamente se declaram culpadas e estão mais suscetíveis a serem condenadas a partir de um acordo de barganha”¹⁵⁹.

Em outra pesquisa publicada na Revista de Direito da Universidade de Brigham Young, os professores Andrew Hessick e Reshma Suajani concluem que pessoas inocentes efetivamente se declaram culpadas, avaliando o papel de cada um dos atores processuais no

¹⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 365

¹⁵⁷ “Quando a maioria das pessoas entendem que um réu se declarou culpado de um crime, elas acreditam que aquele sujeito deve ter sido realmente o autor da conduta delituosa. No entanto, as estatísticas de condenações equivocadas expostas nos últimos 25 anos têm demonstrado que esse raciocínio, muitas vezes, não é verdadeiro. [...] Embora difícil acreditar que o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos seja tão profundamente defeituoso que pessoas inocentes estejam sendo condenadas por crimes que elas não cometeram, é ainda mais difícil perceber que esses inocentes se sentem, na verdade, muitas vezes compelidos a se declarar culpados, geralmente em troca de uma redução na sentença ou desejando se livrar da pena de morte”. (**Guilty plea problem**. Disponível em: <<https://www.guiltypleaproblem.org/#about>>. Acesso em: 05 fev. 2022, tradução nossa).

¹⁵⁸ Entre outros, conferir: COVEY, Russel D. Mass Exoneration Data and the Causes of Wrongful Convictions. **SSRN Electronic Journal**, jul/2011, p. 05. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881767>. Acesso em: 05 fev. de 2022; GROSS, Samuel R. Convicting the Innocent. **University of Michigan: Annual review of law and social science**, fevereiro de 2008, vol. 04, p. 01 a 26; DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, n. 103, v. 01, 2013.

¹⁵⁹ COVEY, Russel D. Mass Exoneration Data and the Causes of Wrongful Convictions. **SSRN Electronic Journal**, jul./2011, p. 24. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881767>. Acesso em: 05 fev. 2022.

fomento à condenação injusta de pessoas inocentes por meio dos acordos de barganha. No que concerne ao papel do promotor de justiça, afirmam os pesquisadores que existe uma série de incentivos que os levam a oferecer propostas de acordo, entre os quais a possibilidade de lidar com uma quantidade maior de casos, o aumento nos índices de condenações — com reflexos positivos na promoção de suas carreiras — e o incremento da confiança da sociedade na capacidade governamental de lidar com a problema da criminalidade¹⁶⁰.

No que diz respeito ao oferecimento de propostas àqueles acusados que seriam inocentes, os autores pontuam que

O Ministério Público desenvolve práticas que promovem particularmente declarações de autoincriminação de pessoas inocentes. Como afirmado acima, o Promotor possui poderosos incentivos para assegurar condenações. Considerando que pessoas inocentes são mais prováveis de serem absolvidas caso sejam submetidas a julgamento, relativamente aos inocentes o promotor possui ainda maiores incentivos para propor um acordo se comparado aos acusados realmente culpados, uma vez que em relação àqueles há a percepção de que não existem muitas provas incriminadoras. Infelizmente, ingressar em um acordo de barganha é contrário aos interesses do réu inocente. O promotor irá oferecer barganhas tanto mais sedutoras quanto forem as faltas de provas existentes. Eventualmente, pode-se chegar ao ponto de que, mesmo para o inocente, aceitar a proposta do promotor pode parecer mais interessante do que se submeter ao risco de julgamento¹⁶¹.

Corroborando com esse entendimento, Albert Alschuler afirma que “os agentes públicos parecem muito mais inclinados a impor punição ‘extra’ a uma pequena minoria de infratores para desencorajar o exercício do direito de julgamento”¹⁶². Nesse sentido, acusações excessivas, no contexto estadunidense, são extremamente comuns, e consubstanciam o pernicioso fenômeno que tem sido compreendido sob a sigla do *overcharging*, prática na qual se multiplicam as acusações contra um imputado (*overcharging* horizontal), ou se lhe imputa crime mais grave do que seria devido ao comportamento delituoso por ele praticado (*overcharging* vertical), visando à aceitação forçosa da proposta negocial¹⁶³.

Ocorre, todavia, que não é apenas a acusação que possui interesses em promover acordos de barganha. Segundo explicam os pesquisadores, sobre os próprios advogados de defesa também recaem fortes incentivos para que aconselhem seus clientes a renunciarem ao julgamento pelo tribunal. Em que pese a Constituição tenha garantido aos acusados o direito a

¹⁶⁰ HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Bringham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 191 e 192.

¹⁶¹ HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Bringham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 199.

¹⁶² ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 127.

¹⁶³ CAMARGO, Pedro Luis de Almeida. O risco de *overcharging* na prática negocial do processo penal brasileiro. **Boletim do IBCRIM**, São Paulo, v. 29, ed. 344, p. 29-31, jul./2021, p. 29.

uma efetiva representação técnica, o que se constata na prática é a existência de uma série de circunstâncias que levam os advogados a não exercerem devidamente o múnus que possuem.

Em primeiro lugar, tanto defensores privados quanto defensores públicos sentem-se compelidos a aconselharem seus clientes a renunciarem ao processo, cedendo à proposta de barganha, na medida em que, por um lado, assim agindo, poderão resolver aquele caso específico mais rapidamente, passando à prospecção de outros, auferindo em consequências maiores honorários. Particularmente no caso dos defensores públicos, a despeito de serem os salários fixos independentemente da demanda, a excessiva carga de trabalho implica em restrições de tempo para atuação em cada caso, de modo que sobrevém a necessidade de resolver rapidamente os processos que chegam, sob pena de se avolumarem e ensejarem uma situação de trabalho impossível de administrar¹⁶⁴.

Além disso, fatores de ordem estrutural também promovem pressões para que os advogados incentivem seus clientes a aceitarem os acordos de barganha. A importância de preservar uma boa relação com promotores e os juízes — que poderá trazer benefícios para além daquele caso específico, alcançando outros processos patrocinados pelo advogado¹⁶⁵ —, assim como o risco associado à condenação do seu cliente caso recuse o acordo e se submeta ao julgamento, são elementos importantes que conduzem, com razoável frequência, o advogado a dissuadir seus constituintes de optarem pela via garantista do processo, situação que, em verdade, jamais deveria se apresentar como uma escolha, haja vista a já mencionada natureza inalienável das garantias fundamentais.

Albert Alschuler corrobora com as conclusões às quais os autores acima referidos chegaram, afirmando que “para muitos advogados de defesa particulares, uma admissão de culpa é um dinheiro fácil. [...] Esses advogados lidam com um grande volume de casos por

¹⁶⁴ “Defensores públicos são incentivados a aconselharem seus clientes a se declararem culpados primordialmente em razão de sua enorme carga de trabalho. Sendo funcionários pagos pelo estado, seus salários não dependem da rapidez com que conseguem dispor dos casos; ao contrário, o trabalho deles depende da habilidade em manejar uma intimidadora quantidade de processos a cada ano. A carga de trabalho impõe restrições de tempo para atuação em cada caso, e os defensores públicos se sentem compelidos a rapidamente finalizar os casos assim como seus colegas da advocacia privada. Se um defensor público se dispusesse a levar uma grande quantidade de processos ao tribunal, outros casos iriam definhando e se avolumar, criando uma situação de trabalho ingovernável” (HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. *Brigham Young University*, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 209.).

¹⁶⁵ “*Trade-outs*”, isto é, acordos entre a defesa e a acusação de que um cliente do advogado irá se declarar culpado em troca de benefícios concedidos a outro cliente são um fenômeno comum. Eles também são indicativos da “simbiose burocrática” que caracteriza a relação entre advogados de defesa e promotores. Quando um advogado é confrontado com pedidos como esse, ele se sente fortemente pressionado a ceder aos reclames da promotoria”. (HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. *Brigham Young University*, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 211.).

honorários baixos e raramente levam seus casos a julgamento”. No que concerne às espúrias relações que não raras vezes influenciam as tratativas entre os diferentes sujeitos processuais, Alschuler afirma que o acordo “também minimiza o trabalho e reduz o conflito dentro do que teóricos organizacionais chamam de ‘grupo de trabalho de sala de audiências. A barganha promove relacionamentos cordiais e confortáveis com promotores e juízes”¹⁶⁶.

Por fim, os próprios juízes recebem significativas pressões para que os processos sejam resolvidos mediante acordos pactuados entre as partes. Isso se dá, em primeiro plano, porque as resoluções negociadas mediante os acordos de barganha não se submetem ao escrutínio de revisões judiciais quanto à culpa ou inocência do acusado — salvo raros casos em que se verifica violação aos elementos que estruturam o procedimento negocial ou quando sobrevém alguma prova exculpatória do imputado. Dessa forma, os juízes conseguem manter sua reputação no tocante ao accertamento da verdade fática, ainda que, para isso, a verdade efetivamente alcançada careça de maior confiabilidade e robustez devido à ausência de observância das garantias que asseguram um devido julgamento¹⁶⁷.

Em segundo plano, a elevada carga de trabalho, que afeta não apenas advogados ou promotores, mas, também, os magistrados, engendra elevadas pressões a fim de que os casos que sejam resolvidos o mais rápida e eficientemente possível. Como afirmam Hessick e Sujani, “as pressões para que os juízes sejam eficientes os levam a abraçar o procedimento de *plea bargaining*. [...] Um judiciário que funciona no nível máximo de eficiência gera uma utilidade social dentro de um sistema já bastante sobrecarregado¹⁶⁸”.

Sobre esse ponto, vale salientar que, embora à primeira vista seja razoável supor pela importância de envidar eficiência aos procedimentos criminais, o que se verifica na prática é que o *plea bargaining*, a pretexto de alcançar essa pretendida eficiência, oportuniza o surgimento de uma miríade de efeitos negativos. Pode-se mencionar, a propósito, a já referida

¹⁶⁶ ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 146.

¹⁶⁷ “Juízes são guiados por preocupações quanto à sua reputação, as quais podem afetar a busca pela efetiva culpa [do acusado]. [...] Enquanto alguém poderia argumentar que juízes, promotores e advogados de defesa encontram-se na mesma situação no que diz respeito à existência de interesses mútuos para reduzir as incertezas discutidas acima, os juízes enfrentam maiores prejuízos à sua reputação comparativamente à promotores quando estão diante de processos cujos resultados são revisados. O *plea bargaining* impede que isso aconteça, uma vez que, sem julgamento, um juiz não pode cometer um erro de julgamento que leve à revisão do caso. O *plea bargaining*, assim, reduz a quantidade total de revisões criminais decorrentes de erros cometidos pelos juízes em todo país”. (HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Bringham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 226).

¹⁶⁸ HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Bringham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 227.

pressão exercida sobre o acusado para que este reconheça a prática delitiva e ponha fim, sumária e definitivamente, à discussão sobre a imputação que se lhe recai, mesmo que não tenha sido ele o verdadeiro autor do delito; os problemas atinentes às desigualdades processuais (e, portanto, o desrespeito ao princípio da paridade de armas); assim como os prejuízos à dialética processual e à cognição judicial.

Conforme foi possível observar no capítulo anterior, a mera existência de um procedimento judicial por meio do qual o Estado aplique uma sanção restritiva de direitos fundamentais não é suficiente para concluir pela legitimidade da pena imposta. O princípio da jurisdiccionabilidade, com efeito, desde sua acepção estrita, exige a necessária observância de um conjunto mais amplo de garantias, que assegurem ao acusado a efetiva possibilidade de se defender das acusações que contra si são imputadas, o que se dá, fundamentalmente, pela oportunidade de refutá-las e produzir suas contraprovas. O contraditório, nesse sentido, se apresenta como *regra de ouro* à obtenção da prova¹⁶⁹ — e, por conseguinte, à formação do convencimento do órgão julgador.

Sucedo, não obstante, como alude Luigi Ferrajoli, que a negociação entre a acusação e defesa “é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição”. Vale dizer: uma vez que as propostas negociais se fundamentam apenas nos elementos informativos colhidos na fase inquisitorial (nos Estados Unidos, esses elementos são denominados *base fática* à propositura do acordo¹⁷⁰), nos quais não se verifica a efetiva participação da defesa — notadamente no Brasil, no qual a investigação defensiva, como visto, carece ainda de expressa regulamentação normativa —, tem-se que o sigilo e a unilateralidade são marcas características das tratativas do acordo, promovendo, não raras vezes, conforme apontado pelas pesquisas aqui já referidas, a condenação de acusados inocentes.

A esse respeito, Gabriel Ignacio Anitua afirma que o *plea bargaining* exterioriza as duas principais características que identificam o sistema processual inquisitório, quais sejam, o *segredo* e a fundamental dependência da *confissão*. Segundo o autor espanhol,

não é em vão a comparação realizada por muitos autores deste mecanismo com as técnicas mais tradicionais do sistema inquisitivo. Com efeito, são consubstanciais a tais mecanismos de simplificação do processo as duas ferramentas que definiam com maior propriedade [...] o modelo inquisitivo: o segredo e a confissão do acusado como prova determinante da culpabilidade. [...] Almeyra refere que isso significa dar um passo atrás, [...] pois “o procedimento abreviado supõe uma clara regressão ao

¹⁶⁹ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 87.

¹⁷⁰ DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 80.

juízo escrito e reverte a figura da confissão, tão cara à ideologia do inquisitivo”¹⁷¹.

Tais circunstâncias são ainda agravadas pela disparidade entre os órgãos oficiais de persecução do Estado e a defesa. Embora nos Estados Unidos, em particular, tenha sido regulamentado que para fins de avaliação da viabilidade do acordo a defesa poderá requerer acesso a todos os elementos exculpatórios existentes em favor do investigado — o que se dá por meio da apresentação de uma *Motion for Discovery* —, fato é que, na prática, muitos promotores acreditam que este requerimento se caracteriza como uma perda de tempo, negando-se a atendê-lo ou apenas o fazendo oral e informalmente¹⁷². Quando a defesa insiste em obtê-lo, não raras vezes a Promotoria declina das propostas de barganha oferecidas, ameaçando levar o caso a julgamento e aproveitando-se da fragilidade de acesso às informações por parte do imputado¹⁷³.

Em verdade, o que se observa é que a prevalência dos acordos de barganha como forma de resolução dos conflitos criminais sobreleva a importância conferida ao órgão acusador, recaindo sobre ele o monopólio da persecução penal¹⁷⁴, em prejuízo à separação das atividades acusatórias e jurisdicionais, as quais restam concentradas na figura do órgão acusatório¹⁷⁵. Como destaca Vinicius Vasconcellos, a dinâmica negocial se caracteriza de modo absurdo, vale dizer: “o acusador público oferece benefícios para possibilitar uma condenação consentida, essencialmente pautada por coações ilegítimas, o que explode por completo a desigualdade de condições em que o acusado se encontra desde o início da persecução”¹⁷⁶.

Cabe salientar que, no Brasil, esse cenário tem o potencial de ser amplamente agravado em razão do contexto de desigualdade social existente no país, que se reflete também em

¹⁷¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 368, grifos nossos.

¹⁷² HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Brigham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 213.

¹⁷³ HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Brigham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 213.

¹⁷⁴ “O réu não pode procurar um promotor diferente a fim de obter uma melhor proposta de acordo caso a proposta oferecida não lhe seja interessante. Os promotores possuem o monopólio e as duras leis criminais garantem que a única alternativa à barganha — qual seja, ir a julgamento — seja suficientemente severa. (HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Brigham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 213, tradução nossa).

¹⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM. 2015, p. 181.

¹⁷⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM. 2015, p. 185.

deficiências na assistência judiciária gratuita¹⁷⁷. Nesse sentido, em que pese a Defensoria Pública exerça um papel fundamental na luta contra a desigualdade, ao oportunizar acesso à justiça a uma quantidade significativa de indivíduos, cumpre observar que existe ainda no País um significativo déficit quanto à extensão dos atendimentos realizados. Segundo levantamentos realizados pelas Defensorias Públicas do Estado e da União, há uma quantidade considerável de cargos não providos, o que acaba se refletindo também na quantidade de comarcas que dispõem de atendimento — a Defensoria somente consegue se fazer presente em apenas 48% das comarcas¹⁷⁸.

Particularmente no que concerne aos principais problemas referentes ao contexto negocial no Brasil, saliente-se que se procederá às devidas observações em seção própria, cabendo agora, neste momento, observar de que forma o continente latino-americano tem gradualmente incorporado formas alternativas de resolução dos conflitos penais em seus ordenamentos jurídicos.

3.3 O movimento de reforma dos sistemas processuais latino-americanos e a incorporação dos mecanismos de consenso

Diversos países da América Latina, logo após a consagração de suas independências, optaram por adotar um modelo de processo penal baseado fundamentalmente no sistema inquisitório que vigorou em boa parte da Europa durante os séculos XIII e XIX¹⁷⁹. Embora seja possível observar diferenças pontuais quanto a alguns institutos jurídicos — a exemplo do controle mais rígido em relação à sistemática de obtenção das provas, afastando-se a licitude de informações obtidas mediante coerções físicas —, as características que tipicamente estruturaram o modelo inquisitivo estiveram presentes naqueles ordenamentos, entre as quais se pode mencionar a oficialidade da persecução penal e a possibilidade de condenação baseada nos elementos colhidos no curso da investigação preliminar¹⁸⁰.

¹⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 168.

¹⁷⁸ ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

¹⁷⁹ LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.79266>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 15.

¹⁸⁰ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitorio y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 117.

A partir do final do século XX e início do século XXI, contudo, verificou-se na maioria das nações latino-americanas um amplo movimento de reformas em suas legislações processuais, conduzindo, em alguns casos, à adoção de códigos substancialmente novos, mais aproximados de um sistema processual acusatório, orientado de acordo com o modelo da disputa existente nos ordenamentos anglo-saxônicos. Para Máximo Langer, há um conjunto de fatores que explica essa onda de reformas que atingiu a América Latina naquele período.

Em primeiro lugar, diversos países latino-americanos, durante as décadas de 1980 e 1990, passaram por processos de redemocratização, os quais levaram a um crescente reconhecimento da importância de valorização dos direitos humanos. Houve, nesse sentido, a percepção de que os padrões então existentes de devido processo eram significativamente baixos, justificando a adoção de modelos que se mostrassem mais consentâneos a uma sociedade que desejava superar longos e tortuosos períodos de violação de direitos, sobretudo da liberdade individual¹⁸¹.

Além disso, os processos de redemocratização suscitaram questionamentos acerca da corrupção e ausência de responsabilidade entre os atores do sistema de justiça criminal, os quais, somados “ao crescente interesse das instituições internacionais na relação entre o desenvolvimento econômico e o Estado de Direito”¹⁸², produziram oportunidades de reforma nas diferentes codificações processuais da América Latina. Foi possível também observar nesses países um elevado aumento nos índices de criminalidade, motivado pela emergente concentração populacional urbana, gerando preocupações em torno da eficiência do sistema de justiça, as quais deram ensejo à adoção de um modelo de política-criminal baseado na *segurança cidadã*.

De acordo com José Luis Díez Ripollés, as reformas que levaram à adoção do modelo político-criminal da segurança cidadã, particularmente no que concerne à matéria processual, promoveram “a diminuição do controle judicial dos procedimentos penais mediante os juízos rápidos”¹⁸³. Nesse sentido, sobre os magistrados passou a recair o dever de superar os

¹⁸¹ LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.79266>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 17

¹⁸² LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.79266>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266>. Acesso em: 1 abr. 2022, p. 18.

¹⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

obstáculos de direito material e processual que por ventura apareçam, objetivando efetivar uma justiça adequada às demandas populares.

Paradoxalmente, conquanto as reformas então aprovadas guardassem preocupações em relação à tutela dos direitos humanos, como visto, observa-se que ao mesmo tempo elas ensejaram, a pretexto de tornar o sistema de justiça criminal mais *econômico* e *eficiente*, a superveniência de legislações que, na prática, levaram à incorporação de institutos processuais refratários a um modelo processual penal de cariz acusatório, garantista e, em última análise, democrático.

Nesse contexto, ao se debruçar sobre o cenário de reformas dos sistemas processuais latino-americanos a partir da década de 80, Gabriel Ignacio Anitua destaca que

as primeiras premissas de tais reformas apareceram vinculadas aos processos de ‘transição’ ou de ‘democratização’, que logicamente deviam ter uma consequência político-criminal e sobre os direitos humanos. [...] *No entanto, em pouco tempo desse novo direcionamento político-criminal, uma nova premissa se converteria na bandeira das reformas já iniciadas. O novo leit motiv seria o da ‘eficiência’ das funções penais. Isto afetaria toda a política criminal, que abandonaria as pretensões democráticas, e se manifestaria principalmente nas políticas policiais e em aquelas chamadas de “segurança cidadã”*¹⁸⁴.

Importa aqui esclarecer uma questão. Como já se afirmou anteriormente, embora não se possa questionar a importância de o processo penal guardar certo grau de eficiência à consecução dos seus objetivos — notadamente com vistas a evitar problemas advindos de uma persecução criminal demasiadamente longa, capaz de agravar a estigmatização, a angústia prolongada, e a antecipada restrição de direitos fundamentais¹⁸⁵ —, o que se percebe é que a lógica eficientista subjacente a algumas das propostas reformadoras lograram, em grande parte, sacrificar a qualidade cognitiva da decisão judicial em decorrência da simplificação das balizas garantistas do processo.

Nesse sentido, o eficientismo — com o qual a eficiência não se confunde¹⁸⁶ — passou a subverter a finalidade e a razão ontológica do processo penal, já analisadas no capítulo antecedente, advogando que, antes de se constituir como um instrumento destinado à proteção

¹⁸⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 357, grifos nossos.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista de Ciências Penais**, 2004, p. 219 a 245, jul./dez. 2004.

¹⁸⁶ “O eficientismo não se confunde com eficiência [...] Muito pelo contrário, afirmamos que as políticas criminais devem sempre ser eficientes, no sentido de que precisam cumprir com suas finalidades com uma contrapartida mínima de custos econômicos e sociais [...] Nossa crítica se dirige, mais precisamente, ao eficientismo, conceito que se relaciona com o pensamento [...] de que a *eficiência de uma política criminal seria incompatível com o respeito a direitos e garantias estatuídos*. O eficientismo, desta maneira, reveste-se de um significado bastante distinto do de eficiência.” (SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 74 e 75, grifos nossos).

do indivíduo contra o arbítrio do Estado, deveria o processo se apresentar como uma ferramenta *utilitária* para resolução do conflito trazido à tutela estatal¹⁸⁷.

Juntamente ao simbolismo e a emergencialidade, o efficientismo representa, de acordo com Hugo Leonardo Rodrigues, mais um traço característico das políticas criminais autoritárias hodiernas, expressando “aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade”¹⁸⁸. Vale dizer: a pretexto de tornar a persecução criminal mais eficiente a certos tipos de delitos, cria-se um subsistema jurídico no bojo do qual direitos e garantias fundamentais — responsáveis por estruturar um sistema cognitivista oponível ao poder arbitrário do Estado — restam flexibilizados e vilipendiados.

É justamente nesse contexto que ganham relevo os instrumentos de justiça negocial. Como destaca Vinicius Vasconcellos, “legitimam-se inúmeras reformas legais sob o argumento da busca por eficiência [...] a ideia de eficiência integra o lastro teórico primordial da sumarização de procedimentos por meio de mecanismos negociais¹⁸⁹.” Com efeito, aumenta-se a importância de mecanismos a partir dos quais se possa resolver rápida, econômica e abreviadamente o conflito penal, ainda que disso resulte um inquestionável prejuízo aos direitos e garantias fundamentais.

Para Máximo Langer, esse aparente paradoxo — entre as inclinações para democratizar o sistema de justiça criminal, por um lado, e a aparição de mecanismos aparentemente antidemocráticos, por outro lado — é explicado na medida em que, na América Latina, de maneira geral, as ondas de reforma vieram incorporadas dentro de certos pacotes de acusatoriedade, os quais, para serem aprovados, exigiram que um grupo diversificado de pessoas — bem como de interesses a elas atrelados — pudessem se ver contemplados pelas propostas ventiladas¹⁹⁰. Isso perpassou, inclusive, auxílios financeiros fornecidos pela USAID

¹⁸⁷ A respeito do utilitarismo processual, característica marcante da influência dos discursos economicistas na realidade jurídica contemporânea, afirma Amartya Sen que “em economia, recorre-se com frequência ao conceito de direitos e, de fato, os conceitos econômicos básicos de dotação, troca, contrato etc. encerram todos vários tipos de direitos. Porém, na tradição utilitarista, esses direitos foram vistos como sendo inteiramente instrumentais para a obtenção de outros bens, em particular utilidades. Não se atribui nenhuma importância intrínseca à existência ou fruição de direitos, e estes têm sido avaliados segundo sua capacidade de obter boas consequências, entre as quais não figura o gozo de direitos.” (SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 65 a 66, grifos nossos).

¹⁸⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 05.

¹⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 154 *et. seq.*

¹⁹⁰ RUAS, Juan Carlos. El poder del juicio abreviado en América Latina: entrevista a Máximo Langer sobre los primeros resultados de la investigación empírica. **Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, p. 1-25, jun. 2020. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49080-poder-del-juicio-abreviado-america-latina-entrevista-maximo-langer-sobre-primeros>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 17.

(Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional), que patrocinou uma série de programas de reforma judiciária na América Latina a partir da década de 1960¹⁹¹.

Consequentemente,

se é verdade que as reformas do sistema de justiça criminal na América Latina introduziram em muitos lugares um juízo oral e público, assim como audiências públicas, é certo que a maioria das condenações penais, em grande parte dos países latino-americanos, incluindo a Argentina, são obtidas mediante procedimentos abreviados ou institutos equivalentes. [...] em termos de eficiência, creio que em muitos lugares as reformas conseguiram reduzir o tempo do processo, e se nos concentrássemos apenas neste aspecto, poderíamos percebê-las como positivas [...] em outro aspecto, creio que as reformas também provocaram muitos problemas [...] Como dizia antes, um dos problemas em primeiro lugar é que, em muitas jurisdições, o sistema criminal se voltou quase exclusivamente ao procedimento abreviado. As reformas prometiam uma justiça oral, pública e transparente, contudo o procedimento abreviado em muitos aspectos é o contrário disto¹⁹².

Na Argentina, especificamente, a negociação no âmbito processual penal foi incorporada à jurisdição federal a partir da promulgação da Lei n. 24.825/97, que incluiu um novo capítulo ao livro III — sobre juízos especiais — do Código de Processo Penal da Nação (Lei 23.984/91). Com efeito, o artigo 431 bis daquele diploma legal passou a prever a possibilidade de que caso o Ministério Público (denominado *Ministerio Fiscal*) reconheça suficiente a imposição de uma pena privativa de liberdade inferior a seis anos, ou não privativa de liberdade, poderá formular um pedido ao juízo para que se proceda em consonância às previsões contidas naquele capítulo, de sorte que seja abreviadamente aplicada uma sanção penal ao imputado, a partir de um procedimento denominado *juicio abreviado*.

O inciso 2 e 3 do artigo acima mencionado condicionam a validade do acordo à expressa concordância do imputado quanto à pena pactuada na proposta negocial, devendo esta manifestação ser fundamentalmente voluntária e acompanhada de assistência técnica. Ademais, se o juízo recusar o acordo proposto, o processo seguirá conforme o rito comum, sem que a manifestação do acusado possa ser utilizada como indício contra ele (inciso 4).

O inciso 5 do artigo acima citado impôs uma importante condição à sentença que homologa o acordo. Não basta apenas que o imputado tenha concordado com a pena contida na proposta negocial. Faz-se necessário, segundo expressa previsão legal, que existam suficientes

¹⁹¹ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p. 28.

¹⁹² RUAS, Juan Carlos. El poder del juicio abreviado en América Latina: entrevista a Máximo Langer sobre los primeros resultados de la investigación empírica. *Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, p. 1-25, jun. 2020. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49080-poder-del-juicio-abreviado-america-latina-entrevista-maximo-langer-sobre-primeros>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 05 *et seq.*

elementos incriminatórios contra ele, não sendo autorizado ao juiz impor uma pena mais grave do que aquela que tenha sido ofertada pelo Ministério Público.

De acordo com Máximo Langer, o procedimento abreviado argentino consistiu em uma fiel tradução do *plea bargaining* norte-americano, uma vez que assumiu “um modelo de disputa no sentido de que ambas as partes controlam o processo e de que o juiz possui um papel relativamente passivo”¹⁹³. A despeito disso, para o autor, é possível verificar diferenças no procedimento negocial — em comparação ao *plea bargaining* norte-americano — que não podem ser ignoradas, como a limitação temporal relativamente às tratativas negociais; a possibilidade do juiz absolver o acusado ainda que o acordo tenha sido aceito por ele e a vinculação da sentença à pena acordada entre as partes (vinculação inexistente no sistema estadunidense).

Em uma pesquisa empírica desenvolvida a partir de quarenta e cinco entrevistas semiestruturadas com diversos atores do sistema judicial argentino, incluindo também a análise de audiências preliminares e de instrução, Pablo Ciochini, Professor de Sociologia da Universidade de Liverpool, constata algumas problemáticas relativamente às práticas negociais existentes na Província de Buenos Aires.

Segundo o autor, embora as reformas processuais latino-americanas tenham se destinado — como já visto — à incorporação de uma lógica acusatória e democrática em seus ordenamentos jurídicos, mediante a instituição de julgamentos públicos e orais como mecanismos de accertamento da verdade fática¹⁹⁴, as práticas cotidianas do sistema de justiça criminal apontam para prevalência da utilização de mecanismos alternativos à persecução penal, como a *suspensión del juicio a prueba* (instituto semelhante à suspensão condicional do processo positivada no ordenamento brasileiro, a ser analisada no capítulo seguinte) e o *juicio abreviado*.

Estes mecanismos, em que pese pretendessem reduzir a sobrecarga de trabalho relativamente à persecução dos casos mais simples, a pretexto de resguardar recursos ao esclarecimento dos crimes mais complexos, não lograram reduzir o fluxo de processos

¹⁹³ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017, p.103.

¹⁹⁴ “Um dos principais objetivos dos reformadores, conforme estabelecido na exposição de motivos do Novo Código de Processo Penal, consistia em aperfeiçoar a transparência e a responsabilidade [*accountability*]. Esses objetivos seriam alcançados a partir de um julgamento público e oral, uma vez que este seria o melhor método para busca da verdade e para atender às necessidades de uma forma republicana de governo” (CIOCCHINI, Pablo. Reformers’ unfulfilled promises: accountability deficits in Argentinean criminal courts. *International Journal of Law in Context*, Cambridge, v. 14, n. I, p. 22-42, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-law-in-context/article/reformers-unfulfilled-promises-accountability-deficits-in-argentinean-criminal-courts/A5BE1C3EAC744808955D141F1B128861>. Acesso em: 28 mai. 2022, p. 23).

existentes no sistema de justiça criminal; em verdade, o que a partir deles se observou foi o que um dos entrevistados alude como *McDonaldização da Justiça*, devido à capacidade que o sistema passou a ter de processar mais casos numa velocidade ainda maior, em sacrifício às garantias que garantem um justo julgamento.

