INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MONOGRAFIA VENCEDORA DO 19.º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

IBCCRIM

São Paulo
2015

© Desta edição - IBCCRIM
Produção Gráfica: Planmais Design Ltda.
Tel.: 2061-2797 - planmark@editoraplanmark.com.br
Capa: NEURONA design e branding - www.neurona.com.br
Revisão: Microart
Tel.: (11) 3013-2309 - microart@microart.com.br

V449b

Vasconcellos, Vinicius Gomes de

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

248 p. (Monografias ; 68)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-41-5

1. Delação Premiada 2. Justiça negocial 3. Direito processual penal. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

CDD: 345 CDU: 343.143.1

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar
CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil
tel.: (xx 55 11) 3111-1040 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.org.br — *e-mail:* monografia@ibccrim.org.br
Tiragem: 4.200 exemplares

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
Exemplar de distribuição restrita e comercialização proibida.
Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*
Setembro - 2015



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1ª Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1ª Secretário: Fábio Tofic Simantob
2º Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1º Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2º Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Roberto Isa

CONSELHO CONSULTIVO
Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

SUPLENTES DA DIRETORIA EXECUTIVA
André Adriano Nascimento da Silva
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho

CODRDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS
Amicus Curiae: Diogo Rudge Malan
Biblioteca: Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim: José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing: Rogério Fernando Taffarello
Convênios: Matheus Pupo
Cursos: Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos: Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica: Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates: Andrea Cristina D'Angelo
Monografias: Fábio Roberto D'Avila
Núcleo de Pesquisas: Bruna Angotti
Relações Internacionais: Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais: Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Liberdades: Roberto Luiz Corcioli Filho

PRESIDENTES DOS GRUPOS DE TRABALHO
Código Penal: Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos: Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais: Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude: Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança: Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas: Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional: Bruno Shimizu

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ORGANIZADORAS
21.º Seminário Internacional: Sérgio Salomão Shecaira
19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM: Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC: Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico: Eleonora Rangel Nacif

COMISSÃO ESPECIAL IBCCRIM – COIMBRA
Presidente: Beatriz Dias Rizzo
Secretário-geral: Rafael de Souza Lira

Comissão do 19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais
Presidente: Fabio Roberto D'Avila
Membros da Comissão Julgadora: Alexandre Wunderlich, Augusto Jobim do Amaral, Bruna Angotti, Caíque Ribeiro Galícia, Clara Masiero, Daniel Leonhardt, Emilia Giuliani, Flavio Antonio da Cruz, Miguel Wedy, Nereu Giacomolli, Raquel Scalcon e Vilmar Pacheco.

RESUMO

Neste trabalho, almeja-se desenvolver uma análise crítica das tendências de expansão dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira, fundamentalmente a partir da introdução de mecanismos negociais, como o instituto da barganha, que, em termos amplos, possibilita a concretização antecipada do poder punitivo por meio do reconhecimento de culpabilidade consentido do acusado, em troca, geralmente, do benefício de redução em sua sanção penal. Trata-se de forte inclinação no cenário internacional, que se pauta cada vez mais pelo debatido objetivo de aceleração procedimental. Após a definição introdutória dos contornos das ideias de oportunidade, obrigatoriedade e consenso no processo penal, delinear-se-ão as principais características da barganha, como seus aspectos conceituais, pretensas justificativas e requisitos de validade. Posteriormente, serão estudadas as possibilidades de consenso no cenário brasileiro atual, como a transação penal e a delação premiada, além de analisadas as propostas legislativas atualmente em discussão para sua ampliação em âmbito nacional (PLS 156/2009 e 236/2012). Por fim, serão expostas críticas teóricas e empíricas à justiça negocial e ao instituto da barganha, desvelando suas incontornáveis aporias e inconsistências, que acarretam violações a premissas fundamentais do processo penal democrático.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Barganha. Justiça Negocial. Consenso. Oportunidade. Transação Penal. Delação Premiada.

APRESENTAÇÃO

A análise crítica das tendências de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, influenciada por ordenamentos estrangeiros, introduzindo mecanismos que autorizam a imposição de sanções penais antecipadas, inclusive privativas de liberdade, em procedimentos abreviados com reduzida possiblidade de defesa, que é substituída pelo consentimento do acusado, é o eixo da presente monografia. Diante de tal constatação, o trabalho procura responder a seguinte indagação: quais as consequências da expansão dos mecanismos de consenso em um processo penal democrático? Fundamentalmente, o escopo da monografia é verificar se o acordo entre acusação e defesa, para aceitação de uma pena reduzida, em consequência do reconhecimento da culpabilidade, é uma opção legítima para a justiça penal de um Estado Democrático de Direito. Essa é a questão que Vinicius Gomes de Vasconcellos se propõe a responder.

Não é a primeira vez que tenho a honra de apresentar um trabalho em relação ao qual integrei a banca examinadora, em Programas de Pós-Graduação, nos cursos de Mestrado ou Doutorado. Esse, contudo, tem um sabor especial, por estar cercado de particularidades que julgo merecerem ser conhecidas pelo leitor.

Li o trabalho aqui apresentado antes de conhecer seu autor. Embora as referências fossem as melhores sobre esse jovem e talentoso processualista, a leitura de sua dissertação de mestrado revelou um estudioso com elevado grau de conhecimento, capaz de realizar pesquisa profunda e, principalmente, um investigador com amadurecimento científico raríssimo nos estudiosos do processo da atualidade, mormente para aqueles recém-saídos dos bancos de graduação.

O trabalho que se sagrou vencedor, com todos os méritos, do 19.º Concurso IBCCRIM de Monografias de Ciências Criminais, e que ora é apresentado ao público, constitui, basicamente, a dissertação de mestrado apresentada por Vinicius Vasconcellos, sob o mesmo título, sob a orientação do Professor Nereu José Giacomolli, com a qual obteve o título de Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mais do que isso, a qualidade da dissertação assegurou o adendo, dos três examinadores, de aprovação com louvor, não só pelo tratamento profundo e exauriente dado à matéria, mas, também, pela dificuldade e ousadia em enfrentar um tema central do processo penal.

Depois disso, tive oportunidade de um contato mais próximo com Vinicius, que, para minha felicidade, tornou-se meu orientando no Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em que também já se destaca nos debates e nos trabalhos apresentados nas disciplinas cursadas.

Apresentado o autor, chega-se a sua obra.

O texto parte de uma constatação: tem havido uma inegável expansão dos mecanismos de consenso no processo penal, e não só no campo das infrações de menor potencial ofensivo, que foi sua porta de entrada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da transação penal, mas também agora em relação a todo e qualquer crime, mesmo os de elevada gravidade, por meio da delação premiada, eufemisticamente chamada de "colaboração processual".

Para realizar a análise crítica de tal cenário, parte o autor de uma depuração conceitual, definindo os contornos de oportunidade, obrigatoriedade e consenso. Nesse caminho enfrenta questões relevantes a partir do instituto da barganha, cujo conceito é claramente demarcado pelo autor, que também se detém sobre as causas e justificações da barganha no direito estadunidense, e os seus requisitos de voluntariedade, informação e adequação, que são examinados de forma crítica, com riquíssima bibliografia norte-americana.

O autor não fica, porém, apenas no campo conceitual, lançando-se na análise do direito positivo, no cenário atual, enfrentando o instituto da transação penal, mas também a atualíssima "delação premiada". Estudado o direito posto, já antecipa os problemas que poderão advir da expansão do processo penal consensual no Projeto de Novo

Código de Processo Penal, em que o futuro procedimento sumário traz uma verdadeira proposta de introdução de barganha na justiça criminal brasileira, admitindo acordos envolvendo penas privativas de liberdade, desde que o crime objeto do processo seja sancionado com pena que, em seu máximo, não ultrapasse oito anos. Ou seja, barganha-se a liberdade em troca de uma punição menor. O acusado abre mão de sua liberdade, para não ser privado de sua liberdade! Ainda que com diminuição do tempo de pena.

O *cuore* do trabalho ainda está por vir: a firme tomada de posição no sentido crítico à chamada justiça negocial e ao instituto da barganha. Para tanto, o terceiro capítulo traz questões fundamentais, a começar pela expansão do Direito Penal e o suposto empecilho que se torna o devido processo legal em tal contexto. Especial importância é dada à subversão dos papéis dos sujeitos processuais, passando pelo desequilíbrio das posições entre quem formula a proposta e quem a aceita, até mesmo nos casos em que se sabe inocente. Por fim, analisa-se a supressão do contraditório e a própria usurpação da função jurisdicional, deixando de ser o juiz quem fundamentalmente decide sobre a existência do crime, sua autoria e a determinação da pena, em um modelo de justiça consensual em que a confissão, como manifestação do consenso, passa a ser *a rainha da pena*, tal qual no processo inquisitório, era a *rainha das provas*.

A reflexão crítica trazida na monografia vencedora mostra-se indispensável para os estudiosos e também para os operadores do Direito Penal e Processual Penal, em momentos nos quais a aceleração processual e a necessidade de respostas rápidas – como se Justiça fosse apenas um resultado qualquer, desde que dado com presteza – têm procurado fazer crer a sociedade que o respeito ao devido processo penal não passa de um estorvo ao eficientismo para punir mais, muito mais, mas muito pior.

Ao final da leitura, o leitor terá uma visão não só do processo penal que *temos*, mas poderá concluir também (e a tendência atual sinaliza para) o processo penal que *queremos ter,* mas, principalmente, saberá qual processo penal *poderemos ter*, em um marco do devido processo constitucional, enquanto delineador e limitador de um instrumento – o processo – legitimador da aplicação do poder punitivo estatal.

Por todas essas qualidades, do autor e de seu trabalho, com grande alegria recebi o convite que muito me honrou para apresentar a monografia vencedora do Concurso de Monografias do IBCCRIM. Um livro que deve ser lido por quem deseja entender e pensar sobre o processo penal do futuro. Parabéns ao Vinicius; felicitações ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; boa leitura a todos.

Santiago, 27 de julho de 2015.

Gustavo Henrique Badaró
Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo (USP).

PREFÁCIO

É muito gratificante apresentar a obra de um ex-aluno, ainda mais quando é fruto de uma excelente dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS e vem agora premiada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Esse aval por parte de duas respeitadas e reconhecidas instituições – pelas quais tenho imenso apreço e carinho – por si só já apresenta e credencia o livro.

E o trabalho de Vinicius é merecedor de tal prestígio, pois é o resultado de uma pesquisa acadêmica séria, sobre um tema de extrema relevância, desenvolvida sob a orientação segura e qualificada do Prof. Dr. Nereu Giacomolli. Desde uma perspectiva institucional e pessoal, fico muito feliz com a conquista de Vinicius, que sempre se mostrou um estudioso empenhado e, acima de tudo, comprometido com a construção científica de um processo penal constitucional e democrático, com uma sólida base teórica.

A "barganha e a justiça criminal negocial", como manifestações dos espaços de consenso no processo penal, vem (pre)ocupando cada vez mais os estudiosos, mas também os atores judiciários. A tendência de expansão é evidente, resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*); ampliaremos o tímido (mas crescente) modelo brasileiro introduzido pela Lei 9.099/1995 (transação penal e suspensão condicional) até chegar à Lei 12.850/2013 e a colaboração premiada. Que rumo tomar? Quais os limites? Que vantagens e inconvenientes isso representa? São questões importantes a serem ponderadas.

A expansão dos espaços de consenso decorre de fatores utilitaristas

e eficientistas, sem falar na evidente incompatibilidade com o princípio da necessidade (*nulla poena sine iudicio*), mas é uma realidade que se impõe diante da insuficiência estrutural do Poder Judiciário (sustentam os defensores do viés expansionista). Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois, na justiça negocial, a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero "homologador" do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal (nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais).

A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente se limita a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

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

Tudo é mais difícil para quem não aceita o "negócio". O acusador público, disposto a constranger e obter o acordo a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento.

A tal ponto pode chegar a degeneração do sistema que, de forma clara e inequívoca, o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público. O processo, ao final, é transformado em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos, como adverte **Ferrajoli**.

A superioridade do acusador público, acrescida do poder de

transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a "segurança" do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou acordo sobre a pena são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão todo o rigor do Direito Penal "tradicional", em que qualquer pena acima de quatro anos impede a substituição e, acima de oito anos, impõe o regime fechado.

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.

No Brasil, a tendência de expansão é evidente e a preocupação, crescente. Dos limites tímidos da transação penal e suspensão condicional do processo, caímos no outro extremo: o amorfismo da colaboração (leia-se: delação) premiada e a Lei 12.850/2013. Casualmente escrevo essas linhas tentando entender uma decisão judicial (em famosa operação policial) em que alguém – beneficiado pela delação premiada – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de "reclusão doméstica" ou "prisão domiciliar". Depois vem um regime "semiaberto diferenciado"(?) e uma progressão para o regime aberto após dois anos... Tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa "execução penal *a la carte*".

Mas isso é outro Direito Penal? Com certeza. E outro processo penal também.

Mas o que é esse "outro"? A serviço de que(m) ele está? Quais seus limites de incidência? Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos

espaços indevidos da discricionariedade judicial? Fico preocupado, não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

Os mecanismos procedimentais de consenso sobre a pena (entre eles situo a delação premiada), precisam ser objeto de uma problematização muito mais complexa, como por exemplo:

a) Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena que pode ser negociada? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar (como na "delação à brasileira")? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)?

b) Até que momento pode ser efetivada? Apenas na fase pré-processual? Após a denúncia, mas antes da instrução? A qualquer momento (então não haverá a aceleração procedimental característica)?

c) Que consequências procedimentais ela gera em termos de aceleração e limitação da cognição? Pode a defesa escolher o procedimento que pretende utilizar (como no modelo italiano)?

d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o pré-julgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um *rewind* mental e deletar o que ouviu, viu e leu? Continuaremos na ingenuidade cartesiana?

e) Nos casos penais de competência do Tribunal do Júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri?

f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor a negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer "condições" ou será ignorada (como

ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)?

g) Existe um "direito" do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público? Se o acusador, sem justificativa legítima, deixar de oferecer, pode o juiz efetivar a diminuição da pena (novamente recordo o modelo italiano)?

h) Qual o nível e dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser "juiz" (ou seja, imparcial)?

Muitas são as perguntas não respondidas pelo sistema jurídico brasileiro, chegando-se a uma elasticidade absurda (e decisionismo igualmente absurdo) de fixar uma pena de 15 anos de reclusão a ser cumprida em regime de recolhimento domiciliar, absolutamente fora de tudo o que temos no Código Penal brasileiro...

Mas, antes de pensarmos que "legislar" é a solução para tudo isso, faço mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo "estudo de impacto carcerário" da expansão do espaço negocial? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? Pois é, parece que mais uma vez legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois... Dessarte, entrando – sem muito rumo ou prumo – em terreno minado, (em grande parte) desconhecido e muito perigoso para o processo penal democrático e constitucional.

Também é preciso mostrar que a barganha não decorre – como defendem alguns – da adoção do modelo processual penal acusatório e tampouco está na sua estrutura fundante. A partir de estudo do objeto do processo (a pretensão acusatória), chega-se à conclusão (inexorável) de que o Ministério Público não pode(ria) negociar "pena", porque não possui pretensão punitiva, senão a pretensão acusatória, já que o poder de punir é do Estado-Juiz. Ou seja, recordando **Carnelutti**, ao MP não lhe compete o poder de punir, mas apenas de promover a acusação por meio do processo. Portanto, a barganha não é decorrência lógica e necessária da adoção do modelo acusatório, senão todo o oposto, está mais alinhada à

essência inquisitiva, pois se utiliza da coação para obter a confissão do réu e se acarreta a violação do contraditório, sem falar que se utiliza elementos coletados sem o controle judicial. Enfim, é uma "nova versão refinada da inquisição".

Por fim, questão importante, trazida por Vinicius, diz respeito às três condições para validade do acordo: voluntariedade, inteligência e adequação. Adverte que o acordo, para ser legítimo, "deve ser aceito pelo acusado em condições de liberdade voluntária, sem pressões ou coações, com conhecimento de seus termos e de suas consequências, especialmente a renúncia a direitos fundamentais, como à defesa e ao contraditório, além de, por fim, apresentar uma base fática mínima para atestar sua adequação ao caso". Tais pontos são relevantes quando verificamos que grande parte dos "acordos à brasileira" (delação premiada) são feitos em um contexto de absoluto constrangimento situacional, em que o imputado está preso e submetido a todo tipo de tortura e pressão psicológica. É, sem dúvida, um consentimento viciado, similar à situação do cautelarmente preso que "consente" em ser conduzido e permitir que a autoridade policial faça uma busca domiciliar. É ingenuidade, senão má-fé, sustentar que isso é um acordo que deita sua base de legitimação na livre e espontânea vontade de partes iguais...

Nesse contexto complexo e turbulento se insere a obra de Vinicius, que não tem (e nem pretende, pois seria uma ilusão) respostas para todas essas questões, mas sem dúvida contribui muito para a compreensão do problema (o primeiro passo) e sinaliza alguns aspectos e perspectivas que precisam ser ponderados, para construirmos respostas complexas para problemas complexos como esses.

Enfim, é uma obra imprescindível neste terreno, para ser lida de espírito livre, exigindo uma profunda reflexão ao final.

Tenho certeza de que irá valer a pena.

Aury Lopes Jr.
Doutor em Direito Processual Penal.
Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciências Criminais da PUC-RS.
Advogado.

NOTA DO AUTOR

Este trabalho é fruto de dissertação defendida como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Inserido na área de concentração Sistema Penal e Violência e na linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, foi apresentado em novembro de 2014 perante banca composta pelos Professores Nereu Giacomolli (orientador – PUC-RS), Aury Lopes Jr. (PUC-RS) e Gustavo Badaró (Universidade de São Paulo), obtendo aprovação com nota máxima e voto de louvor. Em razão da limitação de caracteres prevista no edital do 19.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais, mostrou-se necessária a supressão do segundo capítulo constante no trabalho original, que aborda a temática dos sistemas processuais penais e sua relação com a justiça negocial, e será publicado futuramente. Cumpre citar, em agradecimento, as instituições que contribuíram ao desenvolvimento desta dissertação: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), pela bolsa de estudos integral concedida durante o período de estudos; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, pela possibilidade de acesso às suas bibliotecas para obtenção de materiais essenciais à revisão bibliográfica acerca da temática aqui exposta.

SUMÁRIO

RESUMO 7
APRESENTAÇÃO 8
PREFÁCIO 12
NOTA DO AUTOR 18
SUMÁRIO 19
INTRODUÇÃO 23

CAPÍTULO 1

LEGALIDADE OU OPORTUNIDADE: DEFININDO VARIÁVEIS E DELIMITANDO AS BALIZAS DA BARGANHA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CONSENSUAL 33

1.1 Legalidade, oportunidade e consenso. Delimitações e problematizações iniciais 34

1.1.1 Legalidade e oportunidade no processo penal: um exemplo de confusão doutrinária decorrente de definições inoperantes 35

1.1.2 Obrigatoriedade e oportunidade em um cenário de legalidade ou discricionariedade: esclarecimentos na busca por precisão conceitual na proposta de definições 43

1.1.3 A justiça consensual em termos de oportunidade .. 53

1.2 A barganha como expressão consensual da oportunidade: definição, fundamentos e pressupostos (análise introdutória do cenário estadunidense para a delimitação do instituto negocial) 59

1.2.1 Definindo as demarcações conceituais do instituto da barganha 64

1.2.2 Causas e justificações: a barganha entre necessidade e utilidade ao poder punitivo 72

1.2.3 Requisitos: a ilusória tentativa de racionalização e limitação da metástase negocial 88

1.2.3.1 Voluntariedade: a suposta liberdade de escolha para negociar e renunciar ao processo 90

1.2.3.2 Informação/Inteligência: as ficções da decisão informada e da escolha racional 93

1.2.3.3 Adequação/exatidão: a falácia do controle judicial acerca da base fática 95

CAPÍTULO 2

ESPAÇOS DE CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA E SUAS TENDÊNCIAS DE EXPANSÃO: MECANISMOS ATUAIS E CRÍTICA DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO 97

2.1 Juizados Especiais Criminais e a informalização do processo penal. A sumarização das garantias fundamentais. Delimitações acerca dos institutos precursores à barganha no ordenamento brasileiro 97

2.1.1 Os institutos consensuais precursores: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo 100

2.2 Delação Premiada e Acordos de Leniência: a relativização do mínimo ético na persecução penal estatal e o desvirtuamento da distribuição das cargas probatórias no processo 111

2.3 As propostas de introdução da barganha na justiça criminal brasileira: análise crítica dos projetos de expansão dos espaços de consenso 127

CAPÍTULO 3

DESVELANDO A TENSÃO ENTRE A BARGANHA E OS FUNDAMENTOS DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO. CRÍTICAS TEÓRICAS E EMPÍRICAS AO MODELO NEGOCIAL 143

3.1 Críticas ao modelo consensual e ao instituto da barganha no processo penal 143

3.1.1 Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal. Políticas utilitário-economicistas, mercantilização processual e relativização de garantias fundamentais 150

3.1.2 Barganhas, relações e concessões: a corrupção dos fundamentos e dos papéis dos atores do sistema de justiça criminal 159

3.1.3 O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta: quando o processo penal desconsidera sua principal função 164

3.1.4 O retrocesso processual autoritário: fortalecimento da confissão, relativização das regras de exclusão de provas ilícitas, ofuscação da publicidade e desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar 175

3.1.5 O desequilíbrio da balança entre os atores processuais: promotor como acusador e julgador. Há igualdade entre as partes na barganha? 180

3.1.6 O desaparecimento do processo e da defesa: questionando a renunciabilidade de tais direitos. Da crítica à ilusão de autonomia ao desvelamento da punição pela não renúncia 184

3.2 A realidade que questiona a "revolução": críticas empíricas à barganha. Estudo da introdução dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira e sua concretização potencializadora de violações de direitos fundamentais 195

CONSIDERAÇÕES FINAIS 209

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 221

INTRODUÇÃO

Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da generalizada morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal, fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial,[1] essencialmente caracterizada pelo instituto da barganha.[2] Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade[3] e/ou da incriminação de terceiros,

1 Neste trabalho serão utilizados como sinônimos os termos justiça negocial, consensual, negociada, pactuada, transacionada, barganhada, acordada, com o fim de descrever o modelo de justiça criminal que se permeia por acordos entre acusador e imputado, objetivando acelerar a obtenção de uma condenação. Para maiores aprofundamentos acerca das questões terminológicas, ver item 1.1.3. Embora exista quem diferencie justiça consensual de negociada, em razão da efetiva negociação entre as partes (LEITE, Rosimeire Ventur
Del Rey, 2013. p. 22-23), pensa-se que tal critério não é relevante para a análise do instituto da barganha, pois, mesmo sem negociação expressa, há a caracterização do elemento principal do fenômeno, a aceitação do acusado, com o afastamento de sua posição de resistência, em razão de benefício esperado.

2 Introdutoriamente, cabe aqui referir que nesta pesquisa definir-se-á a barganha como "o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado". Para maior detalhamento conceitual e justificativas terminológicas, ver item 1.2.1.

3 Embora tendo-se ciência da problemática que envolve o conceito de culpabilidade na

visando a facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas licitamente produzidas pelo acusador público – e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia.

Diante desse panorama, este trabalho pretende desenvolver análise crítica das tendências de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, pautadas fundamentalmente por influxos de exemplos estrangeiros, além de recorrentes propostas legislativas e construções doutrinárias pátrias, que pretendem introduzir mecanismos de aplicabilidade mais ampla para autorizar a imposição de sanções penais antecipadas em procedimentos abreviados pautados por um reduzido (ou inexistente) espaço de atuação defensiva, em razão de um suposto consentimento com os termos da pretensão acusatória. Ou seja, delimitam-se os seguintes problemas: 1) quais as características da justiça negocial e, especificamente, da barganha?; 2) qual a sua relação com as tendências de simplificação e diversificação processual, como a previsão do princípio da oportunidade?; 3) quais as consequências da expansão dos espaços de consenso às premissas do processo penal democrático?; 4) os acordos entre acusação e defesa para imposição de sanção penal a partir do reconhecimento de culpabilidade em troca de benefícios são opções legítimas à justiça penal de um Estado Democrático de Direito?

---

dogmática penal, optou-se por utilizar o termo "reconhecimento de culpabilidade" para representar, em termos amplos, a submissão do acusado à imposição de uma punição, sem a comprovação do delito e de sua autoria por meio do devido processo penal, o que, embora em certas hipóteses implicitamente, acarreta o reconhecimento da responsabilização do réu sobre o fato imputado. Pensa-se que o termo "culpa" acarretaria confusões no cenário brasileiro, visto que é normalmente utilizado em oposição a "dolo". Ademais, ao se utilizar o termo "culpabilidade", pressupõe-se a caracterização dos demais elementos do conceito analítico de crime, de modo a abranger todo o fenômeno delitivo. Sobre a complexa problemática que permeia a categoria da culpabilidade no Direito Penal, ver: Buonicore, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Utilizando-se da terminologia "reconhecimento da culpabilidade": Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 42 e 164; Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 691.

Assim, importante apontar que parte-se da hipótese de que a barganha e os mecanismos negociais em sentido amplo acarretam inevitáveis violações a premissas fundamentais do processo penal democrático[4] – necessariamente concebido como instrumento de limitação do poder punitivo estatal[5] – ao inviabilizar o exercício da defesa, distorcer os papéis dos atores do campo jurídico-penal,[6]

4 Conforme Rogério Cruz, "um certo sistema processual penal poderá afirmar-se democrático se estiver apoiado em regras previamente definidas – e evidentemente dotadas de um mínimo de racionalidade – e se essas regras forem suficientemente realizadas no plano prático, de modo a ter-se um devido processo penal" (Cruz, Rogério Schietti M. Rumo a um processo penal democrático. In: Machado, Bruno Amaral (coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 26). Nesse diapasão, Lopes Jr. afirma que "o processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a democraticidade. [...] Por isso, mais do que acusatório, deve ser um instrumento de garantia da democracia" (Lopes Jr., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório *x* acusatório. *Boletim Informativo IBRASPP*, n. 5, ano 3, p. 34-36, São Paulo, 2013/02, p. 35). Além disso, ver também: Martins, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. The brazilian lessons. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92-96.

5 Segundo Cunha Martins, "o marco constitucional se oferece doutrinariamente como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo" (Martins, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 95). Também nesse sentido, Melchior afirma que "o âmago da democraticidade para o processo penal reside nos elementos do sistema destinados a conter e restringir o exercício do poder punitivo, por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrantável de qualquer preocupação democrática" (Melchior, Antonio Pedro. *O juiz e a prova*: o sinthoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013. p. 146).

6 O conceito de campo é utilizado neste trabalho a partir da visão de David Garland, que, com base em Wacquant e Bourdieu, assim define sua metodologia: "O objetivo não é pensar historicamente o passado, mas sim utilizar a história para repensar o presente. Se essa visão genealógica for bem-sucedida, ela fornecerá um modo de análise das novas práticas relacionadas ao controle do crime que se estruturaram ao longo das últimas três décadas, e para desvelar as hipóteses, os discursos e as estratégias que dão forma e estrutura para esse campo social. Ela também irá identificar os interesses políticos e os significados culturais que fundamentam essas novas relações, bem como os mecanismos específicos que relacionam as instituições do controle do crime a outros domínios sociais" (Garland, David. *Culture of control*. Crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press, 2001. p. 2) (tradução livre). Nesse diapasão, Garland remete à interpretação de Wacquant da teoria do Campo Social de Bourdieu: "Mas em sociedades avançadas, as pessoas não encaram um espaço social indiferenciado. As diversas esferas da vida, arte, ciência, religião, economia, direito, política, e assim por diante, tendem a gerar distintos microcosmos, dotados de suas próprias regras, regularidades e formas de autoridades – o que Bourdieu chama de campo. Um campo é, em primeira instância, um espaço estruturado de posições, um campo de força que impõe suas determinações específicas a todos os que entram nele" (Wacquant, Löic. Pierre Bourdieu. In: Stones, Rob (ed.). *Key sociological thinkers*. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 268) (tradução livre). Sobre isso, ver:

aumentar exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretar punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuar a presunção de inocência e o contraditório, entre outras críticas patentes. Ademais, suas justificações apresentam questionável legitimidade ao fundamentar uma suposta necessidade sistêmica das negociações entre acusação e defesa, a qual oculta uma instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo em um cenário de expansão do Direito Penal, em que a realização da barganha seria supostamente limitada e legitimada por requisitos de admissibilidade ilusoriamente construídos, mas invariavelmente inoperantes na prática transacional.

A barganha, portanto, coloca-se em um panorama mais amplo de discussões sobre certas premissas do processo penal contemporâneo, em que se questiona, por exemplo, o paradigma da obrigatoriedade da ação pública com a introdução de espaços de oportunidade, sob o argumento de que a pretensão dos sistemas penais modernos de fornecer uma resposta estatal punitiva a todo caso criminal é inviável na concretização prática do modelo processual. Entretanto, a aceleração procedimental não tem se mostrado suficiente para responder às demandas sociais punitivistas por sanções rápidas, de modo que a própria noção do devido processo se tornou um entrave para certos atores jurídicos.[7]

Configura-se, assim, emblemático momento de tensão no campo jurídico-penal, ao passo que a caracterização ampla de um modelo de justiça criminal negocial – já recorrente em diversos ordenamentos internacionalmente e alegadamente inevitável no Brasil – expõe a dúvida entre a ocorrência do "fim do Estado de Direito" ou o desvelamento de um "novo princípio".[8] Ou seja, o discurso

---

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. p. 59-73.

7 Sobre isso, paradigmática é a manifestação do relator da comissão de redação do projeto de reforma integral do Código Penal (PLS 236/2012), Luiz Carlos Gonçalves, ao comemorar a inclusão da "barganha" no texto do relatório final: "Estamos pela primeira vez rompendo com o devido processo legal. Este instituto é revolucionário". Entrevista disponível em: <http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105884>. Acesso em: 26 mar. 2015. Sobre o referido projeto, ver item 2.3 deste trabalho.

8 "A pergunta que na sua frontalidade desejo colocar é pois a seguinte: devem reputar-se

doutrinário acerca da recepção de mecanismos negociais varia do extremo da caracterização de uma "revolução", ou "a nova panaceia do processo penal",[9] até o desvelamento de uma decorrente "crise do processo penal continental" e de um "golpe mortal ao Estado de Direito liberal".[10] De qualquer modo, a descrição do cenário é inegável: "o processo de julgamento completo está em declínio em todos os lugares";[11] o que torna evidente a importância do estudo crítico do tema aqui proposto.

Em que pese tal marcante tendência, o instituto da barganha e as consequentes negociações na justiça criminal são intensamente criticados pela doutrina, inclusive nos países em que sua utilização prática rotineira é indiscutível, como nos Estados Unidos.[12] Aponta-se, inclusive, que as cortes estadunidenses inicialmente rechaçaram a *plea bargaining*. Contudo, por meio de um processo de aceitação gradual, diversas construções teóricas foram estruturadas para justificar o mecanismo negocial, especialmente em razão de uma suposta necessidade incontornável para o funcionamento da justiça criminal contemporânea, que, de modo latente, serve perfeitamente

admissíveis, perante a nossa Constituição processual penal (especialmente minuciosa, como é reconhecido) e o nosso sistema processual penal ordinário, conversações e acordos sobre a sentença, destinados a facilitar, a simplificar e consequentemente abreviar o procedimento e o resultado do processo? É a eficiência funcionalmente orientada, daqui indiscutivelmente resultante, ainda compatível com o respeito devido aos princípios do Estado de Direito? Representa ela – como já foi chamada – o 'adeus ao Estado de Direito'? Ou, pelo contrário, pode constituir para este 'um novo princípio'?" (Dias, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal.* O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011. p. 28).

9 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade.* Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2000. p. 25.

10 Schünemann, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004, p. 188; Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva. In: Maier, Julio B. J.; Bovino, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 142.

11 Damaška, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: Thaman, Stephen. *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 82.

12 Jenia Turner aponta que "em que pese o recente avanço da *plea bargaining* globalmente, a prática continua questionada no país onde se originou e está mais solidificada – os Estados Unidos" (Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders.* New York: Aspen, 2009. p. 01) (tradução livre).

aos interesses dos atores do campo jurídico-penal.

Os dados estatísticos acerca do percentual de condenações criminais que são obtidas por meio de barganhas (com o reconhecimento da culpabilidade do acusado) são perturbadores e ameaçadores. No sistema estadunidense, a *plea bargaining* é a regra absoluta, ou seja, o seu aclamado modelo acusatório de júri puro é um mito na realidade prática, embora teoricamente previsto como direito a todos os cidadãos processados criminalmente.[13] Em termos médios, aponta-se que 90% dos casos de sentença condenatória se fundamentam no reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*), obtido por meio de acordos entre acusação e defesa e, portanto, sem a necessidade de provas incriminatórias sólidas e lícitas, além da dúvida razoável.[14] Nesse sentido, em interessantes dados de 2002, verificou-se que no sistema criminal federal estadunidense 73% das investigações resultam em denúncias (ou seja, não são arquivadas), das quais 89% acabam em condenações, em que 96% se deram por meio de acordos entre acusação e defesa.[15] Recentemente, em 2013, **Dervan** e **Edkins** apontaram a estatística de que quase 97% das condenações no sistema de justiça federal se dão com base em acordos para reconhecimento de culpabilidade.[16] Em termos mundiais, embora

13 Langbein, John H. On the myth of written Constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 15, n. 1, p. 119-127, 1992, p. 119-123. Conforme Milton Heumann, as conhecidas "trial courts" estadunidenses são, na verdade, "plea bargaining courts" (Heumann, Milton. *Plea bargaining*. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981. p. 1).

14 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, p. 50-112, 1968, p. 50; Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 82. Há quem aponte que tal estatística chega a 95% (Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1). John Langbein afirma que a justiça criminal norte-americana soluciona virtualmente todos os casos de crimes graves por meio da *plea bargaining*, apontando que em certas jurisdições tal procedimento alcança 99% dos julgamentos (Langbein, John H. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978, p. 9). Em estudo mais recente, Candace McCoy assinalou a estatística de 96% (McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion: the trial penalty and plea bargaining reform. *Criminal Law Quartely*, v. 50, p. 1-41, 2005, p. 8). George Fisher descreve que de 1984 até 2001 o percentual de *plea bargaining* no sistema de justiça federal estadunidense subiu de 84 para 94 (Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*. A history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 223).

15 Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 7.

16 Dervan, Lucian E.; Edkins, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative

sejam amplamente reconhecidas as inúmeras e relevantes objeções, especialmente em relação à compatibilização com ordenamentos de origem continental,[17] os mecanismos de barganha estão sendo ou foram implementados nos mais diversos sistemas jurídicos internacionalmente. Há quem avente, inclusive, a hipótese de uma "marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo",[18] diante da expansão da *plea bargaining* pelo território europeu e latino-americano.

Para abordar de modo sistemático esse instigante tema e os problemas a ele relacionados, este trabalho será dividido em três partes. Inicialmente, no primeiro capítulo serão definidas as premissas fundamentais ao enfrentamento consistente do objeto proposto. Para tanto, mostra-se basilar esclarecer as definições dos princípios que envolvem a discussão acerca da justiça criminal negocial (oportunidade, legalidade, obrigatoriedade e consenso), que em regra são utilizados de modo confuso pela doutrina brasileira e estrangeira. Desse modo, no item 1.1, descrever-se-á a problemática que envolve tais conceitos e inviabiliza a abordagem doutrinária consistente, o que ensejará a proposição de novas significações a tais princípios. Ao final, adentrar-se-á especificamente no estudo do instituto da barganha (item 1.2), em que se partirá do exemplo estadunidense, que, por certo, é o modelo de referência em termos internacionais, cujo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial permitirá o adequado estabelecimento de seus contornos fundamentais. Serão analisados o seu conceito, as suas justificativas (teorias legitimadoras) e os seus requisitos de admissibilidade. De modo crítico, desvelar-se-ão as aporias de tais construções, especialmente a partir do esvaziamento dos argumentos justificadores e da demonstração da inaptidão limitativa dos referidos pressupostos artificialmente estruturados pela jurisprudência norte-americana.

---

empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, maio 2013, p. 7.

17 Sobre as diferenças entre os sistemas de barganha em ordenamentos de origem anglo-americana (*common law*) e continentais (europeus e latinos), ver: DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts, cit., p. 88-91; ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 133-139.

18 SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del proceso penal norte-americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 288-302.

Então, adentrar-se-á na exposição do panorama brasileiro atual, em que serão descritos os exemplos de espaços de consenso no processo penal pátrio hodierno, quais sejam, os mecanismos regulados em âmbito dos Juizados Especiais Criminais – composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo (item 2.1) – e a delação premiada (tópico 2.2), especialmente a partir da nova regulamentação introduzida pela Lei 12.850/2013. Sem pretensão de exaustividade, almeja-se estruturar uma análise dos contornos de tais institutos em seus pontos de contato com as características da justiça negocial e do princípio da oportunidade, primando-se por apontamentos úteis ao posterior estudo das suas tendências de expansão. Por fim (2.3), desenvolver-se-á investigação das propostas legislativas de ampliação dos espaços consensuais na justiça criminal brasileira, fundamentalmente a partir da crítica às previsões do procedimento sumário e da barganha, regulados, respectivamente, nos Projetos de Lei do Senado 156/2009 (reforma integral do Código de Processo Penal)[19] e 236/2012 (reforma integral do Código Penal).

No terceiro e último capítulo deste trabalho, estruturar-se-á lastro teórico sistematizado de críticas à justiça negocial, apontando-se suas insolúveis aporias violadoras dos preceitos de um processo penal democrático pautado pelo respeito às regras do devido processo penal. Trata-se de apontamentos direcionados à concepção da barganha em termos amplos, que se caracteriza pela conformidade do acusado (em regra, com uma confissão) e pela renúncia à defesa, o que possibilita a sua aplicabilidade (com pequenas diferenciações de intensidade) ao cenário brasileiro atual e, especialmente, às propostas de expansão anteriormente analisadas.

Para tanto, determinar-se-ão seis tópicos de estudo: 1) *Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal*, em que se abordará a mercantilização processual ocasionada pela autorização de acordos entre as partes e a decorrente relativização de garantias fundamentais, ambos os fenômenos intrinsecamente relacionados

19 O PLS 156/2009 foi aprovado em sua casa de início e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o número 8.045/2010, mantendo-se, até outubro de 2014, a mesma redação deliberada anteriormente, que será inicialmente discutida em comissão especial criada em 26 de março de 2015 para debater o referido projeto, mas que ainda não iniciou seus trabalhos.

com a instrumentalização do processo penal como meio célere de concretização antecipada do poder punitivo em resposta às demandas de uma expansão descomedida da intervenção penal estatal; 2) *Barganhas, relações e concessões,* em que se desvelará a distorção dos papéis dos atores do sistema criminal em razão da primazia de seus interesses pessoais a partir do poder da barganha, findando por corromper completamente os fundamentos do processo democrático; 3) *O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta,* cuja função será aclarar a pressão inerente à possibilidade de barganha, a qual, inquestionavelmente, resulta na confissão de inocentes por medo de punições mais severas em caso de utilização do direito ao julgamento; 4) *O retrocesso processual autoritário,* no qual será exposta a violação de preceitos fundamentais do processo, como o retorno do tarifamento de provas com primazia da confissão e a consequente obstaculização integral do exercício da defesa e do contraditório; 5) *O desequilíbrio da balança entre os atores processuais,* em que se fragilizará uma das fundamentais premissas da realização da barganha, a igualdade entre as partes negociadoras, além de se expor a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena do imputado; e, 6) *O desaparecimento do processo e da defesa,* no qual se problematizará a possibilidade de renúncia ao direito à defesa e a suposta autonomia de vontade para a efetivação do pacto.

Por fim (tópico 3.2), a partir de descrição empírica da concretização da justiça negocial no campo jurídico-penal brasileiro contemporâneo por meio dos mecanismos dos Juizados Especiais Criminais, apresentar-se-ão traços da realização prática das críticas anteriormente expostas, de modo a desvelar as problemáticas fundamentais dos acordos entre acusação e defesa no panorama nacional. Desse modo, verificar-se-á a hipótese de que, em razão das características específicas do cenário brasileiro (como as marcantes seletividade e desigualdade reproduzidas pelo poder punitivo estatal), a concretização de eventuais expansões aos espaços de consenso acarretará aporias intensificadas e, assim, graves violações a direitos e garantias fundamentais do processo penal de um Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1
LEGALIDADE OU OPORTUNIDADE: DEFININDO VARIÁVEIS E DELIMITANDO AS BALIZAS DA BARGANHA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CONSENSUAL

O instituto da barganha se relaciona intrinsicamente com questões de fundo do Direito Processual Penal, ao passo que sua existência e ocorrência acarretam consequências ímpares para a esquematização dos princípios fundantes de determinado ordenamento jurídico. Portanto, antes de buscar a delimitação conceitual de seus contornos, impõem-se certos esclarecimentos prévios. Por primeiro, no item 1.1, estudar-se-ão os princípios da legalidade, da oportunidade e do consenso. Aponta-se, desde já, a necessidade de revisão das definições habitualmente traçadas pela doutrina, pois resultam em dificuldades interpretativas, especialmente se tendo como base de análise o cenário característico de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, no item 1.2, abordar-se-á a barganha em específico, especialmente a partir do exemplo estadunidense, em razão de seu desenvolvimento acadêmico e jurisprudencial, além de sua percepção como referência para inspiração na introdução de construções semelhantes em ordenamentos estrangeiros. Ademais, aportes dos modelos continentais também contribuirão a tal estudo, visando a estabelecer conceitos abrangentes. Assim, adotando-se postura crítica com o objetivo de problematizar o estudo do tema deste trabalho, serão explorados o conceito, as justificativas e os requisitos da barganha. Assim, estruturar-se-á embasamento teórico apto a fundamentar as demais problematizações a serem examinadas posteriormente.

1.1 Legalidade, oportunidade e consenso. Delimitações e problematizações iniciais

Antes de se iniciar a delimitação dos contornos do instituto da barganha, impõe-se o esclarecimento de questões prévias, princípios[20] que permeiam o tema da justiça negociada no processo penal. Como se verá, o acordo sobre a sentença pertence a um cenário mais amplo de discussões acerca da obrigatoriedade da persecução penal estatal e dos espaços de discricionariedade do órgão ministerial para optar entre deixar de denunciar ou sustentar uma acusação em juízo até sua sentença final. Portanto, neste primeiro subtópico pretende-se desenvolver análise das figuras da legalidade, da oportunidade e do consenso no processo penal, de modo a esclarecer os espaços de caracterização da barganha.

Tal tarefa, entretanto, mostra-se dificultada pela desordem de significados traçados pela doutrina em geral, o que acarreta dissintonias no estudo do tema.[21] A partir do desvelamento da disfuncionalidade do termo legalidade, ainda que delimitado como "legalidade processual", almeja-se abrir espaço para a necessidade de esquematização de novos parâmetros, ou melhor, para a imposição de uma opção racional pelos termos "obrigatoriedade" e "não obrigatoriedade/oportunidade", os quais podem se concretizar em um cenário de respeito à legalidade ou de ampla discricionariedade. Por fim, tratar-se-á da noção de "justiça consensual", traçando as características do modelo de negociação entre acusador e defesa para a imposição de uma pena sem processo.[22]

---

20 Para uma análise sobre a caracterização da oportunidade como princípio, ver: Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 24-27.

21 Para uma análise histórica dessas definições e suas aplicações (e distorções decorrentes), ver: Divan, Gabriel. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 205-217.

22 Importante ressaltar a divergência doutrinária acerca da caracterização da medida imposta por meio de uma transação penal como pena. Tal questão será analisada no item 2.1 deste trabalho. Entretanto, desde já, afirma-se a conclusão de que a imposição de obrigação diversa da pena restritiva de liberdade em consequência do cometimento de suposta infração de menor potencial ofensivo, ainda que sem o transcurso de um processo por completo, atesta a característica intrínseca de pena criminal imposta pelo Estado. A denominação de tal imposição com nome diverso de "pena" ocorre sob a injustificada e malsucedida pretensão de afastar as críticas pela ocorrência de

1.1.1 Legalidade e oportunidade no processo penal: um exemplo de confusão doutrinária decorrente de definições inoperantes

A partir de uma dicotomização estruturada com base na oposição de dois cenários jurídicos, a doutrina comumente distingue os termos legalidade e oportunidade com vistas ao exercício da atividade acusatória no processo penal pelo representante do Ministério Público.[23] Partindo-se da concepção de legalidade característica do Direito Público, segundo a qual os órgãos do Poder Público estão submetidos à Lei em sua atuação,[24] passa-se pela sua manifestação na esfera penal substantiva. Tal construção acarreta diversas consequências ao estudo da lei penal,[25] sendo sua principal expressão o *nullum crimen, nulla poene sine lege*, que limita a possibilidade de arbitrariedades "submetendo a intervenção penal a um rigoroso princípio de legalidade, cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa".[26]

O *princípio da legalidade* adentra a esfera processual apontado, em geral, como decorrência da manifestação substantiva antes descrita, pois, conforme **Santiago Martínez**, "o *nullum crimen* é o

uma punição sem o devido processo. Sobre isso, ver: KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: RT, 2004. p. 100-106.

23 Conforme aponta Carlos Adérito Teixeira, "a conformação jurídico-constitucional da oportunidade desenha-se, como seu quadro de fundo, em torno do princípio da legalidade, direccionado essencialmente, neste texto, para o Ministério Público" (TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 48).

24 ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade:* Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991. p. 184. Sobre o princípio da legalidade em direito administrativo, conforme Hely Lopes Meirelles, "a legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87). Sobre os contornos da legalidade no pensamento jurídico contemporâneo, ver: BERGALLI, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. *Jueces para la Democracia*, n. 32, p. 58-63, jul. 1998.

25 ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 134-175; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: RT, 2007. t. I, p. 177-206.

