

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

TEOMAR GOMES BRANDÃO FILHO

**A APROXIMAÇÃO ENTRE O *PLEA BARGAINING* E OS MÉTODOS DE
ABREVIACÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PRESSUPOSTOS MÍNIMOS
PARA A EFETIVAÇÃO DE UMA POLÍTICA NEGOCIAL**

Maceió

2022

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

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

B817a Brandão Filho, Teomar Gomes.

A aproximação entre o *plea bargaining* e os métodos de abreviação do processo penal brasileiro : pressupostos mínimos para a efetivação de uma política negocial / Teomar Gomes Brandão Filho. – 2022.
61 f.

Orientador: Raimundo Antônio Palmeira de Araújo.

Co-orientador: Marcelo Herval Macêdo Ribeiro.

Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 54-61.

1. *Plea bargaining*. 2. Justiça negocial. 3. Direito comparado. 4. *Common law*. 5. *Civil law*. I. Título.

CDU: 340.5

Dedicado à *Maria de Lourdes Lima* e
Natalício Soares de Melo, que com o cuidado
e o amor me fizeram ter dias mais felizes.

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representa o alcance de um propósito iniciado em 2011, período em que deixei uma pequena cidade sertaneja para estudar na capital em busca de maiores perspectivas de vida. À época, eu não tinha noção dos percalços que me esperavam, tampouco dos ganhos que poderiam ser obtidos ao longo do caminho, mas hoje, com a mente um pouco mais amadurecida, enxergo com clareza que o resultado foi próspero. Dessa forma, não posso deixar de agradecer aos familiares, amigos e colegas que contribuíram para a realização desta conquista.

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Teomar e Veroneide, por entenderem minha ausência durante esses 11 anos e por serem os primeiros incentivadores deste trajeto.

Às tias, Adriana e Vanda, por todo o amor e por toda a generosidade.

Aos meus irmãos, André e Martha, por compartilharem comigo tantas dificuldades e tantas alegrias.

À Marina, por ser minha âncora, dia após dia, e por ter sido tão parceira em todos os momentos.

Aos amigos da Faculdade de Direito de Alagoas por fazerem essa jornada ser mais leve.

Aos companheiros do Tribunal de Contas de Alagoas, em especial aos amigos Cristhiano e Milena, pela enorme contribuição em meu desenvolvimento profissional.

Ao meu orientador, Dr. Raimundo Palmeira, e ao meu coorientador, Dr. Marcelo Herval, pelas valiosas observações dentro deste trabalho.

À solitude, por me fortalecer.

“Tudo quanto vejo é com olhos desenganados. Talvez por isso vejo as coisas como são e não como se mostram. Porque o desengano tem virtude e força para arrancar da formosura o véu cadente e mentiroso de que o teatro da vida de compõe”.

Mathias Aires

RESUMO

Quando percebemos que o sistema penal está em chamas, nos resta procurar medidas ou soluções emergenciais que busquem eliminar o desastre ou, ao menos, reduzi-lo. Ocorre que, não raro, as respostas apresentadas se mostram com um véu que maquia a sua verdadeira face e, por consequência, aquilo que parece necessário dentro de uma perspectiva emergencial, caso tratado com descuido, pode se manifestar como um mecanismo de lesão às garantias fundamentais. No cenário brasileiro, o alto índice de demandas judiciais sufoca as frágeis estruturas do sistema que, sem ter forças para contê-lo, faz vicejar a morosidade e a ineficiência. Irresignados com a situação, alguns operadores do direito apresentam como solução os instrumentos de abreviação do processo, que se aproximam das tendências negociais estrangeiras, como é o caso do *plea bargaining* norte-americano. Nessa perspectiva, se propõe: (i) o aprofundamento do estudo do referido instituto, traçando elementos mínimos de sua compreensão (o que envolve seu surgimento, os seus arcabouços teóricos, o sistema jurídico ao qual se insere e o resultado de sua implementação); (ii) a exposição dos espaços consensuais brasileiros e a influência da barganha e da tradição do *common law* em seus métodos, mediante a aplicação do direito comparado e (iii) a exemplificação dos obstáculos necessários para a efetivação de uma política puramente negocial no Brasil. Como objetivo específico, se pretende verificar a possibilidade de coexistência das garantias fundamentais com os acordos sobre a sentença. Ademais, aplica-se o método indutivo, a abordagem quali-quantitativa e o processo de coleta documental e teórico-bibliográfico, seguido do método descritivo-analítico. Conclui-se no sentido de que as alternativas fundadas no consenso são irrefreáveis para qualquer sistema jurídico e se propõe premissas básicas para o aperfeiçoamento do modelo consensual brasileiro.

Palavras-chave: *plea bargaining*; justiça negocial; direito comparado; *common law*; *civil law*.

ABSTRACT

When we realize that the penal system is on fire, we can only look for emergency measures or solutions that seek to eliminate the disaster or, at least, reduce it. It happens that, not infrequently, the answers presented are shown with a veil that makes up their true face and, consequently, what seems necessary within an emergency perspective, if treated carelessly, can manifest itself as a mechanism of damage to the guarantees. fundamental. In the Brazilian scenario, the high rate of lawsuits suffocates the fragile structures of the system that, without having the strength to contain it, makes slowness and inefficiency flourish. Irritated by the situation, some legal practitioners present as a solution the instruments of abbreviation of the process, which are close to foreign negotiating trends, as is the case of North American plea bargaining. In this perspective, it is proposed: (i) to deepen the study of the aforementioned institute, outlining minimum elements of its understanding (which involves its emergence, its theoretical frameworks, the legal system to which it is inserted and the result of its implementation); (ii) the exposure of Brazilian consensual spaces and the influence of bargaining and the common law tradition in its methods, through the application of comparative law and (iii) the exemplification of the obstacles necessary for the implementation of a purely business policy in Brazil. As a specific objective, it is intended to verify the possibility of coexistence of fundamental guarantees with the agreements on the sentence. Furthermore, the inductive method, the quali-quantitative approach and the documentary and theoretical-bibliographic collection process are applied, followed by the descriptive-analytical method. It is concluded that alternatives based on consensus are unstoppable for any legal system and basic premises are proposed for the improvement of the Brazilian consensual model.

Keywords: *plea bargaining; business justice; comparative law; civil law.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
1.1	A escolha do tema.....	9
1.2	Pesquisa e relevância do tema.....	9
2	O PLEA BARGAINING.....	11
2.1	O <i>common law</i>	11
2.2	O processo criminal norte-americano e o <i>plea bargaining</i>	13
2.3	Os debates em torno do <i>plea bargaining</i>	18
3	A INFLUÊNCIA DA BARGANHA NO BRASIL.....	21
3.1	O <i>civil law</i> e justiça negocial.....	21
3.2	Os transplantes jurídicos e a influência do <i>common law</i> sobre o <i>civil law</i>	23
3.3	A expansão da justiça consensual no Brasil.....	26
3.3.1	Os espaços de consenso dos juizados especiais criminais.....	26
3.3.2	O acordo de colaboração premiada.....	30
3.3.3	A lei anticrime e o acordo de não persecução penal.....	32
4	OBSTÁCULOS PARA A EXPANSÃO DOS MECANISMOS DE ABREVIÇÃO PROCESSUAL E PARA A EFETIVAÇÃO DE UMA POLÍTICA NEGOCIAL NO BRASIL.....	36
4.1	Críticas à expansão dos acordos de abreviação do processo penal.....	36
4.1.1	A renúncia aos direitos e garantias fundamentais.....	36
4.1.2	A verdade consensual.....	38
4.1.3	A obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal.....	41
4.1.4	A diminuição dos poderes do magistrado.....	44
4.1.5	A contratualização do processo penal.....	45
4.2	A redução de danos diante da eventual incorporação dos métodos de abreviação do processo penal.....	47
4.2.1	O que pode ser negociado?.....	47
4.2.2	Quais regras precisam ser respeitadas?.....	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

1.1 A escolha do tema

A problemática que evocou este estudo surgiu logo após a apresentação do projeto de lei “anticrime”, em 2019, pelo Ministério de Justiça e Segurança Pública do Governo Federal. Na oportunidade, foi sugerida a incorporação de um instituto processual penal repleto de similaridades com o instituto do *plea bargain*, caracterizado pela possibilidade de o investigado realizar um acordo com o órgão acusador para abreviar o processo e, assim, reduzir o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal. Tal mecanismo faz parte de uma tendência de expansão dos métodos negociais que visa desafogar o poder judiciário da alta carga processual e reduzir os dispêndios públicos. No entanto, ao tempo em que a barganha promete promover a celeridade e a eficiência para a conclusão das demandas judiciais, conjuntamente abre espaço para discussões sobre as eventuais lesões aos direitos e garantias fundamentais do acusado em razão do encurtamento da instrução probatória.

Em que pese a mencionada proposta de ter sido vetada pela Câmara dos Deputados, o crescimento dos mecanismos de abreviação do processo no cenário mundial continua a prosperar. Diferente não ocorre com o direito brasileiro, que após a incorporação dos espaços de consenso pela Lei n. 9.099/1995 vem seguindo lógica idêntica, em especial pela crise de morosidade e pela insegurança jurídica arraigada nos solos tupiniquins.

Diante desse panorama, pretende-se desenvolver uma análise sobre o instituto da barganha e as dificuldades para a incorporação de uma política negocial no Brasil. A rigor, deve-se registrar que, muito embora o *plea bargaining* se apresente em uma variedade de países, como é o caso da Alemanha, Itália, Espanha e Estados Unidos, nos limitaremos a tratar deste último, por ser considerado o berço da justiça negocial e pela a sua inegável hegemonia político-econômica exercida no mundo, que faz com que, até mesmo os ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbam à sua força avassaladora.

1.2 Pesquisa e relevância do tema

A primeira limitação – que dá início ao Capítulo I deste trabalho – é recomendável por apresentar ao leitor, por meio de uma exposição descritiva e exploratória, o mecanismo estrangeiro que é objeto basilar da pesquisa em questão, estabelecendo uma noção fundamental

de suas especificidades, como: (i) o sistema jurídico ao qual se insere; (ii) o modelo de processo criminal que o circunda; (iii) o seu procedimento; (iv) as variáveis dos acordos negociais; (v) o seu grau de utilização pelo direito estadunidense e (vi) o resultado de sua experiência a partir de posicionamentos doutrinários.

Posteriormente, após a descrição dos fundamentos básicos de compreensão do direito processual penal americano e da sua barganha, explorar-se-á ao longo do Capítulo II as suas influências dentro do direito nacional, à exemplo: (i) dos espaços de consenso instituídos pela Lei n. 9.099/1995; (ii) do acordo de colaboração premiada regulamentado pela Lei n. 12.850/2013 e (iii) do acordo de não persecução penal, disciplinado pela Lei n. 13.694/2019, que constituem formas de abreviação do processo, mesmo que de forma um pouco mais tímida quando comparados ao *plea bargaining*. Nesse ponto, a relevância resta consubstanciada no fato de: (i) traçar uma análise, mediante o estudo do direito comparado, dos mecanismos de abreviação processual do direito pátrio; (ii) demonstrar o processo de expansão das formas negociais dentro do Brasil e (iii) desenvolver o estudo dos transplantes jurídicos, que dá sustentáculo ao estudo da adoção de visões estrangeiras.

Após a construção dos alicerces, a pesquisa entra em sua parte final, o Capítulo III, investigando os obstáculos para a expansão dos atuais mecanismos de abreviação processual e para a efetivação de uma política negocial no Brasil, tal qual o modelo estadunidense. Neste momento, também se buscará apresentar dados empíricos sobre algumas problemáticas da barganha norte-americana e realizar considerações por meio da metodologia quali-quantitativa, almejando traçar requisitos mínimos para a eventual recepção do *plea bargaining*.

Em suma, o objetivo principal do ensaio é o de encontrar um equilíbrio entre a dualidade existente entre a atual necessidade de dar solução à crise criminal brasileira mediante a incorporação de métodos de abreviação do processo e a conservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, tornando o processo penal mais legítimo.

2 O PLEA BARGAINING

O presente capítulo busca apresentar os elementos básicos de compreensão do *plea bargaining*, o que envolve seu surgimento, o sistema jurídico ao qual se insere, os seus arcabouços teóricos e o resultado de sua implementação baseado em posicionamentos doutrinários. É salutar que, apesar de potenciais descrições históricas da barganha em uma variedade de países, far-se-á um corte metodológico que tem como ponto de referência a experiência norte-americana.

2.1 O *common law*

De acordo com Jensen e Sgarbossa (2008, p. 92-94), o termo sistema jurídico pode ser compreendido mediante duas acepções: (i) ampla, no sentido de “família do direito”, a exemplo do direito romano-germânico e anglo-saxão e (ii) estrita, como um conjunto de normas, princípios e institutos de um Estado. Tal evidenciação merece destaque em virtude de evitar potenciais confusões sobre a temática abordada no tópico em tela e por auxiliar o estudo de uma determinada realidade.

Na concepção ampla, a família do direito adotada pelos Estados Unidos é o *common law* que, juntamente do *civil law*, compõe os dois principais modelos jurídicos existentes do mundo moderno. Apesar de seus contextos culturais diversos, é possível observar uma tendência de aproximação entre elas, em especial no que se refere aos mecanismos de abreviação do processo penal (GALIO, 2016, p. 17). Ainda que a descrição acerca das particularidades históricas de cada uma esteja além do objetivo final deste trabalho, é fortificante destacá-las sutilmente, a fim de facilitar a compreensão dos seus valores, iniciando pela tradição anglo-saxã.

O início cultural do *common law* ocorreu por volta dos séculos XII e XIII na Inglaterra e posteriormente se espalhou pela grande parte dos países de colonização inglesa. Durante o seu desenvolvimento, a referida família jurídica se utilizou dos princípios do direito costumeiro e da continuidade das experiências da sociedade britânica (PATRÍCIO DE ASSIS, 2015, 295-296). A respeito desse período, Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54) destaca que, à medida com que os litígios iam surgindo, logo iam sendo decididos, possibilitando que o entendimento adotado nos primeiros casos fosse utilizado como parâmetro para casos iguais ou semelhantes.

É com base nessa descrição histórica que potencialmente se sustente o grau de celeridade dos julgamentos ingleses nos séculos passados. Segundo Langbein (1978, p. 263), quando a

*Old Bailey*¹ se estabeleceu durante a era das luzes, era comum o julgamento de doze a vinte casos criminais por dia, mormente pela ausência dos advogados de defesa. Assim, como consequência, o resultado do processo não era estendido pelos inúmeros atos do sistema acusatório que dilatam o período probatório (op. cit).

Em um momento ulterior, especificamente no século XVIII, se consolidou o processo de codificação da Europa continental, lastreado nos ideais da positividade da razão e da concretização legislativa dos povos que de igual modo contribuiu para a evolução do *common law* (GALIO, 2016, p. 27). Enquanto o referido processo se instalava, a Inglaterra buscava ferramentas para promover idêntica segurança jurídica ao *stare decisis*² (BAPTISTA SILVA, 1996, p.105).