Além disso, uma vez que muitos casos passaram a ser resolvidos sem que fossem efetivamente levados a julgamento — e, portanto, sem que o imputado tivesse a oportunidade de refutar as acusações e contra elas apresentar outras provas —, foi observada uma dependência ainda maior dos elementos informativos obtidos unilateralmente pela polícia.

Isso se torna sobremaneira problemático, explica o autor, na medida em que muitos entrevistados relataram que as informações que costumavam basear o oferecimento das propostas negociais eram resultantes de ações ostensivas da polícia, e não de prévias investigações sobre os referidos atos criminosos, devido à falta de capacidade investigativa do Estado. Como afirmou um dos entrevistados, “a maioria dos casos que ingressam no sistema de justiça criminal não decorre de uma investigação, mas porque a polícia se deparou com a prática do crime”. Como consequência, tem-se que os casos que aportam mais frequentemente à justiça criminal dizem respeito à “criminalidade urbana, às custas de um processo mais transparente que pudesse resguardar a responsabilidade tanto da polícia quanto do Poder Judiciário”¹⁹⁵.

A propósito dessas problemáticas, importa neste momento salientar — ressaltando que este assunto será retomado oportunamente, quando da análise do contexto negocial existente no ordenamento pátrio —, que, no Brasil, assim como observado na Argentina, não obstante o discurso oficial que pretendeu justificar a ampliação dos espaços de consenso tenha se assentado na necessidade de reduzir os custos à persecução dos crimes de menor potencial ofensivo, igualmente não se observou a redução do fluxo processual quanto aos casos mais complexos. Não de outro modo, tem-se que no ordenamento pátrio o sistema de justiça criminal depende fundamentalmente da atividade ostensiva realizada pela Polícia Militar, que se afigura como a principal responsável pela deflagração de processos criminais¹⁹⁶.

¹⁹⁵ CIOCCHINI, Pablo. Reformers’ unfulfilled promises: accountability deficits in Argentinean criminal courts. *International Journal of Law in Context*, Cambridge, v. 14, n. I, p. 22-42, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-law-in-context/article/reformers-unfulfilled-promises-accountability-deficits-in-argentinean-criminal-courts/A5BE1C3EAC744808955D141F1B128861>. Acesso em: 28 mai. 2022, p. 39.

¹⁹⁶ SAMPAIO, A. R.; RIBEIRO, M. H. M.; FERREIRA, A. A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 175–210, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.299. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299>. Acesso em: 28 mai. 2022.

No Chile, por seu turno, o Código de Processo Penal reformado (Lei 19.696, de 29 de setembro de 2000) estabeleceu o juízo oral e público como pressuposto necessário à aplicação de uma sanção punitiva. De acordo com a previsão contida no artigo primeiro daquele diploma processual, “ninguém poderá ser condenado ou apenado [...] senão em virtude de uma sentença fundada e ditada por um tribunal imparcial. Toda pessoa tem direito a um juízo prévio, oral e público, desenvolvido de acordo com as normas deste corpo legal”¹⁹⁷.

Entretanto, o mesmo diploma incluiu, originariamente, duas modalidades de acordos sobre a pena, por meio dos quais se faculta ao acusado renunciar ao direito a um julgamento oral e público em contrapartida à aplicação sumária de penas mais baixas ou alternativas à privação de liberdade. A primeira dessas modalidades, denominada de *procedimento abreviado*, encontra-se positivada no artigo 406 a 415 do Código chileno, e teve sua incidência originária¹⁹⁸ prevista exclusivamente a delitos punidos com penas até 05 anos de privação de liberdade. A segunda modalidade, designada resolução imediata ou *juízo simplificado*, incide nos crimes de simples delito, de acordo com artigo 388 daquele código, isto é, aos delitos cujas penas não excedam 540 dias de privação de liberdade, permitindo ao acusado a aplicação de uma sanção inferior aos limites previstos em lei.

No tocante especificamente ao procedimento abreviado, a legislação chilena impôs, da mesma forma como regulamentado na Argentina, uma série de limites às tratativas entre as partes, condicionando a eventual decisão condenatória à existência de outros elementos incriminatórios desfavoráveis ao imputado. Com efeito, ainda que o Ministério Público tenha negociado com o acusado e este eventualmente aceite as propostas oferecidas, poderá o Juiz absolve-lo, caso reconheça a ausência de suficientes elementos de materialidade ou autoria delitiva, embora, na prática, estatísticas apontem que este cenário ocorre em apenas um por cento dos casos levados a julgamento¹⁹⁹.

Mais recentemente, no entanto, o procedimento abreviado chileno passou por substanciais modificações a partir do advento da Lei 20.931, de 24 de junho de 2016, que se destinou a aperfeiçoar a persecução penal em relação a alguns crimes considerados mais

¹⁹⁷ “Ninguna persona podrá ser condenada o apenada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.” (CHILE. **Ley 19696 — Código Procesal Penal.** Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 02 abr. 2022).

¹⁹⁸ Como se verá adiante, a Lei 20.931/2017 expandiu a possibilidade de aplicação do procedimento abreviado a certos crimes punidos com penas de até 10 anos de reclusão.

¹⁹⁹ LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

atentatórios à segurança pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a aplicação das penas previstas pelo legislador²⁰⁰. Em primeiro plano, a legislação em tela alterou o sistema de determinação de penas em relação aos crimes contra a propriedade (como furto ou roubo), proibindo o Juiz de modificar a pena fora dos limites legais, ainda que presente certas circunstâncias atenuantes — hipótese antes permitida, e ainda possível aos delitos não abarcados naquela legislação.

Em segundo plano, a lei ampliou as hipóteses nas quais se torna possível renunciar ao direito ao julgamento oral e público, passando a abarcar crimes punidos com pena mínima até dez anos, desde que a acusação se refira aos delitos antes mencionados. Por fim, a lei estabeleceu premiações aos acusados que decidam renunciar ao julgamento oral, oferecendo-lhes rebaixamento na gravidade da sanção, o que, em muitos casos, permite que acusados possam ter sua pena privativa de liberdade substituída por penas alternativas.

Destacando em termos práticos as consequências advindas daquelas mudanças legislativas, Cristián Riego, professor de Direito da Universidade Diego Portales (Chile) e um dos redatores do Código de Processo Penal Chileno, ilustra que, na hipótese de um acusado pelo crime de roubo mediante ameaça não possuir condenações anteriores, a pena estabelecida pela lei fixa um marco de cinco anos e um dia a quinze anos de reclusão. Anteriormente à vigência das mudanças legislativas, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o acusado poderia ter sua pena abaixada para um grau inferior, mesmo que não realizasse qualquer acordo com a acusação, resultando, por exemplo, em uma pena de três anos e um dia até cinco anos de reclusão — patamar este que permitiria a substituição da privação à liberdade por uma pena alternativa.

Com a nova lei, no entanto, mesmo que as circunstâncias lhe sejam favoráveis, o acusado não poderá ter sua pena atenuada, de modo que, sendo condenado, necessariamente ser-lhe-á aplicada uma pena privativa de liberdade. A única forma de evitar sua privação de liberdade seria se o acusado renunciasse ao direito ao julgamento pelo júízo e aceitasse o procedimento abreviado, hipótese em que, como visto, a pena poderá ser rebaixada a um grau inferior, conseqüentemente tornando possível sua substituição por outra sanção diversa do cárcere. Para Cristián Riego, as modificações veiculadas pela legislação em tela desequilibraram e engendraram uma ruptura ao princípio da unidade do sistema jurídico, uma

²⁰⁰ CHILE. Ley 20.931 — **Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1092269>. Acesso em: 02 abr. 2022.

vez que passaram a conferir um tratamento injustificadamente diferenciado, mormente a crimes cometidos majoritariamente por um setor desfavorecido da população²⁰¹.

Além disso, aponta o autor que se criou uma situação de disparidade e coerção aos acusados, porquanto o risco de serem condenados a uma pena privativa de liberdade aqueles que recusem a seguir de acordo com o procedimento abreviado é substancialmente maior. Tudo isso tem o potencial, ainda, de ser intensificado por outros fatores, como nas situações em que o acusado se encontra preso preventivamente ou sob a imposição de outras medidas cautelares, as quais podem constituir “um grande incentivo à aceitação do procedimento abreviado, especialmente se a oferta do promotor permitir antecipar uma pena alternativa em substituição à privação de liberdade”²⁰².

Em uma interessante pesquisa empírica publicada na *Revista de Derecho de Coquimbia*²⁰³, Mauricio Duce Julio se debruçou sobre uma série de revisões criminais julgadas pela Suprema Corte Chilena entre os anos de 2007 a 2016. Com efeito, utilizando-se de uma metodologia de entrevista semiestruturada, bem como de análise de audiências criminais, o pesquisador procurou identificar quais dinâmicas subjacentes às práticas negociais entre os atores do sistema processual penal chileno poderiam conduzir à condenação de pessoas inocentes.

Em seus estudos, Duce Julio constatou que no período acima referido, 48 casos de revisões criminais foram julgados pela Suprema Corte Chilena, dos quais 38 haviam chegado à condenação por meio de procedimentos simplificados (31 casos deste total) ou abreviados (7 casos). A grande maioria (35 dos 38 casos) concernia a erros quanto a informações sobre a identidade dos acusados — isto é, quando se condenava uma pessoa diferente daquela que praticara o crime —, o que permite concluir que “a vertiginosidade do procedimento, o escasso

²⁰¹ CRISTÍAN, Riego. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. **Política Criminal**, Talca, v. 12, n. 24, p. 1085-1105, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-01085.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 1094.

²⁰² “En la realidad existen varios otros factores que condicionan las negociaciones que eventualmente conducen a un procedimiento abreviado. Uno de estos factores, sin duda muy importante, es el de la prisión preventiva: el hecho de que el imputado se encuentre en prisión preventiva u otras medidas cautelares importantes puede ser un gran incentivo a la aceptación de un procedimiento abreviado, especialmente si la oferta del fiscal permite anticipar una pena susceptible de una medida alternativa a la privación de libertad” (CRISTÍAN, Riego. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. **Política Criminal**, Talca, v. 12, n. 24, p. 1085-1105, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-01085.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022, p. 1094).

²⁰³ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: : resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. de 2022.

controle realizado pelos atores do sistema e a pressão para seguir o caso de forma rápida levam a cometer erros tão básicos quanto não verificar a identidade de quem se condena”²⁰⁴.

Em um dos outros três casos, o sujeito havia sido condenado à pena de 61 dias de prisão, multa e proibição de dirigir veículo automotor por supostamente ter conduzido um veículo com uma carteira de habilitação falsa. Na audiência preliminar designada imediatamente após a prisão, o imputado havia confessado a prática do crime, de modo que pudesse ser beneficiado com a redução da pena ao final do procedimento. No recurso de revisão, entretanto, ficou evidenciado que a carteira de habilitação do recorrente era autêntica. Em outro caso semelhante, uma pessoa confessou a culpa pela prática de um crime de descumprimento de medida protetiva no âmbito da violência doméstica, sendo que, ao longo do recurso de revisão, ficou demonstrado que o sujeito sequer fora intimado da decisão que decretou a medida protetiva, a qual não estaria, portanto, em vigor.

De acordo com o pesquisador, os dois casos em questão evidenciam um cenário no qual os acusados encontravam-se desprovidos de informações acerca da dinâmica processual, fator ao qual se soma o receio que muitos têm de serem condenados a uma sanção mais gravosa caso não aceitem os benefícios propostos pelo Ministério Público, assim como o temor que possuem de permanecerem presos caso se recusem a aceitá-los. Para Duce Julio, estar-se-ia diante de

peças que são detidas no dia anterior à audiência e que, nessa qualidade (privados de liberdade), são conduzidas até ela. Tratam-se de audiências que ocorrem de maneira bastante rápida e breve, com pouca informação, em uma linguagem que apenas os iniciados podem entender com clareza o que se passa, onde os imputados têm pouco ou nenhum contato prévio com seus defensores, e nas quais o Ministério Público apresenta requerimentos solicitando uma pena substancialmente mais baixa do que a potencial pena em abstrato que se poderia exigir em relação aos tipos penais imputados²⁰⁵.

Particularmente no que concerne à falta de informação acerca das consequências que a aceitação ou recusa do acordo poderia ensejar, a pesquisa desenvolvida por Duce Julio refletiu as críticas que a doutrina comparada (sobretudo norte-americana) aponta sobre o tema. Nesse sentido, percebeu-se que a sobrecarga de trabalho, em especial dos Defensores Públicos, pode se apresentar como um incentivo para que haja o aconselhamento à aceitação do acordo, prejudicando fundamentalmente um dos requisitos essenciais à sua validade —, qual seja, a voluntariedade do investigado.

²⁰⁴ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 de abr. 2022, p. 18.

²⁰⁵ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. 2022, p. 20.

Ademais, percebeu-se na análise de audiências criminais o precário nível de interação entre os imputados e seus defensores. Com efeito, em 40% dos casos relativos ao procedimento abreviado não se observou qualquer interação entre investigado e advogado ou defensor público, enquanto nos casos concernentes ao procedimento simplificado este percentual foi de aproximadamente 30%. Ademais, mesmo nos casos em que havia alguma interação entre eles, esta era de reduzida duração: em quase 60% dos casos, em relação ao procedimento abreviado, ela não ultrapassava 30 segundos, percentual que beirava os 65% tratando-se do procedimento simplificado. As análises permitiram assim concluir que na maioria das audiências em que houve interação, estas foram extremamente breves, assim como as conversas existentes diziam mais respeito explicar a quantidade de pena e não os alcances ou consequências de eventual recusa ao acordo²⁰⁶.

Em relação à possibilidade de imputados inocentes aceitarem a proposta de acordo, a pesquisa demonstrou que um dos fatores primordiais que fomentaram este cenário concerne à atratividade das propostas oferecidas pelo Ministério Público, que chegavam à redução de mais da metade da sanção prevista abstratamente ao tipo penal em julgamento (o que ocorreu em 75% dos casos seguidos pelo rito abreviado e 60% dos casos pelo procedimento simplificado) até a completa substituição de uma pena privativa de liberdade por uma pena de multa. Nesses casos,

a experiência relatada pelos atores do sistema e os dados do estudo empírico de observação de audiências mostram que, apesar dos limites impostos pela legislação à procedência dos procedimentos abreviados e simplificados, existe um espaço relevante para que os promotores possam fazer ofertas atrativas que podem gerar uma pressão ou ao menos um forte incentivo para que os imputados aceitem, embora sejam inocentes²⁰⁷.

Por fim, o estudo em questão evidenciou um escasso controle judicial em relação à observância dos requisitos previstos legalmente à validade dos acordos. Embora tenha sido constatada uma discrepância quanto à opinião dos diversos atores entrevistados, alguns dos quais entendendo que o trabalho dos juízes era adequado (opinião externada sobretudo pelos próprios juízes entrevistados), houve um significativo grupo de profissionais que reconheceu diferentes problemáticas na forma como se realizava o controle judicial.

²⁰⁶ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. 2022, p. 28.

²⁰⁷ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. 2022, p. 26.

Nesse sentido, houve o apontamento de que as metas de gestão se apresentavam como um risco à atuação judicial, na medida em que impunham pressões aos magistrados para que resolvessem rapidamente o caso em julgamento, fazendo com que muitos flexibilizassem a análise sobre os requisitos legais limitadores dos procedimentos consensuais. Ademais, a falta de controle em relação à existência de outros elementos que pudessem subsidiar a condenação dos imputados — para além do próprio reconhecimento de culpa deles — foi uma crítica presente na fala dos entrevistados, na medida em que esta deficiência poderia potencializar a injusta condenação de pessoas inocentes.

Finalmente, a análise de audiências constatou que em grande parte dos casos não havia sequer um escrutínio acerca da voluntariedade do investigado quanto à aceitação do acordo (50% em relação aos casos sob rito abreviado e assustadores 81% em relação aos casos sob rito simplificado), enquanto em outros casos sequer o juiz se detinha em explicar as consequências que a aceitação ou recusa do acordo poderia trazer em termos processuais²⁰⁸.

Conforme se verá mais detalhadamente no capítulo seguinte, as problemáticas retratadas pela doutrina estrangeira se fazem igualmente presentes na realidade do sistema de justiça criminal brasileiro. De fato, tanto no que concerne aos crimes de menor potencial ofensivo, que seguem de acordo com um rito simplificado, nos termos que serão percutientemente analisados a seguir, quanto nos crimes de médio e alto potencial lesivo, sobre os quais podem incidir acordos processuais de distintas naturezas, exsurtem substanciosas críticas à possibilidade de violação às garantias que constituem um processo penal devido e garantista. É o que se pretende expor nas próximas seções.

²⁰⁸ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. 2022, p. 30.

4 A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme se verificou no capítulo antecedente, o Brasil é um país cujo ordenamento jurídico constituiu-se historicamente de acordo com a tradição romano-germânica ou civilista (*Civil Law*), atribuindo primordialmente à lei o papel de estruturação dos alicerces normativos por meio dos quais os diferentes atores do sistema de justiça criminal se orientam no curso da persecução criminal. Paralelamente à legalidade, viu-se também que a obrigatoriedade da ação penal desponta — segundo parcela majoritária da doutrina nacional — como princípio regente da ação penal pública, vinculando o órgão acusador à imprescindibilidade de oferecimento da peça acusatória quando presentes seus pressupostos legais.

Não obstante, da mesma forma como tem sido observado em outros países, o Brasil também se encontra inserido em um movimento de incorporação de alternativas consensuais à resolução dos conflitos que aportam ao Poder Judiciário, incluindo os conflitos de natureza criminal. Com efeito, a primeira expressão de consenso no ordenamento jurídico nacional se deu pela promulgação da Constituição de 1988, que previu a criação de juizados especiais para julgamento de causas de menor complexidade, oportunizando às partes a negociação sobre a matéria objeto do litígio. Desde então, diversas outras legislações sobrevieram no ordenamento jurídico pátrio, ampliando gradativamente os espaços de consenso no processo penal. Entre elas pode-se mencionar a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) e, mais recentemente, a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019).

A presente seção se destina a proceder a uma análise crítica sobre os institutos jurídicos que resultam desse movimento de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, os quais, de diferentes maneiras, possuem em comum o objetivo de resolver célere e abreviadamente o conflito que assoma ao Poder Judiciário. Em um primeiro momento, serão tecidas considerações acerca dos institutos negociais previstos na Lei dos Juizados Especiais, para, em seguida, tratar-se da colaboração premiada e, por fim, do acordo de não persecução penal. Nesta seção, pretende-se ainda analisar algumas propostas normativas destinadas à ampliação dos espaços de consenso, destacadamente aquelas que se encontram previstas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados na forma do Projeto de Lei (PL) 8045/2010.

4.1 A negociação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais: composição civil dos danos, suspensão condicional do processo e transação penal

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, previu, em seu artigo 98, inciso I, que caberia à União e aos Estados criar juizados especiais, os quais seriam competentes para o julgamento de pequenas causas cíveis e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante a observância de um procedimento oral e sumaríssimo, sendo permitida, nas hipóteses expressamente previstas em lei, a *negociação* entre as partes²⁰⁹.

Contudo, foi apenas em meados da década de 90, aproximadamente sete anos depois, que as referidas previsões constitucionais puderam ser efetivamente concretizadas. Com efeito, a Lei 9.099, promulgada em 26 de setembro de 1995, regulamentou expressamente a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inaugurando um subsistema jurídico destinado ao julgamento de causas de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo²¹⁰. Antes daquele Lei, assistiu-se ainda a tentativas estaduais de implementação dos Juizados Especiais, as quais tiveram, no entanto, sua constitucionalidade questionada por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal²¹¹.

Em linhas gerais, o procedimento estabelecido pela Lei dos Juizados Especiais subdivide-se em quatro fases: a) fase policial (ou de investigação preliminar); b) fase conciliatória (ou preliminar propriamente dita); c) fase transacional; d) fase da audiência de instrução e julgamento²¹². Na primeira dessas fases, chegando à autoridade policial o conhecimento sobre a prática de um suposto fato delituoso, lavra-se um termo circunstanciado de ocorrência, cujos principais caracteres serão adiante melhor esmiuçados, encaminhando-se o pretenso autor do fato e a vítima ao Juizado, ou assumindo aquele o compromisso de lá comparecer, hipótese em que não será admitida a lavratura de auto de prisão em flagrante ou imposição de fiança (art. 69 da Lei 9.099/95).

²⁰⁹ “Art. 98 da CRFB/88. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - *juizados especiais*, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e *infrações penais de menor potencial ofensivo*, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, *permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]”

²¹⁰ Inicialmente, a Lei de Juizados Especiais entendia por “infrações penais de menor potencial ofensivo” aquelas concernentes às contravenções penais e aos delitos cuja pena máxima não fosse superior a um ano. No entanto, a partir da edição da Lei nº 11.313/2006, que conferiu nova redação ao artigo 61 do referido diploma legal, passou-se a estender a competência material dos Juizados Criminais aos delitos cuja pena máxima não excedesse a dois anos.

²¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 98

²¹² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999, p. 116 a 123.

Em seguida, na fase preliminar ou conciliatória, verifica-se a possibilidade de que a vítima e o pretense autor do fato procedam a uma composição cível dos danos, a qual, se realizada, será homologada judicialmente, dando ensejo à formalização de um título executivo judicial. Não sendo realizada, contudo, a composição dos danos, passa-se à próxima fase, oportunidade em que o Ministério Público poderá oferecer ao suposto autor do fato uma proposta de aplicação imediata de penas restritivas de direitos (transação penal), desde que preenchidos os requisitos legais adiante examinados.

Na hipótese de recusa da proposta de transação ou caso o autor do fato tenha sido contemplado, nos 05 (cinco) anos anteriores, com o mesmo benefício, passa-se à última fase, de instrução e julgamento, momento em que o Ministério Público (tratando-se de crime de ação penal pública) oferecerá, de imediato, a peça acusatória, podendo conter ainda uma proposta de suspensão condicional do processo mediante o oferecimento de algumas condições a serem cumpridas pelo denunciado. Sendo, por outro lado, a natureza da ação penal privada, poderá o querelante oferecer a queixa-crime, oralmente ou por escrito, passando-se à avaliação judicial dos requisitos intrínsecos à peça acusatória e, posteriormente, à oitiva das testemunhas e produção de outras provas, após o qual será proferida sentença, cujo relatório é dispensável (art. 81, §2º da Lei dos Juizados Especiais).

Com o advento daquela Lei, passou-se a ter no ordenamento pátrio três alternativas de resolução consensual do conflito criminal: a primeira seria mediante uma composição civil dos danos, a ser realizada entre a vítima e o suposto autor do fato; a segunda se daria por meio da transação penal, em um acordo proposto pelo Ministério Público visando à aplicação imediata de penas restritivas de direitos; e, por fim, houve ainda a positivação do instituto da suspensão condicional do processo, podendo ser oferecida na ocasião da denúncia pelo Ministério Público para os crimes cuja pena mínima não ultrapasse 01 (um) ano, incluindo os delitos não abrangidos por aquele diploma legal.

De acordo com Fabiana de Assis Pinheiro, o discurso oficial que justificou a criação da Lei dos Juizados Especiais assentou-se na necessidade de conferir efetividade e eficiência ao julgamento dos casos criminais, sob o argumento de que o sistema jurídico nacional busca um ‘processo de resultados’, destacando-se a instrumentalidade do sistema de justiça relativamente ao direito material²¹³. Nesse sentido, princípios como celeridade, consenso, diálogo, informalidade, economia, simplificação, desburocratização e democratização da justiça

²¹³ PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. Orientador: Vera Regina Pereira de Andrade. 2007. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 92.

constituíram-se como pilares sobre os quais os discursos alusivos à eficiência e efetividade se fundaram, restando expressamente positivados naquele instrumento normativo²¹⁴.

Além disso, a Lei em comento propugnou a bifurcação do sistema de justiça criminal em duas grandes esferas, com base na necessidade de priorização dos recursos estatais à persecução dos crimes considerados mais graves, ao passo que, em relação aos delitos menos ofensivos, buscou-se oferecer soluções rápidas e informais, o que se daria mediante a abreviação e simplificação procedimental, bem como pela utilização dos institutos consensuais acima mencionados. Nesse sentido, os atores processuais — juízes, promotores e advogados — deveriam se transformar em conciliadores, levando conseqüentemente à redução da quantidade de processos que tramitavam nas Varas Criminais comuns²¹⁵.

Para Rosimeire Ventura Leite, os institutos consensuais previstos na Lei dos Juizados buscaram priorizar soluções mais céleres, na tentativa de afastar as conseqüências negativas decorrentes do processo, notadamente a estigmatização e a eventual privação de liberdade. Configurar-se-iam, por conseguinte, como “medidas despenalizadoras, pois afastam o encarceramento em delitos de pouca gravidade e os efeitos nocivos do contato com as mazelas do sistema carcerário”, inserindo-se no contexto do princípio da oportunidade²¹⁶.

De início, a Lei dos Juizados Especiais foi recepcionada com grande entusiasmo por boa parte da doutrina e dos operadores jurídicos nacionais. Em obra dedicada a comentar as nuances daquele diploma legal, Ada Pellegrini Grinover e outros autores, os quais, inclusive, participaram ativamente do processo legislativo que culminou com a promulgação da lei, aduzem que o Poder Político teria promovido uma verdadeira revolução processual, ao possibilitar a desburocratização do sistema de justiça criminal, minimizando sobremaneira a atuação repressiva do Estado e possibilitando a efetiva reparação dos danos causados às vítimas, além da efetiva ressocialização dos autores do fato²¹⁷.

²¹⁴ “Art. 62 da Lei 9.099/95: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

²¹⁵ “Os operadores do direito (juízes, promotores, advogados etc.), para além da necessidade de se prepararem para a correta aplicação da lei, devem também estar preparados para o desempenho de um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal.” (PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. Orientador: Vera Regina Pereira de Andrade. 2007. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 95).

²¹⁶ VENTURA LEITE, Rosimeire. **Justiça consensual como instrumento de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p. 142.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48 e 49.

Todavia, o que a experiência prática demonstrou foi um significativo abismo entre o discurso oficial que pretendia justificar a existência da Lei dos Juizados Especiais, de um lado, e a operacionalidade cotidiana do sistema de justiça criminal, de outro lado. De acordo com os estudos de Fabiana de Assis Pinheiro, realizados a partir de uma pesquisa empírica na cidade de Brasília nos anos imediatamente posteriores à implementação dos Juizados Especiais, pôde-se constatar que diferentemente de reduzir o movimento das Varas Criminais Comuns — tal como se imaginava —, o que se observou foi um ligeiro aumento, seguido de uma constância do fluxo processual naquelas varas²¹⁸.

Além disso, afastando-se do discurso que sustentava um possível declínio do aparato punitivo do Estado à persecução de crimes considerados menos gravosos, foi constatado que os Juizados Especiais Criminais expandiram a atuação do controle formal, chegando a se tornar o principal responsável pela maioria dos casos que aportavam à circunscrição judiciária de Brasília. Nesse sentido, o que se percebeu pela autora foi que os Juizados Especiais passaram a absorver uma grande quantidade de conflitos que, outrora, eram resolvidos alternativamente, à margem do sistema de controle formal do Estado. Segundo Fabiana de Assis Pinheiro,

a consulta dos Termos Circunstanciados observou que as pessoas procuram o sistema alternativo para noticiar questões que, numa primeira avaliação, mostram-se insignificantes. [...]. Os procedimentos instaurados para apurar a perturbação do sossego revelam que os indivíduos procuram o domínio penal para solucionar/responsabilizar os vizinhos pelos ruídos provocados pelas brincadeiras de crianças, pelos choros dos recém-nascidos [...] pelos tambores de umbanda [...]. Notáveis, do mesmo modo, são os procedimentos instaurados pelo temor das ameaças proferidas por desconhecidos no trânsito, motivadas por “fechadas” ou “barbeiragens”. Os conflitos por ofensa da honra são também eloquentes [...] Muitas são as histórias em que se nota a dificuldade de relacionamento social motivado pela pouca condescendência com o outro.²¹⁹

²¹⁸ “A distribuição de feitos novos às varas criminais de Brasília em 1996, época da implantação do Juizado Especial Criminal, não aponta para o declínio do movimento processual das varas criminais, o que contraria o discurso oficial. [...] Com a edição da Lei 10259/ 2001 que criou o Juizado Especial Criminal na esfera da Justiça Federal, o crime de menor potencial ofensivo assumiu nova definição legal, abarcando os delitos cuja pena máxima não ultrapassasse dois anos. Nesse momento, alargou-se a competência do Juizado Especial Criminal, que passou a julgar delitos, tais como: receptação culposa, desacato, desobediência, resistência, lesões corporais culposas no trânsito, uso de substâncias entorpecentes, crimes contra o consumidor e contra o meio ambiente. Logo, ao depositar na criação e na implementação do Juizado Especial Criminal a expectativa de retração da intervenção penal tradicional, como pressuposto para a aquisição de eficiência no tratamento das questões graves, o discurso oficial equivoca-se. Na realidade, o JEC amplia o sistema penal ao controlar delitos que permaneciam à margem do sistema formal, portanto não ocupavam o sistema tradicional.” (PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. Orientador: Vera Regina Pereira de Andrade. 2007. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 101).

²¹⁹ PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. Orientador: Vera Regina Pereira de Andrade. 2007. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 113.

Os resultados da pesquisa de Fabiana de Assis Pinheiro encontram-se em consonância com outro estudo empírico realizado anos anteriores²²⁰ pelo professor Rodrigo Ghiringhelli Azevedo na comarca de Porto Alegre. De acordo com o pesquisador, a partir da implementação dos Juizados Especiais, esperava-se que o movimento processual nas Varas Criminais Comuns diminuísse, o que não aconteceu²²¹. Além disso, Ghiringhelli verificou igualmente que grande parte dos casos que eram apreciados nos Juizados Especiais Criminais diziam respeito a situações que antes não eram absorvidas pela Justiça Criminal, mas, sim, geralmente resolvidas por outras esferas institucionais. De acordo com a pesquisa do autor,

ao invés de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais [...] a maioria dos delitos de menor potencial ofensivo é originária de situações de conflito entre vizinhos (41%), entre cônjuges (17%), entre parentes (10%), ou em relacionamentos entre consumidor e comerciante (10%). Além destes, foram também encontrados conflitos na relação entre patrão e empregado (8%), brigas eventuais em locais públicos entre desconhecidos (5%), e ainda alguns conflitos de trânsito (5%), embora a grande maioria dos delitos de trânsito tenha retornado às Varas Criminais, com a elevação das penas previstas pelo novo Código Nacional de Trânsito²²².