26 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*, cit., p. 177.

limite que tem o encarregado de exercer a ação penal na persecução dos delitos. É dizer, se não existe uma conduta criminalizada prevista em lei, o Ministério Público não poderá levar adiante a acusação penal contra a pessoa".[27] A partir de tal constatação negativa, a doutrina costuma concluir pela imposição da obrigação de início do processo penal por uma denúncia sempre que se constate a existência de um crime.[28]

Portanto, conforme a posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva[29] ou, nas palavras de **Jacinto Coutinho**, "é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação".[30] Ele caracteriza, assim, "a ideia de que o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos – factuais e jurídicos, substantivos e processuais – tenha tido conhecimento e tenha logrado recolher, na instrução, indícios suficientes".[31] Logo, há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal,[32] o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.[33]

27 Martínez, Santiago. Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 8, n. 14, p. 513-533, Buenos Aires, dez. 2002, p. 524 (tradução livre).

28 Costa, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 22, n. 85, p. 37-49, Lisboa, jan.-mar. 2001, p. 39.

29 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 35.

30 Coutinho, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 1, p. 26-51, São Paulo, 2001, p. 41.

31 Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 126.

32 Anitua, Gabriel I. El principio de legalidad y el principio de oportunidad: interrogantes y aporías en los sistemas anglosajones y continentales. In: Anitua, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 37.

33 "O princípio da obrigatoriedade, então, consiste na obrigação de que todo fato com aparência delitiva deve necessariamente resultar no desenvolvimento de uma investigação penal, em condições de igualdade e sem recorrer a critérios discricionários para definir o exercício da ação penal" (Rivera, Juan Carlos; Araque, Carlos Alberto. *Principio de oportunidad:* reflexiones jurídico políticas. Medellin: Universidad de Medellin, 2010. p. 22-23) (tradução livre).

Em tal cenário, o princípio da legalidade[34] acarreta diversas consequências ao Direito Processual Penal,[35] visto que diante da obrigação de iniciar a persecução penal de todos os crimes também se coloca a proibição de desistência, retratação e perdão ao acusado pelo Ministério Público.[36] Em face da identificação de tais efeitos no panorama pátrio, a doutrina nacional majoritariamente aponta a adoção do princípio da legalidade pelo ordenamento processual penal brasileiro.[37] Conforme **Scarance Fernandes**, embora não consagrada constitucionalmente, a obrigatoriedade foi adotada pelo Código de Processo Penal de 1941, ao passo que seus arts. 42 e 576 atestam que, formulada a acusação ou interposto o recurso, o promotor não pode desistir do processo.[38]

Em contraste à legalidade,[39] "outra face de uma mesma moeda",[40] surge o *princípio da oportunidade*. Segundo **Armenta Deu**,

34 Em face da descrição da postura doutrinária majoritária, neste item serão utilizadas indistintamente as denominações "legalidade" e "obrigatoriedade" em oposição a "oportunidade" e "discricionariedade", visto que assim age a corrente descrita. Como se verá, tal pensamento é criticado neste trabalho, de modo que posteriormente (item 1.1.2) esses termos aportarão significados distintos.

35 Sobre os efeitos da legalidade no processo penal, ver também: Hassemer, Winfried. La persecución penal: legalidade y oportunidad. *Jueces para la Democracia*, n. 4, p. 8-11, set. 1988, p. 8-9.

36 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54; Cafferata Nores, José I. El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidade y perspectivas. In: Cafferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 26-27.

37 Nesse sentido: Tovo, Paulo Cláudio; Tovo, João Batista M. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 72-74; Silva, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública:* princípio da oportunidade regrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 32; Jardim, Afrânio Silva. *Ação penal pública:* princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 92-99. Descrevendo a posição majoritária da doutrina brasileira no sentido da adoção da obrigatoriedade: Prado, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 22.

38 Fernandes, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 263.

39 Contraste aqui entendido como diretamente relacionado, mas nem sempre oposto, pois, como se verá, o princípio da oportunidade "se coloca como oposto ao da legalidade ou como correlativo ou, simplesmente, corretor ou elemento de flexibilização deste" (Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 185) (tradução livre).

40 Anitua, Gabriel; Borinsky, Mariano. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos. In: Hendler, Edmundo (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 450 (tradução livre).

"qualquer concepção do princípio de oportunidade que se adote deve partir inescapavelmente do princípio da legalidade em seu aspecto processual".[41] **Adérito Teixeira** sustenta inclusive a inexistência de tal definição, visto que esse tratamento se dá exclusivamente a partir da referência ao princípio da legalidade.[42] Entretanto, mostra-se relevante, e possível, a delimitação de um conceito aceitável de oportunidade,[43] ainda que diluído em meio às questões controvertidas que serão apontadas posteriormente. Conforme **Montero Aroca**, pode-se dizer, em termos gerais, que a oportunidade supõe o "reconhecimento ao titular da ação penal da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado".[44]

Embora comumente definido como inverso do princípio da legalidade, tal singeleza oculta a complexidade da questão, pois o estudo da oportunidade desvela inúmeros significados e caracterizações a ela apontados. Há quem identifique tal preceito com a discricionariedade,[45] ou seja, à decisão pautada por critérios subjetivos do acusador.[46] Portanto, nessa concepção a oportunidade se identificaria exatamente pela desnecessidade de requisitos fixados em Lei. Por outro lado, sustenta-se que tal discricionariedade nunca pode significar arbitrariedade, mas sim "um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas em lei",[47] tendendo sempre para a

41 Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 187 (tradução livre). Embora adotada majoritariamente, Alberto Binder critica tal premissa, fomentando debate que será retomado no item 1.1.2 deste trabalho (Binder, Alberto M. Legalidad y oportunidad. In: Baigún, David et al. *Estudios sobre justicia penal*: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 205-209).

42 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 34-35.

43 "Em contraste com este paradigma, o princípio da oportunidade não apresenta um modelo único. Caracteriza-o fundamentalmente uma ideia de maleabilidade, de pragmatismo e de utilitarismo [...]" (Costa, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 39) (tradução livre).

44 Montero Aroca, Juan. *Proceso penal y libertad.* Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civitas, 2008. p. 302. De modo semelhante: Caeiro, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 21, n. 84, p. 31-47, Lisboa, out.-dez. 2000, p. 32.

45 Silva, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública*, cit., p. 55.

46 Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. p. 478.

47 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 33.

vinculação substancial, cuja utilização deverá ser fundamentada no direito.[48] Assim, aqui se desvela o principal ponto de questionamento: a definição em lei dos critérios para se deixar de acusar caracteriza um cenário de adoção do princípio da legalidade ou da oportunidade? Além disso, essa previsão legal, ainda que objetivamente descrita, possivelmente envolverá margens inevitáveis de interpretação.[49] Surge aí a tentativa de diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, sendo traço característico destes a possibilidade de controle.[50] De qualquer modo, percebe-se a dificuldade de delimitação e aplicação dos conceitos aqui expostos.

Ademais, a definição de oportunidade pode ser ampla ou restrita. Naquela, tem-se sua manifestação em ambas as esferas processual penal e penal material,[51] por exemplo, nos casos de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada e perdão da vítima.[52] Ainda, em termos amplos, pode-se considerar a inclusão de "todos os modos de implementação de vias de resolução de litígios, na disponibilidade das mais diversas entidades (Governo, Provedores, Escolas, Igrejas,

48 Andrés Ibañez, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 18, n. 70, p. 9-41, Lisboa, abr.-jun. 1997, p. 24.

49 "Na apreciação fáctica e jurídica da infracção são, naturalmente, possíveis concepções diversas, de sorte que na decisão do MP intervém – como em toda a decisão autenticamente jurídica – uma margem inescapável de discricionariedade" (Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, cit., p. 132). Sobre tal espaço de interpretação e os critérios de aplicação da transação penal brasileira, ver: Prado, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 155-156.

50 "Em efeito, a discricionariedade implica uma pluralidade de soluções igualmente justas, o que é o mesmo que uma pluralidade de soluções indiferentes juridicamente. Exatamente porque são indiferentes para o Direito isso não impõe uma solução concreta. Por outro lado, nos conceitos jurídicos indeterminados existe uma única solução justa. Às vezes é difícil de delimitá-la, mas em todo caso há uma única solução justa" (Delgado Barrio, Javier. El principio de oportunidad en el proceso penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Actualidad Penal*, v. 1, 1/26, p. 147-153, Madrid, semanal 1990, p. 151) (tradução livre). Ver também: Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidade*, cit., p. 181-183. Perfecto Ibañez critica a utilização da distinção discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados (instituto característico de Direito Administrativo), visto que "num sistema penal regido pelo princípio da legalidade as formas de actuação do primeiro tipo teriam que ficar sempre excluídas, permanecendo só aberta a possibilidade de ocorrência das do segundo género" (Andrés Ibañez, Perfecto. Por um ministério público dentro da legalidade, cit., p. 24, nota 41).

51 Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 191.

52 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 65.

etc.)",[53] ou seja, o tratamento diversificado do conflito social gerado pelo fato delitivo, abarcando, assim, os meios de diversificação.[54] Por outro lado, em sentido restrito, atenta-se para a atividade do Ministério Público como órgão estatal acusador,[55] ao passo que oportunidade diria respeito às "formas procedimentais e processuais, expeditas e simplificadas, de resolução da litigiosidade",[56] por sua iniciativa. **Armenta Deu** esquematiza as características que atestam a manifestação do princípio da oportunidade, em visão também restrita:[57] subjetivamente, dirige-se aos sujeitos públicos (promotor e órgão jurisdicional);[58] objetivamente, refere-se ao conteúdo essencial das obrigações de tais atores no processo penal, "abarcando desde a obrigação de persecução diante do conhecimento de todas as notícias-crime até sua finalização por meio de uma resolução, segundo previsto na lei processual penal".[59]

No intento de tentar abrandar tais aporias,[60] especialmente visando à conciliação das particularidades do princípio da oportunidade com o regramento de ordenamentos jurídicos historicamente

53 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 18.

54 "Nesse sentido, uma possibilidade de 'diversificar' o tratamento do conflito social representado pelo fato punível consiste em evitar a solução penal tradicional e, ao mesmo tempo, permitir que a vítima obtenha sua reparação" (Bovino, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 32) (tradução livre).

55 "Numa concepção mais estrita, está-se frente a um sistema que admite a oportunidade quando é lícito ao Ministério Público não perseguir todos os fatos delitivos que lhe são submetidos, ou quando pode configurá-los prescindindo de circunstâncias fáticas relevantes, do prisma jurídico-penal, segundo as normas objetivas, ou quando lhe é permitido não se ater à legalidade para valorar juridicamente esses fatos" (Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 68).

56 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 18.

57 Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 208.

58 Sustentando que a oportunidade se dá somente com relação aos atos de atores públicos, o conceito de Armenta Deu exclui diversas manifestações comumente apontadas pela doutrina, como as ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação da vítima. Tal questão será melhor abordada posteriormente, no item 1.1.2 deste trabalho.

59 Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales.* La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 130, nota 276.

60 "Com essa denominação se pretende evitar as críticas formuladas contra o princípio de oportunidade, derivadas da vigência do princípio da legalidade, como princípio informador do nosso ordenamento" (Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 210-211) (tradução livre).

pautados pela legalidade,[61] desenvolveu-se uma nova definição: a *oportunidade regrada*.[62] Tratar-se-ia da situação em que o princípio da obrigatoriedade seria mitigado de modo restrito, somente nos casos previstos em lei e conforme critérios ali regulados; ou seja, "dentro do quadro geral de formal reconhecimento do princípio da legalidade, se introduzem limitações, de maior ou menor amplitude, à sua vigência, ao atribuir-se ao MP a possibilidade de renunciar ao exercício da ação penal".[63] Conforme **Armenta Deu**, "argumenta-se que ao associar o adjetivo 'regrada' estipula-se que a própria lei fixará as condições de aplicação do princípio da oportunidade e, assim, não se constituiria uma exceção, mas uma variedade da própria legalidade".[64] Entretanto, tal denominação é alvo de críticas doutrinárias, apontando-se que sua utilização não sana as questões acima referidas.[65] Segundo **Silva Jardim**, a obrigatoriedade mitigada "não pode ocorrer, pois, ou temos a obrigatoriedade de forma exclusiva, ou vem ela acompanhada da oportunidade para os casos que a lei enumera, ou, raramente, se consagra a discricionariedade como regra geral".[66] Além disso, **Armenta Deu** aponta que a expressão oportunidade regrada é, por um lado, uma contradição em seus próprios termos[67] e, por outro, uma importação inadequada de construções características do direito administrativo.[68]

61 A problemática da compatibilidade de institutos pautados pelo princípio da oportunidade, como, por exemplo, a suspensão condicional do processo, começaram a florescer especialmente na Alemanha, a partir do ano de 1965, que passou a introduzir tais mecanismos sem abandonar o preceito da legalidade como regra geral. Sobre isso, ver: JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 76-79; ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 43-85.

62 Oportunidade regrada que pode ser também chamada de obrigatoriedade mitigada, condicionada, limitada ou atenuada (SILVA, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública*, cit., p. 59).

63 ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 27.

64 ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 211 (tradução livre).

65 "Na minha visão, a utilização do qualificativo 'regrada' não tem – como parece que se pretendia – um efeito sanatório no sentido de que o simples emprego da mesma teria como consequência aliviar as possíveis violações ao princípio da legalidade que pudessem se produzir" (ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 211) (tradução livre). Ver também: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 278.

66 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 93.

67 Nesse sentido, também: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*, cit., p. 313.

68 ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p.

Diante do exposto, resta a ilusão da simplicidade das definições traçadas. Em resumo, o processo penal seria regido pela legalidade quando o órgão acusador fosse obrigado a oferecer a denúncia e, assim, iniciar a persecução penal judicial sempre que houvesse indícios suficientes de materialidade e autoria de um crime; por outro lado, a oportunidade vigoraria em um cenário em que, diante de tal situação, o representante do Ministério Público fosse autorizado a agir discricionariamente, decidindo por acusar ou não.[69] Entretanto, não se pode coadunar com tal singeleza, visto que a utilização da referida dicotomia sem maiores aprofundamentos inevitavelmente acarreta confusões na análise do tema em estudo. A grande problemática gira em torno da delimitação dos critérios para a tomada de tal decisão: se fossem previstos em lei certos requisitos de caráter político-criminal para a autorização da propositura da ação penal, os quais vão além da simples averiguação de indícios suficientes de materialidade e autoria de um crime, estar-se-ia adotando a oportunidade?[70] Ou seja, seria possível uma concepção de oportunidade com respeito à legalidade (aqui entendida como submissão do agente estatal à lei)? Ademais, diante do espaço de discricionariedade inerente a qualquer interpretação do texto legal para a determinação da postura do acusador, haveria fragilização da legalidade? Resta cristalino que a conceituação anteriormente desenvolvida não é capaz de responder adequadamente tais questões. Portanto, impõe-se a busca por novos delineamentos à distinção oportunidade/legalidade.

---

211. Também Nereu Giacomolli esclarece que "a expressão 'oportunidade regrada' não é correta porque não é a oportunidade, em si mesma, que se submete a uma regra: o juízo de oportunidade sempre consiste em dizer o que se considera oportuno, ainda que não coincida com o que, em princípio, se depreende da norma legal" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 70).

69 Em síntese, Goldschmidt aponta que, segundo o princípio da legalidade, "em todos os casos em que há um fato punível a persecução deve ser obrigatória" e, por outro lado, conforme o princípio da oportunidade, "há que se tomar em conta também considerações de oportunidade, especialmente o interesse público" (GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James; QUIROGA, Jacobo (ed.). *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 782).

70 Como se verá posteriormente, Alberto Binder define a legalidade como "a obrigação que pesa sobre os funcionários públicos de exercer a ação penal em todos os casos previstos em lei como delitos, salvo as exceções também estabelecidas", ou seja, sustenta que se pode respeitar o princípio da obrigatoriedade (legalidade) ainda em situações de não oferecimento da denúncia, se tal exceção for prevista em lei (BINDER, Alberto M. Legalidad y oportunidad, cit., p. 206).

1.1.2 Obrigatoriedade e oportunidade em um cenário de legalidade ou discricionariedade: esclarecimentos na busca por precisão conceitual na proposta de definições

A partir das considerações esboçadas no item anterior, almejou-se desvelar a insuficiência da contraposição oportunidade/legalidade nos termos comumente propostos pela doutrina. Ao se dicotomizar tais concepções e identificar a última como sinônimo de obrigatoriedade, inviabiliza-se uma análise crítica do tema pautada pela busca de adequação a um cenário de respeito às premissas de um Estado Democrático de Direito.[71] Portanto, neste item aprofundar-se-á o debate acerca das construções que tentam traçar algumas diferenciações na matéria em estudo – mas, em nossa visão, não conseguem superar de modo satisfatório os problemas apontados – para, posteriormente, delinear proposta de nova visão sobre tais definições. Construir-se-á esquema que diferencia os princípios da legalidade e da obrigatoriedade na seara processual penal, de modo a possibilitar a compreensão dos mecanismos de oportunidade (e de consenso) em um processo penal democrático, que impreterivelmente limita e condiciona o exercício do poder punitivo às regras do jogo legalmente definidas.

Inicialmente, importante frisar a necessidade de se perceber que, de um lado, há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal – especialmente daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal. De modo distinto se caracteriza a obrigatoriedade da ação penal, a qual, segundo nossa visão, pode ser excepcionada dentro da legalidade, ou seja, conforme hipóteses e condições previstas no texto legal. Pode-se dizer que, até certo ponto, **Alberto Binder** desenvolve tal raciocínio ao criticar a denominação ("princípio da legalidade") comumente utilizada para representar a obrigação dos funcionários

71 Criticando a utilização do termo legalidade como obrigatoriedade, Gabriel Divan aponta que "se poderia propugnar pelo abandono do termo 'legalidade' na discussão ora evidenciada, uma vez que vai, assim, aproximado de uma visão que sugere o enfrentamento à 'ilegalidade' através de uma ('obrigatória') medida propositiva estatal de ação – o que pode evocar traços da malfadada configuração processual de pretensão punitiva (processo como conformação/chancela de um *ius puniendi* reclamado pelo acusador)" (Divan, Gabriel. *Processo penal e política criminal*, cit., p. 203).

públicos em exercer a ação penal em todos os casos que se enquadrem nas hipóteses previstas em lei como delitos, salvo exceções também legalmente estabelecidas.[72] Ou seja, o autor elucida que há sim uma distinção entre legalidade e obrigatoriedade. Cabe citar ainda **Ventura Leite** que mostra sinais de pretensão a diferenciar de certo modo tais critérios, apontando que "a obrigatoriedade da ação penal pode coexistir com critérios de oportunidade", e que em tal cenário o Ministério Público precisa atuar dentro das limitações ditadas pela legalidade.[73] Além disso, **Jacinto Coutinho** questiona a relação imediata entre obrigatoriedade e legalidade ao supor a inviabilidade de ligar-se diretamente ambas as construções, dizendo que "é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade, deve ser relativizado [...]".[74] Por fim, **Silva Jardim** aponta expressamente a diferenciação entre tais conceitos, afirmando que eles são empregados indistintamente por grande parte da doutrina de modo equivocado, ao passo que a utilização do termo "obrigatoriedade" torna mais claro "que o dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito".[75]

Pode-se afirmar que a utilização da denominação "legalidade" para caracterizar a obrigação da propositura da ação penal causa dificuldades na interpretação de textos doutrinários e, assim, obstaculiza um debate objetivo sobre o tema tratado. **Adérito Teixeira**, por exemplo, define o princípio da legalidade como obrigatoriedade da ação penal, apontando que "tal princípio significa

72 "De fato, já o nome do princípio da legalidade em matéria processual é um nome confuso que gera problemas e deve ser abandonado" (BINDER, Alberto M. Legalidad y oportunidad, cit., p. 206) (tradução livre). Entretanto, o autor desenvolve suas profundas críticas utilizando-se de tais denominações, de modo que, a nosso ver, seus questionamentos se direcionam, em verdade, à obrigatoriedade da ação penal pública e não ao princípio da legalidade.

73 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 40-41.

74 COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro, cit., p. 42.

75 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 48. Entretanto, questiona-se a afirmativa de que a obrigatoriedade é decorrência necessária, sem exceções, do princípio da legalidade.

que o Ministério Público deve proceder a inquérito e deduzir acusação sempre que se verifiquem os pressupostos jurídico-factuais da incriminação e os requisitos de procedibilidade da acção penal".[76] Entretanto, em seguida, aponta que o princípio da legalidade é denominador do sistema português, já que "o Ministério Público deve actuar sob o signo da lei e não por critérios de oportunidade, sejam eles de ordem pública, financeira, estatística ou outros".[77] Ou seja, idêntica nomenclatura caracteriza fenômenos jurídicos distintos, pois a "legalidade" é utilizada indiscriminadamente por diversos autores para representar tanto a submissão à lei quanto a obrigatoriedade da ação penal pública.

Talvez almejando resolver tal discrepância, há quem diferencie a legalidade penal da legalidade processual,[78] sendo esta identificada à obrigatoriedade.[79] Além disso, **Pedro Caeiro** defende construção ainda mais artificial, ao tentar distinguir o "respeito à legalidade" do "princípio da legalidade".[80] Por certo, ambas as propostas não superam adequadamente as aporias já apontadas e acabam por fomentar incertezas interpretativas semelhantes. Como aponta **Lopes Jr.** ao analisar a impropriedade do transplante das condições da ação do processo civil para o penal, cada palavra possui uma carga semântica que limita sua possibilidade de significado; ao se realizar uma "ginástica de conceitos" se desnatura a sua matriz conceitual, inviabilizando uma resposta adequada ao problema em estudo.[81] Pensa-se que tal visão também se amolda a tais propostas, as quais desvirtuam a carga crítica do termo legalidade ao mesmo tempo em que não são bem-sucedidas na tentativa de representar a ideia de obrigatoriedade.

Diante do exposto, torna-se imprescindível a busca por um novo

76 Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 48.

77 Idem, p. 49.

78 Martínez, Santiago. Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad, cit., p. 518.

79 "[...] o princípio de legalidade processual impõe aos órgãos estatais correspondentes o dever de promover a persecução penal em todos os casos em que se tenha conhecimento de uma notícia acerca da possível comissão de um fato punível de ação pública" (Bovino, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal*, cit., p. 15) (tradução livre).

80 "Com efeito, desenha-se uma tendência para, por um lado, confundir o *princípio* da legalidade com o *respeito* pela (ou a *defesa* da) legalidade [...]" (Caeiro, Pedro. Legalidade e oportunidade, cit., p. 31-32).

81 Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 369-372.

olhar acerca dos princípios aqui estudados. Pensa-se que o *princípio da legalidade* impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar.[82] Ou seja, tanto na esfera penal material quanto processual, embora trazendo consequências distintas, tal princípio tem como essência a vinculação da aplicação do poder punitivo – e, portanto, da atuação dos atores da justiça criminal – aos preceitos definidos em lei.[83] De modo distinto,[84] a *obrigatoriedade da ação penal pública* determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente.[85] Ou

82 Nesse sentido, embora sem refinar as diferenciações aqui propostas, parece se posicionar Armenta Deu: "Ao reger tal princípio (legalidade), fica excluída toda capacidade de decisão sobre a conveniência ou oportunidade da persecução no caso concreto. O critério do órgão de acusação deve ser sempre e exclusivamente a Lei" (Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 189) (tradução livre). Assim também Nereu Giacomolli define que "a legalidade, numa acepção mais estrita, é o princípio que informa que a persecução penal, que a dedução de uma pretensão acusatória, que a sustentação da acusação não podem depender da vontade subjetiva dos órgãos que têm o dever jurídico de atuar segundo o ordenamento jurídico vigente" (Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 50).

83 "A partir da ótica substancial, o princípio da legalidade se concebe com o preceito de: '*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*', o que significa que: 'não há tipo penal, pena, medida de segurança sem lei penal escrita, estrita, certa e prévia. A partir da ótica processual, o princípio da legalidade se enuncia com o axioma: '*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*', significando que 'ninguém pode ser castigado se não em virtude de um processo legal, e que a norma penal só pode ser aplicada por órgãos e juízes instituídos por lei para essa função'" (Rivera, Juan Carlos; Araque, Carlos Alberto. *Principio de oportunidad*, cit., p. 22) (tradução livre).

84 "É certo que o princípio da oportunidade tem sido tradicionalmente considerado como o oposto do princípio da legalidade, entretanto é necessário frisar que a conexão entre o princípio da oportunidade e o exercício da ação penal não devem ser vistos como pautas contrapostas, mas sim que o que realmente se contrapõe ao uso da oportunidade pelo Ministério Público é o princípio da obrigatoriedade (necessidade) da acusação" (Ortiz Pradillo, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. In: Martín López, Teresa; Velasco Retamosa, José Manuel (coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica.* Madrid: Civitas, 2014. p. 387) (tradução livre).

85 Cumpre apontar as discussões doutrinárias acerca dos requisitos mínimos para a consolidação do dever de acusar: fala-se em "pressupostos jurídicos-factuais da incriminação e requisitos de procedibilidade da ação" (Teixeira, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 48); "fato punível" (Lynch, Gerard. Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. *Nueva doctrina penal*,

seja, em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso pode ser empregado para fundamentar a não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva,[86] ainda que previsto em lei.

Entretanto, como aponta **Geraldo Prado**, "trata-se de deduzir pretensão acusatória, mas, como tal, não obriga o Ministério Público a perseguir incessantemente a condenação do acusado", já que inexistente o dever necessário de recorrer de uma absolvição ou impreterivelmente requerer a condenação em razões finais.[87] Assim, desde já importante notar que a exclusão de fatos que carecem de justa causa[88] para a propositura de ação penal,[89] tal como crimes bagatelares[90] e insignificantes, ou a inexistência de provas suficientes para seu oferecimento[91] não questionam o princípio da obrigatoriedade, pois a insignificância conduz à atipicidade e, portanto, à não existência de um crime,[92] sendo ilegítima a persecução

A, p. 293-330, Buenos Aires, 1998, p. 314); presença de "todos os elementos do crime" (PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do *plea bargaining* no direito norte-americano. *FMU Direito*, v. 15, n. 23, p. 115-126, São Paulo, 2001, p. 115); além da necessidade de atenção também à ilicitude e à culpabilidade (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 43).

86 BOVINO, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal*, cit., p. 16.

87 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 154.

88 Sobre a justa causa no processo penal brasileiro, ver: MOURA, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001; DIVAN, Gabriel. *Processo penal e política criminal*, cit.; JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 42-43.

89 Assim, mostra-se questionável a conclusão de Scarance Fernandes, segundo a qual o CPP brasileiro adota o princípio da obrigatoriedade, salvo se presente alguma das circunstâncias do art. 43 – atual art. 395 pela reforma de 2008 – como a ausência de justa causa (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 263). Diante do exposto acima, não há que se falar em exceção à obrigatoriedade nas situações em que o dever de acusar não se configura.

90 Cumpre salientar que Armenta Deu parece utilizar conceito de crimes de bagatela mais amplo (não só insignificantes e atípicos), mas de "índole patrimonial e econômica, uma de suas características mais próprias consistiria em sua pequena relevância – daí o nome de 'delitos bagatela' – assim como na frequência de seu cometimento" e "condutas contempladas em leis penais, cuja reprovabilidade é escassa e cujo bem jurídico protegido se considera de menor relevância" (ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 23) (tradução livre). Entretanto, no Brasil em geral aponta-se que crimes de bagatela são aqueles insignificantes (ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1, p. 484-485).

91 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 55.

92 Sobre a discussão acerca do fundamento da não punibilidade de crimes bagatelares

penal (a qual é obrigatória somente em situações que se enquadrem no tipo legal como crime). Ou seja, como aponta **Silva Jardim**, só há que se falar em obrigatoriedade quando se configurar o dever de agir do Ministério Público.[93] Portanto, a promoção da acusação nos casos de ação de iniciativa pública, ainda que ausentes critérios de oportunidade, "não está colocada de forma absoluta, uma vez que só se obtém a tutela jurisdicional, quando do exercício da ação, se presentes as chamadas questões prévias, incluídas aí as condições da ação e os pressupostos processuais analisáveis no juízo de admissibilidade".[94]

A *oportunidade* (ou *não obrigatoriedade)* se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc.,[95] em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade,[96] ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador.[97] Por certo que somente a primeira opção é aceitável no

(insignificantes), ver: Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*, cit., p. 676-667; Zaffaroni, Eugenio; Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, cit., p. 484-485. Sobre a instrumentalização do controle processual da fragmentariedade do poder punitivo por meio do instituto da justa causa, ver: Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 380-383.

93 Jardim, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 54. Conforme o autor, nos casos em que se afigure uma das causas de rejeição liminar, o que há, na verdade, é o oposto, um dever de não agir.

94 Coutinho, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro, cit., p. 42.

95 "Diante do reconhecimento da impossibilidade empírica de perseguir todos os delitos que supõem a vigência do princípio da legalidade processual, surge o princípio de oportunidade, segundo o qual, quando se toma conhecimento de fatos puníveis, pode-se não iniciar ou suspender a persecução penal, por razões de conveniência, de utilidade ou de uma organização mais eficiente de distribuição de recursos" (Bovino, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal*, cit., p. 25) (tradução livre).

96 "Por isso, a introdução do princípio de oportunidade não é contraposta ao princípio da legalidade, pois não rompe com a legalidade quando é a própria Lei que determina os critérios nos quais se deve iniciar ou manter um processo penal" (Ortiz Pradillo, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad en la aplicación judicial de la Ley, cit., p. 387-388) (tradução livre).

97 De modo semelhante, Alberto Bovino aponta a existência de dois modelos de aplicação do princípio de oportunidade: um em que ela é regra e se caracteriza comumente como

processo penal democrático. O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.[98] Assim, ainda que se adotando espaços de oportunidade, conforme **Geraldo Prado**, "a liberdade do Ministério Público estará sempre dirigida pelo princípio da legalidade, protegendo a comunidade das decisões pessoais de cada integrante da referida instituição".[99]

Importante mencionar a existência de doutrinadores, como **Silva Jardim** na passagem citada,[100] que sustentam a decorrência necessária entre os princípios da legalidade e da obrigatoriedade, sendo este não um acidente, mas conatural àquele.[101] Nesse sentido, **Andrés Ibañez** critica a afirmação de que critérios de oportunidade questionam não tanto a legalidade, e sim a obrigatoriedade da ação penal, apontando que "não pode esquecer-se que este é uma resultante essencial e indissociável daquele".[102] Contudo, a partir da construção aqui proposta, resta cristalino o rompimento de tal implicação obrigatória, ao passo que o respeito à legalidade não é violado em uma hipótese de

quase ilimitada; e outro em que é exceção à regra da obrigatoriedade, geralmente tendo seus critérios definidos em lei (Bovino, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal*, cit., p. 25-28). Assim também em: Anitua, Gabriel; Borinsky, Mariano. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, cit., p. 451.

98 Nesse sentido, aponta Perfecto Ibañez que "já não se coloca em termos de legalidade *versus* oportunidade, mas sim de o acolhimento desse segundo critério como inspirador de alguns instrumentos processuais à disposição do MP afectar somente a obrigatoriedade da acção penal" (Andrés Ibañez, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 27-28).

99 Prado, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113.

100 "O dever legal de o Ministério Público exercitar a ação penal é, na verdade, uma decorrência do próprio princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito" (Jardim, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 48).

101 Andrés Ibañez, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 26. "A aplicação da lei não pode ficar subordinada a determinações extra ou metanormativas, e daí que o princípio da legalidade penal implique necessariamente a obrigação do exercício da acção penal, na presença de certos pressupostos suficientemente descritos" (idem, p. 22-23). Embora se concorde com a primeira parte da assertiva citada, pensa-se que não há relação de decorrência necessária entre legalidade e obrigatoriedade.

102 Andrés Ibañez, Perfecto. Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 22, n. 85, p. 25-36, Lisboa, jan.-mar. 2001, p. 27.

não persecução penal por critérios de oportunidade previstos em lei.

A proposta de nova visão sobre os conceitos aqui estudados, embora compartilhe o objetivo comum de compatibilizar a introdução de critérios de oportunidade em ordenamentos pautados pelo princípio da legalidade, não se identifica com a construção da *oportunidade regrada*, anteriormente analisada e criticada. Por um lado, esse termo mostra-se inadequado para superar as aporias apontadas, já que geralmente é utilizado em meio a definições permeadas pelas confusões antes descritas.[103] Ademais, importante estabelecer uma ressalva para justificar os termos aqui empregados. Como aponta **Montero Aroca**, "não tem sentido dizer que a tomada de uma decisão com fundamento na oportunidade, ou seja, com base no que se pensa mais oportuno conforme um caso concreto, pode consistir na sujeição ao disposto em uma norma".[104] Não há como negar que, adotando-se o termo "oportunidade" no sentido proposto pelo autor, resta inconciliável a introdução de critérios de oportunidade com o respeito à legalidade. Assim, impor-se-ia a utilização da denominação *não obrigatoriedade* como oposição à obrigatoriedade,[105] quando se autorizasse o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal com fundamento em, por exemplo, critérios utilitários, político-criminais e econômicos. Isso seria o ideal. Entretanto, diante da aderência doutrinária quase integral ao termo oportunidade, optou-se por estruturar proposta com a sua utilização, possibilitando-se uma conciliação com a submissão aos critérios previstos em lei.

Diante do exposto, conclui-se que há distinção entre os significados dos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, além de que inexiste relação de ligação necessária entre ambos. Assim, torna-se possível aventar a caracterização de espaços de oportunidade/não obrigatoriedade[106] em um cenário de legalidade, em que a

103 Especialmente a identificação entre os conceitos de legalidade e obrigatoriedade, apontando-se, assim, a oportunidade como oposição à legalidade, o que impede a análise adequada do tema em estudo.

104 Montero Aroca, Juan. *Proceso penal y libertad*, cit., p. 313, nota 35 (tradução livre).

105 Sobre isso: Gazoto, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública*. Uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003. p. 93-112.

106 Oportunidade seria, portanto, a "faculdade que assiste ao titular da ação penal para dispor, conforme determinadas condições, do seu exercício independentemente que se

obrigatoriedade mantém seu papel estruturante e geral como regra.[107] Tal panorama se desenharia a partir da definição objetiva e taxativa em lei das hipóteses em que, embora houver lastro mínimo necessário de materialidade e autoria de fato punível, o órgão acusador estatal possa se abster, motivadamente, de iniciar a persecução penal, conforme critérios legalmente especificados de cunho utilitário, político-criminal, econômico, entre outros; ou seja, que vão além da mera verificação da existência de fato capitulável em tipo penal e de provas mínimas para embasar uma denúncia.[108] Portanto, afigura-se a possibilidade de um cenário de *oportunidade legalmente regulada.*[109] Nesse sentido, aponta **Nereu Giacomolli** que "quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional".[110]

---

tenha acreditado na existência de um fato punível contra um autor determinado" (GIMENO SENDRA, Vicente. Los procedimentos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio). *Boletín de Informaciones Ministerio de Justicia*, n. 1.457, p. 3-22, Madrid, 1987, p. 7) (tradução livre).

107 "É desta mesma forma que merece reconhecimento o princípio da oportunidade, e sua atuação limitada por lei, em um sistema que adota a obrigatoriedade como regra" (PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 30).

108 "Os poderes discricionais do Ministério Público se circunscrevem à possibilidade de renúncia da persecução penal, não promovendo a ação correspondente, ou desistindo de seu exercício, quando isso é permitido, se houver sido promovida; de qualquer modo, as condições para a aplicação do princípio da oportunidade estarão taxativamente enumeradas na lei, seja processual ou substantiva, e, por regra geral, seu exercício estará sujeito à aprovação judicial" (GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad. In: ROXIN, Claus et al. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. p. 92) (tradução livre).

109 "Dessa forma, os critérios de oportunidade seriam opostos ao princípio de obrigatoriedade da ação penal, mas de modo algum afetam a legalidade, já que o acusador público atuaria por conveniência ao não perseguir determinadas ações, mas amparado no marco legal que o condiciona (princípio da legalidade) e sempre que se contemple um controle jurisdicional – como no caso colombiano, o realizado pelo juiz de controle de garantias – que assegure a racionalidade e a legalidade de tais atos" (RIVERA, Juan Carlos; ARAQUE, Carlos Alberto. *Principio de oportunidad*, cit., p. 23) (tradução livre).

110 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 72. Entretanto, prossegue o autor: "Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido, que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura –, mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade". Em tal ponto, nossa construção se diferencia, ao passo que o autor apresenta raciocínio

Tal diferenciação ajuda a compreender[111] o enquadramento das ações penais cuja iniciativa depende do ofendido (ação penal de iniciativa privada ou de iniciativa pública condicionada).[112] Em tal ponto, utilizando-se dos conceitos de oportunidade e legalidade majoritários, restam divergências doutrinárias: por um lado, aponta-se que tais hipóteses são expressões de oportunidade.[113] Em sentido oposto, **Armenta Deu** assinala que esses princípios referem-se às faculdades e aos limites dos poderes públicos, de modo que a opção prevista no ordenamento para o ofendido iniciar ou não a persecução penal não é manifestação do princípio de oportunidade, pois envolve decisão de particular.[114] Aqui se revela mais um item problemático ensejado pela limitação terminológica empregada usualmente. Ao se utilizar os conceitos de obrigatoriedade e não obrigatoriedade como propostos, resta claro que as situações de delitos cuja iniciativa depende do particular afetado não se caracterizam como expressão de não obrigatoriedade, uma vez que em tais casos não há a imposição de um dever de iniciar a persecução ao órgão público encarregado, qual seja, o representante do Ministério Público.[115] Assim também

---

ainda pautado pela oposição entre legalidade e oportunidade, já questionada em diversos pontos neste trabalho.

111 Sobre a caracterização de outros institutos penais ou processuais penais como oportunidade, diante das limitações temáticas do presente trabalho, remete-se a: Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 202-207.

112 Sobre isso, ver: Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 385-418.

113 Tovo, Paulo Cláudio; Tovo, João Batista M. *Princípios de processo penal*, cit., p. 75; Pereira, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*, cit., p. 11.

114 "Em definitivo, resulta adequado falar em princípio da legalidade no marco do Direito público, onde nasce seu conceito, se desenvolve sua doutrina e cumpre uma missão específica de garantia para os particulares. Em um sentido estrito, portanto, o princípio da oportunidade – com independência agora da concepção que se mantenha sobre ele – deve se referir ao promotor e ao órgão jurisdicional. Não quanto aos crimes, segundo o exemplo citado, cuja perseguição vem atribuída – ao menos no seu início – aos prejudicados pelo delito" (Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 185) (tradução livre).

115 Caeiro, Pedro. Legalidade e oportunidade, cit., p. 37. Situação diferente se estabelece na hipótese em que for feita a representação da vítima em caso de ação penal de iniciativa pública condicionada e presente lastro probatório mínimo para embasar a acusação. Aí, sim, se colocaria o dever de acusar (obrigatoriedade), o qual poderia ser excepcionado nos casos de transação penal ou suspensão condicional do processo, por exemplo, em que, havendo tal dever, o órgão público não o cumpre, posicionando-se pela resolução antecipada do caso penal por meio de mecanismo consensual. Entretanto, desde já, essencial atentar-se para o fato de que, caracterizada no caso concreto hipótese em que presentes as condições para o oferecimento de uma transação penal ou suspensão

as situações de composição civil dos danos em infrações de menor potencial ofensivo não se enquadram na definição de oportunidade aqui proposta, visto que, em regra, ocorrem em processos cujo prosseguimento depende da vontade da vítima e, na hipótese de ação de iniciativa pública incondicionada, em que se impõe o dever de acusar, não impedem o oferecimento da denúncia.[116]

1.1.3 A justiça consensual em termos de oportunidade

Agora que delimitadas as definições prévias pertinentes ao estudo dos mecanismos negociais, conforme proposta de novo olhar acerca dos princípios da legalidade, obrigatoriedade e oportunidade, estruturou-se lastro teórico para a análise e caracterização do fenômeno jurídico denominado "justiça consensual". Aponta-se que o consenso relaciona-se intimamente com o princípio da oportunidade,[117] ao passo que aquele surgiria ligado a este.[118] Conforme **Nereu Giacomolli**, "ao gênero permissão legal da oportunidade há que se acrescentar as formas de consenso",[119] que podem ser ilimitadas ou limitadas com base em regulação legal. Pode-se dizer que os mecanismos consensuais se instrumentalizam na seara processual a partir de critérios de oportunidade,[120] ou seja, para que se efetive a decisão tomada impõe-se que o órgão acusador deixe de sustentar a persecução penal até seu desfecho habitual.

condicional do processo, poder-se-ia falar em um dever de não acusar e um dever de oferecer a dita proposta (idem, p. 41-42), já que, nessas situações, haveria um direito do réu a tal tratamento (ponto que será analisado posteriormente neste trabalho). Isso em nada fragiliza as conclusões anteriores, pois, nesses casos, o dever de acusar se coloca em um primeiro momento, já que presentes as condições mínimas para a acusação de fato punível, e só a partir de então critérios de oportunidade o afastariam.

116 No sentido de não se tratarem de espaços de oportunidade: PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*, cit., p. 75.

117 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*. Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 191.

118 TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 38.

119 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 72.

120 "Naturalmente, existe uma íntima relação entre oportunidade e consenso, visto que a forma de se efetivar as soluções consentidas com relação ao tratamento penal do réu não é outra que o uso da oportunidade [...]" (DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 191) (tradução livre).

Ademais, diferenciam-se tais institutos daqueles de oportunidade em razão da participação de ambas as partes do processo penal, acusação e defesa: naqueles "há uma manifestação volitiva com o mesmo sentido e finalidade, dos dois polos processuais", enquanto a oportunidade pode ser realizada em decisões exclusivas do órgão acusador.[121]

As origens do modelo de consenso ou, na verdade, da sua introdução no direito processual penal são controversas. Há quem sustente a influência de pensamentos civilistas, da teoria contratual, ao passo que representaria "ponto em comum para o qual interesses opostos convergem, possibilitando a realização do negócio jurídico".[122] De modo mais abrangente, **Geraldo Prado** descreve que tal discurso envolve mais do que uma alteração de cultura jurídica, mas a "maneira como toda a sociedade brasileira representa esta justiça".[123]

Ventura Leite define a justiça consensual a partir de uma suposta diferenciação em face do modelo negociado, pois, conforme a autora, naquela submetem-se "determinadas medidas à prévia anuência da pessoa acusada, ao invés de determiná-las unilateralmente",[124] ou seja, uma aceitação (ou não recusa) a uma proposta já fechada em seus termos;[125] enquanto neste há uma efetiva participação do réu na tomada da decisão, interferindo no conteúdo das determinações tomadas.[126] Tal distinção, entretanto, mostra-se disfuncional à

121 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 74.

122 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 21-22. A importação indiscriminada de pensamentos civilistas ao processo penal é tema de pertinente e fundamentada crítica, sobre isso, ver: Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 91-94; Moreira, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Magister, 2013. p. 11-18; Armenta Deu, Teresa (coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal*. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013.

123 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 67.

124 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 22.

125 Conforme Scarance Fernandes, considera-se "haver justiça consensual sobre duas formas: positiva e negativa. A primeira está assentada em uma aceitação, e a segunda, na abstenção de uma recusa" (Fernandes, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 192).

126 "Em termos comparativos, a justiça consensual se assemelharia ao contrato de adesão, enquanto a justiça negociada, ao contrato sinalagmático" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 23).

conceituação aqui proposta por dois motivos: por um lado, distancia-se e, assim, ofusca a essência do tema tratado, qual seja, a supressão ou abreviamento do processo; por outro, parece centrar-se em fato que, na verdade, reflete disfuncionalidade na concretização prática da justiça consensual, a coerção característica dos mecanismos negociais em que a vontade do acusado, embora presumidamente livre,[127] torna-se imposta circunstancialmente,[128] de modo que a grande maioria, se não a integralidade dos acordos, seriam consensuais e não negociados.

Portanto, pensa-se que a *justiça consensual (ou negocial)*[129] é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa –[130] a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução,[131] o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. Desse modo incluem-se em tal categoria,

127 "Justiça negociada, teoricamente, implica em liberdade de escolha das partes" (TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 707).

128 Sobre a coercibilidade da proposta de acordo consensual e a falácia da liberdade na tomada de decisão pelo acusado, ver item 3.1.3 deste trabalho e, especialmente: LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit.; DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit.

129 Segundo Françoise Tulkens, a justiça negociada, em sentido amplo, refere-se a "diferentes situações, de fato ou de direito, onde o penal conflita com o tema de 'negociação', isto é, um debate entre as partes com o objetivo de alcançar um acordo" (TULKENS, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 674).

130 "O fenômeno de que nos ocupamos compreende modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento" (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 23).

131 "Há as soluções transacionais que afetam o conteúdo do processo penal. Poderão influir sobre ele determinando, em razão de um acordo entre as partes do processo penal, a quantidade de pena que o réu aceita sofrer, ou ainda as condições a que se dispõe submeter-se para que o pedido de condenação não seja julgado, alcançando até a definição sobre a classificação jurídica do fato *sub judice*" (PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal.* Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 90).

por exemplo, os institutos da barganha,[132] da transação penal,[133] da suspensão condicional do processo brasileiro e português,[134] os *procedimentos abreviados* latino-americanos,[135] a *plea bargaining* estadunidense,[136] o *absprachen* alemão,[137] o *patteggiamento* italiano, [138] os procedimentos por decreto ou monitórios,[139] entre diversos outros.

Logo, esse modelo se pauta pelo incentivo à participação dos atores processuais, na busca de uma convergência de vontades. Cumpre atentar que, em um primeiro momento, ao tratar-se de consenso, poder-se-ia supor que aqueles nele envolvidos seriam impreterivelmente o agressor e a vítima,[140] entretanto percebe-se que, na grande maioria dos institutos estudados, o ofendido não possui atuação determinante na elaboração do acordo, o qual se pauta, em regra, por diálogos entre o órgão acusador ministerial e

132 Conforme proposta do projeto de novo Código Penal brasileiro PLS 236/2012, que será analisada no item 2.3 deste trabalho.

133 Dentre outros, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 326-356.

134 Ver, por exemplo: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 267-287; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 283-286 e 357-386.

135 De modo geral, ver: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

136 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 27-118; Ross, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 107-124; ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, p. 652-730, 1981.