Cumprе salientar que, no decorrer desse período, apesar da praxe processual britânica já ser exercida na direção de tomar como base os casos anteriores, foi somente em 1861 que foi estabelecida a obrigatoriedade de observância aos precedentes, em especial pelo julgamento do caso *Beamish v. Beamish*³, referendado no caso *London Street Tramways v. London County Council*, em que a *House of Lords*⁴ admitiu o caráter vinculante das suas próprias decisões (PORTO, 2006. p. 778).

Tucci (2004, p. 12) divide o sistema de precedente judicial em duas partes: “a) as circunstâncias que embasam a controvérsia”; e “b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Para o autor, a primeira parte significa os fatos e aspectos do caso concreto demonstrado em juízo. Por sua vez, a *ratio decidendi* (ou

¹ O Tribunal Central Criminal ou *Central Criminal Court* na Inglaterra, vulgarmente conhecido como *Old Bailey*, a partir da rua em que está situado, é um edifício do tribunal em Londres, um de uma série de edifícios onde se estabelece a Corte da Coroa.

² Morgana Galio explica que a expressão “*stare decisis*” tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Esta máxima representa a doutrina de precedentes vinculantes, tendo em vista que as decisões dos tribunais, em casos anteriores, vinculavam a aplicação do direito lá estabelecido com o objetivo de manter a coerência da jurisprudência (GALIO, 2016, p. 52).

³ O reverendo *Samuel Swayne Beamish* pretendia se casar com *Isabella Frazer*, os quais eram membros da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda. No entanto, como *Beamish* não obteve autorização do pai de *Isabella* para com ela se casar, ele decidiu, por conta própria, celebrar o seu casamento de forma clandestina em 1831. Após o falecimento de *Samuel Beamish*, em 1844, iniciou-se uma disputa pelos seus bens entre seu filho mais velho, *Henry Beamish*, e seu segundo filho, *Benjamim Beamish*, eis que a validade ou não do casamento do reverendo interviria diretamente na sucessão patrimonial. O tribunal irlandês houvera considerado válido o casamento. A *House of Lords*, por sua vez, invocou o seu precedente formado no caso *The Queen v. Millis*, de 1844 – no qual houvera decidido que o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo e que se o próprio noivo for um clérigo, isso não valida o casamento, de sorte que, quanto à forma da celebração, não há diferença entre o casamento de um noivo clérigo e de um noivo leigo –, e reformou a decisão do tribunal irlandês. A *House of Lords* aplicou, no caso *Beamish*, a *ratio decidendi* de seu precedente anterior, qual seja, “o casamento só é válido se celebrado por um clérigo” e estabeleceu que as suas decisões são vinculantes para ela própria e para os demais tribunais inferiores (PATRÍCIO DE ASSIS, 2015, p. 309).

⁴ A Câmara dos Lordes é a câmara alta do parlamento do Reino Unido. O parlamento também inclui a Coroa britânica e a Câmara dos Comuns.

holding), de acordo com a terminologia adotada pelos americanos, engloba a (i) “indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*)”; (ii) “o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*)”; e “(iii) o juízo decisório (*judgement*)”. Destarte, somente a *ratio decidendi* possui força vinculante (op. cit., p. 175).

A propósito, há de se registrar que, a partir do caso *Beamish v. Beamish*, apenas os entendimentos dos tribunais de instância superior ganharam o poder de vincular. As demais decisões elaboradas por tribunais inferiores, apesar de serem comumente citadas, somente serviam de instrumento persuasivo, por pairar no sistema inglês a ideia de unidade institucional e de hierarquia do Poder Judiciário (PATRÍCIO DE ASSIS, 2015, p. 310).

Nesse diapasão, diante da impossibilidade de um tribunal atacar uma decisão anterior, ainda que a considerasse equivocada posteriormente, evidenciou-se uma problemática: o enrijecimento do *stare decisis*. À vista disso, em 1966, o *Lord Chancellor*⁵ decidiu atenuar o posicionamento da *House of Lords* para que, ainda que houvesse necessidade de vinculação desta aos próprios posicionamentos, também pudesse modificá-los, na tentativa de assegurar o desenvolvimento do direito (op. cit., 2015, p. 17-18).

Os Estados Unidos foram um dos países colonizados pela Inglaterra que decidiram adotar a tradição do *common law* ao seu sistema jurídico, por seu turno, malgrado possuir vasta semelhança com o sistema de precedentes britânico, sobretudo pela vinculação das decisões superiores às instâncias inferiores, possui postura um pouco mais flexível. Isso porque a Suprema Corte americana e as cortes de apelação não estão absolutamente vinculadas aos seus julgados anteriores, sendo corriqueira a utilização de técnicas de flexibilização como o *distinguishing*⁶ (distinção) e o *overruling*⁷ (revogação) (GALIO, 2016, p. 54).

2.2 O processo criminal norte-americano e o *plea bargaining*

Em igual sentido à acepção estrita adotada por Jensen e Sgarbossa sobre o termo “sistema jurídico” (devidamente evidenciada ao início do tópico anterior), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1999, p. 109) a conceituou como um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma

⁵ O *Lord Chancellor* é o mais alto escalão entre os Grandes Oficiais de Estado da Inglaterra no Reino Unido, nominalmente superando o primeiro-ministro.

⁶ Mecanismo que possibilita à parte demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes ou dos padrões decisórios que gravitam em torno da matéria nele tratada (NUNES; HORTA, 2015, p. 1-2).

⁷ Técnica de superação de precedente em razão do que foi aplicado ao caso não apresentar mais coerência com ordenamento (NUNES; HORTA, 2015, p. 9).

predeterminada finalidade”. Nesse ângulo, são os princípios e as regras de um sistema que permitiriam a aplicação das leis penais ao caso concreto em cada país (PRADO, 2006, p. 61-62). Para compreender a dinâmica do processo criminal americano e as suas limitações individuais positivadas pelas normas penais e processuais, passaremos a caminhar pelo respectivo trajeto.

A estrutura do processo penal, a depender dos princípios que venham a informá-lo, pode ser classificada como (i) inquisitiva⁸; (i) acusatória⁹ e (iii) mista¹⁰. Alude-se que tais formas são marcadas, especialmente pela alocação das atividades de julgar e acusar (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 23). Parte da doutrina arremata que, a mera separação dessas funções é aceitável para estabelecer uma diferenciação entre o núcleo fundante dos sistemas processuais, por outro lado, há teóricos que entendem que somente a partir de uma análise sobre a gestão ou a iniciativa probatória é que se conseguiria definir a essência de um modelo processual.

Em consonância à primeira corrente, Ada Pellegrini (2000, p. 71) expressa que há uma concepção errada sobre o significado de processo acusatório e processo inquisitivo. Nessa perspectiva a autora alude que tal desentendimento tem induzido os estudiosos a confundirem o sistema acusatório moderno com outros mecanismos dos países anglo-saxônicos, repercutindo, inclusive, sobre o papel do juiz no processo penal.

Ainda de acordo com Ada, o processo acusatório seria caracterizado pela distribuição das funções de acusar, julgar e defender a órgãos distintos, enquanto o processo inquisitivo as reuniria em torno de um só ator processual. À propósito, do primeiro modelo decorreriam os seguintes corolários:

- (i) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior);
- (ii) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*);
- (iii) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural. (GRINOVER, 2000, p. 72)

⁸ “O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação de decisão pelo magistrado” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 23).

⁹ “O sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988”. O respectivo modelo é marcado essencialmente pela separação dos atores que exercem as funções de acusar, defender e julgar, bem como pela existência do contraditório e da ampla defesa (Ibid, p. 24-25).

¹⁰ O sistema misto é caracterizado pela instrução preliminar secreta e escrita, a cargo do juiz, que detém poderes inquisitivos no que tange a colheita das provas e por uma etapa de contraditório, em que se realiza o julgamento, admitindo-se a ampla defesa (Ibid, p. 27).

Da cognição do pensamento exposto, extrai-se que a conceituação dos sistemas acusatório e inquisitivo não se confundem com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal. O que tem a ver com os poderes instrutórios do juiz no processo é denominado “*adversarial system*” – modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação na marcha processual e na produção das provas – e “*inquisitorial system*” – ao qual a produção probatória recai sobre a preferência do magistrado (op. cit.).

Na contramão, Coutinho (2008, p. 11) filia-se ao segundo posicionamento, na percepção de que o princípio unificador dos sistemas processuais é a gestão da prova e os meios pelos quais se dá a sua realização. Assim, todos os outros elementos – que podem ser emprestados de um sistema ao outro – seriam secundários. Nesse diapasão, Lopes Jr. (2013, p. 125) corrobora que “o fato de determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc., não lhe isenta de ser inquisitório”.

No que concerne ao sistema norte-americano, é cabível salientar que, apesar de sua inclinação, por razões históricas, ao direito consuetudinário, isto é, utilizar dos precedentes judiciais como a principal fonte do direito, a sua lógica processual acompanha o modelo acusatório, conforme consagrado pela Sexta Emenda à Constituição de 1791:

Amendment VI (1791)

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence¹¹.

Ocorre que, embora seja resguardado ao réu o direito a julgamento por um júri imparcial mediante o procedimento acusatório, o mecanismo responsável pela obtenção da maioria esmagadora das condenações criminais é o *plea bargaining*, de caráter negocial, em que a atuação das partes interfere na marcha do processo e na produção de provas (VASCONCELLOS, 2015, p. 28). Em sede complementar, George Fisher (2000, p. 859) preceitua que inexistiu de fato um marco histórico capaz de demonstrar a popularização e

¹¹ *The Constitution of the United States of America. Amendments to the Constitution.* Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1. Acesso em: 10 de mar. 2022. Tradução nossa: Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento célere e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito esse que deverá ser previamente determinado por lei, e de ser informado a natureza e a causa da acusação; ser confrontado com as testemunhas contra ele; ter processo compulsório para obter testemunhas a seu favor, e ter a assistência de advogado para sua defesa.

propagação da barganha em território estadunidense, mas sim uma atuação fundamental das partes interessadas (promotores, defensores públicos, juízes, legisladores e governantes) e sua pulverização pelo respectivo sistema jurídico. Logo, resta demonstrado que os Estados Unidos optaram pelo sistema processual acusatório e escolheram, como modelo de gestão de provas, o *adversarial system*.

Para se entender o procedimento da barganha estadunidense, inicialmente é preciso explicar que o *due process of law* (devido processo legal) permite a renúncia do acusado ao processo acusatório durante a chamada *plea* inicial. Denomina-se *plea* a declaração que faz o indiciado, no seu primeiro comparecimento ao juízo acerca da acusação que lhe é atribuída. Na oportunidade o Estado oferece ao réu três alternativas: (i) se declarar inocente (*not guilty plea*); (ii) se declarar culpado (*guilty plea*); ou (iii) afirmar que não quer impugnar a acusação, contudo sem se definir culpado (*nolo contendere plea*). Nas últimas duas situações o processo é extinto e se aplica uma pena de imediato. Como a maioria se declaram culpados, a abreviação do processo é a situação mais comum (VASCONCELLOS, 2015, p. 61-67).

Os motivos para que o investigado aceite o acordo são consubstanciados na promessa do órgão acusador de oferecer uma pena menor daquela que poderia ser obtida após o julgamento (op. cit). Assim, o sucesso do réu ou do membro do *Parquet* depende totalmente do poder de negociação de cada um e do tipo de *plea bargaining* que vão acordar:

- (i) *charge bargaining*: negociação da minimização da acusação. É uma transação em que o promotor concorda em reduzir a acusação mais grave original para uma acusação menos grave, em troca da confissão judicial. Por exemplo, o promotor pode propor a troca de uma acusação de violação de domicílio por uma de invasão de bem imóvel, de menor potencial ofensivo;
- (ii) *count bargaining*: negociação da quantidade de acusações. É uma transação em que o promotor concorda em retirar uma ou mais acusações de sua lista, mantendo as demais. Por exemplo, o promotor pode acusar o réu de roubo e agressão. Ele propõe — e o réu topa — retirar a acusação de roubo e manter a de agressão;
- (iii) *fact bargaining*: negociação dos fatos. Em troca da confissão judicial, o promotor concorda em celebrar acordo no qual ele pode omitir ou modificar um ou mais fatos na acusação que poderiam afetar a pena que seria imposta ao réu. Por exemplo, o réu foi preso com 5 kg de cocaína, um crime que resulta em muitos anos de prisão (pela quantidade). O promotor pode acusar o réu de posse de menos de 5 kg de cocaína, em troca da confissão de culpa, o que minimiza a pena;
- (iv) *sentence bargaining*: negociação da sentença. O promotor concorda em recomendar uma sentença mais leve do que seria a normal para o crime cometido, se o réu se declarar culpado ou *nolo contendere*. Por exemplo, o réu pode confessar a infração de resistir à prisão, e o promotor recomenda ao juiz que o sentencie a uma pena alternativa à prisão. (MELO, 2022)

Dentre outros fatores, importante assinalar que a barganha também se desenvolveu pela discricionariedade quase que absoluta que o Ministério Público detém diante do manuseio das acusações para a adaptação às negociações, sobretudo pelo promotor ser autorizado a retirar

imputações ou até mesmo a desclassificar determinado fato tido como grave para um de menor gravidade, como destacado acima (VASCONCELLOS, 2015, p. 67).

Em síntese, Anitua (2018, p. 125) abaliza que a barganha consiste em um mecanismo jurídico que promove um acordo entre a acusação e o acusado durante o processo penal, para que este, em troca da sua confissão de culpabilidade, contemple redução da aplicação da pena imposta, no intuito de minimizar os gastos e a carga processual do Poder Público.

Para facilitar o didatismo da exposição, há de se destacar a série norte-americana “*Better Call Saul*”, produzida pela empresa de *streaming* Netflix, que retrata a trajetória e os problemas do advogado *Jimmy McGill* antes de se tornar o infame *Saul Goodman*. Ao longo da sua produção, temáticas relativas ao processo penal americano são trabalhadas, inclusive perpassando pela barganha, como é o caso do episódio 4 da 4ª temporada.

O referido capítulo se passa durante uma audiência criminal e, naquele momento, o magistrado do caso afirma ao acusado que ele estaria ali em razão do não comparecimento à uma solicitação judicial, situação que resultou numa ordem de prisão em seu nome. Representando o réu, a defensora pública alega que a prisão decretada violou um “acordo generoso” firmado com o Estado que, a princípio, iria tratar da problemática como gravíssima, mas concordou em atenuá-la para evitar “perda de tempo e de recursos”¹².