Dessa forma, é possível notar que, embora tenha sido concebida como um importante instrumento destinado a diminuir o espectro punitivo do Estado, a Lei dos Juizados Especiais distanciou-se dos seus objetivos declaradamente oficiais, não logrando efetivamente reduzir o grande encarceramento existente no Brasil²²³. Como bem destaca Vinicius Vasconcelos,

²²⁰ Relevante esclarecer que a Dissertação de Mestrado do Professor Rodrigo Ghiringhelli, defendida em 1999, antecede a aprovação de dois instrumentos legais que ampliaram a competência dos juizados especiais criminais: a Lei 10.259/2001, relativa aos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, e a Lei 11.313/2006, que ampliou a competência material dos Juizados Criminais de competência da Justiça Estadual, como visto.

²²¹ “Tomando por base os dados fornecidos pelos mapas de andamento processual da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referentes à Comarca de Porto Alegre para o período considerado, o que se verifica é que, *enquanto nos anos de 94 e 95 foram distribuídos para as Varas Criminais Comuns em torno de 6.000 processos por ano, em 96 o número de processos distribuídos salta para 54.687, baixando para 37.608 processos no ano de 1997*. Desagregando-se os processos distribuídos e julgados pelo tipo de Vara Criminal, constata-se que, enquanto nos anos de 94 e 95 a grande maioria dos processos (80 a 90%) eram distribuídos e julgados pelas Varas Comuns, ficando um pequeno percentual para as Varas do Júri e de Trânsito, *a partir de 96 os Juizados Especiais Criminais passam a responder por 80% do movimento processual criminal em Porto Alegre, chegando a 90% dos processos julgados no ano de 1997*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999, p. 125).

²²² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999, p. 127 e 148.

²²³ Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de 1995 a 2014 (período de aproximadamente vinte anos), o número de pessoas privadas de liberdade passou de aproximadamente 150 mil para 607 mil, aumento próximo a 400%. Nesse sentido, conferir: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, junho 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2022.

“diferentemente do discurso oficial que justificativa a reforma em razão da decorrente despenalização para redução da demanda na justiça criminal, a inovação resultou em uma expansão do controle social por meio do poder punitivo”.²²⁴

Tendo sido feitas essas ressalvas preliminares, passar-se-á a seguir à exposição crítica dos três institutos jurídico-processuais que se destinam a resolver, abreviada e consensualmente, os casos criminais que aportam ao Poder Judiciário no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

4.1.1 A composição civil dos danos

A composição civil dos danos consiste em instituto jurídico processual previsto entre os artigos 72 a 75 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), conferindo à vítima a faculdade de transacionar com o suposto autor do fato uma reparação civil pelos danos que lhe tenham sido causados. Para Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, trata-se essencialmente de um mecanismo que pretendeu elevar a vítima ao patamar de protagonista frente à persecução penal, deslocando-a da mera posição de objeto para a posição de sujeito de direitos no bojo da relação processual²²⁵.

Conforme preceitua o artigo 72 do diploma legal precitado, na audiência designada durante a fase preliminar, deverá o Juiz esclarecer à vítima e ao suposto autor do fato — ambos acompanhados de advogados —, à presença do(a) representante do Ministério Público, sobre a possibilidade de realizarem uma composição civil dos danos, a qual será reduzida a escrito e posteriormente submetida à homologação judicial. Sendo homologada — em uma sentença irrecorrível —, constituir-se-á um título executivo judicial, que poderá ser executado, em caso de descumprimento, no juízo civil competente (art. 74 da Lei 9.099/95).

Ainda de acordo com a Lei, caso a natureza da ação penal do crime ao qual se realizou a composição civil dos danos seja privada ou pública condicionada à representação, o acordo entre a vítima e o suposto autor do fato acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação, levando, conseqüentemente, à extinção da punibilidade (artigo 74, parágrafo único da Lei 9.099/95).

²²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 198.

²²⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999, p. 153.

Sendo, no entanto, pública incondicionada a natureza da ação penal, a legislação é omissa quanto à possibilidade de prosseguimento da persecução penal. Com efeito, há entendimentos doutrinários que sustentam, nestes casos, a remanescente possibilidade de o Ministério Público oferecer proposta de transação penal ou, eventualmente, denúncia contra o suposto autor do fato²²⁶. De outra banda, o Enunciado 99 do Fórum Nacional de Juizados Especiais assevera que “nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal”.

Neste ponto, considerando o caráter fragmentário da intervenção penal, a limitar a atuação punitiva do Estado somente nos casos em que os demais ramos do Direito se mostram inefetivos à resolução da contenda, reputamos adequado o entendimento do Enunciado 99, de tal maneira que, sobrevindo composição civil dos danos, mesmo nos crimes cuja natureza da ação penal seja pública incondicionada, deve-se concluir pela ausência de justa causa para o oferecimento de eventual peça acusatória.

Vinicius Vasconcellos, debruçando-se sobre as características intrínsecas à composição civil dos danos, aponta que “tal instituto não representa a fragilização da regra da obrigatoriedade, ao passo que expressa, em verdade, a ampla discricionariedade do acusador privado/vítima, nas ações que dependem de sua atuação”²²⁷. De fato, diferentemente de outros institutos negociais positivados no ordenamento brasileiro — em especial da transação penal e do acordo de não persecução penal, a seguir analisados —, a composição civil opera-se exclusivamente entre a vítima e o investigado, não havendo, portanto, efetiva relativização ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

4.1.2 A transação penal

²²⁶ Nesse sentido, Rômulo Andrade Moreira: “sempre que estivermos à frente de um delito de menor potencial ofensivo, cuja ação penal incondicionada ou uma contravenção penal (cuja ação penal é, como em toda contravenção, pública incondicionada), deve oportunizar-se a composição dos danos civis, observando-se, porém, que a sua homologação não acarreta os efeitos impeditivos da transação penal. Nesses casos, na hipótese de sucesso na composição civil, certamente não estará o MP impedido de transacionar ou oferecer denúncia, salvo se for caso típico de arquivamento [...]” (MOREIRA, Rômulo Andrade de. *Composição Civil dos Danos e a Ação Penal Pública Incondicionada*. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, v. 1, ed. 5, p. 19-23, ago./set. 2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_03_19.pdf. Acesso em: 1 mai. 2022.). Compartilhando do mesmo entendimento, VENTURA LEITE, Rosimeire. *Justiça consensual como instrumento de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 256 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p. 114.

²²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 101.

Estabelecida no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais, a transação penal consiste em mecanismo jurídico que possibilita ao autor do fato, uma vez preenchidos os requisitos legais, a aplicação imediata de uma sanção penal — que poderá corresponder a uma pena restritiva de direito ou multa — caso este renuncie à sua posição de resistência e consinta com a “concretização antecipada”²²⁸ do poder punitivo estatal. Em compensação, promove-se o suposto benefício da segurança face ao desenvolvimento do processo, com a aparente vantagem de encerrar o procedimento abreviadamente, afastando-se a “espera pelo resultado”²²⁹ e não maculando a vida pregressa daquele sujeito à persecução criminal.

Comparativamente à composição civil dos danos, trata-se de instituto substancialmente mais próximo da *plea bargaining* existente no sistema jurídico norte-americano, haja vista que a proposta de transação é oferecida pelo órgão que representa oficialmente a acusação estatal — qual seja, o Ministério Público —, oportunizando, uma vez aceito o acordo, o encerramento antecipado da persecução penal. Todavia, diferentemente da barganha existente naquele sistema estrangeiro, não se exige para fins de transação que o imputado reconheça a culpabilidade pelos fatos sobre os quais transaciona, sendo prescindível, portanto, uma manifestação autoincriminatória²³⁰.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais impôs alguns limites à validade e concretização dos acordos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que a transação penal somente é cabível em relação aos crimes de menor potencial ofensivo — isto é, aqueles cuja pena prevista em abstrato não exceda o limite legal de dois anos. Caso a sanção supere este limite, não será possível o oferecimento da transação, podendo, no entanto, a depender do caso, haver ainda a propositura de suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal. Além disso, o instituto negocial em questão não poderá ser oferecido caso o suposto autor do fato, nos cinco anos anteriores ao acordo, tenha sido condenado à pena privativa de liberdade ou houver sido beneficiado por outra transação. A lei restringe os acordos, ademais, à verificação da personalidade do agente e das circunstâncias judiciais concretas.

Sendo satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos previstos legalmente, tem-se que o artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais preconiza que o Ministério Público *poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. À*

²²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 107.

²²⁹ VENTURA LEITE, Rosimeire. **Justiça consensual como instrumento de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009, p. 147.

²³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 133.

vista do verbo utilizado pela normal legal supramencionada — qual seja, *poderá* — viu-se emergir um intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza jurídica da transação penal. Com efeito, há entendimentos que sustentam ser a transação penal um poder-dever do Ministério Público, não possuindo, contudo, a natureza de direito público subjetivo do suposto autor do fato, razão pela qual o Ministério Público não estaria obrigado a oferecê-la²³¹. Outros autores, por outro lado, defendem que a proposta de transação penal não pode ser arbitrariamente declinada pelo órgão acusador, constituindo-se efetivo direito subjetivo do autor do fato caso os requisitos previstos em lei sejam concretamente demonstrados²³².

De fato, tendo em vista a tradição jurídica romano-germânica a qual o ordenamento brasileiro se filia, não se pode perder de vista que o princípio da legalidade (tanto em sua dimensão material quanto processual) impõe limites à atuação dos diferentes atores do processo, sendo imperioso concluir, efetivamente satisfeitos os pressupostos legais que autorizaram o oferecimento da proposta de transação penal, não ser lícito ao Ministério Público furtar-se do dever de apresentá-la, notadamente porquanto não seria este instituto representação da natureza dispositiva da ação penal — tal como existente no sistema jurídico norte-americano —, mas, sim, um instituto vinculado ao já analisado espaço de oportunidade regrada.

Nesse sentido, recusando-se o órgão acusador ao oferecimento da proposta de transação, poderá o autor do fato valer-se do expediente previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal (cuja redação foi significativamente modificada pela Lei 13.964/2019, a qual será objeto de análise adiante, embora se possa antecipar que a eficácia dessa alteração ainda resta suspensa por força de decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal), requerendo o encaminhamento dos autos ao órgão revisional do Ministério Público, para que seja feito um controle interno sobre a legalidade do oferecimento do acordo, não excluindo, por evidente, a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus*, em face da repercussão desta recusa ao seu direito de liberdade.

Por outro lado, para que a transação seja oferecida, o Ministério Público deve dispor de elementos suficientes de materialidade e autoria delitivas, capazes de consubstanciar adequadamente sua *opinio delicti* a respeito do caso penal levado a conhecimento da justiça.

²³¹ Nesse sentido, conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 634/RJ. Autor: R.H.F. Réu: A.C.F. de M. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília - DF, 21 de março de 2012. **Diário de Justiça**, 03.04.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj>. Acesso em: 24 abr. 2022.

²³² Entre outros, é este o entendimento de Nereu José Giacomolli: “satisfeitos os pressupostos legais, o oferecimento de uma ou de outra pretensão não está na esfera de disponibilidade subjetiva do acusador, mas se constitui numa obrigação legal. O autor do fato tem o direito garantido, sempre que estejam satisfeitos os requisitos legais, a uma situação mais favorável.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121).

Com efeito, a lei preconiza que somente será proposta transação penal nas hipóteses em que não for viável o *arquivamento das investigações*, análise que é feita tendo em vista os elementos informativos acostados ao Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO). Neste ponto, convém proceder a algumas considerações mais aprofundadas.

Conforme se apontou anteriormente, na fase policial ou de investigação preliminar, especificamente tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo, a Lei dos Juizados Especiais dispensou a necessidade de realização de inquérito policial²³³, admitindo um procedimento de investigação alternativo, mais célere e simplificado, denominado de Termo Circunstanciado de Ocorrência. Neste procedimento, não se exige o mesmo rigor investigativo do inquérito policial, devendo apenas se assentar a “consignação fática da situação existente no momento da constatação ou da comunicação da infração”, apresentando-se resumidamente “os dados necessários à identificação dos envolvidos, das testemunhas e a narração do fato com todas as suas circunstâncias”²³⁴.

Não obstante, o que costumeiramente se observa na prática forense é que os Termos Circunstanciados de Ocorrência, em razão da sua extrema simplicidade, não oportunizam o devido conhecimento acerca dos elementos de materialidade e autoria necessários à propositura da transação penal ou eventual oferecimento de denúncia, quedando, assim, incapazes de consubstanciar, segura e precisamente, a *opinio delicti* do órgão acusador²³⁵.

De fato, conforme observado anteriormente, os Juizados Especiais passaram a absorver uma miríade de condutas típicas que antes eram resolvidas à margem do sistema de controle formal do Estado. Com efeito, muitas dessas condutas dizem respeito a comportamentos materialmente insignificantes — tendo em vista a falta de potencial lesivo dos bens juridicamente tutelados —, sobre os quais, chegando ao conhecimento da autoridade policial, lavra-se um Termo Circunstanciado de Ocorrência, posteriormente encaminhado ao Ministério Público, que, por sua vez, sobremaneira assoberbado pela elevada carga de trabalho, não envida

²³³ Art. 77, §1º da Lei 9.099/95: “Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial [...]”.

²³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85.

²³⁵ Conforme destaca Miguel Reale Júnior, em artigo escrito e publicado treze anos após a vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, “a prática ao longo destes 13 anos de vigência da lei, contudo, demonstrou que a autoridade policial apenas sem cuidado maior registra rapidamente os dados sem apresentar elementos que possibilitem, em geral, a formação da *opinio delicti* do acusador [...] a celeridade e a ausência de dados de convicção em Termo Circunstanciado elaborado às pressas e sem maior interesse pela autoridade policial têm levado à convocação dos erroneamente chamados Autores do Fato a participar de audiências preliminares sem exame da configuração típica e dos elementos de prova da autoria, e outros dados da estrutura do crime” (REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Revista de Ciências Penais**, vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2008, p. 05).

o cuidado necessário ao exame das condições da ação, terminando por oferecer, indevidamente, proposta de transação penal.

A respeito deste fenômeno, Alexandre Wunderlich assevera que

a fragilidade dos termos circunstanciados e a inadequação legal das dinâmicas programadas têm, em nosso entendimento, ainda um outro grave efeito nefasto: o denominamos de “institucionalização do in dubio pró-transação”. Fazendo eco ao presente diagnóstico sobre a transação penal, Luiz Flávio Gomes adverte sobre a existência de “realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos” e a “desconsideração das garantias inerentes à imputação objetiva e subjetiva”, além do “absurdo de se formular a proposta de transação penal sem a mínima descrição do fato típico cometido” (para se condenar alguém já não é preciso o processo tradicional, ocorre que agora estão dispensado até a existência de um fato típico)²³⁶.

Tal como examinado no capítulo anterior, quando do estudo dos institutos negociais a partir da realidade estrangeira, também no Brasil se observa uma inquestionável violação às garantias penais e processuais penais que deveriam se afigurar como balizas para o desenvolvimento (e legitimação) da persecução penal.

De acordo com as análises empíricas de Vera Ribeiro Almeida, desenvolvidas durante a sua pesquisa de Mestrado que ensejou a publicação da Dissertação intitulada *Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro*, há uma multiplicidade de fatores que levam à aceitação das propostas de acordo oferecidas pelo Ministério Público. Nesse sentido, utilizando-se de uma metodologia de observação participante conjugada com a realização de entrevistas com conciliadores e Promotores de Justiça atuantes nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, a autora logrou descortinar algumas dinâmicas que circundavam a prática negocial relativamente aos crimes de menor potencial ofensivo.

Em primeiro lugar, a autora verificou que a maioria dos conciliadores que conduziam as audiências destinadas ao oferecimento da proposta de transação penal eram ainda graduandos em Direito, exercendo suas funções na qualidade de estagiários (de sete conciliadores entrevistados, apenas um era Bacharel em Direito). Ademais, foi constatado que nenhum deles participou de qualquer curso ou treinamento para a realização adequada das atribuições as quais estavam incumbidos, limitando-se apenas às orientações que os próprios membros do Ministério Público forneciam, sem qualquer mecanismo de responsabilização por eventuais falhas ou erros judiciais.

²³⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Revista de Ciências Penais**, vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez. 2008, p. 05 e 06, grifos nossos.

Particularmente no que concerne aos Promotores de Justiça, verificou-se uma enorme discricionariedade quanto às condições oferecidas na proposta transacional, as quais, em alguns casos, contrapunham-se à própria lei e/ou a entendimentos consolidados pelos Tribunais Superiores. Malgrado a legislação apresente um rol de medidas que podem ser propostas no acordo de transação, concernentes especificamente às penas restritivas de direitos²³⁷ ou à multa, subsiste ao órgão acusatório, na prática forense, uma ampla liberdade e discricionariedade negocial, evidenciando-se que “a aplicação deste instituto é desenvolvida de forma isolada, exclusiva e ilimitada por quem detém o poder de dizer quando e se será aplicada e também quem será atingido e de qual forma”.

Por exemplo, conforme restou demonstrado na fala de um dos promotores de justiça entrevistados pela pesquisadora, *in verbis*, “aqui, nas infrações da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, eu ofereço a cesta básica, principalmente nos casos de ameaça, apesar do STF ter dito que não poderia. [...] Eu faço e pronto!”²³⁸. Com efeito, das análises das propostas de transação penal realizadas, não se observou qualquer padronização ou objetividade nas condições oferecidas, pautando-se o Ministério Público em critérios distintos, subjetivos e frequentemente sigilosos, não sendo possível determinar qualquer correspondência entre as condutas em tese imputadas e as penas que em contrapartida se lhes oferecia à guisa de aplicação imediata²³⁹.

Insta salientar que todo esse cenário é intensamente agravado devido à coerção que frequentemente recai sobre os supostos autores dos fatos para que aceitem as propostas de transação mesmo que não tenham sido eles os efetivos autores do comportamento delituoso que se lhes imputa — ou que este comportamento imputado seja juridicamente insignificante. Como observou Vera Ribeiro em sua pesquisa de Mestrado, vários conciliadores utilizam-se de expedientes intimidatórios a fim de convencer os supostos autores do fato à aceitação dos acordos, objetivando, sobretudo, o encerramento antecipado da persecução penal.

²³⁷ Artigo 43 do Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal): “As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana”.

²³⁸ ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Orientador: Roberto Kant de Lima. 2012. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012, p. 177 a 181.

²³⁹ “Do exame documental não foi possível inferir sobre a correspondência entre a gradação das penas e as infrações penais, o que poderia sugerir não existir qualquer relação entre estes dois referenciais [...] estas respostas penais não se submeteram a nenhum tabelamento ou tarifação, já que mesmo quando examinado um único juizado em casos de semelhantes infrações (ou seja, o mesmo tipo penal), as medidas oferecidas se diferenciaram. Além disso, não se verificou qualquer relação entre a penalidade e os bens jurídicos tutelados” (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Orientador: Roberto Kant de Lima. 2012. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012, p. 183).

Em uma das audiências preliminares que a pesquisadora acompanhou, fora referido pela conciliadora responsável pela condução daquele ato que se o autor do fato recusasse o acordo proposto naquela audiência, a próxima seria conduzida pelo promotor de justiça, e que ele “não era mole não” e “dificilmente não levaria em conta o depoimento dos policiais”, aludindo à versão dos fatos — sobre um crime de desacato — que teria dado ensejo àquela audiência, baseada exclusivamente na palavra dos policiais militares. A respeito dessa problemática, Vasconcellos aponta que “são rotineiros os aconselhamentos em tom de ameaça no sentido de que a melhor opção seria o aceite à transação e a afirmação de que o autor do fato iria ‘sofrer pena maior’ em caso de recusa”²⁴⁰.

Além disso, em que pese a legislação preconize a necessidade de assistência técnica desde a fase preliminar no âmbito dos Juizados Especiais²⁴¹, o que a *práxis* revela é que a maioria dos imputados comparecem àqueles atos processuais desacompanhados de advogados, não lhes sendo sequer designado defensor público para fins de validação do procedimento. A esse fator soma-se a ausência de esclarecimento devido às partes — especificamente às vítimas e aos supostos autores dos fatos — sobre cada etapa procedimental, o que potencializa o temor e a insegurança diante das consequências que possam decorrer do processo²⁴².

Por fim, verificou-se que o consenso e o diálogo, que constituem, como visto, os princípios norteadores das práticas nos Juizados Criminais, revelam-se inaplicáveis na rotina forense, tendo em vista a inflexibilidade baseada em roteiros estanques que os conciliadores costumam se utilizar — sob orientação dos próprios membros do Ministério Público — no curso das audiências preliminares, não oportunizando aos supostos autores dos fatos a possibilidade de questionar ou refutar eventuais fatos ou versões sobre estes fatos as quais procedimento visa a apurar. Nesse sentido, a análise das audiências feita pela autora corrobora o que Matheus Branco, professor do Curso de Direito da UNIVALI, alude como transações penais realizadas na forma de contratos de adesão. Segundo ele,

as propostas, em várias ocasiões desprovidas de qualquer adequação ao caso concreto ou à realidade do suposto autor do fato, feitas de forma genérica ao modelo copia e cola, são oferecidas, muitas vezes, no formato de adesão, ou você aceita ou não. E devido à grande quantidade de processos, com frequência, nas audiências de

²⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 203.

²⁴¹ Artigo 68, da Lei 9.099/95: “Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público”.

²⁴² ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Orientador: Roberto Kant de Lima. 2012. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012, p. 143.

transação penal, o Ministério Público não está presente, fazendo a proposta por escrito, nos próprios autos do processo²⁴³.

Assim, é possível concluir que os axiomas responsáveis por condicionar a legitimidade da aplicação do poder punitivo do Estado, estruturantes do esquema epistemológico falsacionista analisado no capítulo segundo, restam significativamente enfraquecidos e esvaziados pela prática transacional observável no contexto dos Juizados Especiais Criminais. A “verdade” derivada do consenso — consenso este que, fundamentalmente, não se revela presente na prática²⁴⁴ —, viola, inicialmente, o postulado da lesividade exigível à caracterização da ação delitiva — segundo o axioma *nullum crimen sine injuria* —, tendo em vista a quantidade significativa de fatos materialmente atípicos que diariamente são encaminhados aos Juizados Criminais, sobre os quais o órgão representante da acusação não envida os cuidados necessários para verificação dos necessários requisitos de procedibilidade.

Ademais, não somente a pena é aplicada de forma imediata e à míngua de um devido juízo, como, também, é aplicada sem qualquer prova que a consubstancie e legitime (os únicos elementos que fragilmente sustentam a proposta de transação são aqueles coligidos nos simplificados termos circunstanciados de ocorrência), cabendo ainda à defesa um papel sobremaneira limitado — isto quando existente, porquanto em muitos casos sequer ao imputado é garantido o direito à assistência técnica —, restando-lhe aceitar, sem espaço para negociação, as propostas oferecidas, ou aceitar o risco de se submeter a julgamento e eventualmente receber uma sanção mais gravosa do que as condições oferecidas pelo órgão acusador (mesmo que estas condições não estejam devidamente tipificada em lei, o que sói ocorrer, como visto).

4.1.3 A suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo consiste no terceiro instituto jurídico de natureza consensual contemplado pela Lei dos Juizados Especiais. De acordo com a redação prevista no

²⁴³ BRANCO, Matheus de Andrade. Incongruências do instituto da transação penal e seus aspectos de um acordo por adesão. **Justiça do Direito**, [s. l.], v. 27, ed. 1, p. 234-248, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4567>. Acesso em: 1 mai. 2022, p. 243.

²⁴⁴ “Em todos os juizados observados as perguntas que os conciliadores dirigiam às partes durante as audiências preliminares (tanto aquelas promovidas pelos conciliadores quanto as realizadas pelos promotores de justiça) obedeciam a uma sequência invariável e quase mecânica. Após o pregão, as audiências preliminares se iniciavam com a instrução às partes de que elas somente poderiam se manifestar quando fossem indagadas. Tal prática me causou estranheza por imaginar que a vontade do legislador de 1995, ao estabelecer o consenso neste procedimento, foi justamente o contrário desta orientação: a de incentivar o diálogo entre os envolvidos” (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Orientador: Roberto Kant de Lima. 2012. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012, p. 102-103).

artigo 89 daquele diploma legal, o Ministério Público, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano — ainda que não se trate de delito de menor potencial ofensivo —, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, submetendo o acusado ao cumprimento de algumas condições, pelo período de dois a quatro anos, após o qual, se efetivamente cumpridas, sem revogação, deve-se declarar extinta a punibilidade.

A primeira diferença que se evidencia em relação aos outros institutos consensuais anteriormente examinados diz respeito ao fato de que, neste instituto em específico, o Ministério Público não renuncia ao oferecimento da peça acusatória inicial (denúncia), mas, sim, condiciona o prosseguimento ou encerramento da persecução, após tê-la oferecido, ao cumprimento de determinadas condições pelo imputado. Como esclarece Giacomolli, trata-se não fundamentalmente da existência de um dever jurídico de postular uma pretensão alternativa — consistente na composição civil dos danos ou na aplicação imediata de penas restritivas de direito e/ou multa —, mas, sim, um dever de não sustentar acusação sempre que houver o cumprimento de certas condições²⁴⁵.

Nesse sentido, o Ministério Público, na oportunidade do oferecimento da peça acusatória, deverá verificar se os pressupostos legais dispostos à propositura da suspensão do processo encontram-se presentes, hipótese em que, tal como analisado acerca da transação penal, deverá — embora a legislação empregue o termo *poderá* — propô-la, porquanto não se trata em essência da manifestação de um espaço irrestrito de oportunidade, mas, tão somente, de uma regulamentação sobre a sustentação da pretensão acusatória. Negando-se a fazê-lo, poderá o acusado se valer analogicamente do já referido expediente previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal, possibilidade que inclusive encontra guarida em entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal²⁴⁶.

Tendo em vista que a proposta de suspensão processual é oferecida na mesma ocasião da apresentação da exordial acusatória, faz-se necessário destacar que ela somente é cabível quanto superados os demais filtros jurídicos que a antecedem. Com efeito, necessário se faz, inicialmente, que o órgão acusador constate a existência de suficientes elementos de materialidade e autoria, não se tratando, portanto, de hipótese de arquivamento das investigações; da mesma forma, deve o magistrado concluir pelo preenchimento dos requisitos necessários ao recebimento da acusação, nos termos do artigo 41 e 395 do Código de Processo

²⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199.

²⁴⁶ Súmula 696, STF: “reunidos os pressupostos legais permissivos na suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

Penal. Além disso, para que a suspensão processual seja devidamente proposta e homologada, deve-se restar superada a possibilidade de realização de composição civil dos danos ou oferecimento de transação penal, seja porque seus pressupostos legais não se encontrem preenchidos, seja porque o acusado declinou da sua aceitação.

As condições que o acusado deve cumprir, durante o período que a legislação designa como *período de prova*, encontram-se dispostas no parágrafo primeiro do artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais. Este período pode variar entre dois a quatro anos, dependendo das condições pessoais do acusado, da gravidade da infração, bem como da necessidade e suficiência das condições impostas²⁴⁷. São elas: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, para informar e justificar suas atividades.

Questão sobremaneira problemática, entretanto, decorre da cláusula de abertura prevista no parágrafo segundo daquele mesmo dispositivo legal, ao estatuir, *in verbis*, que “o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Com efeito, ao outorgar ao magistrado a possibilidade de subordinação da proposta a outras medidas que entenda razoáveis, a legislação viola frontalmente a garantia da separação entre as atividades acusatórias e jurisdicionais, conferindo amplos poderes ao juiz para realização dos acordos processuais, função que, desde uma estrutura epistemológica acusatória e garantista, como dissertado no capítulo segundo, não lhe é devida²⁴⁸.

Além disso, a falta de tipicidade das condições que podem ser propostas enfraquece a essência do princípio da legalidade, despiando-lhe da natureza de garantia contra o arbítrio do Estado, oportunizando que seja aplicada ao acusado, à míngua de um devido processo, portanto sem todas as garantias dele consectárias, uma restrição a direito fundamental não prevista abstratamente em lei. Nesse sentido, consubstancia-se o que Luigi Ferrajoli denomina como modelo punitivo irracional, em que a ausência de legalidade permite ao julgador o exercício

²⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 227.

²⁴⁸ Como destacam Ada Pellegrini Grinover e outros autores: “Uma importante observação que deve ser feita a respeito da suspensão condicional do processo, tal como foi regulada, consiste em que legislador foi muito lacônico na sua disciplina. Cuidou de um dos mais revolucionários institutos no mundo atual em apenas um artigo (art. 89). É evidente, assim, que vamos encontrar incontáveis omissões. O que está na lei, pode-se dizer, é a moldura mínima. À doutrina e à jurisprudência caberá fixar os seus contornos finais” (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 254). Trata-se, por certo, de questionável abertura legal, haja vista que por se tratarem de condições que restringem direitos fundamentais — ainda que formalmente não gozem do *status* de penas privativas de liberdade —, devem elas necessariamente encontrem guardida em expressa previsão legal.

irrefreado de um poder de disposição sobre fatos e sobre as consequências jurídicas deles decorrentes²⁴⁹.

Os parágrafos terceiro e quarto do artigo 89 regulam as causas de revogação do instituto jurídico da suspensão condicional do processo. Conforme esclarece Nereu Giacomolli, a legislação estabelece e diferencia hipóteses de revogação obrigatória ou facultativa do instituto. A primeira situação se dá nos casos em que o acusado, após a celebração do acordo, vem a ser processado por outro crime, ou quando se verifica a ausência injustificada da reparação do dano, conforme previsto no parágrafo terceiro daquele dispositivo legal.

Os casos de revogação facultativa ocorrem, por sua vez, nos termos do parágrafo quarto, quando o acusado vem a ser processado por contravenção penal ou descumpra qualquer condição imposta no acordo. Ademais, embora não encontre expressa previsão legal, é possível admitir, consoante inteligência de Nereu Giacomolli, a revogação voluntária da suspensão, haja vista que o acusado pode vir a ter, durante o período de prova, interesse no prosseguimento do feito, como nas hipóteses de descobrimento de uma prova exculpatória. Em qualquer hipótese, contudo, deve-se oportunizar ao acusado o devido exercício do direito ao contraditório, de sorte que possam ser apresentadas justificativas acerca do eventual descumprimento das condições impostas, sob pena de configuração de nulidade²⁵⁰.

Por fim, cumpridas as condições estabelecidas sem que sejam arguidas quaisquer hipóteses de revogação, deve o juiz declarar extinta a punibilidade do acusado, nos termos do parágrafo quinto do artigo 89 daquele diploma legal. Nessa hipótese, caso venha a ser descoberto, após a decisão declaratória de extinção da punibilidade, que o acusado descumprira alguma condição imposta, deve-se concluir pela impossibilidade de argui-las, tendo em vista a consolidação da situação processual e a formação de coisa julgada²⁵¹.

4.2 A colaboração premiada

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 133.

²⁵⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 223 a 230.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 254. No mesmo sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 232 e 233.