137 Introdutoriamente, ver: RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*, v. 34, n. 2, p. 296-331, 2011; SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-261.

138 Dentre outros, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, B. Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 435-453, 2015; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 119-210; FORMMANN, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany: can the italian approach serve as a model to guarantee the impartiality of german judges? *Hanse Law Review*, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009.

139 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 210-212.

140 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 23.

a defesa – réu e seu advogado.[141] Nesse diapasão, indica-se a ideia citada majoritariamente de que a justiça consensual desenvolve modelo participativo de resolução de conflitos penais,[142] chegando-se a sustentar que ela "é o coração ideológico de um sistema que trata o acusado como um participante ativo, mais que como um objeto passivo".[143] A ilusão de tal assertiva é patente: sem partir para maiores (e diversas) objeções teóricas, impõe-se a citação de pesquisas empíricas, realizadas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, os quais foram instituídos pela Lei 9.099/1995 e são a expressão brasileira da justiça consensual no cenário jurídico atual.[144] Tais estudos ressaltam a inoperabilidade dos institutos transacionais para a resolução de conflitos, o que enfatiza a falácia da crença em um modelo participativo.[145]

Retomando-se as considerações iniciais a este tópico, em que pese a comum aceitação sem maiores questionamentos da relação entre o princípio da oportunidade e os institutos consensuais aqui descrita, aponta-se uma pertinente problematização. Diante do fato de que nas hipóteses de transação penal (e, em um sentido amplo, barganha e justiça consensual) o acusador obtém seu objetivo (imposição de uma pena), questiona-se: são realmente espaços de oportunidade?[146] **Geraldo Prado**, por exemplo, parece se posicionar

141 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 73; Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 25.

142 "Em suma, a justiça consensual penal tem o objetivo de ser modelo alternativo, menos conflituoso e mais participativo. Os próprios sujeitos interessados são chamados a encontrar a solução" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 28).

143 Vogler, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: Choukr, Fauzi H.; Ambos, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 306.

144 Fernandes, Antonio Scarance. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, n. 166, p. 2-3, São Paulo, set. 2006.

145 Sobre isso, ver: Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 195; Anziliero, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da Justiça Penal no Brasil:* entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; Almeida, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas.* Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 225.

146 Já que em diversas conceituações "oportunidade" representaria a abstenção da persecução penal e, portanto, a não aplicação de uma pena. Sobre isso, ver discussões nos itens 1.1.1 e 1.1.2 anteriormente.

pela resposta negativa, ao passo que sustenta a persistência do princípio da obrigatoriedade, alegando que sua ocorrência se dá em "uma dimensão distinta da tradicional", visto que se acrescenta a opção do oferecimento da transação penal ao rol de atitudes possíveis ao promotor.[147] Assim também sustenta **Silva Jardim**: ao se oferecer a proposta, estar-se-ia exercendo a ação penal.[148]

Ciente da solidez de tal postura, pensa-se, entretanto, que a não obrigatoriedade/oportunidade se caracteriza nas situações em que o decurso da persecução penal não segue seu decorrer legalmente previsto, em razão de opção do acusador ou acordo entre as partes. Tais casos podem se dar com o não oferecimento da denúncia, com a suspensão do processo ou com a imposição de uma pena sem a concretização da instrução processual.[149] Nesse sentido, apontam **Anitua** e **Borinsky** que a obrigação de persecução penal se dá em dois momentos, "promover" e "manter",[150] de modo que a barganha por certo desconsidera tal dever posterior. Também assim se posiciona **Nereu Giacomolli** ao afirmar que a legalidade (obrigatoriedade) proíbe que o Ministério Público peça a suspensão do processo ou concorde com seu término antecipado.[151] A oportunidade se manifesta, conforme **Montero Aroca**, tanto no momento do exercício da ação penal como na conclusão do processo sem sentença, ainda que se verificando a existência de um fato tipificado como crime.[152] Além disso, na situação de uma barganha poder-se-ia, também, apontar que o acusador abre mão de parte de sua pretensão acusatória, ao passo que, em regra, realiza-se redução da pena em contraprestação

147 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 154.

148 Jardim, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 100. Nesse sentido, também: Gerber, Daniel; Dornelles, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*. Lei n. 9.099/95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 148-155.

149 Martínez, Santiago. Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad, cit., p. 524.

150 Anitua, Gabriel; Borinsky, Mariano. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos, cit., p. 450. Conforme os autores, "o princípio da legalidade pode ser entendido como o dever que possuem certos representantes estatais (o Ministério Público, mas também, limitadamente, os órgãos de polícia) de promover e manter a investigação de todo fato com suficiente aparência delitiva, na busca de uma resolução de caráter jurisdicional que ponha fim a essa investigação e, se for o caso, atribua responsabilidades" (idem, p. 449-450) (tradução livre).

151 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 54.

152 Montero Aroca, Juan. *Proceso penal y libertad*, cit., p. 305.

ao consentimento do acusado, ou seja, efetua-se uma espécie de renúncia parcial.

1.2 A barganha como expressão consensual da oportunidade: definição, fundamentos e pressupostos (análise introdutória do cenário estadunidense para a delimitação do instituto negocial)

Após a delimitação dos espaços e princípios por meio dos quais os mecanismos negociais se instrumentalizam na justiça criminal, impõe-se o estudo aprofundado das características do tema fundamental deste trabalho: a barganha. Para tanto, neste item utilizar-se-á principalmente o exemplo estadunidense da *plea bargaining*,[153] pois a análise do instituto que é internacionalmente apontado como referência em termos transacionais[154] e que tem seus contornos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência norte-americana há décadas contribuirá em muito ao entendimento e à crítica das propostas de expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro.[155]

Nesse diapasão, o presente tópico irá se estruturar da seguinte

153 Cumpre salientar que o processo penal estadunidense apresenta diversas variações em razão das diferentes legislações em nível federal e entre os estados. Assim, o presente estudo se pautará, preferencialmente, pelo modelo de *plea bargaining* da jurisdição federal, embora se possa adicionar comparações estaduais pertinentes. Pedro Albergaria, por exemplo, diante de tal fato, questiona se realmente pode-se falar em um "verdadeiro sistema processual penal estadunidense", concluindo que "não pode desconsiderar-se um certo *common core* da justiça penal daquele país e, assim, a existência de traços comuns aos vários ordenamentos (estaduais e federal), dedutíveis das diferentes fontes" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. p. 11).

154 Cumpre salientar que os demais países da *common law* também apresentem institutos como a *plea barganing* intrinsicamente ligados e constantemente utilizados no seu sistema de justiça criminal. Sobre isso, ver: VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal, cit., p. 281-307.

155 Sobre a importância do estudo da *plea bargaining* dos Estados Unidos, aponta Jenia Turner: "Os diferentes modelos de *plea bargaining* nas jurisdições federal e estaduais norte-americanas e a longa história da *plea bargaining* nos Estados Unidos fornecem uma rica experiência e importantes considerações. Além disso, a *plea bargaining* estadunidense serve de exemplo a diversos outros países na adoção de práticas semelhantes. Ademais, qualquer discussão acerca do desenvolvimento global da *plea bargaining* deve necessariamente examinar o modelo norte-americano" (TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 2) (tradução livre).

maneira: ilustrativamente se introduzirá breves contornos do modelo de justiça criminal estadunidense, especialmente descrevendo-se a figura do *guilty plea*, mecanismo pelo qual se instrumentaliza a barganha (e que não encontra correspondência nos ordenamentos continentais); em seguida (subtópico 1) discutir-se-á o conceito de barganha a partir de problematizações em relação à *plea bargaining*. Depois, (2) analisar-se-ão as justificações comumente empregadas para legitimar os acordos entre acusação e defesa no processo penal, questionando-se criticamente cada fundamento. Por fim, (3) será estruturado esquema dos pressupostos para aceitação da barganha na justiça dos Estados Unidos, o qual contribuirá para a crítica às propostas brasileiras.[156]

Tendo-se ciência de que a pretensão de descrever o modelo processual penal estadunidense de modo detalhado vai além das possibilidades deste trabalho,[157] aqui serão analisados pontos pertinentes ao estudo da *plea bargaining* e das circunstâncias que propiciaram sua expansão, ao passo que as condenações criminais em tal país são obtidas por meio de tal mecanismo em até 98 a cada cem casos, conforme a região estudada.[158] Pensa-se que especialmente duas características determinam a possibilidade de acordos entre acusação e defesa: a ampla discricionariedade do acusador e as delimitações do *due process of law*.

Inicialmente, pode-se apontar que tal cenário é autorizado pela ampla discricionariedade de atuação do representante do Ministério Público (*prosecutor*), afirmando-se que "no sistema da *plea bargaining*, tudo é possível, e a negociação praticamente não encontra

156 Como se descreverá no item 2.3 deste trabalho, as propostas de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, a partir de mecanismos assemelhados à barganha, desconsideram aspectos importantes acerca da limitação dos acordos a partir de pressupostos para sua homologação. Portanto, o estudo do modelo estadunidense da *plea bargaining*, tratado pela doutrina estrangeira há décadas, contribuirá para demonstrar as insuficiências dos projetos pátrios.

157 Sobre o sistema processual penal estadunidense, ver: HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996. p. 159-223; RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006; HERINGER JR., Bruno. *O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos:* um modelo em crise? Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 21-50.

158 Aponta-se, como já referido, que os percentuais de condenações obtidas a partir da barganha nos Estados Unidos são apontados em taxas que variam de 90 a 98%. Sobre isso, ver, exemplificativamente: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 223.

barreiras".[159] A ideia contida no princípio da obrigatoriedade, comum aos ordenamentos continentais, é incompatível com a construção processual norte-americana,[160] ao passo que o controle judicial sobre a acusação é rechaçado, além de afastado pela postura dos próprios membros do Poder Judiciário.[161] Assim, diante de uma discricionariedade descrita como absoluta[162] ou quase irrestrita,[163] possibilita-se o manejo das acusações para a adaptação às diversas espécies de negociações (e de pressões sobre o acusado),[164] já que, por exemplo, o promotor é autorizado a retirar certas imputações ou capitular um fato menos grave do que realmente se verificou.

Por outro lado, os contornos do *due process of law* e as regras acerca do início da persecução penal, em que o acusado, no seu primeiro momento de fala, posiciona-se em relação aos fatos criminosos a ele imputados, determinam o espaço para a renúncia ao processo e para a imposição da pena consentida no acordo. Diferentemente da normalmente descrita assimilação com o devido processo legal,[165]

159 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 41.

160 "A ideia de que o promotor possa ser obrigado pelo legislador a iniciar a persecução penal em termos gerais – como imposto pelo nosso artigo 71 do Código Penal (argentino) –, ou para um certo tipo de delitos, resulta inimaginável para um jurista estadunidense, visto que o sistema não admite que o promotor possa ser obrigado pelo juiz a perseguir um caso concreto" (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 57-58) (tradução livre).

161 "Temos, pois, que a discricionariedade reconhecida ao MP não decorre explicitamente dos textos legais – ou ao menos de uma leitura deles que não desborde do sentido óbvio das palavras –, mas antes do sancionamento dela por parte de um poder judicial que, mostrando-se especialmente vigilante e activo em relação aos demais poderes do Estado, curiosamente pauta a sua actuação relativamente ao MP por uma descrição, deferência e passividade dificilmente compreensíveis" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 54).

162 EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies*, v. 12, p. 289-332, 1983, p. 299.

163 Conforme Pedro Albergaria, existem duas formas de controle, a proibição de "persecução seletiva" e de "persecução vingativa". Sobre isso, ver: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 58-62.

164 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 1.

165 Conforme Kant de Lima, a expressão *due process of law* é "erroneamente traduzida em português de forma demasiado livre e apressada como 'devido processo legal'", pois existem distinções, já que "esta instituição jurídico-política dos EUA é uma opção do acusado, a quem é devido, pelo Estado, um determinado procedimento judicial, estipulado pela quinta e sexta emenda constitucionais" (KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de

o significado do *due process of law* se efetiva como um direito do acusado ao julgamento, já que afirmara-se inocente. Assim, a doutrina estadunidense sustenta a sua renunciabilidade,[166] uma vez que, diante de uma declaração de culpa, impõe-se diretamente a punição, sem o processo de averiguação judicial dos fatos.[167]

Essa manifestação se dá geralmente em audiência denominada *arraignment*, cuja participação do acusado ocorre depois de instaurada a acusação,[168] com o fim de esclarecer seus termos e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência.[169] Nesse momento, a partir das informações fornecidas pelo órgão acusador, o suposto autor dos fatos delituosos poderá adotar três posicionamentos: se declarar culpado (*guilty plea*), inocente (*not guilty*) ou não contestar as imputações (*nolo contendere*).[170] Ao declarar-se não culpado, *not guilty*, impõe-se ao Estado a carga de provar todos os elementos do crime em processo com as devidas garantias, comumente, em julgamento por jurados, ou seja, firmam-se os parâmetros mínimos do *due process of law*.[171] Quanto ao *nolo contendere*, trata-se de opção aceita na justiça criminal de metade dos estados e na jurisdição federal em que o acusado não contesta as acusações, mas também não

---

administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, p. 23-38, nov. 1999, p. 29). Assim também Gonçalves Ferreira ao afirmar que "as divergências apresentam-se marcantes e contundentes, pois, perquirindo as categorias que instruem os procedimentos judiciais das tradições jurídicas brasileiras e dos E.U.A., conclui-se que sua formação e concretização em muito diferem" (Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal:* um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 102).

166 Por todos, ver: Easterbrook, Frank H. Plea bargaining as compromise. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 1.969-1.978, 1992, p. 1.975.

167 "Deste modo, a doutrina brasileira traz-nos a ideia de submissão forçosa do acusado ao tribunal do júri, ao passo que o *due process of law* do sistema de administração da justiça criminal dos E.U.A. reflete a ideia de um desejo do acusado que representa um instrumento de exercício de defesa, uma opção contra o poder do Estado" (Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal*, cit., p. 78).

168 Embora, em certos procedimentos, tal ato possa ocorrer em momento anterior, além de também de modo mais informal. Ver: Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 64.

169 Hendler, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, cit., p. 195.

170 Rodríguez García, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, ano 4, p. 79-92, São Paulo, jan.-mar. 1996, p. 83-84.

171 Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal*, cit., p. 72.

reconhece sua culpabilidade.[172] Ou seja, há a aceitação da imposição de uma pena em casos mais restritos, sem efeitos para uma posterior indenização civil, por exemplo.[173] Conforme dados estatísticos, tal instituto se aplica em somente 0,5% dos casos em âmbito federal, além de, em razão de suas características, ser criticado por parte da doutrina.[174]

Por outro lado, o *guilty plea* representa o reconhecimento da culpabilidade com relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena,[175] renunciando a direitos fundamentais[176] e não impondo a carga probatório ao acusador, ou seja, inutiliza-se o processo em sua essência. Como aponta **Alberto Bovino**, "o guilty plea não é um elemento de prova ou uma confissão, mas uma condenação em si mesmo, tão determinante como o veredito do júri".[177] Trata-se de ato unilateral, que não requer o consentimento das outras partes (salvo as hipóteses de recusa do Tribunal, conforme os requisitos que serão analisados posteriormente) ou qualquer espécie de motivação.[178] Nesse diapasão, costumam-se apontar três formas básicas em que tal ato pode se caracterizar: 1) voluntária ou não influenciada é a situação em que o réu opta por reconhecer sua culpa diante do lastro probatório amplamente desfavorável, por remorso ou ao não encontrar vantagem nenhuma em negá-la,[179] ou seja, não há qualquer influência direta ou indireta de outros atores processuais; 2) estruturalmente induzida ou "unilateral"[180] se dá

172 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 37-38; Bibas, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: the case of alford and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1-74, jul. 2003, p. 12-13.

173 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 40-41.

174 Bibas, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 19 e 68.

175 Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 8.

176 "Certamente, o *guilty plea* implica na renúncia de, ao menos, três direitos constitucionais capitais: o direito a não autoincriminação, o direito a contrainterrogar as testemunhas de acusação através da *cross-examination* e o direito a ser julgado por jurados" (Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 32) (tradução livre).

177 Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 60. (tradução livre). Assim, também: Langbein, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, p. 261-272, 1979, p. 267.

178 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 39.

179 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 33-34.

180 "Em todo caso em que o réu reconhece sua culpabilidade, ele recebe benefícios institucionais inerentes em troca, sem contar os possíveis benefícios oferecidos pela

quando a lei estabelece uma pena mais severa para quem insistir no julgamento ou porque há o costume de ocorrer um tratamento mais leniente de promotores e juízes àqueles que o renunciam, ainda que não acordado formalmente;[181] e, 3) negociada é aquela em que as tratativas se dão de modo explícito, visando à renúncia do processo, abordando o delito ou a pena a ser imposta,[182] é a *plea bargaining* em essência.[183]

1.2.1 Definindo as demarcações conceituais do instituto da barganha

A conceituação da barganha é permeada por diversas complexidades ocasionadas pelas características distintivas entre os modelos adotados nos ordenamentos jurídicos, especialmente por aquilo que talvez possa ser chamado de um padrão de peculiaridades dos mecanismos negociais da *common law* e da *civil law*. Questões como a necessidade de negociações expressas entre acusação e defesa, a definição legal da quantidade de redução da pena e a inclusão da "delação premiada" como fenômeno abrangido pela barganha são exemplos de pontos essenciais à delimitação do tema estudado e, por certo, serão aqui tratados. Partir-se-á da *plea bargaining*[184] para, então, se estruturar definição ampla que englobe tanto as características de tal instituto quanto de seus correlatos presentes em ordenamentos continentais. Embora tenha-se ciência de que a citação de conceitos sobre um instituto em sequência deva

acusação. Esse aspecto do sistema será denominado barganha unilateral porque o acusado está trocando o direito ao julgamento por certos benefícios oferecidos pelo próprio sistema e não pelo governo" (DERVAN, Lucian E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*, v. 27, n. 2, p. 239-298, fev. 2011, p. 257) (tradução livre).

181 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 41.

182 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 35.

183 Entretanto, como se verá, definir-se-á barganha incluindo tanto os casos negociados quanto os estruturalmente induzidos, pelos motivos que serão a seguir expostos.

184 Conforme Nicolás García, também podem-se utilizar os termos "plea negotiation, compromise of criminal cases, negotiated plea, plea conference, plea discussion, compromising, settling cases, trading out, etc." (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 29, nota 5). Para considerações críticas a tal denominação, ver: LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 307; ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 12, nota 4.

ser evitada, pensa-se que aqui isso se justifica em razão da pretensão de esboçar um conceito mais amplo de barganha em termos gerais. Portanto, as passagens transcritas serão acompanhadas da análise crítica de suas contribuições e limitações.

Inicialmente, atenta-se para a caracterização de **John Langbein**, que define cinco pontos fundamentais da *plea bargaining*: 1) é um modo de procedimento sem julgamento; 2) assim, ele subverte o desenho constitucional que garante o direito ao julgamento (por um júri imparcial); 3) para tanto, torna-se gravoso ao acusado a opção de exercer seu direito constitucional, pois, no caso de uma condenação pelo processo ordinário, o réu é punido mais gravemente; 4) tal procedimento sem julgamento impede a defesa e não impõe que a condenação se estabeleça por um critério além da dúvida razoável; e, 5) tudo isso se legitima por motivos de eficiência.[185] Esse esquema esclarece satisfatoriamente importantes pontos de crítica à barganha, mas, antes disso, impõe-se uma definição mais precisa de seus contornos.

Milton Heumann aponta que "*plea bargaining* é o processo por meio do qual o réu em um caso criminal abre mão do seu direito ao julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença".[186] Pensa-se que tal definição vai bem ao centralizar-se na renúncia do réu ao julgamento, e não na negociação entre as partes. Entretanto, a percepção de que a troca se dê em contrapartida de uma redução na acusação e/ou na sentença restringe inadequadamente sua amplitude.[187] Ajuíza-se que a premialidade[188] não se caracteriza exclusivamente na redução de pena, pois até em uma situação em que

185 LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, cit., p. 261-262.

186 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 1 (tradução livre).

187 Em percepção que compartilha de tal problemática, Albert Alschuler afirma que "*plea bargaining* consiste da troca de concessões oficiais pelo ato de autocondenação" (ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Law and Society Review*, v. 13, p. 211-245, 1979, p. 213) (tradução livre). Entretanto, a vantagem ao acusado não precisa necessariamente ser decorrente de concessão de algum dos atores do processo penal em análise, mas também de consequências estruturalmente esperadas no sistema criminal.

188 Conforme Rosimeire Ventura, expressando a vinculação majoritariamente apontada entre a recompensa e a sentença do processo em questão, "característica sempre presente ainda é a premialidade, concedendo-se ao imputado redução de pena, benefícios para o cumprimento da sanção, não pagamento de despesas processuais, dentre outros atrativos" (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 27).

o acusado não obtenha qualquer benefício direto em sua punição, mas, por exemplo, opte por renunciar à defesa para iniciar imediatamente o cumprimento efetivo da punição, em vez de continuar como preso provisório em razão da imposição de uma restrição cautelar por longo período durante o julgamento do caso.[189] Isso pode se dar porque certos direitos previstos na Lei de Execuções Penais são garantidos somente àqueles detidos com sentença definitiva. Ou seja, ainda que sem negociações explícitas ou abrandamentos de modo direto da punição imposta, há aqui um benefício ao acusado, resultante da renúncia à resistência ao poder punitivo. Assim, conclui-se que a vantagem não precisa necessariamente ser percebida na punição imposta ou de concessão por algum dos atores públicos do processo penal, podendo advir do próprio funcionamento do sistema criminal ou até de uma esperança de tratamento mais leniente não correspondida.

Jenia Turner define que o instituto estudado "significa o processo de negociação e acordo explícito entre o imputado, por um lado, e a acusação, a corte, ou ambos, por outro, onde o réu confessa, reconhece sua culpabilidade, ou colabora com a persecução estatal em troca por um tratamento mais leniente".[190] Nessa conceituação se ressalta problemática comumente percebida: a centralização na necessidade de negociação entre as partes.[191] De modo diferente, sustenta-se que o reconhecimento da culpabilidade estruturalmente induzido também deve ser incluído no conceito de barganha,[192] pois, embora

189 Aqui sobressai exemplo da irracionalidade e da inversão ideológica do pensamento favorável aos acordos sobre pena, os quais sustentam uma suposta vantagem ao acusado, que, em regra, é ocasionada por meio de solução artificial ao problema resultante da postura estatal violadora de direitos fundamentais. Por exemplo, há quem sustente que a barganha favorece o acusado ao trazer certeza à sua situação a partir de um julgamento rápido, transformando uma prisão cautelar indeterminada (pela morosidade estatal) em um pena determinada. Sobre a falácia de tal argumento, ver: CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 241-242. Ademais, remete-se ao item 1.2.2 deste trabalho, em que serão abordadas e criticadas as supostas justificativas legitimantes da *plea bargaining*.

190 TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 1.

191 Assim também, ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 20-21; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 17; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484; LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 73.

192 "Para alguns, qualquer julgamento mais curto será visto como *plea bargaining*, ainda

inexistente uma negociação expressa entre acusação e defesa, os dois elementos característicos se destacam: a renúncia ao julgamento por meio de processo com as devidas garantias e a recompensa por tal ato (ou ao menos a esperança de sua concretização), em regra uma punição mais branda. Além disso, em sentido crítico, desvelando a inexistência de um efetivo acordo, mas de mecanismos de coerção e pressão, aponta **John Langbein** que a "*plea bargaining* ocorre quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpabilidade e renunciar ao seu direito ao julgamento em troca de uma punição mais leniente do que aquela que a ele seria imposta se fosse condenado ao final do processo".[193]

Em regra, a doutrina define tal mecanismo consensual a partir de referência exclusiva ao modelo estadunidense. Assim, esquematiza-se que o objeto da negociação pode variar, a partir da ampla discricionariedade do órgão acusador:[194] por exemplo, possibilita-se o acordo para a retirada de alguma das imputações ou capitulação dos fatos como delito de menor gravidade (*charge bargaining*),[195] concordância do acusador em uma pena reduzida ou na concessão de benefícios como a *probation*[196] (*sentence bargaining*).[197] Na pretensão de conceituar a barganha em termos amplos, percebe-se que tal diferenciação não deve ser abarcada, mas sim um termo genérico como benefício, pois nos sistemas continentais não se admite a negociação acerca das imputações a serem formuladas na

que pouca negociação verdadeira entre as partes interessadas ocorra. Esse conceito amplo de *plea bargaining*, eu o defendo" (LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 3) (tradução livre).

193 LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 8 (tradução livre).

194 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 17; MARTÍNEZ, Santiago. Confesión en el juicio abreviado. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 5, 9B, p. 373-398, Buenos Aires, out. 1999, p. 379.

195 Há quem aponte, inclusive, somente a espécie de *charge bargaining*: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484.

196 Importante distinguir a *plea bargaining* da *probation*: "Não há que se confundir o sistema de *plea bargaining* com a *probation system*, segundo o qual se suspende a aplicação da pena – *sentence* – ante o cumprimento de determinadas condições, por um período de prova. Não obstante, há um juízo de culpabilidade – *conviction*" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 44).

197 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. *PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD*, n. 4, p. 65-74, jan.-dez. 2008, p. 66; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 194-195.

denúncia, já que a atuação do acusador é, em regra, mais regulada e menos discricionária.[198]

Portanto, diante dessas considerações, define-se a *barganha* como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa,[199] por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão,[200] em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes[201] ou somente esperado pelo acusado.[202] Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).[203] Com relação a esta última característica, bem desvela **Albert Alschuler** que "a ameaça de um punição diferenciada, seja denominada em termos de recompensar um reconhecimento de culpa ou punir o exercício do direito ao julgamento, é a essência do processo da *plea bargaining*".[204] Em resumo, **Candace McCoy** conclui que

198 Damaška, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts, cit., p. 91.

199 Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 35.

200 Conforme a doutrina majoritária, a confissão, entretanto, é dispensada em institutos como a transação penal brasileira, o *nolo contendere* estadunidense ou alguns *procedimientos abreviados*, que utilizam o conceito (eufemístico) de *conformidad*. Sobre o não reconhecimento da culpa do acusado na transação penal, ver: Fernandes, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 214. Entretanto, pensa-se que, embora o sistema jurídico artificialmente determine que tais procedimentos não acarretam o reconhecimento da culpabilidade, a aceitação da imposição de uma punição em certo ponto resulta na percepção de que há tal reconhecimento. Nesse sentido, aponta Candace McCoy: "[...] toda barganha acaba em um reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea)* e, então, aborta o julgamento, e todo reconhecimento de culpabilidade é uma confissão. Em todas as discussões sobre tipos e condições da *plea bargaining*, parece que os profissionais jurídicos às vezes esquecem a mais básica de todas as descrições dos reconhecimentos de culpabilidade: eles são confissões" (McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 6) (tradução livre).

201 Cumpre salientar que, em alguns ordenamentos, o julgador pode atuar ativamente na obtenção da barganha, o que expande tal conceituação nessa questão. Ver: Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 19.

202 Como apontado, sustenta-se que não há a necessidade de negociações diretas entre acusação e defesa, visto que a barganha pode se dar em um cenário de leniência confiada a partir da postura recorrente dos atores ou até de benefícios não relacionados ao processo ou sua punição em concreto.

203 Sobre a coercibilidade inerente à proposta de barganha, ver item 3.1.3 deste trabalho. Já em relação à diferenciação entre recompensa por reconhecer a culpa e punição por exercer um direito, ver item 3.1.6 a seguir.

204 Alschuler, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives

"seja explícita, tácita ou algo entre isso, o ponto fundamental é que toda barganha acaba em um reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*) e, então, aborta o julgamento, e todo reconhecimento de culpabilidade é uma confissão".[205]

Primeiro, o resultado renúncia à defesa se dá porque com a barganha suprimem-se fases do procedimento ou, em regra, todo o processo, passando-se imediatamente para a aplicação da pena pactuada.[206] Embora exista quem aponte a não violação do direito à defesa,[207] em nosso ver, resta cristalina sua inexistência em caso de acordo, já que pressupõe-se o não questionamento dos termos da acusação e, normalmente, a obstaculização até da possibilidade de recurso.[208] Assim, cumpre salientar que excluem-se dessa definição mecanismos consensuais que, a partir da concordância do acusado, suprimem alguma das fases processuais (etapa de investigação prévia ou intermediária do processo, por exemplo), mas resguardam o núcleo do juízo oral, não inviabilizando o exercício da defesa por complexo. Depois, fala-se em aceitação do réu à acusação com o objetivo de abarcar tanto os casos em que se exige a confissão quanto aqueles de conformidade com a denúncia.[209]

---

to the plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, v. 50, n. 3, p. 931-1.050, 1983, p. 952 (tradução livre).

205 McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 6 (tradução livre).

206 Nesse sentido, aponta Wálter Maierovitch que a *plea bargaining* "consiste numa transação, acordo (*agreement*), que abrevia a solução do processo pela eliminação da colheita da prova e supressão dos debates entre as partes. O imputado, em troca de benefícios, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido (*plea of guilty*)" (Maierovitch, Wálter F. Apontamentos sobre política criminal e o plea bargaining. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, ano 28, n. 112, p. 203-210, Brasília, out.-dez. 1991, p. 205).

207 Assim, importante, desde já, posicionar-se contra a construção que, embora expresse louvável pretensão de compatibilizar os mecanismos negociais com os ditames constitucionais, aceita-os nas hipóteses em que eles são percebidos como expressão da utilização do direito de defesa, na busca de situação mais favorável ao acusado. Pensa-se que a barganha exclui qualquer possibilidade de defesa e pauta-se inexoravelmente por influências e coações para a aplicação antecipada de uma punição, sendo incompatível com o exercício do direito de defesa.

208 Dias, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 93.

209 Acerca da distinção entre confissão e conformidade, ver: Martínez, Santiago. Confesión en el juicio abreviado, cit., p. 374-375. Entretanto, mostra-se inquestionável que em ambas as situações há a confissão, embora implicitamente percebida no segundo caso, visto que, diante da imposição do poder punitivo estatal, não há que se falar em uma simples aceitação que não seja por confissão espontânea ou imposta por coerção (especialmente nos casos em que a barganha resulta em antecedentes criminais

Também, embora existam posições contrárias,[210] inclui-se no conceito traçado o instituto da delação (colaboração) premiada,[211] pois expressão da justiça negocial, já regulada no Brasil. Tal mecanismo pressupõe o reconhecimento da culpa (confissão) e, a partir disso, a colaboração à persecução criminal estatal, em regra com a incriminação de coautores e o desvelamento de informações importantes para a produção probatória; buscando-se um tratamento mais leniente (em regra, redução da pena).[212] Sabe-se que, conforme a regulação brasileira atual, o réu não pode ser condenado exclusivamente com base na delação, sendo necessária a busca por provas confirmatórias.[213] Entretanto, ao contribuir com a persecução estatal, o acusado sai de sua posição de resistência, de modo a incompatibilizar-se com o exercício efetivo do direito de defesa. Assim, há quem identifique os mecanismos de barganha e de delação premiada na categoria intitulada "direito premial", que se pauta pela colaboração do acusado na persecução penal.[214]

Ademais, necessário apontar algumas diferenciações. Primeiro, distingue-se a barganha e a não persecução penal em razão de espaços de oportunidade. Como já dito, aquela se instrumentaliza no processo penal por meio destes,[215] pois, em um cenário em que vigore exclusivamente a obrigatoriedade da ação penal, não haveria qualquer autorização para que o órgão acusador deixe de promover o processo até a imposição da pena devida com o seu encerramento natural por decisão judicial baseada nas provas produzidas.[216] Entretanto,

positivos, o que é a regra nos ordenamentos estrangeiros, salvo, por exemplo, o *nolo contendere* norte-americano e a transação penal brasileira – que se aplicam somente a delitos de menor gravidade).

210 Excluindo a delação premiada da definição de barganha: ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 213; TULKENS, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 675.

211 Abrangendo a delação premiada no conceito de barganha, ver: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 20; ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. Porto Alegre: SAGE, 2001. p. 21-22.

212 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013. p. 23-27. A delação premiada como expressão da justiça negocial no Brasil será analisada no item 2.2 deste trabalho.

213 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71-74.

214 ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad en la aplicación judicial de la Ley, cit., p. 388-390.

215 Ver item 1.1.3 deste trabalho.

216 BOVINO, Alberto. *Principios politicos del procedimiento penal*, cit., p. 16.

pode-se cogitar a hipótese em que o representante ministerial utilize espaços de oportunidade para não oferecer a denúncia ou encerrar antecipadamente o processo, sem qualquer imposição de pena ao acusado. Aqui diferencia-se a barganha, já que nela há a imposição de uma punição ao acusado, sem o transcorrer do processo com suas garantias intrínsecas.

Além disso, há que se distinguir a barganha da justiça consensual em termos amplos.[217] Sabe-se que aquela é expressão desta, como um de seus mecanismos característicos, entretanto, pensa-se que a barganha pressupõe a renúncia à defesa, ou às possibilidades de sua atuação efetiva. Todavia, diferentemente, pode-se citar, por exemplo, um mecanismo processual que, por acordo entre réu e acusação, defina qual procedimento deve ser seguido, mas mantendo rito que permita o exercício do direito à defesa e do contraditório;[218] tal instituto seria consensual, mas não barganha nos termos aqui propostos. Pode-se mencionar também alternativas incidentes sobre fases do procedimento que suprimem etapa intermediária[219] – em que se realiza instrução provisória com o fim de averiguar a viabilidade da acusação[220] – se tal medida fosse acordada pelas partes e mantivesse a etapa do juízo oral com suas características essenciais.

Por fim, impõe-se a análise da individualização entre a *plea bargaining* e o procedimento abreviado, característico dos ordenamentos de países latino-americanos. Conforme **Cynthia Alkon**, dois pontos são separáveis: a necessidade de negociações, característica do mecanismo estadunidense, e a fixação em lei da

217 Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 220, nota 702.

218 Imagina-se situação hipotética (e inviável no ordenamento brasileiro) em que acusação e defesa acordem a submissão de caso do tribunal do júri para o julgamento por juiz singular por meio de procedimento ordinário.

219 Fernandes, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 215-225.

220 A fase intermediária é, em regra, reduzida no processo penal brasileiro à mera decisão de recebimento da denúncia (a qual em muitos casos é aceita sem maiores aprofundamentos, quase que automaticamente). Pode-se dizer que o procedimento do júri apresenta fase intermediária do sumário da culpa diante do juiz singular em sua primeira etapa, podendo culminar na pronúncia do acusado. Para uma análise comparativa das fases intermediárias em processos penais estrangeiros, ver: Armenta Deu, Teresa. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. In: Bachmaier Winter, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 109-133.

redução da pena, comum aos institutos latinos.[221] Por um lado, a dispensabilidade de reais acertos entre acusação e defesa já foi discutida e afirmada anteriormente. Além disso, pensa-se que a essência de tais fenômenos é a mesma, de modo que, na verdade, essas distinções são os contornos que o modelo negocial figura-se no sistema da *common law* e nos continentais. Portanto, ambos os mecanismos são expressões, em termos amplos, do instituto da barganha, analisado neste trabalho.

1.2.2 Causas e justificações: a barganha entre necessidade e utilidade ao poder punitivo

No estudo das características da barganha, após se clarificarem os contornos de sua definição e as possíveis modalidades de concretização, impõem-se análise acerca das causas de sua origem, avanço e triunfo[222] no ordenamento estadunidense (e também nos mais diversos países estrangeiros) e as justificações para a sua utilização. Inicialmente, estudar-se-ão os motivos do desenvolvimento dos mecanismos consensuais, os quais se pautam basicamente por dois argumentos: necessidade em razão do sobrecarregamento da justiça criminal pela quantidade de casos e pela maior complexidade do processo de julgamento. Em seguida, examinar-se-ão as fundamentações normalmente assinaladas para justificar a transação sobre a resolução do fato penal e a redução da pena do acusado. Portanto, trata-se de problematizar os argumentos levantados pela doutrina (e, até certo ponto, pela jurisprudência estadunidense) para defender e legitimar a introdução e a utilização rotineira da barganha no campo jurídico-penal. Por certo, na esteira da postura crítica adotada neste trabalho, questionar-se-á cada tese, com o objetivo de ponderar a real legitimidade dos mecanismos negociais em um processo penal democrático.[223] Indica-se, desde já, que o desfecho

221 Alkon, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr. 2010, p. 387.

222 Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 239.

223 Questionamentos que devem ser somados às considerações críticas teóricas e práticas tecidas a seguir nos itens 3.1 e 3.2 deste trabalho, com o fim de sustentar a conclusão pela incompatibilidade da barganha com os pressupostos de um processo penal democrático constitucional e convencionalmente orientado.

deste tópico apontará para a conclusão de que a barganha se originou e se propagou a partir da atuação dos atores da justiça criminal, em razão da integral aderência às suas conveniências pessoais, que, por certo, fogem da pauta de interesses legítimos da justiça criminal em um Estado Democrático de Direito.

Ao se estudar o cenário jurídico estadunidense, é cristalina a insatisfação de grande parte da doutrina em relação à expressiva quantidade de reconhecimentos de culpabilidade, por meio da *plea bargaining,* como fundamento das condenações criminais.[224] Argumenta-se que, em um mundo "ideal",[225] tal instituto não poderia ser aceito, mas, na prática, restaria inviável sua abolição,[226] visto que supostamente teria se tornado uma necessidade do sistema[227] e sempre teria sido característica inerente ao modelo da *common law*.[228] Entretanto, há quem sustente exaustivamente que tais afirmações não são corretas,[229] por um lado fundamentando a possibilidade de extinção dos acordos e, por outro, desvelando que historicamente eles não foram constantes nos Estados Unidos. Tal argumento também é recorrente na discussão latino-americana, como, por exemplo, na Argentina, onde um dos defensores (e proponente) do "*juicio abreviado*", justifica sua construção fundamentalmente na ideia de "obter sentenças em um prazo razoável, com forte economia de recursos jurisdicionais e sem prejuízo da justiça".[230]

224 Rodríguez García, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano, cit., p. 92.

225 "Portanto, falar em um sistema de justiça criminal livre de *plea bargaining* é operar em um mundo de fantasia" (Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 162) (tradução livre).

226 Bibas, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 8, p. 2.463-2.547, jun. 2004, p. 2.527-2.528.

227 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 131-132.

228 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 31; Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 28.

229 "Na maioria dos casos criminais, *plea bargaining* é necessária e inevitável – em qualquer amplitude, esta é a visão de quase todos os estudiosos, praticantes e do público em geral. Neste artigo, eu sustento que essa perversamente importante premissa é errada" (Schulhofer, Stephen J. Is plea bargaining inevitable? *Harvard Law Review*, v. 97, n. 5, p. 1.037-1.107, mar. 1984, p. 1.037) (tradução livre).

230 Cafferata Nores, José I. Juicio penal abreviado. *In:* Cafferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal.* Buenos Aires: Del Puerto, 1998. p. 143 (tradução livre). Sobre o cenário argentino cumpre citar as decisões do magistrado Luis Fernando Niño sobre a inconstitucionalidade do mecanismo negocial, em que se afirma paradigmaticamente: "o chamado juízo abreviado nada tem de juízo", pois viola

Em relação à suposta inevitabilidade da *plea bargaining*, aponta-se que tal pensamento deriva de um "misto de mito e celeridade",[231] ao passo que se citam exemplos de estados norte-americanos que aboliram de alguma forma tal mecanismo e conseguiram resultados positivos, ou, ao menos, não entraram em colapso,[232] como boa parte da doutrina previa. Tal realidade também se concretiza em certas jurisdições estadunidenses, em que concessões não eram oferecidas em troca de reconhecimentos de culpabilidade.[233] Por um lado, a ideia de inevitabilidade se sustenta no argumento de que é financeiramente inviável oferecer um julgamento com todas as garantias para a totalidade dos acusados,[234] mas é fragilizada ao se desvelar que "um julgamento genuíno não necessita muito mais recursos do que um reconhecimento de culpabilidade", já que a *plea bargaining* também envolve custos em audiências preliminares e consumo de tempo das cortes.[235] Além disso, assinala-se que tal mecanismo está intrinsicamente ligado ao sistema de justiça criminal e sua tentativa de abolição seria falha, pois os acordos se tornariam informais, ainda que contra a lei.[236] Já aqui, questiona-se o embasamento de tal estimativa,[237] uma vez que inexiste qualquer explicação legítima.[238]

---

preceitos constitucionais assegurados a todos os acusado (tradução livre – sentença gentilmente enviada pelo autor via email em 09 de setembro de 2014).

231 FINE, Ralph Adam. Plea bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*, v. 70, n. 4, p. 615-632, 1987, p. 615 (tradução livre).

232 São exemplos citados o caso do Alaska e de outras cidades, que aboliram a *plea bargaining* por algum período de tempo e obtiveram resultados positivos. Ver: FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining, cit., p. 628-630. Cumpre dizer que há quem questione tais resultados, ver: HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 16, p. 189-242, 2002, p. 233, nota 271.

233 "Mostra-se que em quatro das maiores cidades estadunidenses nenhum tipo de concessão é oferecido em troca do reconhecimento de culpabilidade na grande maioria dos casos de crimes graves. Na falta de tais concessões, a maioria dos acusados utilizam seu direito ao julgamento, e seus casos são resolvidos através de um genuíno julgamento adversarial" (SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable?, cit., p. 1.106) (tradução livre).

234 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 78.

235 SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable?, cit., p. 1.084 (tradução livre).

236 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 158; ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 132.

237 SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable?, cit., p. 1.046.

238 "A teoria de que a *plea bargaining* é inevitável porque promotores e advogados de defesa iriam encontrar formas de negociar ainda que a barganha fosse ilegal não é atrativa – como também não o é a teoria de que a *plea bargaining* não pode ser abolida porque nossa nação não pode custear a implementação o direito ao julgamento como previsto

Por fim, a hipótese de que a proibição aos acordos acarretaria um aumento das punições[239] e, portanto, prejudicaria os réus é de extrema fragilidade, pois inexista amparo teórico para tanto e não se pode supor que as penas atualmente impostas no caso do exercício do direito ao julgamento seriam a regra em um cenário sem *plea bargaining*.[240] De qualquer modo, tendo-se em tela o campo jurídico brasileiro, tais argumentos ainda mais cabalmente são rechaçados. Não há que se falar em necessidade ou imposição do sistema em relação a um instituto que até hoje não foi introduzido no ordenamento jurídico.

Acerca da justificação da aceitação à barganha nos Estados Unidos, paradigmáticas são as decisões da Suprema Corte que legitimaram tal mecanismo. Especialmente em casos julgados em 1970 e 1971, o órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano não só abordou o tema da *plea bargaining* como também aprovou seu funcionamento.[241] Em *Brady v. United States*, assentou-se que "o reconhecimento de culpabilidade (guilty plea) beneficia ambas as partes ao evitar responsabilidades e despesas no julgamento". [242] Por fim, em *Santobello v. New York* se definiu que a *plea bargaining* "não é só uma parte essencial do processo, mas também altamente desejável".[243] Depois, no ano de 1977, *Blackledge v. Allison* esclareceu que "qualquer que possa ser a situação num mundo ideal, o facto é que a *guilty plea* e a frequente concomitante *plea bargaining* são importantes componentes do sistema de justiça criminal deste país. Correctamente administradas, elas podem beneficiar todos os implicados".[244] Em crítica, **Albert Alschuler** afirma que tais decisões apresentam fragilidades, desvelando que em essência seus argumentos são falhos e retóricos, sempre pautados pela suposta necessidade do instituto e nunca por sua compatibilidade constitucional ou efetivas contribuições ao sistema criminal, além da almejada celeridade.[245]

---

na Constituição. Essa teoria oferece uma visão obscura da profissão legal" (ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial, cit., p. 964) (tradução livre).

239 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 131.

240 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 724-730.

241 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 13.

242 BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 7, nota 19 (tradução livre).

243 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 55 (tradução livre).

244 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 47, nota 101.

245 ALSCHULER, Albert W. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea.

Por outro lado, a tese de que a barganha é instituto característico e originário no sistema da *common law* estadunidense, supostamente sendo utilizada desde o início de sua estruturação,[246] é fragilizada pela doutrina que a critica a partir de relevante levantamento histórico.[247] Conforme **Albert Alschuler** a *plea bargaining* não era utilizada antes de finais do século XIX[248] e, na sua época inicial, foi até rechaçada pelo Poder Judiciário.[249] Pode-se afirmar, portanto, que esse mecanismo não se enquadra como característica sistêmica e "não está, por assim dizer, inscrita no património genético do processo penal norte-americano, antes se mostrando um traço fenotípico dele, adquirido e consolidado no decurso do século XIX".[250]

Após a fragilização da suposta inevitabilidade da *plea bargaining*, parte-se agora para o estudo das causas normalmente indicadas como fomentadoras de seu surgimento. Elas se relacionam essencialmente com a dificuldade de gestão de um sistema capaz de julgar adequadamente todos os casos penais, em razão do aumento do número de processos e da complexidade de seus julgamentos.[251] Quanto ao primeiro motivo, o crescimento da pressão processual,[252] em regra a doutrina descreve o cenário de efervescência social característico dos Estados Unidos no século XIX, o qual multiplicou

University of Colorado Law Review, v. 47, p. 1-71, 1975, p. 71.

246 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 157.

247 Ver, entre outros citados: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit.; FRIEDMAN, Lawrence M. Plea bargaining in historical perspective. Law & Society Review, v. 13, n. 2, p. 247-259, 1979.

248 "[...] o sistema de justiça estadunidense sobreviveu sem *plea bargaining* a maior parte de sua existência" (ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 212-213) (tradução livre). Nesse sentido, também: LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, cit., p. 261.

249 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 214-217; DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 7.

250 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 27.

251 George Fisher descreve três ondas de estudos históricos que almejaram explicar as causas do surgimento da *plea bargaining:* 1) aumento da carga de trabalho; 2) maior complexidade dos julgamentos; e 3) desenvolvimento da investigação preliminar. Com relação à terceira, descreve-se que, com o desenvolvimento da fase de investigação preliminar, mais provas sólidas foram asseguradas nessa etapa inicial da persecução, de modo a reduzir a importância de um julgamento posterior. Tal hipótese, entretanto, não é tratada de modo profundo pela doutrina, sendo considerada somente de modo esparso (FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 6-10).