Sobre a utilização da barganha nos Estados Unidos, dados de 2002 apontaram que 73% das investigações resultam em denúncias, das quais 89% acabam em condenações, em que 96% se deram por meio de acordos entre acusação e defesa no âmbito do sistema criminal federal (TURNER, 2006, p. 7, *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 28). De maneira similar, Dervan e Edkins (2013, p. 7) indicam que quase 97% das condenações no sistema de justiça federal se dão pela utilização de acordos negociais. É certo que os dados estatísticos em torno desse assunto podem apresentar certo grau de imprecisão, pois é natural haver determinada margem de erro a qualquer sistema jurídico penal do mundo. No entanto, o que se pretende demonstrar é que a aplicação da barganha no direito norte-americano, ainda que esteja em algum patamar menor do que os dados apresentados, continua sendo a principal forma pela qual a maioria dos processos criminais se resolvem.

Nesse deslinde, é imperioso salientar o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Santobello v. New York*¹³, em 1971. Na oportunidade, o órgão máximo do Poder

¹² *Better call Saul*. Direção: Vince Gilligan; Bob Odenkirk. Netflix. Estados Unidos da América 2015. Ep. 4, temporada 4.

¹³ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 14 mai. 2022.

Judiciário americano assentou que o *plea bargaining* “não é só uma parte essencial do processo, mas também altamente desejável”. Ademais, pontou que a barganha: (i) promove a celeridade na resolução de conflitos; (ii) evita efeitos corrosivos devido à ociosidade forçada durante a prisão preventiva daqueles a quem foi negada a liberdade provisória até o julgamento; (iii) protege a sociedade dos réus inclinados a persistir em conduta criminosa mesmo durante a liberdade provisória e (iv) ao encurtar o andamento processual, aumenta as perspectivas de ressocialização do culpado, uma vez que proferida a sentença, é imediatamente submetido ao tratamento penitenciário.

Expostas tais considerações, o item subsequente debruçar-se-á sobre o posicionamento de alguns juristas no tocante à experiência estadunidense com a *plea* negocial, em especial como forma de subsidiar eventual defesa/crítica ao referido instituto diante da sua possível aplicação no ordenamento brasileiro.

2.3 Os debates em torno do *plea bargaining*

Todos os sistemas de justiça criminal se deparam com a problemática do volume processual e, por consequência, com a morosidade, não somente em razão de um aumento no cometimento de delitos, mas sobretudo, ao fato de que os recursos financeiros e humanos são cada vez mais limitados. Ainda que, na teoria, não se deva medir a justiça pelos critérios da celeridade e economicidade, na prática, é leviano ignorá-los (WINTER, 2019).

Ao se discutir o *plea bargaining* como solução para os obstáculos apresentados, se esbarra em um amplo debate acerca da efetividade vs. eficiência (LOPES JR., 2002, p. 113). De um lado, parece ser unânime reconhecer que a barganha é uma via menos dispendiosa e mais veloz, do outro, se sustenta que a simplicidade com que o processo é tratado apresenta um alto risco de nocividade às garantias fundamentais do acusado (RAPOZA, 2013, p. 228).

Para além da análise simplificada, Vinícius Vasconcellos (2015, p. 81-83) aponta duas posições doutrinárias sobre o tema. A primeira no sentido de que a barganha promove benefício a todos os envolvidos no campo-jurídico penal, quais sejam: (i) ao acusado, pelo fato de evitar gastos, inseguranças, prejuízos e atrasos do processo, atrelado ao fato da redução de pena por leniência; (ii) aos promotores, pela redução de suas cargas de trabalho e maior obtenção do número de condenações que ajudam no seu progresso profissional; (iii) aos juízes, com a diminuição do número de processos e (iv) ao Estado, com a economia de recursos. Já a segunda, na direção de que o benefício contemplado ao réu seria ilusório e desproporcional, vez que

inexiste cálculo possível entre o tempo de liberdade e os custos de um processo, bem como pelo fato do indivíduo ser o único agente a ceder algo: “todas e cada uma de suas garantias” (op. cit).

Ainda com o primeiro prisma, Phillip Rapoza (2013, p. 11) complementa que, de fato, a barganha pode beneficiar os acusados, pois oferece: (i) a certeza da celeridade; (ii) a redução dos riscos de exposição pública; (iii) a possível redução da pena e (iv) o aumento de sanções alternativas envolvendo liberdade condicional e outras consequências que não resultem em privação de liberdade. Outrossim, há ainda quem afirme que o mecanismo negocial contribui para a promoção da dignidade do acusado ao possibilitar sua participação ativa na decisão (VASCONCELLOS, 2015, p. 86).

Filiada ao segundo posicionamento, Aguilera (1998, p. 165) sustenta que a resolução do problema da lentidão processual com o referido instituto promove a desnaturalização do processo penal e sacrifica o regime garantista. Nesse viés, Souza e Kalache (2021, p. 16) acrescentam que o mecanismo negocial: (i) viola o direito constitucional ao devido processo legal e reproduz o encarceramento em massa; (ii) prejudica os defensores públicos em razão da necessidade de manter seus ativos financeiros patrocinando seus escritórios e suas atividades na busca pela manutenção da boa relação com a promotoria e os juízes, bem como que os submetem ao labor excessivo; (iii) incentiva o abuso de poder da acusação nas negociações, já que a discricionariedade negocial desregrada alinhada ao objetivo punitivista da política criminal caracterizam táticas prejudiciais à ampla defesa e à presunção de inocência, como a “superqualificação” dos crimes impostos aos acusados; (v) gera a prática de *overcharging* (múltiplas acusações); (vi) causa violações à *Brady Rule*¹⁴ e a aumenta a utilização de prisão cautelar ao decorrer da negociação como meio de intimidar o réu e (vii) possui alto grau de questionabilidade sobre as provas utilizadas pela acusação e métodos coercitivos para obtenção da confissão.

Nesse deslinde, Lorena Winter (2019) assevera que:

Na doutrina norte-americana se fala, claramente, de um negócio no qual uma parte “vende” seu direito a um processo perante o Júri em troca de certas concessões, como, por exemplo, a redução da pena. É uma visão pragmática, de cunho economicista, mas que nem por isso deixa de resultar aceitável, sempre que não se transforme, na prática, em um sistema de coerção em face dos sujeitos submetidos a um processo pela prática de um delito.

Em que pese diversas críticas apresentadas, é inimaginável a abolição do *plea bargaining* à curto ou médio prazo no cenário americano, mormente pelos dados estatísticos apresentarem

¹⁴ Regra que determina o compartilhamento de provas absolutórias entre as partes. *Vide Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 14 mai. 2022.

sua enorme expressividade e, ainda ante as constantes legitimações advindas dos seus órgãos jurídicos, como a Suprema Corte. Todavia, não se deve desconsiderar o valor das reprovações exprimidas, pois promove o aperfeiçoamento do instituto negocial.

3 A INFLUÊNCIA DA BARGANHA NO BRASIL

Feita a exposição dos delineamentos da barganha no cenário norte-americano, este capítulo buscará demonstrar, mediante um modelo histórico-crítico, a aproximação entre as jurisdições do *civil law* (tradição adotada pelo ordenamento pátrio) e do *common law*, bem como, em tal dimensão, a influência dos institutos negociais – especialmente os estadunidenses – no processo penal brasileiro, notadamente quanto aos (i) métodos consensuais de resolução de contendas tratados no âmbito da Lei n. 9.099/1995, responsável por marcar o início da justiça consensual pátria a partir da efetivação dos juizados especiais criminais; (ii) o instituto da colaboração premiada; (iii) a Lei n. 13.694/2019 e (iv) o acordo de não persecução penal. Importante expressar que não se almeja tornar fatigante a análise sobre o tema, mas sim evidenciar quais as particularidades e os mecanismos brasileiros que mais se amoldam à justiça negocial.

3.1 O *civil law* e a justiça negocial

A origem do *civil law* está remotamente ligada aos preceitos do direito romano, caracterizado pela codificação das leis e pela necessidade dos operadores do direito em conferir racionalidade e logicidade aos normativos (MARTINS; GARCIA; MARCACINI, 2018, p. 1102). Além disso, o modelo romano-germânico se aperfeiçoa na influência da revolução francesa de 1789, lastreada nos ideais de liberdade e igualdade e na tradição do positivismo exegético alemão, marcado pela crença da proibição de interpretar a lei. Por este motivo que, igualmente ao *common law*, o *civil law* objetiva a segurança e a previsibilidade das decisões (RODRIGUEZ, 2010, p. 14).

Com efeito, ainda que possuam objetivos congruentes, os meios utilizados por cada uma das famílias jurídicas elencadas são diversos, ao tempo em que a primeira acredita na efetividade de tais valores a partir de um mecanismo de obediência rígida ao sistema de precedentes, como bem abaulado no primeiro capítulo deste trabalho, a segundo capta a percepção de que isto deve ser alcançado por meio da aplicação estrita da lei pelos juízes (MARINONI, 2009, p 35). Em resumo, enquanto o sistema romano-germânico adota a lei como fonte principal, a família anglo-saxã entende que a jurisprudência deve possuir maior relevância (PORTO, 2006, p. 16).

Sobre a influência dos ideais franceses no *civil law*, a história conta que, durante o período pré-revolucionário, era um lugar-comum afirmar que os magistrados desrespeitavam

os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade, especialmente pelos conluíus estabelecidos por eles com as classes abastadas. À época, os cargos poderiam ser comprados ou herdados, o que fazia reverberar o sentimento de posse dos aristocratas sobre os juízes (MARTINS; GARCIA; MARCACINI, 2018, p. 1103-1104).

Nesse contexto, o pensamento de Montesquieu foi recepcionado e outra não poderia ser a conclusão: a necessidade pela separação dos poderes (MARINONI, 2009, p. 29). Logo, passaram os juízes a serem *la bouche de la loi* (a boca da lei), já que a prestação judicial deveria ser intimamente restrita à mera declaração do texto legal; aos membros do Legislativo foi atribuído o poder de criar o direito e ao Executivo a tarefa de executar as decisões judiciais:

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*). (op. cit.)

De forma bem sintética, é aqui que se observa as divergências existentes entre as duas tradições: (i) o poder de criar o direito; (ii) o significado que se atribui aos códigos e (iii) a função do juiz. Visto que, de modo diametralmente oposto ao *civil law*, a família anglo-saxã possui como elemento marcante o entendimento de que “o direito seja coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo, além de garantir-lhe o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento” (GROSSI, 2006, p. 55-56).

Nessa conjuntura, o direito se erigiu no chamado positivismo jurídico, pois adivinha de uma única fonte, o Parlamento, se submetendo a um cumprimento de regras predefinidas para a sua construção, denominado processo legislativo. Desta maneira, o positivismo conseguiu produzir maior segurança jurídica, objetividade e simplicidade das normas, até a eclosão do constitucionalismo moderno e do processo de codificação na Europa ocidental, tendo, este último, como expoente o Código de Napoleão de 1804, que buscou abranger todas as situações sociais passíveis de regulação, abdicando, por lógica, da necessidade de interpretação da norma pelo magistrado e da necessidade de formação jurisprudencial (MARTINS; GARCIA; MARCACINI, 2018, 1104).

Ocorre que o *civil law*, com a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do Legislativo, atrelada à ideologia da separação dos poderes, não se amoldou ao advento do constitucionalismo. Em primeiro lugar porque a crescente complexidade das

relações jurídicas, econômicas e sociais em diversos países culminaram em uma maior necessidade de composição entre os grupos de interesses predominantes, objetivando o alcance da maioria parlamentar e, com isso, a aprovação de seus interesses. Em segundo nível porque, ao se admitir que o juiz pode decidir que uma lei é inválida por estar em conflito com a Constituição, quebra-se a lógica da separação entre o Legislativo e Judiciário. Logo, produz-se um juiz de *civil law* que também cria direito (MARINONI, 2009, p. 22).

Ao discutirmos o mencionado processo de influência - constitucionalismo v. *civil law* - ou transferência de normas ou até mesmo de doutrinas estrangeiras, colidimos diretamente com o chamado estudo dos transplantes jurídicos. Todavia, a sua relevância parece ser, para grande parte dos teóricos, tratada com desprezo, abdicando do fato de que o respectivo tema também pode propiciar vultosas contribuições para a compreensão das origens e influências do sistema brasileiro (DUTRA, 2018, p. 78).

3.2 Os transplantes jurídicos e a influência do *common law* sobre o *civil law*

Como resultado do processo de globalização, intensifica-se, com abundância, a força de atração que orbita em torno do cenário nacional e internacional. Por certo, busca-se importar respostas aos problemas existentes em cada um dos sistemas jurídicos daqueles cenários a partir da observação de cada uma de suas experiências. Raro é o povo – se algum existe – que permanece intocável às influências externas e aos transplantes jurídicos (PAIVA, 2016, p. 168).

Sobre o termo anteriormente versado, Graziadei (2015, p. 443) ensina que a expressão “transplante jurídico” pretende demonstrar as etapas de difusão de um Direito, ou processo de difusão de um Direito, que transforma um ordenamento mediante a adoção de visões estrangeiras. No mesmo sentido terminológico, alguns teóricos utilizam as seguintes expressões: (i) “circulação de modelos jurídicos” (WISE, 1990); (ii) “transferência” (FRANKENBERG, 2013); (iii) “recepção” (SACCO, 1974) e (iv) “transposição” (ORUCU, 2002). Para fins desta pesquisa, adotar-se-á cada uma destas expressões como sinônimos.

Em 1974, Alan Watson produziu uma das mais conhecidas obras sobre o estudo dos transplantes jurídicos, denominada *Legals Transplants* (Transplantes Legais). Para o autor, o “empréstimo” de normas, instituições ou ideias jurídicas é a forma mais comum de evolução do Direito. Por seu turno, esse “empréstimo” não permite que o sistema receptor compreenda, de maneira absoluta, o funcionamento do sistema doador. Em síntese, o estudo do direito comparado deve ser entendido como a análise das relações que os sistemas (doador e receptor) enfrentam neste processo (WATSON, 1993).

D'outro lado, Kahn-Freund (1974, p. 6-10) apresenta alguns elementos que, em seus termos, todo operador do direito ou pesquisador deve observar para que haja o sucesso de um transplante jurídico, como: (i) o ambiente social do país receptor e (ii) a natureza da sociedade que produziu a norma que está sendo transplantada. Segundo o autor, é preciso caminhar além do que a legislação estrangeira reproduz, no sentido de também compreender o contexto social e político ao qual aquela sociedade vive. Resumidamente, a despreocupação com tais fatores poderia comprometer todo o processo de transferência.

Lengrand (1997) demonstra uma visão ainda mais radical, de que a realização de transplantes legais é impossível, pois, ainda que sejam identificáveis determinadas harmonias jurídicas dentre o mecanismo ao qual se pretende transportar e aquele que quer ser transplantado, a estrutura cultural, a mentalidade e as epistemologias que compõem um instituto ou norma são singulares.

Em sentido contrário, Watson (1993) afirma que o sucesso do processo de transposição legal pode ser confirmado sem que haja, necessariamente, certa semelhança com o contexto político, social ou econômico da norma estrangeira, já que a ideia analisada poderia sofrer alterações pontuais antes de ser incorporada definitivamente. Nessa perspectiva apresentada pelo autor, parece haver maiores preocupações em determinar como bem-sucedido foi a realização do transplante do que as eventuais consequências (boas ou más) do ato.