A colaboração premiada — costumeiramente referida pela doutrina como expressão sinônima à delação premiada²⁵² — se apresenta, seguramente, como um dos mais emblemáticos institutos de justiça consensual positivados no ordenamento jurídico pátrio, em especial devido à sua ampla utilização em casos de grande repercussão midiática. Em primeiro lugar, importa esclarecer que apesar da confusão terminológica frequentemente observada na doutrina, a colaboração premiada consiste em gênero do qual a delação faz parte, na medida em que, além da incriminação de terceiros propriamente dita, pode o colaborador simultânea ou alternativamente indicar bens auferidos mediante atividades ilícitas, a fim de que sejam recuperados, bem como auxiliar na localização de eventuais vítimas, não sendo, portanto, a delação requisito essencial à celebração destes acordos.

Trata-se de um instituto jurídico com natureza dúplice: de um lado, afigura-se como negócio jurídico processual, firmado entre os órgãos oficiais de persecução do Estado (Delegado de Polícia ou membros do Ministério Público) e o investigado ou acusado; de outro lado, consiste em meio de obtenção de prova, por meio do qual o imputado afasta-se de sua posição de resistência frente à persecução penal, colaborando com informações aptas a auxiliar no esclarecimento dos fatos criminosos objetos da investigação ou do processo²⁵³.

De outro giro, convém salientar que, conquanto grande parte do seu regramento encontre-se disposto na Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), em especial no que concerne aos seus aspectos procedimentais, há diversos outros diplomas legais, inclusive anteriores àquela legislação, prevendo hipóteses nas quais o acusado pode colaborar com a persecução penal, recebendo em contrapartida benefícios sobre a pena a ser aplicada. É o caso, por exemplo, da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990)²⁵⁴, da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998)²⁵⁵, da Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/1999)²⁵⁶ e da

²⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

²⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

²⁵⁴ Art. 7º, Lei 8.072/1990: “Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: §4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

²⁵⁵ Art. 1º, §5º, Lei 9.613/1998: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

²⁵⁶ Art. 14, Lei 9.807/1999: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”.

Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)²⁵⁷. Não obstante, como acima advertido, tais legislações cuidam precipuamente de aspectos penais ou materiais acerca da colaboração, uma vez que foi somente em 2013, com a promulgação da Lei de Organizações Criminosas, que se assistiu à efetiva regulamentação no tocante a questões procedimentais referentes ao instituto²⁵⁸.

Precisamente com base nisso que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão proferida pela Sexta Turma, em *Habeas Corpus* de relatoria da Ministra Laurita Vaz, colmatou o entendimento de que a colaboração premiada seria cabível para quaisquer tipos penais praticados em concurso de agentes, ainda que não tenham sido cometidos em contexto de organização criminosa, uma vez que as previsões de aplicabilidade do instituto

a) estão esparsas na legislação; b) foram instituídas também para beneficiar delatores; e que c) o Código de Processo Penal não regulamenta o procedimento de formalização dos acordos de delação premiada; e d) a Lei n. 12.850/2013 não prevê, de forma expressa, que os meios de prova ali previstos incidem tão somente nos delitos de organização criminosa; não há óbice a que as disposições de natureza majoritariamente processual previstas na referida Lei apliquem-se às demais situações de concurso de agentes (no que não for contrariada por disposições especiais, eventualmente existentes)²⁵⁹.

Todavia, faz-se necessário analisar com cautela os fundamentos utilizados para justificar a decisão acima citada. Embora seja verdade que os aspectos processuais referentes à colaboração não guardem previsão nos demais diplomas em que o instituto encontra-se encampado, não se pode a partir disso automaticamente concluir pela possibilidade de sua aplicação para quaisquer outros crimes praticados em concurso de agentes. Isso porque, em primeiro lugar, se também é verdade que a Lei 12.850/2013 apresenta benefícios aos delatores, por outro lado o faz à custa da aquisição de um meio de obtenção de prova potencialmente prejudicial aos demais coautores delatados.

Além disso, por mais que a legislação que trate das organizações criminosas não limite expressamente a incidência do instituto negocial ao seu âmbito normativo, é consequência óbvia de uma hermenêutica adequada que, levando-se em consideração sua posição topológica — vale dizer, tendo em vista que o instituto se encontra inserido em um diploma legal que define o conceito de organização criminosa e dispõe sobre a investigação e os meios de

²⁵⁷ Art. 41, Lei 11.343/2006: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

²⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 582.678 – RJ**. Impetrante: Rodrigo Luiz Duque Estrada. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 21 de junho de 2022. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20582678>. Acesso em: 27 out. 2022.

obtenção de prova adequados às suas especificidades —, a colaboração não pode ser indistintamente ampliada para todos os crimes cometidos em concurso de agentes, senão para aqueles praticados em contexto de organização criminosa, nos termos da Lei 12.850/2013, ou para outras hipóteses expressamente previstas em lei (a exemplo da colaboração nos crimes de drogas). Assim, entendemos que a decisão em tela carece de validade normativa, uma vez que viola o postulado garantista da legalidade ao proceder a uma analogia prejudicial aos interesses dos corréus delatados.

Avançando no tema, tem-se que o artigo 3^a-A da Lei 12.850/2013, com as alterações que foram promovidas pela Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), estabeleceu em seu *caput* que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. O artigo 4^o daquele mesmo diploma legal cuidou de estabelecer as consequências que podem advir da celebração dos acordos — entre as quais se afiguram a concessão de perdão judicial, a redução da pena em até dois terços ou a sua substituição por pena restritiva de direitos, bem como a progressão de regime, nos casos de acordos celebrados na fase executória da pena —, sendo, todavia, tais consequências condicionadas a obtenção de pelo menos um dos resultados previstos nos incisos daquele artigo²⁶⁰.

Para que sejam consideradas válidas as cláusulas pactuadas entre os celebrantes do acordo, necessário se faz que alguns pressupostos sejam observados. Em primeiro lugar, é preciso que haja o devido consentimento do réu quanto às propostas apresentadas, a partir de manifestação de vontade “livre, esclarecida e consciente”. Além disso, faz-se necessário que exista um lastro probatório mínimo capaz de corroborar a confissão do colaborador, uma vez que esta, por si só, não é suficiente para prolação de sentença condenatória. Em terceiro lugar, é imprescindível que o colaborador esteja, em todos os atos, assistido por defesa técnica, e que o magistrado adote, em respeito ao princípio acusatório, uma postura passiva frente às

²⁶⁰ Art. 4^o, Lei 12.850/2013: “Art. 4^o O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

negociações²⁶¹. Por fim, nas hipóteses de insucesso das negociações, exsurge a vedação à utilização da declaração de culpa como fundamento de eventual sentença condenatória²⁶².

Aplicado em casos paradigmáticos (notadamente no âmbito da operação “Lava Jato”), o instituto em comento não se afigurou indene de críticas. De fato, significativo setor doutrinário tem sustentado as aporias concernentes ao emprego desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro. Entre outras razões, tem-se ventilado as numerosas lacunas observadas no diploma legal, terminando por atribuir indevidamente ao Poder Judiciário a competência de suprir as deficiências legislativas²⁶³; a ausência de regular controle judicial, ensejando acordos que exorbitam os limites da lei; a excessiva concessão de poder ao órgão acusador, desequilibrando o jogo processual (paridade de armas) e fragilizando o Estado Democrático de Direito²⁶⁴; a existência de acordos prevendo aplicações de penas (inclusive privativas de liberdade) a despeito da inexistência de processo e, portanto, à minguada observância das garantias constitutivas do devido processo legal²⁶⁵, assim como a coerção decorrente das propostas, sobretudo quando oferecidas para delatores submetidos a medidas cautelares pessoais²⁶⁶.

Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr., por exemplo, aludem a uma sentença penal condenatória, prolatada no âmbito da operação Lava Jato, em que o sujeito fora condenado a 15 anos e 10 meses de prisão a ser cumprida em “regime de reclusão doméstica”, ao que, passado algum tempo, progrediria ao regime “semiaberto diferenciado” e, finalmente, depois de dois anos, a regime aberto. Evidentemente, esse sistema atípico de cumprimento de pena não

²⁶¹ Art. 4º, §6º da Lei 12.850/2013: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

²⁶² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM. 2015, p. 121.

²⁶³ CALLEGARI, André Luis. Nunca a lei de colaboração premiada foi tão debatida nos tribunais. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-21/andre-callegari-nunca-colaboracao-premiada-foi-tao-debatida>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

²⁶⁴ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Limites Jurídicos Da Delação Premiada E A Necessidade De Controle Recursal Contra A Sentença Homologatória. **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em: https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022).

²⁶⁵ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 194 a 217.

²⁶⁶ JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. *In*: COUTINHO, Jacintinho Nelson de Miranda; JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 63.

encontra amparo no diploma que recepcionou o instituto da colaboração, representando, portanto, indevida “execução penal *à la carte*”²⁶⁷.

À vista dessas numerosas críticas doutrinárias, o legislador promoveu, no bojo das reformas que sobrevieram por meio da Lei 13.964/2019, importantes mudanças no regramento normativo da colaboração premiada. Em primeiro lugar, foram sedimentadas orientações quanto às tratativas preliminares ao acordo, em relação as quais pairavam antes lacunas legislativas que exigiam dos atores processuais “um esforço inventivo na busca de mínima segurança jurídica”²⁶⁸.

Assim, os artigos 3º-B e 3º-C da Lei 12.850/2013, com a redação inserida pelo diploma legal supracitado, passaram a encampar um procedimento negocial prévio, incorporando garantias outrora inexistentes aos colaboradores, entre as quais a impossibilidade de indeferimento posterior das tratativas quando já formalizado o Termo de Confidencialidade — exceto se presentes motivos que autorizem deduzir pela inadequação do acordo face à utilidade e interesse públicos —, assim como a necessidade de registro das tratativas e dos acordos de colaboração, inclusive por meios audiovisuais, o que potencialmente terá o condão de reduzir atuações coercitivas visando à aceitação forçosa dos acordos.

Outra importante mudança legislativa, da qual não se pode descurar, concerne à positivação, no artigo 4º, §7º da Lei 12.850/2013, da vedação ao oferecimento de benefícios que extrapolem os limites legais, sendo consideradas nulas as cláusulas que violem o critério de definição de regime inicial de cumprimento de pena, bem como aquelas que promovam progressões de regime à margem das hipóteses estatuídas naquele diploma legal. O que se objetivou com a referida mudança foi delimitar as práticas negociais, reduzindo os espaços de informalidade e indeterminação antes existentes, os quais frequentemente conduziam a acordos dissonantes ao sistema legalista ao qual o ordenamento jurídico brasileiro é filiado.

Sobre o tema, contudo, defrontam-se posicionamentos doutrinários distintos e antagônicos. De um lado, há autores, a exemplo de Afrânio Silva Jardim, que sustentam a imperiosa necessidade de vinculação dos acordos aos limites legais, tendo em vista a natureza das normas que regulamentam o procedimento negocial. Com efeito, defende Silva Jardim que as regras e princípios de Direito Penal e Processual Penal — ainda que nelas se insiram espaços limitados para o exercício da negociação — são de cariz público e cogente, razão pela qual não

²⁶⁷ JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a Jato. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**. Florianópolis: EMais, 2018, p. 27.

²⁶⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na lei anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 174, p. 199-254, dez. 2020.

é autorizado que a autonomia da vontade se sobreponha à lei²⁶⁹. No mesmo sentido, Rosmar Alencar sustenta que a legalidade deve ser estritamente respeitada no que concerne aos benefícios oferecidos em função dos acordos, uma vez que eles são fruto da obtenção de meios de prova potencialmente desfavoráveis a terceiros — os supostos corréus —, devendo as cláusulas negociais respeitarem as normas penais e processuais penais correlatas, sob pena de ensejarem nulidade e posterior controle jurisdicional²⁷⁰.

De outra banda, autores como Andrey Borges de Mendonça sustentam a possibilidade de concessão de benefícios extralegais por meio dos acordos de colaboração, porquanto nestes casos estar-se-ia diante de um novo paradigma — o paradigma da justiça negocial —, a exigir readequações normativas consentâneas às especificidades das práticas dele decorrentes²⁷¹. Para o autor, as garantias que tradicionalmente conformam o devido processo legal devem ser relidas à luz desse novo modelo, o que significa reconhecer a possibilidade de flexibilização da legalidade diante da autonomia da vontade exercida pelas partes, o que não necessariamente importará na primazia desta em relação ao interesse público que exsurge do processo. Ademais, entende o autor que, nos casos em que são oferecidos benefícios não previstos em lei, o colaborador resultaria em posição de vantagem, de sorte que a ampliação para além dos limites legais justificar-se-ia por meio de uma interpretação analógica *in bonam partem* — isto é, favorável ao delator.

Nesse ponto, acreditamos não assistir razão ao autor. Isso porque, em primeiro plano, há de se considerar que não são as garantias penais e processuais penais que devam carecer de readaptações diante da emergência do paradigma da justiça negocial, senão as práticas que nele se desenvolvem que devem fundamentalmente se amoldar aos limites normativos balizadores

²⁶⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 02-06, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110>. Acesso em: 17 jul. 2022.

²⁷⁰ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Limites Jurídicos Da Delação Premiada E A Necessidade De Controle Recursal Contra A Sentença Homologatória. **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em: https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022

²⁷¹ “Se os espaços de consenso existem no processo penal, as estruturas normativa e principiológica para sua disciplina devem ser adequadas às situações que estão sendo disciplinadas. Deve-se afastar a tentação de aplicar os mesmos princípios do devido processo penal tradicional para as situações marcadas pelo consenso. Até mesmo para a proteção do sistema tradicional, é necessário que as garantias sejam relidas à luz de um devido processo penal consensual. Isso, basicamente, por dois motivos. Primeiro, porque as garantias tradicionais não darão as respostas necessárias e adequadas, pois pensadas, criadas e implementadas para situações em que há posições antagônicas entre as partes. Segundo, porque, ao forçar a aplicação de princípios tradicionais a situações de consenso, acabar-se-á por conspurcar as garantias tradicionais, prejudicando um marco regulatório construído em séculos de história, a muito custo” (MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz *et al.* **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*).

do sistema garantista sufragado pela Constituição da República brasileira, sob pena de desnaturação desse sistema, aproximando-se de modelos punitivos essencialmente autoritários. Além disso, em que pese o ordenamento jurídico autorize a interpretação analógica em situações favoráveis ao réu, há de se perceber, como acima já foi salientado, que a colaboração premiada, ao mesmo tempo em que promove benefícios ao colaborador, o faz mediante a obtenção de meios de prova desfavoráveis aos corréus delatados, razão pela qual a observância da legalidade é obrigatória e não pode ser desprezada.

A legalidade, com efeito, se apresenta como limitadora das próprias expectativas dos atores processuais (assim como da sociedade a quem o processo também se dirige), evitando que propostas exorbitantes possam ensejar pressões excessivas sobre os colaboradores, inclusive com acordos no interior dos quais se contenham elementos de informação equivocados²⁷². Ademais, como já visto, trata-se a legalidade de princípio estruturante e essencial à epistemologia garantista em cuja ausência se materializam modelos punitivos irracionais e substancialistas, desvinculados de qualquer “critério preestabelecido, nem de fato nem de direito, mas remetida à boa vontade dos príncipes, dos notáveis, do sábio embaixo da árvore, ou talvez do povo no estádio”²⁷³, ou ainda, neste caso especificamente, dependente da boa vontade do Delegado de Polícia, do membro do Ministério Público ou do magistrado, a quem restará a incumbência de homologá-lo.

Por fim, avançou a legislação ao proscrever que as declarações do colaborador sejam utilizadas como fundamento exclusivo para decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, assim como para o recebimento da denúncia e para prolação de sentença condenatória, nos termos do art. 4º, §16 daquele diploma legal. Trata-se de importante medida que se destina a restringir a liberdade de convencimento do magistrado, impondo-se-lhe o ônus argumentativo de justificar, com base em outros elementos diversos da própria colaboração, a restrição a direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que estimula os órgãos da persecução estatal a produzirem elementos informativos e/ou probatórios sólidos e confiáveis. Como oportunamente se verá na última seção deste trabalho, desde a perspectiva de um sistema processual garantista e acusatório, não deve o Estado se conformar com a simples confissão do

²⁷² “Juízes deveriam, no ato de homologação, atentar para essas inconformidades legais e suas possíveis consequências, para assegurar a plena eficácia do instituto, dada a potencialidade que incentivos exagerados têm de levar a cooperações falsas ou redundantes. Essa preocupação não opera em abstrato. Os exemplos de acordos examinados, que excedem em muito os benefícios previstos em lei, oferecem incentivos exagerados, cuja legalidade pode até ser questionada e que colocam em perigo a plena eficácia do instituto.” (BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016.).

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

acusado para fins de homologação do acordo — seja de qual natureza for —, sendo imperioso que ademais dela existam outros elementos que corroborem e justifiquem a aplicação de sanções penais.

4.3 A “Lei Anticrime” e o acordo de não persecução penal

Inserido legalmente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.964/2019 — popularmente conhecida como “Lei Anticrime” —, não obstante tentativas anteriores de implementação mediante atos normativos de naturezas diversas, o acordo de não persecução penal é o mais recente mecanismo de negociação processual positivado no sistema jurídico pátrio, sendo esta uma das razões pelas quais vem gerando fervorosas discussões na doutrina e na prática forense. Antes de adentrar na análise específica acerca de suas características e consequências, esmiuçando-se os pontos controvertidos que o circundam, convém realizar um breve retrospecto quanto às fontes normativas que deram origem ao instituto em comento.

Inicialmente, o ANPP foi normatizado por meio da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que pretendeu regulamentar questões alusivas ao procedimento investigativo levado a cabo pelo próprio órgão ministerial. No capítulo VII da referida Resolução, especificamente em seu artigo 18, foi inserida uma nova modalidade de acordo em termos e amplitude até então inéditos na legislação pátria²⁷⁴. Isso se deu porquanto, anteriormente às alterações que sobrevieram por atos normativos posteriores, o instituto não encontrava qualquer limitação quanto à pena abstrata dos delitos suscetíveis ao acordo, carecendo, outrossim, de previsão acerca da possibilidade de controle judicial, uma vez que o instrumento normativo não submetia a avença à homologação pelo Poder Judiciário²⁷⁵.

Como não é custoso notar, a falta de regulamentação quanto aos tipos penais passíveis de acordo, bem como a não submissão dos seus termos à tutela jurisdicional, ensejou substanciais críticas por parte da doutrina²⁷⁶ e dos próprios atores processuais²⁷⁷, as quais se assentaram, sobretudo, na violação à jurisdicinariedade e na usurpação de competências

²⁷⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

²⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

²⁷⁶ ROCHA, André Aarão. **Acordo de não persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 13.

²⁷⁷ Interessante pontuar que diante da ausência de limites concretos quanto à amplitude dos acordos, o Ministério Público de Minas Gerais editou uma Recomendação Conjunta (PGJ CGMP n. 2, de 13 de set. 2017) determinando que os promotores e procuradores de justiça se abstivessem da celebração daquele negócio jurídico processual. Nesse sentido, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

próprias do Poder Judiciário — pela redação original, aceito o acordo, o Ministério Público promoveria de plano pelo arquivamento das investigações, ainda que presente eventual justa causa ao oferecimento da ação penal — o que levou o CNMP, cerca de cinco meses após a publicação daquele primeiro ato normativo, à edição de uma nova Resolução, com a tentativa de readequar o instituto aos princípios regentes do Direito Penal e Processual Penal.

Nesse sentido, em 24 de janeiro de 2018 foi publicada a Resolução n. 183/2018, ocasião em que restou fixado um limite abstrato relativamente aos crimes que poderiam se sujeitar ao acordo, passando o artigo 18, *caput*, a preconizar que “o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, *cominada pena mínima inferior a 4 (quatro)* anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa [...]”. Além disso, diante da incontornável necessidade de controle jurisdicional dos termos pactuados entre as partes, a resolução incluiu novos parágrafos àquele dispositivo, exigindo que os autos sejam submetidos à avaliação do magistrado quanto à adequação e suficiência das condições propostas.

Entretanto, em que pesem as mudanças veiculadas pela resolução posterior, o instituto padecia ainda de um grave defeito: sua internalização no sistema jurídico pátrio havia se dado pela via de um ato normativo infralegal, em nítida violação ao princípio da legalidade estrita, constitutivo do postulado do convencionalismo garantista, o qual exige, à restrição de direitos fundamentais, a necessária conformidade à reserva legal. Como aponta Vinicius Vasconcellos,

A criação de tais espaços de não obrigatoriedade por meio de uma resolução do CNMP configura violação à legalidade estrita que deve orientar (e limitar) a incidência do poder punitivo estatal. Inclusive no processo penal, a legalidade é uma fundamental premissa, de modo que somente a Lei pode alterar a sua normativa. Assim, primeiramente, há clara inconstitucionalidade, por violação do art. 22, I, da CF. De modo distinto, seria diferente situação em que a lei criasse os mecanismos de não obrigatoriedade e as normativas internas do MP regulassem mais detalhadamente os seus parâmetros. Nesse caso, não haveria inconstitucionalidade, mas não foi o que ocorreu²⁷⁸.

Com vistas a suplantarem os argumentos alusivos à inconstitucionalidade do instituto então normatizado pelos referidos atos administrativos, foram apresentados ao Congresso Nacional alguns projetos de lei que pretenderam incorporar, desta vez pela via adequada, o acordo de não persecução penal ao sistema jurídico pátrio. Dentre esses projetos, três se destacam, a saber: o Projeto de Lei 10.372/2018, de autoria do Deputado Federal José Rocha; e os Projetos de Lei 881/2019 e 882/2019, de autoria do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio

²⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

Fernando Moro, convencionalmente intitulados “Pacote Anticrime” ou “Pacote Moro”²⁷⁹. Ao cabo, após diversas discussões no Congresso, em especial no âmbito do Grupo de Trabalho (GTPENAL) instaurado pela Câmara dos Deputados, somente algumas das propostas ventiladas naqueles projetos foram efetivamente aprovadas²⁸⁰, o que se deu mediante a promulgação da Lei 13.964/2019, que passou a ser conhecida como “Lei Anticrime”.

Com efeito, a referida legislação inseriu, no artigo 28-A do CPP, o instituto do acordo de não persecução penal, oficializando mais uma ferramenta de justiça negocial no sistema jurídico pátrio e sepultando as discussões acerca da inconstitucionalidade dos atos normativos que o haviam inicialmente veiculado²⁸¹.

A primeira observação que cumpre proceder no tocante a este instituto negocial concerne aos seus requisitos ou pressupostos de admissibilidade. De acordo com Leonardo Schmitt de Bem, é possível classificar esses requisitos nas seguintes categorias: requisitos objetivos (positivos e negativos), requisitos subjetivos (positivos e negativos), e, por fim, requisito objetivo-subjetivo²⁸².

Em primeiro lugar, no tocante aos requisitos objetivos positivos, tem-se que para o oferecimento do acordo de não persecução penal devem existir elementos suficientemente aptos à consubstanciação da justa causa²⁸³, não sendo o caso, portanto, de se cogitar de arquivamento das investigações. Com efeito, esse requisito de admissibilidade pretende desestimular

²⁷⁹ Para uma consistente e sistemática crítica acerca dos dispositivos normativos encerrados no Projeto em questão, remete-se à obra “*Comentários ao anteprojeto de Lei Anticrime*”, lançada por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar. A obra é gratuita e pode ser acessada a partir do seguinte sítio eletrônico: http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf. Além disso, recomenda-se a leitura das edições nº 317 (abril/2019) e 318 (maio/2019) do Boletim publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), disponíveis ao público nos seguintes sítios eletrônicos: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/75> e <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/74>.

²⁸⁰ Para um substancioso esboço sobre o histórico que conduziu à aprovação do acordo de não persecução penal na forma como se encontra vigente, comparando os diferentes projetos legislativos, conferir: BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 75-118.

²⁸¹ Diante da latente inconstitucionalidade da resolução do CNMP que inicialmente normatizou o acordo de não persecução penal, foram apresentadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal (STF): ADI 5790 e 5793, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil²⁸¹. Atualmente, malgrado as alterações legislativas que sobrevieram, as referidas ações ainda tramitam no STF, havendo, contudo, pareceres da Procuradoria da República e da Advocacia Geral da União apontando a perda superveniente de objeto. Ambas as ações estão conclusas para o relator e aguardam inclusão em pauta para julgamento.

²⁸² BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 219-264.

²⁸³ Para uma devida e aprofundada compreensão sobre os contornos semânticos e político-criminais da justa causa, remete-se à tese de Gabriel Divan a respeito da temática: DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Orientador: Aury Lopes Jr. 2014. 455 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4950/1/456921.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

negociações relativamente a casos em que não se verifica base fática suficiente às avenças, afigurando-se, portanto, como pressuposto que busca conferir legitimidade ao sistema negocial implementando no ordenamento jurídico pátrio, de sorte que somente seja possível abreviar a persecução quando existentes elementos necessários ao eventual início do processo (repise-se, quando não se tratar de hipótese de arquivamento das investigações)²⁸⁴.

A problemática neste ponto reside, todavia, no fato de que os elementos que vêm a colmatar a base fática legitimadora do acordo concernem, em regra, exclusivamente às informações colhidas de forma unilateral pela polícia judiciária, tendo em vista que no ordenamento jurídico pátrio a investigação levada a cabo pelo investigado ainda não se encontra devidamente normatizada pela via legal. O risco que se corre, com efeito, é de que os acordos sejam fundados unicamente nas informações colhidas pelos órgãos investigativos oficiais do Estado, embora a legislação tenha exigido a confissão do imputado com vistas a corroborar a base fática legitimadora do acordo.

Mais discutível ainda é a prática que se tem observado em alguns estados da federação relativamente ao oferecimento de acordos de não persecução penal em sede de audiência de custódia. A Procuradoria-Geral do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, por exemplo, editou uma recomendação, preconizando que “preferencialmente, o acordo [de não persecução penal] deverá ser proposto *quando da realização da audiência de custódia, possibilitando sua homologação imediata em caso de aceite*”²⁸⁵. Na mesma toada, a Orientação do Ministério Público Federal²⁸⁶ e, mais recentemente, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, expressamente autorizando o oferecimento dos acordos nesse preambular momento da persecução penal²⁸⁷.

Evidentemente, os perigos que podem decorrer da perpetuação desta prática são diversos e variados. Em primeiro lugar, desnaturar-se-ia a própria finalidade da audiência de custódia, que se destina, por um lado, à avaliação da regularidade do flagrante e da necessidade de conversão da prisão pré-processual em outras medidas cautelares, prisionais ou não, mas que

²⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2022. *E-book*.

²⁸⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL. Recomendação. **Recomendação n. 002/2020**, Mato Grosso do Sul, 2020. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/cao/cao-ii/recomendacoes-e-orientacoes>. Acesso em: 30 ago. 2022, grifos nossos.

²⁸⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta. **Orientação Conjunta n. 003/2018**, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-conjunta-no-3-2018-assinada-pgr-006676712018.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução. Resolução 329/2020, Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em: 30 ago. 2022.

também objetiva, por outro lado, resguardar a integridade física do preso em flagrante em face de possíveis abusos e violências policiais²⁸⁸.

Para além disso — e aqui reside o cerne do problema —, autorizar o oferecimento de acordos processuais no ato que sucede imediatamente à prisão em flagrante, que possui uma natureza jurídica *pré-cautelar*²⁸⁹, caracterizada, sobretudo, por sua precariedade, na qual, em regra, inexistem sólidos elementos aptos a fundamentar a *opinio delicti* do órgão acusador, significaria se contentar não com pouco, mas, verdadeiramente, com *quase-nada*. Importaria, com efeito, conferir ainda mais primazia à atuação da polícia ostensiva, em detrimento da polícia judiciária, legitimando a aplicação de medidas restritivas a direitos fundamentais baseadas unicamente na versão dos agentes condutores, em geral policiais militares.

Vale, nesse ponto, ressaltar os já referidos estudos realizados quanto à realidade estrangeira, notadamente aqueles conduzidos por Mauricio Duce Julio em face dos institutos negociais positivados no Chile. O autor logrou demonstrar que muitos imputados são levados à aceitação dos acordos mormente na oportunidade de primeiro contato com uma autoridade judiciária, seja pela desinformação que muitas vezes possuem quanto às consequências advindas da aceitação do acordo, seja pelo receio de que sejam condenados (ou permaneçam presos) caso decidam recusá-los²⁹⁰.

De fato, no contexto de um Estado Democrático de Direito e na perspectiva de uma estrutura epistemológica garantista, não se pode admitir que o sujeito, malgrado não perca, em função do acordo, totalmente sua liberdade, mas a tenha sobremaneira limitada, se veja pressionado a se submeter a tão pernicioso expediente. É necessário, repita-se, que os acordos somente possam ser oferecidos quando devidamente finalizada a primeira etapa da persecução, isto é, quando houver sido possível coligir elementos suficientes de materialidade e autoria delitiva, optando o indiciado, mediante uma escolha fundamentalmente voluntária e estratégica, pela via da abreviação processual. Qualquer cenário que se afaste disso não se revela consentâneo aos avanços civilizatórios que redundaram na conformação do garantismo penal.

²⁸⁸ Para uma análise crítica sobre a observância da proteção do preso na ocasião da audiência de custódia, concluindo-se que, em regra, os casos de torturas não são devidamente investigados pelas instâncias de controle interno e externo da atividade policial, conferir: VALENÇA, Manuela Abath. Audiência de custódia e laudos periciais: a tortura será punida?. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; ROMÃO, Vinicius de Assis. **Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate**. Salvador: EDUFBA, 2022. p. 216-236. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/35784/3/audiencias-de-custodia-no-Brasil-RI.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

²⁸⁹ JR., Aury Lopes. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 02 set. 2022.

²⁹⁰ DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: : resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em: 02 abr. de 2022.

Na hipótese de oferecimento de acordos cuja base fática careça de solidez quanto aos seus elementos informativos ou probatórios, deve o magistrado, justificadamente, devolver os autos ao Ministério Público, nos termos do parágrafo quinto e oitavo do ‘artigo 28-A, para que seja avaliada a necessidade de complementação das investigações ou, eventualmente, se possa pugnar pelo seu arquivamento. Deve-se neste ponto realçar que a lei somente menciona de forma expressa a possibilidade de devolução dos autos para fins de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia²⁹¹, sendo, no entanto, evidente cogitar da possibilidade de que o Promotor reconsidere o acordo oferecido, caso constate a insuficiência de elementos informativos que o fundamentam, promovendo ao cabo pelo arquivamento das investigações.

Em segundo lugar, ainda no tocante aos requisitos objetivos positivos, verifica-se que a legislação somente autoriza o oferecimento de acordos aos casos cuja pena mínima do delito imputado ao suposto autor do fato não ultrapasse 04 (quatro) anos, devendo o crime, ainda, não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça. Em relação a este requisito, é possível notar que o legislador optou pela redação originariamente proposta no PL 10.372/2018 — e não pela redação do “Pacote Anticrime”, que limitava os acordos à pena *máxima* de 04 (quatro) anos, conquanto nele houvesse sido prevista uma outra modalidade negocial²⁹².