252 Tal motivo também é apresentado pela doutrina alemã para descrever o cenário de introdução de acordos no processo penal germânico. Ver: RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 301.

e diversificou as formas de conflitos e a necessidade de apelo aos mecanismos de resolução formal, resultando na elevação drástica no número de casos a serem julgados judicialmente.[253] Assim, a barganha teria surgido como único e necessário instrumento para a resposta estatal a esse panorama.[254] Há, contudo, quem questione essa sobrecarga do Judiciário como causa da expansão da *plea bargaining:* conforme **Milton Heumann**, a partir de estudo estatístico acompanhando os níveis de processos e de barganhas realizadas, afasta-se uma relação de proporcionalidade direta entre tais variantes, concluindo pela objeção à tese da "pressão pela carga de trabalho"[255] ao apontar que, inclusive em cortes não afetadas pela sobrecarga de trabalho, o percentual de acordos era crescente.[256] A partir de outra base teórica, mas compartilhando a pretensão de afastar a explicação de que a pressão processual foi a causa do surgimento da *plea bargaining*, **Mary Vogel** estrutura tese de cunho político cultural para a origem de tal mecanismo, buscando esclarecer que, em um cenário de lutas sociais característico da cidade de Boston nos anos de 1830 a 1860 (delimitação do estudo da autora), a barganha surgiu como instrumento político para se lidar com as revoltas populares a partir de episódios esporádicos de leniência do Poder Público.[257]

Nesse diapasão, pode-se citar argumento que alude suposto

253 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 30; FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 40-44.

254 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 47.

255 "Em resumo, *plea bargaining* não é novidade às cortes criminais, nem está diretamente relacionada à pressão de trabalho. A opção pelo julgamento como modo de resolução de casos é a exceção, não a regra, e essa afirmativa se mantém inclusive quando o volume de processos está controlado" (HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 32) (tradução livre). Heumann desenvolve argumentação a partir de um estudo acerca da adaptação dos atores do sistema criminal à barganha, concluindo que tal mecanismo também é utilizado rotineiramente em cenários diversos daquele sobrecarregado descrito habitualmente (idem, p. 154). Em crítica ao pensamento de Heumann, ver: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 9 e 294. Para um estudo sobre a pressão processual em casos de crimes menos graves, ver: FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment.* Handling cases in a lower criminal court. New York: Russell Sage, 1992. p. 247-261.

256 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 154.

257 VOGEL, Mary E. *Coercion to compromise.* Plea bargaining, the courts, and the making of political authority. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 3-9; VOGEL, Mary E. The social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. *Law & Society Review*, v. 33, n. 1, p. 161-246, 1999. Em crítica à tese da autora, ver: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 45-46 e 138-152.

benefício trazido pela *plea bargaining* em um panorama de sobrecarga do Judiciário. Aponta-se que a realização de acordos contribui para a redução do número de prisões cautelares,[258] ao passo que supostamente resolveria o caso penal de modo célere, impondo a punição definitiva.[259] O tom falacioso de tal tese é evidente, pois se agrava a situação do acusado a partir de sua renúncia ao exercício do direito fundamental ao julgamento para supostamente melhorar uma situação (o prolongamento de uma prisão cautelar em péssimas condições, em razão da demora do processo) que é causada pela ineficiência do próprio Estado, ou seja, o Poder Público "pretende solucionar a situação, cuja responsabilidade é inteiramente sua, transferindo essa carga ao imputado".[260]

Ainda na descrição do cenário que supostamente fomentou o triunfo dos acordos entre acusação e defesa, além do aumento do número de casos a serem solucionados judicialmente, aponta-se que também a complexidade dos julgamentos se intensificou exponencialmente.[261] Especialmente a partir da generalização da participação de defensor técnico e do incremento em seus poderes e possibilidades de agir,[262] a duração dos processos prolongou-se.[263] Essa lentidão no transcorrer da instrução é imputada especialmente ao

258 Sobre a problemática das prisões cautelares no Brasil e sua utilização ilimitada e ilegítima, ver: Vasconcellos, Vinicius G. A Inserção de Medidas Cautelares Diversas no Sistema Processual Penal Brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. *Revista de Estudos Criminais*, n. 51, p. 125-142, out./dez. 2013; Vasconcellos, Vinicius G. Ainda considerações acerca da Lei 12.403/11 e das medidas cautelares no processo penal: em busca de critérios para concretizar as limitações implementadas. *Revista da Ajuris*, v. 40, p. 351-382, dez./2013.

259 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 62; Alkon, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant, cit., p. 404.

260 Córdoba, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 241-242 (tradução livre). Nesse sentido, também: Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 76.

261 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 30-32.

262 Sobre o fortalecimento da defesa com a advocacia e sua relação com o desenvolvimento do sistema adversarial, ver: Malan, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 14-15; Feeley, Malcolm M. Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, v. 31, p. 183-222, 1997, p. 192-194; Langbein, John H. *The origins of adversary criminal law.* Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 291-310.

263 Feeley, Malcolm M. Legal complexity and the transformation of the criminal process, cit., p. 202-204.

sistema de julgamento por juízes leigos, que, teoricamente, é direito de todos os acusados criminalmente,[264] com suas regras de seleção de jurados, exclusões de provas e prazos contra a indevida dilação do feito.[265] Portanto, relaciona-se a história da *plea bargaining* com o aperfeiçoamento do sistema criminal visando ao respeito a direitos fundamentais,[266] já que anteriormente os processos teriam se resolvido de modo célere, sem maiores garantias ao acusado.[267] Contudo, há quem questione tal descrição do cenário estadunidense, por um lado, afirmando que os julgamentos antigamente não eram tão rápidos como normalmente descrito[268] e, por outro, diminuindo a relevância dessa maior complexidade ao aumento do número de barganhas.[269] De qualquer modo, pode-se afirmar que o aperfeiçoamento do modelo adversarial estadunidense pautado pelo julgamento por jurados se concretizou na teoria de modo inversamente proporcional à sua realização prática, ou seja, "ao incremento da acusatoriedade enquanto modelo normativo correspondeu uma degradação dela enquanto modelo histórico/concreto".[270] Em contraposição a tal cenário, sem sucumbir-se à barganha, Stephen Schulhofer propõe a adoção do modelo *bench trial* nos Estados Unidos, o qual se caracteriza pelo julgamento realizado por juiz togado singular.[271] Assim, a opção que

264 LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 119-123.

265 Diego Díez descreve que o sistema de seleção de jurados permite amplas possibilidades de questionamento e exclusão dos julgadores leigos, o que pode prolongar tal processo por dias ou até meses; também, a complexidade das regras sobre provas aumenta a carga de trabalho para a solidificação da tese acusatória; e, por fim, o direito a um julgamento rápido impõe o respeito a prazos legalmente previstos, que, se não cumpridos, acarretam o arquivamento do processo (DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 37-38).

266 "A história dos acordos sobre reconhecimento de culpabilidade, entretanto, é uma história de imposição de pressão para a autoincriminação e, para explicar esse fenômeno, o aumento da complexidade do processo judicial nos últimos dois séculos e meio se mostra altamente relevante" (ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 240) (tradução livre).

267 LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, cit., p. 262-265; LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 8-10.

268 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 245, nota 32.

269 "Então pode-se utilizar a teoria de Langbein como complemento às anteriores construções acerca da pressão pela carga de trabalho. Embora certamente não possa explicar o longo percurso do desenvolvimento da *plea bargaining*, ela talvez contribua em clarificar alguns momentos de crescimento anormal" (FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 10) (tradução livre).

270 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 32.

271 SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable?, cit., p. 1.064.

viabilizaria o julgamento dos acusados pela justiça norte-americana já é o procedimento geral no sistema brasileiro, o que, mais uma vez, afasta a necessidade de expansão dos espaços de consenso, por meio do instituto da barganha, no ordenamento pátrio.

Somada à justificação da *plea bargaining* por sua necessidade em um panorama de sobrecarregamento do Poder Judiciário como descrito aqui, cumpre apresentar também algumas construções teóricas que almejam fundamentar e legitimar tais acordos entre acusação e defesa na justiça criminal. Para tanto, parte-se basicamente de três proposições que caracterizam a barganha como: 1) dispositivo da sentença que traz vantagens a todos os atores do processo penal; 2) forma de resolução do conflito por consenso;[272] e, 3) processo de natureza administrativa com regramento próprio.[273]

Primeiramente, fundamenta-se o acordo entre as partes – e a consequente redução na pena – a partir de construção que o legitima como dispositivo da sentença condenatória, especialmente com base em uma suposta recompensa pela sua expressão de arrependimento do réu ao consentir com a barganha.[274] Assegura-se que "acusados que reconhecem sua culpabilidade expressam remorso pelos seus crimes e, assim, são propriamente recompensados com uma punição reduzida".[275] Nesse diapasão, há quem legitime tal afirmativa com base na teoria de prevenção especial positiva das penas, que justifica

272 "Defensores da *plea bargaining* há mais ou menos uma década atrás usualmente enfatizavam sua função na sentença, argumentando que quem reconhecesse sua culpabilidade merecia uma punição mais branda em comparação com acusados que insistissem em enfrentar o julgamento. A maioria dos defensores atuais pauta-se por um ponto de vista diferente, tratando a *plea bargaining* como uma forma de resolução da disputa. Eles sugerem que é desejável que se autorize tanto à defesa quanto ao Estado a opção de se compromissar conflitos de fato ou de direito e que esse consentimento das partes afetadas pode justificar disposições intermediárias por meio das quais ambos os lados evitam os riscos do processo" (Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 652) (tradução livre).

273 Desde já, cumpre atentar que tais justificativas não conseguem legitimar o mecanismo negocial, pois, conforme Candace McCoy, "em resumo, as premissas utilitárias acerca da inevitabilidade da *plea bargaining* são falhas, e as construções retributivas justificam confissões, mas não todo um sistema de barganha que se pauta pela ameaça de punições processuais severas" (McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 16) (tradução livre).

274 Bibas, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 40.

275 Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 97 (tradução livre).

a punição por seu caráter ressocializador e reabilitador,[276] já que o arrependimento seria demonstração de que o réu já estaria em etapa mais avançada da recuperação, o que diminuiria a necessidade de tempo de pena.[277] Diversas são as críticas a essa construção, pois, por um lado, a prova do suposto remorso é inviável e a mera aderência ao acordo não tem o condão de atestá-la,[278] além de que o exercício do direito ao julgamento pode se legitimar a partir dos mais diversos motivos, o que não autoriza a simples ideia de que o acusado não estaria arrependido.[279] De modo semelhante, sustenta-se que a redução da pena é devida em razão da economia de recursos estatais acarretada pela renúncia ao processo,[280] mas, por certo, um benefício na punição sem qualquer vinculação com o ato praticado, e sim por critérios economicistas mostra-se fortemente questionável em um Direito Penal pautado pelo princípio da culpabilidade.[281]

Ainda nessa construção, aponta-se que a barganha acarreta benefícios a todos os envolvidos e atores do campo jurídico-penal,[282] ou seja, as partes fazem concessões para obter vantagens mútuas, como a redução da incerteza e dos riscos do julgamento.[283] O acusado evita gastos, inseguranças, prejuízos e atrasos do processo,[284] além de

276 ROXIN, Claus. *Derecho penal*, cit., p. 85-89.

277 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 112.

278 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 661-662.

279 MCCOY, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 15.

280 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 69.

281 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 102-105; ROXIN, Claus. *Derecho penal*, cit., p. 791-794.

282 Em um dos textos de referência na defesa do instituto da *plea bargaining*, Scott e Stuntz sustentam que: "Julgamentos criminais são dispendiosos para o acusado, e ainda mais para os promotores. Esses custos podem ser salvos, e os ganhos divididos entre as partes, através da barganha obtida em fase inicial do processo. Consequentemente, em caso em que ambas as partes percebem que a condenação no julgamento é virtualmente certa – uma descrição comum a muitos casos – o incentivo para barganhar é simples. Economia nos custos do processo representam os benefícios do negócio" (SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 08, p. 1.909-1.968, jun. 1992, p. 1.910) (tradução livre).

283 "*Plea bargaining* se fundamenta na premissa de que o acusado irá trocar as incertezas e os custos de um julgamento e a possibilidade de uma sentença longa pela certeza de um resultado fixo que garanta uma punição menos severa do que a que seria imposta se ele fosse condenado após o processo" (FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 185) (tradução livre).

284 Em estudo acerca dos casos de reconhecimento de culpabilidade em crimes relacionados ao terrorismo, Lucian Dervan aponta que, algumas vezes, o réu pode almejar benefícios não relacionados diretamente com sua punição, mas sim com outros gravames do

obter uma suposta redução de pena por leniência;[285] já seu defensor obtém um retorno financeiro de modo mais rápido e abranda suas responsabilidades.[286] Os promotores reduzem gastos e suas cargas de trabalho, além de obter condenações fáceis que ajudam no seu progresso profissional;[287] de modo semelhante beneficiam-se os juízes, especialmente com a diminuição da carga processual;[288] por fim, assim também o Estado lucra com a economia de recursos.[289] Essa concepção foi endossada pela Suprema Corte estadunidense no caso *Blackledge v. Allison*, em que se afirmou: "qualquer que possa ser a situação num mundo ideal, o facto é que a *guilty plea* e a frequente concomitante *plea bargaining* são importantes componentes do sistema de justiça criminal deste país. Correctamente administradas, elas podem beneficiar todos os implicados".[290] Contudo, critica-se tal compreensão a partir de duas constatações: por um lado, resta evidente que o benefício trazido ao réu é falacioso, especialmente em um cenário de *over-charging*,[291] mas não só, pois em muitos casos a redução da pena é irrisória, de modo que a punição imposta com o acordo assemelha-se àquela que seria definida após o julgamento.[292] Assim, é patente que "é este suposto 'intercâmbio' uma mentira perversa; o único que cede é o indivíduo perseguido penalmente e cede a único coisa que possui, todas e cada uma de suas garantias, ou seja, toda limitação ao exercício do poder penal".[293] Por outro lado, aponta-se que as concessões e os benefícios

processo, como prejuízos financeiros ou sociais a sua família, questões psicológicas ou aumento de estigma pela exposição à mídia se realizado o julgamento (DERVAN, Lucian E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror, cit., p. 291-296).

285 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 57.

286 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 156. A relação entre acusado e defensor e a disfuncionalidade acarretada pelo sistema de barganha serão analisadas nos itens 3.1.2 e 3.1.6. Desde já, ver: ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. *Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 1.179-1.314, maio 1975, p. 1.210-1.270.

287 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 94.

288 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 243.

289 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 61.

290 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 47, nota 101. Também em: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 487.

291 "No entanto, o que ocorre é justamente o contrário. Pois, as denúncias são inflacionadas de forma a permitir que, após a barganha, o réu receba a pena que, através do devido processo legal, deveria receber, caso culpado e condenado" (PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do *plea bargaining* no direito norte-americano, cit., p. 119).

292 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 654-656 e nota 8.

293 BIGLIANI, Paola. El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino. In:

entre acusação e réu não podem ser comparados, pois não há um cálculo possível entre o tempo de liberdade e os custos de um processo.[294] Portanto, como abaliza **Gabriel Anitua**, "quem acaba mais beneficiado com esse sistema é a pretensão punitiva do Estado, que assim obtém seu objetivo em maior número, menor custo e mais rapidamente".[295]

Também, na esteira de raciocínio semelhante, há quem assinale que o mecanismo negocial contribui para a promoção da dignidade do acusado, trazendo benefício, portanto, ao propiciar sua participação na decisão sobre o caso,[296] além de valorizar sua liberdade de escolha.[297] Aqui também palpita a perversidade do argumento:[298] não há que se falar em uma real participação no acordo, que, na maioria dos casos, é imposto ao acusado em razão de ameaças de penas maiores em caso de julgamento;[299] e, além disso, de qualquer modo sua atuação se mostraria muito mais importante no decorrer do processo normal.[300]

Depois da análise da barganha como dispositivo da sentença, que traria vantagens a todos os atores do processo penal e do desvelamento de suas fragilidades, passa-se para a segunda postura de justificação dos acordos entre acusação e defesa no processo penal: sua visão como forma de resolução do conflito por consenso.[301] Sustenta-se que a *plea*

MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 189 (tradução livre).

294 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 670-671.

295 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 155. A relação (autofágica de retroalimentação) entre a barganha e o cenário de expansão do Direito Penal será analisada no item 3.1.1 deste trabalho.

296 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 58; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 93.

297 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 169.

298 "[...] uma tal visão das coisas ressente-se de uma dose não irrelevante de cinismo, pois finge ignorar que aquela negociação e aquele acordo são as mais das vezes impostos ao arguido com recurso a formas de pressão e através da erosão de direito e garantias processuais que são, eles mesmos, penhor de uma participação (efectivamente, materialmente) constitutiva no dizer do direito do caso" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116).

299 "Distante de aumentar a percepção do acusado sobre a justiça do processo, sua participação desse modo iria persuadí-lo da irracionalidade do sistema. Longe de promover sua sensação de dignidade pessoal, ela confirmaria seu sentimento de confusão e injustiça na imposição" (ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 668-669) (tradução livre).

300 CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 247.

301 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 167.

bargaining, a partir do ajuste racional dos riscos do processo,[302] fomenta a resolução do conflito por meio do acertamento entre a pretensão acusatória e a resistência defensiva.[303] Por certo, há também a premissa de que ambas as partes findam beneficiadas, mas, diferentemente do pensamento anterior, aqui afirma-se que isso contribui para a obtenção de um resultado justo. De qualquer modo, fragiliza-se a legitimidade de tal acordo a partir da inescusável constatação de que o pressuposto liberdade de decisão é violado pelas pressões e coações que permeiam o cenário da barganha.[304] Cumpre apontar que se nota importante mudança nas premissas legitimadoras do instituto negocial, pois, em um primeiro momento, ela era autorizada em casos de suposta certeza na condenação, ou seja, quando a situação do acusado não possibilitava maiores discussões; entretanto, em uma concepção de ajuste racional de riscos, os acordos almejam reduzir os perigos de um processo incerto, em que nenhuma das partes está em posição de vantagem pelo lastro probatório produzido.[305] Portanto, aqui ressalta-se o discurso maleável da barganha, que inverte-se com capciosa singeleza para legitimar sua expansão.

Uma das defesas teóricas da *plea bargaining* é a desenvolvida por **Frank Easterbrook**. Inicialmente, o autor sustentou a tese de que os acordos entre acusação e defesa eram parte integrante de uma justiça criminal pautada por considerações economicistas,[306] ou seja, um "elemento em um sistema de mercado em bom funcionamento".[307] Assim, pensa-se tal instituto a partir da invocação de modelos do direito contratual e da teoria econômica para caracterizá-lo como "transações voluntárias que maximizam o bem-estar de ambas as

302 Church Jr., Thomas W. In defense of "bargain justice". *Law and Society Review*, v. 13, n. 2, p. 509-525, 1979, p. 516-518.

303 Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 683.

304 Tulkens, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 712-714. Sobre a coercibilidade da proposta, ver a seguir item 3.1.3 deste trabalho.

305 Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 693-694.

306 Sobre suas considerações acerca do pensamento econômico no Direito, ver: Easterbrook, Frank H. The inevitability of law and economics. *Legal Education Review*, n. 1, p. 3-28, 1989. Conforme o autor, o processo penal é um método de alocação de recursos escassos (Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 290). Para uma análise crítica da lógica econômica na busca de um processo eficiente, ver: Rosa, Alexandre Morais da; Marcellino Junior, Julio Cesar. *O processo eficiente na lógica econômica.* Desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Itajaí: Univali, 2012. p. 14-53.

307 Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 289.

partes do processo".[308] Com base na premissa de que a função do Direito Penal e, especificamente, da punição é a dissuasão/intimidação (prevenção geral negativa),[309] o autor define que o "preço" de se praticar um crime é a quantidade da pena multiplicada pela probabilidade de que ela seja imposta.[310] Assim, a discricionariedade do Ministério Público e a *plea bargaining* operam a partir das regras do mercado, de modo que acusador e réu pautam suas posturas de modo semelhante a compradores e vendedores.[311] Tal mecanismo não seria só um mal necessário, mas sim um instrumento desejável para otimizar a persecução penal com o menor dispêndio de recursos estatais.[312]

Em trabalho posterior, **Easterbrook** reafirma suas convicções, aprimorando certos conceitos, como a ideia de barganha como contrato, para, ao fim, afirmar que "*plea bargains* são compromissos" e, assim, "autonomia e eficiência as legitimam".[313] Por certo, essa construção deve ser criticada em diversos sentidos:[314] primeiro, o autor pressupõe que a liberdade do acusado e seu direito ao processo podem (e ainda afirma que devem) ser vendidos em um mercado como qualquer outro bem consumível;[315] também, a premissa de que a barganha se dá como um compromisso entre as partes apresenta aporia ao se desvelar que a vontade do acusado não é livre para a

308 Ross, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice, cit., p. 116.

309 Sobre a teoria da prevenção geral negativa, ver: Roxin, Claus. *Derecho penal*, cit., p. 89-93. Em crítica, especialmente acerca da não demonstrabilidade da eficácia da intimidação por meio da lei penal, ver: Albrecht, Peter-Alexis. *Criminologia.* Uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 86-90.

310 Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 292.

311 Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 124. Conforme Easterbrook, a *plea bargaining* "estabelece o preço da mesma forma que a negociação no mercado de bens e serviços" (Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 308) (tradução livre).

312 "As partes economizam os custos do julgamento. Acusados previsivelmente preferem as sentenças mais baixas do que o exercício do direito ao julgamento, ou eles não aceitariam os acordos. Promotores também preferem os acordos; eles podem colocar os recursos livres em outros casos e, assim, aumentar a intimidação. Se tanto acusados como promotores (representando a sociedade) ganham, o mecanismo é desejável" (Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 309) (tradução livre).

313 Easterbrook, Frank H. Plea bargaining as compromise, cit., p. 1.978.

314 Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 125-145.

315 Langbein, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 125.

tomada de tal decisão;[316] por fim, ele toma o cenário atual da justiça criminal estadunidense (em que o Direito Penal se expandiu a parâmetros inconcebíveis) como base, sem maiores questionamentos acerca da legitimidade de tal atuação, ou seja, a *plea bargaining,* na sua visão, é instrumento necessário em um tal panorama, mas, em verdade, pode ser reflexo de um poder punitivo patológico.[317]

Por fim, a última das três teorias que justificam a barganha e a consequente redução na punição do réu define tal instituto como um processo de natureza administrativa com regramento próprio[318] e, portanto, parâmetros característicos para o respeito de direitos fundamentais. Nesse sentido, **Gerard Lynch** propõe que os acordos entre acusação e defesa sejam analisados como um sistema em si mesmo,[319] não pervertendo o modelo de justiça criminal tradicional,[320] mas sim apresentando regras próprias potencialmente razoáveis e capazes de estruturar um "elaborado e extenso processo de atribuição de culpabilidade ao acusado".[321]

Portanto, o poder de julgar o caso criminal seria deslocado ao Ministério Público,[322] mas isso não seria um mal por si só,[323] de modo que

316 Ver a seguir item 3.1.3 deste trabalho, em que se analisa a coercibilidade da proposta de barganha e a consequente problemática em relação à punição de inocentes.

317 Sobre os contornos da *plea bargaining* e sua relação com a expansão do Direito Penal, ver a seguir item 3.1.1 deste trabalho.

318 "[...] a negociação da declaração de culpa deve ser vista, antes de tudo, como um processo no âmbito do qual o MP toma múltiplas decisões e avalia e actualiza constantemente todas aquelas possibilidades" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 65).

319 LYNCH, Gerard. Frye and lafler: no big deal. *Yale Law Journal Online*, v. 122, p. 39-43, 2012, p. 39.

320 "Sustentarei que as forças e debilidades desse sistema devem ser analisadas em termos mais apropriados às suas próprias premissas implícitas, antes que comparadas com um idealizado modelo acusatório" (LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 298) (tradução livre).

321 LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 300 (tradução livre).

322 DERVAN, Lucian E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror, cit., p. 246.

323 Conforme Lynch, a inviabilidade prática da realização do modelo teórico acusatório estadunidense produziu e desenvolveu o sistema da *plea bargaining*, de modo que suas características devem ser analisadas a partir da constatação de que sua imposição é legítima na realidade: "Esses e outros aspectos do nosso verdadeiro sistema de justiça penal, entretanto, devem ser avaliados por seus próprios méritos, e pelo papel que eles desempenham em um sistema administrativo de sanções penais em pleno funcionamento. Esses aspectos não devem presumir-se inválidos somente porque se distanciam do modelo formal cuja vigência é ínfima na realidade. Tais divergências com relação a esse modelo não representam, neste momento, mutações ou aberrações decorrentes do azar, mas sim

impor-se-ia uma análise para averiguar se tal sistema é capaz de produzir decisões (barganhas) justas, adequadas e livres.[324] Assim, o autor propõe que se aceite tal modelo e, em vez de críticas inoperantes, busquem-se regulações e aprimoramentos, como, por exemplo, o estabelecimento de critérios para a decisão do promotor, a efetivação do contraditório e até a estruturação de um sistema recursal interno para superiores hierárquicos na instituição ministerial.[325] De modo semelhante, podem-se apontar as afirmações de **Silva Jardim**, que, ao analisar a transação penal introduzida pela Lei 9.099/1995, atestou que não há qualquer violação ao princípio da obrigatoriedade e da necessidade do processo para a imposição de uma pena, pois o oferecimento da proposta de transação é o exercício da ação penal pelo representante do Ministério Público e que há, assim, um "devido processo legal" para a imposição dessas sanções.[326] As críticas a tal pensamento são consistentes. Por certo, como aponta **Geraldo Prado**, em relação ao suposto devido processo legal, "conclui-se que em realidade ele não existe e que a transação penal consiste exatamente em o imputado 'abrir mão' do devido processo legal".[327] Resta patente que um suposto processo administrativo para responsabilização penal é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, ao passo que violador de diversos de seus pressupostos, como a imparcialidade e o contraditório (que não pode ser uma opção do acusador, como aponta Lynch).[328]

Diante do exposto, em conclusão ao presente tópico, desvelou-se que as justificativas dos mecanismos de barganha e negociação entre acusação e defesa para a imposição de uma punição antecipada são frágeis e questionáveis, não fundamentando qualquer legitimação aceitável a tais institutos. Ou seja, não há qualquer explicação racional, muito menos justificação compatível com os pressupostos de um processo penal democrático. O que há como traço comum na

aspectos de um genuíno sistema processual, com uma racionalidade particular que lhe é própria" (LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 320) (tradução livre).

324 TURNER, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 501-569, 2006, p. 516.

325 LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 321-327.

326 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*, cit., p. 100-101. Geraldo Prado adotou tal posicionamento em um momento inicial, afirmando que "é tão só o devido processo legal de uma forma especial de composição do conflito" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 225). Depois, em sentido contrário: PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 177.

327 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 224.

328 LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 302.

origem e no desenvolvimento da *plea bargaining* e dos diversos outros mecanismos assemelhados nos ordenamentos estrangeiros é a postura dos atores do campo jurídico-penal.[329] Por certo, o que determina o triunfo da barganha é sua integral e sintomática aderência aos interesses daqueles diretamente envolvidos e responsáveis pela gestão da justiça criminal,[330] especialmente dos que possuem maior poder na administração da esfera punitiva estatal: membros do órgão acusador (Ministério Público) e julgadores (Poder Judiciário). Assim, trata-se de "uma construção dos actores processuais, algo criado por eles e para satisfazer antes de tudo interesses deles".[331] Portanto, a barganha é instituto que se expande a partir do poder daqueles que são beneficiados por suas consequências,[332] até um ponto que, conforme **George Fisher**, adquire poderes próprios e influencia todo o sistema de justiça criminal, fortalecendo aquilo e aqueles que a defendem e fragilizando qualquer tentativa de redução em sua atuação.[333]

1.2.3 Requisitos: a ilusória tentativa de racionalização e limitação da metástase negocial

Com o objetivo de estruturar um arcabouço legal de requisitos para determinar, conforme o caso concreto, a admissibilidade da barganha no processo penal, definiu-se doutrinariamente e jurisprudencialmente três condições para sua validade: voluntariedade, inteligência e adequação.[334] O presente subtópico abordará tais pressupostos, tomando-se por base o exemplo da *plea bargaining* dos Estados Unidos, esclarecendo suas delimitações e questionando suas reais possibilidades de limitação do poder punitivo imposto por meio de acordos entre acusação e defesa. Em breve resumo

329 Sobre a influência da postura dos atores na gestão da justiça criminal e na imposição do poder punitivo estatal, ver: Carvalho, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59-111.

330 A relação entre a barganha e os interesses dos atores da justiça criminal será analisada em atenção no item 3.1.2 deste trabalho.

331 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 33.

332 Como já exposto *supra*, o benefício acarretado ao acusado é falacioso e não determinante na instrumentalização da barganha em seu triunfo na justiça criminal.

333 Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 175.

334 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 68-73.

introdutório, o acordo é legítimo se for aceito pelo acusado em condições de liberdade voluntária, sem pressões ou coações, com conhecimento de seus termos e de suas consequências, especialmente a renúncia a direitos fundamentais, como à defesa e ao contraditório,[335] além de, por fim, apresentar uma base fática mínima para atestar sua adequação ao caso.[336] Cumpre salientar que, na prática, tais requisitos não cumprem seus objetivos, de modo que certificam somente uma falaciosa legitimação procedimental à barganha em razão de seu ineficiente controle real, o que atesta um falso e ilusório caráter democrático ao instituto negocial.[337]

Esses pressupostos são analisados em manifestação do julgador, normalmente intitulada "homologação do acordo", em que se questiona a atenção a certos direitos e garantias do acusado por eles pretensamente assegurados.[338] Em teoria, o juiz estadunidense pode rejeitar a *plea bargaining* por motivos que vão além da violação de algum dos requisitos, como em razão de "interesse público na efectiva administração da justiça", pois haveria discricionariedade em tal função decisória.[339] Contudo, esse controle judicial, na expressiva maioria dos casos, tornou-se mera formalidade,[340] diante da brevidade irrisória dessa análise,[341] da ausência de lastro probatório para o embasamento de uma decisão consciente[342] e do interesse do Judiciário em reduzir

335 Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 32.

336 Ross, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice, cit., p. 109.

337 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 89.

338 Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 61.

339 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 96. Cita-se, por exemplo, o caso *United States v. Ammidown*, em que o acordo que reduzia a punição pela desclassificação de um homicídio qualificado em troca da confissão e da delação do autor material do delito foi considerado desproporcional à gravidade do crime (idem, p. 98).

340 Taruffo, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. El modelo del proceso de conotación dispositiva. Bogotá: Temis, 2008. p. 220. Assim, também Garcez Ramos, ao afirmar: "teoricamente, o juiz deve exercer um controle sobre a barganha, e verificar se ela atende a requisitos mínimos de ética processual. Na prática, ao que parece, o pedido de barganha é inteiramente dominado pelas partes" (Ramos, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*, cit., p. 188).

341 Nicolás García afirma que o tempo empregado pelo Tribunal para a aceitação da barganha é brevíssimo e, a partir de estudos empíricos, aponta os seguintes dados: em casos mais graves a média é de 9,9 minutos e nos menos relevantes, 5,2 minutos, o que resulta em uma média geral de 7,8 minutos por homologação (Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 76).

342 Fernandes, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no*

ao máximo os casos em que o julgamento ordinário seja necessário.[343]

Nessa seara, relevante tecer breves apontamentos sobre a posição do juiz em relação à realização do acordo. Conforme a doutrina majoritária e a determinação normativa da maioria dos estados norte-americanos, o julgador deve se manter passivo face às negociações entre acusação e defesa, controlando os termos da barganha em momento posterior à sua firmação.[344] Entretanto, na prática, o envolvimento do magistrado nas negociações é rotineiro[345] e, além disso, há quem defenda sua autorização legislativa, em prol de uma maior previsibilidade dos resultados das barganhas e de mais respeito a direitos fundamentais com o envolvimento direto do juiz.[346] Pensa-se, juntamente à corrente majoritária, que a proposta de atuação direta viola inevitavelmente a necessária imparcialidade do julgador, além de romper com a sistemática da justiça consensual. Portanto, o juiz deve manter uma posição de controle posterior do acordo, visando a garantir a proteção de direitos fundamentais do acusado e o respeito às regras processuais.

1.2.3.1 Voluntariedade: a suposta liberdade de escolha para negociar e renunciar ao processo

A primeira condição de validade da barganha é a livre voluntariedade do acusado em aceitar a proposta de concretização antecipada do poder punitivo. Tal análise relaciona-se, em um plano inicial, com a capacidade do réu de estar em juízo,[347]

processo penal, cit., p. 266.

343 Conforme Pedro Albergaria, além da dificuldade fática em controlar tais requisitos, o que determina a inutilidade do controle judicial é o "interesse judicial (partilhado com o MP) em manter os julgamentos em taxa o mais baixa possível" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 100).

344 TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 23.

345 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 80.

346 ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, part I. *Columbia Law Review*, v. 76, n. 7, p. 1.059-1.154, nov. 1976, p. 1.107-1.113. Pode-se citar o exemplo alemão de acordos no processo penal, em que o juiz possui um papel ativo em sua concretização (TURNER, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 520).

347 Conforme Pedro Albergaria, o pressuposto da capacidade do arguido para efetuar a declaração de reconhecimento da culpabilidade é entendido como "critério geral da 'capacidade para estar em juízo' (*competence to stand trial*)" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 81).

mas, fundamentalmente, almeja evitar o aceite do acordo em razão de ameaças ou pressões, que viciariam a vontade para a decisão.[348] Conforme a decisão da Suprema Corte estadunidense no caso *Brady v. United States,* a declaração será voluntária desde que "não seja induzida por violência física real ou ameaçada ou por coerção mental que vicie a vontade do acusado".[349] Nesse sentido, se coloca a previsão do artigo (B) (2) das Regras Federais do Processo Penal norte-americano, segundo a qual "antes de aceitar o reconhecimento de culpa ou o nolo contendere, a Corte deve questionar pessoalmente o acusado em audiência pública e determinar se seu ato é voluntário e se não resulta de força, ameaças ou promessas (diversas daquelas previstas na barganha)".[350] Assim, fala-se em uma "coação indevida",[351] já que tal característica é inerente à justiça negociada, diante da inevitável ameaça de uma punição mais severa se houver recusa e exercício do direito ao julgamento.[352]

Diversas hipóteses de violação à voluntariedade do acusado para realizar a barganha foram levantadas em casos julgados pelo Judiciário estadunidense, mas, em regra, manteve-se a homologação do acordo como legítimo.[353] Dois casos julgados pela Suprema Corte são emblemáticos e serão tratados em outros momentos deste trabalho, mas, desde já, cumpre apontá-los: 1) em *North Carolina v. Alford,* confirmou-se a *plea bargaining* diante do aceite do acusado, mas sem o seu reconhecimento da culpa, ou seja, ainda que tenha se declarado inocente, não se opôs à imposição de uma pena de prisão longa, pois, se optasse pelo julgamento, poderia ser condenado à morte (portanto, aceitou o acordo alegando ser inocente, sob a coação de que, se não o fizesse, poderia ser condenado à morte);[354]

348 Rodríguez García, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano, cit., p. 86-87.

349 Dervan, Lucian E.; Edkins, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 13 (tradução livre).

350 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 82-83.

351 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 46.

352 A coercibilidade inerente ao instituto da barganha será analisada e criticada no item 3.1.3 deste trabalho. Desde já, aponta-se trabalho de John Langbein, que realiza comparação entre a *plea bargaining* e a tortura, considerando sua semelhança em relação à pressão para a confissão: Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit.

353 Official inducements to plead guilty: suggested morals for a marketplace. *The University of Chicago Law Review*, v. 32, n. 1, p. 167-187, 1964, p. 174.

354 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 68-69.

e, 2) em *Bordenkircher v. Hayes,* aceitou-se uma barganha que impôs pena de cinco anos de prisão pelo crime de emissão de um cheque falso referente à quantia de U$ 88,30, pois, em razão de uma lei desproporcional que possibilitava a condenação à prisão perpétua para réus reincidentes,[355] o acusado foi ameaçado pelo promotor, uma vez que, se exercesse seu direito ao julgamento, seria denunciado e julgado por um júri com base na referida lei.[356]

As limitações impostas jurisprudencialmente à atuação do Ministério Público definem que não se pode esconder provas favoráveis à defesa ou fabricar indícios falsos para incentivar o acordo; além disso, teoricamente é proibida a ação vingativa do promotor em razão do exercício do direito ao julgamento pelo acusado.[357] Entretanto, essas restrições são de pouca aplicabilidade diante da discricionariedade e da abertura interpretativa que autoriza os mais diversos tipos de acordos e contraprestações.[358] Por exemplo, no caso *United States v. Nuckols* homologou-se *plea bargaining* em que se ameaçava o réu de que, se não aceitasse a proposta, sua esposa iria ser acusada conjuntamente.[359] Portanto, resta patente a fragilidade dogmática do requisito da voluntariedade em um cenário pautado pela barganha, diante da inerente coercibilidade da proposta de redução da punição em caso de renúncia ao processo e da construção jurisprudencial de seus contornos que, como se verá no próximo subtópico (já que ambos requisitos compartilham tal motivo de fragilização), é relativizada ao extremo ao ter-se por sanada qualquer violação se houver o acompanhamento de um advogado.[360]

355 Para uma análise crítica de tal modelo de legislação, ver: ALMEIDA, Débora de Souza de. *Three strikes and you're out*: a vitimização da democracia substancial na cruzada contra a reincidência criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 72, p. 196-198, 2012.

356 TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 38.

357 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 203-204.

358 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 69.

359 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 204.

360 A desmistificação da efetividade do acompanhamento de defesa técnica para evitar violações a direitos do acusado será analisada a seguir nos itens 3.1.2 e 3.1.6, em que se apontará a distorção da relação acusado-defensor acarretada pela possibilidade de barganha.

1.2.3.2 Informação/Inteligência: as ficções da decisão informada e da escolha racional

Além da voluntariedade, a decisão do acusado que reconhece sua culpabilidade e aceita a imposição antecipada de uma sanção penal precisa ser informada/inteligente.[361] Segundo o artigo (B) (1) das Regras Federais do Processo Penal norte-americano, a Corte deve assegurar-se de que o réu tem conhecimento de sua situação perante a imputação formulada e os fatos descritos pelo acusador, além das consequências de seu ato de aceite à barganha, tanto em relação aos direitos a que renuncia quanto às punições que a ele serão impostas, além de seus efeitos colaterais.[362] Nesse sentido, conforme a Suprema Corte estadunidense, na decisão de *Henderson v. Morgan,* o réu precisa "receber real informação da natureza do acusação a ele imputada, o que constitui o primeiro e mais reconhecido requisito do devido processo".[363]

Portanto, tal condição almeja evitar que o réu seja enganado pela promotor ou que tome uma decisão sem o conhecimento essencial de suas condições e consequências,[364] e, para tanto, deve ser analisada em três aspectos. Primeiro, a necessária compreensão das acusações, ou seja, da natureza das imputações a ele responsabilizadas, além do esclarecimento de quais fatos precisam ser provados para autorizar um veredito condenatório.[365] Também, é primordial o entendimento das consequências da barganha, especialmente da pena a ser imposta e dos seus possíveis reflexos, como dos determinantes de máximo e mínimo da punição, dos prazos para progressão de regime ou liberdade condicional, da possibilidade de conversão em pena não restritiva de direitos, da necessidade de reparação dos danos causados, entre outras decorrências.[366] Por fim, mister a compreensão dos direitos que são objetos de renúncia a partir do consenso à barganha, como, por exemplo, o direito à defesa, ao acompanhamento de um advogado

361 Sobre as denominações utilizadas (inteligente, informada, competente etc.), ver: Official inducements to plead guilty, cit., p. 168, nota 3.

362 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 82.

363 Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 39 (tradução livre).

364 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 69-70.

365 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 47-48.

366 Rodríguez García, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano, cit., p. 87-88.

durante todo o processo, ao contraditório, à não autoincriminação, ao julgamento por jurados, e, em alguns casos, ao recurso.[367]

Como apontado, ambos os requisitos, voluntariedade e inteligência, são relativizados na prática, tornando o controle da barganha mera formalidade.[368] Além disso, estruturou-se presunção de que o aconselhamento do réu por advogado acarreta o cumprimento de ambos pressupostos do acordo,[369] o que é claramente questionável em um cenário em que as relações entre réu e defensor em muitos casos tornam-se disfuncionais e patológicas.[370] Ademais, a possibilidade de anulação da *plea bargaining* se daria somente a partir da comprovação de que a assistência técnica foi ineficaz ou incompetente, somada à demonstração do prejuízo disso decorrente,[371] o que, com base nos critérios determinados pela Suprema Corte, mostra-se inviável por sua complexidade ímpar.[372] Por fim, **Albert Alschuler** afirma que os

367 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 49.

368 Alberto Bovino cita dois exemplos: tanto a necessidade de informar a pena máxima que pode ser aplicada após a barganha quanto seus efeitos correlatos tornaram-se dispensáveis a partir de decisões do Judiciário estadunidense (Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 61-62).

369 Conforme Albert Alschuler, três decisões são paradigmáticas nesse sentido: *McMann v. Richardson*, *Parker v. North Carolina* e *Brady v. United States*, em todas confirmou-se a validade de barganhas em que há traços claros de ameaças em caso de exercício do direito ao julgamento (Alschuler, Albert W. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea, cit., p. 1). Assim, também aponta Edmundo Hendler: "O ponto cuidadosamente resguardado e sobre o qual, em essência, se fundamenta todo o suporte de legitimidade do sistema é a efetiva assistência de advogado na negociação" (Hendler, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, cit., p. 199) (tradução livre).

370 Como ilustra Albert Alschuler, ao criticar os estudiosos que pressupõem que o réu será bem representando e informado pelo seu advogado, "esses observadores usam óculos que cegam. Eles de algum modo gostam das pessoas que uma vez disseram que a monarquia é uma maravilhosa forma de governo desde que o rei seja bom" (Alschuler, Albert W. Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment. *New York University Review of Law and Social Change*, v. XIV, p. 149-156, 1986, p. 149). Também, remete-se aos itens 3.1.2 e 3.1.6 deste trabalho, em que se analisará a distorção da relação acusado-defensor acarretada pela possibilidade de barganha.

371 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 76-79; Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 215-220; Alschuler, Albert W. Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment, cit., p. 155.

372 "Em qualquer caso, a mera existência de um conflito de interesses não implicará necessariamente no reconhecimento de que o acusado recebeu uma assistência jurídica inferior à adequada. Será indispensável que se demonstre que o cliente recebeu uma defesa ineficaz por essa razão, o que, como a Suprema Corte tem afirmado, é muito difícil" (Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 59) (tradução livre).

contornos das hipóteses de deficiência de defesa foram desenvolvidos pelo Judiciário norte-americano a partir de casos em que houve o transcorrer do processo de julgamento por jurados, o que, como se sabe, é a exceção nos processos da justiça criminal daquele país.[373] Assim, resta inviabilizada a sua demonstração em casos de *plea bargaining*, já que tais requisitos não são comprováveis sem o transcorrer de todo o processo, o que não ocorre na situação de aceitação do acordo.

1.2.3.3 Adequação/exatidão: a falácia do controle judicial acerca da base fática

Como última condição cumulativa para a homologação judicial da barganha, aponta-se a necessidade de adequação/exatidão dos seus termos,[374] representada por uma suposta correlação mínima entre as imputações assumidas pela acusado e aquelas que teoricamente se capitulariam aos fatos reais, além da obrigação de existência de uma base fática que sustente o reconhecimento da culpabilidade pelo réu.[375] Trata-se, por certo, do requisito mais discutido pela doutrina e pela jurisprudência, seja em razão da dificuldade em sua definição, da problematização acerca da possibilidade do juiz buscar provas para confirmar o acordo ou da necessidade de relação entre a acusação admitida e o fato realmente ocorrido,[376] especialmente em casos de *charge bargaining*.[377] Conforme o artigo (B) (3) das Regras Federais do Processo Penal norte-americano, "antes de julgar o caso a partir do reconhecimento de culpabilidade do acusado, a Corte precisa determinar que existe uma base fática para tal posicionamento".[378]

Entretanto, não há qualquer padrão formal do procedimento a ser seguido pelo Judiciário para adimplir tal condição, como, por

373 ALSCHULER, Albert W. Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment, cit., p. 154.

374 LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 15.

375 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 49.

376 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 71.

377 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 50.

378 Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 22 mar. 2015.

exemplo, o grau de conformidade entre a declaração e os fatos ocorridos, o método para a obtenção de elementos probatórios para essa análise e o nível de exigência de certeza da ocorrência dos fatos.[379] Segundo **Jenia Turner**, algumas Cortes definiram o parâmetro de certeza como "provas suficientes no momento do acordo a partir das quais o juiz possa determinar razoavelmente que o acusado provavelmente cometeu a ofensa", enquanto outras requerem simplesmente "alguma base fática" ou exclusivamente a confissão sólida do acusado.[380] Tal requisito é criticado por parte da doutrina, pois "a ideia de 'exactidão' dos fundamentos de facto que sustentam a declaração de culpa (ou seja, a perfeita correspondência entre os factos indicados e o crime confessado) é incompatível, para não dizer contraditória, com a essência da negociação".[381] Todavia, pensa-se que a necessidade de suporte fático para a aceitação da barganha é essencial à adequação mínima do instituto com os fundamentos de um processo penal democrático (se isso for de algum modo possível), já que a confissão não pode ser tomada como fundamento único de uma condenação.[382] Na prática estadunidense, embora o Judiciário possua uma ampla discricionariedade para recusar a barganha conforme seu prudente arbítrio, a análise da base fática como requisito para o acordo se tornou mera formalidade,[383] desvirtuando tal pressuposto e, assim, relativizando as limitações à justiça negocial.[384]

379 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 87.

380 TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 41 (tradução livre).

381 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 86-87.