Langer (2004 p. 65-72) questiona a proposta de Watson com algumas críticas, das quais destacaremos três. A primeira ao afirmar que sua metáfora “médica e botânica” apresenta limitações, como a falha na explicação de que, “em muitos casos, as práticas e conceitos jurídicos são transferidos em alguns níveis conceituais, mas não em outros”. A exemplo do controle de constitucionalidade, que mesmo sendo “transplantado” do direito norte-americano para o direito europeu continental, possui diversas divergências:

(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. (op. cit., p. 65-66)

A segunda crítica apresentada pelo autor se funda na ideia de que, embora os reformadores busquem igualar a ideia ou a prática jurídica do país doador ao máximo, a nova ideia jurídica ainda seria capaz de ser modificada pelas estruturas do sistema receptor. Por último, a terceira, sob o prisma de que as transferências de regras, ideias e práticas jurídicas poderiam ir além de uma transformação da prática transferida, alcançando o sistema jurídico

receptor como um todo: “mesmo que um corpo humano tenha que se ajustar a um novo órgão, ele irá permanecer essencialmente o mesmo. As mudanças produzidas em um sistema jurídico pela transferência de regras, ideias e instituições jurídicas, entretanto, podem ir muito além disso” (op. cit., p. 68).

Registre-se, de logo, uma importante advertência: não se cuida aqui de defender a linha de pensamento de que inexiste ligação entre as normas de um Estado e a cultura de seu povo, pois, como exemplificado previamente ao discorrer sobre o processo de formação do *common law* – em que o direito se desenvolveu de acordo com os costumes da sociedade britânica - as leis comumente se apresentam como resultado da experiência de sua sociedade. Outrossim, também não se defende a corrente de que a circulação de modelos legais é impossível devido à incapacidade de trânsito entre as regras jurídicas, já que, apesar do seu processo de incorporação exigir adaptações, a recepção de um instituto estrangeiro pode se desenvolver e aperfeiçoar o seu funcionamento, levando ao que de fato parece ser o objetivo do transplante: uma resposta mais rápida e adequada ante uma problemática ou, pelo menos, o seu melhoramento.

Nesse sentido, PAIVA (2016, p. 238) entende que:

Verdadeiramente, as teses antagônicas de Watson e Legrand pecam pelo radicalismo. O entendimento de Watson de que as leis podem ser transferidas sem levar em consideração os contextos políticos, sociais ou culturais é por demais simplista. Por outro aspecto, embora Legrand esteja certo em apontar que as diferenças culturais, especialmente aquelas relacionadas à cultura jurídica, são determinantemente significativas para a transferência das leis, esse autor exagera a importância da cultura, retratando-a como um obstáculo insuperável para o transplante de regras jurídicas, desconsiderando a verdade fática incontestável de que os transplantes podem e ocorrem com frequência.

No que concerne ao sistema processual pátrio, é de fácil percepção a influência da cultura do *common law* sobre a sua estrutura e até mesmo diante das inúmeras discussões doutrinárias, como é o caso de Marinoni (2009) na obra “aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. Segundo o autor, o *civil law* vive a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros, sobretudo pelas decisões judiciais trocarem de sentido “ao sabor do vento”, o que, em seus termos, representaria um sinal patológico arraigado em nossa tradição jurídica.

Ainda com Marinoni, apesar do papel atual do juiz dentro da tradição romano-germânica – especialmente o papel do magistrado brasileiro - se aproximar muito da função exercida pelo magistrado do *common law* – mormente àquela realizada pelo juiz americano - o Brasil ainda teria muito de aprender com o respeito ao sistema de precedentes (*stare decisis*) para garantir efetiva segurança jurídica.

De igual modo é a influência do direito norte-americano sobre o processo penal nacional, sobretudo pela incontrastada hegemonia político-econômica que detém os Estados Unidos sobre o mundo, que o tornou o mais influente em escala mundial, seja pela abordagem do direito mediante a influência da teoria legal, do pragmatismo legal, da corrente *law and economics* (direito e economia), do discurso dos direitos ou até do *plea bargaining* sobre os métodos brasileiros de abreviação do processo (LANGER, 2004, p. 22).

3.3 A expansão da justiça consensual no brasil

O triunfo dos espaços de consenso ou da justiça negociada em âmbito mundial é inegável. Iniciou-se nos Estados Unidos, mas logo se estendeu, alcançando, inclusive, solos tropicais. Apesar de predominar na doutrina pátria o sentimento anti-negocial, a aplicação das abreviações processuais não parece retroagir. No Brasil, a Constituição Federal adotou a possibilidade da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo. A Lei n. 9.099/1995 instituiu espaços de consenso que autorizam a aplicação de medidas alternativas à prisão. A Lei n. 12.850/2013 fixou o instituto da colaboração premiada, que ganhou força em um conjunto de investigações promovidas pela Polícia Federal. Nessa tendência, ainda foi incorporada a Lei n. 13.694/2019, que trouxe a possibilidade dos acordos de não persecução criminal. E, por fim, surgem inúmeros debates sobre a possível efetivação do *plea bargaining* que, para além das técnicas de barganha nacionais, abarca acordos sobre crimes das mais variadas espécies e penas (DE-LORENZI, 2021, p. 27-28). Neste item, debruçar-se-á sobre cada uma das formas de abreviação processual penal narradas e sobre os obstáculos para a sua expansão.

3.3.1 Os espaços de consenso dos juizados especiais criminais

A criação dos Juizados Especiais foi inicialmente prevista pelo art. 98, inc. I¹⁵, da Constituição da República de 1988 e posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.099/1995, que cuidou de tratar tanto do procedimento cível quanto do criminal, contudo, nos limitaremos a tratar apenas deste último, vez que adentrar com profundidade na primeira seara fugiria, por certo, dos limites deste trabalho.

¹⁵ Art. 98. 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.

Segundo Vasconcellos (2015, p. 99-100) a ideia do microssistema foi alicerçada no intuito de favorecer a eficiência e a celeridade dos casos penais mediante a incorporação dos institutos consensuais da (i) composição civil dos danos; (ii) transação penal e (iii) suspensão condicional, que muito se assemelham às tendências negociais internacionais. Não obstante, a Carta Constitucional e o art. 60 da sua lei dos juizados limitaram as suas atuações às transgressões de pouca gravidade, denominadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, exemplificadas pelo art. 61¹⁶.

Numa primeira acepção, a eficiência se constitui sob o argumento de que o sistema jurídico nacional deve buscar um “processo de resultados” (GRINOVER, 1996, p. 9), evidenciando a instrumentalidade da justiça em relação ao direito material e aos valores político-sociais. Em uma segunda acepção, a celeridade surge mediante um discurso jurídico que apresenta conexão com a eficiência, ao redor da qual orbitam narrativas sobre: (i) a informalidade; (ii) a desburocratização; (iii) a simplificação; (iv) a democratização da justiça; (v) a pacificação social e (vi) a resolução do conflito (PINHEIRO, 2010, p. 90-94).

Com efeito, ainda que a maioria da doutrina considere as expressões justiça consensual e justiça negocial como sinônimos, há teóricos que sugerem uma certa diferenciação sobre cada uma delas. Assim, a fim de evitar eventuais confusões temáticas, é fortificante delimitar suas possíveis assimetrias para depois adentrar aos liames dos espaços de consenso, conforme se depreenderá adiante.

Rosimeire Ventura Leite (2009, p. 31) expressa que a diferença existente entre os termos acima mencionados resta consubstanciada a partir do grau de autonomia da vontade atribuído às partes durante o processo. Em seus termos, no âmbito da justiça consensual é possível vislumbrar que as medidas adotadas são submetidas à uma prévia anuência do acusado, contudo, lhe resta pouca liberdade negocial para propor condições entre as opções disponíveis. Já no que se refere à justiça negociada, sua aplicação seria mais extrema, pois eleva o poder de discussão do imputado acerca das propostas que lhe são feitas, acarretando, inclusive, em modificações no seu conteúdo (LEITE, 2009, p. 31-33). No presente estudo, utilizar-se-á a expressão justiça consensual para definir os mecanismos de barganha mais brandos, como os da Lei n. 9.099/1995, e o termo justiça negocial para conceituar as negociações que contemplem a aplicação de penas privativas de liberdade, como é o caso dos institutos americanos.

¹⁶ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Vera Ribeiro de Almeida (2014, p. 732) ensina que o rito seguido pelo procedimento especial criminal pode ser dividido em duas fases: (i) a partir da apresentação do registro do conflito, que pode se originar das delegacias policiais, mediante termos circunstanciados¹⁷ e (ii) quando proveniente do protocolo do pedido da vítima, por meio de petição apresentado por seu procurador legal ou termo de atendimento confeccionado nos próprios juizados.

Em sentido crítico, Kant de Lima (1995) expõe que a maioria expressiva dos procedimentos é inaugurado por intermédio dos termos circunstanciados que, por possuir caráter um tanto quanto simplista, atribui ao seu elaborador (agente policial) a possibilidade de classificar a conduta criminosa com certa discricionariedade. Ainda com o autor, expressões como “não identificado” e “outros”, comumente empregadas no campo destinado ao elemento motivador do suposto ilícito, acabam por conduzir o procedimento à inúmeras possibilidades.

Ao passo, em sede de audiência preliminar, deve¹⁸ ser intentada pelo magistrado, desde que presentes o representante do Ministério Público, o autor e a vítima, a possibilidade de composição civil dos danos e de transação penal, na esteira do que disciplinam os arts. 72 a 74. A respeito da composição civil, Fullin (2011, p. 24) expressa que esta corresponde “à possibilidade de as partes negociarem a reparação do dano material ou moral sofrido pela vítima, na forma de pagamento, ou de alguma contraprestação por parte do agressor diretamente à vítima”.

Obtida a realização do acordo, o juiz homologará a sentença de forma irrecorrível. Igualmente, em se tratando de ações de iniciativa privada ou pública condicionada, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação e promove a extinção da punibilidade ao acusado. Na hipótese de descumprimento do acordado pelo suposto autor do crime, não deve haver a retomada do processo, vez que a sentença homologatória deverá ser executada no âmbito cível por se tratar de título executivo judicial (GRINOVER, 2000, p. 142-143).

D’outro turno, restando infrutífera a forma autocompositiva e havendo o prosseguimento do feito, os autos são encaminhados ao órgão de acusação para promover a oferta de transação penal¹⁹, que não poderá ser admitida nas seguintes hipóteses: (i) ter sido o

¹⁷ O termo circunstanciado é um documento ao qual consta a identificação das partes, o resumo dos fatos e os depoimentos testemunhais, no sentido de realizar o encaminhamento rápido dos atos menos complexos. Com a sua conclusão pelo agente público, há o encaminhamento do autor do fato e da vítima para o juizado ou se estabelece um termo de compromisso para o comparecimento das partes (FULLIN, 2011, p. 23).

¹⁸ “Viciada é a transação penal e a prática de atos processuais sem a prévia tentativa de composição de danos de natureza cível, sempre que presentes” (GIACOMOLLI, 2009, p. 103).

¹⁹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; (ii) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa e (iii) restar comprovado a não indicação dos motivos e circunstâncias para a adoção da medida.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 56) retratam o instituto versado como “a submissão do suposto autor da infração a uma medida alternativa, não privativa de liberdade, em troca do não início do processo”. Em suma, o réu, devidamente acompanhado de seu representante legal, negocia com o membro do *Parquet* a imediata aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa. Como contrapartida, pode ser favorecido pela celeridade e a redução dos custos processuais. Neste ponto é digno de registro que, apesar do acusado se conformar com a punição sugerida, não há o reconhecimento de sua culpabilidade, característica essencial da barganha norte-americana. Ainda assim, este é o mecanismo com maiores similaridades ao instituto estadunidense (VASCONCELLOS, 2015, p. 103).

No caso de descumprimento das cláusulas da transação penal pelo réu, o Supremo Tribunal Federal assentou a Súmula Vinculante n. 35²⁰ com o entendimento de que a sua homologação não faz coisa julgada material, portanto, caso reste verificada a ocorrência do desacordo, retoma-se o *status quo ante*, possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal por meio do oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Em pesquisa de campo sobre a justiça consensual brasileira, Almeida (2014, p. 733) demonstra que o que se verificou, na prática, foi a juntada das transações penais aos procedimentos antes mesmo de iniciadas as audiências preliminares, situação que ofende a noção doutrinária e a concepção legal de que a transação penal deve ser oferecida após a tentativa conciliatória entre as partes. A propósito, como a lei é omissa sobre a forma e a dinâmica da oferta do referido mecanismo consensual, cada promotor a ritualiza de acordo com sua percepção sobre a lei e o caso concreto que, por consequência, mitiga a certeza dos jurisdicionados quanto a previsibilidade da respectiva prática consensual (op. cit).

Caso ainda restem frustradas a tentativa da autocomposição civil e da transação penal, dá-se a oportunidade ao ofendido de exercer seu direito de representação verbal e estipula-se data para audiência de instrução e julgamento. Neste momento, recebida a exordial acusatória

²⁰ Súmula Vinculante 35. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em: 03 de jun. 2022.

pelo juízo e presentes os seus pressupostos, autoriza-se a proposta de suspensão condicional do processo, conforme estabelecem os arts. 75 e 76 da Lei dos Juizados.

No que se refere ao *sursis* processual, o art. 89 preceitua que, se restarem cumpridos os seus requisitos autorizadores, quais sejam: (i) delitos com pena mínima menor ou igual a um ano; (ii) que o acusado não esteja sendo processado por outras possíveis transgressões ou que tenha sido condenado por crime e (iii) ser a medida adequada diante do fato e das circunstâncias, o órgão ministerial deverá oferecê-lo a fim de sobrestar do processo por 2 a 4 anos. Assim, em havendo a suspensão desse prazo uma única vez, sem que tenha sido revogado, será declarada extinta a punibilidade do suposto infrator (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 57-58).

O discurso jurídico em torno dos juizados criminais e dos espaços de consenso afirma a existência de uma bifurcação do sistema penal, vez que, de um lado o microssistema inaugurou um novo modelo de controle para crimes pequenos e, do outro, favoreceu uma intervenção mais eficiente ao modelo tradicional de fiscalização para os crimes graves (PINHEIRO, 2010, p. 95).

Esse entendimento é corroborado por uma pesquisa empírica realizada por Azevedo (2000) sobre os Juizados Especiais de Porto Alegre. Na oportunidade, foi constatado que, ao contrário do que se leva a entender, a operacionalidade do microssistema criminal não levou à redução do movimento processual do sistema tradicional, mas sim ampliou o controle penal que passou a intervir na criminalidade que antes se colocava fora do sistema formal de controle. Segundo o 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” (op. cit., p. 136).