Essa escolha importou, vale dizer, em efetivo alargamento dos tipos penais passíveis de acordo. De acordo com um levantamento feito por Tiago Bunning e Guilherme Lucchesi, se levados em consideração apenas os requisitos objetivos, tem-se que o acordo de não persecução penal poderá ser oferecido para até oitenta por cento dos tipos previstos no Código Penal²⁹³, quantidade, decerto, significativamente expressiva, que potencialmente levará, à semelhança do que atualmente se verifica em outros países, à prevalência da justiça consensual em detrimento da via processual ordinária.

Em terceiro plano, no que concerne aos requisitos objetivos negativos, a lei preceitua que o ANPP não será aplicado aos casos em que seja cabível oferta de transação penal,

²⁹¹ Art. 28-A, §8º do CPP: “§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia”.

²⁹² O Projeto de Lei “Anticrime” (ou “Pacote Anticrime”) pretendia a inclusão de uma modalidade negocial denominada “acordo penal”, cuja incidência seria oportunizada após o recebimento da denúncia e antes do início da instrução (no curso da fase processual, portanto), cabível a quaisquer tipos penais, independentemente da natureza (com ou sem violência e/ou grave ameaça) ou da pena máxima cominada. Além disso — e aqui repousa a mais relevante e controvertida distinção —, o dispositivo normativo em apreço possibilitava que fosse aplicada ao acusado, malgrado a inexistência de outros elementos probatórios (porquanto suficiente a confissão), uma pena privativa de liberdade. Felizmente, após discussões no já referido GTPENAL, esta proposta veio a ser rechaçada pelos congressistas.

²⁹³ MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 55.

salientando-se a natureza subsidiária do acordo, ademais de limitar seu oferecimento às situações em que o agente tenha sido beneficiado, nos 05 (cinco) anos anteriores, com outra proposta de ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo. Nesse mesmo sentido, a legislação proscreve o oferecimento do instituto caso se trate de crime praticado em contexto de violência doméstica ou familiar, seguindo o entendimento, já consolidado nos Tribunais Superiores²⁹⁴, da inaplicabilidade de mecanismos despenalizadores às hipóteses subsumíveis à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

No que concerne aos requisitos subjetivos que condicionam a admissibilidade do acordo de não persecução penal, verifica-se que a legislação incluiu uma cláusula de abertura sobremaneira genérica, atribuindo ao órgão ministerial um amplo espaço de discricionariedade para o oferecimento do instituto. Com efeito, a parte final do *caput* do artigo 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público *poderá* propor ANPP, desde que *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*.

Para Leonardo Schmitt de Bem e Vinicius Vasconcellos, tratam-se os referidos requisitos de uma das questões mais polêmicas suscitadas pelo instituto, uma vez que a fórmula utilizada pela legislação, consistente na imposição de *necessariedade* e *suficiência* do acordo, oferece uma excessiva abertura interpretativa ao representante do órgão ministerial, não havendo parâmetros legais aptos a balizar o sentido daqueles termos²⁹⁵. Desse modo, a liberdade que se confere ao órgão acusador, em razão da sua impossibilidade de controle epistêmico, pode ensejar práticas arbitrárias, com potenciais riscos de abusos e disparidades de tratamento em razão da falta de critérios objetivos relativamente ao que seria necessário e suficiente²⁹⁶.

Sobre o assunto, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, já aduzia que a excessiva concessão de poderes discricionários ao acusador, por meio da fixação de mecanismos alternativos ao processo, derogaria as várias garantias que constituem o esquema epistemológico cognitivista, notadamente as garantias da igualdade, da certeza e da legalidade

²⁹⁴ Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça: “a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

²⁹⁵ A propósito, o autor citado salienta que, embora se pudesse considerar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal como parâmetros de avaliação para o cumprimento dos requisitos subjetivos alusivos ao instituto, a opção adotada pelo legislador, contrariamente à fórmula prevista em outros projetos de lei que normatizar o instituto, foi quedar silente neste ponto. Nesse sentido, cf.: BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 243.

²⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290746940/v1/page/RB-4.9>. Acesso em: 2 set. 2022.

penal, haja vista que por meio deles se afastaria “qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público e que discipline o seu engajamento com o imputado”²⁹⁷. Por essa razão, o autor italiano reflete que o paradigma de justiça que se inaugura mediante o consenso funcionaria como um “tipo de justiça de *cádi* controlada pela acusação, à qual é reconhecida uma total discricionabilidade na decisão de consentir o juízo abreviado ou de concordar com o imputado a medida de redução da pena”²⁹⁸.

Nesse sentido, com vistas a oferecer orientações hermenêuticas capazes de legitimar a incidência do acordo, Rodrigo Ferreira Cabral apresenta dois critérios por meios dos quais se tornaria dogmaticamente aceitável a análise quanto ao oferecimento ou recusa do instituto. Para o autor, faz-se necessário examinar, inicialmente, se o delito que se imputa ao investigado apresenta alguma circunstância que permita aferir a presença de um *injusto mais grave* (avaliação de caráter objetivo), o que se daria mediante uma análise sobre “o contexto da ação, o modo e a forma da execução delitiva, os elementos objetivos de autoria [...], a conduta prévia e sua maior vulneração ao bem jurídico tutelado, a ação posterior [...], dentre outros”²⁹⁹.

Por outro lado, para que o acordo se legitime dogmaticamente, imprescindível também avaliar se no caso em questão afiguram-se elementos que sugiram uma *maior culpabilidade do agente* (avaliação de caráter subjetivo), levando-se em consideração circunstâncias como o “planejamento, preparação, motivos e finalidades do crime, a biografia do agente, vista na perspectiva do específico delito apurado e do seu bem jurídico, suas circunstâncias pessoais, como educação, oportunidades de vida, grau de responsabilidade das funções exercidas etc.”³⁰⁰.

Embora os critérios acima mencionados possam indiscutivelmente servir como parâmetros balizadores da postura acusatória frente à oferta do acordo, não se pode descurar que eles não logram reduzir por completo a abertura hermenêutica outorgada ao membro do órgão ministerial. Com efeito, acredita-se que o mais correto consistiria na fixação, pelo próprio Ministério Público, de situações concretas em que o acordo não se revelaria cabível, a exemplo da vedação outrora prevista na Resolução 181 do CNMP relativamente ao oferecimento do instituto às situações em que “o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

²⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 602.

²⁹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 369.

³⁰⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 372.

parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local”.

Esta alternativa, sem dúvidas, permitiria um maior controle, sob o ponto de vista político-criminal, quanto à conveniência e oportunidade do oferecimento do acordo, reduzindo a margem interpretativa que paire individualmente sobre cada representante do órgão ministerial, sem prejuízos da possibilidade de esta ser revista no âmbito da instância revisora do próprio Ministério Público, como se verá.

Ainda no tocante aos requisitos subjetivos, tem-se que a legislação restringiu a possibilidade de oferecimento do acordo às hipóteses em que o investigado seja reincidente, ou se houver, *in verbis*, “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”. Quanto a este último ponto, verifica-se que as expressões utilizadas pelo legislador — conduta criminal *habitual*, *reiterada* ou *profissional* — possibilitam, à mesma guisa do requisito acima analisado, amplo espaço para discussão, seja porque a legislação não definiu em quais hipóteses o sujeito poderia se enquadrar nessas categorias, em mais uma afronta ao princípio da legalidade, seja porque estar-se-ia a restringir o instituto a pessoas não reincidentes, violando, por conseguinte, a garantia da presunção de inocência³⁰¹.

Sobre o tema, Leonardo Schmitt de Bem pondera que esta vedação consistiu, na realidade, em indevida importação de duas expressões contidas na lei processual penal italiana, quanto ao instituto negocial lá existente (*patteggiamento*³⁰²). Segundo o autor, diferentemente da Itália — em que os conceitos de habitualidade e profissionalidade delitivas são regulamentados normativamente —, no Brasil se carece de qualquer definição legal, de modo que, não raro, os membros do Ministério Público terminam por oferecer denúncia a casos em que o acordo seria cabível, valorando, equivocadamente, eventuais inquéritos ou ações penais em curso de forma negativa aos imputados, aviltando inclusive entendimentos consolidados na jurisprudência dos Tribunais Superiores³⁰³.

³⁰¹ BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 248.

³⁰² Para uma análise crítica e sistemática sobre as especificidades atinentes à barganha no contexto processual penal italiano, sugere-se a leitura do seguinte artigo: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015. DOI <https://doi.org/10.12957/redp.2015.16880>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em: 2 set. 2022.

³⁰³ Veja-se, por exemplo, a Súmula 444 do STJ, que, a pretexto de resguardar a presunção de inocência, proscribe a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para fins de agravamento da pena-base.

Por fim, para que o acordo de não persecução penal seja cabível, necessário se faz que o investigado confesse, formal e circunstancialmente, a prática da infração penal, conforme exigência contida no *caput* do artigo 28-A do CPP. Trata-se de requisito com dúplici natureza — objetiva e subjetiva —, porquanto, além do reconhecimento da autoria delitiva, tem-se que a confissão deve ser valorada pelo órgão ministerial no tocante ao seus elementos formais e circunstanciais, o que eventualmente poderia fundamentar a recusa à propositura do acordo mesmo que o investigado tenha confessado (situação ainda mais problemática, entretanto, reside nas hipóteses em que, declinada a oferta do acordo, malgrado tenha havido confissão, esta venha a ser utilizada como elemento incriminatório ao imputado)³⁰⁴.

Em primeiro lugar, deve-se salientar que existe prolífica discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da exigência da confissão para fins de realização do acordo de não persecução penal. De um lado, há autores que aduzem que a confissão exigida pelo instituto, para além de desnecessária — porquanto o acordo deve se basear, essencialmente, nos elementos investigativos colhidos durante a fase pré-processual, sendo que, estando eles ausentes, o acordo sequer deve ser oferecido, e sim promovido arquivamento das investigações, independentemente de confissão³⁰⁵ —, afigura-se também como inconstitucional³⁰⁶, na medida em que concitaria o acusado a produzir prova contra si mesmo, violando o direito à autodefesa em sua dimensão negativa, nos termos do art. 5º, inciso LXII da CRFB/88³⁰⁷ e do art. 8.2, “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁰⁸.

De outro lado, há autores que entendem que a confissão não se revelaria inconstitucional, já que, como a própria lei determina, deve ela ser livre, voluntária e informada, havendo, inclusive, previsão legal em outros dispositivos conferindo benefícios aos réus

³⁰⁴ BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 255

³⁰⁵ “Havendo justa causa para ação penal, antes mesmo da confissão formal e circunstancial, a proposta de acordo deve ser levada a cabo; porém, não havendo elementos de autoria e materialidade, a possibilidade de confissão não deve sequer ser cogitada, visto que o caminho deverá ser o arquivamento do inquérito policial, nos termos do artigo 28, *caput*, do CPP (STEIN, Ana Carolina Filippin. Acordo de não persecução penal e a presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 45).

³⁰⁶ MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 313.

³⁰⁷ “[...] O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

³⁰⁸ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

confessos³⁰⁹. Ademais, argumenta-se que não se pode falar em desproporcionalidade entre a possível punição (que decorra da recusa ao acordo e submissão ao processo) e a vantagem eventualmente oferecida, uma vez que “as condições são bastante brandas, não envolvem privação de liberdade e guardam estrita proporcionalidade com a pena cominada, que é, inclusive, utilizada como parâmetro para a sua fixação”³¹⁰. Por fim, há quem entenda que a confissão cumpriria a função de legitimar a base fática sobre a qual as propostas de acordo se fundariam, robustecendo os elementos informativos colhidos durante a investigação preliminar³¹¹.

A nosso juízo, entendemos, *a priori*, que se do caderno investigativo é possível depreender elementos suficientes quanto à materialidade e autoria delitiva, e estando igualmente presentes os demais requisitos necessários ao oferecimento do acordo, a confissão se afiguraria, de fato, como despicienda, notadamente porque a natureza deste instituto, à diferença de outros mecanismos negociais previstos no ordenamento jurídico pátrio, como a colaboração premiada, não é de meio de obtenção de prova, mas, sim, eminentemente de negócio jurídico bilateral, por meio do qual se possibilita a abreviação da persecução mediante o ajuste de algumas condições previstas em lei.

Ademais, embora se possa aduzir que a confissão potencialmente reforçaria os elementos conformadores da justa causa, tal incremento não nos parece necessário (ou sequer aceitável), engendrando o risco de que os acordos sejam desvirtuados e oferecidos pelo órgão ministerial precipuamente com base na confissão, e não nas informações oriundas das investigações antes realizadas, cujo controle epistêmico restaria largamente fragilizado — afinal, como aferir se o acordo foi oferecido em razão das informações preliminares obtidas pelos órgãos investigativos estatais, e não primordialmente em virtude da confissão prestada pelo investigado?

Situação como esta revelaria, com efeito, a utilização da confissão como mecanismo de transferência ao imputado da carga negativa decorrente de problemas estruturais sobre os quais a responsabilidade concerne, em primeira e última análise, ao próprio Estado. Com efeito,

³⁰⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290746940/v1/page/RB-4.9>. Acesso em: 2 set. 2022.

³¹⁰ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 273.

³¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290746940/v1/page/RB-4.9>. Acesso em: 2 set. 2022.

porquanto não raras vezes não se consegue coligir efetivos elementos de materialidade e autoria, recorrer-se-ia com frequência à confissão, a fim de se encerrar abreviadamente a persecução criminal, a pretexto de resguardar recursos estatais para casos mais complexos. Isso se torna ainda mais evidente — e problemático! — nos casos em que o acordo é oferecido na própria audiência de custódia, logo após a prisão em flagrante, quando sequer a atividade investigativa da Polícia Judiciária, em regra, pôde se iniciar.

Para além disso, tem-se o risco de que a confissão feita no âmbito das negociações preliminares, na hipótese em que o acordo não seja homologado — ou venha eventualmente a ser descumprido — acabe sendo utilizada como elemento probatório para incriminação do acusado. Neste ponto, Rodrigo Ferreira Cabral, por exemplo, concordando com a utilização da confissão como meio de prova, alude que ela exerceria uma função processual, na medida em que garantiria uma vantagem ao Ministério Público caso o acordo fosse descumprido, corroborando com as provas produzidas em contraditório, servindo como meio para busca de novas fontes e elementos de prova e, por fim, apresentando-se como elemento de confrontação relativamente ao próprio interrogatório judicial do acusado³¹².

Por evidente, desde um contexto processual acusatório e garantista, não se pode admitir tal vantagem em favor da acusação. Isso porque, esclareça-se, a confissão feita pelo investigado no curso das negociações pressupõe a expectativa de formalização do acordo, de tal sorte que, restando essa expectativa frustrada, sua utilização como benefício em prol do órgão acusatório desequilibraria por completo o jogo processual³¹³. De fato, a paridade de armas, que constitui, conforme já assinalado nas primeiras seções deste trabalho, verdadeira condição de garantia do contraditório e da ampla defesa, restaria largamente enfraquecida se a persecução já se iniciasse (e ao cabo findasse) com um elemento incriminatório tanto mais utilizado quanto problemático como a confissão, que durante boa parte da história do processo penal se afigurou como rainha das provas (*regina probationum*), servindo como mote de expiação próprio de uma cultura inquisitorial³¹⁴.

³¹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 276 e 277.

³¹³ MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 312.

³¹⁴ Sobre os influxos e a permanência da hegemonia da confissão enquanto meio de prova no processo penal brasileiro, indica-se a leitura do seguinte artigo: MELO, Marcos Eugênio Vieira; FERREIRA, Amanda Assis. Discurso e formas de veridicção no processo penal: a legitimação do direito de punir do estado através da confissão. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01–15, 2020. DOI: 10.32361/2020120210455. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10455>. Acesso em: 14 ago. 2022.

Para mais, não apenas a confissão poderia vir a ser utilizada como elemento incriminatório pelo órgão acusador, como, também, exsurgiria a possibilidade de que, malgrado externalizada antes mesmo do início do processo — e, portanto, num momento em que o contraditório se exerce de forma sobremaneira precária, à míngua de maiores informações que à defesa se possibilita conhecer —, pudesse ela acabar servindo como supedâneo para embasar eventual convencimento do magistrado quanto à prática do crime e sua correspondente autoria, fundamentando uma decisão condenatória.

Nesse ponto, é preciso destacar que a confissão feita durante as tratativas preliminares ao acordo, ainda que tenha seu teor ratificado em audiência judicial destinada a esse fim, não goza de *status* de elemento de prova, precisamente porque, como acima afirmado, o contraditório durante este momento pré-processual resta substancialmente enfraquecido. Como destaca José Henrique Kaster, “prova é elemento de convencimento produzido sob o contraditório. E o contraditório, por sua vez, pressupõe possibilidade efetiva de conhecer a imputação integralmente e de se contrapor ao oponente processual”. Por essa razão, conclui o autor, “caso se insista na confissão, evidentemente não poderá ser utilizada contra o autor em eventual condenação, assim como a confissão no âmbito de uma colaboração premiada também não o é”³¹⁵.

Com efeito, nas hipóteses em que o acordo reste frustrado, necessário se faz que qualquer declaração autoincriminatória do acusado seja inteiramente desentranhada dos autos do processo, preservando, assim, a imparcialidade e a originalidade cognitiva do magistrado para quem a denúncia venha a ser distribuída³¹⁶. Ainda nessas hipóteses, concorda-se com Faccini Neto que por mais que o magistrado a quem seja dada a incumbência do julgamento não se confunda com o juiz para quem a confissão foi externada, ineludível a possibilidade de que a referência ao conteúdo da confissão (ou a alusão à frustração do acordo) influencie no resultado do julgamento. Como assevera o autor,

não deixa de ser ilusória a perspectiva segundo a qual a mera remessa a outro magistrado dissiparia tais riscos, na medida em que, por óbvio, tal sucederia ao fundamento de que o acordo não foi homologado, no que pressuposta a confissão e o desejo de sua celebração, e isto, realmente, está em indicar um dos problemas radicais do modelo de acordo: uma vez desenrolado o fio do acordo, fica difícil escapar de seus nós³¹⁷.

³¹⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 437.

³¹⁶ MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 312.

³¹⁷ FACCINI NETO, Orlando. Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 166, p. 175-201, abr. 2020.

Dessa forma, insistindo os Tribunais na necessidade e constitucionalidade da confissão para fins realização do acordo de não persecução penal, uma alternativa que potencialmente minimizaria os riscos de violação à paridade de armas consistiria na inclusão de uma hipótese de nulidade caso o *Parquet* remeta à confissão feita durante as tratativas preliminares como argumento de autoridade a robustecer eventual pretensão acusatória. Cumpre salientar que proposta semelhante já se encontra abrigada no artigo 346 do Projeto de Lei 8.045/2010, relativamente ao julgamento antecipado de mérito no âmbito do procedimento sumário, como mais adiante será analisado, estatuinto o dispositivo que “não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos autos, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório”.

De fato, deve incumbir exclusivamente à defesa, desde uma perspectiva estratégica, reafirmar (ou não) eventual confissão feita em sede pré-processual, na hipótese de frustração ou desistência quanto ao prosseguimento do acordo. O revés disso, já advertia Ferrajoli, significaria investir o Ministério Público de um substancial poder decisório sobre o juízo do mérito, o que iria de encontro à sua natureza de parte em posição de paridade com o imputado, traço característico do modelo processual garantista e acusatório³¹⁸.

Ainda sobre a confissão, faz-se relevante pontuar que embora a legislação preceitue sobre a necessidade de que seja feita antes do oferecimento da denúncia, isto não significa dizer que deva ela necessariamente ocorrer na ocasião do interrogatório do investigado (no curso da investigação preliminar) ou na oportunidade de lavratura do auto de prisão em flagrante. De todo o contrário: porquanto somente cabível o oferecimento do acordo nas hipóteses em que existirem suficientes elementos de materialidade e autoria delitiva, cuja análise se dá ao cabo das investigações preliminares, é que se deve concluir que o momento oportuno para que o investigado possa confessar, perante o órgão ministerial, corresponde, justamente, àquele superveniente à finalização das investigações, quando o Ministério Público já terá a oportunidade de consubstanciar seu convencimento sobre o arquivamento, a denúncia, ou, enfim, à propositura do acordo de não persecução.

³¹⁸ “As suas promessas não se referem - como no mecanismo premiador que foi próprio da lei sobre os arrependidos - a benefícios que deveriam ser valorados futuramente pelo juiz, mas a uma sua autonomia e muito mais crível poder; por outro lado, fora de quaisquer vínculos ou critérios legais, a mesma confissão, se não é rigorosamente necessária, pode não ser suficiente a induzir o Ministério Público a realizar o acordo, podendo exigir, além dela, a delação dos co-autores [...] o Ministério Público é, pois, investido de um enorme poder de predeterminação sobre o juízo do mérito, o que contradiz a sua natureza de parte em posição de paridade com o imputado, que é o traço mais característico do modelo teórico acusatório.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 602).

A propósito do tema, em recente decisão, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a falta da confissão do investigado durante o inquérito policial não impede a propositura do acordo. Segundo o relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o artigo 28-A do CPP não impôs categoricamente que este ato deva ocorrer necessariamente no inquérito, mormente nas hipóteses em que o acusado não resta acompanhado de defesa durante o transcurso das investigações, de sorte que pudesse ser devidamente orientado sobre as consequências da submissão ao acordo³¹⁹.

Assim, tendo sido expostas as principais questões atinentes ao ANPP, bem como analisados os demais institutos negociais já incorporados no ordenamento jurídico pátrio, convém agora proceder ao exame das hodiernas propostas normativas destinadas à ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, bem como à análise de algumas medidas destinadas à readequação do paradigma negocial ao conjunto de garantistas albergadas no sistema jurídico pátrio.

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 657-165 – RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 18 de junho de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20657165>. Acesso em: 27 out. 2022.

5 A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL E OS LIMITES GARANTISTAS AO NOVO MODELO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS

Entre as nações latino-americanas, o Brasil foi o único país que, após o período de redemocratização, posteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988, não logrou refundar sua estrutura processual penal. Isso significa dizer que, malgrado a superação — ao menos no plano normativo — das bases principiológicas autoritárias que vigoraram nos sucessivos períodos ditatoriais a que o País se sujeitou, notadamente durante o período do “Estado Novo” e na ditadura militar de 1964/1985, o Código de Processo Penal vigente, promulgado em 1941, permanece ainda arraigado nas premissas inquisitoriais que lhe serviram de alicerce³²⁰.

Com efeito, diferentemente de outros países do mesmo continente, os quais assistiram, conforme oportunamente já analisado, à superveniência de modelos processuais mais consentâneos aos ditames de um Estado Democrático de Direito, o Brasil optou pela via das reformas parciais e segmentadas³²¹, mantendo, contudo, incólume as raízes inquisitórias sobre as quais sua legislação processual penal floresceu. Não obstante as sucessivas mudanças legislativas que sobrevieram nos últimos anos, entre outras mediante as Leis 11.689/08 e 11.690/08, que alteraram questões relevantes alusivas ao Tribunal do Júri e ao regime de provas ilícitas, respectivamente; pela Lei 11.719/2008, que trouxe diversas modificações em relação aos procedimentos criminais, assim como por meio da Lei 12.403/2011, que transformou radicalmente o sistema de medidas cautelares, o sistema processual penal pátrio — e as práticas cotidianas nele desenvolvidas — permanece erigido em uma estrutura fundamentalmente inquisitória.

Como aponta Ricardo Gloeckner:

No Brasil, o atual código de processo penal, embora atingido por uma plêiade de reformas legislativas, não teve o seu núcleo modificado. [...] O Estado Novo brasileiro, sob a tutela de Francisco Campos e outros importantes juristas, edificou uma legislação que em suas linhas gerais está claramente inspirada no modelo italiano do *Codice Rocco*, “o mais fascista dos códigos”. [...] No Brasil optou-se [...] por reformas parciais. O resultado é a sobrevivência do código estadonovista, já não mais

³²⁰ De acordo com Fauzi Chokur, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, hodiernamente em vigor, nasceu na “época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender ‘ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente’ conforme afirma seu próprio preâmbulo, e sob influência do regime fascista italiano” (CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do processo penal: uma refundação garantista?. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al.* **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 79-98. *E-book* (368p).

³²¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do processo penal: uma refundação garantista?. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al.* **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 79-98. *E-book* (368p), p. 81.

o mesmo, evidentemente. Mas um código carregado de alterações, que se por um lado retiraram algumas normas absolutamente infensas ao regime democrático, por outro, deixaram intacto o coração do sistema³²².

Não é custoso notar a manutenção deste “coração inquisitório” no ordenamento jurídico pátrio. Por exemplo, ainda hoje subsiste ao magistrado a possibilidade de produzir provas de ofício³²³, inclusive antes mesmo do início da fase processual, apresentando-se-lhe ademais a faculdade de ouvir outras testemunhas que não aquelas indicadas pelas partes. Além disso, mesmo nas hipóteses em que o Ministério Público pugna pela absolvição, autoriza-se ao juiz que seja proferida uma sentença condenatória, caso seu livre e motivado (porém não menos problemático³²⁴) convencimento assim autorizar. Por fim, permite-se ainda que este convencimento seja consubstanciado, desde que não de forma exclusiva, pelos elementos informativos colhidos na fase investigativa, enfraquecendo as garantias que constituem o devido processo legal, como a publicidade, o contraditório, a oralidade e a ampla defesa.

Por evidente, todos esses dispositivos — plenamente vigentes — encontram-se em flagrante descompasso com princípio unificador de um sistema processual acusatório e democrático, que corresponde, segundo lições de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, à gestão da prova, a qual, dentro de uma estrutura acusatória, deve restar exclusivamente sob domínio das partes³²⁵. Com efeito, a manutenção de dispositivos como aqueles acima referidos reduz decisivamente o grau de garantismo do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto esvaziam a força normativa de uma das garantias mais fundamentais que constituem o modelo epistemológico teorizado por Luigi Ferrajoli: a separação das atividades acusatórias e jurisdicionais, da qual deriva o modelo acusatório.

Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli denomina o sistema no qual a acusação se confunde com a defesa como “Sistema S2”, caracterizado precisamente pela subtração do axioma *nullum*

³²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 35 e 36.

³²³ Art. 156 do CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

³²⁴ STRECK, Lênio; JUNG, Luã. Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 2–21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>. Acesso em: 4 set. 2022.

³²⁵ “Faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (*eis por que todos os sistemas são mistos*) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, ed. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>. Acesso em: 27 set. 2022).

judicium sine acusatione, classificando-o como um modelo de processo penal autoritário, no qual não apenas a garantia da separação das atividades resta prejudicada, como, também, todas as demais que dela derivam, especialmente a imparcialidade, a garantia do ônus da prova e a própria presunção de inocência³²⁶.

Em vista disso, já de algum tempo se vem advogando a necessidade de promover uma efetiva reconstrução (ou refundação) do sistema processual penal brasileiro, com o objetivo de verdadeiramente readequá-lo às balizas democráticas estabelecidas pela Constituição Cidadã, que condicionou, como já pontuado, o exercício do poder punitivo à incontornável observância de um conjunto de garantias fundamentais. Essa reconstrução, saliente-se, não pode simplesmente perpassar por meras reformas pontuais ou segmentadas — cujas virtudes são decisivamente superadas por suas deficiências estruturais³²⁷ —, sob pena de agravar o já obsoleto Código em vigor, que hoje se apresenta, indiscutivelmente, como uma colcha de retalhos, porquanto nele se encontram inseridos uma miríade de dispositivos antinômicos entre si³²⁸, frutos de um sincretismo legiferante³²⁹, dissociados, de toda maneira, do modelo acusatório que os deveria orientar e legitimar.

Nessa senda, foi apresentado ao Senado Federal o PLS 156/2009, fruto do trabalho desenvolvido por uma Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Penal. A referida Comissão foi composta por membros oriundos de diversos segmentos, como setores da academia, da magistratura, do Ministério Público e da advocacia; foram eles: Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Hamilton Carvalhido (Presidente), Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral³³⁰.

³²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79, grifos nossos.

³²⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do processo penal: uma refundação garantista?. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al.* **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 79-98. *E-book* (368p), p. 81.

³²⁸ Note-se, apenas a título ilustrativo, a dicotomia relativa ao momento de recebimento da denúncia. Na forma como foi promulgada, a Lei 11.719/2008 diferiu do Projeto de Lei 4.207/2011, porquanto neste se dispunha que a denúncia somente seria recebida após a citação do acusado e a apresentação da resposta à acusação, inaugurando uma importante fase intermediária entre a investigação preliminar e a instrução probatória (art. 399 do CPP). A Lei promulgada, contudo, inseriu, no artigo 396 do CPP, a expressão “recebe-la-á”, aludindo que a denúncia poderia ser recebida pelo magistrado imediatamente após ter sido oferecida, suprimindo a referida fase intermediária.

³²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do processo penal: uma refundação garantista?. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al.* **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 79-98. *E-book* (368p), p. 86.

³³⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

É de se notar que desde sua Exposição de Motivos, o PLS 159/2009 deixa evidenciada a premente necessidade de superação do rançoso Código de Processo Penal da década 40. Afirma o texto que “a incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei n. 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável”, uma vez que “a configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional”. Nesse sentido, o projeto demonstra nítida a opção pelo modelo garantista de processo penal e pela necessidade de construção de um esquema epistemológico que esteja fundado essencialmente no conhecimento — limitado pelo devido respeito às garantias fundamentais — e não apenas na autoridade³³¹.

Discutido e aprovado em sessão extraordinária no Senado Federal em 07 de dezembro de 2010, o Projeto seguiu para revisão na Câmara dos Deputados, encontrando-se, desde então, em trâmite na referida Casa Legislativa, na forma do PL 8.045/2010. Da sua chegada à Casa revisora aos dias atuais, vale dizer, transcorridos mais de dez anos, o PL 8.045/2010 oportunizou uma série de discussões com setores variados da sociedade civil, da academia, bem assim com associações representativas de carreiras jurídicas.

De acordo com informações constantes no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, até 2022 haviam sido realizadas cinquenta e quatro audiências públicas destinadas a discutir questões pertinentes à reforma do CPP, para além de diversas outras reuniões ocorridas no âmbito das Comissões Especiais responsáveis pela análise do texto. Ademais, no bojo de sua tramitação, encontram-se apensados, atualmente, outros quatrocentos e cinco Projetos de Lei correlatos, que tratam de reformas pontuais ou globais do Código de Processo Penal, tendo sido apresentadas, até então, cerca de trezentas e vinte emendas à redação original³³².

Atualmente, o Projeto que hoje se encontra em tramitação no Congresso corresponde ao substitutivo apresentado pelo Deputado Federal João Campos em abril de 2021. Porquanto este último texto trata da proposição legislativa mais recente relativamente à reforma do Código

³³¹ “As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade.” (BRASIL. Exposição de Motivos ao PLS 156/2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&ts=1630439504987&disposition=inline>. Acesso em: 27 set. 2022).