382 Sobre isso, ver item 3.1.4 deste trabalho, em que se analisará criticamente o retrocesso processual acarretado pelo instituto da barganha, especialmente em razão do reposicionamento da confissão como rainha das provas. Assim, a referida compatibilização entre os mecanismos negociais e as premissas de um processo penal democrático se mostra difícil, ou até impossível.

383 TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 41. Em pesquisa empírica realizada na Alemanha, 72% dos juízes afirmaram que se contentam com a confissão do acusado para fundamentar a homologação dos acordos (RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 311).

384 Como afirma Stephanos Bibas: "Nosso processo de reconhecimento de culpabilidade se tornou aerodinâmico, com o fim de permitir o máximo de barganhas com o mínimo de trabalho. Ele é tão obcecado com eficiência que até acusados que se recusam a admitir sua culpa ou afirmam inocência não conseguem nos frear" (BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 69) (tradução livre).

CAPÍTULO 2
ESPAÇOS DE CONSENSO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA E SUAS TENDÊNCIAS DE EXPANSÃO: MECANISMOS ATUAIS E CRÍTICA DAS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO

Após analisar as premissas principiológicas e os contornos conceituais da barganha, passa-se agora ao exame dos espaços de consenso na justiça criminal, tanto em suas manifestações atuais quanto em propostas de ampliação. Focar-se-á no cenário pátrio, com o estudo dos espaços de consenso atualmente autorizados por lei, quais sejam, os institutos dos Juizados Especiais Criminais e a delação premiada, esquematizando seus traços fundamentais para, assim, desenhar a justiça negocial brasileira hodierna. Por fim, será empreendido exame das propostas de expansão desses espaços, com a introdução de mecanismos transacionais mais amplos (que essencialmente caracterizam aquilo definido como barganha neste trabalho), a partir da crítica às previsões dos projetos de novos Código de Processo Penal (PLS 156/09) e Código Penal (PLS 236/12).

2.1 Juizados Especiais Criminais e a informalização do processo penal. A sumarização das garantias fundamentais. Delimitações acerca dos institutos precursores à barganha no ordenamento brasileiro

Inegavelmente, o marco principal da justiça consensual no campo jurídico-penal brasileiro se deu com a Lei 9.099/1995, que regulou os Juizados Especiais Criminais. Antecedida por propostas inexitosas

que pretendiam introduzir mecanismos de inspiração transacional[385] e pelo exemplo em âmbito cível dos juizados de pequenas causas,[386] sua estruturação se impôs com a previsão contida no inc. I do art. 98 da Constituição Federal de 1988,[387] a qual determinou a criação dos juizados especiais[388] e legitimou a transação no ordenamento brasileiro, fragilizando parte das críticas doutrinárias que a objetavam.[389] Entretanto, tal mandamento ao legislador carecia da edição de lei federal regulamentadora, que tardou a ser promulgada e, assim, possibilitou tentativas estaduais de implementação de juizados especiais em seus territórios,[390] os quais, entretanto, findaram maculadas pela inconstitucionalidade apontada pelo Supremo Tribunal Federal.[391]

Aponta-se que a Lei 9.099/1995 estruturou um "microssistema" em meio ao ordenamento jurídico brasileiro,[392] almejando,

385 Conforme Gerber e Dornelles, em 1981 o anteprojeto de CPP de Frederico Marques previa uma espécie de acordo para solucionar o caso penal, instituto semelhante à transação penal atual; já em 1983, Projeto n.º 1.655/1, propôs a extinção do processo sem julgamento de mérito se o acusado aceitar, em sua resposta formal, o pagamento de multa a ser fixada pelo juiz (Gerber, Daniel; Dornelles, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 41-42).

386 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 144-148.

387 "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 sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

388 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 9-10; Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6; Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 308.

389 Cumpre, desde já, apontar que tal previsão constitucional, intitulada "fundamentação constitucional do consenso" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 148-149), é, em muitos casos, utilizada pela doutrina favorável aos mecanismos negociais para afastar de plano qualquer questionamento acerca da constitucionalidade dos institutos consensuais, ou seja, torna-se um subterfúgio de escape, que inviabiliza a necessária crítica dogmática a tal ponto, e, portanto, deve ser problematizado.

390 Comumente, citam-se os exemplos de Mato Grosso do Sul, Paraíba e Mato Grosso. Sobre isso, ver: Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 149-150.

391 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 38.

392 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na*

segundo parte da doutrina, favorecer a celeridade e a eficiência no julgamento de casos penais,[393] o que, supostamente, aproximaria o direito processual pátrio às tendências internacionais[394] e romperia com um padrão de política criminal repressor característico da época.[395]Nesse sentido, há quem afaste qualquer influência do modelo estadunidense,[396] enquanto aponta-se a aderência do cenário brasileiro às características dos mecanismos consensuais europeus.[397]

Portanto, embora não se possa esquecer do marcante instituto da delação premiada,[398] é no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que se estabelece essencialmente a *justiça consensual no Brasil*,[399] a partir da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.[400] Trata-se de espaços de

perspectiva das garantias constitucionais, cit., p. 312.

393 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 153.

394 Ada Grinover aponta a aproximação do processo penal brasileiro ao Código de Processo Penal Modelo para Ibero-américa: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 73.

395 GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 47.

396 Sobre as diferenças apontadas entre os mecanismos brasileiros e estadunidenses, ver: GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 45; GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 48. Entretanto, a influência do modelo dos Estados Unidos é inegável, ainda que seu impacto seja discutível. Sobre isso, ver: MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*. Porto Alegre: SAGE, 2004. p. 212.

397 "A análise das alternativas consensuais estrangeiras não aconselha seguir a amplitude do modelo transacional norte-americano, distante das tradições do processo penal brasileiro, que mais se aproxima dos fundamentos do processo penal europeu: a) a regulação por lei dos seus institutos, com o estabelecimento de seus pressupostos e requisitos; b) limitação ao poder de atuação do Ministério Público, que atua vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e às regras de aplicação estrita do princípio da legalidade; e c) outorga de papel mais relevante ao juiz criminal" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 269).

398 Acerca da delação premiada e sua expressão em termos de consenso, ver item 2.2 deste trabalho.

399 GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 42.

400 "[...] no campo da justiça penal consensual, a lei de 1995 não só regulou a transação prevista na Constituição, mas também criou o acordo reparatório e a suspensão condicional do processo (probation)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*, cit., p. 74). Assim, também: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 152.

consenso limitados, restritos a transgressões de pouca gravidade, intituladas *infrações de menor potencial ofensivo*, que, inicialmente, se restringiam às contravenções e crimes punidos com pena máxima de até um ano, alargando-se, posteriormente, para o limite abstrato de dois anos.[401] Ademais, com o passar do tempo, leis posteriores utilizaram-se dos mecanismos consensuais implementados, de modo a expandir seu âmbito de atuação.[402]

Para a compreensão da aplicabilidade dos institutos da Lei 9.099/1995, em resumo, o procedimento para julgamento se inicia com a fase preliminar, em que a autoridade policial lavra termo circunstanciado[403] (já que é dispensado o inquérito policial) e encaminha o autor do fato e a vítima ao juizado (ou firma o compromisso de comparecimento). Posteriormente é designada audiência preliminar, momento em que, conforme o caso, se intenta a composição civil dos danos e a transação penal. Se mal sucedidas, possibilita-se o oferecimento da acusação e agenda-se uma data para audiência de instrução e julgamento, ato em que serão produzidas as provas e julgado o caso. Entretanto, no início dessa segunda audiência, após o recebimento da exordial acusatória pelo juiz, autoriza-se, se presentes seus pressupostos, a proposta de suspensão condicional do processo.[404]

2.1.1 Os institutos consensuais precursores: composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo

O regramento do procedimento sumaríssimo, previsto na Lei dos Juizados Especiais para o julgamento de infrações de menor

401 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 153-154. Em crítica aos critérios de definição da competência dos Juizados Especiais Criminais, ver: Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 122-139.

402 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 309-311; Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 217-243.

403 Em análise crítica do "termo circunstanciado", ver: Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 139-147.

404 Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 976-982; Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 104-182.

potencial ofensivo, prevê, portanto, três institutos que se relacionam de diferentes modos com o objeto deste trabalho: a justiça negocial. Embora cada um desses mecanismos apresente características distintas, alguns mais semelhantes à barganha, outros menos, eles compartilham elemento fundamental comum: a concordância do réu em aceitar a acusação e, assim, consentir com a realização de obrigações acordadas. Importante ressaltar que neste tópico não se almeja traçar análise exaustiva de cada instituto, mas apontar suas particularidades fundamentais como exemplos de espaços de consenso no processo penal brasileiro atual.

Inicialmente, cumpre alertar que, acerca da *composição civil dos danos*, como exposto anteriormente, em uma concepção restrita do princípio da oportunidade (que pressupõe a relativização do dever acusatório de um órgão público),[405] pensa-se que tal instituto não representa a fragilização da regra de obrigatoriedade, ao passo que expressa, em verdade, a ampla discricionariedade do acusador privado/vítima, nas ações que dependem de sua atuação (ação penal de iniciativa privada e pública condicionada). Por outro lado, partindo-se de um conceito amplo de consenso (que vai além dos mecanismos negociais entre acusador e defesa, abarcando a ideia de resolução do conflito entre vítima e agressor),[406] a composição prevista na Lei 9.099/1995 figura entre os mecanismos característicos da justiça consensual.[407]

A composição civil está prevista nos arts. 72 a 74 da Lei dos Juizados Especiais, devendo[408] ocorrer no primeiro momento da audiência preliminar do procedimento (ou, em segunda tentativa, no início da audiência de instrução e julgamento), visando à

405 Sobre isso, ver itens 1.1.2 e 1.1.3 deste trabalho.

406 Aqui, em atenção à construção doutrinária majoritária, utiliza-se de concepção mais ampla do que aquela anteriormente desenvolvida na delimitação conceitual acerca da justiça consensual, empreendida no item 1.1.3.

407 "Importante notar que a composição, apesar de ter por objeto interesse de natureza cível, apresenta, inegavelmente, elementos consensuais que repercutem de modo significativo na persecução criminal, inserindo-se, por conseguinte, na esfera da justiça penal consensual" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 157).

408 "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, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103).

solução pactuada entre a vítima e o suposto agressor, por meio de diálogo intermediado pelo juiz ou conciliador,[409] com a presença obrigatória dos respectivos advogados.[410] Trata-se, portanto, de "uma conciliação ou de uma forma autocompositiva processual de solução do conflito".[411]

Realizado o acordo, seu termo deverá ser homologado[412] pelo juiz togado por meio de sentença irrecorrível, a qual acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, respectivamente, nas ações penais de iniciativa privada ou pública condicionada, resultando na extinção da punibilidade do acusado.[413] Contudo, se realizada em ação incondicionada, não se configura impedimento à atuação do Ministério Público, com posterior oferecimento de proposta de transação penal ou da denúncia.[414] Uma vez que inexiste qualquer limitação legal, a composição pode ser concretizada inúmeras vezes, sem restrição temporal.[415] Em caso de descumprimento do acordo pelo suposto autor do fato, o processo não poderá ser retomado, ao passo que a sentença homologatória deverá ser executada na esfera cível, visto que se trata de título executivo judicial.[416]

O outro instituto consensual do procedimento sumaríssimo, que expressa de um modo patente a natureza negocial de acordo entre acusação e defesa, é a *transação penal.* Por certo, trata-se do mecanismo com maiores semelhanças à *plea bargaining*

409 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 156.

410 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 133.

411 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 101.

412 "O juiz, por tratar-se de direitos disponíveis, não poderá modificar a composição civil, tanto no plano dos fatos como da extensão indenizatória. A decisão é de homologação da manifestação volitiva das partes" (Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 104).

413 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 143-145.

414 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 157. Conforme Nereu Giacomolli, em tal hipótese, a composição eventualmente poderá ser utilizada como causa especial de diminuição da pena (Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 100).

415 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 100.

416 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 142-143.

estadunidense [417] e, em termos genéricos, aos distintos procedimentos abreviados latino-americanos ou europeus. Se inexitosa a tentativa de composição civil, configura-se o momento em que o representante do Ministério Público deverá, se caracterizados os requisitos legais, apresentar proposta de "aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa", nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/1995, a partir de implementação do mandato constitucional do art. 98, I.

Trata-se de acordo realizado entre o acusado (necessariamente acompanhado por advogado) e o promotor,[418] em que aquele aceita a aplicação imediata de uma sanção penal,[419] sem o transcorrer regular do processo, ou seja, com a "concretização antecipada do poder de punir".[420] Em contrapartida, o interesse acusatório é favorecido pela imposição de uma punição de modo célere, com redução de gastos de recursos. Ou seja, caracteriza-se como pacto, em que, teoricamente,[421] ambas as partes são beneficiadas. Embora ateste conformidade com a proposta de punição,[422] conforme a doutrina majoritária, o acusado não reconhece sua culpabilidade, o que supostamente afasta violações à presunção de inocência.[423]

417 Embora a doutrina aponte diversas diferenciações, pensa-se que sua essência comum possibilita a identificação de certas características e de críticas pertinentes. Sobre tais distinções, ver: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 162-165.

418 A vítima não pode interferir na realização da transação penal, mesmo que a anterior tentativa de composição civil tenha sido malsucedida (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 165).

419 "No âmbito criminal, a transação se configura como acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que este se submeterá, de imediato, a pena restritiva de direitos ou multa, com o intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*" (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 158).

420 KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 34-49.

421 Sobre as críticas ao suposto benefício ao acusado, ver itens 3.1.2 e 3.1.6 deste trabalho.

422 "A proposta da acusação deverá ser clara e precisa, para dar ao autuado e seu defensor pleno conhecimento da pena proposta, com a medida de suas consequências práticas. Referir-se-á ao fato narrado no termo da ocorrência, mas sem qualquer tipificação legal. Isso porque a aplicação da sanção não indica reconhecimento de culpabilidade" (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 158).

423 "Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil" (GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES,

Conforme o procedimento previsto, após a tentativa de composição civil, o Ministério Público deverá analisar se o caso apresenta justa causa para afastar a hipótese de arquivamento.[424] Trata-se de imposição fundamental, que deve ser primordialmente atendida pelo acusador público, já que a transação penal somente pode ser aceita se houver lastro probatório suficiente que indique a ocorrência de uma infração de menor potencial ofensivo, ou seja, ao acusado somente se imporá pena restritiva de direitos ou multa em tal momento inicial se for possível uma eventual condenação ao final do processo.[425] Se o caso for de ação penal pública condicionada, a proposta dependerá de prévia representação do ofendido. Quanto à possibilidade de tal instituto em ação de iniciativa privada, a doutrina apresenta divergências.[426] Outrossim, o juiz atuará na homologação da proposta ratificada, em sentença de debatida natureza jurídica,[427] mas que, por certo, nos termos legais, não acarreta antecedentes ou reincidência.[428] Tal decisão é apelável, mas somente em relação a eventuais vícios no consentimento do acusado ou se houver abuso com a modificação dos termos pactuados pelo magistrado.[429]

Além disso, certos requisitos são previstos no texto legal para que se autorize a realização da transação. Além de não poder ter sido condenado definitivamente à pena privativa de liberdade por prática de crime, o autor do fato também não deve ter efetuado outro

Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 164).

424 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 161.

425 De modo semelhante: Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 130; Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 90-91.

426 Sobre isso, ver: Carvalho, Luis G. G. Castanho de; Nunes Júnior, Flávio M. A. A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, p. 71-85, 2005. Afirmando sua possibilidade: Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 150-151; Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 172-176. Em sentido contrário: Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 167-171.

427 Afirmando sua natureza meramente homologatória: Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 167-170. Por outro lado, atestando sua eficácia condenatória: Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 98-99.

428 Gerber, Daniel; Dornelles, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 80-81.

429 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 160.

acordo semelhante nos cinco anos anteriores. Ou seja, tal mecanismo negocial somente pode ser pactuado uma vez a cada cinco anos. Por fim, analisa-se a personalidade do acusado e as circunstâncias fáticas da conduta ilícita.[430]

A partir da verificação da adequação do caso concreto a tais pressupostos, surge fundamental discussão doutrinária: o acusador público pode se recusar a oferecer a proposta de transação se atendidos tais requisitos? Embora o texto legal utilize o termo "poderá", parece dogmaticamente inquestionável que o promotor não tem discricionariedade para não propor o acordo em caso compatível com as condições prevista na lei.[431] Resta cristalina a arbitrariedade de atitude que, por qualquer outro motivo extralegal, vede ao acusado a possibilidade de utilizar-se do referido instituto. Então surge mais uma questão: o que deve ser feito diante de uma negativa injustificada nesse sentido? Uma primeira corrente (1) atesta que tal mecanismo torna-se um direito público subjetivo do acusado quando adequado ao caso e, assim, caberia à defesa requerer ao magistrado a transação, que homologaria ou não o pedido, "zelando pela observância dos direitos do imputado".[432] Por outro lado (2), há quem sustente que a proposta deve ser formulada pelo próprio magistrado,[433] tese que, diante da crítica de violação ao sistema acusatório pela usurpação de atividades do representante do Ministério Público, é defendida por **Tourinho Filho** em razão de questionável autorização do ordenamento processual penal brasileiro à postura ativa do julgador.[434] Além disso, defende-se, também, a

430 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 126-128.

431 Nesse sentido, a doutrina majoritária afirma a obrigatoriedade do oferecimento da proposta, se atendidos os requisitos previstos na Lei: Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 153; Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 91; Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 121.

432 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 166.

433 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 129-130.

434 "Ademais, o Processo Penal, no nosso ordenamento, não é eminentemente acusatório. A pedra de toque do processo acusatório está na separação das funções do Acusador e do Julgador. Do contrário, o juiz não poderia determinar, *ex officio*, a produção de provas (vejam-se, a propósito, no CPP, dentre outros, os arts. 156, 176, 209, 234, 241, 276, 407, 425). O que deveria ser tarefa própria das partes foi permitido também ao Juiz" (Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 101).

possibilidade de rejeição da denúncia pelo juiz[435] devido à falta de condição da ação, interesse de agir, uma vez que o oferecimento da proposta nesse caso seria pressuposto para o início do processo.[436] Por fim (4), a quarta posição, adotada majoritariamente e pelos tribunais superiores pátrios, impõe a aplicação, por analogia, do art. 28 do Código de Processo Penal, o qual determina o envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça se o magistrado discordar da postura do promotor, pretensamente preservando, assim, a separação de funções características da acusatoriedade.[437] Diante de tais teorias, pensa-se

435 Conforme Fernando Fernandes, duas situações devem ser distinguidas: quando o acusador público não oferece a transação em razão de entender cabível o arquivamento do caso anteriormente; ou quando o promotor atesta justa causa para a persecução e afirma que a transação penal não é cabível. Naquele, para o doutrinador, deve ser utilizado o art. 28 do CPP, mas neste, não. Na segunda situação o juiz deveria rejeitar a denúncia posteriormente oferecida, se entender atendidos os pressupostos da transação. Em resumo, aponta que: "Em síntese, no procedimento previsto no art. 28.° do CPP o que está em jogo é o *jus pursequendi in judicium* e, sendo o Ministério Público o seu titular, somente o superior hierárquico da Instituição pode dar a última palavra a esse respeito; na hipótese da transação penal o que se discute é o direito subjetivo do acusado à proposta, cabendo apenas ao órgão jurisdicional o pronunciamento sobre a presença dos requisitos legais. Tanto é assim que é o juiz quem irá, posteriormente, verificar se estão presentes os requisitos legais para a homologação ou não da transação (art. 76.°, §§ 3.° e 4.°)" (Fernandes, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 602).

436 Nesse sentido, afirma Maria Lúcia Karam: "Defeituosamente proposta a ação penal condenatória, não será o juiz que deverá 'oferecer a transação'. Tampouco deverá remeter o processo ao Procurador-Geral, por meio de aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP. Estas soluções, aventadas desde o aparecimento da Lei 9.099/95, parecem não ter percebido que a recusa infundada do Ministério Público, autor da ação penal condenatória, em obedecer às regras do art. 76 da Lei 9.099/95 nada mais é do que um exercício ilegítimo do direito de ação, a reclamar a solução legal e tradicionalmente prevista para uma tal hipótese" (Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 93-94). Também de modo semelhante: "Os institutos da conciliação (art. 74) e da transação penal (art. 76) representam estágio anterior obrigatório pelo qual deverão os operadores do direito passar antes de se falar em propositura da ação penal. Assim, para as infrações recepcionadas por essa lei, devem-se esgotar todas as formas extraprocessuais de solução do conflito penal para que, somente depois, e acaso aquelas restem infrutíferas ou inaplicáveis, possa o interessado deduzir, validamente, pedido condenatório em face do acusado. [...] a ação carecerá de interesse de agir (interesse-necessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual através da conciliação ou da transação penal" (Moraes, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 82-83). Em visão contrária: Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 171-172.

437 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 155; Zanatta, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, cit., p. 81-111; Gerber, Daniel; Dornelles,

que a realização do acordo é um direito do acusado, se o caso concreto se adequar às determinações legais, e, assim, não há que se admitir recusa do acusador público, já que é patentemente arbitrária.[438] Portanto, seja a partir de requerimento da defesa ou, até de ofício, o juiz deve garantir a sua concretização, se houver o consentimento do suposto autor do fato. Em último caso, também parece legítimo o não recebimento da denúncia, que se mostra, inclusive, opção preferível, por transferir o gravame causado pela injustificada recusa ao seu causador, o membro do Ministério Público. O que, por certo, não se pode aceitar é a obstaculização do exercício de tal direito, seja por decisão do promotor ou de seu superior (Procurador-geral de Justiça).

Tal conclusão, contudo, não afasta a definição da transação penal brasileira como expressão da justiça consensual, [439] por dois motivos: 1) a ideia de consenso no processo penal diz respeito, fundamentalmente, à concordância do acusado à concretização antecipada do poder punitivo estatal, é ele quem renuncia à sua posição de resistência, ao seu direito de defesa, e aceita a sanção penal, e, por isso, a essência consensual/negocial aí se coloca; e, 2) tal característica não é afastada ao se determinar o oferecimento da proposta como dever do acusador, se presentes os requisitos legais, visto que sua vontade (caracterizando a ideia tradicional de acordo) pode (mais do que isso, precisa necessariamente) ser vinculada à Lei, em prol do princípio da legalidade que deve determinar a postura dos agentes públicos, especialmente na esfera criminal.[440]

Ademais, outra importante problemática diz respeito às consequências do descumprimento da sanção penal imposta ao réu. Inicialmente, considerou-se a possibilidade de conversão em restritiva de liberdade, conforme as regras da legislação penal para

Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 77.

438 GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 123-125.

439 Em sentido diverso, Rosimeire Leite aponta que, em razão de sua essência consensual (e sob pena de descaracterizar tal natureza), o acordo é bilateral e, portanto, o representante do Ministério Público tem espaço de discricionariedade, de modo que a solução adequada é o envio ao Procurador-Geral de Justiça (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 170-171).

440 "Assim, a atuação do Ministério Público não é uma manifestação pura do princípio da oportunidade, ou seja, de uma opção em deduzir ou não uma pretensão alternativa, mas uma atuação determinada pela lei" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 121).

o caso de inadimplemento de pena restritiva de direitos. Todavia, tal opção viola frontalmente o devido processo legal, ao passo que determina a prisão de acusado sem o transcurso do processo, além de infringir a ampla defesa e o contraditório.[441] Assim, surgiu tese que autorizava a retomada da persecução criminal, com o oferecimento da peça acusatória. Porém, há crítica em razão da indevida desconsideração da decisão homologatória do acordo, a qual produziu coisa julgada material e, assim, tornou-se imutável.[442] Conforme **Nereu Giacomolli**, a única alternativa admissível com base na sistemática legal atual é a execução no âmbito dos Juizados Especiais, com eventual convocação das partes à audiência, visando à solução consensual da problemática.[443] Contudo, recente súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (número 35) assentou que: "A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se o status quo ante, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

Por fim, o terceiro instituto que caracteriza exemplo de espaço de consenso e da justiça negocial no processo penal brasileiro é a *suspensão condicional do processo.*[444] Certamente inspirado em arquétipos estrangeiros,[445] tal mecanismo acarreta a paralisação do procedimento, após o recebimento da denúncia, por tempo determinado, durante o qual o acusado consente em se submeter a certas condições, as quais, se atendidas, acarretam a extinção da sua punibilidade (e, consequentemente, do processo) ao término do

441 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 180; Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 144-145.

442 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 170.

443 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 145-146. Alternativamente, também sugere-se a conversão da pena restritiva de direitos descumprida em perdas e danos, com arbitramento de valor pecuniário e execução (Gerber, Daniel; Dornelles, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 78). Afirmando a impossibilidade de qualquer consequência em caso de descumprimento de pena restritiva de direitos, em razão da lacuna legal: Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 105-106.

444 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 184.

445 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 188-197; Ishida, Válter Kenji. *A suspensão condicional do processo.* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17-26.

referido lapso temporal.[446] Conforme sua determinação legal (art. 89 da Lei 9.099/1995), tal opção é admissível em delitos com pena abstrata mínima menor ou igual a um ano, tornando-se, assim, mais abrangente do que o âmbito de aplicação dos institutos restritos às infrações de menor potencial ofensivo.[447] Ademais, requer-se que o acusado não esteja sendo processado por outras supostas transgressões ou que tenha sido condenado por crime, além de caracterizar medida adequada diante das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado.[448]

A proposta de suspensão deverá ser apresentada pelo acusador público, juntamente com o oferecimento da denúncia, tanto em procedimento ordinário,[449] sumário ou sumaríssimo, neste se não realizada a transação penal anteriormente. Aqui se coloca a idêntica problemática anteriormente descrita em relação à obrigatoriedade da realização da proposta e as consequências da negativa ilegítima do representante do Ministério Público.[450] Semelhantemente, pensa-se que o cumprimento dos requisitos legais acarreta a caracterização de direito do acusado, ao passo que se torna arbitrária a negativa, devendo ser suprida pelo Judiciário de ofício ou com requerimento da defesa.[451] Entretanto, a posição majoritária, na esteira da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, afirma que a questão deve ser remetida ao Procurador-geral do Estado, analogicamente ao art. 28 do Código de Processo Penal.[452]

Realizado o acordo, há a suspensão do processo e do prazo prescricional por decisão interlocutória do juiz, iniciando-se o período de prova, que pode ser de dois a quatro anos, conforme determinado

446 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 369.

447 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 185.

448 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 310.

449 Sobre o momento do oferecimento da proposta de suspensão no procedimento ordinário diante da reforma de 2008, ver: Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 186.

450 Ishida, Válter Kenji. *A suspensão condicional do processo*, cit., p. 59-103.

451 Acerca dessa discussão: Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 207-209.

452 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 317-320.

na proposta ratificada, em que o acusado deve cumprir as obrigações pactuadas, sob pena de revogação e retomada da persecução.[453] Conforme a doutrina majoritária, a concretização de tal mecanismo não pressupõe reconhecimento de culpabilidade do suposto ofensor, não acarretando antecedentes ou reincidência.[454]

Diante da descrição dos três institutos introduzidos pela Lei 9.099/1995 dos Juizados Especiais Criminais, marcantes expressões de espaços de consenso e, em certo ponto, da justiça penal negocial, ressalta-se sua essência comum: a aceitação do acusado a cumprir obrigações,[455] com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo, em troca de suposto benefício.[456] Juntamente com a previsão de mecanismos de delação premiada, tal cenário inquestionavelmente atesta a paulatina expansão dos espaços de consenso no campo jurídico-penal brasileiro, especialmente a partir da necessidade contemporânea de colaboração à persecução punitiva, o que certifica a cristalina insuficiência da resposta estatal ao complexo fenômeno delitivo. Por fim, importante salientar a aderência desses institutos às críticas apontadas à barganha neste trabalho.[457] Contudo, em razão da imposição constitucional, que determina a previsão infraconstitucional da transação, mostra-se mais consolidada a sua existência no ordenamento pátrio. Portanto, propõe-se que a abrangência dos mecanismos negociais devem se limitar a tal âmbito, repelindo-se, assim, as propostas de expansão.[458]

453 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 187-188.

454 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 369.

455 Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 199.

456 De modo semelhante, embora afirmando o reconhecimento da procedência do pedido "independentemente de reconhecimento da prática da infração", Maria Lúcia Karam aponta a cessão à resistência da defesa (Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 167). Asseverando que a aceitação da transação acarreta o reconhecimento de culpa, aponta Cezar Bitencourt: "No momento em que o autor do fato aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo a culpa, o que é natural em razão do princípio nulla poena sine culpa" (Bitencourt, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. Lei n. 9.099, de 26.9.95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 103).

457 Ver, especialmente, o item 1.2.2 (crítica às justificações dos mecanismos negociais) e o capítulo 3 (descrição das aporias da barganha à justiça criminal).

458 Sobre isso, ver item 2.3 (crítica às propostas legislativas) e as considerações finais deste trabalho.

2.2 Delação Premiada e Acordos de Leniência: a relativização do mínimo ético na persecução penal estatal e o desvirtuamento da distribuição das cargas probatórias no processo

Somada à inserção de espaços de oportunidade no processo penal brasileiro com os institutos negociais dos Juizados Especiais Criminais, a ampliação do âmbito de aplicabilidade de mecanismos de colaboração com a justiça é marcante tendência no campo jurídico-criminal brasileiro.[459] Trata-se de fenômeno intimamente relacionado com a expansão das possibilidades de consenso em meio à consolidação do denominado Direito Penal premial.[460] Assim, o presente tópico pretende esboçar os traços fundamentais da "delação premiada"[461] no ordenamento pátrio, sem pretensão de exaustão em razão da complexidade de seus contornos, mas almejando relacioná-

459 Coutinho, Jacinto Miranda; Carvalho, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, n. 22, ano VI, p. 75-84, São Paulo, abr.-jun. 2006, p. 77; Cordeiro, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista Ajuris*, v. 37, n. 117, p. 274-296, mar. 2010, p. 274-275.

460 "A delação premiada é modalidade do denominado direito premial. Trata-se de exercício das autoridades no sentido de oferecer prêmios aos próprios autores, a fim de facilitar o desmantelamento de organizações criminosas" (Lamy, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal.* A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 23, nota 61). Sobre isso, ver item 1.2.1 deste trabalho e, também: Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 23-27.

461 Embora parte da doutrina opte por eufemisticamente utilizar somente a denominação "colaboração premiada", apontando uma suposta carga negativa do termo "delação", neste trabalho utilizar-se-ão ambas as nomenclaturas para expressar o instituto em análise no presente tópico. Sustentando a adequação somente da denominação "colaboração premiada", mas posteriormente empregando diversos termos para sua remissão ("delação premiada", "colaboração premiada", "arrependimento processual" e "arrependidos"), afirma Frederico Pereira: "A designação por alguns termos equívocos, como delação premiada ou arrependidos, não auxilia na tarefa de definir os contornos precisos do instrumento da colaboração processual. O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo o delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, marcando posição de cunho pernicioso; além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações" (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 27-28). Para uma tentativa de diferenciação entre delação e colaboração, ver: Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 52-53.

los à barganha como exemplos de expressões da justiça negocial. Nesse sentido, empreender-se-á a definição de seu conceito e a sua comparação aos acordos entre acusação e defesa para reconhecimento de culpabilidade para, posteriormente, a partir do estudo de sua regulamentação legal (detalhada pela Lei 12.850/2013), ponderar possíveis contribuições à crítica da barganha.

Em relação à sua conceituação, pode-se afirmar que a delação premiada é "instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)".[462] Por outro lado, há quem enfoque a finalidade persecutória do referido instituto, no auxílio à instrução criminal, como uma "técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita",[463] caracterizando, como se apontará posteriormente, uma das principais críticas ao instituto em análise: o desvelamento da dependência estatal à colaboração do próprio acusado em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência, ou seja, há uma indevida inversão das cargas processuais.[464]

462 Bittar, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: Bittar, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada.* Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5. Conforme Eduardo Silva, "a colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva)" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 52). Contudo, o autor limita a colaboração somente à fase de investigação criminal, o que parece restringir a sua possibilidade à etapa pré-processual. Tal afirmação se mostra inadequada, visto que a delação, conforme disposto na Lei 12.850/2013 (e afirmado pelo próprio autor posteriormente), pode se implementar na investigação, durante o processo ou até na fase de execução da pena.

463 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 35.

464 Na esteira de Aury Lopes Jr. e James Goldschmidt, optou-se por utilizar a terminologia "carga probatória", em adoção à teoria da situação jurídica processual. Sobre isso, ver: Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 100-106; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal.* Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 255-262; Goldschmidt, James. Teoría general del proceso. In: Goldschmidt, James; Quiroga, Jacobo (ed.). *Derecho, derecho penal y proceso.* Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 829-830. Acerca da denominação "ônus probatório", ver, exemplificativamente: Badaró, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: RT, 2003. p. 156-193.

Além disso, importante citar instituto com crescente importância no campo jurídico-penal brasileiro, intimamente relacionado com os mecanismos premiais,[465] é o acordo de leniência. Trata-se de uma "espécie de delação premiada", concretizado a partir de regime jurídico próprio com regulação na legislação antitruste, cuja principal diferenciação, conforme **Anna Lamy**, se atesta pela autoridade legitimada a propor o acordo, que na leniência é o Ministério da Justiça e não o Ministério Público.[466] Paulatinamente introduzido no ordenamento pátrio por medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei,[467] tais mecanismos foram consolidados na recente legislação que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência (12.529/2011). Por certo, esse instituto apresenta contornos relevantes às tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal, de modo que suas peculiaridades carecem de análise específica, o que ultrapassa as pretensões deste trabalho.[468]

A natureza jurídica da colaboração premiada é controvertida na doutrina e, nesse ponto, expressa importante diferenciação no enfrentamento crítico do instituto. Por um lado, há quem aponte sua natureza dúplice, como confissão ao delator e prova testemunhal em relação aos delatados.[469] Contudo tal visão é passível de críticas,[470]

---

465 "No caso de crimes de Cartéis, o legislador atribuiu ao instituto o nome de 'Leniência'. Ambos são, por assim dizer, duas faces da mesma moeda, Trata-se do mesmo Instituto que, genericamente, pode ser tratado como 'colaboração premiada'" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado.* Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60).

466 LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*, cit., p. 47.

467 "O Programa de Leniência foi introduzido à Lei n. 8.884/94 pela Medida Provisória n. 2.055, de 11 de agosto de 2000. Após três edições, a Medida Provisória foi convertida na Lei n. 10.149/2000 e consolidou, dentre outros, os artigos 35-B e 35-C na Lei de Defesa da Concorrência. [...] O programa é também regulamentado pela Portaria do Ministério da Justiça n. 456, de 15 de março de 2010, que trata de diversas espécies de processos administrativos com especialização na apuração, prevenção ou repressão de infrações contra a ordem econômica no âmbito da Secretaria de Direito Econômico" (SALOMI, Maíra Beuchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais.* 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 128-129).

468 Sobre isso, ver, exemplificativamente: SALOMI, Maíra Beuchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*, cit., p. 127-267; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*, cit., p. 47-115.

469 GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 161.

470 "Do ponto de vista técnico, é incorreto estender o tratamento jurídico do testemunho, da

já que o colaborador não pode ser considerado tecnicamente como testemunha,[471] por se tratar de pessoa interessada no desenrolar do processo.[472] Assim, afirma-se que esse instituto assume natureza *sui generis*[473] ou de "testemunho impróprio", diante de suas limitações probatórias.[474]

Como expressão da justiça negocial, juntamente com os acordos para reconhecimento de culpabilidade, a colaboração premiada se estabelece no ordenamento pátrio permeada pelos constantes discursos que clamam celeridade e eficiência à persecução penal, ou "o melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo".[475] Por certo, trata-se de questionáveis[476] influxos pautados por objetivos de política criminal,[477] que adentram o processo penal

confissão, ou de qualquer outro meio de prova a esse tipo de declaração, sem cautelas prévias. Isso porque não se está diante de testemunha, qualificada como terceiro alheio ao objeto do processo, mas sim, diante de alguém com relação direta aos fatos imputados, portanto, com interesse não só por ser sujeito processual, como também, pela expectativa de prêmio. E também não se está diante de confissão pura e simples; as declarações desfavoráveis a terceiros não se podem localizar no núcleo de relevância do gênero confissão; a sua natureza jurídica é diversa, havendo imputação direta de fatos a terceiros; deste modo, a valoração desse objeto de prova não pode desconsiderar essas circunstâncias a seguir explicadas" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 160).

471 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 314.

472 Nesse sentido, Frederico Pereira afirma que as declarações acusatórias do coimputado arrependido não poderão "racionalmente conferir os atributos de certeza e segurança, pois as informações do colaborador advêm de pessoa interessada no processo", impedindo, assim, uma condenação com base exclusivamente em tais aportes (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 157).

473 BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 189.

474 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 68. O autor, contudo, aponta que, após a Lei 12.850/2013, as palavras do colaborador passaram a ter força de depoimento, o que acarretaria a necessidade de respeito ao contraditório (com a possibilidade de perguntas pela defesa dos corréus incriminados). Tal visão se mostra questionável, como alertado pelo próprio doutrinador, já que tal legislação consolida a insuficiência da delação para a fundamentação de decisão condenatória.

475 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 20.

476 Para crítica às violações de direitos fundamentais com abuso do pretexto da busca por celeridade e eficiência, ver item 3.1.1 deste trabalho. Nesse sentido, especificamente sobre a delação premiada, ver: VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada:* uma análise através da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 113.

477 FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*, cit., p. 73-77; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p.

sob a justificação de uma suposta necessidade para o enfrentamento da nova criminalidade e das dificuldades probatórias em casos complexos.[478] Inegavelmente, contudo, tal instituto se caracteriza como uma tendência marcante no cenário jurídico internacional, sendo implementado em inúmeros ordenamentos[479] e, inclusive, recomendado por organismos internacionais.[480]

Como já afirmado anteriormente, incluiu-se em um conceito amplo de barganha também o instituto da delação premiada.[481] Embora, inegavelmente, tais mecanismos derivem de cristalinas influências da cultura jurídica da *common law,* especialmente estadunidense,[482] e da íntima relação de ambos com os princípios da oportunidade e do consenso,[483] há quem aponte diferenciações em seus contornos fundamentais. Conforme **Valdez Pereira**, afloram-se distinções em relação aos fundamentos de seu surgimento, já que nos ordenamentos da *common law* a delação premiada surge essencialmente legitimada pelo princípio regente do sistema (a oportunidade), enquanto naqueles de tradição romano-germânica sua introdução se deu motivada por "uma necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade, com cunho eminente de política criminal".[484] Por certo, é inquestionável a diferenciação acerca das

37-39.

478 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 68.

479 Sobre as regulamentações da delação premiada nos Estados Unidos, na Espanha e na Itália, ver: Bittar, Walter Barbosa; Pereira, Alexandre Hagiwara. Breve análise do direito estrangeiro. In: Bittar, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada.* Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7-30.

480 Conforme Eduardo Silva, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, e ratificada internamente no Brasil (Decreto 5.015/2004), recomenda que os Estados-partes tomem medidas para encorajar integrantes de grupos criminosos organizados a colaborarem com a justiça criminal (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 54).

481 Sobre isso, ver item 1.2.1 deste trabalho, em que se conceituou a barganha como "instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, através da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado".

482 Langbein, John H. *The origins of adversary criminal law*, cit., p. 158-165; Lamy, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*, cit., p. 34.

483 "O acordo é aplicação do princípio da oportunidade ou do consenso, conforme o momento processual que ocorrer" (Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 44). Sobre os contornos do princípio da oportunidade (não obrigatoriedade) e da justiça consensual, ver item 1.1 deste trabalho.

484 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 39.

premissas dos sistemas (oportunidade ou obrigatoriedade), entretanto pode-se afirmar que: 1) os ordenamentos de origem continental, pautados pela obrigatoriedade, estão adotando paulatinamente maiores espaços de exceção, em que se autoriza, em regra dentro de parâmetros legalmente definidos, casos de não obrigatoriedade da ação penal de natureza pública; e, 2) não há como afastar semelhantes clamores por celeridade e eficiência em ambos os cenários, de modo que a suposta necessidade é compartilhada argumentativamente na maioria, quiçá por todos sistemas jurídicos internacionalmente.[485]

Além disso, o referido autor também aponta diferenciação entre a delação premiada e a *plea bargaining* na natureza de sua consequência premial: aquela seria viabilizada no plano da apenação por meio de dispositivos substanciais, enquanto esta teria conotação tipicamente processual, com a evitação ou concessões advindas do próprio processo.[486] Contudo, a introdução de mecanismos negociais em ordenamentos continentais tem afastado tais afirmações, por exemplo, com a inserção de espaços de oportunidade pela Lei 12.850/2013, que autoriza o não oferecimento da denúncia em certos casos de colaboração premiada durante a fase investigatória.[487]

Ademais, percebe-se que, em comparação à barganha, ambos os institutos se pautam, em essência, pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual,[488] em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para concretização célere e menos onerosa do poder punitivo.[489] Sua

485 Acerca dos clamores por celeridade e eficiência no sistema jurídico estadunidense, ver, exemplificativamente: Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 1-6. Há quem afirme, inclusive, que o ordenamento brasileiro é que, na verdade, não vivenciou fenômenos delitivos que internacionalmente legitimaram a introdução de mecanismos de colaboração, como máfias ou grupos terroristas (Bittar, Walter Barbosa. Observações necessárias, cit., p. 2).

486 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 42.

487 Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 62.

488 Conforme Gabriel Anitual, tais institutos "têm como característica comum a outorga ao Estado (que é representado pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público) da possibilidade de reduzir a pena ou, inclusive, perdoar o acusado com base em pactos ou acordos" (Anitua, Gabriel I. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido". In: Anitua, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal.* Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 154) (tradução livre).

489 Conforme Frederico Pereira, tais institutos se aproximam enquanto mecanismos direcionados "a incentivar a aproximação entre investigado e órgão de acusação de modo

distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão).[490]

A realização do acordo de colaboração premiada é permeada por certas características procedimentais básicas e requisitos que devem ser atendidos, essencialmente com o objetivo de resguardar direitos fundamentais dos acusados no processo penal.[491] Nesse sentido, o estudo de tais particularidades pode contribuir à análise crítica do (eventual futuro) regramento legal da barganha,[492] uma vez que diversos aspectos, como visto, são compartilhados por ambos os institutos. Assim, além do estudo dos pontos específicos da delação, os seguintes pontos devem ser observados, em especial, já que expressam problemáticas que posteriormente também serão abordadas em relação à barganha:[493] 1) consentimento do réu a partir de vontade livre, esclarecida e consciente; 2) necessidade de lastro probatório para a confirmação da confissão; 3) imprescindibilidade do acompanhamento de advogado em todos os atos; 4) postura passiva do julgador (proibido de participar das negociações); 5) possibilidade de retratação; e, 6) vedação da utilização da declaração de culpa em caso de insucesso da negociação.

---

a preencher os requisitos legais autorizativos da 'sanção positiva' pela contribuição probatória proveniente do imputado, apreciação que não está imune ao controle judicial" (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 43).

490 Nesse sentido, como se sustentará no item 2.3, uma eventual confissão para acordo de "barganha", se não prevista cláusula de delação premiada (com uma redução de sanção penal acrescida), não poderá ser utilizada em desfavor de possíveis corréus.

491 Badaró, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 319.

492 Pensa-se que o estudo do regramento legal (especialmente da Lei 12.850/2013) e do lastro teórico doutrinário acerca da delação pode contribuir para a crítica de eventual legislação que acarrete expansão dos espaços de consenso no ordenamento brasileiro, pois o estudo do instituto da colaboração premiada, embora ainda recente, está mais consolidado no campo jurídico-penal.

493 Posteriormente, no item 2.3 deste trabalho, serão analisadas as propostas de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, especialmente a partir da crítica aos textos dos projetos de reforma integral do Código de Processo Penal (PLS 156/2009) e do Código Penal (PLS 236/2012), os quais apresentam regramento deficitário, que, por certo, não efetiva um sistema de proteção a direitos fundamentais, essencial a um processo penal democrático. Assim, a regulação da delação premiada na Lei 12.850/2013, embora passível de críticas, apresenta aspectos adequados à limitação do referido instituto, os quais podem ser analisados em comparação.

Primeiramente, como já exposto, ambos os institutos negociais partem de denominador comum para sua concretização: a confissão (1).[494] Para a delação premiada, em que um réu acusa coautores, afirma-se a necessidade da autoincriminação,[495] ou seja, impõe-se que "as revelações do colaborador tenham relação com o crime específico pelo qual ele está sendo acusado, ou com a organização ou quadrilha de que fez parte ou tenha colaborado".[496] Tal declaração deve ser realizada ou confirmada diante do juiz competente na fase processual da persecução penal.[497] Além disso, ela deve ser expressão de vontade livre,[498] esclarecida e consciente,[499] portanto, voluntária.[500]

494 "Entende-se como pressuposto da colaboração processual que o investigado confesse os fatos nos quais tenha participado, abrindo mão, de forma expressa, de seu direito constitucional ao silêncio, e comparecendo no processo na condição de testemunha/informante, o que os britânicos denominam de crown witness [...]" (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 30). O autor cita o exemplo da Espanha, que tentou retirar a necessidade de confissão dos fatos para delação em crimes de tráfico de drogas, visando à maior eficácia do instituto. Entretanto, tal postura resultou na distorção dos mecanismos de colaboração, visto que incentivou declarações ilegítimas somente para afastar a responsabilidade do acusado (idem, p. 31). Apontando as divergências da doutrina em relação à necessidade de confissão para a delação premiada, ver: Carvalho, Salo; Lima, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: Pinho, Ana C. Bastos de; Gomes, Marcus A. de Melo (coord.). *Ciências criminais*: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 242.

495 Eduardo Silva aponta, inclusive, a importância da "inexistência da finalidade de atuar ou mesmo eliminar a própria responsabilidade penal" na declaração do colaborar, já que ele deve atestar "plena admissão [...] de sua participação nos fatos apurados" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 73).

496 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 36. Contudo, posteriormente afirma o autor: "Entende-se não ser preciso que, configurando-se uma organização criminosa, o agente tenha que dela fazer parte para postular o prêmio [...]. Isso permite a utilização do instituto a simples colaboradores menores, não pertencentes à estrutura organizada da associação ou organização criminosa" (idem, p. 120).