3.3.2 O acordo de colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada vigente no Brasil encontra previsão normativa na Lei n. 12.850/2013 - que disciplina os mecanismos de combate ao crime organizado - muito embora já tenha sido destacado em diversas legislações anteriores. Segundo Mendonça (2013, p. 2), o respectivo normativo foi responsável por aperfeiçoar o sistema penal e processual penal através da criação do tipo penal da organização criminosa²¹ e, mais ainda, por disciplinar meios

²¹ O art. 1º, §1º do normativo retromencionado define o que se considera organização criminosa para o seu âmbito de aplicação a partir de três requisitos: (i) a associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente; (ii) vantagem de qualquer natureza – desde que ilícita –, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional e (iii) que haja permanência e estabilidade. Outrossim, o seu §2º²¹ também equipara a agremiação delitiva: (i) aos crimes transnacionais previstos em tratado internacional e (ii) às organizações

de obtenção de provas específicos (a partir das tendências negociais internacionais) para a mencionada prática ilícita.

O mecanismo probatório ao qual nos reportamos consiste na realização de um acordo entre o Estado e o investigado, no qual este realiza declarações a fim de minimizar a persecução criminal em troca de benefícios processuais. No entanto, o que marca a sua especificidade é o fato de que, além do acusado poder confessar o seu envolvimento nas atividades delitivas, também pode indicar a atuação de terceiros (SOBRINHO, 2009, p. 47). Ao que releva, o desenvolvimento desse modelo de obtenção de provas foi marcado pela concepção de que, em alguns tipos de criminalidade, há a inexistência de testemunhas presenciais do fato ou a impossibilidade de reuni-las, logo, os únicos indivíduos que poderiam fornecer informações para o deslinde do processo seriam os próprios envolvidos (MENDONÇA, 2013, p. 2).

Importante delimitar aqui que, a colaboração premiada não deve ser confundida com o termo delação premiada - como tratado majoritariamente pela doutrina - pois, a declaração que faz o investigado sobre a conduta criminosa de outrem não é requisito essencial para a realização do acordo, tal qual um dever, mas sim uma de suas possibilidades. Nesse aspecto, é possível concluir que a colaboração é um gênero e a delação uma espécie (MORAIS, 2018, p. 43-44).

De igual modo, Aras (2011, p. 428) assim se manifesta:

Apresenta a colaboração premiada como gênero, da qual derivam 4 (quatro subespécies, quais sejam: a) delação premiada (também denominada de chamamento de corréu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador; b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação; c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capital; d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

Insurge arrazoar, a partir de uma análise com o retratado no capítulo antecedente, que a declaração do acusado na esfera do *plea bargaining* americano possui uma diferença significativa com aquela feita na colaboração premiada. Enquanto na primeira o investigado promove uma confissão de culpa, sem que necessariamente haja a indicação de um fato que auxilie na prevenção de alguma atividade delitiva, na segunda esse resultado é elemento necessário para a sua validade.

terroristas, reconhecidas pelas normas de direito internacional, que praticarem atos de suporte ao terrorismo, atos preparatórios ou de execução de atos terroristas em território nacional (MENDONÇA, 2013, p. 4-5).

Nesse sentido, o art. 4º da Lei n. 12.850/2013 estabelece que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituí-la por restritiva de direitos, ao suspeito/acusado 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 e (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Registre-se que o colaborador demarcado pela Lei da Organização Criminosa não deve ser confundido com a testemunha descrita no art. 203 do CPP²², que é chamada ao processo para expor fatos de um caso criminal em curso e ao qual é alheia. Em regra, qualquer cidadão que tenha presenciado uma situação que possa contribuir para a descoberta da verdade material, tem o dever legal de colaborar com a investigação, se comprometendo a não lhe faltar com a com verdade sobre aquilo que sabe. Portanto, não perceberá qualquer benefício por auxiliar a justiça (CANOTILHO; BRANDÃO, 2017, p. 144).

O acordo colaborativo também é fruto de um modelo de gestão de provas tipicamente vinculado ao *adversarial system*, em que predominância das partes na determinação da marcha processual e na produção de provas é bem demarcada. Nessa concepção, Cruz (2016, p. 9) escreve que, dentro do instituto versado, a confissão é tida como a prova soberana, “como se fosse um meio de acesso à psique do suspeito/acusado, uma espécie de ponte para a indevassável esfera do segredo daquilo que apenas o agente poderia revelar: sua efetiva intenção, seus desejos, suas pulsões”.

3.3.3 A Lei anticrime e o acordo de não persecução penal

Outro exemplo da influência dos acordos negociais no Brasil se situa dentro da Lei n. 13.694/2019, popularmente chamada de Lei Anticrime, que disciplinou um conjunto de

²² Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

alterações na legislação processual penal como o objetivo de aumentar a eficiência do combate aos crimes organizados, aos crimes violentos e à corrupção (MOTA, 2020, p. 162-163). Para compreender a dimensão da força dos institutos estrangeiros sobre essa legislação é preciso traçar considerações que vão desde a sua forma enquanto Projeto de Lei até a regulação do acordo de não persecução penal.

No primeiro cenário descrito, foi intentado a incorporação do art. 395-A, §11²³, que sugeriu a expansão do acordo penal para qualquer crime, independente da espécie ou da gravidade da sanção. Nos termos apresentado pelo projeto, pensou-se em incorporar no Brasil uma visão tão alargada de justiça negocial quanto a prática do *plea bargaining* estadunidense. Porém, a proposta não foi bem recepcionada pelo Senado Federal e acabou sendo retirada²⁴.

Em crítica ao mencionado dispositivo, Vasconcellos (2019) evidenciou cinco questões fundamentais para a aplicação da tentativa expansionista da justiça negocial que, em seus termos, estariam totalmente omissas no projeto anticrime, seriam elas: (i) as regras para negociações, vez que seria fundamental descrever “quando” e “onde” ocorreriam os acordos, além da determinação de suas gravações para impedir eventuais abusos e, ainda, assegurar que o imputado presencie tal momento; (ii) a informação sobre direitos renunciados, ou seja, que o julgador informe os direitos que estão sendo abdicados pelo acusado na audiência de controle do acordo; (iii) o acesso aos autos da investigação, a fim de que o réu compreenda os fatos, as acusações formuladas e os elementos probatórios que existem no sentido da sua incriminação, para assim decidir voluntariamente; (iv) a regulação sobre potencial conflito existente entre o imputado e o defensor técnico, em caso de discordância do advogado com o cliente e (v) o estabelecimento de regras para os casos de concurso de agentes, no sentido de que o acordo não dependeria da concordância de todos os corréus, e que não pode ser utilizado como prova contra os demais (já que isso dependeria de um acordo de colaboração premiada adicional).

Quanto ao acordo de não persecução penal (ANPP), apesar de surgir na prática por meio de uma regulação autônoma do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) prevista no art. 18 da Resolução n. 181/2017, somente foi introduzido formalmente por meio da Lei

²³ “Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprável por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”

²⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-07/proposta-plea-bargain-moro-retirada-pacote-anticrime>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

Anticrime, que regulamentou o art. 28-A²⁵ do Código de Processo Penal e, ainda que de forma indireta, o conceituou. Em suma, o referido instituto concretiza uma forma de abreviação processual em que o órgão acusador renuncia a persecução processual criminal e a aplicação da pena - tal como cominada no delito em abstrato – retirando o registro de culpa na folha de antecedentes criminais do investigado, mediante o reconhecimento deste da prática do crime e da sua submissão a determinadas condições (MOTA, 2020, p. 165-166).

Igualmente aos mecanismos de consenso da Lei n. 9099/1995, o ANPP só pode ser enquadrado em determinados ilícitos penais estipuladas no bojo do seu dispositivo regulador. No entanto, ao que se revela, sua formalização expandiu os limites da justiça consensual muito além do que fez a transação penal, o *sursis* processual e a própria colaboração premiada, especialmente por inovar ao relativizar a indisponibilidade da ação penal para infrações de médio potencial ofensivo cuja pena mínima é inferior a quatro anos, desde que não contenham o emprego de violência ou grave ameaça.

Com efeito, a opção do legislador de contemplar o ANPP para delitos cujo patamar de pena mínima seja abstratamente não inferior a quatro anos, engloba uma série de infrações ao cenário da justiça consensual e, de igual modo, gera algumas controvérsias. Nesse escopo, Oliveira e Canterji (2020, p. 331-352) expressam que seria desarrazoado o limite temporal fixado pela Lei Anticrime, uma vez que, ao comparar o acordo de não persecução com outras medidas desencarceradoras haveria a constatação de uma desarmonia:

Até o presente momento, não temos em nosso ordenamento jurídico penas cujo mínimo cominado seja maior do que 3 (três) e menor do que 4 (quatro) anos de detenção ou reclusão - não há, por exemplo, nenhum delito com pena cominada de três anos e seis meses de pena privativa de liberdade. Dessa forma, o presente requisito, ressalvada a incidência a priori de causas de diminuição de pena (minorantes), em verdade, tem aplicação limitada aos crimes cujas penas mínimas cominadas não ultrapassam três anos de privação de liberdade. (op. cit.)

²⁵ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O dispositivo que tratou do tema não especificou como deveria ser feita esse cálculo, limitando-se no §1º do art. 28-A a dizer que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. Aury Lopes Jr. (2020), aplicando por analogia o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a suspensão condicional do processo (HC 505.156²⁶), escreve que, quando a fração da causa de aumento ou de diminuição a incidir sobre o mínimo da pena em abstrato, deve-se levar em conta a fração que mais diminuir.

Diante do exposto, verifica-se que o ANPP e as demais formas de consenso adotadas pelo Brasil seguiram a mesma lógica das barganhas anglo-saxãs ao exigir renúncias de determinadas garantias fundamentais como requisito para haver o percebimento de potenciais benefícios na pena, como é o caso da fragilização do contraditório e da ampla defesa. No capítulo 3 se estudará com maior profundidade tais controvérsias a fim de lograr êxito no objetivo desta pesquisa.

²⁶ [...] 3. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.095/1995, requer que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 1 ano. O delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, prevê sanção que varia de 2 a 5 anos de reclusão. Em sua forma consumada, portanto, é inviável a concessão do benefício. 4. Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano. [...]. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2393189>. Acesso em: 31 de mai. 2022.

4 OBSTÁCULOS PARA A EXPANSÃO DOS MECANISMOS DE ABREVIACÃO PROCESSUAL E PARA A EFETIVAÇÃO DE UMA POLÍTICA NEGOCIAL NO BRASIL

Assentada a delimitação das formas de abreviação do processo penal no Brasil, bem como expostos os delineamentos sobre a justiça negocial no primeiro capítulo deste estudo, impõe-se o aprofundamento das problemáticas que são tidas como obstáculos para a expansão dos espaços de consenso e estabelecer pressupostos mínimos para uma eventual recepção dos mecanismos negociais estrangeiros em território nacional.

4.1 Críticas à expansão dos acordos de abreviação do processo penal

O processo penal, ao contrário de como muitas vezes é tratado, não se resume a um instrumento de punição aos praticantes de delitos. Este mecanismo deve ser entendido como a forma de conter o poder punitivo estatal, que tem por escopo impedir que as garantias fundamentais dos inocentes sejam ceifadas pela ambição inquisitorial, pois, caso não fosse, bastariam os algozes para controlar o direito penal (CRUZ, 2016, p. 4-6).

No campo das barganhas jurídicas não é diferente, as maiores controvérsias enfrentados pela doutrina residem na possível lesão aos direitos e garantias fundamentais do investigado em virtude do binômio celeridade-eficiência. Pensa-se que, acaso não se discutam as amarras dos acordos negociais, há um risco enorme de lesar a paridade de armas, fazendo com que a balança da justiça penda demasiadamente para algum dos lados (op. cit.).

De acordo com essa perspectiva, discorreremos sobre cinco críticas expostas por Rosimeire Ventura Leite (2009, p. 37-53) no que tange aos problemas do consenso no âmbito criminal, que igualmente podem ser aplicadas à justiça negocial, são elas: (i) a renúncia aos direitos e garantias fundamentais; (ii) a verdade consensual; (iii) a obrigatoriedade e oportunidade da ação penal; (iv) a diminuição dos poderes do magistrado e a (v) contratualização do processo penal.

4.1.1 A renúncia aos direitos e garantias fundamentais

A doutrina constitucional contemporânea vislumbra duas perspectivas ao se discutir os direitos fundamentais: está-se a falar das suas dimensões subjetiva e objetiva (SARLET, 2012, p. 141). Dentro da primeira ótica, lastreada nos ideais clássicos do Estado liberal, as normas

fundamentais seriam responsáveis por produzir pretensões jurídicas a serem possivelmente usufruídas ou exigidas por seu titular. Em síntese, tais pretensões restariam consubstanciadas numa “posição jurídica individual protegida constitucionalmente que logra, pelo seu grau suficiente de determinabilidade, ser imediatamente exigível do Estado” (ALMEIDA, 2014, p. 145). O segundo enfoque, sem desconsiderar a dimensão subjetiva, crê em uma visão de que os direitos fundamentais caracterizam princípios basilares da ordem constitucional e que, portanto, estariam além de meras limitações ao poder estatal, em razão de também fixarem diretrizes para a atuação deste (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 266).

Nessa última perspectiva, o bem jurídico tutelado atravessaria o campo individual para se estabelecer como um mecanismo de controle da ação estatal, independente da vontade de seus titulares (ALMEIDA, 2014, p. 150):

O compromisso axiológico que é firmado a partir do texto constitucional, erigindo verdadeiro contrato social que, para além de cláusulas formais, estabelece também os valores sociais básicos que irão guiar a vida em sociedade, notadamente através da previsão de direitos fundamentais que, sistemática e teleologicamente considerados, configuram a atividade estatal, não mais apenas de forma negativa, mas também de forma positiva, devendo o Estado protegê-los e promovê-los, enquanto finalidade última do ordenamento jurídico como um todo. (GIUDICELLI, 2017, p. 141)

Segundo Sarmento (2003), o reconhecimento desse espectro não se traduz como um desapego da visão subjetiva, mas sim um reforço a ela. Não basta somente que o Estado deixe de lesar as garantias e os direitos fundamentais, passa-se a exigir que os poderes públicos os resguarde de maneira ativa contra potenciais ofensas advindas de terceiros, bem como que assegurem o pleno exercício das liberdades constitucionais por meio de condições mínimas (op. cit.). Em verdade, essa noção presume um maior fortalecimento dos direitos fundamentais, pois lhe agrega valor (ANDRADE, 2012, p. 134).

Para aprofundar o debate em torno dos mecanismos de abreviação processual penal é necessário observar essa posição subjetiva-objetiva dos direitos fundamentais, vez que ao se firmar um acordo negocial, se passa pela discussão entre os dois eixos. O momento da declaração de vontade do acusado de que concorda com a antecipação da sanção ou da medida de natureza penal acarreta a renúncia do contraditório e da ampla defesa que, inseridos na visão acima destacada, são considerados direitos de natureza objetiva e, portanto, inalienáveis e irrenunciáveis. D’outro lado, se concentra a concepção de que o Estado não deveria afligir na manifestação da autodeterminação individual, de natureza subjetiva, em que se resguarda o poder de disposição sobre as garantias de titularidade própria (LEITE, 2009, p. 38-40).