³³² Para detalhes sobre a tramitação, conferir sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: BRASIL. Projeto de Lei 8.045/2010 — Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 27 set. 2022.

de Processo Penal, a análise que a seguir se realizará terá como supedâneo o referido substitutivo, sem prejuízos de eventuais menções que se façam às redações previstas nas proposições legislativas anteriores, sempre com um olhar crítico direcionado à necessidade de consolidação do garantismo e do sistema processual acusatório.

5.1 Propostas de expansão dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico brasileiro

Particularmente no que concerne às propostas normativas destinadas à expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, o atual Projeto de reforma do CPP apresenta em seu interior quatro espécies de institutos negociais, alguns dos quais já regulamentados na legislação processual penal vigente. São eles: o acordo de não persecução penal (art. 39 do PL 8.045/2010), a justiça restaurativa penal (art. 114 a 123), a suspensão condicional do processo (art. 323) e o julgamento antecipado de mérito, previsto entre os artigos 341 a 348 do PL 8.045/2010.

A primeira dessas modalidades (acordo de não persecução penal) já foi devidamente analisada neste trabalho, razão pela qual, neste momento, cumpre apenas pontuar algumas questões relativas às diferenças de tratamento normativo dispensado ao instituto. Com efeito, a primeira — e possivelmente mais significativa — diferença que se pode observar entre as disposições dessa modalidade de acordo concerne ao fato de que, no âmbito do PL 8.045/2010, tem-se a expressa indicação da necessidade de se designar uma audiência para que seja realizada uma composição cível dos danos com a vítima dos crimes que comportem o instituto, nos termos do parágrafo primeiro, artigo 39 do PL 8.045/2010.

Essa exigência se propõe, como adiante se elucidará, a resgatar a importância da vítima dentro do processo penal, alçando-lhe à efetiva posição de sujeito de direitos em detrimento da posição de simples sujeito passivo do delito e mera fonte de prova. Nesse sentido, o parágrafo segundo daquele dispositivo normativo preceitua que um dos pressupostos à realização do acordo consiste na assinatura de um termo de confissão de dívida em favor da vítima, o qual se tornará título executivo extrajudicial.

Outra mudança relevante trazida pelo PL 8.045/2010 em relação ANPP diz respeito à vedação ao oferecimento do instituto para os crimes considerados hediondos ou equiparados, na mesma esteira do que dispunha a Resolução 181/17 do CNMP³³³, excetuando-se, todavia, a possibilidade de celebração do acordo nas hipóteses de tráfico privilegiado. A propósito dessa

³³³ Art. 18 da Resolução n. 181/CNMP: “[...] § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: [...] V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.”.

alteração, importa salientar que ela cumpre o desiderato de limitar a discricionariedade do órgão ministerial relativamente aos critérios outrora analisados, notadamente aqueles alusivos à necessidade e/ou suficiência das condições impostas, afigurando-se, portanto, como instrumento legítimo de controle de política-criminal.

Finalmente, o parágrafo sétimo do artigo 39 daquele Projeto de Lei estabelece a possibilidade de que o Delegado de Polícia proponha ao suposto autor do fato a aceitação do acordo, cujos termos deverão ser encaminhados, juntamente com o inquérito, ao Ministério Público. Sobre este ponto, deve-se fazer a ressalva de que essa prática necessita ser melhor delimitada pela lei, haja vista as lacunas presentes na redação atual, sob pena de se expandir indevidamente a legitimidade de propositura do instituto à autoridade policial. Isso poderia potencializar, de um lado, possíveis atuações coercitivas com vistas à obtenção de uma confissão forçada pelo investigado, assim como engendrar, de outro lado, acordos desprovidos de suficiente base fática, tendo em vista a possibilidade de que a autoridade policial deixe de proceder à realização de novas diligências em face de uma sinalização positiva do investigado quanto à aceitação do acordo.

Como já se afirmou, os acordos somente devem ser oferecidos quando a investigação preliminar houver sido capaz de coligir elementos suficientes de autoria e materialidade, capazes de consubstanciar a justa causa da ação penal. Na maior parte dos casos, tal análise somente pode ser feita ao cabo da investigação, quando nenhuma outra diligência se fizer possível ou necessária à apuração dos fatos. Autorizar que a autoridade policial — malgrado ainda pendente a finalização da investigação preliminar — formule, de imediato, proposta de acordo, pode comprometer substancialmente essa exigência, conduzindo ao fim prematuro da fase investigativa e à incidência indevida do instituto àqueles contra quem não recaiam efetivos elementos indiciários, à semelhança da já criticada hipótese de oferecimento do acordo em audiência de custódia.

O segundo instituto negocial introduzido pelo PL 8.045/2010 consiste na justiça restaurativa, albergada no capítulo II daquele projeto de lei, especificamente entre seus artigos 114 a 123. Em primeiro lugar, faz-se necessário advertir que dado o recorte epistemológico deste trabalho, e considerando, ademais, a complexidade da matéria, não se pretende aqui exaurir a análise sobre o instituto, senão proceder com observações relativamente à forma como o atual projeto de reforma do CPP tencionou regulá-lo, objetivando verificar suas implicações em relação ao conjunto de garantias abrigados pelo sistema jurídico pátrio³³⁴.

³³⁴ Para fins de aprofundamento sobre a matéria, recomenda-se a leitura das seguintes obras: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009;

A despeito da multiplicidade de sentidos que se pode depreender da expressão *justiça restaurativa*³³⁵, é possível compreendê-la como um paradigma de transformação dos conflitos³³⁶, estruturado de acordo com um conjunto de práticas destinadas a promover, entre os protagonistas da infração penal, iniciativas de solidariedade, diálogo e consenso, com o intuito de buscar a efetiva reparação dos danos causados pelo delito. Para Howard Zehr, considerado um dos pioneiros do movimento restaurativo, trata-se de um processo que “envolve, na maior medida possível, aqueles que possuem algum interesse com o crime, objetivando identificar e atuar coletivamente nos danos, nas necessidades e nas respectivas obrigações decorrentes da ofensa”³³⁷.

No Brasil, a justiça restaurativa já se encontra atualmente regulamentada por meio da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em 02 de junho de 2016. O referido instrumento normativo procurou delimitar conceitos e dispor sobre o procedimento que deve orientar a realização das práticas restaurativas, incentivando sua implementação no âmbito de cada Tribunal de Justiça. Todavia, por se tratar de um mecanismo apenas recentemente introduzido no ordenamento pátrio, veiculado em uma Resolução editada pelo Poder Judiciário, à míngua de expressa previsão legal, sua incidência ainda é tímida e sua existência pouco conhecida pela maior parte dos atores processuais³³⁸.

O Projeto de Lei de Reforma do CPP, como já delineado, expressou grande preocupação em sobrelevar a vítima à efetiva posição de sujeito de direitos dentro do processo penal, introduzindo em capítulo próprio³³⁹ — no bojo do título V do Código, que trata da recomposição social — uma série de direitos que lhe devem assistir, como a necessidade de ser

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

³³⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

³³⁶ Trata-se de perspectiva encampada por John Paul Lederach em sua obra *Transformações de conflitos*. Para o autor, no lugar de simplesmente pretender “resolver” conflitos sociais, sem efetivamente possibilitar a escuta e a construção de soluções conforme cada realidade social, a justiça deve se basear na compreensão dos conflitos como eventos que oportunizem efetivas mudanças de paradigmas pessoais e sociais, a partir da reparação do dano à vítima, da reconciliação (quando possível) entre as partes e, finalmente, do reestabelecimento da paz e da ordem social. Nesse sentido, conferir: LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

³³⁷ ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. Nova Iorque: Good Books, 2014, p. 36.

³³⁸ Vale conferir o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça acerca dos resultados advindos da implementação de práticas restaurativas em 09 estados da federação, durante os anos de 2019 a 2021. Nesse sentido, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Rede Justiça Restaurativa**: possibilidades e práticas nos sistemas criminal e socioeducativo. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/rede-justica-restaurativa-possibilidades-e-praticas-nos-sistemas-criminal-e-socioeducativo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

³³⁹ O CPP em vigor possui, igualmente, um capítulo próprio tratando dos direitos da vítima (capítulo V), embora o faça por meio de um único dispositivo — artigo 201 —, que disciplina o procedimento referente à sua tomada de declarações em sede de instrução processual.

tratada com dignidade e respeito; o direito de reaver seu patrimônio, quando subtraído; de ser devidamente comunicada da prisão ou soltura do suposto autor do crime, bem como de sua eventual condenação ou absolvição; de obter acesso aos autos do processo ou da investigação, resguardadas as hipóteses de sigilo, entre outros.

Nesse contexto, o PL 8.045 introduziu, no capítulo subsequente àquele que trata dos direitos das vítimas, o instituto da justiça restaurativa, definindo-a em seu artigo 114 como uma política pública que se destina à reintegração social, à redução dos índices de reincidência e à promoção da indenização dos danos sofridos, mediante a participação da vítima, do autor do fato e da comunidade. Trata-se de um modelo de justiça que se baseia, segundo disposto no artigo 115 do PL, no diálogo e no consenso, caracterizado pela informalidade, voluntariedade, confidencialidade, extrajudicialidade, entre outros princípios ali previstos.

De acordo com os artigos 116 a 119 do PL, a justiça restaurativa será realizada por meio de sessões coordenadas e instruídas por um facilitador restaurativo, ocorrendo de forma paralela ao processo judicial, podendo ser desencadeada a qualquer momento — por iniciativa das partes, do juiz, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do Delegado de Polícia —, não suspendendo, contudo, o prosseguimento da persecução penal. Ao cabo das sessões restaurativas, poderá ser celebrado acordo entre a vítima e o suposto autor do fato, o qual, após parecer do órgão ministerial, será objeto de homologação pelo magistrado, nos termos do artigo 120 do PL.

Entre as consequências decorrentes da celebração do acordo, estabelecem os artigos 121 e 122 que, tratando-se de crimes cuja natureza da ação seja pública condicionada à representação, cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, deve ser declarada extinta a punibilidade; tratando-se, no entanto, de crimes de ação penal pública incondicionada, deverá o juiz valorar o acordo homologado, conferindo eventual abrandamento da pena. Por fim, na hipótese de não ter sido possível celebrá-lo, preceitua o artigo 123 que eventuais informações obtidas a partir dos procedimentos restaurativos não poderão ser utilizadas como prova no processo instaurado — previsão evidentemente acertada, pelas razões já vistas quando da análise do acordo de não persecução penal.

Relativamente ao instituto em tela, faz-se necessário pontuar algumas considerações. Em primeiro plano, importa mencionar que, diferentemente de outros mecanismos de natureza consensual já analisados neste trabalho, a exemplo da transação penal, da colaboração premiada e do acordo de não persecução penal, a justiça restaurativa se desenvolve essencialmente entre vítima, suposto autor do fato e representantes da comunidade na qual ambos estejam inseridos, não havendo, por conseguinte, propositura de acordo por parte de um órgão oficial do Estado.

Trata-se, portanto, de mecanismo que mais se assemelha à composição cível dos danos prevista na Lei dos Juizados Especiais — com abrangência alargada, uma vez que a legislação não estabelece um limite sobre quais tipos penais são passíveis de acordo.

Em segundo plano, cabe aduzir, à luz do marco teórico do garantismo, que o instituto — notadamente na forma como encontra-se regulado no Projeto de Reforma do CPP — não se encontra imune a críticas. Isso porque, inicialmente, deve-se destacar que o projeto em tela não cuidou de estabelecer quais condições podem ser aplicadas ao suposto autor do fato na ocasião de celebração do acordo restaurativo. De fato, como já visto, a informalidade consiste em característica essencial às práticas restaurativas, não sendo possível antever, dada a complexidade das relações sociais, quais medidas afigurar-se-iam mais adequadas à intervenção em cada conflito trazido ao sistema de justiça criminal.

Todavia, tal informalidade não se revela consentânea com o modelo epistemológico garantista abrigado no ordenamento pátrio. Como visto, o princípio da legalidade constitui vetor inarredável da imposição de quaisquer restrições à liberdade do imputado, razão por que qualquer sanção que lhe venha a ser imposta deve respeitar o axioma segundo o qual não há pena sem correspondente previsão legal (*nulla poena sine lege*). Além disso, tem-se que as condições impostas à reparação do dano são indicadas (sob mediação de um facilitador restaurativo) pela própria vítima, que, naturalmente, poderá nutrir sentimentos de vingança contra quem lhe tenha ofendido, podendo-se assim conduzir a uma indevida *privatização da justiça criminal*³⁴⁰.

Com efeito, esse distanciamento — ao menos aparente — entre justiça restaurativa e garantismo penal se deve sobretudo ao fato de que o primeiro modelo se baseia em uma resposta essencialmente *não punitiva*, erigida sob a influência de perspectivas abolicionistas que questionam a própria legitimidade de aplicação da pena³⁴¹. O garantismo penal, por sua vez, conforme já analisado nas seções introdutórias deste trabalho, apresenta-se sob a dimensão de uma filosofia política que pretende, ao revés, *justificar* e *racionalizar* a aplicação do poder punitivo do Estado, estruturando um sistema normativo-epistemológico que limita e legitima a aplicação da sanção penal.

Luigi Ferrajoli, nesse sentido, coloca-se como crítico das teorias abolicionistas, classificando-as como expressões de um modelo moralista e utópico, que pretende resgatar

³⁴⁰ JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 837.

³⁴¹ LARRAURI PIJOAN, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Estudios de Derecho**, [S. l.], v. 61, n. 138, p. 55–85, 2004. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332219>. Acesso em: 26 set. 2022.

formas tradicionais de uma sociedade sem Direito. Dentro dessa definição de abolicionismo, o autor italiano compreende as propostas de “microcosmos sociais fundados na solidariedade e na irmandade, vagos objetivos de reapropriação social dos conflitos entre ofensores e vítimas e métodos primitivos de composição patrimonial das ofensas”³⁴², muitas das quais constituem as bases do paradigma restaurativo.

Salo de Carvalho, conquanto reconhecendo a indiscutível importância das teorias abolicionistas³⁴³, aponta que essa corrente de pensamento pode dar ensejo à conversão do sistema formal de controle penal — orientado de acordo com as garantias aqui já analisadas — em modelos informais e desregulamentados de composição de conflitos, revelando-se quer seja um “estado isento de legalidade e limites às liberdades, configurando um modelo de resposta irracional à violação dos direitos”, quer seja um modelo administrativizado³⁴⁴, carente das típicas garantias que constituem o devido processo legal³⁴⁵.

Além disso, particularmente em relação à vítima — a qual, como já visto, no Projeto de Reforma do CPP alça-se à posição de sujeito de direitos dentro do sistema de justiça criminal, sendo o paradigma restaurativo uma das expressões dessa mudança de perspectiva —, discorda Salo de Carvalho quanto ao diagnóstico comumente apresentado pelas teorias abolicionistas de que o Estado deveria reposicioná-la como titular do conflito que se lhe afligiu. Com efeito, o autor reconhece (seguindo o pensamento garantista de Ferrajoli³⁴⁶) que a publicização do Direito (e do Processo) Penal, mediante a substituição da vítima pelo Estado, representa uma das mais importantes conquistas civilizatórias da modernidade, decisivamente importante sobretudo pela impossibilidade de sublimação da vítima face ao conflito, o que significa dizer

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

³⁴³ “É mister ressaltar, desde já, que negamos terminantemente as críticas demonizadoras do modelo político-criminal abolicionista. Entendemos que as várias matizes do abolicionismo: a) são extremamente úteis e importantes para a avaliação fenomenológica da (in)eficácia do sistema penal; b) seus fundamentos teórico-doutrinários, ancorados no paradigma da reação social, são irreversíveis, do ponto de vista acadêmico, na ciência criminológica; e c) algumas de suas propostas, fundamentalmente aquelas que dizem respeito à abolição da pena privativa de liberdade cumprida em regime carcerário fechado, aos processos de descriminalização e à negativa da ideologia do tratamento, são viáveis como projeto político-criminal” (CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *In*: WUNDERLICH, Alexandre *et al.* **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 144).

³⁴⁴ Acerca do fenômeno de *administrativização* do sistema criminal, vide as observações feitas ao fim desta seção.

³⁴⁵ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *In*: WUNDERLICH, Alexandre *et al.* **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 144 e 145.

³⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 455.

que não raras vezes são reproduzidos sentimentos vingativos que se colocam irracionalmente em desfavor do agressor³⁴⁷.

Às críticas acima apresentadas podem se somar outras que decorrem das próprias experiências consensuais já existentes no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Como visto, embora a Lei dos Juizados Especiais tenha se destinado, em teoria, a diminuir a incidência do poder punitivo do Estado, mediante a promoção de institutos baseados no diálogo, na informalidade e no consenso entre as partes envolvidas, na prática tais princípios restaram pouco observados, conduzindo à promoção de uma série de acordos sem as garantias que os legitimam (entre elas, a necessidade da existência de efetiva justa causa), revelando-se, por conseguinte, falaciosa a ideia de diálogo e consenso entre os atores envolvidos.

Assim, é preciso adotar uma postura de cautela antes de concluir pela expansão inadvertida ou acrítica de mecanismos consensuais, incluindo aqui a justiça restaurativa, mormente em face da tradição jurídica à qual o ordenamento jurídico pátrio se filia. Olvidar esse olhar crítico poderia resultar na transformação da justiça restaurativa em mais um instrumento de reprodução do poder punitivo do Estado. Essenciais, aqui, são as advertências de André Giamberardino, quando afirma:

Se ignorada tal vocação para a transformação social, as práticas restaurativas serão mui provavelmente apropriadas e instrumentalizadas para outros fins, para novas versões do mesmo “moralismo barato” que assinala a pedagogia da subordinação típica do sistema penitenciário, novamente, enfim, para a expansão e relegitimação do poder punitivo estatal, não havendo melhor exemplo desse tipo de distorção que a história recente da criação e funcionamento dos Juizados Especiais Criminais [...] Sem qualquer dúvida, dada a seletividade inerente ao exercício de funções próprias do sistema penal, manter-se-iam os mecanismos de discriminação e seletividade na hipótese de adoção em massa de práticas restaurativas no Brasil³⁴⁸.

Com efeito, a despeito da aparente contradição entre este instituto e o garantismo, entendemos pela possibilidade de coexistência de ambos, desde que observadas algumas premissas fundamentais — possibilidade inclusive defendida por Elena Larrauri, quando afirma que “uma estratégia alternativa, porém não excludente, à necessidade de regular, submetendo a

³⁴⁷ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: WUNDERLICH, Alexandre *et al.* **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 146 e 147.

³⁴⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Justiça transformativa: as práticas restaurativas como instrumento de luta política e transformação social. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Sociocriminologia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 188 e 195, grifos nossos.

limites, consiste em reduzir o poder punitivo do Estado [...] adotando um modelo de justiça restaurativa [...] que deveria ser, obviamente, submetido a garantias”³⁴⁹.

Nesse sentido, em primeiro lugar, ainda que não se tenha como possível (ou sequer desejável, consideradas as especificidades da justiça restaurativa) esgotar normativamente as condições às quais o suposto autor do fato possa se vincular, necessário se faz que haja o mínimo de regulação normativa sobre as referidas medidas constritivas — à semelhança do que já existe com outros institutos negociais —, resguardando o devido espaço de autonomia das partes, a fim de oportunizar que sejam oferecidas condições dignas e consentâneas aos direitos fundamentais do imputado³⁵⁰. Os atores processuais, em especial os facilitadores restaurativos, não podem se furtar do dever de zelar pelo controle de legalidade do acordo, esforçando-se para que eventuais sentimentos vingativos por parte da vítima não contaminem os procedimentos restaurativos.

Além disso, necessário se faz que o Projeto de Reforma do CPP melhor regulamente a forma de desenvolvimento das práticas restaurativas, diante da questionável previsão legal de que o procedimento deverá tramitar paralelamente à persecução penal (inclusive ao processo, caso este já tenha sido instaurado), o que poderia, eventualmente, conduzir a casos de condenações simultâneas ou *bis in idem*. Como esclarece Pallamolla,

conhecendo a cultura jurídica brasileira, a tendência será de que o agente ministerial apresente denúncia e o processo penal aconteça paralelamente ao processo restaurativo, o que, provavelmente, provocará *bis in idem* (caso o processo penal não seja suspenso pelo juiz), resultando que a sentença condenatória se somará ao possível acordo restaurativo³⁵¹.

Portanto, mais acertado seria se o projeto dispusesse que, nas hipóteses de procedimentos restaurativos instaurados anteriormente ao oferecimento da denúncia, obstar-se-ia o oferecimento da respectiva peça acusatória, até mesmo para que o Ministério Público pudesse avaliar — e propor — eventuais abrandamentos de pena ao autor do fato; nos casos em que a ação penal fosse condicionada à representação, a justiça restaurativa ensejaria o não oferecimento da peça acusatória, mediante a já existente previsão de extinção de punibilidade. Por outro lado, nos casos em que o processo já tivesse sido instaurado, correto seria suspender

³⁴⁹ LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, Talca, v. 4, n. 2, p. 27-74, 1998. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740205.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022, p. 43.

³⁵⁰ Sobre o assunto, defende Raffaella Palamolla a necessidade de estabelecimento de limites, ainda que doutrinários, à realização dos acordos, mantendo-se preservada, contudo, a autonomia das partes para que decidam sobre o teor da reparação. Nesse sentido, conferir: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 184.

³⁵¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 185.

o prosseguimento do feito, principalmente para se evitar situações como acima descritas referentes a imposições duplas de sanções ao autor do fato.

Debruçando-se sobre a possibilidade de modelos alternativos ao sistema de controle punitivo do Estado, desde críticas sobre sua (i)legitimidade a partir do abolicionismo penal, Luiz Antônio Bogo Chies assevera a imprescindibilidade de limites à utilização de ferramentas como a justiça restaurativa, mormente a fim de evitar os desastrosos resultados que sobrevieram após a promulgação da Lei dos Juizados Especiais. Esses limites dar-se-iam, de início, pela existência de um “ator” desinteressado ao feito, que iria intervir na qualidade de gestor da conciliação ou mediação, proposta que já encontra abrigo tanto no Projeto de Reforma do CPP, ainda em discussão no plano legislativo, quanto na Resolução já vigente editada pelo Conselho Nacional de Justiça, materializadas na figura de um facilitador restaurativo.

Além disso, defende Bogo Chies que os procedimentos restaurativos somente devam se desenvolver após a constatação de efetivos elementos de materialidade e autoria imputáveis ao autor do fato, propondo que a “devolução do conflito” à vítima somente se dê após um “processo penal garantista ao máximo”, no qual a capacidade de intervenção desta face ao conflito seja limitada, “privilegiando, pois, medidas que se orientem à reparação da vítima ou a neutralização do conflito e não a punição do responsabilizado”, proscrevendo, portanto, qualquer possibilidade de vingança pública ou, especialmente, privada³⁵².

Como alhures já enfrentando, discutir sobre formas de minimização do poder punitivo do Estado é premente, sobretudo em face do contexto de panpenalização que se mostra hodiernamente presente, tanto no Brasil quanto em outras nações do mundo. Todavia, a solução para este problema não deve — nem pode — ser imediatista ou eficientista, fundada tão somente em medidas de simplificação e consequente relativização de garantias fundamentais. As experiências de outros países, bem como aquelas observadas no Brasil, demonstram que meras preocupações de ordem economicistas, descuradas das consequências que instrumentos alternativos ao processo judicial podem gerar, trazem perniciosos efeitos ao conjunto de garantias que servem como escudos protetivos do imputado contra os abusos do poder punitivo do Estado, razão pela qual qualquer instrumento alternativo ao processo deve, necessariamente, condicionar-se a certas garantias que minimizem os riscos de abuso desse poder.

O terceiro instituto normatizado pelo PL 8.045/2010 consiste na suspensão condicional do processo, a qual, conquanto já tivesse sua aplicação admitida em face de outros crimes que não apenas aqueles abrangidos pela Lei dos Juizados Especiais, passa a ser disciplinada também

³⁵² CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 125-154, 2002.

no Projeto de reforma do CPP, em seu artigo 323. As semelhanças do tratamento normativo dispensado ao instituto no referido Projeto e na Lei 9.099/95 são significativas. De fato, as únicas diferenças residem na inclusão — tal como já analisado relativamente ao acordo de não persecução penal e à justiça restaurativa — do termo de confissão de dívida em favor da vítima como pressuposto à suspensão do processo e à conseguinte extinção da punibilidade do acusado; ademais disso, o Projeto positiva também a vedação outrora já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 536) acerca da inaplicabilidade do instituto aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica.

Por fim, o Projeto de reforma do CPP objetiva à modificação sistemática da morfologia dos ritos criminais, a iniciar pelo quantitativo de pena previsto para cada modalidade procedimental³⁵³. Nesse sentido, pretende-se alargar os tipos penais sujeitos ao procedimento sumário — abarcando os crimes punidos com pena privativa de liberdade até oito anos, em contraposição ao limite de quatro anos previsto na legislação vigente —, além de possibilitar à celebração de mais uma modalidade de acordo processual: o julgamento antecipado do mérito (tratado também, de forma equivocada, pela expressão “transação penal”).

Conforme preceitua o artigo 341 do 8.045/2010, excetuados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e aqueles sujeitos à Lei Maria da Penha, poderá o Ministério Público, nos crimes punidos com pena privativa de liberdade até oito anos, requerer, *até o início da audiência de instrução*, se houver expressa concordância do acusado e de seu defensor, *o julgamento antecipado de mérito*, por meio da aplicação imediata de uma sanção penal, desde que não se trate de crime submetido ao rito sumaríssimo, sobre o qual deverão incidir as disposições previstas tanto naquela legislação quanto na Lei dos Juizados Especiais.

O parágrafo primeiro daquele dispositivo estabelece que o juiz não deverá participar das negociações, vedação evidentemente acertada, haja vista a necessidade de se evitar influências indevidas sobre a voluntariedade do acusado, considerada, juntamente à regularidade e legalidade das condições propostas, pressuposto de validade e requisito necessário à homologação do acordo, nos termos do artigo 343 do PL.

Entretanto, neste parágrafo e nos dispositivos normativos que o seguem, o legislador utiliza equivocadamente a expressão *transação* para designar o instituto do julgamento antecipado de mérito, o que poderia conduzir a uma confusão terminológica quanto ao já

³⁵³ Atualmente, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 394, três espécies de ritos criminais, a saber: o ordinário, cabível nos crimes punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; o sumário, adequado aos tipos penais cuja legislação comine pena privativa de liberdade superior a dois anos mas inferior a quatro; e o rito sumaríssimo, cabível aos crimes de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles cuja legislação preveja pena privativa de liberdade até dois anos.

analisado instituto da *transação penal*, previsto na Lei dos Juizados Especiais. Nesse sentido, mais correto seria se o legislador optasse por uniformizar a nomenclatura alusiva ao instituto, quer seja denominando-o simplesmente de julgamento antecipado de mérito quer seja de *acordo penal*. Isso se revela sobremaneira importante tendo em vista não apenas os delitos passíveis de celebração desta inusitada ferramenta negocial, mas, fundamentalmente, à vista das consequências que dela podem advir, diferentes daquelas decorrentes da transação prevista na Lei 9.099/95, como se verá.

Ademais, o artigo 342 estabelece algumas condições que deverão ser observadas pelas partes para fins de requerimento do julgamento antecipado, entre as quais afiguram-se a confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória, a indicação de pena a ser aplicada e seu regime inicial, a *expressa declaração de dispensa da produção de provas indicadas* e a *renúncia ao direito de impugnar a sentença de declaratória*. Presentes essas condições e cumpridos os demais pressupostos intrínsecos à antecipação do julgamento, deverá o juiz homologar o requerimento das partes, ocasião em que, nos termos do artigo 344, poderá atenuar a pena privativa de liberdade cominada ao delito, substituí-la por pena restritiva de direitos ou aplicar a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal.

O artigo 345 do PL 8.045/2010, por sua vez, dispõe de uma problemática previsão comparativamente aos demais institutos negociais aqui já analisados: a decisão homologatória do acordo, consoante a redação do atual texto do projeto de lei, possui *natureza e estrutura de sentença penal condenatória*, ensejando a produção de todos os efeitos decorrentes da condenação — entre os quais a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o perdimento de bens, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, a formação de reincidência e maus antecedentes etc. —, aproximando-o, nesse sentido, de institutos existentes em outros sistemas jurídicos, especialmente o *plea bargaining* dos países de tradição anglo-saxônica.

Trata-se, por evidente, de questionável previsão legal, haja vista que, conforme analisado anteriormente, para fins de proposição do julgamento antecipado do mérito, necessário se faz que o acusado renuncie expressamente ao direito à produção probatória e à eventual impugnação da sentença, conformando-se com a sanção penal proposta pelo órgão acusador. Se é bem certo que os demais institutos negociais, à semelhança deste ora analisado, igualmente ensejam restrições a direitos fundamentais, por meio da vinculação a condições mutuamente ajustadas, verifica-se que relativamente àqueles a decisão que os homologa carece de natureza condenatória, mormente porquanto se afigura ilegítimo impor sobre o acusado os efeitos deletérios que podem advir da condenação sem que lhe seja facultado o devido exercício do contraditório e da ampla defesa.

Conforme assinalado na primeira seção deste trabalho, a aplicação de uma *pena* e os consequentes efeitos decorrentes de uma *condenação*, desde o paradigma garantista, estão inarredavelmente condicionados à efetiva observância de um conjunto de garantias que limitam o poder punitivo estatal, consubstanciadas nos axiomas estruturantes da epistemologia garantista. Entre essas garantias, particularmente duas interessam destacar: o direito à prova (sintetizada pelo axioma A9 *nulla acusatio sine probatione*) e o direito à ampla defesa (corolário da última, expressa pelo axioma A10 *nulla probatio sine defensione*).

Admitir que o acusado possa receber uma decisão condenatória que se lhe imponha uma pena (inclusive privativa de liberdade!) à míngua de que seja oportunizada a produção probatória e o exercício do direito de defesa significa consentir com um modelo de processo penal que Luigi Ferrajoli denomina como *potestativo* e não *cognitivo*, fundado mais na autoridade do juiz (ou, neste caso em particular, do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, como sujeitos que oferecem — e não raras vezes induzem — o acordo) do que nos conhecimentos possíveis de alcançar mediante um mecanismo jurisdicionarizado de reconstrução fática: o processo penal.

Com efeito, o próprio autor italiano rechaça que tais modelos possam ser denominados de jurisdicionais, na medida em que a jurisdição pressupõe um procedimento delimitado à comprovação dos elementos condicionantes da pena, por meio de um método falsacionista de determinação do desvio, ao passo que neste novo paradigma, baseado no consenso, o que se verifica é o desenvolvimento de uma atividade *administrativa* fundada na discricionariedade dos sujeitos envolvidos, que possui o condão de afetar a liberdade do imputado, não raras vezes recaindo em abusos³⁵⁴.