497 Bittar, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 96.

498 "A voluntariedade da iniciativa do colaborador é um dos pontos mais sensíveis do instituto no plano prático, ante a real possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz. Se são previsíveis ocorrências de excessos para a extração de uma confissão durante as investigações, nada impede que também possam ocorrer na busca de uma colaboração eficiente, o que conduzirá inevitavelmente à ilicitude da prova obtida [...]" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 57).

499 Sobre a delimitação de tais requisitos a partir da doutrina estadunidense acerca do *plea bargaining*, ver item 1.2.3 deste trabalho. Em relação à delação, ver: Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 115.

500 Em relação à voluntariedade da colaboração, importante citar debates doutrinários, especialmente em razão da redação do instituto na Lei de Crimes Hediondos, que exigiam também "espontaneidade" na atuação, ou seja, tal ato não poderia ser iniciado

Adicionalmente, e aqui apresenta-se a principal diferença à barganha, é imprescindível a realização de uma colaboração eficaz à persecução penal, por meio de postura ativa do delator.[501] Desse modo, estabelece-se uma obrigação processual ao agente,[502] "um dever de colaborar de forma permanente com as autoridades", de modo que sua presença é obrigatória em todos os casos em que for solicitada pela autoridade policial ou judicial.[503] Isso se dá essencialmente a partir da renúncia ao direito ao silêncio ocasionada pela aceitação do acordo de delação, amplamente discutida pela doutrina,[504] mas determinada pelo regramento da Lei 12.850/2013.[505]

Por certo, um dos pontos de maior importância na regulamentação e concretização dos acordos de delação é a insuficiência da declaração para motivar isoladamente uma sentença condenatória (2).[506] Trata-se de posição majoritária, ou até pacífica, da doutrina e da jurisprudência brasileira,[507] ao passo que, semelhantemente à confissão regulamentada no Código de Processo Penal, sua valoração não pode ser determinante de modo exclusivo para a resolução do caso, sob pena de retorno a um sistema em que a palavra do acusado se

ou incentivado por qualquer autoridade estatal. Entretanto, afirma-se que "chegou-se a um consenso no sentido de que basta para a concretização da delação premiada a voluntariedade, não sendo imprescindível sua espontaneidade [...]" (LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*, cit., p. 34).

501 "Faz-se necessária, ainda, uma postura ativa do agente. Condutas que demonstrem a inequívoca vontade de colaborar com as autoridades nos esclarecimentos dos fatos" (BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 169).

502 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 133-134.

503 SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 57-58.

504 Sobre isso, ver: PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 54-55; SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 67-68. Em relação à renúncia de direitos fundamentais do acusado, ocasionada pela aceitação da barganha, ver crítica no item 3.1.6 deste trabalho.

505 Conforme o § 14 do art. 4.º da Lei 12.850/2013: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

506 BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 194.

507 "Desde logo, adianta-se, a posição majoritária é a que nega a possibilidade de um juízo condenatório fundar-se exclusivamente em declarações de coimputado beneficiário do instituto premial; diz-se mesmo que a quase totalidade das obras e posicionamentos doutrinários consultados não admitem que este elemento de prova tenha força de, isoladamente, sustentar o decreto de condenação" (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 64). Jurisprudencialmente, ver, por exemplo: STJ, REsp 1.113.882/SP, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 08.09.2009.

torne "rainha das provas".[508] Nesse sentido, é louvável a determinação expressa da Lei 12.850/2013, que no parágrafo décimo sexto do art. 4.º determina: "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador".[509] Tal pressuposto será retomado posteriormente, quando da análise crítica de eventual regulamentação da barganha, já que, por se tratar de instituto estruturado a partir da confissão, também deverá ser corroborado pela análise do lastro probatório do processo.

Igualmente, a referida legislação deve ser elogiada por impor a imprescindibilidade do acompanhamento de advogado ao réu em todos os atos (3), seja de negociação, confirmação ou execução (art. 4.º, § 15, da Lei 12.850/2013).[510] Inquestionavelmente,[511] tal assistência técnica se caracteriza como pressuposto de validade do acordo de colaboração, já que se mostra essencial ao esclarecimento e à consciência do ato de confissão pelo delator.[512]

Quanto ao procedimento a ser adotado para a realização do acordo de colaboração premiada, anteriormente à Lei 12.850/2013, apontava-se a insuficiência e a confusão do regramento legal acerca da matéria.[513] Diversos diplomas legais abordaram o instituto (especialmente, mas não só,[514] Lei de Crimes Hediondos, Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha e Lei de Entorpecentes), porém sempre de modo deficitário, sem atentar ao aspecto procedimental, mas às suas consequências penais. Contudo, com o advento da Lei 12.850/2013 tal cenário foi modificado em razão dos novos

508 Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 646.

509 Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 71; Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 49.

510 "Além da preocupação quanto à preservação dos direitos do colaborador e quanto ao cumprimento das vantagens por ele acordadas, mais uma vez evidencia-se a preocupação do legislador com a observância dos pressupostos legais [...]" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 69).

511 Embora Frederico Pereira aponte a possibilidade de renúncia à assistência de defensor técnico pelo colaborador em caso de receio de vazamento do conteúdo da delação (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 115-116), pensa-se que, além de expressamente determinada pela Lei 12.850/2013, tal hipótese acarretaria a necessidade de nomeação de defensor público, o qual estaria obrigado a respeitar o sigilo do acordo.

512 Bittar, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 175-177.

513 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 107-108; Bittar, Walter Barbosa; Pereira, Alexandre Hagiwara. Breve análise do direito estrangeiro, cit., p. 7.

514 Para uma análise detida de cada diploma legal que trata da delação premiada, ver: Bittar, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 89-158.

dispositivos legais introduzidos no ordenamento pátrio, que, embora direcionados à persecução penal de delitos relacionados a organizações criminosas, podem ser utilizados às delações premiadas em geral, por analogia.[515]

Conforme tal regulamentação, o acordo pode se concretizar em qualquer momento da persecução penal, seja durante a investigação preliminar, o processo ou, inclusive, posteriormente na fase de execução, enquanto ocorre o cumprimento da pena.[516] Assim, autorizou-se a iniciativa das negociações acerca da colaboração ao delegado de Polícia,[517] caso em que o acusador público deverá se manifestar expressamente, ou diretamente ao representante do Ministério Público. Realizado o pacto para a delação, deverá este ser reduzido a termo, respeitando-se as formalidades previstas no artigo 6° da Lei 12.850/2013, como, por exemplo, o relato da colaboração, as condições da proposta oferecida e o aceite do colaborador e do seu defensor.[518]

Dois pontos que merecem atenção são a determinação da postura passiva do julgador e a possibilidade de retratação do acordo. Em prol da proteção da imparcialidade do juiz, essencial é a imposição de seu afastamento das negociações acerca da eventual delação (4).[519] Assim, vai bem o referido diploma legal ao inferir a não participação do magistrado,[520] restringindo seu papel ao de garantidor da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais do acusado por meio do controle acerca da homologação da colaboração. Contudo, questionável é a

515 Badaró, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 318, nota 153.

516 Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 61-65.

517 Com relação à possibilidade de iniciativa pela autoridade policial, há quem aponte sua inconstitucionalidade, em razão da titularidade da ação penal ao Ministério Público: "[...] a lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a busca da imposição penal em juízo, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 59-60).

518 Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 52-54.

519 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 129-130.

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

disposição que autoriza a readequação do acordo ao caso concreto pelo julgador (art. 4°, §8° da Lei 12.850/2013), visto que a alteração dos termos negociados entre acusador e réu acarreta a desvirtuação do instituto, ao passo que viola o consenso entre as vontades das partes e infringe a expectativa da defesa sobre os termos do pacto, os quais certamente determinaram a sua aceitação. Assim, conforme **Eduardo Silva**, a adequação deve se limitar à observância das formalidades do acordo, sob pena de violação da imparcialidade do juiz em razão da usurpação das funções acusatórias.[521]

Já com relação à possibilidade de retratação acerca da colaboração (5), a Lei 12.850/2013 prevê tal hipótese no § 10 do art. 4.°, resolvendo que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, especialmente a confissão afirmada em razão do eventual acordo (6).[522] Por um lado, deve ser criticada a autorização a eventual arrependimento do Ministério Público, a qual se mostra ilegítima em razão do respeito à legalidade e incompatível com a natureza do instituto.[523]

Além de tais questões procedimentais relevantes, as consequências da realização da colaboração premiada ao acusado/delator são fundamentais ao estudo do instituto e de suas relações como expressão da justiça negocial. Trata-se do prêmio oferecido pelo Estado em

521 "[...] a adequação do acordo deve restringir-se à observância dos pressupostos e requisitos legais, como determina o § 8.° do art. 4.° da lei, ante o risco de indesejável invasão na esfera privativa da acusação, com inevitável comprometimento da imparcialidade, se implicar em alteração do mérito" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 66). Nesse sentido, Marcelo Mendroni afirma que qualquer alteração de conteúdo, por exemplo do tipo de benefício concedido, só é possível se expressamente ratificada pelas partes (acusação e defesa) (Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 45-46).

522 Nesse sentido, afirma-se, em hipótese semelhante, que, "nos casos em que se concluir pela insubsistência das revelações do agente, pela ausência de quaisquer elementos externos de credibilidade, não se poderá considerar a confissão, realizada para a obtenção do benefício, como elemento de prova contra o pretenso colaborador" (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 138).

523 "[...] um eventual arrependimento por parte do Ministério Público afigura-se incompatível com a natureza do instituto, pois trairia a confiança nele depositada, sendo certo que, nos termos da lei, ainda poderia usufruir dos reflexos da colaboração na identificação de outras provas. Ressalte-se que a retratação não se confunde com revogação, que poderá ocorrer quando houver quebra de uma das cláusulas do acordo, como a falta da prometida efetividade na apuração dos fatos ou a delação parcial em juízo" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 67).

troca da cooperação na persecução penal, que é regulado legalmente nos diplomas que preveem o mecanismo de colaboração.[524] Conforme **Walter Bittar**, no ordenamento brasileiro existem quatro possibilidades de benefícios: 1) não aplicação da pena com o perdão judicial; 2) diminuição na punição de um a dois terços; 3) cumprimento inicial em regime aberto; e, 4) substituição por pena restritiva de direitos.[525] A definição da dimensão do prêmio se dá por meio de critérios fundamentalmente determinados pela efetividade e pela extensão da colaboração prestada,[526] devendo o juiz decidir motivadamente acerca do percentual da redução.[527]

Acerca do regramento específico da Lei 12.850/2013, existem as seguintes hipóteses de consequências: 1) redução de um a dois terços na pena; 2) perdão judicial; 3) conversão em restritiva de direitos; 4) redução de até a metade ou progressão de regime, se a colaboração for durante a fase de execução (art. 4.°, § 5.°); 5) não oferecimento da denúncia, se antes da propositura da ação penal (art. 4.°, § 4.°).[528] Essa última situação, a autorização ao Ministério Público para deixar de oferecer a denúncia, caso o colaborador preste a delação em primeiro lugar e não for líder da organização criminosa, é uma possibilidade inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, visto que avança na introdução de exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.[529] Além disso, a referida lei determina critérios para o balizamento do benefício: a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4.°, § 1.°).[530]

---

524 Conforme Frederico Pereira, para evitar arbitrariedades em razão da discricionariedade, os benefícios e seus respectivos parâmetros de definição devem necessariamente estar previstos rigidamente de modo objetivo na legislação criminal (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 104).

525 Bittar, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 181.

526 Carvalho, Salo; Lima, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão, cit., p. 248-249.

527 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 139.

528 Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 62-65.

529 Acerca de tal inovação, ver: Vasconcellos, Vinicius G. Colaboração premiada e não oferecimento da denúncia: o espaço de oportunidade do art. 4.°, 4.°, da Lei 12.850/2013. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 268, p. 13-14, 2015. Nesse sentido: Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 62; Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 41. Sobre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, e seus contornos no ordenamento brasileiro, ver item 1.1 deste trabalho.

530 Mendroni, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*, cit., p. 36-37.

Por fim, dois pontos ressaltados pela doutrina são pertinentes. Primeiro, aponta-se que, após a homologação do acordo e da efetivação da colaboração, o benefício ao acusado se torna obrigatório, se caracterizando como um direito subjetivo.[531] Ademais, é interessante citar o caso de ampliação da diminuição da pena em razão da consideração conjunta da causa de diminuição da delação e da atenuante da confissão,[532] situação que pode ocorrer em futura realização de barganha combinada com acordo de colaboração premiada, em que o réu deverá ter direito a um maior benefício.

Portanto, em resumo, a partir dos contornos expostos, especialmente das disposições previstas na Lei 12.850/2013, as seguintes premissas devem ser fixadas como possíveis contribuições para a definição de um mínimo essencial ao eventual futuro regramento da barganha:[533] 1) a vontade do acusado para concretizar o acordo deve ser livre, esclarecida e consciente, sob pena de ilegalidade do acordo e ilicitude de eventuais provas produzidas; 2) a confissão não é suficiente para fundamentar uma sentença condenatória, devendo necessariamente ser confirmada pelo lastro probatório produzido; 3) o acusado deve ser acompanhado por advogado em todos os momentos de negociação e concretização do acordo; 4) o juiz deve manter postura passiva, sendo vedada sua participação nas tratativas, em prol da proteção de sua imparcialidade, devendo atuar como garantidor da legalidade e do respeito a direitos fundamentais por meio da homologação ou não do acordo; e, 5) deve ser possível a retratação do acusado, situação em que a confissão não poderá ser considerada como prova lícita.

Analisadas as principais características da delação premiada no campo jurídico-penal brasileiro e de suas possíveis contribuições ao estudo de uma eventual regulamentação da barganha, impõe-se

531 "[...] uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado" (Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 137). Nesse sentido, ver posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC 35.198, julgado em 28 de setembro de 2004.

532 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 137. Nesse sentido, ver STJ, HC 84.609, j. 04.02.2010.

533 Sobre as críticas e propostas para eventual regulamentação da barganha no ordenamento brasileiro, ver item 2.3 deste trabalho.

a apreciação das críticas apontadas pela doutrina ao instituto dos arrependidos. Além dos questionamentos que são compartilhados pelos mecanismos consensuais, já que pautados fundamentalmente no incentivo à confissão por benefício em seu apenamento,[534] os quais serão aprofundados posteriormente,[535] dois pontos carecem de atenção neste momento: o atestado tácito de deficiência estatal na persecução dos delitos e o consequente incentivo a condutas que violam o mínimo ético da atuação pública.

Diante de argumentos que legitimam o instituto premial pela aceitação de uma "suave inquisição" em um cenário de "emergência investigativa",[536] percebe-se que o déficit dos instrumentos estatais, especialmente em um panorama de intrigante expansão da intervenção do poder punitivo nas relações sociais, tem exposto a perene insuficiência na análise da questão criminal. Assim, tal deficiência fundamenta discursos que pretendem desvirtuar premissas do processo penal, por exemplo, invertendo cargas probatórias e limitando os direitos à ampla defesa e ao contraditório em razão de declarações indevidamente sigilosas.[537] Ou seja, em razão de sua inaptidão, o Estado busca a cooperação daqueles que estão sob a coação de sua incidência punitiva iminente,[538] eximindo-se, desse

534 "A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório" (Prado, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*, n. 159, p. 10-12, São Paulo, fev. 2006, p. 12).

535 Sobre isso, ver o Capítulo 3 deste trabalho e, exemplificativamente, em relação a violações a ditames constitucionais: Bittar, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil, cit., p. 194-217.

536 Pereira, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 66-69.

537 "O ponto central da crítica é que a delação apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado. Estaria consubstanciada em meio pelo qual o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, poderia buscar elementos de convicção aptos a fundamentar o sumário de culpa, isentando-se da coleta das provas necessárias. Em outros termos, a carga probatória que é imposta ao Órgão Acusatório pela premissa do estado de inocência estaria sendo deslocada para o próprio sujeito ativo da conduta." (Lamy, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do Acordo de Leniência no Processo Penal*, cit., p. 26-27). Também nesse sentido: Coutinho, Jacinto Miranda; Carvalho, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado, cit., p. 179.

538 "O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova!" (Prado, Geraldo. Da delação premiada, cit., p. 10).

modo, da sua obrigação de produzir provas lícitas suficientes para romper com a presunção de inocência.[539]

Por outro lado, também desvelando as aporias do modelo premial, aponta-se que o mecanismo da delação implementa-se por meio do incentivo a atitudes antiéticas daqueles perseguidos penalmente,[540] o que rompe completamente com a promessa de atuação eticamente legítima das manifestações do poder estatal.[541] Ou seja, há uma cristalina violação do mínimo ético fundamental à ação pública do Estado.[542] Nesse sentido, mostra-se ilustrativo o "dilema do prisioneiro", que ressalta a coerção exercida pela possibilidade de colaboração premiada, a qual incentiva incriminações ilegítimas: quando dois acusados são presos e possuem a faculdade de exercer a delação, sem saber da decisão do parceiro, acabam realizando a cooperação com a persecução penal, por medo do comparsa decidir fazer o mesmo primeiro (já que proibida a colaboração de ambos no caso concreto).[543] Ou seja, mesmo sem a vontade clara de delatar (ou até sem as informações fidedignas para tanto),[544] o réu acaba pressionado a assim atuar, por receio de acabar prejudicado se não o fizer.[545]

539 "A delação e seu prêmio passam a ser parte do discurso do Estado ineficiente na busca das provas (Polícia e Judiciário) que se entrega ao atalho fácil da decisão penal condenatória ausente de contraditório, que cerceia a defesa e o devido processo legal" (Valle, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada*, cit., p. 135).

540 "A reprovação ética da delação tornou-se voz corrente na doutrina comprometida com a efetivação da Constituição. Isso porque o delator, diferentemente do confitente, invariavelmente intenta eximir-se ou minorar sua responsabilidade, atribuindo-a a outrem. Ou seja, amplia a incriminação, atingindo terceiros" (Carvalho, Salo; Lima, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão, cit., p. 250). Descrevendo tal aporia: Rosa, Alexandre Morais da. Delação premiada: terror e surpresa. *Boletim IBRASPP*, n. 1, ano 1, p. 10-11, 2011/02, p. 11.

541 "A redenção passa a ser uma parte integrante do conteúdo, que é o prêmio para a prática da delação concedida nas leis penais brasileiras, exemplo mais do que evidente da desintegração social mediante o estímulo à traição, que afronta indelevelmente o princípio da dignidade da pessoa humana" (Valle, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada*, cit., p. 114).

542 Coutinho, Jacinto Miranda; Carvalho, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado, cit., p. 78-81.

543 Valle, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada*, cit., p. 123, nota 360.

544 Aqui importante citar a figura apontada doutrinariamente dos "delatores profissionais", que forjam informações para receberem benefício indevidamente: "Ademais, há que se considerar na análise desse requisito a figura denominada pelos italianos *de profissionisti del pentitismo,* ou seja, pessoas que comercializam meias verdades em troca de vantagens individuais" (Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 58).

545 Lamy, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal*,

Portanto, diante do cenário descrito acerca das tendências internacionais de implementação e expansão de mecanismos premiais, como a delação premiada, e das críticas expostas, mostra-se fundamental a análise cautelosa do instituto, ao passo que diversos tensionamentos a direitos fundamentais constitucionalmente e convencionalmente previstos são expostos e intensificados.[546] Por certo, tais propostas, embora permeadas por discursos eficientistas aparentemente sedutores, representam rupturas paradigmáticas com as premissas de um processo penal democrático.[547]

2.3 As propostas de introdução da barganha na justiça criminal brasileira: análise crítica dos projetos de expansão dos espaços de consenso

Após a apreciação dos espaços de consenso existentes no processo penal brasileiro atual, é fundamental agora adentrar-se no exame descritivo e questionador das propostas de expansão das autorizações de barganha em termos amplos no ordenamento pátrio (essencialmente os Projetos de Lei do Senado 156 de 2009, que almeja uma reforma integral do Código de Processo Penal, e 236 de 2012, o qual propõe um novo Código Penal). Cumpre, contudo, ressaltar a advertência: o presente estudo adota uma postura crítica diante de tal panorama, fragilizando as motivações e os fundamentos do instituto,[548] apresentando as tensões ocasionadas por sua

cit., p. 33.

546 Nesse sentido, apontando inclusive a inconstitucionalidade do instituto da delação premiada, afirma Jacinto Coutinho: "Há pouquíssima dúvida – embora ainda reste dúvida porque há condescendência com a hipótese de se procurar meios efetivos de avanço – de que o instituto é inconstitucional, como se coloca hoje; e prejudicial à estrutura democrática da sociedade" (COUTINHO, Jacinto Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCrim*, n. 159, p. 7-9, São Paulo, fev. 2006, p. 8).

547 "Neste aspecto gostaria de chamar a atenção para o que se passa em nível internacional. Enquanto são inúmeras as vozes a clamar pela difusão ainda maior deste método – de delação premiada (cujo sentido será esclarecido adiante) – instrumento supostamente bem-sucedido em outros Estados, penso que estamos nos aproximando de perigosa senda, que atravessa o Estado de Direito e recupera para o Direito Penal e para o Processo Penal a racionalidade autoritária pré-moderna, que se pensava haver sido expurgada com a consagração do processo em contraditório, sob a direção de juiz imparcial" (PRADO, Geraldo. Da delação premiada, cit., p. 10).

548 Sobre isso, ver item 1.2.2 deste trabalho, em que se expõe criticamente as supostas

importação indiscriminada e descrevendo exaustivamente as aporias ocasionadas por sua implementação, que violam basilares premissas do processo penal democrático.[549] Ou seja, propõe-se o *rechaço a tais proposições*[550] e a restrição das possibilidades transacionais ao mínimo constitucionalmente imposto, às infrações de menor potencial ofensivo. Entretanto, tendo em vista a perturbadora tendência de consolidação de tais institutos, o presente tópico traçará considerações críticas, visando ao aprimoramento dos dispositivos presentes nas propostas de maior relevância no panorama atual, ou, em termos mais precisos, empreender-se-á uma *tentativa de redução de danos* em caso de uma criticável eventual aprovação legislativa,[551] ainda que se duvidando da efetividade de tal intento em face das incontornáveis aporias do mecanismo de barganha.[552]

Conforme exposto anteriormente, as características do modelo de barganha instituído em cada ordenamento jurídico podem variar em diversos aspectos. Conforme **Richard Lippke**, oito determinantes são essenciais na estruturação do referido mecanismo: 1) possibilidade e

---

motivações e os pretensos fundamentos da introdução de mecanismos negociais no processo penal, especialmente desvelando-se a porosidade de discursos que sustentam sua necessidade inafastável no cenário contemporâneo.

549 Acerca de tais críticas, ver Capítulo 3 deste trabalho, em que se analisam as diversas aporias do instituto negocial e suas incompatibilidades com as premissas do processo penal democrático.

550 De modo semelhante: MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09). *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 207, p. 2-3, São Paulo, fev. 2010; FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (coord.). *Processo & efetividade*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 23; RODRIGUES, Alexandre Brandão; COSTA, Domingos Barroso da. A barganha e o art. 105 do PLS 236/2012: dos perigos e retrocesso de uma disponibilização da liberdade mediante confissão. *Revista Bonijuris*, n. 600, p. 23-29, Curitiba, nov. 2013; CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. *In*: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição*. Análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2, p. 156.

551 Também expondo angústia semelhante, ao afirmar sua postura oposta ao instituto da *plea bargaining* estadunidense, um de seus mais ferrenhos críticos, Albert Alschuler, propõe medidas para tentar reduzir as tensões geradas pelo instituto, embora mantendo sua visão contrária deslegitimante (ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.122).

552 Atestando a incompatibilidade entre a barganha e os pressupostos do processo penal continental, ver: RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 329.

fatores para redução da pena na sentença; 2) possibilidade e fatores para redução/alteração das imputações; 3) possibilidade e fatores para punições processuais (em razão do não aceite da barganha); 4) possibilidade e limites à negociação sobre fatos; 5) possibilidade de acordo pré-processual; 6) papel dos atores do campo jurídico na negociação; 7) rol de infrações em que a barganha pode ocorrer; e, 8) extensão do poder judicial de controle sobre o acordo.[553] Portanto, não há um modelo único de acordos na justiça criminal, já que diversas são suas variáveis determinantes e, assim, amplo o leque de subsídios para críticas. Assim, este tópico irá ater-se a algumas dessas características, pois inúmeras são as imagináveis versões e objeções admitidas, de modo que focar-se-á em pontos considerados sensíveis à proteção de direitos fundamentais no processo penal.

Importante apontar que, além de propostas de expansão do âmbito de atuação dos Juizados Especiais Criminais, e consequentemente de seus institutos consensuais,[554] também foi discutida, em sede de Projeto de Emenda à Constituição (PEC 230/00),[555] a adição de função ao rol das atribuições do Ministério Público (art. 129) nos seguintes termos: "X – negociar a pena de indiciados em Inquérito Policial e/ou denunciados em ações penais em curso, podendo fazer acordo, transigir, desistir da ação penal, conceder imunidades para que estes confessem detalhes de crimes, apontem cúmplices, desde que preenchidos os requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar".[556] Se aprovada, tal modificação acarretaria forte aproximação ao modelo de *plea bargaining* estadunidense, ao menos em seu sentido geral, embora carecesse de regulação ordinária sobre

553 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 6-7.

554 Nesse sentido, Scarance Fernandes propõe que a transação possa ser oferecida nos casos em que, abstratamente, o Ministério Público conclua e fundamente a futura possibilidade, em caso de condenação, de conversão da sanção penal em restritiva de direitos, ou seja, para penas privativas de até quatro anos (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 282).

555 Conforme a justificativa do projeto: "A crescente onda de violência por que passa o nosso país, assim como o aumento do número de casos relacionados ao crime organizado e à corrupção no âmbito da estrutura do Estado, passou a exigir deste mesmo Estado a criação de mecanismos que possam tornar mais ágeis e eficazes as medidas punitivas visando a coibir ditas práticas, alcançando os seus maiores responsáveis que, via de regra, fazem uso de terceiros para alcançar o seu intento criminoso. Referido instituto já existe em países desenvolvidos, sob o nome de 'plea bargaining'".

556 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 23.

seus pressupostos. Entretanto, em sua última movimentação, a PEC foi arquivada em 2008.

Atualmente, duas são as propostas mais relevantes, ambas almejando realizar reformas integrais em Códigos: PLS 236/12 e PLS 156/09. Por certo, há muito a doutrina tem apontado a necessidade de revisões aos principais diplomas legais em matéria criminal, o Código Penal e de Processo Penal, em razão da matriz autoritária característica à época de suas redações[557] e das inúmeras alterações parciais realizadas, as quais acarretaram problemáticas relacionadas à falta de sistematicidade.[558] Ambos os projetos apresentam importantes inovações no cenário da justiça negocial a partir da expansão de espaços de consenso, especialmente em relação à introdução de mecanismo de barganha, ou o semelhante "procedimento sumário",[559] rompendo-se com a tradição pátria que limita as possibilidades transacionais em matéria penal, autorizando, inclusive, a negociação para imposição de pena privativa de liberdade com o pleno reconhecimento da culpabilidade.[560]

Inicialmente, a proposta de reforma integral do Código Penal (PLS 236/12)[561] é permeada por intrigantes objeções da doutrina especializada em razão de sua cristalina carência de técnica jurídica e

557 MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS 156/09), cit., p. 2.

558 Sobre a postura de reformas parciais adotadas pelo legislador brasileiro em matéria penal, ver: COUTINHO, Jacinto Miranda. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, n. 33, p. 7-9, São Paulo, abr.-jun. 2009, p. 9.

559 O PLS 156/2009 também prevê modificações em relação ao procedimento sumaríssimo aplicado a infrações de menor potencial ofensivo, revogando as disposições da Lei 9.099/1995 e impondo inovações em sua sistemática. Contudo, neste trabalho focar-se-á o mecanismo do "procedimento sumário", em razão de sua marcante tendência como expressão da barganha no processo penal. Sobre as inovações ao procedimento sumaríssimo, ver: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 193-201.

560 CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 148.

561 Projeto desenvolvido por comissão nomeada pelo Senado Federal, composta por: Gilson Langaro Dipp (presidente), Luiz Carlos Gonçalves (relator), Maria Thereza Moura, Antonio Nabor Areias Bulhões, Marcelo Leal Lima Oliveira, Emanuel Messias Oliveira Cacho, Técio Lins e Silva, René Ariel Dotti, Marcelo Leonardo, Gamil Föppel El Hireche, José Muinõs Piñero Filho, Tiago Ivo Odon, Juliana Garcia Belloque, Luiz Flávio Gomes, Luiza Nagib Eluf, Marcelo André de Azevedo e Marco Antonio Marques da Silva. Contudo, nos primeiros momentos depois do início dos trabalhos, Maria Thereza Moura e René Ariel Dotti se afastaram da Comissão por solicitação voluntária.

do seu desenvolvimento em exíguo lapso temporal.[562] Cumpre atentar, desde já, que a introdução de mecanismo consensual, intitulado expressamente como "barganha", com natureza fundamentalmente processual, em um projeto de Código Penal de cunho material soa como expressão sintomática da premência do clamor de certa parte dos operadores jurídicos no sentido de busca por celeridade a todo custo.[563] Juntamente à delação premiada, o instituto negocial é regulado no Título VII do referido projeto,[564] sem maiores especificações acerca de seus aspectos procedimentais (inexiste qualquer menção à necessidade de homologação judicial do acordo, por exemplo) e previsões muito semelhantes às contidas no PLS 156/09, que serão estudadas a seguir[565] (por exemplo, os requisitos, a fixação da punição no mínimo legal e o momento da realização do acordo), mas com uma diferença fundamental: no PLS 236/12 não há qualquer limitação à gravidade do delito, ou seja, a barganha

562 Sobre isso, ver, por exemplo: GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, Edição Especial – Reformas no Código Penal, p. 35-58, São Paulo, set. 2012. p. 55-58; WUNDERLICH, Alexandre; GARCIA, Rogério M.; D'AVILA, Fabio R.; OLIVEIRA, Rodrigo M. A ideologia do Projeto de Reforma do Código Penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 50, p. 169-171, 2013.

563 Embora a temática da transação penal e da barganha certamente envolva questões também de natureza material, como a ação penal, pensa-se que seu cunho é eminentemente processual, relacionando-se com aspectos procedimentais e de respeito a garantias no processo penal. Sobre a discussão acerca da natureza dos mecanismos transacionais, ver: PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 31; MARTÍNEZ, Santiago. Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad, cit., p. 515-516.

564 "Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento. § 1.º São requisitos do acordo de que trata o *caput* deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2.º a 4.º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. § 2.º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código. § 3.º Fica vedado o regime inicial fechado. § 4.º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1.º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal".

565 Em razão da semelhança entre as duas regulações, opta-se por realizar o exame aprofundado de seus aspectos quando do estudo da redação do PLS 156/2009, diante de sua maior especificidade (embora também cristalinamente insuficiente).

seria possível em processos que apuram qualquer tipo de crime.[566]

Conforme a exposição de motivos de tal proposta, há inspiração direta do "modelo do *plea bargain* norte-americano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para a concertação de termos de avença que possam convir a ambas", o que representa "novo e ousado passo" na busca por celeridade através da "evitação do processo crime", rompendo-se com o "paradigma rígido da indisponibilidade da ação penal".[567] Em sua última movimentação legislativa relevante, a redação do relatório original apresentado pela comissão foi alterada por parecer do relator do PLS, Senador Pedro Taques, que, diante das inúmeras críticas ao texto, almejou realizar revisão de seu conteúdo. Assim, no Parecer 1.576/2013 foi proposta a exclusão do instituto da barganha, em razão da sua inadequada localização em um Código Penal de conteúdo material, da desvirtuação dos espaços de consenso atuais nos Juizados Especiais Criminais e da sua "difícil compatibilização com a cultura institucional do Brasil".[568]

Já em relação ao projeto de reforma integral do Código de Processo Penal, PLS 156 de 2009, também redigido por comissão nomeada pelo Senado Federal,[569] houve a aprovação em votação e o envio para análise na Câmara dos Deputados.[570] Conforme a redação ao final da tramitação na primeira casa legislativa, o mecanismo negocial foi regulado sob a denominação de "procedimento sumário" e está disposto nos seguintes termos:[571]

---

566 Rodrigues, Alexandre Brandão; Costa, Domingos Barroso da. A barganha e o art. 105 do PLS 236/2012, cit.; Freitas, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena, cit., p. 22.

567 Íntegra do projeto disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 16 abr. 2015.

568 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>. Acesso em: 16 abr. 2015.

569 Comissão composta por: Hamilton Carvalhido (presidente), Eugênio Pacelli Oliveira (relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

570 O referido projeto tramita sob o n.º 8.045/2010 e suas movimentações estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1>. Acesso em: 16 abr. 2015.

571 Íntegra do projeto aprovado no Senado disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

"Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1.º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2o e 3o deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2.º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3.º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4.º Não se aplica o disposto no § 3.º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5.º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6.º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7.º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8.º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9.º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário".

Semelhantemente ao defendido por **Ventura Leite**, há a criação de um "rito alternativo" que determina o encerramento antecipado do processo em razão do consenso.[572] Em resumo, tal mecanismo autoriza a realização de negociação entre o representante do Ministério Público e o acusado, em delitos cuja pena máxima abstrata não ultrapasse oito anos, determinando-se a fixação da sanção penal em seu mínimo legal, que pode ser convertida em restritiva de direitos ou suspensa, nos termos do Código Penal.[573] Para a realização do pacto, o acusado deve necessariamente confessar os fatos narrados na acusação e ambas as partes precisam renunciar à produção de qualquer prova. Posteriormente, o juiz deverá analisar as formalidades do acordo, que, se homologado, terá efeitos de sentença condenatória, ou seja, acarretará antecedentes e reincidência, por exemplo. De modo diverso, em caso de não ratificação judicial, ele deverá ser desentranhado dos autos, vedando-se qualquer utilização posterior no processo.[574]

Diante disso, entre posturas críticas, que apontam inclusive a inconstitucionalidade do instituto,[575] e defensores entusiasmados,[576] diversos pontos carecem de atenção específica, especialmente em razão da insuficiente regulamentação procedimental contida no texto proposto. Assim, sem pretensão de exaustividade, aqui serão debatidos as seguintes problemáticas: 1) realização do acordo como direito do acusado; 2) procedimento e publicidade das negociações; 3) momento e retratação do acordo; 4) postura do juiz e proteção da imparcialidade; 5) homologação judicial e possibilidade de absolvição; e, 6) direito ao recurso da condenação.

572 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 203.

573 Freitas, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena, cit., p. 22-23.

574 Malan, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS n.º 156/09), cit., p. 2.

575 Prado, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: Prado, Geraldo; Martins, Rui Cunha; Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial.* A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 54-56; Freitas, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena, cit., p. 22-24; Casara, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., 155-157.

576 Campos, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, v. 4, p. 1-26, 2012, p. 25; Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 203.

Incialmente (1), coloca-se aporia amplamente discutida em relação à realização dos institutos consensuais atualmente previstos no ordenamento brasileiro (transação penal e suspensão condicional do processo): há um direito do acusado à realização do acordo, se no caso concreto estão atendidos os requisitos legalmente impostos?[577] Como exposto anteriormente,[578] mostra-se cristalina a arbitrariedade de uma injustificada recusa do acusador público,[579] ao passo que a vontade do representante do Ministério Público deve determinar-se exclusivamente pelo previsto em Lei, em respeito ao princípio da legalidade.[580] Nesse sentido, coloca-se o exemplo italiano, em que a recusa deve ser motivada e, se indevida, deverá o juiz limitar a pena ao proposto pelo acusado unilateralmente.[581] Assim, conforme o regramento apresentado no texto do PLS 156/09, se houver a confissão e a renúncia à produção da prova pelo acusado em um delito com pena máxima abstrata inferior a oito anos, se configura um direito do réu à realização do acordo e à redução da punição, o que deverá ser assegurado pelo julgador como garante dos direitos individuais no processo.

Questão também problemática diz respeito à formalização procedimental das negociações para a realização da barganha (2). Aqui se ressalta a necessidade de atenção à publicidade, para possibilitar o fundamental "controle democrático" dos atos processuais:[582] acordos informais devem ser proibidos[583] e todo o conteúdo das tratativas e dos

577 Em resumo, exemplificativamente sobre tais discussões, ver: Giacomolli, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 129-130; Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 165-172.

578 Sobre isso, ver item 2.1.1 deste trabalho.

579 Nesse sentido, sólida é a doutrina que critica a discricionariedade ampla do acusador no modelo estadunidense, propondo que: "o acusador deveria oferecer iguais oportunidades a todos os acusados que se declarem culpados, tornando público seu modo de atuar nas negociações e listando os fatores determinantes no momento do oferecimento do acordo" (Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 92) (tradução livre).

580 Conforme Pedro Caeiro, em análise do cenário português, pode-se dizer que, se presentes os requisitos legais, configura-se um "dever de arquivar/suspender o processo" (Caeiro, Pedro. Legalidade e oportunidade, cit., p. 41-42), ou seja, não há que se falar em uma vontade discricionária do acusador indispensável à realização do acordo.

581 Pizzi, William T.; Montagna, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 429-466, 2004, p. 442-443; Formmann, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany, cit., p. 214.

582 Tulkens, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 715.

583 Aqui vale referir a regulação dos acordos na Alemanha, onde se proibiu expressamente a

contornos do pactuado devem ser descritos em audiência,[584] além de gravado em áudio e transcrito aos autos do processo.[585] A transparência, portanto, é premissa fundamental para a possibilidade de controle mínimo acerca da barganha na tentativa de evitar coações indevidas.[586] Nesse sentido, cumpre citar também a obrigatoriedade da execução de audiência para a concretização do acordo[587] e o direito do acusado de participar (estar presente) em todos os momentos de eventual negociação e de sua discussão.[588] Assim, embora o texto do PLS 156/09 não mencione expressamente, deve ser realizada audiência para a formalização da barganha, em que se dê publicidade a seus termos e circunstâncias (o que precisa ser formalmente descrito nos autos do processo), com a presença necessária do réu e de seu advogado.

Em relação ao momento de efetivação da barganha (3), conforme o projeto em análise, o prazo final se dá com a audiência de instrução, ou seja, fundamentalmente no início da produção probatória. Embora

realização de acordos informais, visto que a negociação deve necessariamente respeitar a regulamentação legal. Sobre isso, ver, entre outros: WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia I. The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany. *German Law Journal*, v. 15, n. 1, p. 81-105, 2014, p. 97-101.

584 "Acordos processuais devem, em suma, ser tornados públicos na audiência, de modo a que o seu conteúdo possa ser controlado por aqueles que neles participaram e eventualmente também pelo tribunal de recurso" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 72).

585 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 75.

586 TURNER, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 508.

587 Ressaltando a importância da realização de audiência, afirma Santiago Martínez, ao comentar o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal da província argentina de Santa Fé: "O maior acerto do anteprojeto, em nosso ver, é a obrigação que tem o juízo de intimar as partes a uma audiência pública. Em tal momento se ouvirá o acusado e, se concordar com o acordo, o presidente do Tribunal lhe explicará de modo claro e simples o procedimento e suas consequências. Assim mesmo, e esse é o ponto mais importante, o réu deverá ser questionado novamente acerca de sua conformidade expressa com o acordo" (MARTÍNEZ, Santiago. Confesión en el juicio abreviado, cit., p. 392) (tradução livre).

588 Ressaltando a importância da presença do acusado em todos os momentos da negociação, Albert Alschuler atesta que: "Um acusado que souber do resultado das negociações indiretamente nunca poderá ter a certeza de que seu advogado o representou adequadamente. Inclusive, o réu pode suspeitar que seu advogado tenha se omitido deliberadamente, especialmente quando for representado por defensor público" (ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.135) (tradução livre). Além disso, propondo que uma das importantes reformas do sistema de *plea bargaining* estadunidense é o reconhecimento da necessidade de participação do acusado nas negociações, ver: HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 167.

parte da doutrina aponte a adequação de tal previsão,[589] pensa-se que a iniciativa do acordo deve ser autorizada até o momento anterior à prolação da sentença de primeiro grau, de modo que o acusado possa ter o conhecimento da prova produzida e de sua situação no processo.[590] Já com relação ao estágio mínimo da persecução para que se autorize tal mecanismo, mostra-se fundamental que se dê em momento posterior ao recebimento da denúncia, o que está previsto expressamente na redação do PLS 236/12 e, indiretamente, no PLS 156/09, que impõe o cumprimento prévio das "disposições do rito ordinário". Por certo, a possibilidade de rejeição da inicial acusatória é fundamental, especialmente com o controle da justa causa para o processamento,[591] instrumento primordial de limitação do poder punitivo ao início da persecução criminal judicializada.[592] Contudo, cabe assinalar a banalização de tal momento processual na prática brasileira,[593] especialmente em sede dos juizados especiais criminais, onde se realiza a transação penal.[594] Ou seja, além de impor a necessidade de recebimento da denúncia para a autorização à barganha, mister ressaltar a importância de tal avaliação aos atores do campo jurídico-penal pátrio. Por fim, é essencial a existência de autorização à retração do consentimento do réu, a qual pode acontecer até a homologação judicial do acordo, ou, inclusive, no memento da audiência pública para sua formalização, após as advertências que

589 Dias, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 72-73. Nesse sentido também se determina o procedimento italiano, em que o acordo pode se realizar até a abertura do *dibattimento* (Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 137).

590 De modo ainda mais amplo, nos Estados Unidos a *plea bargaining* pode ser realizada antes, durante ou até depois do processo. Sobre isso, ver: Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 28.

591 Sobre a justa causa no processo penal brasileiro, ver: Moura, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal*, cit.; Divan, Gabriel. *Processo penal e política criminal*, cit.

592 Sobre os contornos do juízo intermediário de admissibilidade da acusação no processo penal, para comparação ao modelo brasileiro, ver: Armenta Deu, Teresa. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa, cit., p. 109-130.

593 De modo semelhante, descrevendo tal fenômeno nos tribunais alemães: Schünemann, Bernd. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: Schünemann, Bernd; Greco, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 213-214.

594 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 276.

devem ser esclarecidas ao acusado acerca das circunstâncias e das consequências de seu ato.[595]

Em seguida, a postura do julgador diante das negociações e da realização da barganha também é questão fundamental não abordada expressamente pelo projeto de reforma integral do CPP (4). Trata-se de discussão recorrente inclusive na doutrina estadunidense, em que se comparam os benefícios de um julgador passivo, em respeito à imparcialidade, ou ativo, o qual pretensamente traria maior previsibilidade e confiança à barganha.[596] No cenário internacional contrapõem-se os modelos alemão, em que o julgador negocia e determina o acordo, e italiano, onde sua postura é de equidistância.[597] Em âmbito brasileiro, pode-se referir a recente legislação acerca da delação (colaboração) premiada, a Lei 12.850/2013, que, como visto, vedou a participação do juiz nas tratativas do acordo.[598] Pensa-se que a atuação direta do magistrado na negociação acarreta violação à sua imparcialidade e à presunção de inocência do acusado em razão de discussões sobre o lastro probatório existente no momento inicial da instrução e da situação do réu no processo, além de intensificar o poder de coerção estatal para forçar a realização da barganha.[599]

Por certo, o papel precípuo do julgador em eventual procedimento negocial se dá com a verificação da legalidade do acordo no momento da sua homologação, especialmente com o controle do respeito aos direitos fundamentais do acusado. Entretanto, em caso de não ratificação do pactuado surgem complexos questionamentos. Primeiro, o contato com o termo negociado entre as partes, que inclui a predisposição do réu em confessar, fragiliza a imparcialidade do juiz? Pensa-se que se caracteriza inescusável causa de suspeição, de modo que o eventual julgamento necessariamente deve ser

595 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 154.

596 Alschuler, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.061-1.099; Turner, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 501-516.

597 Formmann, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany, cit., p. 198-204.

598 Lei 12.850/2013, art. 4.º, § 6.º: "O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor". Sobre isso, ver item 2.2 deste trabalho.

599 Formmann, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany, cit., p. 206-210.

realizado por outro magistrado.[600] Além disso, em segundo lugar, a confissão prestada deverá ser totalmente desentranhada dos autos do processo, tornando-se evidentemente ilícita em sua essência.[601] Por fim, se a não realização da barganha for causada por ilegalidade de responsabilidade exclusiva da acusação (por exemplo, a utilização de meios ilegais de coação), pensa-se que o benefício de redução da sanção penal deve se manter, mesmo com a retomada do procedimento ordinário.[602] Assim ocorre no modelo italiano, em que o juiz analisa ao final do processo, no momento da prolação da sentença, se a negativa do acusador em aceitar o acordo foi injustificada e, se sim, fixa a pena nos termos propostos nas negociações anteriores.[603]

Ainda em relação à homologação judicial da barganha, deve-se atentar à amplitude da análise judicial e às possibilidades de controle do acordo (5). Conforme a redação do PLS 156/09, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos, ou seja, seu exame se limita à legitimidade procedimental, sem espaço para

600 "[...] deve ser estatuída uma incompatibilidade entre o juiz que conduz o procedimento de acordo e aquele que, em caso de o acordo não ser aceito, conduzirá a audiência de instrução e julgamento. Apenas nesse caso o acusado pode estar seguro de que possui a faculdade de recusar a oferta de acordo sem qualquer efeito psicológico-processual negativo" (SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 238). Nesse sentido, também: ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.111.

601 "[...] apesar de o arguido revelar disponibilidade para apresentar uma confissão, ou mesmo tendo-o feito, de tal disponibilidade ou confissão não poderá ficar traço processual se as conversações não tiverem conduzido ao acordo sobre a sentença: nem a confissão pode ser referida em audiência, nem ela pode ser de qualquer forma valorada em sede de prova" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 77-78). Assim também: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 101; ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.070.

602 De modo semelhante: ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.304. Em proposta direcionada ao procedimento da transação penal nos Juizados Especiais Criminais brasileiros, Geraldo Prado sustenta que, salvo se surgirem novas provas na instrução do processo, a proposta de transação oferecida pelo acusador público deve limitar a sanção penal determinada na sentença, mesmo se houver recusa do réu, visto que a manifestação do Ministério Público, em razão do sistema acusatório, limita o objeto do processo (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 218-219).