Necessário ter em conta que, aqui, não se pretende restringir o tema ao cunho individualista, com excessiva valorização da autonomia do indivíduo, nem tampouco fazer com que a noção dos direitos de natureza objetiva seja levada a cercear a liberdade do sujeito de direito, criando um Estado paternalista que “se arroga a pretensão de proteger sistematicamente o cidadão contra si próprio” (NOVAIS, 1996, p. 287-288).

Ao explicarem os direitos fundamentais nos acordos de abreviação do processo penal, André Rocha Sampaio, Marcelo Herval Macêdo Ribeiro e Marcos Eugênio Vieira (2021, p. 218-227) elencam cinco garantias constitutivas do devido processo legal que são questionadas quando se trata de adotar uma solução consensual, são elas: (i) a jurisdicionalidade ou a necessidade de submissão à jurisdição; (ii) a separação entre juiz e acusação; (iii) a obrigatoriedade da ação penal; (iv) a presunção de inocência e o (v) o direito à ampla defesa e à garantia do contraditório. Em um prisma objetivo, os autores defendem que as referidas garantias não podem ser relativizadas, notadamente por possuírem natureza constitucional, logo, seriam “insuscetíveis a medidas que importassem na diminuição de sua carga axiológica-normativa”.

N’outro panorama, Jorge Reis Novais (1996, p. 285-291) abaliza que a admissibilidade, em abstrato, da renúncia advém do próprio conceito de titularidade. Assim, sendo o indivíduo titular de uma determinada posição jurídica de direito fundamental, lhe é cabível, de igual modo, a possibilidade de disposição sobre ela. A renúncia seria então uma forma de exercer um direito fundamental na qual o possuidor do direito autoriza uma limitação em prol de obter benefícios para ele valiosos. Trata-se de um posicionamento de viés notadamente vinculado ao princípio da autodeterminação do indivíduo e da sua autonomia pessoal.

Sinteticamente, Canotilho (1992, p. 615-616) assim abaliza que tal limitação só poderia ser válida caso houvesse delimitação pelo próprio texto constitucional (“limites ou restrições constitucionais imediatos”), por uma lei restritiva que possua amparo expresso na Carta da República e que observe seus parâmetros (“limites ou restrições estabelecidas por lei”) ou pela necessidade de compatibilizar direitos e garantias constitucionalmente assegurados (“limites imanentes ou limites constitucionais não escritos”).

4.1.2 A verdade consensual

Na seara criminal, um dos princípios que se apresentam é o da verdade real. Isto porque, no âmbito do processo penal, para o magistrado chegar à conclusão do provimento jurisdicional mais aproximável do ideal de justiça, necessita realizar a reconstrução dos fatos através de uma

colheita probatória que objetiva entender o que se sucedeu no caso concreto (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 55). No entanto, deve-se registrar que, apesar dos mecanismos probatórios utilizados para se encontrar a verdade, sua efetivação pode se revelar inalcançável, pois, como bem indaga Kladed (2015, p. 174) “como se dá o convencimento do juiz através da atividade probatória, se o acesso direto não é possível, pois o “fato” não é experimentável?”

Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p. 38) elenca dois tipos de verdade: (i) a substancial ou material e (ii) a formal ou processual. A primeira seria àquela que corre sobre a aspiração substancialista e que se traduz 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”. Para o autor, esta pretendida verdade, ao ser perseguida fora de determinações e controles (como as garantias constitutivas do devido processo legal) degenera o juízo de valor, tornando-o arbitrário e irracional. Já a segunda seria conquistada pela observância do respectivo procedimento, limitando-se aos fatos e circunstâncias penalmente relevantes. É, portanto, uma verdade mais controlada quanto ao método, todavia, minimizada quanto ao conteúdo da verdade substancial.

Já no campo da abreviação processual pela declaração de vontade, ocorre a redução desta atividade probatória por prevalecer o pactuado entre as partes, cabendo ao juiz, tão somente, a atividade de verificar os requisitos legais do acordo, a existência de indícios mínimos de materialidade do fato e a participação do acusado. Para os críticos da justiça consensual, a ausência das investigações preliminares por força da manifestação da vontade resultaria em uma verdade mais subjetiva (LEITE, 2009, p. 45-46).

Para a concepção de verdade obtida através do consenso, deve-se imaginar o órgão acusador como uma espécie de advogado, já que também está interessado no processo e não possui presunção de atuar como *custos legis*. Outrossim, quem acusa não pode iniciar o acordo com vantagens, dado a necessidade da paridade de armas. A problemática vislumbrada a partir disso é que, na prática, nem sempre essa paridade de armas é assegurada; “o acusado pode se encontrar mal defendido, e o juiz – imaginado como um árbitro – não poderá determinar a realização de diligências não requeridas, o que pode acabar ensejando a condenação de inocentes” (CRUZ, 2016, p. 8-9).

Nesse diapasão, entendemos que ser válido o procedimento adotado pelo Chile em relação aos métodos de abreviação do processo, que fortalece a verdade processual. Ao fim de 1992, iniciaram as discussões sobre uma possível reforma do seu sistema criminal e, em 1998, foi apresentado no Congresso Nacional um projeto de novo Código de Processo Penal (CPP), sendo este recepcionado em 2000. Na oportunidade, para além do CPP, ocorreu: (i) a criação

de uma Defensoria Penal Pública; (ii) a criação da Lei Orgânica do Ministério Público; (iii) a reforma do Código Orgânico dos Tribunais e (iv) os tribunais de juízo oral (VIANCOS, 2010, p. 194).

Com efeito, a referida estruturação foi bastante comentada pela atuação de um juiz distinto para cada fase processual, no intuito de promover uma descontaminação do julgador com as discussões produzidas nas etapas anteriores, vez que o seu contato com o caso somente ocorre em sede de audiência. Assim, nas situações em que há pedidos de prova ou a existência de provas ilícitas/ilegais, minimizam-se os danos sobre a subjetividade do juízo (op. cit). A propósito, em igual sentido é a figura do Juiz das Garantias inaugurado pela Lei n. 13.964/2019, que atua na fase pré-processual, integrada ao sistema acusatório, cabendo-lhe a função de ser o controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais do sujeito passivo (ANDRADE, CAVALCANTI, p. 25). A sua justificativa é no sentido de que, “ao ingerir na investigação criminal exercendo tarefas não propriamente jurisdicionais, pode o magistrado acabar comprometendo-se com a prova (por ele mesmo) produzida e assim prejudicar a característica da imparcialidade” (op. cit).

Na fase intermediária do procedimento chileno, se realiza a delimitação do objeto do juízo, ocasião em que discute: (i) o exercício de um juízo de admissibilidade da denúncia e, em caso positivo; (ii) ocorre o deferimento ou indeferimento do pedido de produção de provas pelas partes na fase do juízo oral e (iii) a possibilidade de promoção do procedimento abreviado, atrelado ao saneamento das questões processuais cabíveis, sob pena de preclusão (SILVEIRA, 2018, p. 364).

Nesta etapa, Marco Aurélio Nunes da Silveira (op. cit.) pontua as funções do juiz de garantias:

a) determinar a correção de vícios formais (art. 270); b) a resolução das exceções processuais opostas (art. 271); c) promover os debates sobre as provas oferecidas pelas partes (art. 272); d) a conciliação sobre a responsabilidade civil (art. 273); e) decidir sobre a união ou separação de acusações (art. 274); f) estabelecer, ao acordo das partes, convenções probatórias (casos em que fatos são tomados como incontroversos, art. 275); a exclusão de provas (impertinentes, nulas, ilícitas, etc., art. 276); a formulação do auto de abertura do juízo oral (art. 277).

O *procedimento abreviado* (procedimento abreviado) pode ser requerido pelo fiscal em qualquer audiência marcada ao longo do processo até a audiência anterior ao juízo oral, fase em que se exigirá a utilização de linguagem mais simples e direta, para facilitar o entendimento

do acusado e dos demais atores processuais²⁷. Verificado o interesse do membro do *Parquet* na barganha, o juiz lhe dará a palavra para se manifestar sobre a acusação formulada, devendo sintetizar os fatos, elementos e fundamentos pelos quais requer a aplicação do juízo abreviado (RUA, 2017, p. 97). Nesse momento é que se apresenta o fortalecimento da verdade processual, vez que há uma atuação do juiz de garantias para assegurar a legitimidade e voluntariedade do consentimento do investigado, explicando as consequências do acordo e da condenação, com cautela para não incentivar a prática negocial (op. cit).

4.1.3 A obrigatoriedade e a oportunidade da ação penal

Outra problemática da expansão negocial no Brasil recai sobre a ótica do princípio da obrigatoriedade da persecução punitiva no processo penal, decorrente do inc. I do art. 129 da Constituição Federal, que elenca como função institucional do Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública. Esse princípio, por sua vez, decorre do princípio da legalidade, ou, como abaliza Coutinho (2001, p. 41) “é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em razão de instituir um dever do órgão acusatório”.

Em síntese, a obrigatoriedade da ação penal constitui o dever do *Parquet* de proceder e dar acusação à integralidade dos delitos que tenha tido conhecimento na instrução, desde que preenchidos os pressupostos fáticos, jurídicos, substantivos e processuais (VASCONCELLOS, 2015, p. 36). Nesse sentido, Távora e Alencar (2016, p. 56) lecionam que:

Os órgãos incumbidos da persecução criminal, estando presentes os permissivos legais, estão obrigados a atuar. A persecução criminal é de ordem pública, e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade. Assim, o delegado de polícia e o promotor de justiça, como regra, estão obrigados a agir, não podendo exercer juízo de conveniência quanto ao início da persecução.

Todavia, foi realizada uma ressignificação deste princípio, em decorrência da sua relativização promovida por força da lei dos juizados, que permitiu ao órgão acusatório a possibilidade de ofertar soluções consensuais, instaurando-se doutrinariamente o conceito de obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada (op. cit). Na prática, ao possibilitar o instituto da transação penal, por exemplo, viabiliza-se, diante dos requisitos legais já mencionados anteriormente, a desnecessidade do membro do *Parquet* promover a ação penal,

²⁷ CHILE. Lei n. 19.696, de 29 de setembro de 2000. *Código Procesal Penal*. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 07. jun. 2022.

oferecendo ao autor do fato uma via alternativa, qual seja, a aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade (AVENA, 2020, p. 510).

Como ramificação da problemática posta, insurge a necessidade de dar uma solução para a eventual recusa injustificada do órgão acusador em fazer a proposta consensual. Apesar dos dispositivos normativos desses institutos utilizarem o termo “poderá” para referenciar a proposta de acordo, apresentam-se divergências teóricas. De um lado a apontam como um dever, do outro, como uma faculdade do *Parquet* (LEITE, 2009, p. 151-152).

Há doutrinadores que sustentam que a oportunidade de optar pela via alternativa é um direito subjetivo do investigado e que, portanto, em caso de negativa da sua proposição pelo órgão acusador, a defesa deveria requerer ao magistrado a aplicação de pena restritiva de direito ou multa. O magistrado, por seu turno, teria de se manifestar sobre a solicitação, sob pena de negar a prestação jurisdicional (op. cit.).

Tourinho Filho (2008, p. 106) vai mais além ao discorrer que deve haver possibilidade de formulação da proposta de ofício pelo julgador, no entanto, a respectiva posição é alvo de críticas em razão de potencialmente ferir o elemento basilar do processo acusatório: a separação das funções de julgar, acusar e defender. Nessa perspectiva, o autor persevera que essa iniciativa seria plausível em razão do processo penal brasileiro não ser totalmente acusatório, já que por diversas vezes o julgador atua dentro de funções próprias do titular da ação penal, como o *habeas corpus*, a decretação da prisão preventiva e o sequestro de bens do imputado.

Anteriormente, a fim de coibir a crítica apresentada pela possível interferência do julgador nas funções próprias do órgão acusador, havia uma última análise na direção de aplicar por analogia o antigo art. 28²⁸ do Código de Processo Penal, que trazia a possibilidade de o magistrado divergir do pedido de arquivamento do inquérito policial por parte do Ministério Público. Assim, as peças existentes poderiam ser remetidas, pelo próprio juiz, para o Procurador-Geral de Justiça, que teria voto de minerva sobre o caso (GRINOVER, 2005, p. 155). No entanto, o referido dispositivo foi alterado pela Lei n. 13.964/2019, que cuidou de retirar a ingerência do juiz criminal sobre a decisão de arquivamento.

Ainda nessa esteira, é salutar que o novo rito do art. 28²⁹ do CPP não chegou a ser aplicado, uma vez que em 22 de janeiro de 2020 o Min. Luiz Fux, do STF, concedeu medida

²⁸ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

²⁹ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará

cautelar na ADI n. 6.305/DF, apensa à ADI 6.298/DF, para suspender sua eficácia sem fixar data futura³⁰. Dessa forma, ainda se aplica a sistemática antiga.

A principal objeção ao posicionamento apresentado nesse segmento se concentra no sentido de que a divergência em termos de pedido de arquivamento é situação bastante diversa de uma recusa em oferecer proposta de transação penal. Logo, a analogia não deveria ser manuseada para suprir a mencionada lacuna. Ademais, também seria uma alternativa mais morosa, contrariando a busca pela celeridade inerente aos juizados especiais criminais (LEITE, 2009, p. 153).

Sobre o tema, em sede de Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 199.892 RS³¹, julgado em 17 de maio de 2021, o Supremo Tribunal Federal explicou que após a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 129, inc. I, da Constituição Federal de 1988) pelas previsões da transação penal e suspensão condicional do processo insculpidas na Lei n. 9.099/1995, bem como pela Lei n. 13.964/2019, que trouxe a possibilidade do acordo de não persecução penal, houve a inserção do princípio da discricionariedade mitigada. Para o STF, “esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo”.

O referido entendimento foi, inclusive, corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC n. 161.251/PR³², de 20 de maio de 2022, de relatoria do ministro Ribeiro Dantas, que reafirmou que o oferecimento de acordo de não persecução penal é decisão de competência exclusiva do Ministério Público – não se constituindo, portanto, em direito subjetivo do investigado.

Leite (2009, p. 154-155) expressa que, ao considerar como direito subjetivo do suposto autor do fato a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, a intervenção ministerial seria reduzida a um simples parecer acerca dos requisitos legais, assim, “não seria

os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei (Incluído pela Lei n. 13.914/2019).

³⁰ O STF entendeu que o Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento ensejaria ao funcionamento dos órgãos ministeriais. Nesse sentido, entendeu que a inovação legislativa viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas, além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos. Outrossim, informou que o legislador deixou uma cláusula aberta ao determinar que o arquivamento do inquérito policial fosse homologado pela “instância de revisão ministerial”, pois sequer definiu qual seria o órgão competente para funcionar como tal (ADI 6.298/DF - STF). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

mais justiça consensual, e sim uma alternativa legal posta à disposição do autor do fato como forma de enfrentamento do interesse punitivo do Estado”.