A propósito disso, Máximo Langer, em um dos seus mais recentes estudos, aponta a existência de uma tendência contemporânea de *administrativização das condenações* mediante a utilização de mecanismos alternativos ao julgamento (*trial-avoiding mechanisms*)³⁵⁵. Importa, inicialmente, salientar que a referida tendência de administrativização do Direito Penal se insere dentro de um paradigma político-criminal mais amplo, representado pela emergência do já

³⁵⁴ “Se, com efeito, ‘juris-dição’ designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição. Trata-se, precisamente, de uma atividade substancialmente ‘administrativa’ - ou, se quisermos, ‘política’ ou ‘governativa’ - caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente desembocam no abuso” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37).

³⁵⁵ LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

referido modelo de *segurança cidadã* — típico de uma sociedade de risco³⁵⁶ —, no qual as ferramentas criminalizadoras do Estado passam a ser vistas, de acordo com José Díez Ripollés, por um lado, como instrumentos de inocuização seletiva de um classe econômica menos favorecida³⁵⁷, servindo, ademais, como mecanismos de contenção de uma criminalidade diferenciada, particularmente na forma que Jesus-Maria Silva Sánchez descreve como *Direito Penal de terceira velocidade*³⁵⁸.

Nesse contexto, segundo Máximo Langer, diversos países, inclusive de tradições jurídicas continentais, vêm optando pela utilização de ferramentas destinadas à obtenção de condenações que fogem à regra do julgamento público e oral, conferindo a autoridades não jurisdicionais (notadamente ao Ministério Público e aos órgãos de polícia) poderes exacerbados de decidir sobre a culpa ou inocência daqueles a quem se imputa alguma responsabilidade criminal.

Não obstante as diferenças concernentes às formas como esses mecanismos se manifestam, temática a qual presente trabalho já enfrentou, afirma o autor que o núcleo comum entre eles reside no fato de que o acusado (ou investigado) é condenado não por meio de um processo no qual a prova é produzida e validada dentro de um julgamento com todos os direitos e garantias a ele inerentes — entre os quais o direito ao contraditório, ao processo público e à não autoincriminação —, mas, sim, por meio de um expediente baseado fundamentalmente em indícios colhidos de forma unilateral pela polícia e pelo Ministério Público, geralmente legitimado pela admissão de culpa do imputado³⁵⁹.

Com efeito, o controle sobre a legalidade da atividade desenvolvida por esses agentes estatais resulta sobremaneira precarizado — isso quando existente —, uma vez que o imputado precisa renunciar ao seu direito a julgamento, não havendo qualquer forma de verificar a adequação legal das investigações desenvolvidas pela polícia ou mesmo a licitude dos

³⁵⁶ GARCIA, José Ángel Brandariz. Gerencialismo y políticas penales. **Revista Eletrônica de Direito e Sociedade (REDES)**, Canoas, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2226>. Acesso em: 27 out. 2022.

³⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 68

³⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

³⁵⁹ “*The diffusion of trial-avoiding conviction mechanisms has implied an administratization of criminal convictions. In all of these mechanisms, the defendant is not convicted after a trial in which evidence may be produced and tested by the defendant exercising their trial rights to confrontation, cross-examination, compulsory process, and against self-incrimination in a public hearing that anyone may attend. Rather, the defendant is convicted on the basis of evidence gathered by the police and the prosecution that, at most, has been checked by a judge or tribunal and that is assumed to be legitimized through the defendant’s admission of guilt or consent*” (LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.).

elementos informativos ou probatórios utilizados pelo Ministério Público, o que termina por empoderar, demasiadamente, essas autoridades administrativas, tornando, ao cabo, a persecução penal pouco ou nada transparente. Como adverte Luigi Ferrajoli, a propósito do modelo administrativizado da justiça negocial,

as funções policiais se concentraram e reforçaram na fase das investigações preliminares. E agora estão sob a responsabilidade dos órgãos do Ministério Público. Os novos ritos alternativos fizeram que este órgão se tornasse um verdadeiro senhor do processo. [...] a entidade dos benefícios é tal que, comparada aos riscos que a condenação com o juízo público pode acarretar, até um inocente teria interesse em aceitá-las em troca de uma confissão ou da colaboração com a acusação. O mecanismo premiador e transacional, destinado a operar em segredo até o primeiro interrogatório, muitas vezes sem defensor, traça, enfim, o destino do imputado nas mãos do seu acusador, que de fato terá sobre este um poder talvez maior do que aquele que no velho regime detinham o juiz instrutor, o Ministério Público e a polícia judiciária³⁶⁰.

Portanto, para Langer, faz-se urgentemente necessário discutir, desde o ponto de vista da política-criminal, formas de minimizar os efeitos deletérios decorrentes desses mecanismos alternativos, seja a partir da determinação de quais agentes públicos estão efetivamente autorizados a produzir, em última instância, condenações criminais; seja pela decisão sobre quais tipos de crimes são passíveis de serem submetidos aos acordos; seja, enfim, a partir do estabelecimento de exigências e garantias que permitam adequadamente distinguir os culpados dos inocentes, mediante um tratamento justo e transparente, possível de ser, ao cabo, conhecido e controlável pela sociedade³⁶¹.

Isso se torna ainda mais relevante tendo em vista a afirmação corrente de que a expansão e consolidação dos mecanismos negociais se apresenta hoje como uma tendência irrefreável³⁶². Por conseguinte, discutir sobre formas de contenção do potencial abusivo do poder punitivo estatal afigura-se como questão imprescindível dentro de um processo penal de matriz acusatória e garantista.

Na seção a seguir, serão enfrentadas algumas propostas com vistas à readequação dos mecanismos negociais relativamente ao modelo epistêmico-acusatório sufragado pela Constituição da República. Conforme aqui já se salientou, não se afigura legítimo pretender que recaiam sobre as garantias penais e processuais o ônus de se readequarem diante do paradigma negocial, senão os próprios mecanismos negociais é que precisam estar de acordo com essas garantias, permitindo-se, em última análise, que se possa exercer um efetivo controle

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 665.

³⁶¹ LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

³⁶² LOPES JÚNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 149.

sobre os agentes que participam do processo negocial (bem como dos elementos a partir dos quais este procedimento se funda), de sorte que, ao cabo, se possa diminuir, à máxima medida, o potencial de condenações de inocentes e a violação do devido processo legal, ambição indissociável de qualquer sistema que se pretenda consentâneo aos direitos e garantias fundamentais³⁶³.

5.2 Em busca de uma adequação garantista: limites à expansão da justiça negocial

A legitimidade de aplicação de uma sanção punitiva reclama, desde o paradigma da epistemologia garantista, a necessária observância de um conjunto estruturado de garantias penais e processuais penais. Entre estas últimas, destacou-se oportunamente nas seções iniciais do presente trabalho que, conquanto a existência de um processo e a incontornável separação das distintas atividades de quem nele atua apresentem-se como elementos primordiais à constituição de um sistema acusatório e garantista, pouco elas representariam caso outras garantias não fossem igualmente observadas, especialmente as garantias do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

De fato, contraditório, ampla defesa e paridade de armas constituem a tríade sobre a qual se fundamenta o método cognitivista de determinação do desvio penal, uma vez que impõem a exigência de que qualquer afirmação somente seja predicada verdadeira caso submetida a um procedimento baseado na refutação e na contraprova, levado a cabo por partes que ocupam posição de paridade, com equivalentes capacidades de promover, contraditar e, por fim, influenciar na formação do convencimento do julgador.

Todavia, como igualmente se verificou nas seções anteriores, os mecanismos negociais, na medida em que pressupõem a abreviação de uma ou mais de uma etapa do processo penal, fragilizam sobremaneira a materialização das garantias acima mencionadas, precisamente porque o desfecho sobre o caso penal, em regra, resta baseado apenas nos elementos informativos coligidos de forma unilateral pelos órgãos oficiais de persecução do Estado — Polícia Judiciária ou Ministério Público —, com pouca ou nenhuma participação do imputado, o qual muitas vezes acaba sendo compelido à aceitação dos acordos (eventualmente confessando as imputações que se lhe recaem), entre outros motivos devido à incerteza sobre o futuro resultado do processo.

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

Nesse sentido, já de algum tempo a doutrina vem debatendo sobre a necessidade de construção teórica (e de instrumentalização empírica) de um instrumento que faculte ao imputado, desde a fase de investigação preliminar, a capacidade de produção equivalente e paralela àquela desencadeada pelos órgãos de persecução oficial do Estado de elementos informativos alusivos ao objeto das imputações³⁶⁴. Trata-se da *investigação defensiva*. De acordo com Edson Luis Baldan, é possível conceituar essa modalidade de investigação como

o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial³⁶⁵.

Por intermédio desta atividade levada a cabo pelo próprio imputado³⁶⁶, oportuniza-se a construção de teses e pleitos defensivos relativamente aos fatos imputados — coligindo-se, por exemplo, informações exculpatórias ou que repercutam na classificação jurídica das acusações —, além de permitir, mediante um controle externo, a aferição da própria legalidade de atuação dos órgãos persecutórios estatais, ensejando, ademais, uma compreensão mais adequada e racional quanto à oportunidade e conveniência de aceitação dos acordos processuais penais³⁶⁷.

Importante salientar que, no Brasil, a atribuição de investigação preliminar pertence, em regra, à Polícia Judiciária³⁶⁸, não obstante a legitimidade do Ministério Público — hoje já reconhecida e pacificada — para instauração de procedimento investigativo criminal³⁶⁹. Nesse sentido, deve-se esclarecer que a investigação defensiva não pretende suprimir ou substituir a

³⁶⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022

³⁶⁵ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de se defender provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

³⁶⁶ Destaque-se a existência de autores que reconhecem a possibilidade de realização de investigações por parte da vítima e mesmo de possíveis testemunhas. Nesse sentido, DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

³⁶⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 65.

³⁶⁸ Art. 4º do CPP: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

³⁶⁹ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade de julgamento do Recurso Extraordinário 593727/MG, definiu, em sede de repercussão geral, o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade para instaurar procedimento de investigação criminal. Apoiando-se neste entendimento, o Conselho Nacional do Ministério Público editou as já analisadas Resoluções 181/2017 e 183/2018, dispoendo sobre questões procedimentais atinentes à investigação por parte do *Parquet*.

referida atribuição estatal, senão oportunizar ao imputado, mediante a observância de uma metodologia específica, com regras deontológicas determinadas, a efetiva possibilidade de produção de elementos informativos igualmente válidos, que possam consubstanciar teses em favor dos seus interesses, exercendo devidamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa³⁷⁰.

A propósito, malgrado a doutrina tradicional entenda que o contraditório e a ampla defesa não incidem durante a fase de investigação preliminar, na medida em que esta seria uma etapa administrativa, sigilosa, inquisitiva e discricionária, faz-se premente superar essa rançosa visão doutrinária, com raízes profundamente inquisitoriais e desalinhadas da sistemática garantista albergada pelo ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, em primeiro lugar, a Constituição da República de 1988 assegura — em qualquer processo judicial ou administrativo —, os direitos ao contraditório e à ampla defesa, não havendo espaço hermenêutico que autorize restringir sua incidência somente à fase de instrução processual, como bem destaca Marta Saad³⁷¹.

Além disso, resta hoje decisivamente demonstrada a influência da investigação preliminar na formação do convencimento jurisdicional³⁷². De fato, embora o Código de Processo Penal proscreva a utilização exclusiva dos elementos informativos coletados no fascículo investigativo para fundamentação da convicção do juiz³⁷³ — bem como a reforma advinda pela Lei Anticrime tenha previsto a exclusão física dos autos do inquérito à fase de instrução processual, com eficácia, todavia, suspensa por força de decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, do STF³⁷⁴ —, o que se percebe na prática é a prevalência dos referidos elementos de

³⁷⁰ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 43.

³⁷¹ “A redação atual da Constituição permite concluir que não se admite mais persecução penal preparatória ou prévia unilateral: não se admitem instruções secretas ou interrogatórios sob coação. Não se pode excluir a presença do defensor, indispensável. [...] Desta forma, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então a defesa integral, contínua e unitária”. (SAAD, Marta Cristina Cury. Defesa no inquérito policial. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2, ed. 4, p. 59-83, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/604/358>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 66 e 70).

³⁷² Para devida compreensão da temática, imprescindível a leitura da tese de doutorado do Prof. André Rocha Sampaio, recentemente publicada pela Editora Lumen Juris. Nesse sentido, cf.: SAMPAIO, André Rocha. **Processo penal e governamentalidade: a influência dos elementos inquisitoriais na convicção judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

³⁷³ Artigo 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (grifos nossos).

³⁷⁴ Para uma análise crítica sobre o assunto, conferir: SAMPAIO, André Rocha; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Exclusão física dos autos de investigação: um olhar sóbrio, mas não pessimista. **Revista Liberdades**,

investigação na motivação do convencimento do julgador, o qual não raramente emprega espúrios mecanismos linguísticos visando a escamoteá-los, conferindo-lhes uma aparência de licitude por meio de uma *criptomotivação*³⁷⁵.

Em terceiro plano, e aqui reside o ponto central da questão no tocante ao objeto de análise deste trabalho, levando-se em consideração que os mecanismos negociais se baseiam essencialmente nos elementos informativos coligidos na primeira fase da persecução, deve-se garantir ao imputado a possibilidade recíproca e equivalente de produzi-los, seja para fins de apresentar uma versão diferente dos fatos investigados, contrastando com aqueles alinhavados durante a investigação estatal — podendo assim, inclusive, influir na *opinio delicti* do órgão acusador —, seja para possibilitar uma melhor compreensão sobre a conveniência de renunciar à sua posição de resistência em face da pretensão acusatória, por meio da aceitação ou recusa das condições oferecidas na oportunidade das tratativas negociais.

Nesse sentido, a investigação defensiva se coloca como uma imprescindível ferramenta destinada a assegurar o equilíbrio e paridade entre os órgãos persecutórios estatais, de um lado, e o investigado ou acusado, de outro lado, afigurando-se como corolário das garantias do contraditório, da ampla defesa e, em última análise, apresentando-se como condição indissociável de um justo e devido processo legal.

Como destaca Welton Roberto, garantir que o advogado possa requisitar informações, oficial e notificar testemunhas, requerer audiências e debater sobre perícias desde a fase investigativa é exigência indispensável de um processo justo, cuja negação conduziria à redução do contraditório a uma oratória vazia e inútil, ensejando, diante dos poderes cada vez maiores outorgados à acusação, danos irreparáveis ao imputado³⁷⁶. No mesmo sentido, para Luigi Ferrajoli faz-se primordial que a defesa seja provida da mesma capacidade e dos mesmos poderes da acusação — inclusive no que concerne à capacidade investigativa —, bem como que o contraditório possa ser admitido em qualquer estado ou grau da persecução penal, por respeito ao princípio da igualdade³⁷⁷.

São Paulo, v. 11, n. 29, p. 115-131, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/938>. Acesso em: 1 out. 2022.

³⁷⁵ SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 175–210, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.299. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299>. Acesso em: 28 mai. 2022.

³⁷⁶ ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 104.

³⁷⁷ “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao

Na Itália, cuja tradição jurídica muito se assemelha à do Brasil, porquanto erigida com base em uma estrutura codificada, fundada na lei, a investigação defensiva já se apresenta como uma realidade. Desde a Constituição Italiana de 1948, com as alterações que sobrevieram em seu artigo 111 a partir da reforma constitucional do *giusto processo*³⁷⁸, preconiza-se que a lei deve assegurar ao imputado “as condições necessárias para preparar a sua defesa”, facultando-lhe “obter a convocação e o interrogatório das pessoas nas mesmas condições da acusação”, de sorte a permitir a colheita de elementos sensíveis aos seus interesses em qualquer etapa da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, recursal e de execução da pena³⁷⁹.

Essa realidade, todavia, somente se consolidou a partir do advento da Lei 397, promulgada em 07 de dezembro de 2000, mediante a inserção de um novo título (*investigazioni difensive*) à segunda parte do Código de Processo Penal Italiano, a qual passou a dispor que o advogado poderá entrevistar “pessoas aptas a relatar circunstâncias úteis para a atividade investigativa” (*art. 391-bis*), sendo autorizado a solicitar documentos em posse da administração pública (*art. 391-quater*), realizar perícias por meio do levantamento de informações técnicas, gráficas, planimétricas, fotográficas e audiovisuais (*art. 391-sexies*), acedendo a lugares privados ou não abertos ao público (*art. 391-septies*), e elaborando, ao final, um dossiê contendo todos os elementos informativos produzidos (*art. 391-octies*), que poderá ser apresentado ao juiz durante as diligências instrutórias e na oportunidade da audiência preliminar.

Nos Estados Unidos, por sua vez, que possuem, como já se viu, uma tradição jurídica substancialmente distinta daquela existente na Itália e no Brasil, baseada na *Common Law* e nos precedentes judiciais, verifica-se igualmente a possibilidade do imputado de produzir elementos informativos no curso da fase preliminar, possibilidade assegurada tanto por algumas decisões paradigmáticas oriundas da Suprema Corte estadunidense quanto em diretrizes deontológicas editadas pela associação de classe dos advogados.

Com efeito, a partir do julgamento do caso *Brady v Maryland*, em 1963, a Suprema Corte instituiu a regra conhecida como *Brady Rule*, estabelecendo o dever da acusação — e, posteriormente, no julgamento do caso *Kyles v Whitley*, em 1995, estendendo esse dever

interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490).

³⁷⁸ FERRUA, P. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 661–688, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i2.61. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61>. Acesso em: 6 out. 2022.

³⁷⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 47.

também aos órgãos de polícia — de apresentar qualquer evidência que seja favorável ao acusado, seja em relação à sua situação de inocência, seja em face de alguma circunstância atenuante da pena³⁸⁰. Esse material informativo, conhecido como *Brady Material*, deve ser apresentado independentemente de requerimento por parte da defesa e a ausência no seu fornecimento importa na nulidade do processo ou do eventual acordo processual firmado³⁸¹. Foi estabelecida, assim, a exigência de descoberta (*Discovery ou Disclosure*) mediante a obrigatoriedade do compartilhamento de informações como condição essencial à garantia do devido processo legal³⁸².

Além disso, a *American Bar Association* — associação de classe de advogados e estudantes de Direito dos Estados Unidos, equiparada à Ordem dos Advogados do Brasil — preconiza, no seu Guia de Orientações para Defesa em Processos Criminais (*Criminal Justice Standards for the Defense Function*), especialmente em sua parte quatro, sobre os deveres éticos que norteiam a atividade investigativa por parte da defesa. Nesse sentido, dispõe-se que o advogado tem o *dever de investigar todos os casos sob seu patrocínio*, a fim de determinar a (in)existência de base fática suficiente para sustentar as acusações. Esse dever, pontua o estatuto deontológico, não é limitado pela aparente força probatória das imputações e deve ser cumprido independentemente do desejo de seu cliente de admitir a culpa ou realizar acordos de barganha³⁸³.

³⁸⁰ DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 116.

³⁸¹ Dada a forma de organização federalista dos Estados Unidos, em alguns Tribunais Federais de Apelação (*federal courts of appeal*) aplica-se a *Brady Rule* ao procedimento de *plea bargaining* (como é o caso daqueles que integram o décimo circuito, abrangendo os distritos de Colorado, Kansas, Novo México, Oklahoma, Utah e Wyoming), enquanto em outros, esta regra não é aplicada (caso das Cortes que integram o quinto circuito, relativas aos distritos de Louisiana, Mississippi e Texas). Para uma análise percuciente sobre esse contexto, conferir: PETEGORSKY, Michel Nesser. *Plea bargaining in the dark: the duty to disclose exculpatory evidence during plea bargaining*. **Fordham Law Review**, Nova Iorque, v. 81, p. 3599-3650, out. 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13/>. Acesso em: 8 out. 2022.

³⁸² “O grande mérito do direito norte-americano é o de contemplar o momento de *Discovery* ou *Disclosure*, como também denomina o Direito Inglês, que se qualifica como uma fase pré-processual de aferição dos elementos de provas referentes aos fatos da causa. [...] Assim, dentro da perspectiva de um sistema adversarial, em que a iniciativa da condução do processo fica a cargo das partes, assumindo o juiz uma postura neutra, o ordenamento jurídico se preocupou com a existência de uma regra de transparência na revelação das provas que as partes dispõem a fim de se alcançar a verdade no processo.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. *A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 50 e 51).

³⁸³ “*The duty to investigate is not terminated by factors such as the apparent force of the prosecution’s evidence, a client’s alleged admissions to others of facts suggesting guilt, a client’s expressed desire to plead guilty or that there should be no investigation, or statements to defense counsel supporting guilt.*” (AMERICAN BAR ASSOCIATION (Estados Unidos). **Criminal Justice Standards for the Defense Function**: Part IV: investigation and preparation, [S. l.], 2017. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/. Acesso em: 9 out. 2022.

Ademais, preceitua o Guia que o advogado, tão logo assuma a causa, deve empreender esforços para explorar todos os caminhos que levem à descoberta de informações relevantes ao mérito da causa, baseado no melhor interesse do seu cliente, o que pode incluir investigações sobre o local do crime, perícias forenses, bem como depoimento de profissionais de áreas diversas. Outrossim, o diploma veda que o advogado se utilize de meios ilegais ou antiéticos para obtenção das evidências de que necessite, estabelecendo limites quanto ao contato e entrevista com vítimas e possíveis testemunhas, proscrevendo a utilização de qualquer abordagem intimidatória ou que provoque influências indevidas nos seus respectivos depoimentos.

No Brasil, embora a Constituição da República estabeleça o contraditório e a ampla defesa como condições inarredáveis de um devido processo legal — cuja aplicabilidade, consoante acima se afirmou, não se limita somente à fase instrutória, permeando, na verdade, toda persecução penal —, o que se verifica é um cenário de anomia quanto à regulamentação da investigação defensiva. De fato, não existe ainda no ordenamento jurídico pátrio uma lei que disponha sobre a atividade de busca de informações e evidências preliminares por iniciativa do imputado e de seu defensor, o que conduz a um inquestionável cenário de insegurança jurídica, não raras vezes suscitando temores por parte dos advogados e desconfiança pelos demais atores processuais quanto à produção e utilização dos elementos informativos coletados pela defesa no curso da fase pré-processual³⁸⁴.

A despeito dessa ausência de regulamentação legal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, reconhecendo a importância da investigação defensiva como meio imprescindível ao exercício da ampla defesa, editou o Provimento n. 188/2018, tratando de aspectos conceituais sobre o instituto³⁸⁵ e dispendo sobre seu âmbito de incidência.

Nesse sentido, o artigo 2º daquele Provimento preceitua que a investigação por parte do advogado poderá se desenvolver durante a “etapa da investigação preliminar, no decorrer da

³⁸⁴ De fato, muitos advogados e defensores públicos sentem-se temerosos à realização de atividades investigativas, especialmente diante da tipificação prevista no Código Penal referente aos crimes de coação no curso do processo (art. 344, CP) e fraude processual (art. 347, CP). Todavia, como esclarece Franklyn Silva, não se busca, por meio da investigação defensiva, criar ou falsificar informações que interessem à defesa, senão “coletar elementos que passam despercebidos aos olhos da Polícia Judiciária e da acusação e que possam, de algum modo, influir na compreensão adequada do fato posto em julgamento.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022, p. 70).

³⁸⁵ Art. 1º do Provimento 188/2018 do CFOAB: “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”.

instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal”, mediante a realização de quaisquer diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos, incluindo a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, a elaboração de laudos e exames periciais, e reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva jurisdicional.

Não obstante seu artigo 7º disponha que as autoridades devem se abster de opor qualquer obstáculo ou censura à realização dessa atividade, haja vista se tratar de uma prerrogativa privativa do advogado, fato é que, na prática, como dito, não raras vezes o profissional encontra uma miríade de dificuldades ao desenvolvimento da investigação defensiva. Isso se dá tanto pelo desconhecimento acerca da existência do Provimento quanto pelo seu efetivo menosprezo, questionando-se sua força normativa e o dever de observância que dele decorre, haja vista ter sido veiculado em um ato regulamentar editado pelo Conselho Federal da classe, à míngua de expressa previsão legal³⁸⁶.

Nesse sentido, há alguns anos vem-se reverberando a efetiva necessidade de regulamentação legal da atividade de investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio. O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, com a redação originalmente apresentada ao Senado Federal, previu, em um único artigo (art. 14 do PLS 156/2009), que seria “facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas”. Ademais, o parágrafo único daquele dispositivo estabelecia que “as entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvida”.

Conquanto louvável a iniciativa de trazer ao novo diploma processual a figura da investigação defensiva, o Projeto apresentado no Senado deixava um espaço sobremaneira aberto em relação à regulamentação do instituto, principalmente no que concerne aos limites éticos que deveriam orientar a realização dessa atividade pela defesa. Em face dessas críticas, foi apresentada na Câmara dos Deputados, no âmbito do PL 8.045/2010, uma nova redação ao instituto, trazendo o artigo 13 daquele Projeto, em seus parágrafos, uma série de balizas norteadoras da busca de elementos informativos, entre as quais a proibição de interpelação da vítima para que participe do procedimento, a possibilidade do juiz de garantias de fixar

³⁸⁶ DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

condições à realização das entrevistas pelo advogado e a previsão de responsabilidade cível, criminal e disciplinar face a eventuais excessos cometidos.

Atualmente, com o amadurecimento dos debates após sucessivas reuniões e audiências públicas no âmbito das Comissões e Grupos de Trabalho instaurados para discutir a reforma do CPP, o já mencionado substitutivo ao PL 8.045/2010 apresentado pelo relator do Projeto na Câmara Federal, Deputado João Campos, trouxe inequívocos e elogiáveis avanços ao instituto ora analisado. Com efeito, previu-se em seção própria (seção VIII — da investigação defensiva) uma série de dispositivos atinentes a essa atividade, abarcando questões conceituais e principiológicas (arts. 44 e 45), âmbito de incidência (arts. 46 e 47) e limites éticos à investigação (art. 48 e 49). Além disso, suprimiu-se a questionável previsão constante na redação do Projeto inicial, a qual condicionava a juntada do material produzido à discricionariedade da autoridade policial³⁸⁷.

Em suma, pode-se concluir que a investigação defensiva se apresenta como importante ferramenta destinada a assegurar a paridade de armas entre os órgãos de persecução estatal e o imputado, instrumentalizando a concretização de garantias primordiais ao cognitivismo processual e, portanto, à estrutura epistemológica garantista. Ademais, trata-se de condição fundamental de legitimidade dos acordos firmados no âmbito do paradigma negocial, permitindo-se que o imputado possa ter uma compreensão mais adequada sobre os riscos que eventual renúncia à sua posição de resistência venha a lhe acarretar, oportunizando, outrossim, a coleta de elementos que igualmente influenciem na *opinio delicti* do titular da ação penal, quiçá levando a um desfecho diverso daquele que, de outra forma, face aos elementos unilateralmente produzidos pela investigação oficial, sobreviria.

Diante de um contexto de sistemática e acelerada expansão dos mecanismos negociais, tanto a nível global quanto nacional, faz-se premente que o Brasil regulamente, no tempo mais breve possível, a atividade investigativa levada a cabo pela defesa, de sorte a minimizar as ranhuras que essa forma de resolução dos casos penais promove aos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que concerne ao direito à prova e ao direito à defesa, elementos inarredáveis de um processo penal justo, acusatório e garantista.

Para mais, deve-se também garantir ao pretense autor do fato, desde a fase de investigação preliminar, a devida assistência técnica por profissional capacitado, inclusive nas

³⁸⁷ A redação original do PL 8.045/2010 dispunha, no parágrafo quinto do artigo 13, *in verbis*: “O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”. Tal previsão legal ensejava o risco de inefetividade das diligências investigativas, porquanto mantinha sob discricionariedade da autoridade policial a consideração dos materiais produzidos por iniciativa do investigado.

hipóteses em que aquele não se dispõe de suficientes recursos financeiros aptos à contratação desses serviços³⁸⁸. Em sua obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli já defendia que, paralelamente à existência de um Ministério Público da Acusação, far-se-ia primordial, como forma de garantir a paridade de armas, a existência de um Ministério Público da Defesa — isto é, um *defensor público* —, precisamente porque a tutela dos interesses das pessoas inocentes representa valor socialmente tão relevante quanto a punição dos culpados³⁸⁹.

No Brasil, embora a Constituição da República preconize, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que o “Estado deverá prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, e a Defensoria Pública, instituição com assento constitucional³⁹⁰, exerça, como já se afirmou, um papel imprescindível na luta contra a desigualdade de toda espécie, na prática o que se verifica é um lamentável cenário de disparidade entre o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública.

Segundo levantamentos disponíveis no relatório “Pesquisa Nacional Defensoria Pública 2022”, colhidos mediante cooperação entre Defensorias Públicas Estaduais e Defensorias Públicas da União, a instituição possui um orçamento aproximadamente 289% menor do que aquele destinado ao Ministério Público e uma assustadora quantidade 1.540% menor em comparação ao orçamento público destinado ao Poder Judiciário. Isso se reflete, igualmente, no quantitativo de membros que compõe cada instituição: enquanto a Defensoria Pública possui aproximadamente 7 mil membros, o Ministério Público dispõe de uma quantidade quase duas vezes maior: são 12.894 Promotores(as) e Procuradores(as) de Justiça. Graças a esse cenário, a Defensoria Pública somente consegue atender efetivamente cerca de 48% das comarcas, de sorte que mais da metade do território nacional carece de efetivo atendimento jurídico gratuito³⁹¹.

³⁸⁸ Como leciona Leonardo Greco: “O sistema ideal é aquele em que o patrocínio dos interesses dos pobres é exercido em igualdade de condições com o daqueles que podem arcar com a contratação de advogados particulares.” (GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I, 5ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6417-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6417-7/>. Acesso em: 09 out. 2022).

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 467.

³⁹⁰ Art. 134 da CRFB/88: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

³⁹¹ ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

Em um cenário como esse, a legitimidade do procedimento negocial resta fundamentalmente comprometida — bem como a de toda persecução penal —, tanto pela impossibilidade prática de realizar a coleta de elementos informativos por iniciativa da própria defesa quanto pela inviabilidade de acompanhar e orientar adequadamente o investigado ou acusado no curso da investigação oficial ou do processo penal. Isso pode ensejar, à semelhança dos estudos empíricos já analisados relativamente à realidade negocial estrangeira, a aceitação forçosa ou desinformada dos acordos, fazendo com que o imputado opte por renunciar à sua posição de resistência em virtude da ignorância ou do receio quanto às consequências que um eventual julgamento de mérito lhe acarretaria.

Nesse contexto, tem-se que a expansão dos mecanismos negociais no Brasil deve ser acompanhada do efetivo aparelhamento da Defensoria Pública enquanto instituição capaz de oferecer um atendimento jurídico gratuito e efetivo, sob pena de agravar um cenário já caracterizado pela desigualdade social e insuficiência na assistência jurídica penal, acentuando ainda mais a seletividade do sistema de justiça criminal. Essa expansão da atuação defensiva deve perpassar, inclusive, pela lotação de Defensores Públicos nas Delegacias de Polícia, com vistas a instruir adequadamente aqueles que tenham sido conduzidos em flagrante ou estejam respondendo a inquéritos policiais, à guisa de ser assegurada uma efetiva paridade de armas, mormente em face das atuais propostas normativas que visam à expansão da legitimidade de oferecimento dos acordos às autoridades policiais.