603 PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy, cit., p. 443.

considerações de mérito. Poder-se-ia afirmar que o controle acerca de um lastro probatório mínimo aceitável é realizado em momento anterior, no recebimento da denúncia em razão da análise da justa causa. Contudo, não se pode limitar tal possibilidade quando da análise de eventual condenação, visto que se trata de situação distinta e fundamentalmente importante. Novamente deve-se retomar a regulamentação trazida pela Lei 12.850/2013 à delação premiada, em que se veda a fundamentação de uma condenação exclusivamente no material produzido por meio da colaboração (art. 4.º, § 16).[604]

Além disso, assim também determina o Código de Processo Penal atual no art. 197: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância". Pensa-se que eventual barganha deve se adequar a idêntico requisito: a confissão não pode ser a única prova para a condenação, necessariamente devendo ser corroborada pelo lastro probatório existente e licitamente admissível.[605] Portanto, ainda que ambas as partes tenham consentido e firmado a barganha, o juiz, além de poder não homologá-la por defeito formal, também está autorizado a absolver o acusado, se a confissão não for confirmada pelo lastro probatório existente.[606] Nesse sentido se posicionou expressamente a Corte Constitucional italiana: o acordo não afasta a responsabilidade do juiz de ponderar a culpabilidade do réu diante da presunção de inocência.[607]

Por fim, nesta breve análise de pontos destacadamente problemáticos da regulação proposta ao "procedimento sumário" do

604 Silva, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 71. Sobre isso, ver tópico 2.2 deste trabalho.

605 "Somente se a Corte está convencida de que a ofensa foi completamente investigada e que há lastro probatório para sustentar a confissão, o julgamento poderá ser antecipado" (Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 321) (tradução livre).

606 "Para proteger a independência dos juízes, a regulamentação legal da barganha impõe que, antes de aceitar o acordo, o julgador examine o lastro probatório para verificar a possibilidade de absolvição ao réu, ainda que ele tenha aceito a negociação" (Pizzi, William T.; Montagna, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy, cit., p. 443) (tradução livre).

607 Formmann, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany, cit., p. 213.

PLS 156/09, é importante estudar o direito ao recurso frente ao acordo realizado e homologado judicialmente (6). Amplamente discutida no ordenamento alemão, a condição de renúncia ao recurso no termo do acordo realizado é rechaçada pela jurisprudência germânica e, com a reforma de 2009, foi vedada legalmente.[608] Diante das diversas construções acerca do duplo grau de jurisdição na esfera penal, resta cristalino que uma proibição ao acesso recursal antes da prolação da sentença é inadmissível,[609] ao passo que inviabilizaria o controle dos acordos pelos tribunais superiores e, assim, fomentaria a prática informal da barganha em desacordo ao regulado em Lei.[610] Geralmente, contudo, a impugnação se limitará às questões formais do acordo, especialmente à voluntariedade da conformidade do acusado.[611]

Ademais, com relação a delitos cometidos em coautoria, pensa-se que a concretização da negociação não pode depender da anuência de todos os acusados,[612] ao passo que os acordos devem ter efeito e vinculação individual.[613] Desse modo, a confissão realizada por um corréu para a barganha não pode ser utilizada como prova contra os demais incriminados, salvo se em conjunto for expressamente previsto e autorizado um pacto de colaboração premiada, conforme suas regras específicas. Em tal situação deverão ser atendidos os requisitos de ambos os institutos, que, se adequadamente cumpridos, acarretarão redução da sanção penal conforme a conjunção dos benefícios dos dois mecanismos.

608 Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 320-323.

609 "Em conclusão, à renúncia ao recurso no âmbito dos acordos processuais não parece estar subjacente qualquer interesse legítimo; e, pelo contrário, à sua pretendida eficácia poderiam ligar-se perigos duradouros para a subsistência de um processo penal adequado ao Estado de Direito" (Dias, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 97).

610 Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 330.

611 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 104-105.

612 Evita-se, assim, a possibilidade de coerção estatal para a realização de "pacotes de acordos", prática vedada no panorama estadunidense, em que a concretização da barganha com um réu fica condicionada ao convencimento dos demais (Turner, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 36).

613 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 133. Por exemplo, no regramento do "procedimiento abreviado" argentino há variações conforme as legislações específicas de cada província, de modo que a necessidade de consentimento de todos os corréus é um dos pontos divergentes (Bigliani, Paola. El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino, cit., p. 170-171).

CAPÍTULO 3
DESVELANDO A TENSÃO ENTRE A BARGANHA E OS FUNDAMENTOS DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO. CRÍTICAS TEÓRICAS E EMPÍRICAS AO MODELO NEGOCIAL

Assentadas as premissas básicas do modelo negocial e da barganha no processo penal contemporâneo e descritas as suas expressões no panorama brasileiro, impõe-se o aprofundamento das problemáticas que permeiam inevitavelmente a realização de acordos entre acusação e defesa para imposição de uma sanção penal baseada no reconhecimento de culpabilidade. A partir de seis críticas gerais descritas sistematicamente (item 3.1) e, posteriormente, verificadas na concretização prática da transação penal nos Juizados Especiais Criminais brasileiros (item 3.2), demonstrar-se-á a inadmissibilidade do modelo negocial em um processo penal democrático, o que fundamentará a defesa de postura de rechaço às propostas de expansão dos espaços de consenso na justiça criminal pátria.

3.1 Críticas ao modelo consensual e ao instituto da barganha no processo penal

Neste tópico empreender-se-á o exame das principais críticas direcionadas ao modelo negocial de justiça criminal e, especificamente, aos mecanismos de barganha.[614] Para tanto, dividiu-se tais considerações em seis problemáticas essenciais: 1)

614 Em resumo, ver: ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial, cit., p. 932-937.

Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal, onde se abordará a mercantilização processual ocasionada pela autorização de acordos entre as partes e a decorrente relativização de garantias fundamentais, ambos fenômenos intrinsecamente relacionados com a instrumentalização do processo penal como meio célere de concretização antecipada do poder punitivo em resposta às demandas de uma expansão descomedida da intervenção penal estatal;[615] 2) *Barganhas, relações e concessões,* em que se desvelará a distorção dos papéis dos atores do sistema criminal em razão da primazia de seus interesses pessoais a partir do poder da barganha, findando por corromper completamente os fundamentos do processo democrático;[616] 3) *O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta,* cuja função será aclarar a pressão inerente à possibilidade de barganha, a qual, inquestionavelmente, resulta na confissão de inocentes por medo de punições mais severas em caso de exercício do direito ao julgamento;[617] 4) *O retrocesso processual autoritário,* onde expor-se-á a violação de preceitos fundamentais do processo, como o retorno do tarifamento de provas com primazia da confissão e a consequente obstaculização integral do exercício da defesa e do contraditório;[618] 5) *O desequilíbrio da balança entre os atores processuais,* em que se fragiliza uma das fundamentais premissas da realização da barganha, a igualdade entre as partes negociadoras, além de se expor a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena do imputado;[619] e, 6) *O desaparecimento do processo e da defesa*, no

615 Dervan, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 7, n. 4, p. 645-655, 2011, p. 649-655.

616 Sobre isso, ver, exemplificativamente: Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 230; Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 690-691.

617 Dervan, Lucian E.; Edkins, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 43-48.

618 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116-118; Schünemann, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 253.

619 Lopes Jr., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: Carvalho, Salo; Wunderlich, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal.* Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 120; Rodrigues, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 8, n. 2, p. 233-250, Coimbra, abr.-jun. 1998, p. 240.

qual problematiza-se a possibilidade de renúncia ao direito à defesa e a suposta autonomia de vontade para a concretização do pacto.[620]

Quanto à aplicabilidade das críticas aqui descritas ao cenário brasileiro, embora sejam inegáveis as diferenças em relação aos mecanismos negocias característicos do modelo estadunidense,[621] pensa-se que os traços essenciais de tais institutos pátrios (como a transação penal e a barganha, por exemplo), quais sejam, a conformidade do acusado (normalmente com uma confissão) e a renúncia à defesa, em regra, tornam generalizáveis as objeções descritas neste capítulo.[622] Por certo, quantidade relevante da doutrina citada é de origem anglo-americana e, assim, há algum direcionamento de suas considerações ao seu modelo de referência. Contudo, além de também serem constantemente referidos apontamentos acerca de institutos europeus e latino-americanos, a tendência internacional de expansão dos espaços de consenso (e, até certo ponto, de convergência entre os modelos adotados) impõe o exame crítico abrangente, expondo as aporias fundamentais descritas em ambos os sistemas jurídicos.[623]

620 Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 284; Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 80-84.

621 Afirmando a inaplicabilidade ao panorama brasileiro de certas críticas direcionadas à barganha, Ventura Leite aponta: "Diga-se ainda que, muitas vezes observa-se a tendência de transferir para a transação penal, de maneira generalizada, críticas que se aplicam mais propriamente ao *plea bargaining*, a exemplo do excesso de discricionariedade do acusador, da mercantilização e das pressões para realização do acordo. Há algo de impróprio nisso, uma vez que os dois institutos são bastante díspares, assim como o regime do ministério público norte-americano e o brasileiro. Necessário, portanto, ter em vista as peculiaridades de cada ordenamento e buscar sempre a referência da Constituição Federal de 1988, que autorizou o consenso" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 215). Contudo, tal restrição sustentada pela autora deve ser questionada: por um lado, eventual expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro de certo modo aproximará os contornos dos institutos negociais ao modelo estadunidense; por outro, pensa-se que problemáticas relacionadas à mercantilização da justiça em razão dos acordos e a pressão imposta ao acusado para consentir são fundamentais na análise crítica do panorama jurídico, tanto estrangeiro como nacional; e, por fim, a previsão constitucional que impõe a criação de institutos transacionais (além de referir-se exclusivamente às infrações de menor potencial ofensivo) não isenta de críticas a concretização prática de tais ditames.

622 Também nesse sentido: Rodríguez, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. In: Maier, Julio B. J.; Bovino, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 438-439, nota 17.

623 Cumpre citar a distinção traçada por Armenta Deu entre as críticas comumente opostas

Em termos gerais, duas perspectivas críticas podem ser adotadas primordialmente para o questionamento dos mecanismos negociais: 1) problemáticas envolvendo a fragilização do ideal de justiça almejado pelo sistema criminal ou a relativização de uma pretensa busca pela verdade no processo; e, 2) a violação de direitos e garantias fundamentais do acusado e a distorção da essência do processo como limitador do poder punitivo.[624] A primeira delas se pauta essencialmente pelo rechaço à diminuição da sanção penal a ser imposta ao acusado, a qual seria excessivamente benevolente sem motivação idônea para tanto,[625] ou seja, haveria uma injustiça que acarretaria, inclusive, a subversão da função de prevenção geral do Direito Penal.[626] Além disso, ainda conforme tal postura, haveria uma inadmissível violação do princípio da verdade real, supostamente apontado como fundamental ao processo penal.[627]

---

a mecanismos negociais na doutrina de países de tradição continental (tensionamentos com princípios básicos do processo, como a obrigatoriedade da ação penal e de garantias do acusado na persecução penal) e em outros de origem estadunidense (em que se questiona a abrangência dos acordos e as pressões impostas aos acusados) (Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 135-138). Certamente, diferentes apontamentos apresentam maior relevância em cada ordenamento jurídico, conforme suas respectivas características e aporias fundamentais, mas tal constatação em nada reduz a complexidade da problemática do fenômeno da barganha em termos amplos, de modo que se impõe seu estudo crítico de modo aprofundado.

624 De modo semelhante, descrevendo duas correntes de críticas na doutrina estadunidense (que prezam pelos aspectos procedimentais da justiça e pela proteção de direitos do acusado), ver: Bibas, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 9-10.

625 Nesse sentido, argumenta-se que a barganha viola a retributividade da sanção penal, ao passo que a punição deveria ser determinada pela culpa do agente (Costa, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 47). Afirma-se que: "[...] na hora de determinar a pena a ser imposta não se levam em consideração elementos como a gravidade do delito, a personalidade e circunstâncias do acusado ou exigências de prevenção geral e especial, mas simplesmente se gratificam aqueles sujeitos que aceitam a responsabilidade pela conduta cometida [...]" (Rodríguez García, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano, cit., p. 91).

626 "Para que o acusado seja movido à realização de um *guilty plea*, a prometida atenuação de sua pena tem que ser considerável em comparação à pena que seria de se esperar em caso de uma condenação após a realização da audiência de instrução e julgamento. Isso significa, no entanto, em termos práticos, que a pena imposta será não aquela que, por motivos de prevenção geral, seria necessária para a proteção dos bens jurídicos, mas sim uma pena muito menor. Com isso, subverte-se a longo prazo a função protetiva do direito penal" (Schünemann, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 253). Sobre isso, ver também: Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 180-183.

627 Schünemann, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 244-245.

Este trabalho, contudo, pautará suas considerações fundamentalmente a partir da segunda postura descrita, ou seja, com base na necessidade de proteção a direitos fundamentais do acusado e de consagração da função limitadora do processo frente ao poder punitivo estatal.[628] Por exemplo, sem ingressar no complexo debate acerca da busca da verdade,[629] pensa-se que a barganha macula as premissas do processo penal democrático ao afastar a imposição da carga probatória do acusador, pressuposto necessário ao rompimento da presunção de inocência.[630] Portanto, apresentar-se-á a descrição crítica dos acordos entre acusação e defesa em sua expoente como causa de violações de garantias processuais em termos amplos.[631] Além da fragilização dos benefícios supostamente almejados pela introdução de mecanismos negociais no processo, ao passo que a redução da carga processual na justiça seria ilusória,[632] expõe-se a "aniquilação do modelo garantista".[633]

Exemplificativamente, uma vez que tais objeções serão aprofundadas nos tópicos a seguir, cumpre citar três capitais tensionamentos a princípios fundamentais da justiça criminal. Primeiro, a presunção de inocência, uma das pedras de toque da configuração de um processo penal democrático,[634] dissipa-se e inverte-se em um

628 GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*, cit., p. 79.

629 Novamente, sobre a verdade no processo penal, remete-se a: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013; MARTINS PINTO, Felipe. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

630 RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar, cit., p. 442-444.

631 "Já se disse, acertadamente, que este paradigma de consenso é mais ingênuo, menos convincente e menos seguro no plano das garantias processuais, pois o reino do sentido comum, tão desvanecente como facilmente manipulável com os atuais meios de criação de opinião, conduzirá a resultados jusnaturalistas e voláteis" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 101).

632 "Por outro lado, pelo menos na experiência espanhola – convém insistir –, esse tipo de expedientes propicia uma inércia de escassíssima utilidade real do ponto de vista de uma efectiva deflação do processo penal, para cuja degradação objectiva contribui, contudo, sensivelmente, sem sequer uma contrapartida de redução das estatísticas de entradas" (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 30-31).

633 DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 256.

634 Sobre isso, ver fundamentalmente: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a

campo jurídico-penal pautado pela barganha.[635] Somada à problemática renunciabilidade,[636] tal garantia acaba distorcida com a consagração de uma presunção de culpa[637] ou até de um "dever de confissão".[638] Embora se tente afastar tal violação com argumentos teóricos, como um suposto não reconhecimento da culpabilidade (na transação brasileira) ou obscurecendo eventuais pressões impostas ao acusado,[639] como exposto, há inescapavelmente o tensionamento do ditame da presunção de inocência na concretização dos mecanismos negociais no campo jurídico.[640]

Em segundo lugar, há cristalina problemática envolvida ao direito a não autoincriminação.[641] Especialmente intrincada em razão da coação inerente à proposta de barganha,[642] tal aporia desvela que esse mecanismo "não foi projetado para ser utilizado aos réus

elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-261; FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção da inocência e a construção da verdade.* Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 45-100; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia.* Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 31-45.

635 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais, cit., p. 71; TULKENS, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 710.

636 "Por outro lado, a presunção de inocência, visto que consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser renunciada pelo imputado" (RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar, cit., p. 444) (tradução livre).

637 "Gradualmente os juízes começam a encontrar dificuldade para presumir que a maioria dos acusados é inocente. Certamente, há casos em que o julgador tem dúvidas sobre a culpabilidade fática do réu, mas com o tempo ele tende a acreditar que a maioria dos imputados é realmente culpada do crime, ou de alguma ofensa aproximada" (HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 138) (tradução livre).

638 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 183-186.

639 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 209-212; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 271.

640 LOPES JR., Aury. Justiça negociada, cit., p. 118.

641 Sobre os contornos do *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro, ver: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-105; GUEDES, Gabriel P. *O direito a não produzir prova contra si mesmo:* aproximações entre os cases da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 250-251.

642 MARTÍNEZ, Santiago. Confesión en el juicio abreviado, cit., p. 380. Sobre isso, ver item 3.1.3 deste trabalho.

confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-lo".[643] Por fim, fundamental perceber o esvaziamento completo do dever de motivação judicial, pois o ato de homologação impõe a análise meramente formal dos pressupostos para a condenação, o qual, em realidade, é geralmente desvalorizado na prática pela "atuação burocrática do juiz".[644] Portanto, sem adentrar profundamente nas inúmeras violações ocasionadas, mas já pela simples exposição introdutória, percebe-se a patente ruína dos paradigmas procedimentais mínimos de um processo penal adequado às premissas do Estado Democrático de Direito.[645]

Ademais, frisando as raízes intrigantes das problemáticas relacionadas aos acordos negociais, duas considerações devem ser advertidas desde já para ressaltar o tensionamento ocasionado. Como destacado por **Albert Alschuler**, a barganha origina a supervalorização de escolhas táticas durante o jogo processual, ou seja, afasta a determinação da sanção penal do fato criminoso praticado e aproxima seus critérios à postura do acusado no transcorrer do seu julgamento e de suas decisões relacionadas ao exercício da defesa.[646] Assim, diante das inúmeras críticas possíveis, chega-se a comparar as características de tal instituto com a tortura

643 Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 77 (tradução livre).

644 Duarte, Hugo Garcez; Marques, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais, cit., p. 72. Assim também: Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 118.

645 "Sob o argumento de que a justiça lenta e formalista não garante a cidadania, não se podem sepultar princípios conquistados a duras penas pela doutrina processual penal, como o *in dubio pro reo*, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o *due process of law*, o direito a um juiz predeterminado, v.g. Estes princípios basilares restam eliminados ou enfraquecidos com um acordo a respeito de uma sentença criminal, de uma pena criminal, sobre o requerimento de prova, a respeito da utilização dos meios de impugnação e outras disposições à margem da legalidade" (Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 111-112).

646 "Uma característica dos sistemas jurídicos justos é que há uma minimização dos efeitos das escolhas táticas no resultado do processo. Em casos criminais, a extensão da punição de um acusado deve ser determinada pelo fato cometido e, talvez, por suas características pessoais, mas não por decisões após o fato e pela pressão de exercer ou não uma opção procedimental" (Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 657) (tradução livre). Também nesse sentido: Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116-117. Sobre os determinantes estratégicos no jogo processual, ver: Rosa, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 36-46.

corriqueiramente utilizada nos processos da Idade Média. Conforme **John Langbein**, a consagração da confissão como prova plena e a coerção imposta ao acusado para sua realização são semelhantes em ambos os panoramas (embora se reconheça a distinção em relação à intensidade):[647] a ameaça de sofrimento físico agressivo foi substituída pela intimidação de uma sanção penal mais grave em caso de exercício do direito ao processo.[648] Nesse sentido, acerca do modelo germânico, afirma Bernd Schünemann: "a versão alemã do acordo se vale do paradigma do mercado apenas como espécie de mímica invertida, atrás da qual se esconde uma situação de coação estrutural e com ela o renascimento bastante sublimado, é verdade, da sentença coagida por meio da tortura física".[649]

3.1.1 Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal. Políticas utilitário-economicistas, mercantilização processual e relativização de garantias fundamentais

Desde a primeira edição do livro descrito como marcante em matéria de expansão do Direito Penal, em 1999, **Silva Sánchez** desvela o fenômeno que é uma expressão indiscutível do poder punitivo nas sociedades contemporâneas. Mais de dez anos após, na terceira edição desta obra, publicada em 2011, o autor continua categórico ao afirmar no seu inédito epílogo: "não se discute a constatação fundamental de que o Direito Penal cresce por todas as partes".[650] Certamente, o Brasil é um exemplo desse panorama, atualmente com mais de meio milhão de presos, em que expressiva quantidade não possui condenação definitiva, e uma crescente

647 Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 12-15.

648 Díaz Cantón, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho, cit., p. 253.

649 Schünemann, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: Schünemann, Bernd; Greco, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 321.

650 Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011. p. 189 (tradução livre). Nesse sentido, também: Karam, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 1-44; Husak, Douglas. *Overcriminalization*. The limites of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 3-54.

produção legislativa repressora, geralmente pautada por ditames de "lei e ordem"[651] e de tolerância zero,[652] por meio da qual se introduzem novos tipos penais, se agravam penas e se relativizam garantias fundamentais do processo.[653]

Por certo, há uma evidente relação entre tal ostentação punitiva[654] nas relações sociais hodiernas e a percepção de dois fenômenos que impactam diretamente o campo jurídico-penal: a ideia de risco e a construção da figura do inimigo.[655] Por um lado, o panorama fundamentalmente descrito por **Ulrich Beck**[656] acarreta consequências à dogmática penal – por exemplo, conforme **Marta Machado**, com a desmaterialização de bens jurídicos,[657] o aumento nas incriminações de perigo ou a previsão de delitos de acumulação[658] – e também processual penal – a partir de mecanismos de aceleração

651 "Esta política criminal fundou-se na tradição hegeliana de direita cuja tese consiste em considerar realizado ou consumado o projeto da modernidade (ficção da modernidade consumada). Desse modo, encontrando-se o estado racional realizado, o poder não possuiria elementos criminógenos. Portanto, o delito deveria ser encarado como fruto de uma decisão individual que, no mínimo, implicaria sua retribuição" (Rosa, Alexandre Morais da; Silveira Filho, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático.* Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32).

652 Sobre isso, ver: Wacquant, Loïc. *As prisões da miséria.* 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9-46; Wacquant, Loïc. *Punir os pobres.* A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25-75.

653 Campos, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional.* Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCrim, 2010. p. 125-206. Sobre a influência dos discursos de defesa social no direito penal e processual penal, ver: Santos, Bartira M. de Miranda. *Defesa Social* – uma visão crítica. São Paulo: Estúdio, 2015.

654 Rosa, Alexandre Morais da; Amaral, Augusto Jobim do. *Cultura da punição.* A ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 43-71.

655 Saavedra, Giovani Agostini; Vasconcellos, Vinicius Gomes. Expansão do Direito Penal e Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais,* São Paulo, nº. 42, p. 123-142, jul./set. 2011. p. 133-138.

656 Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Hacia una nouva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-93.

657 Sobre os contornos da teoria do bem jurídico, ver, exemplificativamente: Santos, Daniel Leonhardt. *Crimes de Informática e Bem Jurídico-Penal:* contributo à compreensão da ofensividade em Direito Penal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Capítulo 2; D'Avila, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal.* Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57-79.

658 Machado, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal.* Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 91-152.

procedimental e flexibilizações de garantias.[659] Ademais, o constante ressurgimento (ou reconstrução) da figura do inimigo, não pessoa,[660] a quem o poder estatal pode direcionar toda a sua força repressiva sem maiores preocupações, rompendo-se com as limitações do processo.[661] Portanto, pode-se afirmar que o modelo de justiça penal contemporâneo está fundamentalmente pautado pela concepção de "emergência",[662] sendo determinado por posturas punitivistas dos atores internos ao campo jurídico penal e diretamente influenciado por influxos sociais autoritários, resultando, assim, em uma sociedade do controle[663] retroalimentada por uma cultura do medo[664] em que se utiliza o sistema penal como instrumento de governamentalidade.[665]

Seguramente, trata-se de tema complexo, que carece de análise específica e profunda, a qual vai além das possibilidades deste trabalho. Contudo, a partir de tais apontamentos introdutórios almeja-se neste tópico desvelar a simbiótica relação entre a expansão do Direito Penal e a ampliação de espaços de consenso no processo penal, especialmente por meio de mecanismos negociais como a barganha.[666] Em que pese o desvelamento criminológico da ferida

659 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*, cit., p. 203-284.

660 JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (org.). *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação vs. dignidade. In: TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010. p. 133-151.

661 MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 223-259, São Paulo, mar.-abr. 2006, p. 230. Sobre as consequências da concepção de inimigo no combate ao terrorismo nos Estados Unidos e seus reflexos na relativização de garantias processuais, ver: GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Direitos Processuais Penais Fundamentais: um jogo de conveniência? *Boletim IBRASPP*, ano 03, n. 05, p. 16-18, 2013/02. p. 17-18.

662 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-9.

663 GARLAND, David. *Culture of control*, cit., p. 167-192.

664 GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. Nova Iorque: Basic Books, 2009. p. 21-49; PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 91-128; WERMUTH, Maiquel A. D. *Medo e direito penal*. Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25-89.

665 SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 3-31; ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*, cit., p. 19-43.

666 "Na verdade, esse artigo argumenta que existe uma relação de simbiose entre a barganha e a expansão do direito penal porque esses fenômenos legais não só ocupam

narcísica do Direito Penal com suas impossibilidades práticas de cumprir os pretensos objetivos de controle social integral,[667] a exponencial ampliação de seus âmbitos de intervenção nas relações sociais acarreta a necessidade de instrumentalização de mecanismo funcionalmente célere e eficaz para suprir a demanda por punições rápidas.[668] Nesse sentido, importante notar o crescente domínio de ideias propositoras da busca por eficiência a partir da relativização de direitos fundamentais,[669] essencialmente pautadas por posturas mercantilistas e utilitaristas, as quais também serão analisadas criticamente neste item.[670]

Costuma-se afirmar que uma das principais causas do triunfo dos mecanismos negociais no processo é a expansão do Direito Penal material.[671] Nos Estados Unidos, por exemplo, sua

---

o mesmo espaço no nosso sistema de justiça, mas também dependem um do outro para sua respectiva existência" (DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 645) (tradução livre). Nesse sentido, também: ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 137-160.

667 CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-105.

668 "Esta reforma processual diz se orientar, com critérios 'eficientistas', para facilitar a economia no processo. Se afirma que o processo legal (tanto o vigente legalmente quanto o ordenado pela Constituição) não podem dar resposta, ao menos não em tempo razoável, à quantidade de causas que se mostra necessário atender. É para cumprir tais objetivos que se tenta regular um procedimento mais simples de imposição de condenações" (ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 142) (tradução livre). Sobre a postura funcionalista na delimitação do fundamento do direito penal, a qual acarreta consequências também ao processo penal, ver: SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena.* Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 41-72.

669 "O resultado de uma tal mutação é a progressiva desjurisdicionalização (ou, se se quiser, a administrativização) e informalização do processo penal, agora obcecadamente reduzido a instrumento de gestão eficiente de problemas, numa sociedade em que a que a ideia do direito penal como *ultima ratio* da política social há muito ganhou foros de mera proclamação vácua, tudo enquadrado num pano de fundo mais vasto de uma 'cultura do controlo', onde o valor da segurança, em detrimento da igualdade, da verdade e da justiça, assume acentuada, quando não exclusiva, proeminência" (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 110).

670 Abordando a "mercantilização utilitária do processo penal": GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 112-114.

671 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 234; BINDER, Alberto M. Legalidad y oportunidad, cit., p. 209; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 23.

consolidação determinante se deu com a promulgação da Lei Seca, que expandiu o controle social por meio da proibição de bebidas alcoólicas penalmente tutelada.[672] Contudo, por outro lado, **Lucian Dervan** desvela que a utilização generalizada de barganhas com a corriqueira coerção empreendida aos acusados para renunciar ao direito de defesa conduz à obstaculização do controle judicial sobre a legalidade/constitucionalidade de novos tipos incriminadores ou de procedimentos investigatórios realizados, visto que os réus consentem em submeter-se à sanção penal sem uma análise judicial adequada.[673] Ou seja, a expansão do Direito Penal também depende e, de certo modo, é causada pela generalização da barganha, ao passo que por meio desta a justiça criminal consegue responder parte das demandas punitivistas sociais (sem o controle e a limitação do Judiciário), evitando possível colapso que desvendaria a insustentabilidade de tal postura e, assim, poderia ensejar discussões acerca da necessidade de redução do poder punitivo.[674]

Assim, no cenário contemporâneo legitimam-se inúmeras reformas legais sob o argumento da busca por *eficiência*,[675] o qual propõe o máximo de celeridade na persecução penal para, em regra, responder às demandas sociais punitivistas.[676] Importante notar aqui a confusão terminológica empregada: eficácia, efetividade e eficiência. Em estudo específico acerca da questão, **Scarance Fernandes** sustenta que "eficaz é o ato que produz o efeito esperado", "eficiência é, em síntese, a capacidade de algo de produzir um determinado efeito" e a efetividade se determina "em razão dos efeitos positivos produzidos

672 Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 19-27.

673 Dervan, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 648-651.

674 "Como essas considerações demonstram, a barganha e a expansão do direito penal se perpetuam reciprocamente: a barganha protege a expansão do direito penal do questionamento e a expansão do direito penal cria incentivos para tornar a barganha tão persuasiva" (Dervan, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 646) (tradução livre).

675 Sobre a relação entre barganha e busca por eficiência na justiça criminal: Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 175. No cenário brasileiro, exemplo marcante de tal postura eficientista é a tendência de restrição ao acesso a cortes superiores por meio de habeas corpus substitutivo de recursos, o que se justifica exclusivamente no suposto sobrecarregamento dos tribunais; sobre isso, ver: Bottino, Thiago. *Habeas corpus* nos tribunais superiores: pontos para reflexão e debate. *Boletim IBCCrim*, n. 262, ano 22, p. 2-4, São Paulo, set. 2014.

676 Borges, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 163.

no meio social, dependendo do que se espere do processo criminal".[677] Por outro lado, há quem aponte uma carga negativa no conceito de "eficiência", pois ele se vincularia a uma análise de meios,[678] com a pretensão de determinar ações direcionadas à obtenção de resultados previsíveis, o que, diante das incertezas inerentes ao processo penal, acarretaria problemáticas relacionadas ao contexto de exclusão e desigualdade na aplicação do poder punitivo estatal.[679] Por certo, o que necessariamente deve ser criticado é a relativização de direitos fundamentais do acusado a partir da distorção da função primordial do processo penal como limite do poder punitivo.[680] Ou seja, rechaça-se a consolidação do império da economia processual,[681] pautado por uma tirania da urgência e da aceleração,[682] que, em regra, implementa-se

677 Fernandes, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: Fernandes, Antonio S.; Almeida, José R. G. de; Moraes, Maurício Z. (coord.). *Sigilo no processo penal.* Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 25.

678 "Neste quadro, não é admissível, em hipótese alguma, considerar que efetividade é o mesmo que eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios" (Coutinho, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, p. 687-697, 2002, p. 692).

679 "A noção de eficiência é amplamente difundida no mercado, de modo que as ações devem ser eficientes para obtenção de resultados previsíveis. Na medida em que é impossível a correta previsão dos resultados no processo – explica Coutinho – a atenção volta-se para os meios. Ou seja, as ações desenvolvidas devem ser eficientes para com isso chegarmos ao 'melhor' resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica" (Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 114). Conforme Jacinto Coutinho: "Poderia, claro, ser uma simples troca de palavras, mas não é. Aliada ao tempo, eficiência pode ser sinônimo de exclusão. Aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de direitos e/ou garantias, mormente constitucionais ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada [...]" (Coutinho, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena, cit., p. 694). Sobre isso, ver também: Martins, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados.* Corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45-47.

680 Vegezzi, Santiago. Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. In: Maier, Julio B. J.; Bovino, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 343.

681 Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 329.

682 Casara, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro.* Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1, p. 152-153.

a partir de "operação de marketing" que propõe a flexibilidade e a funcionalidade frente à morosidade judicial.[683] E, nesse sentido, inegavelmente a ideia de eficiência integra o lastro teórico primordial da sumarização de procedimentos por meio de mecanismos negociais.[684] Tal intrigante panorama é descrito, inclusive, como ensejador de um "*fast food* jurisdicional" que moldou os preceitos da justiça criminal à compulsão por eficiência,[685] caracterizando o fenômeno denominado de "McJustice".[686]

Desse modo, há o avanço de teorias econômicas em busca de redução de custos: introduzem-se "mecanismos de eficiência"[687] que pretendem possibilitar o máximo de condenações/punições com o mínimo de recursos e tempo possíveis. Conforme **Garapon** e **Papadopoulos**, a *plea bargaining* é sedimentada fundamentalmente a partir de premissas do movimento *law and economics*, "uma corrente doutrinária multidisciplinar que tenta apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica".[688] Um dos maiores expoentes de tal

683 "Neste tipo de discurso, a parte teórica executa também uma operação de marketing, pela reiteração dos conhecidos argumentos de maior operacionalidade, funcionalidade, flexibilidade, frente à burocratização, à lentidão e ao caráter estigmatizante do processo tradicional" (Andrés Ibañez, Perfecto. Justiça de oportunidade, cit., p. 30).

684 "Impondo-se o corolário do paradigma da eficiência, por um lado, este valor age principalmente sobre a pequena criminalidade com uma série de dispositivos que pragmaticamente pleiteiam a culpabilidade do réu (viabilizados no caso brasileiro, por exemplo, pela deturpação negocial dos juizados especiais criminais e pelo instituto da transação penal); doutro aspecto, quanto à criminalidade 'graúda', aí há o processo penal de exceção, não apenas com ritos especiais; mas, sobretudo, com a possibilidade permanente e geral do rompimento da regra mediante a própria previsão aberta da legislação" (Rosa, Alexandre Morais da; Amaral, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*, cit., p. 56).

685 "A hiperaceleração conduz ao risco extremo para o Estado democrático de direito, principalmente quando não há a compreensão de que existe um tempo do direito que é desvinculado do tempo da sociedade. Nesse contexto, o que se identifica? Uma compulsão por eficiência que transforma o cidadão em consumidor de um genuíno '*fast food* jurisdicional'" (Casara, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*, cit., p. 152).

686 Bohm, Robert M. "McJustice": on the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006, p. 127-129.

687 "Pode-se constatar a submissão do processo a mecanismos de controle de eficiência (próprios da economia), da redução do acusado a mero objeto destinado a um propósito de irradicação da insegurança. As questões referentes ao problema da pena e à identificação, nesta, de uma finalidade parecem esvaziar-se de sentido" (Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Amaral, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat, 2013. p. 357).

688 Garapon, Antonie; Papadopoulos, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França:* cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56-57.

corrente é **Frank Easterbrook**, que, com base em tais pensamentos, descreve o processo penal como um "sistema de mercado", um "método de alocação de recursos escassos", em que as negociações entre acusação e defesa são legítimas ao determinar o custo aceitável (sanção penal consentida pelo réu) da prática do delito.[689] Contudo, diversas são as críticas a essa construção, visto que a postura utilitarista decorrente finda por fragilizar importantes pressupostos da justiça criminal.[690]

Inquestionavelmente, aqui se coloca a discussão acerca das tendências de mercantilização do processo penal.[691] Nesse sentido, metaforicamente, **Bernd Schünemann** descreve a mudança da teoria do direito, de seu fundamento original na religião até a contemporânea premissa do mercado.[692] Assim, a barganha se coloca como mecanismo determinante na caracterização da justiça criminal como um "mercado persa",[693] ou um "supermercado moderno",[694] em que ilegitimamente direitos fundamentais das pessoas são transacionados.[695] Esse cenário se coloca patente como expressão de

689 Easterbrook, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 289-311. Sobre a fundamentação teórica desenvolvida por tal autor e sua análise crítica, ver item 1.2.2 deste trabalho.

690 Tulkens, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 717; Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 99; Rosa, Alexandre Morais da. Processo penal eficiente? Não, obrigado. In: Rosa, Alexandre Morais da; Carvalho, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente & ética da vingança.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11-37.

691 Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 151-152.

692 "Ao que parece, a única explicação está em uma recente tendência do direito como um todo, a qual se manifesta no acordo e que terá de ser explicitada analiticamente. Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio da metáfora do 'templo', essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresso através da metáfora do 'mercado'. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal" (Schünemann, Bernd. Do templo ao mercado?, cit., p. 309).

693 "É a introdução da lógica da *plea negociation*, transformando o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Daí nossa crítica em relação à justiça negociada e aos Juizados Especiais Criminais, verdadeiras expressões do movimento da lei e ordem, na medida em que contribuem para a banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor" (Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 110).

694 Conforme Malcolm Feeley, a *plea bargaining* estabelece um cenário semelhante aos "modernos supermercados em que os preços dos produtos são claramente estabelecidos e etiquetados", de modo que "os clientes podem reclamar dos preços, mas raramente conseguem barganhar para sua redução" (Feeley, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 187-188) (tradução livre).

695 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na*

novas tendências criminológicas em que a gestão de riscos assume primazia na administração do controle punitivo, pois, conforme **Gabriel Anitua**, tal corrente, ao apelar à eficiência, "somente se preocupa em manter a ordem, simbolicamente, na sociedade que está 'dentro' do mercado, e almeja manter na periferia, incapacitando ou neutralizando, aqueles que estão 'fora'".[696] Trata-se de pensamento denominado atuarial,[697] que se caracteriza por adotar abordagens estatístico-mecânicas a partir de dados com comparações de valores numéricos e prognósticos de riscos de suspeitos, ou seja, a substituição de doutrinas complexas por técnicas de gerenciamento eficientes, do pensamento-que-medita para o pensamento-que-calcula.[698]

Diante do exposto, percebe-se que a expansão do Direito Penal, vivificada por concepções eficientistas e mercantilistas do processo, está em compasso com a utilização da barganha e com a imposição de sanções penais céleres a partir da flexibilização de direitos fundamentais, subvertendo-se a função processual limitadora:[699] tudo isso se amolda em um círculo vicioso de dependência simbiótica e de alimentação recíproca.[700] Portanto, o argumento que legitima a introdução de mecanismos negociais é falacioso ao apontar a redução da carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade na

perspectiva das garantias constitucionais, cit., p. 113.

696 Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 139 (tradução livre).

697 "Em rápida síntese, entende-se por Política Criminal Atuarial o uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros. O objetivo do novo modelo é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime – embora saiba se valer dos rótulos populistas, quando necessário – mas identificar, classificar e administrar segmentos sociais indesejáveis na ordem social de maneira mais fluida possível" (Dieter, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial.* A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20).

698 "Nesse cenário, percebe-se, no campo da criminologia pós-crítica, um vazio teórico-reflexivo, uma sobrevalorização da estatística em que qualquer reflexão filosófica-teórica, sobre o sistema criminal, representa um entrave à gestão eficiente de um sistema de cálculo em que o empírico basta por si mesmo" (Buonicore, Bruno Tadeu; Silva, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, n. 257, ano 22, p. 12-13, São Paulo, abr. 2014. p. 12).

699 Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 142.

700 Dervan, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 645.

sociedade como seu pretenso objetivo, ao passo que sua real finalidade é a contínua legitimação da ampliação do controle social por meio do poder punitivo.[701]

3.1.2 Barganhas, relações e concessões: a corrupção dos fundamentos e dos papéis dos atores do sistema de justiça criminal

Desvelada a natureza autofágica da barganha em um modelo de Direito Penal expandido, atentar-se-á agora às consequências de tal instituto às premissas do sistema de justiça criminal, especialmente em relação aos papéis desempenhados pelos seus atores fundamentais e às suas relações recíprocas.[702] Aponta-se aqui uma inquestionável degradação das funções desempenhadas por juízes, promotores, advogados e, inclusive, réus em um panorama processual pautado por negociações e concessões, havendo, assim, uma expropriação dos papéis das partes, em que seus interesses pessoais sobrepõem-se às funções processuais de limitação ao poder punitivo.[703] Nesse sentido, **Albert Alschuler** estrutura suas sólidas críticas ao mecanismo negocial a partir da premissa de que há uma indevida subordinação da justiça aos interesses pessoais dos atores do campo jurídico-penal, de modo que se fragiliza a ideia de que o acusador representa os interesses públicos e advogados de defesa exercem os interesses do acusado.[704] Ou seja, "a *plea bargaining* foi,

701 McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 12. Nesse sentido, também: "Quem sai mais beneficiado com esse sistema é a pretensão punitiva do Estado, que assim consegue seu objetivo em maior número, com menor custo e mais rapidamente" (Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 155) (tradução livre).

702 Sobre a influência da postura dos atores na gestão da justiça criminal e na imposição do poder punitivo estatal, ver: Carvalho, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*, cit., p. 59-111. Nesse sentido, afirma Geraldo Prado: "A definição de um dos problemas centrais da dogmática do processo penal brasileiro passa necessariamente pela postura que juristas e operadores jurídicos tenham adotado (ou estejam adotando) em face da possibilidade de resolver casos criminais empregando-se a técnica do consenso" (Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 5).

703 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 49-50.

704 "Minha tese simplesmente aponta que os interesses dos administradores do sistema de justiça criminal são mais influentes do que eles deveriam e precisavam ser. A premissa fática que fundamenta a maioria das defesas da *plea bargaining* – de que os advogados

no essencial, uma construção dos actores processuais, algo criado por eles e para satisfazer antes de tudo interesses deles".[705]

Por um lado, obviamente o juiz é um dos maiores beneficiados pela realização da barganha e o consequente julgamento imediato do processo, ao passo que reduz substancialmente a sua carga de trabalho[706] – visto que seus deveres são amortizados, sua preocupação por uma eventual revogação de decisão em sede recursal anulada e suas inquietações por cumprir as metas eficientistas sanadas[707] – e, mais do que isso, a sua responsabilidade em determinar a responsabilização do acusado. Assim, torna-se recorrente a postura repressora de magistrados diante dos poucos advogados combativos que intentam o questionamento e a fragilização da versão acusatória,[708] pois "os julgadores visam aos reconhecimentos de culpabilidade do mesmo modo que os vendedores almejam encomendas".[709] Embora a aderência dos representantes do Poder Judiciário à *plea bargaining* nos Estados Unidos tenha se dado de modo intrigantemente paulatino, e não imediato,[710] sua generalização se tornou expressiva fundamentalmente a partir do momento em que tais atores começaram a se beneficiar do instituto.[711]

Também o acusador público é favorecido, pois além de reduzir sua carga de trabalho, o acordo assegura a obtenção de condenações,[712]

---

de defesa são representantes quase perfeitos para seus clientes e de que promotores são representantes quase perfeitos ao interesse público – é consideravelmente imprecisa" (ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 691) (tradução livre).

705 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 33.

706 "O juiz, por não influir mais de forma decisiva na solução da causa, tende a se acomodar à solução antecipada, vendo nela maneira rápida de resolução do processo, estimulando e forçando a realização dos acordos" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 267).

707 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 144.

708 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 213; HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 62-63.

709 ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.114 (tradução livre).

710 "Até o meio do século dezenove, a *plea bargaining* encontrava ao menos três obstáculos para sua aceitação judicial: ela servia menos aos interesses dos julgadores do que aos da acusação; acarretava tensionamentos principiológicos com o dever judicial de julgar com base em informações completas; e machucava a arrogância de poder de alguns juízes" (FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 58) (tradução livre).

711 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 129.

712 BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial, cit., p. 2.471.

mantendo, assim, sua imagem pública em conformidade com os recorrentes clamores sociais punitivos.[713] Portanto, interesses pessoais do promotor são ressaltados[714] e acarretam uma postura ativa, que, em conjunto com o julgador, pressionam o acusado e a defesa a aceitarem a aceleração da condenação.[715] Ademais, inclusive o defensor técnico do acusado tem seu papel desfigurado em razão da proeminência de seus interesses pessoais à realização da barganha.[716] Além de interesses econômicos, ao passo que o encerramento célere do caso possibilita a representação de um maior número de réus,[717] a pretensão de manter boas relações com os demais atores do campo jurídico-penal é determinante à postura incentivadora ao consenso, visando, inclusive, a benefícios em outros processos mais importantes.[718]

Desse modo, o panorama exposto corrobora a descrição de **George Fisher**: o inquestionável e inabalável triunfo da barganha no sistema de justiça criminal se dá em razão de sua aderência aos interesses daqueles que detêm o poder na determinação da concretização do poder punitivo estatal.[719] Tal instituto é, portanto, um instrumento a serviço dos interesses do poder,[720] protegido e alimentado pelos atores do campo jurídico, e, assim, determinante na configuração das suas relações intrínsecas e do seu funcionamento.[721]

713 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 60.

714 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 111; Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 191-193.

715 Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 309.

716 Sobre isso ver item 3.1.6 deste trabalho, em que se analisará criticamente o desaparecimento da defesa em razão da barganha, também em razão da disfunção ocasionada às relações entre advogado e acusado.

717 Alschuler, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.206-1.270.

718 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 210.

719 Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 229-230. Conforme Luis Diego Díez: "em resumo, todos os operadores jurídicos do processo penal e também o próprio Estado têm *em comum o interesse administrativo de uma rápida resolução dos casos facilitada pela prática da barganha*" (Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 62) (tradução livre).

720 "Portanto, os acordos transformam o processo penal, concebido anteriormente como um conflito de valores decidido por um juiz terceiro e imparcial, em uma regulação de conflitos regida por critérios de poder e não por critério jurídicos, o que conduz geralmente ao triunfo das autoridades judicias por uma aliança normativa [...]" (Schünemann, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global, cit., p. 185) (tradução livre).

721 "O argumento mais amplo atenta ao desenvolvimento da *probation* como a primeira das diversas provas do crescente poder da *plea bargaining* como uma instituição. Ao menos

Segundo **Milton Heumann**, há um processo de adaptação, em que os atores inseridos na mecânica de funcionamento da justiça criminal findam por aderir aos mecanismos negociais, não só por uma imposição sistêmica, mas também (e mais proeminentemente) por um processo de aprendizagem e ensino,[722] essencialmente pautado pelas relações entre tais personagens atuantes do campo jurídico, de modo semelhante ao fenômeno descrito por **Pierre Bourdieu** como "habitus" na determinação de um "sentido prático" às suas ações.[723] Outrossim, exemplo proeminente desse cenário em âmbito estadunidense é a descrição do "mito das constituições escritas", onde a determinação constitucional de que todos os julgamentos deveriam ser realizados por meio de um júri público se tornou letra morta em razão da postura dos atores do sistema criminal.[724]

Há, portanto, uma "simbiose burocrática"[725] que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja, limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e

durante o último quarto do século dezenove, a barganha se tornou um instrumento útil não só para promotores, mas também aos juízes. Servindo aos interesses daqueles com o real poder, a *plea bargaining* se transformou em uma instituição dominante por ganhar a proteção deles" (FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 90) (tradução livre).