A nosso ver, apesar da Lei dispor em sentido contrário – e entendemos ser, de fato, a proposta de acordo uma faculdade do *Parquet* nos termos expressos pela legislação brasileira – para existir um padrão menos danoso, o oferecimento do acordo deveria ser obrigatório pelo Ministério Público, impedindo eventuais lesões ao princípio da igualdade e combatendo potenciais discricionariedades. Embora se sustente que obrigação da propositura retira o caráter consensual, pensamos em sentido diverso, pois o consenso não está vinculado ao oferecimento do acordo, mas sim às suas cláusulas.

4.1.4 A diminuição dos poderes do magistrado

Como consequência da disponibilidade do princípio da obrigatoriedade os poderes do magistrado são diminuídos, uma vez que as atividades tipicamente exercidas pelo julgador, como conhecer os fatos, analisar provas e formar um convencimento são minimizadas, em especial por aumentar a discricionariedade do órgão ministerial, restringido o juiz à tarefa de validar uma eventual barganha. Há quem saliente que, apesar do juiz sofrer a referida limitação, tal situação possibilita que as partes ganhem mais participação, a depender do grau de autonomia da vontade que lhe é conferida (LEITE, 2009, p. 48).

Sobre o tema, é importante destacar a pesquisa empírica realizada por Vera Ribeiro de Almeida (2012), que objetivou estudar as práticas dos operadores dos Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro, em virtude da eventual oposição entre estas e os discursos doutrinário e legal, no que concerne à transação penal. O referido trabalho constituiu, basicamente, em investigar como é realizada a atividade prática pelos atores do procedimento, limitando-se as audiências preliminares.

Na oportunidade, chegou-se à conclusão de que a discricionariedade dada aos membros do órgão acusatório transformou o processo penal em um “mecanismo de ameaça imposto ao autor do fato criminoso”, desprezando as garantias constitucionais. Isto porque fora verificado, pela autora, a existência de tratamentos diferenciados aos jurisdicionados, mesmo quando submetidos a fato criminoso idêntico. Ademais, até nas situações em que houve tratamento legal, “as lógicas apregoadas pelos discursos jurídicos sobre a limitação da atividade estatal não foram suficientes para impedir a atuação *extra legem* destes operadores” (ALMEIDA, 2012, p. 217-221).

Embora haja, de fato, uma diminuição do papel do juiz nos acordos negociais, se deve ter em conta que sua atuação não deve ser imolada ao extremo, mormente pela necessidade de controle dos respectivos ajustes. Defende-se, aqui, a ideia de que firmar um acordo sobre a sentença não significa aceitar qualquer situação entre a acusação e a defesa. Logo, ainda cabe ao magistrado a função de resguardar os interesses do investigado e do poder público, “atitude que, no mais, é decisiva para a legitimidade e a segurança da justiça consensual” (LEITE, 2009, p. 48).

4.1.5 A contratualização do processo penal

A denominada contratualização da justiça, em uma perspectiva ampla, advém da expansão dos meios alternativos de resolução dos conflitos, à exemplo da arbitragem, mediação e conciliação, mormente pelo grau de autonomia da vontade conferido as partes para estabelecerem as condições que melhor atendem suas necessidades e, conseqüentemente, dar celeridade e economia processual ao Poder Judiciário. Na perspectiva criminal, como bem abaulado, este fenômeno é marcado pela adoção dos acordos sobre a sentença, que possuem lógica idêntica (op. cit., p. 49).

Segundo Jean Pradel (2004, p. 331), a autonomia dada as partes para estabelecer os referidos acordos motiva o questionamento sobre o cabimento do consenso no processo penal. Dentro dessa perspectiva, o autor expressa: “como é possível imaginar que vontades privadas, em acordos com autoridades públicas e talvez mesmo por sugestão delas, possam paralisar a atuação das regras penais, isto é, de regras pertencentes a uma disciplina que é, por excelência, de ordem pública” (op. cit, p. 50).

Alguns teóricos atribuem o desenvolvimento da contratualização do processo penal ao resultado da influência do pensamento neoliberal, marcado pela amplificação das ondas de privatização e desregulamentação. Nessa ótica, imagina-se que a política do *laissez-faire*³³ (deixai fazer) se estendeu para o campo da justiça, tornando-a refém da mesma ideia aplicada aos mercados: velocidade e produtividade econômica. Afinal, a principal crítica que se faz ao Estado “é a sua falta de eficácia e produtividade no âmbito das novas exigências impostas pela

³³ Essa expressão foi popularizada pelo economista Adam Smith, que simboliza o liberalismo econômico no auge do sistema capitalista, momento em que o mercado deve funcionar sem intervenções desnecessárias, livre de taxas ou subsídios, apenas com regulamentos indispensáveis para proteger os direitos de propriedade. Para Smith, o *laissez-faire* se funda nos seguintes pressupostos: (i) o indivíduo como unidade básica da sociedade; (ii) o indivíduo possui direito natural à liberdade; (iii) a ordem física da natureza possui um sistema harmonioso e autorregulável e (iv) as corporações estatais devem ser fiscalizadas minuciosamente pelos cidadãos, devido à sua própria tendência de romper a ordem espontânea (SMITH, 2020).

globalização: ele custa caro demais em comparação com as vantagens que oferece à coletividade e põe entraves à competitividade da economia” (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 268-269).

Em igual sentido é Alexandre Morais da Rosa (2010, p. 11) ao afirmar que “o direito foi transformado em um instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios”. Para o autor, a ideologia neoliberal possui poderosos meios que ditam as regras gerais e abstratas, criando um novo princípio jurídico: “o do melhor interesse do mercado” (op. cit., p. 18).

Nesse prisma, Dardot e Laval (2017, p. 319) entendem que:

Nas relações humanas, essa mercantilização expansiva tomou a forma geral da contratualização. Os contratos voluntários entre pessoas livres – obviamente sempre garantidos pela instância soberana – substituíram as formas institucionais da aliança e da filiação e, mais em geral, as formas antigas da reciprocidade simbólica. O contrato tornou-se mais do que nunca a medida de todas as relações humanas, de modo que o indivíduo passou a experimentar cada vez mais na relação com o outro sua plena e total liberdade de compromisso voluntário e a perceber a “sociedade” como um conjunto de relações de associação entre pessoas dotadas de direitos sagrados. Esse é o cerne do que se convencionou chamar “individualismo” moderno.

D’outro turno, cumpre salientar que, quando Milton Friedman, expoente do pensamento neoliberal, escreveu *Capitalismo e Liberdade* (2019), por exemplo, não desconsiderou que a função da justiça deve ser promovida pelo Estado, ao contrário, a destacou como essencial. No referido estudo, o autor faz uma analogia dos membros de uma sociedade com os participantes de um jogo, em seus termos, uma boa sociedade “exige que seus membros concordem com as condições gerais que presidirão as relações entre eles, com o modo de arbitrar interpretações diferentes dessas condições e com algum dispositivo para garantir o cumprimento das regras comumente aceitas” (op. cit.).

Em entrevista concedida ao programa *Uncommon Knowledge*³⁴, no ano de 1999, Friedman elenca que o escopo de ação de um Estado mínimo ideal seria: (i) preservar a paz defendendo o país (ministério da defesa); (ii) providenciar um mecanismo pelo qual indivíduos possam dirimir suas disputas legais (o judiciário) e (iii) proteger indivíduos de serem coagidos por outros (poder de polícia). Na ótica anteriormente apresentada por Dardot e Laval, parece haver uma deturpação do pensamento neoliberal, atribuindo à referida corrente político-ideológica a defesa da privatização da justiça, ou, um erro de nomenclatura sobre a visão de que o processo de globalização teria incentivado a formação das barganhas penais.

³⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8jFaTBYgBuQ>. Acesso em: 05 de jun. 2022.

Entendemos ser incontestável à busca dos jurisconsultos pela celeridade dentro do poder judiciário e, de igual modo, a influência das relações supersônicas da sociedade de consumo, situação que não raro os leva a adotar medidas emergências que, à longo prazo, degeneram o sistema como um todo. Contudo, vale registrar que, a procura por uma maior velocidade processual, se visada com moderação, não deixa de resultar aceitável, sempre que não corrompa os operadores do direito. No que diz respeito a adoção de técnicas de abreviação processual penal por influência do neoliberalismo, a nosso ver, parece mais haver uma tentativa de incorporação dos métodos civis para a esfera penal (atrelado ao descontentamento da sociedade com sobrecarga processual que deságua na morosidade e, por certo, à velocidade das relações do mundo moderno) do que uma propagação do viés neoliberal.

4.2 A redução de danos diante da eventual incorporação dos métodos de abreviação do processo penal

Em igual sentido à Vinícius Vasconcellos (2019), entendemos que a tendência de expansão dos mecanismos de abreviação do processo penal é irrefreável. Cada vez mais se observa a justiça brasileira caminhando para a maximização dos acordos, como destacado no tópico 2.3 sobre a “a expansão da justiça consensual no Brasil”. Assim, em que pese os posicionamentos críticos narrados, pensa-se que há uma necessidade atual de se estabelecer pressupostos mínimos de redução de danos para os acordos sobre a sentença.

4.2.1 O que pode ser negociado?

Costuma-se acreditar que os réus que se declaram culpados nos acordos sobre a sentença são, de fato, culpados. No entanto, existe um número de casos em que se constata, em momento posterior, o erro judiciário na condenação. A diferença entre o *quantum* da pena oferecido na barganha e o que poderia acontecer em um julgamento (caso houvesse condenação) pode ser tão grande que até mesmo os inocentes têm motivos relevantes para realizarem confissões falsas.

Nesse sentido, a *National Registry of Exonerations*³⁵ (NRE), organização da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, com apoio do *Center on Wrongful Convictions* da

³⁵ O *National Registry of Exonerations* é uma instituição fundada em 2012, que fornece informações detalhadas sobre a maioria das absolvições por erro judiciário conhecidas nos Estados Unidos deste 1989. Além disso, também

Faculdade de Direito da Universidade *Northwestern*, revelou dados obtidos a partir da análise de 3.149 casos de absolvição de inocentes nos Estados Unidos entre 1989 a 2021³⁶, que demonstram os fatos que concorreram, muitas vezes concomitantemente, para as suas condenações com base em cálculos percentuais, são eles: (i) 27% por identificação errada da testemunha ou da vítima; (ii) 61% por falso testemunho ou falsa acusação; (iii) 12% por confissões falsas em acordos com a Promotoria; (iv) 23% por prova forense falsa ou enganosa e (v) 57% por má atuação de autoridades oficiais.

Ainda com a pesquisa, o NRE conseguiu elencar os tipos penais em que se apresentaram os mencionados fatores contributivos. Todavia, em virtude da demarcação deste trabalho, nos limitaremos a destacar apenas os dados relativos às confissões falsas em acordos negociais, que somam 12% (371 de 3.149) dos casos de absolvição: i) 7% em casos de abuso sexual de crianças; (ii) 9% em casos de abuso sexual; (iii) 22% em casos de homicídios; (iv) 2% em casos de posse ou venda de drogas e (v) 6% em outros tipos penais não especificados (op. cit). Em uma análise das estatísticas expostas entre os tipos penais elencados, percebe-se que os crimes de menor reprovação social e, conseqüentemente, menor punição, são os que menos sofrem com a presença do fator falsa confissão, corroborando a lógica de que grande parte dos investigados inocentes optam pela barganha em busca de remediar um mal maior.

Igualmente preocupante são os casos em que suspeitos inocentes que confessam implicam outros que também são inocentes. Segundo GROSS e POSSLEY (2016), alguns fazem isso porque essa é a história que seus interrogadores querem ouvir. Nessa toada, o autor cita o caso de *John Kogut* que, não só confessou falsamente seu próprio envolvimento em um assassinato, como também afirmou o ter cometido com ajuda de dois amigos (*Dennis Halsted* e *John Restivo*), que (como *Kogut*) passaram 20 anos na prisão antes de serem absolvidos em 2005. No que toca ao assunto, questiona-se: “em que medida a acusação poderia celebrar acordos com suspeitos ou acusados, com o fim de se obter provas em desfavor de terceiros?” (CRUZ, 2016, p. 12).

Note-se que essa reflexão pode ser aplicada, inclusive, ao se analisar os acordos de delação premiada no Brasil. Para Geraldo Prado (*apud* CARVALHO, 2006, p. 98), essa forma negocial de terceiros se destina a substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta contra suspeitos e acusados, com o objetivo de torná-los colaboradores e, portanto, uma fonte

mantém um banco de dados mais limitado sobre a mesma temática em processos anteriores ao referido período. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

³⁶ Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

de prova. Acreditamos que se deve tomar cuidado com o valor probatório das declarações dos delatores para não dar demasiada validade as “testemunhas de ouvi dizer”³⁷, que nada presenciaram, ou seja, não conheceram diretamente o fato investigado do caso concreto.

Esse tipo testemunhal não caracteriza, necessariamente, uma prova ilícita, mas deve ser tratada com cautela pelo elevado grau de incerteza a ela inerente e pelo alto risco de contaminação do acordo. Não se pode dar a ela o mesmo valor probatório de uma testemunha ocular, por exemplo (LOPES JR., 2021). Nesse cenário, nos filiamos ao entendimento aplicado pelo Ministro Gilmar Mendes no Inquérito 4.419/DF³⁸, no sentido de que o delator deve provar o seu discurso para perceber os benefícios penais.

4.2.2 Quais regras precisam ser respeitadas?

É muito comum em dramas policiais americanos escutarmos as frases “*you have the right to remain silent*” (você tem o direito de permanecer em silêncio) e “*anything you say can and will be used against you*” (qualquer coisa que você disser pode e será utilizado contra você). Essas expressões foram originadas a partir da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1966, no caso *Miranda v. Arizona*³⁹, que proibiu os promotores de utilizarem declarações feitas por um investigado em sede de interrogatório como provas em seu julgamento, a menos que pudessem provar que este foi informado do direito: (i) de consultar um advogado; (ii) ao silêncio; (iii) a não autoincriminação e, ainda, (iv) que houve voluntariedade em renunciá-los (GROSS; POSSLEY, 2016).

Por esse motivo, foi criada uma notificação habitualmente dada pelos agentes policiais aos suspeitos sob custódia, que ficou conhecida como “*Miranda warning*” (Aviso de Miranda),

³⁷ No sistema Inglês existem três provas passíveis de exclusão (*exclusionary rules*) e proibição valoratória: (i) *hearsay*: testemunha de ‘ouvi dizer’; (ii) *bad character*: prova sobre o mau caráter e (iii) prova ilícita (LOPES JR, 2021). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-12/delacao-ouvir-dizer>. Acesso em: 02 de jun. 2022.

³⁸ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748709363>. Acesso em: 02 de jun. 2022.