Por fim, faz-se necessário que os acordos somente sejam oferecidos nas hipóteses em que todas as condições da ação encontrem-se suficientemente preenchidas, notadamente a existência de justa causa apta a levar o imputado a um eventual processo criminal. A experiência dos Juizados Especiais demonstra, lamentavelmente, a inversão do princípio constitucional da presunção de inocência, evidenciando o oferecimento de transações penais quando não se possui elementos suficientes de materialidade e autoria aptos a embasar eventual denúncia, em um verdadeiro *in dubio pro transação*³⁹². Pode-se prever cenário semelhante em relação a outros institutos recentemente introduzidos no ordenamento jurídico pátrio — a exemplo do acordo de não persecução penal —, embora ainda faltem estudos empíricos confirmando esta hipótese.

A Justiça Negocial não pode se resumir a uma mera ferramenta de cariz economicista destinada a reduzir os custos de um processo mediante a simplificação do caminho necessário a se chegar legitimamente à pena. Não se pode admitir a negociação sobre *direitos e garantias*

³⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Revista de Ciências Penais**, vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/dez 2008.

fundamentais — em razão da natureza irrenunciável e inalienável delas — em prol de interesses econômicos ou mercadológicos.

O Poder Judiciário, nessa perspectiva, enquanto garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, não pode se furtar de avaliar adequada e percucientemente o preenchimento de todos requisitos necessários à formalização dos acordos. Com efeito, o Juiz, embora não participe ativamente das negociações, inclusive como forma de resguardar a separação entre as distintas atividades dos atores processuais, deve necessariamente se debruçar sobre todos as condições avaliadas no presente trabalho, verificando o preenchimento dos requisitos atinentes à voluntariedade, inteligibilidade e de todas as demais garantias que constituem a epistemologia garantista, como o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas, as quais, diante deste novo paradigma de resolução dos conflitos penais, expressam-se como verdadeiros escudos protetores contra o potencial sempre abusivo do poder punitivo do Estado.

6 CONCLUSÃO

Desde uma perspectiva democrática, a aplicação de uma sanção penal, entendida como medida restritiva a direitos fundamentais, reclama a observância de alguns limites previstos constitucionalmente. Com efeito, a Constituição da República Federativa de 1988, a partir de uma nítida inspiração liberal, preocupou-se em estabelecer uma série de garantias limitadoras do poder punitivo do Estado, com o propósito maior de evitar abusos e violações que sistematicamente acometeram o Brasil durante sucessivos períodos da sua história. Essas garantias encontram-se particularmente consubstanciadas na cláusula do *devido processo legal*, estatuída no artigo 5º, inciso LIV da CRFB/88.

Atendendo ao núcleo protetivo estabelecido pela Carta Cidadã, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um modelo de Direito Penal e Processo Penal de jaez garantista, porquanto estabeleceu um conjunto de normas cuja observância pelo Estado apresenta-se como condição de legitimidade das sanções penais impostas. Essas normas podem ser analisadas, nesse sentido, a partir da ótica do *Garantismo Penal*, teoria sobretudo elaborada e amadurecida pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*.

Para o referido autor, uma vez que a restrição a direitos fundamentais importa em um elevado grau de custo social, faz-se necessário que existam pressupostos normativos por meio dos quais se possa legitimar tanto a definição quanto a fatos considerados delituosos como os procedimentos que podem ser utilizados para efetiva comprovação da prática desses fatos. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli elaborou um modelo falsacionista de determinação do desvio e responsabilidade penal denominado de *epistemologia garantista*, estruturado de acordo com dois elementos fundamentais: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual.

A partir especificamente deste último elemento — o qual se relaciona lógica e indissociavelmente ao primeiro, como o presente trabalho analisou — tem-se que a pena somente pode ser considerada válida quando aplicada por meio de um processo judicial (princípio da jurisdiccionariedade em sentido lato), no qual seja assegurada a separação entre as distintas atividades de quem acusa, quem defende e quem julga (princípio acusatório), evitando-se a indevida discricionariedade do órgão responsável por promover a acusação (princípio da obrigatoriedade da ação penal), e garantindo, ademais, que o imputado possa se valer do seu direito à ampla defesa, facultando-lhe a produção de provas aptas a refutar a hipótese acusatória e assegurando-lhe a preservação do seu estado de inocência.

Entretanto, em que pese a Constituição da República tenha nitidamente optado por um modelo de processo penal garantista, ela também estabeleceu a necessidade de duração razoável

deste processo, a partir de meios que possam garantir a celeridade da sua tramitação (art. 5º, inciso LXVIII da CRFB/88), determinando expressamente a criação de Juizados Especiais competentes para o julgamento dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, no bojo do qual fosse materializado um procedimento oral e sumaríssimo, sendo autorizada, nas hipóteses previstas em lei, a transação entre as partes (art. 98, inciso I da CRFB/88).

Com efeito, o Brasil, desde a Constituição de 1988, inseriu-se em um amplo movimento de importação de institutos negociais no processo penal, o que se deu a partir da pretensa justificativa de conferir uma tramitação supostamente mais célere e eficiente à persecução criminal. Dentro desse movimento, inserem-se também diversos países da América Latina, os quais, a partir das reformas que sobrevieram em seus Códigos de Processo Penal, passaram a incorporar mecanismos negociais, como foi o caso da Argentina, com a promulgação do Código de Processo Penal da Nação (Lei 23.948/91) e do Chile, com o Código de Processo Penal reformado (Lei 19.696/2000).

Conforme o presente trabalho pôde analisar, a ferramenta negocial a partir da qual os diferentes países da Europa Continental e da América Latina buscaram se inspirar para fins de adoção de soluções pretensamente mais eficientes consiste no *plea bargaining* oriundo das nações de tradição jurídica anglo-saxônica, especificamente dos Estados Unidos e da Inglaterra. Nesses países, estima-se que cerca de 90 a 98% dos casos criminais são resolvidos por meio dos acordos de barganha³⁹³, nos quais o acusado confessa a prática delituosa, deslocando-se de uma posição de resistência face à acusação — conformando-se com a pena a ser aplicada — sob a contrapartida do recebimento de algum benefício, que pode ser de natureza penal, processual penal ou atinente à forma de cumprimento da pena.

No Brasil, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, como visto, trouxe diversos dispositivos por meio dos quais se possibilita ao suposto autor do fato a participação em negociações penais, seja mediante a composição cível dos danos, a suspensão condicional do processo ou pela própria transação penal. Não obstante, embora houvesse, de início, a expectativa de que os referidos institutos diminuíssem a sobrecarga processual das varas

³⁹³ Entre outros, ver: SORAGE, Stephanie; WASHINGTON, Melvin; SUBRAMANIAN, Ram. **In the shadows: a review of the research on plea bargaining**. Nova Iorque: Vera Institute of Justice, 2020. Disponível em: <https://staging.vera.org/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020; LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022; FAIR TRIAL. **The Disappearing Trial**. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2022.

criminais comuns, resguardando e otimizando recursos estatais à persecução dos crimes de maior potencial ofensivo, tal expectativa não logrou se concretizar na prática forense.

Ao contrário, o que diversos estudos demonstraram é que se passou a desenvolver nos Juizados uma prática de descontrolada aceleração procedimental, fazendo com que muitos acordos fossem oferecidos sem a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria aptos a justificá-los. Além disso, as ideias de consenso e diálogo, que constituiriam a base principiológica daquele diploma legal, igualmente não se mostraram presentes na prática, porquanto além do despreparo dos conciliadores responsáveis pela condução dos procedimentos (muitos dos quais não tinham sequer formação jurídica), havia um enorme interesse dos atores envolvidos em finalizar o mais rapidamente possível os casos em discussão.

Nos anos seguintes à promulgação da Lei dos Juizados, o ordenamento jurídico brasileiro, como visto, presenciou a emergência de diversas outras legislações que se propuseram a expandir os espaços de negociação no processo penal pátrio. Dentre essas, destacam-se a Lei de Organizações Criminosas — no bojo da qual foi regulamentado o procedimento alusivo ao instituto da colaboração premiada — assim como a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019), que inseriu outro importante mecanismo de consenso, denominado de acordo de não persecução penal.

Em relação à colaboração premiada, viu-se que as principais críticas repousam sobretudo em relação à ausência de observância das condições previstas na lei face aos benefícios oferecidos aos colaboradores, situação que divide a doutrina, mas que diante de um sistema fundamentalmente acusatório e garantista, deve conduzir à conclusão pela necessidade de respeito às balizas legais. No que concerne ao acordo de não persecução penal, por se tratar de um instituto muito recentemente introduzido no sistema jurídico pátrio, não se encontrou na literatura a existência de estudos empíricos descortinando as maiores problemáticas oriundas da sua utilização.

A despeito disso, o presente trabalhou propôs-se a analisar algumas questões fundamentais referentes àquele mecanismo, notadamente a questionável exigência da lei quanto à confissão para fins de formalização do acordo — o que se entende como despidendo, uma vez que a base fática já deve se encontrar suficientemente caracterizada, sendo ainda tal exigência problemática porquanto suscetível a confissão de vir a ser indevidamente utilizada como prova na eventual fase processual —, criticando-se ademais a excessiva abertura do texto legal quanto aos critérios subjetivos passíveis de valoração por parte do órgão ministerial, alusivos à suficiência e necessidade das medidas impostas. Nesse sentido, defendeu-se que a discricionariedade do órgão ministerial deve ser limitada por critérios mais definidos e

dogmaticamente controláveis, preferencialmente previstos de forma expressa na lei, sobretudo à vista da tradição civilista a qual o ordenamento jurídico pátrio se vincula.

Por fim, na última seção deste trabalho, perscrutaram-se as atuais propostas normativas destinadas à ampliação dos espaços de consenso no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente aquelas ventiladas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PL 8.045/2010). Foi possível, a partir dessa análise, concluir pela necessidade de cautela quanto à inadvertida expansão daqueles institutos, sobretudo em razão de algumas previsões nele existentes, particularmente no que concerne à justiça restaurativa — a qual, dada a tradição autoritária e inquisitória do sistema de justiça criminal brasileiro, pode acabar se tornando mais um instrumento de intensificação do poder punitivo do Estado, em vez de uma forma alternativa e menos deletéria de resolução dos conflitos sociais — e ao julgamento antecipado de mérito.

Sobre este último instituto, as críticas recaem notadamente em relação à previsão contida no Projeto de Reforma quanto à natureza da sentença homologatória do acordo formulado entre as partes, na medida em que se dispõe que esta sentença produzirá todos os efeitos decorrentes da condenação, inclusive ensejando a possibilidade de que o acusado tenha sua liberdade privada (por exemplo, a partir de uma unificação de penas caso existente outra condenação criminal) à míngua de um processo judicial no qual assegurado o exercício do direito de defesa e de produção probatória — havendo, inclusive, expressa previsão legal de que o acusado dispense a produção de provas e renuncie ao direito de impugnação da sentença.

Dessa forma, considerando todas as análises desenvolvidas neste trabalho, tanto em relação aos mecanismos negociais já positivados no Brasil quanto em face das propostas normativas destinadas a sua ampliação, e tendo ainda em vista a miríade de problemáticas retratadas na literatura estrangeira relativamente aos institutos lá existentes, faz-se possível concluir que o paradigma de resolução dos conflitos criminais mediante os mecanismos de consenso, apresentado como uma alternativa pretensamente mais eficiente e menos burocrática ao sistema de justiça criminal, enseja diversos prejuízos às garantias fundamentais que conformam o sistema epistemológico garantista formulado por Luigi Ferrajoli e albergado na Constituição da República de 1988.

Isso se dá, em um primeiro momento, na medida em que os mecanismos negociais pressupõem a supressão de todo o processo judicial ou de alguma(s) de suas fases estruturais, de tal sorte que a determinação sobre a existência da materialidade do crime e sua respectiva autoria resta alcançada a partir de um expediente alternativo e mais simplificado, cujo desenvolvimento incumbe fundamentalmente, de um lado, ao órgão responsável pela promoção da acusação (nos casos de ações penais públicas, ao Ministério Público), legitimada ainda, na

maioria das vezes, por meio de uma declaração autoincriminatória do imputado. Tal cenário acarreta, de início, o esvaziamento da garantia da jurisdicionariedade, porquanto autoriza a imposição de medidas restritivas a direitos fundamentais — em alguns casos, inclusive privativas de liberdade — à mingua de um processo judicial, conduzindo ao fenômeno descrito como administrativização das condenações criminais³⁹⁴.

Além disso, a outorga da determinação de responsabilidade criminal ao órgão responsável pela acusação acaba por lhe conceder um excessivo poder quanto à escolha de quais indivíduos estarão suscetíveis ao recebimento dos acordos, bem como quais condições poderão ser por eles cumpridas. Isso promove a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim como o prejuízo à legalidade penal e processual penal, quer seja porque a discricionariedade se apresenta como intrínseca ao próprio paradigma negocial (não sendo, em alguns casos, nem mesmo possível auditar as razões pelas quais os acordos deixaram de ser oferecidos, particularmente nos casos em que a valoração recai sobre critérios subjetivos), quer seja porque algumas condições oferecidas não se encontram expressamente previstas em lei.

Outrossim, porquanto dispensam a utilização de um sistema cognitivista — fundado em provas produzidas e refutadas em juízo — para demonstração da prática do crime, os mecanismos negociais acabam dependendo primordialmente dos elementos informativos coligidos durante a fase de investigação preliminar, na qual, em geral, não se observa a efetiva participação (e reação) do acusado, sendo tais elementos produzidos unilateralmente a partir de um expediente sigiloso, discricionário e essencialmente inquisitivo. A garantia do contraditório e da ampla defesa, da qual decorre o direito à produção probatória, resta, portanto, substancialmente enfraquecida, não sendo possível na maior parte dos casos averiguar a (i)lícitude dos procedimentos utilizados para formação da base fática sobre a qual os acordos se subsidiam.

De outro giro, uma vez que para formalização do acordo se exige que o acusado consinta com a abreviação da via processual ordinária, em alguns casos, inclusive, reconhecendo a responsabilidade pela prática delituosa, os mecanismos negociais acabam frequentemente engendrando cenários propícios à utilização de expedientes coercitivos por parte de diversos atores processuais — os quais, interessados em finalizar mais rapidamente a discussão do caso penal, passam a pressionar o imputado para que concorde com a abreviação procedimental — incluindo-se promotores de justiça, magistrados e até mesmo advogados e defensores públicos.

³⁹⁴ LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administrativization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

Isso acarreta, por sua vez, conforme vários estudos referidos neste trabalho puderam demonstrar, a potencialização do risco de condenação de pessoas inocentes, tendo em vista que diversos imputados, diante do receio de recebimento de uma sanção mais gravosa caso sejam submetidos a julgamento e venham a ser condenados — naquilo que se denomina *tesoura sancionatória* ou *preço do julgamento* —, acabam saindo de uma posição de resistência, anuindo com a aplicação de uma pena antecipada mesmo não tendo sido eles os efetivos responsáveis pelo crime, à guisa de evitar a imposição de uma pena mais severa caso decidissem ir a julgamento.

Diante desse cenário de relativização (e, em alguns casos, de completa supressão) de garantias fundamentais, e considerando ainda que a expansão do paradigma da justiça negocial se apresenta, conforme relatam alguns autores, como uma tendência inexorável, o presente trabalho se propôs a apresentar sugestões que devem servir como balizas legitimadoras dos procedimentos desenvolvidos por meio dos mecanismos de negociação. Defendeu-se, assim, a imprescindível necessidade de regulamentação da investigação defensiva, enquanto expediente capaz de possibilitar a produção de elementos informativos por iniciativa do investigado e/ou acusado, assegurando-lhe a ampla defesa e trazendo, ademais, isonomia e paridade relativamente aos órgãos de persecução do Estado.

Além disso, sustentou-se a necessidade de maior controle judicial quanto à base fática sobre a qual os acordos se assentam, com vistas a garantir que somente seja possível se proceder às negociações quando existentes suficientes elementos de autoria e materialidade aptos a levar o imputado ao julgamento ordinário. Inadmissível, portanto, conforme oportunamente se pontuou, que os acordos sejam oferecidos, por exemplo, na ocasião da audiência de custódia, tendo em vista que neste momento preambular sequer se tem como possível consubstanciar adequadamente a *opinio delicti* do titular da ação penal.

Por fim, como forma de também garantir a isonomia e paridade de armas entre o imputado e os órgãos de persecução do Estado, faz-se imprescindível que haja a ampliação da atuação das Defensorias Públicas, sobretudo durante a fase de investigação preliminar, a qual, como visto, consiste no momento em que se formará a eventual base fática legitimadora das avenças. Infelizmente, existe ainda no Brasil um grande déficit no provimento de cargos da Defensoria, a refletir na efetividade de atuação deste órgão essencial ao Estado Democrático de Direito, prejudicando, por conseguinte a validade dos acordos e, em última análise, vilipendiado todo sistema epistemológico garantista, o qual se manifesta como legítimo escudo protetor face ao potencial sempre existente de abuso do poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. Limites Jurídicos Da Delação Premiada E A Necessidade De Controle Recursal Contra A Sentença Homologatória. **Revista Parahyba Judiciária**, v. 11, p. 413-439, 2018. Disponível em: https://jfpe.gov.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/RosmarAntonniRodriguesCdeAlencar/Limites_parahyba_judiciaria_n11_2018.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Orientador: Roberto Kant de Lima. 2012. 271 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2012.

ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. **Columbia Law Review**, Vol 79, No. I, 1979, p. 07. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 30 jan. 2022.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (Estados Unidos). **Criminal Justice Standards for the Defense Function**: Part IV: investigation and preparation, [S. l.], 2017. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/DefenseFunctionFourthEdition/. Acesso em: 9 out. 2022.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. Orientador: José Vicente Tavares dos Santos. 1999. 141 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre, 1999.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de se defender provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de;

MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 122, p. 359-390, set./out. 2016.

BRADY V. UNITED STATES, 397 U.S. 742 [1970]. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 30 out. 2022.

BRANCO, Matheus de Andrade. Incongruências do instituto da transação penal e seus aspectos de um acordo por adesão. **Justiça do Direito**, [s. l.], v. 27, ed. 1, p. 234-248, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4567>. Acesso em: 1 mai. 2022.

BRASIL. **Exposição de Motivos ao PLS 156/2009**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&ts=1630439504987&disposition=inline>. Acesso em 27 set. 2022

BRASIL. **Projeto de Lei 8.045/2010**. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 27 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 634/RJ. Autor: R.H.F. Réu: A.C.F. de M. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília - DF, 21 de março de 2012. **Diário de Justiça**, 03.04.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 582.678 – RJ**. Impetrante: Rodrigo Luiz Duque Estrada. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 21 de junho de 2022. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20582678>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 657-165 – RJ**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília, 18 de junho de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20657165>. Acesso em: 27 out. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

CALLEGARI, André Luis. Nunca a lei de colaboração premiada foi tão debatida nos tribunais. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-ago-21/andre-callegari-nunca-colaboracao-premiada-foi-tao-debatida>>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CAMARGO, Pedro Luis de Almeida. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 29, ed. 344, p. 29-31, jul./2021.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *In*: WUNDERLICH, Alexandre *et al.* **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHILE. **Ley 19696 — Código Procesal Penal**. Disponível em <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 02 abr. 2022.

CHILE. **Ley 20.931 — Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos**. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1092269>. Acesso em 02 abr. 2022.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do processo penal: uma refundação garantista?. *In*: MORAIS DA ROSA, Alexandre *et al.* **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018. p. 79-98. *E-book* (368p).

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal**: a gestão administrativa da persecução penal. Florianópolis: Empório do direito, 2ª Ed., 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIOCCHINI, Pablo. Reformers' unfulfilled promises: accountability deficits in Argentinean criminal courts. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. 14, n. I, p. 22-42, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-law-in-context/article/reformers-unfulfilled-promises-accountability-deficits-in-argentinean-criminal-courts/A5BE1C3EAC744808955D141F1B128861>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Rede Justiça Restaurativa**: possibilidades e práticas nos sistemas criminal e socioeducativo. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/rede-justica-restaurativa-possibilidades-e-praticas-nos-sistemas-criminal-e-socioeducativo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução. **Resolução 329/2020**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em: 30 ago. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *In*: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, ed. 183, p.

103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>. Acesso em: 27 set. 2022.

COVEY, Russel D. Mass Exoneration Data and the Causes of Wrongful Convictions. **SSRN Electronic Journal**, jul/2011, p. 05. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881767>. Acesso em: 05 fev. 2022.

CRISTÍAN, Riego. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. **Política Criminal**, Talca, v. 12, n. 24, p. 1085-1105, dez. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-01085.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

CRUZ, Rogério Schietti. Rumo a um processo penal democrático. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 36-54, set.-dez., 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Comparado**. 2. ed. Coimbra: Meridiano, 1978.

DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Tendências de controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, [s. l.], n. 18(1), p. 38-48, mar./2004. DOI <https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/RmW6MNbR9ZP8Xc8ZGNkFxjg/?lang=pt>. Acesso em: 1 abr. 2022.

DE CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea Bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining 's Innocence Problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, n. 103, v. 01, 2013.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 145-187, dez. 2018.

DIETER, Maurício Stegemann. Lógica atuarial e incapacitação seletiva: a farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas. **Rev. Epos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jun. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-00X2013000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 21 out. 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal**: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Orientador: Aury Lopes Jr. 2014. 455 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4950/1/456921.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

DIVAN, Gabriel. Quatro provocações (preliminares) sobre o "princípio da obrigatoriedade" e a ação penal pública no sistema processual-penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.13, n. 58, p. 111-126, jul./set., 2015.

DUCE JULIO, M. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: : resultados de una investigación empírica. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, v. 26, p. e3845, 19 nov. 2019. Disponível em: <https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/3845>. Acesso em 02 abr. 2022.

ESTADOS UNIDOS. **U.S. Constitutional Amendments** Disponível em: <https://constitution.findlaw.com/amendments.html>. Acesso em: 30 jan. 2022.

ESTEVES, Diogo *et al.* **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Brasília: DPU, 2022. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

FACCINI NETO, Orlando. Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 166, p. 175-201, abr. 2020.

FAIR TRIAL. **The Disappearing Trial**. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2022.

FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 7ª Ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoración racional da prova**. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERRUA, P. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 661–688, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i2.61. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61>. Acesso em: 6 out. 2022.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

GARCIA, José Ángel Brandariz. Gerencialismo y políticas penales. **Revista Eletrônica de Direito e Sociedade (REDES)**, Canoas, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/2226>. Acesso em: 27 out. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95)**: abordagem crítica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Justiça transformativa: as práticas restaurativas como instrumento de luta política e transformação social. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Sociocriminologia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil - Vol. I, 5ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6417-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6417-7/>. Acesso em: 09 out. 2022.

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

GROSS, Samuel R. Convicting the Innocent. University of Michigan. **Annual review of law and social science**, fevereiro de 2008, vol. 04.

Guilty plea problem. Disponível em: <<https://www.guiltypleaproblem.org/#about>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

HALLINGER V. DAVIS, 146 U.S. 314 (1892). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/146/314/>. Acesso em: 30 out. 2022.

HEINEN, J. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 27, n. 2, 2017. DOI: 10.9771/rppgd.v27i2.25147. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25147>. Acesso em: 20 mai. 2022.

HESSICK, Carissa Byrne. **Punishment Without Trial**: why plea bargaining is a bad deal. Nova Iorque: Abrams, 2021. *E-book*.

HESSICK, F. Andrew; SAUJANI, Reshma M. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. **Brigham Young University**, [s. l.], v. XVI, p. 189-242, 2002. Disponível em: <https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol16/iss2/4/>. Acesso em: 1 abr. 2022.

IPPOLITO, Dario. **Lo spirito del garantismo**: Montesquieu e il potere di punire. Roma: Donzelli, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada: quais são os limites?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 02-06, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110>. Acesso em: 17 jul. 2022.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal**: estudos, pareceres e crônicas. Salvador: JusPodivm, 2018.

JR., Aury Lopes. **Prisões cautelares**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. 9786553620117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620117/>. Acesso em: 02 set. 2022.

JR., Aury Lopes; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a Jato. In: COUTINHO, Jacintinho Nelson de Miranda; JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**. Florianópolis: EMais, 2018.

JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. In: COUTINHO, Jacintinho Nelson de Miranda; JR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**. Florianópolis: EMais, 2018.

JR., Aury Lopes. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. **Revista de Ciências Penais**, 2004, p. 219 a 245, jul./dez. 2004.

JR., Aury Lopes. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1, 2015. DOI: 10.22197/rbdpp.v1i1.13. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/13>. Acesso em: 17 jan. 2022.

JR., Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

LANGBEIN, John Harris. Understanding the short history of plea bargaining. **Faculty Scholarship Series**. 1979, p. 261. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/. Acesso em: 30 jan. 2022.

LANGBEIN, John Harris. Tortura e plea bargaining. **Sistemas Processuais Penais**. Ricardo Jacobsen Gloeckner (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal.. *Delictae*, [s. l.], v. 2, ed. 3, p. 19-114, jul./dez. 2017.

LANGER, Máximo. **La dicotomia acusatório-inquisitório y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado.** In: MAIER, Julio Bernardo José; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

LANGER, Maximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 30 out. 2022.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, 2017. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.79266>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/79266>. Acesso em: 1 abr. 2022.

LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Ius et Praxis*, Talca, v. 4, n. 2, p. 27-74, 1998. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740205.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022

LARRAURI PIJOAN, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Estudios de Derecho*, [S. l.], v. 61, n. 138, p. 55–85, 2004. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332219>. Acesso em: 26 set. 2022.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALCOM, FEELEY. Plea bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, [s. l.], v. 7, n. 3, p. 338-354, 1982. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111791/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2022.

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo penal**: a relação entre fato e prova. 2009. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, PUC-Rio, 2009.

MELO, Marcos Eugênio Vieira; FERREIRA, Amanda Assis. Discurso e formas de veridicção no processo penal: a legitimação do direito de punir do estado através da confissão. *Revista de Direito*, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01–15, 2020. DOI: 10.32361/2020120210455. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10455>. Acesso em: 14 ago. 2022.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. **Oralidade e contraditório no processo penal brasileiro**: em busca da superação da tradição inquisitorial. São Paulo: IBCCRIM, 2020.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei Anticrime**: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz *et al.* **Colaboração premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília, junho 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL. Recomendação. **Recomendação n. 002/2020**, Mato Grosso do Sul, 2020. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/cao/cao-ii/recomendacoes-e-orientacoes>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Orientação Conjunta. **Orientação Conjunta n. 003/2018**, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-conjunta-no-3-2018-assinada-pgr-006676712018.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

MOREIRA, Rômulo Andrade de. Composição Civil dos Danos e a Ação Penal Pública Incondicionada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, v. 1, ed. 5, p. 19-23, ago./set. 2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_03_19.pdf. Acesso em: 1 mai. 2022.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PEOPLE V MORIARTY, 185 N.E.2d, 689 [Ill. 1962]. Disponível em: <https://casetext.com/case/the-people-v-moriarty>. Acesso em: 30 out. 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na lei anticrime. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 174, p. 199-254, dez. 2020.

PETEGORSKY, Michel Nesser. Plea bargaining in the dark: the duty to disclose exculpatory evidence during plea bargaining. **Fordham Law Review**, Nova Iorque, v. 81, p. 3599-3650, out. 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13/>. Acesso em: 8 out. 2022.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. Orientador: Vera Regine Pereira de Andrade. 2007. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo**: limites e resistências ao poder de punir. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal autoritário versus Processo Penal garantista: dois antípodas, uma escolha. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério (Coord.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, livro eletrônico. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html#/library>. Acesso em: 11 jan. 2022.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. **Revista de Ciências Penais**, vol. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/dez 2008.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RUAS, Juan Carlos. El poder del juicio abreviado en América Latina: entrevista a Máximo Langer sobre los primeros resultados de la investigación empírica. **Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología**, Buenos Aires, p. 1-25, jun. 2020. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49080-poder-del-juicio-abreviado-america-latina-entrevista-maximo-langer-sobre-primeros>. Acesso em: 2 abr. 2022.

SAAD, Marta Cristina Cury. Defesa no inquérito policial. **Revista de Direito de Polícia Judiciária**, Brasília, ano 2, ed. 4, p. 59-83, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RDPJ/article/view/604/358>. Acesso em: 8 out. 2022.

SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 175–210, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.299. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299>. Acesso em: 28 mai. 2022.

SAMPAIO, André Rocha. **Processo penal e governamentalidade**: a influência dos elementos inquisitoriais na convicção judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

SAMPAIO, André Rocha; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Exclusão física dos autos de investigação: um olhar sóbrio, mas não pessimista. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 115-131, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/938>. Acesso em: 1 out. 2022.

SANTANDER, Juan Marcel Montiel. **Plea Bargaining System**: da culpa voluntária ao fim da primazia do direito no sentenciamento criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SANTOBELLO V. NEW YORK, 404 U.S. 257 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 30 out. 2022.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHECAIRA, Fábio Perin; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SILVA, Adrian Barbosa. **Garantismo e Sistema Penal**: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Rio Grande do Sul, v. 13/14, 1997. DOI <https://doi.org/10.22456/0104-6594.70147>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70147>. Acesso em: 23 out. 2022.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A investigação criminal direta pela defesa: instrumento de qualificação do debate probatório na relação processual penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 41-80, 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i1.308. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/308>. Acesso em: 8 out. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

STEIN, Ana Carolina Filippon. Acordo de não persecução penal e a presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (org.). **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

STRECK, Lenio; JUNG, Luã. Livre convencimento judicial e verdade: crítica hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmán. **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 2–21, 2022. DOI: 10.14210/nej.v27n1.p2-21. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>. Acesso em: 4 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, [s. l.], v. 8, ed. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Comentários ao anteprojeto de Lei Anticrime**: tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional. Salvador: Juspodivm, 2019. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/pdf/Comentarios_Anteprojeto_Anticrime_Nestor_Rosmar.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRUJILLO, Isabel. Imparcialidade. *In*: BARRETO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiência de custódia e laudos periciais: a tortura será punida?. *In*: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; ROMÃO, Vinicius de Assis. **Audiências de custódia no Brasil**: a prática em debate. Salvador: EDUFBA, 2022. p. 216-236. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/35784/3/audiencias-de-custodia-no-Brasil-RI.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

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

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290746940/v1/page/RB-4.9>. Acesso em: 2 set. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015. DOI <https://doi.org/10.12957/redp.2015.16880>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>. Acesso em: 2 set. 2022.

VENTURA LEITE, Rosimeire. **Justiça consensual como instrumento de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. 256 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2009.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

WATSON, Alan. **Legal Transplants**: an approach to comparative law. 2. ed. Georgia: University of Georgia, 1993.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal. *In*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (ORG). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. **The little book of restorative justice**. Nova Iorque: Good Books, 2014, p. 36.