³⁹ Em 13 de março de 1963, Ernesto Miranda foi preso pelo Departamento de Polícia de *Phoenix*, com base em provas circunstanciais que o ligavam ao sequestro e ao estupro de uma mulher de 18 anos. Após duas horas de interrogatório por policiais, Miranda assinou uma confissão de culpabilidade para a referida acusação em formulários que incluíam a seguinte declaração datilografada: “Juro que faço esta declaração de minha livre e espontânea vontade, sem ameaças, coerção, ou promessas de imunidade, e com pleno conhecimento dos meus direitos legais, inclusive com a compreensão de qualquer declaração que eu fizer poderá ser usada contra mim”. No entanto, em nenhum momento Miranda foi informado do seu direito a um advogado, situação que levou a defesa a apresentar recurso à Suprema Corte do Arizona pela anulação da confissão. A objeção foi rejeitada e o réu foi condenado. Momento seguinte, outro advogado representou Miranda em seu recurso junto à Suprema Corte do Estados Unidos, que anulou a condenação a seu favor, devolvendo o caso ao Arizona para um novo julgamento. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 02 de jun. 2022.

destinada a informar os suspeitos sobre os direitos acima destacados⁴⁰ (op. cit). No Brasil, em igual sentido é o art. 5º, inc. LXIII⁴¹ da Constituição Federal de 1988 e o art. 186⁴² do Código de Processo Penal, que estende essa necessidade não só o preso, mas toda pessoa submetida ao interrogatório.

Entendemos que os requisitos estipulados pela Suprema Corte estadunidense no referido caso devem ser considerados pressupostos de validade da justiça negocial e consensual no Brasil, pois atuam como um mecanismo de combate aos potenciais abusos por parte das autoridades oficiais e resguardam os princípios processuais penais. Na visão de Vasconcellos (2019, p. 28), “é essencial que o julgador informe, claramente, os direitos que estão sendo renunciados pelo imputado na audiência de controle do acordo” e sugere que “a legislação poderia inclusive prever expressamente um texto padrão com o “aviso” a ser lido pelo julgador” (como o *Miranda warning*, por exemplo).

Além disso, é essencial que haja o fortalecimento de tais regras de combate aos excessos com a obrigatoriedade de que as negociações sejam devidamente gravadas e, ainda, que sejam os autos da investigação sejam disponibilizados ao acusado antes de firmar o acordo, possibilitando uma maior segurança legal e, eventualmente, revisões posteriores (op. cit.). No cenário norte-americano, por exemplo, a medida de se gravar eletronicamente o acordo sobre a sentença é exigida pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI), assim como por 23 estados e grande parte das forças policiais locais, pelo menos em casos de homicídio (GROSS; POSSLEY, 2016).

Igualmente é digno de comentários um dos argumentos sustentados pelos defensores da vantagem da barganha estadunidense e que, a princípio, nos parece grave: a progressão profissional dos promotores pelo número de condenações obtidas (VASCONCELLOS, 2015, p. 81-83). Em nosso entendimento, esse resultado macula ainda mais a busca pela verdade material, subjugando-a pela busca da confissão de culpabilidade, que funcionaria em igual sentido a lógica empresarial de premiar o empregado por alcançar suas metas. Todavia, ao

⁴⁰ “You have the right to remain silent. Anything you say can be used against you in court. You have the right to talk to a lawyer for advice before we ask you any questions. You have the right to have a lawyer with you during questioning. If you cannot afford a lawyer, one will be appointed for you before any questioning if you wish. If you decide to answer questions now without a lawyer present, you have the right to stop answering at any time” (GROSS; POSSLEY, 2016).

⁴¹ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”;

⁴² Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

tempo que essa lógica produz resultados dentro da iniciativa privada, acaba por incentivar a má atuação das autoridades oficiais no serviço público.

Ao fim e ao cabo, deve-se registrar que em um sistema de *civil law*, regido pela adoção de princípios jurídicos, com a limitação dos atores processuais pelas leis codificadas, não é aceitável aquiescer com os mecanismos de abreviação do processo em uma perspectiva ampla como o *plea bargaining*, sob pena de macular os direitos fundamentais do acusado. O momento presente exige o desenvolvimento de debates na construção de procedimentos mínimos para a justiça negocial mediante a intersetorialidade dos órgãos jurídicos e das instituições sociais, visando tratar o tema com a profundidade técnica e teórica que merece.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante os posicionamentos já exarados ao decorrer desta pesquisa, destacamos as seguintes considerações como fundamentais para uma síntese conclusiva:

1. Há uma tendência de expansão dos métodos de abreviação do processo penal no Brasil, como restou comprovado diante da análise: (i) dos espaços de consenso firmados pela Lei n. 9.099/1995; (ii) do acordo de colaboração premiada, regulamentado pela 12.850/2013 e c) do acordo de não persecução penal disciplinado pela Lei n. 13.964/2019.

2. Os acordos que resultam em pena privativa de liberdade não devem ser incorporados ao ordenamento penal pátrio, em razão do alto grau de condenações injustas, como é o caso das confissões falsas, que buscam remediar um mal maior, bem como das eventuais coações pelas autoridades oficiais. Isto porque, se condenar um inocente já é abominável, independente da pena que lhe é imposta, imagine se essa condenação possuir potencial de marcar completamente o seu destino.

3. Em havendo o descumprimento desse entendimento, é necessário um fortalecimento do contraditório dentro dos procedimentos negociais para atribuir maior segurança à verdade processual, à exemplo do papel exercido pelo juiz das garantias no Chile. Ainda, é preciso estabelecer a obrigatoriedade de um procedimento oral, que contemple uma explicação por parte do magistrado de todas as consequências da condenação, com cautela para não incentivar a prática negocial.

4. Outrossim, a fim de robustecer a exposição acima demonstrada, sugere-se a adoção de documento padrão, de linguagem simples e objetiva, destinado ao acusado e seu patrono. No caso dos colaterais específicos do caso concreto, o juiz deverá descrevê-los de forma pormenorizada.

5. Os autos da investigação que gerou o processo acusatório devem ser disponibilizados ao investigado e à sua defesa para evitar o *overcharging*.

6. Preenchidos os requisitos necessários, é imperioso que a barganha seja tratada como um direito subjetivo do réu, impedindo eventuais lesões ao princípio da igualdade e combatendo potenciais discricionariedades do órgão acusador com delitos semelhantes. Tal situação não retira o caráter consensual do acordo, vez que o consenso está vinculado às cláusulas pactuadas e não ao seu oferecimento.

7. Em se tratando o caso de delação premiada, não se pode dar à confissão das testemunhas de “ouvi dizer” o mesmo valor probatório de uma testemunha ocular, por exemplo.

Ademais, se faz necessário que o delator prove o seu discurso para perceber os benefícios penais.

8. Os acordos, independente do suposto crime cometido, devem ser gravados para possibilitar revisões posteriores, se for o caso.

9. É imprescindível a inexistência de premiações de carreira aos membros do órgão acusador em caso da obtenção de condenações, impedindo com que a busca pela verdade processual seja subjugada pela busca da confissão de culpabilidade.

Todas as proposições expostas almejam tornar o procedimento mais equilibrado, afinal, este parece ser o trabalho inesgotável dos operadores do direito. Não é o intuito desta pesquisa ampliar o punitivismo ou adotar uma postura sociodefensiva que desconsidere o papel das técnicas de abreviação para um funcionamento mais célere e eficiente do sistema criminal, mas sim evitar com que haja o sobrepeso para qualquer um dos respectivos polos, tornando possível a realização dos anseios do mundo moderno.

REFERÊNCIAS

AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*. **Cedecs**. Barcelona, 1998.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso à brasileira: exame da justiça consensual criminal sob perspectiva antropológica. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 7, n. 3, 2014.

_____. **Transação penal e penas alternativas: uma pesquisa empírica nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro**. Tese (Mestrado). Rio de Janeiro, 2012.

ANDRADE, Danielle Souza de; CAVALCANTI, Silva. O juiz das garantias na investigação preliminar criminal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 9, p. 15-40, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. 1ª Edição. **Tirant Lo Blanch Brasil**. São Paulo, 2018.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Verbo Jurídico. Porto Alegre, 2011.

AVENA, N. **Processo penal**. 12. ed. Forense; Método. Rio de Janeiro; São Paulo, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DF: Senado Federal: Centro Gráfico. Brasília, 1988.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

_____. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

_____. **Portal da Justiça**. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2393189>.

_____. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 133. ano 25. p. 133-171. Ed. RT, jul. São Paulo, 2017.

_____. **Direito constitucional**. 5. Ed. (2ª reimpressão). Almedina. Coimbra, 1992.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHILE. Lei nº 19.696, de 29 de setembro de 2000. **Código Procesal Penal**. Disponível em:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 07. jun. 2022.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. São Paulo, 2008.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n.28, p. 109-138, 1999.

CRUZ, Flavio Antônio da. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR**, v. 2, p. 5-6. Paraná, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Boitempo editorial, 2017.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça negociada e fundamentos do direito penal**. 1º. ed. Marcial Pons, São Paulo, 2021.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 39, p. 76-96. Porto Alegre, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Amendments to the Constitution*, 1789. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1. Acesso em: 10 març. 2022.

_____. *Justia us supreme Court*. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em: 14 mai. 2022.

_____. *The National Registry of Exonerations*. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>. Acesso em: 01 jun. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*. *The Yale Law Journal*, v. 109, p. 857-1086, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=ylj>. Acesso em: 15 jan. 2022.

FRANKENBERG, Günther. *Order From Transfer: Comparative constitutional Desing and Legal Culture*. **Cheltenham: Edward Elgar Publishing**, 2013.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Leya. Lisboa, 2019.

FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: A superação do precedente**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Catarina. Santa Catarina, 2016.

GRAZIADEI, Michele. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. **Oxford University Press**, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Forense. Rio de Janeiro, 2000.

_____. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.5. ed. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2005.

_____. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9099, de 26.09.1995. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1996.

GROSS, Samuel; POSSLEY, Maurice. *For 50 years, you've had "the right to remain silent": So why do so many suspects confess to crimes they didn't commit?*. **The National Registry of Exonerations**, Michigan. USA. 12 jun. 2016. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/false-confessions-.aspx>. Acesso em: 2 jun. 2022.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Forense. Rio de Janeiro, 2006.

JENSEN, Geziela e SGARBOSSA, Luís Fernando. **Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

KAHN-FREUND, Otto. *On Uses and Misuses of Comparative Law*. **Modern Law review**, vol. 37, 1974.

KANT DE LIMA, Roberto. **Da inquirição ao Júri, do 'trial by jury' à 'plea bargaining': modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil-Estados Unidos**. Tese (concurso de professor titular), Departamento de Antropologia, Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 1995.

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 1, n. 1, p. 166-184. Porto Alegre, 2015.

LANGBEIN, John H. *Understanding the short history of plea bargaining*. **Law & Society Rev.**, v. 13, p. 261-272, 1978.

LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. **In Harvard International Law Journal**. v. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38>. Acesso em: 17 mai. 2022.

LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of Legal Transplants*. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, vol. 4, n. 2, pp. 111-124, 1997.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Saraiva. São Paulo, 2013.

_____. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. **Diálogos sobre a justiça dialogal**, p. 99-129, 2002.

_____. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 31 de mai. 2022.

_____. Valor probatório da palavra do delator: delação por ouvir dizer?. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-12/delacao-ouvir-dizer>. Acesso em: 02 de jun. 2022.

MACÊDO RIBEIRO, M. H., SAMPAIO, A. R.; MELO, M. E. V. Justiça negocial e garantismo penal: a fragilização da epistemologia garantista a partir da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. **Revista Direito Em Debate**. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 49, 2009.

MARTINS, Marcelo Guerra; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Influência da *Common Law* na implantação dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil na era da sociedade da informação. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 3, p. 1098-1133, 2018.

MELO, João Ozório de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do *plea bargain* nos EUA. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>. Acesso em: 2 jun. 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**, 2013.

MORAIS, Hermes Duarte. **Regime Jurídico da Colaboração Premiada: direitos e deveres das partes e poderes do Juiz**. Tese (Mestrado) - Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2018.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 77. Rio de Janeiro, 2020.

NETFLIX. **Better Call Saul**. Direção: Vince Gilligan; Bob Odenkirk. Estados Unidos, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais**. In. MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra Editora, v. 1, p. 263-335. Coimbra, 1996.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso de; CANTERJI, Rafael Braude. Acordo de não persecução penal, primeiras leituras: panorama, dificuldades e enfrentamento. **Revista da Defensoria Pública**. Ano. 11, n. 26. Porto Alegre, 2020.

ÖRÜCÜ, Erin. *Law as Transposition*. **International & Comparative Law Quarterly**, vol. 51, 2002.

PAIVA, Bruno Teixeira de. **Aproximação entre *common law* e *civil law* para a cooperação penal internacional**: proposta de *lege ferenda* de um mecanismo uniforme de cooperação penal internacional entre os países: o instituto da Colaboração Recíproca Direta. Tese (Doutorado em ciências jurídico-criminais) - Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016.

PATRÍCIO DE ASSIS, Guilherme Bacelar. *A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis*. **Revista da faculdade de direito da UFMG**, n. 67, p. 295-316, 2015. Belo Horizonte, 2015.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal: do discurso jurídico penal à operacionalização do Sistema Penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, ano 2010, v. 2, n. 2. Porto Alegre, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Estudos de direito processual civil – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2006.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. **Revista Julgar**. n. 19. Rio de Janeiro, 2013.

RODRIGUEZ, Octavio Junior Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. Meritum, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Processo Penal Eficiente? Não, obrigado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. *El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. CEJA; INECIP, n. 21, 2017, p. 80- 103.

SACCO, Rodolfo. *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*. Téhéran, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. **Del Rey**. Belo Horizonte, 2003.

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

SOBRINHO, Mário Sérgio. O crime organizado no Brasil. Crime organizado: aspectos processuais. Ed. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2009.

SOUZA, André Peixoto de; KALACHE, Kauana Vieira da Rosa. *Plea bargaining*: o perigoso caminho em direção ao alargamento das práticas de negociação penal. **Boletim IBCCrim**, ano 29, n. 344, p. 1-36, 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª edição. Ed. Juspodivm. Salvador, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2004.

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

_____. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **IBCCrim**. São Paulo, 2019.

VIANCOS, Juan Enrique Vargas. **Reforma procesal penal: lecciones como política pública. In: A diez años de la Reforma Procesal Penal: los desafíos del nuevo sistema**. Santiago: Ministério da Justiça do Chile, 2010.

VIENA, Foro de. **Milton Friedman – As funções fundamentais do governo**. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8jFaTBYgBuQ>. Acesso em: 05 de jun. 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – *civil law* e *common law*. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62. 2009.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach To Comparative Law*. 2 ed°. **University of Georgia Press**. Georgia, 1993.

WINTER, Lorena Bachmaier. **Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Plea Bargaining**. 1ª ed. *Tirant lo Blanch*. São Paulo, 2019.

WISE, Edward M. *The Transplant of Legal Patterns. The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, pp. 1-22, 1990.