722 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 154.

723 O conceito de *habitus* de Pierre Bourdieu, em breves palavras, representa uma gama de dispositivos/determinações que induz os atores de um campo específico a agir e reagir de determinados modos, os quais são generalizáveis, embora não conscientemente coordenados ou governados por uma regra específica (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, cit., p. 59-73). Sobre isso, ver: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e justiça penal.* Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87-93.

724 "O desaparecimento do julgamento criminal por júri desvela a lição de que pode-se sustentar o mito das constituições escritas. O texto constitucional não se autoexecuta. Ele requer a aderência e o apoio tanto da ordem social e política como dos atores legais. A *plea bargaining* derrotou a Constituição e a *Bill of Rights* porque os atores do campo jurídico – especialmente juízes, promotores e advogados de defesa – preferiram a conveniência de realizar acordos ao rigor dos julgamentos" (LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 126) (tradução livre).

725 "[...] acordos entre a defesa e a acusação de que um cliente do advogado irá reconhecer sua culpabilidade em troca de leniência para outro são fenômenos comuns. Eles também são indicativo da 'simbiose burocrática' que caracteriza a relação entre advogados de defesa e promotores. Quando os defensores estão diante de propostas assim, eles sentem uma grande pressão para consentir com as demandas da acusação" (HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 211) (tradução livre).

por suas perversas relações de cooperação mútua,[726] incentivam (ou, melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu. Desse modo, rompe-se por completo com as premissas do processo penal democrático, já que a barganha deturpa integralmente o sistema de justiça criminal.[727]

Embora exista quem sustente uma maior legitimação da sanção penal imposta pela confissão barganhada,[728] resta evidente a irracionalidade determinada por tal prática,[729] a qual generaliza a desonestidade como postura recorrente dos atores do campo,[730] e converte o sistema em uma "linha de produção em que acusados são coagidos, privados do devido processo, e valorados como menos importantes que a eficiência".[731] Nesse sentido, aponta-se que as funções de acusar e julgar se perverteram e se trivializaram a partir dos espaços de discricionariedade abertos aos promotores e magistrados.[732] Por outro lado, a pretensão de celeridade almejada por meio dos acordos resta obstaculizada pelo próprio panorama ocasionado pela postura dos atores negociadores, como, por exemplo, a morosidade gerada pelos diversos blefes da defesa em requerimentos para fragilizar o caso da acusação e, assim, obter uma melhor barganha.[733]

De qualquer modo, é inquestionavelmente intrigante o corriqueiro

726 FINE, Ralph Adam. Plea bargaining, cit., p. 624.

727 "O instituto do *guilty plea* arruína com o ideal de justiça no processo penal norte-americano não apenas à luz de uma análise teórica, mas também sob a perspectiva da prática processual" (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 251).

728 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 178-180.

729 ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 112.

730 "No final, contudo, o pior aspecto da barganha é simplesmente a desonestidade. A *charge bargaining* tornou as estatísticas da justiça criminal em cinzas. Uma pessoa que cometeu um homicídio doloso é condenada por sua espécie culposa [...] E como premissa de todo o sistema da *plea bargaining* está a mentira que deve ser dita diante da Constituição e da *Bill of Rights:* a mentira de que as pessoas acusadas por crimes graves realmente não querem um julgamento pelo júri" (LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 124-125) (tradução livre).

731 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 197 (tradução livre).

732 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 100.

733 RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 308; BOWERS, Josh. Punishing the innocent. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, p. 1-55, 2008, p. 32.

cenário em que partes teoricamente, e pretensamente, opostas no jogo processual (acusação e defesa) se beneficiam de uma colaboração mútua, fundamentalmente pautada por tal disfuncional relacionamento burocrático.[734] Abrem-se, assim, espaços e brechas para ilegítimas manifestações de poder, em que arbitrariedades, inexoravelmente, findam por prejudicar àqueles que carecem de condições para a realização de uma efetiva defesa.[735] E, desse modo, a postura dos atores do sistema criminal (e a distorção de seus papéis, provocada pelos institutos negociais) é determinante para o agravamento de uma das principais aporias da barganha (que será analisada no próximo tópico): a condenação de inocentes por meio de acordos e reconhecimentos de culpabilidade forjados com indevidas coações.[736]

3.1.3 O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta: quando o processo penal desconsidera sua principal função

O desvelamento de casos em que a responsabilidade do acusado, supostamente reconhecida em uma barganha, é questionada se dá historicamente desde os primeiros momentos em que tal prática se realizou. Aponta-se que até Joana D'Arc e Galileu Galilei sofreram coações visando à aceitação do consenso em troca de promessa por leniência, episódios que seriam os mais famosos a expor o problema da inocência nos institutos negociais.[737] A desconfiança diante de

734 ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 79.

735 "O que sucede porque, procedendo desse modo, abrem-se espaços, subtraídos à intervenção do direito, ao jogo de forças em termos de puras relações de poder, em que, naturalmente, prevalece o mais forte sobre o mais fraco, o acusado, em particular quando é pobre, o que costuma ser garantia de uma insuficiente defesa, quando não de autêntica privação de defesa" (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 29).

736 "Este artigo irá discutir o que alguns doutrinadores denominam de 'problema da inocência' na barganha – a questão de quando e por que acusados inocentes podem reconhecer sua culpabilidade – e para tanto discutir-se-á os modos como promotores, advogados de defesa e juízes podem contribuir para tal problema ao invés de aliviá-lo" (HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 190) (tradução livre).

737 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 241; DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 17, nota 97.

confissões apresentadas em troca de tratamento benevolente é evidenciada inclusive no período da Inquisição, em que tal meio de prova era reconhecido como superior e obtido por meio da tortura, ou seja, nessa época pensava-se que a declaração sob coação física era mais confiável do que outra motivada pela esperança de benefícios na persecução penal.[738] Contudo, em que pese tais considerações de suspeita, o cenário atual de expansão dos espaços de consenso e da necessidade estatal por colaboração do acusado para possibilitar sua persecução penal tem acarretado a recolocação da problemática, reposicionando os réus de nosso tempo ao lugar ocupado por Joana D'Arc e ao seu inafastável dilema: "esperar passivamente a confirmação da sua presunção de inocência, ciente dos riscos que isso implica em um meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico disponível".[739]

Contemporaneamente, inúmeros são os exemplos de evidentes pressões e intimidações direcionadas aos acusados na justiça criminal estadunidense,[740] de modo que dois casos são rotineiramente citados por sua expressiva arbitrariedade. Em *Bordenkircher v. Hayes* (julgado em 1978), a Suprema Corte confirmou a admissibilidade de uma barganha realizada nas seguintes condições: o réu era acusado de emitir um cheque falsificado, mas por ser reincidente estava sendo

738 "Finalmente, os doutores da Igreja acham que a confissão obtida em decorrência de uma promessa de perdão não tem nenhuma validade: deverá ser ratificada. Efetivamente, muitos réus, com medo dos rigores da prisão ou dos castigos, passariam logo para esse tipo de confissão benevolente, o que seria grave. Além disso, é preciso considerar que quem fizesse a confissão nestas condições na realidade estaria querendo muito mais abreviar o interrogatório e esconder alguma coisa do que confessar" (EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 127).

739 TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 312 (tradução livre).

740 Para a descrição de diversos casos reais contemporâneos de inocentes condenados por meio de reconhecimentos de culpabilidade em barganhas, ver: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 2-5, 16-17 e 25. Nesse sentido, cumpre apontar projeto desenvolvido nos Estados Unidos denominado "The Innocence Project", em que advogados trabalham voluntariamente para impugnar condenações ilegítimas. Conforme um dos dados apresentados, em 25% dos casos de inocência comprovada por meio de exames de DNA posteriores, o réu havia aceito a proposta de barganha e reconhecido sua culpabilidade. Informações disponíveis em: <*http://www.innocenceproject.org/understand/False-Confessions.php*>. Acesso em: 21 mar. 2015.

processado com base em lei que autorizava o aprisionamento perpétuo para tais situações (situação frisada coativamente pelo acusador no momento da negociação);[741] assim, o promotor ofereceu proposta de acordo com sanção penal de cinco anos em uma previsão legal de mínimo dois e máximo dez anos; diante disso, o acusado rejeitou a barganha, exercendo seu direito ao julgamento, em que, ao final, foi condenado à prisão perpétua; interposto o recurso, a punição atribuída em razão da não realização do acordo foi declarada constitucional.[742] Ou seja, "a Suprema Corte fomentou um sistema de justiça bizarro, em que o crime de emitir cheque falso no valor de U$$ 88 representa uma sanção penal de cinco anos enquanto o 'crime' de exercer o direito ao julgamento é punido com prisão perpétua",[743] descrição que inquestionavelmente caracteriza um "pesadelo para uma visão continental de justiça".[744]

Já em *Brady v. United States* (de 1970) ao réu havia sido imputada a prática de sequestro qualificado, que, conforme a Lei da época, poderia acarretar a pena de morte, mas somente em caso de condenação por júri; ou seja, a realização de uma barganha poderia evitar tal consequência se houvesse o aceite da prisão perpétua sem julgamento, o que foi consentido pelo acusado; posteriormente, tal legislação foi declarada inconstitucional, de modo que diversos condenados à morte conseguiram reverter tal situação nos Tribunais; assim, no caso aqui descrito, o acusado interpôs recurso para anular a condenação barganhada coativamente, o qual não foi aceito pela Suprema Corte, ao passo que o consenso supostamente teria sido "voluntário, inteligente e supervisionado por advogado de defesa".[745] Assim, "a lei exercia uma inconstitucional influência,

741 Conforme descrito por Ralph Fine, o promotor do caso afirmou: "Não é verdade que no momento da audiência inicial eu adverti que, se você não pretendesse aceitar a barganha de cinco anos por essa acusação e economizar os inconvenientes e a necessidade de julgamento à Corte, iria retornar o caso e solicitar um indiciamento com base nos seus antecedentes?" (Fine, Ralph Adam. Plea bargaining, cit., p. 622) (tradução livre).

742 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 61; Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 115.

743 Alschuler, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 242 (tradução livre).

744 Pizzi, William T.; Montagna, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy, cit., p. 442.

745 Dervan, Lucian E.; Edkins, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 12-13; Alschuler, Albert W. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea, cit., p. 48-50; Alschuler, Albert W. Plea bargaining and the death penalty. *DePaul Law*

mas acusados que sufragaram a tal pressão não eram considerados", pois incompreensivelmente "somente réus que resistiram à coação ilegítima puderam questionar suas condenações".[746]

O poder coercitivo da proposta de barganha em meio ao processo penal é desvelado por inúmeros doutrinadores[747] em razão de sanções penais abusivamente intensificadas pela recusa ao acordo,[748] o que se costuma denominar de "preço do julgamento",[749] "pena de julgamento"[750] ou "tesoura sancionatória".[751] Como já exposto, **John Langbein** aponta semelhanças, embora com diferença de intensidade, entre a intimidação exercida pela tortura medieval e aquela empreendida pelos mecanismos negociais contemporâneos, a partir de ameaças de punições mais severas em caso de exercício do direito ao julgamento.[752] Desse modo, afirma-se a "injustiça intrínseca do sistema", já que os réus que recusam o consenso são considerados "incômodos e perturbadores, e acabam por ser punidos mais pesadamente", podendo implicar na condenação de inocentes.[753]

Assim, o argumento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção

Review, v. 58, p. 671-680, 2009, p. 678-679.

746 ALSCHULER, Albert W. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea, cit., p. 51 (tradução livre).

747 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116; ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 146; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei n. 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 323.

748 Conforme Candace McCoy, as punições impostas após a recusa da barganha podem ser até nove vezes maiores, em comparação à consentida em momento anterior (MCCOY, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 23). Sobre isso, ver item 3.1.6 deste trabalho.

749 MCCOY, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 21.

750 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 10-23.

751 SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado?, cit., p. 308.

752 "Ameaça-se o réu com uma sanção penal materialmente mais severa se houver o exercício do direito ao julgamento e posterior condenação. Essa diferença no sentenciamento é o que torna a barganha coercitiva. Certamente, há diferença entre ter as costelas quebradas se você não confessar, ou sofrer alguns anos a mais na prisão, mas a distinção é de intensidade, não de natureza. A barganha, como a tortura, é coercitiva" (LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 12-13) (tradução livre).

753 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 486.

penal e, a *contrario sensu,* um agravamento na situação de quem não o fizer.[754] Portanto, o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso,[755] pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa,[756] atestando problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama de desigualdade social brasileiro, o qual já é permeado por insuficiências na assistência jurídica penal.[757] Além disso, a escusa de que a posição do acusado na persecução penal é intrinsicamente coativa e desconfortável[758] resta fragilizada e caracterizada como "redução ao absurdo", uma vez que a coerção imposta pela ameaça de punição mais grave se for recusado o acordo é ilegítima e ilegal, ao passo que a realização de investigação ou processo é legítima e legal,[759] se presentes os requisitos mínimos, como a justa causa.[760]

De modo semelhante, há quem argumente que a realização do

754 "Dizer que ninguém está obrigado a depor contra si mesmo, mas que, se o fizer, será premiado com uma redução de pena, significa, indiretamente, agravar a situação de quem exercer o direito de não confessar e, assim, consagra uma forma de coagir a autoincriminação" (Córdoba, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 244) (tradução livre).

755 "Semelhantemente, se considerarmos que ladrões armados intimidem as vítimas com promessa de não agressão se for entregue o objeto roubado voluntariamente, seria absurdo considerar que as vítimas dessa coerção têm a opção de recusar a proposta. Diante de opções desoladores (injustificadas), as pessoas irão 'aceitar voluntariamente' fazer coisas que em outra situação iriam repelir completamente. Mas não podemos caracterizar tais 'acordos' com as qualificações 'livres' e 'voluntários'" (Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 179) (tradução livre).

756 Langbein, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 121; Anitua, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 6, p. 1-23, mar. 2005, p. 21.

757 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 224.

758 "A posição de quem se encontra na iminência de ser acusado, ou já responde a uma acusação, nunca é confortável, no entanto isso não invalida a escolha da via consensual como estratégia defensiva" (Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 215). Além disso, o argumento de que tais críticas direcionam-se ao modelo de *plea bargaining* estadunidense, e, assim, não se adaptam à realidade brasileira (idem, ibidem), já foi afastado anteriormente neste trabalho (ver as considerações introdutórias no item 3.1), visto que a essência de tais institutos é compartilhada (e daí advém a maioria das aporias aqui descritas), além de que as tendências internacionais de expansão dos espaços de consenso aproximam tais modelos, impondo uma análise crítica abrangente.

759 Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 13, nota 24.

760 Moura, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal*, cit., p. 224-261; Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 379-383.

processo com todas as suas garantias também acarreta eventuais condenações de inocentes, o que atestaria situação idêntica à barganha.[761] Contudo, é inegável a redução racional de riscos com o respeito ao devido processo penal.[762] Por fim, a tese de que o aconselhamento do advogado ao réu sana qualquer vício e possibilita a escolha racional e voluntária[763] também carece de sustentabilidade, já que as relações entre tais atores se torna disfuncional e ilegítima, inviabilizando qualquer representação adequada.[764]

Ademais, **Santiago Vegezzi** expõe a hipocrisia do discurso que afirma o beneficiamento do réu em razão da redução da pena: não há qualquer melhora na situação do acusado que aceita a barganha, mas o deslocamento da responsabilidade na persecução penal, pois a realização do acordo é expressão da ineficiência estatal em oferecer a adequada prestação jurisdicional, o que é contrabalanceado pela coação do imputado à renúncia do direito ao julgamento.[765] Ou seja, "diante da impossibilidade – generalizada pela ineficiência estatal – de condenar o prisioneiro, logo após a detenção, se resolve 'negociar' com ele, explorando a desigualdade de condições que se coloca desde o primeiro momento".[766]

E, nesse diapasão, certamente a morosidade do Judiciário é instrumento para intensificar a pressão ao aceite do acordo,[767] a

761 Assim, Josh Bowers chega a absurdamente afirmar que a condenação de um inocente por meio da barganha seria um bem, visto que determinaria uma sanção penal menos grave do que a eventualmente imposta após o processo (BOWERS, Josh. Punishing the innocent, cit., p. 3).

762 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 53.

763 Nesse sentido: EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system, cit., p. 311.

764 Sobre isso, ver itens 3.1.2 e 3.1.6 deste trabalho.

765 "A existência da barganha coloca os acusados em uma situação de conflito que pode se resolver por meio da negociação. Isso não significa que a situação tenha melhorado, e que a partir da previsão dos mecanismos negociais os réus tenham uma melhor possibilidade de solução, mas que, ao contrário, eles devem pagar pela ineficiência do Estado para processá-los adequadamente com a renúncia coagida de suas garantias constitucionais" (VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 349) (tradução livre).

766 VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 349 (tradução livre).

767 Conforme Albert Alschuler, a persecução penal, visando à realização da barganha, beneficia-se com a demora no processamento do caso, ao passo que, assim, intensifica-se a angústia da incerteza no acusado, ou seja, promotores "vendem" a certeza imediata das consequências jurídicas do processo na vida do acusado (ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.080-1.081).

qual é ainda maior nos casos em que é decretada prisão cautelar,[768] cenário característico no disfuncional sistema de justiça criminal brasileiro.[769] Aqui é importante notar a falácia do argumento que sustenta o beneficiamento de um preso provisório ao realizar um acordo e que, assim, reduzir-se-ia louvavelmente o absurdo percentual de detidos sem condenação definitiva: por primeiro, pode-se afirmar que a maioria de tais prisões cautelares são ilegítimas em violação à presunção de inocência, e, além disso, em tal hipótese estar-se-ia deslocando a responsabilidade estatal de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável e impondo ilegitimamente tal carga ao réu, que eximiria o Estado ao agravar sua própria situação.[770]

Embora a comprovação empírica da expressiva quantidade de inocentes condenados por meio de reconhecimentos de culpabilidade em barganhas apresente-se como arduamente demonstrável,[771] dois estudos são paradigmáticos no desvelamento de tal perverso fenômeno. Em pesquisa realizada a partir de estatísticas apresentadas por Cortes estadunidenses, **Michael Finkelstein** demonstra uma "taxa implícita de inocência", ao passo que, quanto maior o percentual de condenações realizadas por meio da barganha, menor o índice geral de absolvições, ou seja, pode-se afirmar que parte dos reconhecimentos de culpabilidade foi realizada por réus que seriam inocentados em eventual processo, seguindo-se a média de absolvições anteriores à introdução dos mecanismos negociais.[772] Desse modo, o autor conclui

768 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 139; REDLICH, Allison; SUMMERS, Alicia; HOOVER, Steven. Self-reported false confessions and false guilty pleas among offenders with mental illness. *Law and Human Behavior*, v. 34, p. 79-90, 2010, p. 88; BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial, cit., p. 2.492-2.493. Em estudo empírico desenvolvido em Corte inferiores, que julgam casos de menor gravidade, Malcolm Feeley desvelou que expressiva quantidade de acusados aceita reconhecer sua culpabilidade para livrar-se de eventual detenção e encerrar logo o processo: FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 185-198.

769 Em relação à imposição de medidas cautelares para coagir o acusado a aceitar a transação penal no modelo de Juizados Especiais Criminais brasileiro, Geraldo Prado aponta tal possibilidade com a previsão do art. 69, parágrafo único, que autoriza o afastamento imediato do acusado em situações de violência doméstica (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 24-25).

770 BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 75; CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 244

771 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 713-714.

772 FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 2, p. 293-315, dez. 1975, p. 295-308. Em crítica à metodologia adotada por Finkelstein, mas afirmando que a barganha resulta em risco

que uma quantidade expressiva de barganhas (em média 1/3 dos acordos) se deu em casos que não acarretariam condenações em um julgamento conforme as regras do devido processo.[773]

Com conclusões semelhantes, mas adotando metodologia diversa, estudo empírico foi realizado em conjunto por professoras de direito e de psicologia, publicado em 2013 nos seguintes termos: em resumo, foram executados testes voluntários para uma suposta pesquisa de lógica entre estudantes de uma universidade; durante a realização da prova, um estudante é acusado de trapaça (por ter copiado respostas alheias em tarefa individual), sabendo-se que nada assim havia acontecido; diante disso, o supervisor oferecia ao suposto acusado duas opções, reconhecer sua culpabilidade e não receber a gratificação pela realização voluntária do exame ou solicitar o envio do caso ao conselho de ética da universidade, que, em caso de condenação, advertiria o aluno e imporia sanção de comparecer a aulas de ética por um semestre.[774] Dos 39 estudantes sabidamente inocentes, 22 aceitaram a proposta de barganha, ou seja, 56% dos acusados, que com certeza não haviam cometido o falsamente imputado, reconheceram a culpabilidade em troca de uma sanção menos grave.[775] Tal cenário é ainda mais preocupante em relação a barganhas realizadas com acusados com algum tipo de limitação mental, visto que, conforme pesquisa empírica realizada também nos Estados Unidos, um terço dos entrevistados admitiu que reconheceu sua culpabilidade falsamente ao menos uma vez na vida.[776]

---

muito mais elevado de condenação de inocentes: ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 230-231, nota 17.

773 "Pressupondo-se (irrealisticamente) que nenhum outro acusado que reconheceu sua culpabilidade escaparia da condenação, os 69% da taxa implícita de inocência para o grupo marginal representa que ao menos um terço (1/3) de todos os réus que reconheceram sua culpabilidade em distritos de alta quantidade de consenso teriam escapado da condenação se recusassem a barganha" (FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts, cit., p. 309-310) (tradução livre). Na doutrina brasileira, em referência ao estudo de Finkelstein: NAVES, Luciana Freire. Plea bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 5, ano 3, p. 219-260, Brasília, jan.-jun. 1995, p. 248.

774 Sobre a metodologia adotada de modo detalhado, ver: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 28-33.

775 Idem, p. 34.

776 REDLICH, Allison; SUMMERS, Alicia; HOOVER, Steven. Self-reported false confessions and false guilty pleas among offenders with mental illness, cit., p. 88.

Desse modo, como já exposto anteriormente,[777] o requisito da voluntariedade para a admissibilidade da barganha foi integralmente esvaziado por decisões da Suprema Corte estadunidense.[778] As coações ao acusado são amplamente (e dissimuladamente) aceitas pelo Judiciário, já que o reconhecimento da ilegalidade de uma barganha realizada é raro, ou praticamente impossível.[779] Nesse sentido, cumpre citar que foi aceito o acordo até em caso onde a vantagem obtida foi o não indiciamento da namorada do acusado, ou seja, o réu foi intimidado a reconhecer sua culpabilidade para evitar a persecução penal de uma terceira pessoa a ele intimamente relacionada.[780]

Por certo, o mecanismo da barganha possibilita condenações que seriam inviáveis em um julgamento em conformidade com o devido processo penal.[781] Diante desse panorama, a doutrina descreve a crescente utilização de institutos consensuais em casos com frágil lastro probatório, nos quais a dúvida impediria a imposição de uma sanção penal: trata-se das negociações "*half-loaf*",[782] terminologia que, em tradução livre, expressa o ditado "mais vale um pássaro na mão do que dois voando", ou seja, na visão dos promotores, melhor uma punição reduzida do que a suposta impunidade.[783] Há, inclusive, o aumento dos benefícios oferecidos ao réu de modo diretamente proporcional à fragilidade do caso da acusação.[784] Ou seja, inverte-se por completo a pretensamente afirmada lógica da barganha – evitar o trabalho do Judiciário em casos de condenação evidente – já que quanto maior a dúvida, maior a coação exercida sobre o réu para que renuncie ao julgamento por meio do reconhecimento da

777 Sobre isso, ver item 1.2.3.1 deste trabalho.

778 ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.115.

779 Albert Alschuler cita diversos casos em que, até quando houve evidente erro do advogado ao informar inadequadamente o seu cliente acerca dos termos da barganha, não ocorreu a invalidação do acordo pelo tribunal (ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.195).

780 Official inducements to plead guilty, cit., p. 177-178; ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.212.

781 FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts, cit., p. 309.

782 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 191.

783 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history, cit., p. 234; FINE, Ralph Adam. Plea bargaining, cit., p. 618.

784 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 72.

culpabilidade.[785] Desse modo, há a completa distorção da concepção acerca da necessidade do processo, ao passo que sua importância deveria ser supervalorizada em situações de frágil lastro probatório da acusação.[786]

O argumento utilizado majoritariamente pelo Judiciário norte-americano é tão falacioso que se prestou, de modo completamente transvertido, para justificar a admissibilidade de um acordo realizado em que o réu afirmava sua inocência até o último instante, embora também consentisse com a aplicação da sanção penal.[787] Trata-se do caso *North Carolina v. Alford,* em que a Suprema Corte asseverou que o acusado, diante do lastro probatório existente, poderia optar por aceitar a barganha (e não só em casos de *nolo contendere*),[788] mesmo sem reconhecer sua culpabilidade, se isso fosse de seu melhor interesse e desde que o julgador atestasse uma "forte base fática" às imputações.[789] Em crítica a tal possibilidade, há quem afirme seu caráter ficcional como um "mecanismo Alice no País das Maravilhas", já que supostamente fragilizaria a confiança pública na justiça criminal.[790] Ironicamente, **Albert Alschuler** denomina tal hipótese de *plea of "guilty-but-not-guilty"*,[791] que certamente representa "um dos aspectos mais sintomáticos da degradação de um processo penal obcecado com a eficiência".[792] De qualquer modo, a partir de tal decisão, as barganhas aceitas por acusados que protestam inocência são denominadas "*Alford pleas*".[793]

785 Lippke, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 202.

786 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 64.

787 Bibas, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure, cit., p. 14.

788 Trata-se de instituto em que o acusado aceita a sanção penal sem reconhecer sua culpabilidade e sem consequências à esfera cível, mas é admitido somente em crimes menos graves e com restrições em certos estados norte-americanos. Sobre isso, ver introdução ao item 1.2 deste trabalho.

789 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 198.

790 Fine, Ralph Adam. Plea bargaining, cit., p. 621 (tradução livre).

791 Alschuler, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.294. O referido autor, ferrenho crítico da *plea bargaining* em termos gerais, defende, contudo, a possibilidade de acordos mesmo diante de afirmação de inocência, visto que não haveria por que negar a redução da sanção penal ao acusado que tem ciência dos riscos inerentes ao processo (idem, p. 1.296-1.298).

792 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 95.

793 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 79.

Aqui cumpre citar emblemático caso real, amplamente abordado pela mídia estadunidense, intitulado "*West Menphis Three*". Em 1993, três meninos foram encontrados mortos em Arkansas, o que supostamente foi caracterizado como um ritual satânico praticado por três homens, Damien Echols, Jessie Misskelley Jr. e Jason Baldwin. Após ser interrogado por vinte horas, um dos acusados confessou o crime e apontou os outros dois como coautores, embora posteriormente tenha se arrependido e sustentado sua inocência. Todos foram condenados, o primeiro à morte e os outros à prisão perpétua. Em 2007, por meio de exames de DNA, não se demonstrou qualquer ligação de itens encontrados no local do delito com os padrões genéticos dos acusados. Após ingressarem com *habeas corpus*, em 2010, a Suprema Corte determinou a realização de audiência para averiguação da necessidade de novo julgamento, o que findou com uma proposta de barganha aceita relutantemente pelos réus, o que caracterizou uma *Alford plea*, mesmo sem base fática sólida, que permitiu a liberação imediata dos três acusados.[794] Tal descrição atesta a completa e inquestionável distorção aos alicerces de um processo penal democrático, ocasionada pelo sistema de justiça negocial, pois, como afirmado por **Candace McCoy**, "como um entorpecente, a barganha se disseminou pelas Cortes estadunidenses, e os atores do sistema criminal se tornaram viciados a ela".[795]

Diante do exposto, a premissa que legitima a justificação dos institutos consensuais pela maioria de seus defensores e que fundamentou as decisões da Suprema Corte estadunidense pela constitucionalidade da *plea bargaining* perde por completo sua sustentação:[796] os mecanismos negociais não são aplicados somente àqueles acusados que iriam ser condenados de qualquer modo em eventual julgamento,[797] ou seja, o "problema dos inocentes" não

794 Dervan, Lucian E.; Edkins, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 44-46.

795 McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 13 (tradução livre).

796 Conforme exposto anteriormente (ver item 1.2.2 deste trabalho), a Suprema Corte estadunidense afirmou no caso *Brady v. United States* que "teríamos sérias dúvidas sobre esta decisão se o encorajamento aos reconhecimentos de culpabilidade por meio de ofertas de leniência aumenta-se substancialmente a probabilidade de acusados, devidamente assistidos por advogados competentes, fossem se autoincriminar falsamente".

797 "Conforme agora evidencia neste estudo, a Suprema Corte estava errada ao confiar na capacidade individual dos acusados em exercer o direito ao julgamento no momento das decisões sérias. Na nossa pesquisa, mais da metade dos participantes estudados iriam

é excepcional, mas perene nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal.[798] Portanto, como apontado por **Albert Alschuler**, "estudiosos que negam a possibilidade de condenação de inocentes por meio de barganhas são excepcionalmente ingênuos ou completamente cínicos".[799]

3.1.4 O retrocesso processual autoritário: fortalecimento da confissão, relativização das regras de exclusão de provas ilícitas, ofuscação da publicidade e desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar

Complementarmente às críticas expostas (e também por elas fomentado), a introdução de mecanismos negociais na justiça criminal acarreta inevitável potencialização de traços autoritários em aspectos fundamentais do processo penal.[800] Violam-se construções doutrinárias arduamente estruturadas a partir do desenvolvimento histórico da dogmática processual penal, fundamentalmente com a aniquilação do réu como sujeito de direitos frente à persecução punitiva estatal.[801] Assim, com a aceitação dos acordos entre acusação e defesa para o reconhecimento de culpabilidade do acusado, desvela-se o ressurgimento da confissão como rainha das provas e fundamento único capaz de sustentar uma condenação; a relativização de regras de exclusão de provas ilícitas, ao passo que não há qualquer controle

aceitar renunciar à oportunidade de sustentar sua inocência na Corte e se autoincriminar em troca de um pretenso benefício. O fato de que o sistema de barganha opera de modo totalmente distinto do pensado pela Suprema Corte em 1970, tendo o potencial de condenar muito mais inocentes do que imaginado, significa que a limitação decidida no caso *Brady* falhou" (DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 48) (tradução livre). Nesse sentido, também: FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts, cit., p. 310-311.

798 DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 4.

799 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 715 (tradução livre).

800 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116-118.

801 "[...] com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o *plea bargaining* ocorre de um modo geral sem a presença do próprio acusado, que nesse sentido acaba sendo completamente mediatisado por seu advogado" (SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado?, cit., p. 253).

acerca da motivação na decisão do promotor em barganhar; a ofuscação da publicidade, pois as negociações incentivam, inexoravelmente, a ocultação de questões fundamentais da persecução penal; e o desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar, já que o convencimento do acusador público e a determinação dos termos do acordo se fundamentam naquilo produzido nas inquirições pré-processuais.

De início, mister ressaltar a ilegítima "hipervalorização da confissão incriminadora",[802] ocasionada pela barganha, uma vez que seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca do suposto benefício prometido pelo acusador, em um cenário agravado por ilegítimas coações e pressões, como descrito anteriormente.[803] Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como "rainha das provas",[804] uma "*probatio probatissima*",[805] característico do sistema processual da Inquisição,[806] o qual autoriza, inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais,[807] dentro das devidas proporções acerca da intensidade da coerção.[808] Há aqui um evidente

802 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 104-105 (tradução livre). Também nesse sentido: Casara, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 152.

803 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116.

804 Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 14.

805 Córdoba, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 245; Anitua, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas, cit., p. 16.

806 "Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu" (Eymerich, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, cit., p. 138). Sobre isso, ver: Coutinho, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Coutinho, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

807 Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 12-19; Tedesco, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, cit., p. 317-319; Alschuler, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial, cit., p. 972.

808 Conforme apontado por Geraldo Prado, não se pode comparar os modelos de solução consensual da atualidade com as práticas brutais da inquisição (Prado, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 143). Pensa-se que, em intensidade, as torturas medievais destoam do panorama atual de pressões e coerções, que se fundamenta pela ameaça de sanção penal mais severa em caso de exercício do direito ao julgamento. Contudo, há certa

"retorno ao passado", que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas sólidas e lícitas para a fragilização da presunção de inocência.[809] A estética da confissão[810] consolidada por meio da economia psíquica,[811] que permeia os mecanismos premiais, acarreta a sedimentação do reconhecimento da culpabilidade como prova irrefutável para a condenação, o que remete a um discurso processual em que o contraditório e a defesa são totalmente inviabilizados pelo poder alucinatório da evidência (a confissão inquestionável).[812]

Portanto, ao se legitimar um mecanismo de barganha acaba-se por afastar toda a construção das regras processuais como limitadoras da formação da culpa na justiça criminal.[813] Autoriza-se que juízes e acusadores empreendam julgamento antecipado acerca da "necessidade" de um processo para a comprovação do fato e de sua autoria, o que, por certo, foge dos espaços legítimos da decisão penal democrática. Nesse sentido, **Milton Heumann** cita uma artificial diferenciação entre factualmente e legalmente culpados: aqueles seriam réus que "se sabe" serem culpados, e estes os

similaridade na construção de um sistema em que a confissão torna-se prova cabal, em regra obtida por meio da referida intimidação ao acusado, embora em uma roupagem modernamente aceita mais facilmente.

809 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116; Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 646.

810 "Com essa transformação, se ganha uma espécie de vantagem discursiva sobre qualquer espécie de defesa ou justificativa que venha a fazer o acusado. O fato, mera reminiscência histórica, diluído num dispositivo mnemotécnico, se liquefaz na documentação, sempre vigiada e mantida em segredo, fora do alcance do acusado. E mais, ao possuir o corpo do acusado, a extorsão da confissão, pelo interrogatório, institui o magistrado num saber que se encontra para além do fato. É daí que se torna possível conhecer a verdade plena, o ser delinquente, suas intenções, razões, motivos, sua vida, enfim" (Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Amaral, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*, cit., p. 338).

811 "Esta economia psíquica permite também, ao acusado, pela interferência que produz no produto sedimentado no processo, e de acordo com a captura psíquica que exerce sobre o inquisidor induzi-lo a erro, seja na delação dos copartícipes, sejam eles pessoas da comunidade ou entes fictícios. Como arrependido, cooperador, seus serviços prestados podem lhe render uma pena mais leve. Fato é que a colaboração permitiria antes de tudo desenterrar verdades até então incognoscíveis" (Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*, cit., p. 152).

812 "Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório" (Martins, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 3).

813 McCoy, Candace. Plea bargaining as coercion, cit., p. 19.

acusados cuja culpa é provada com respeito às regras processuais.[814] Tal construção, entretanto, se mostra completamente inadmissível diante dos pressupostos de um processo penal democrático, visto que juridicamente somente é culpado aquele que tiver sua presunção de inocência fragilizada por meio de lastro probatório suficiente e lícito, produzido em conformidade às regras do devido processo penal, e somente a partir da irrecorribilidade da condenação.[815]

Ademais, em um sistema permeado pelo mecanismo da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da licitude das provas,[816] já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferencias pautadas por preconceitos, por exemplo.[817] Aqui cumpre citar, exemplificativamente, emblemático caso julgado pela Suprema Corte do estado de Illinois (*People vs. Heirens*, de 1954), no qual se apontou a admissibilidade de barganha obtida com base em provas produzidas por meio de interrogatórios em hospital com a utilização de substâncias alucinógenas, empregadas por psiquiatra conforme ordens do promotor do caso.[818] Outrossim, segundo posição jurisprudencial estadunidense, a realização da barganha sana qualquer vício anterior na persecução penal, de modo que o acusado fica impossibilitado de arguir qualquer nulidade precedente ao momento do acordo em sede de eventual recurso.[819] Nesse cenário, sem qualquer limitação a provas produzidas de modo ilícito ou a violações procedimentais, incentiva-se a atuação arbitrária

814 Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 58-59 e 100-102.

815 Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal*, cit., p. 89-99; Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 547-553. Conforme Rubens Casara, em referência ao mecanismo negocial proposto no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal brasileiro: "o procedimento sumário desonera o Ministério Público de provar os fatos descritos na denúncia, afastando-se assim a dimensão probatória do princípio constitucional da presunção de inocência. Têm-se pena sem prova (sem a necessidade do Ministério Público fazer prova) e, em consequência, sem contraprova (sem a possibilidade da defesa reagir)" (Casara, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 152).

816 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 79.

817 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 196.

818 Alschuler, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 72-75.

819 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 105; Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 51.

do poder estatal durante as investigações preliminares ou no início do processo.[820]

Com relação à ofuscação da publicidade, a possibilidade de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente fomenta a realização de negociações informais,[821] o que remonta a situações de julgamentos secretos, sem a presença do réu.[822] Conforme **Albert Alschuler**, o procedimento da barganha se dá de "portas fechadas, sem nem respeitar as regras mais rudimentares".[823] Por fim, todo esse panorama aponta para o fortalecimento da investigação preliminar, visto que a realização e o conteúdo do acordo se determinam com base nos elementos produzidos na fase pré-processual da persecução penal.[824] Portanto, a produção do lastro probatório que determinará a condenação do réu ocorre na investigação, sob o comando do Ministério Público, visando a "reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo".[825] Tal fenômeno é denominado por **Bernd Schünemann** como "apoteose do inquérito", o qual explicita uma "inversão de todos os valores em que se baseia toda a prática processual continental europeia".[826] Por certo, há aí um "extravasamento da função da fase de investigação",[827] o qual se soma à violação das possibilidades de

820 "Muitas regras de exclusão de provas ilícitas, ao menos em parte, são desenvolvidas para desencorajar condutas ilegais ao assegurar que tais atos não poderão contribuir ao sucesso da persecução. Contudo, sob o sistema de barganha, condutas inconstitucionais frequentemente são determinantes para a condenação" (ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining, cit., p. 82) (tradução livre). Também nesse sentido: ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 713.

821 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 69; MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09), cit. Sobre a importância da publicidade e suas violações ocasionadas pela barganha, ver: ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio, cit., p. 155-157.

822 BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 72.

823 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.270 (tradução livre). De modo semelhante: TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 1.

824 SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento, cit., p. 238; BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 84.

825 BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais, cit., p. 165.

826 SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global, cit., p. 186 (tradução livre).

827 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 307.

defesa e à obstaculização do contraditório decorrentes da primazia de atos produzidos unilateralmente sem o devido controle judicial.[828]

3.1.5 O desequilíbrio da balança entre os atores processuais: promotor como acusador e julgador. Há igualdade entre as partes na barganha?

Além das críticas até aqui apontadas, a configuração de um modelo negocial de justiça criminal acarreta a hipervalorização da atuação do acusador, o que se concretiza em meio à já descrita desvirtuação generalizada dos papeis dos atores do campo jurídico-penal.[829] A função realizada pelo promotor no jogo processual adquire uma relevância ímpar em razão da variedade de aspectos por ele desenvolvidos,[830] expandindo em muito a caracterização do Ministério Público como instância de controle do crime,[831] por meio da informalização da resposta estatal ao delito.[832] Assim, aponta-se a configuração de um "sistema hipócrita de justiça",[833] em que o poder punitivo se realiza fundamentalmente a partir de decisão do acusador por meio da usurpação das funções decisórias do julgador.[834] Esse é o cenário descrito por **Milton**

828 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 117. Conforme Rubens Casara, referindo-se ao mecanismo negocial previsto no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal brasileiro: "Note-se que o processo, sempre que exteriorizado através do procedimento sumário, deixa de ser 'um procedimento em contraditório'. Não há qualquer tentativa de verificação fática da imputação em juízo: inexiste no procedimento sumário previsto no PLS 156/2009 a legitimação cognitivista da jurisdição" (Casara, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 151).

829 Sobre isso, ver item 3.1.2 deste trabalho.

830 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 74.

831 Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 471.

832 Albrecht, Peter-Alexis. *Criminologia*, cit., p. 308-309. Conforme o autor: "Nós podemos, a partir da análise das execuções de processos e do desenvolvimento de pessoal no Sistema de Justiça Criminal, afirmar a clara tendência global: a Jurisdição penal é deslocada amplamente pelas soluções processuais do Ministério Público" (idem, p. 308).

833 Rodríguez García, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 42 (tradução livre). Aponta-se, inclusive, uma aproximação ao sistema inquisitivo medieval, em que havia a concentração das funções no papel do inquisidor (Langbein, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 17-18).

834 "Com efeito, nos casos em que se deixa nas mãos do órgão acusador a discricionariedade de investigar ou não, de suspender ou não o procedimento investigatório; no momento em que a decisão é homologada pelo órgão jurisdicional, sem possibilidade de exame dos requisitos formais e substanciais, o Ministério Público assume as funções típicas

Heumann, que, com base em pesquisa empírica na justiça estadunidense, assinala a afirmação generalizada dos promotores em entrevistas acerca da "insignificância relativa dos juízes" e a "regularidade de realização de atividades do magistrado pelo acusador".[835]

Viola-se, portanto, a divisão dos poderes de acusar e julgar,[836] fundamental à adequação ao sistema acusatório, ao passo que se caracteriza a concentração de tais responsabilidades na figura do promotor,[837] o que acaba por subverter princípios basilares do processo penal.[838] Descreve-se com exatidão uma "invasão da reserva do juiz", [839] que não se submete mais exclusivamente à lei, mas à suposta vontade das partes.[840] A decisão acerca da culpabilidade do réu é realizada pelo promotor (a partir de elementos produzidos na investigação preliminar),[841] em violação aos princípios do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusation*,[842] o que tem caracterizado o fenômeno descrito pela doutrina como consagração do Ministério Público como "um juiz às portas do tribunal".[843] Percebe-se uma cristalina tendência de aumento em importância das funções do promotor na história jurídica estadunidense,[844] a qual atingiu seu ápice com o "triunfo da *plea*

do órgão julgador" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 103).

835 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 94 (tradução livre).

836 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 110-115.

837 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 150.

838 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484; ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio, cit., p. 158-159. Sobre as consequências inquisitivas da barganha, em oposição às teses de que a justiça negocial é reflexo inevitável do modelo acusatório de atuação das partes e passividade judicial, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 953, p. 261-279, 2015.

839 TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 67-69.

840 "Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo Tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, a doutrina afirma que o promotor é o juiz às portas do tribunal" (LOPES JR., Aury. Justiça negociada, cit., p. 120).

841 LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 124; LYNCH, Gerard. Plea bargaining, cit., p. 296.

842 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais, cit., p. 71.

843 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484.

844 DERVAN, Lucian E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror,

bargaining", conforme exposto por George Fisher.[845]

Contudo, há quem questione tal crítica, afirmando que, na verdade, caracteriza-se uma "mudança no papel do juiz", uma vez que o magistrado exerceria a função de controle da legalidade do acordo realizado.[846] Conforme **Scarance Fernandes**, no modelo negocial comumente adotado em países de origem continental, o julgador assume um "tríplice papel": apreciar o mérito para testar a possibilidade de absolvição ou extinção da punibilidade; examinar a qualificação jurídica do fato; e, constatar a voluntariedade e a inteligência da aceitação do acusado.[847] Essa tentativa de atenuação da referida aporia da barganha (usurpação dos poderes decisórios pelo acusador) não é capaz de afastar a sua cristalina configuração prática, ao passo que, além do anteriormente descrito esvaziamento do controle por meio da homologação judicial (a qual se realiza de modo formal e automático),[848] ainda que devidamente limitado, o poder do representante ministerial extrapola qualquer espaço legítimo em um processo penal democrático, já que a decisão acerca da pertinência do processo, da culpabilidade do acusado e da sanção penal a ser imposta se determina fundamentalmente pela opinião do promotor.[849]

Assim, a já existente e evidente desigualdade entre acusação

---

cit., p. 244-246.

845 Fisher, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 13-39.

846 Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 42. Nesse sentido, a Corte Constitucional italiana afastou a inconstitucionalidade do mecanismo negocial em razão da violação do princípio da sujeição do juiz unicamente à lei sob o (inconsistente) argumento de que o controle do acordo entre as partes é realizado no momento da homologação (Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 159-161).

847 Fernandes, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 258. Contudo, o autor admite a inevitável expansão dos poderes do Ministério Público em sistemas marcados por alternativas de ritos (idem, p. 264).

848 Alschuler, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.062-1.064. Sobre isso, ver item 1.2.3 deste trabalho.

849 Nesse sentido, ainda que negue uma total usurpação da função decisória, Malcolm Feeley afirma que: "No modelo da barganha, o ator central do sancionamento não é o juiz, mas sim o promotor. Ele não só exerce sua tradicional discricionariedade para determinar as imputações, mas também definirá a culpabilidade e a sentença. Embora o promotor não usurpe oficialmente da autoridade judicial para condenar e sentenciar, a instituição da barganha depende da credibilidade do promotor e da previsibilidade de que o juiz aceite as recomendações do acusador" (Feeley, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 28) (tradução livre).

e defesa, perene ao processo penal,[850] resta intensamente agravada em um sistema pautado pelo mecanismo da barganha.[851] Ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) as funções do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal.[852] A situação se caracteriza de modo absurdo: diante da inefetividade estatal, que se mostra incapaz de produzir provas lícitas suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado, o acusador público oferece benefícios para possibilitar uma condenação consentida, essencialmente pautada por coações ilegítimas, o que "explode por completo a desigualdade de condições em que o acusado se encontra desde o início da persecução".[853] Ou seja, "a *plea bargaining* não constitui uma negociação autêntica entre duas partes no mesmo plano. Não existe igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório".[854] Tal cenário, por certo, resta intensamente problemático no panorama da justiça criminal brasileira,[855] pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória, o que acarretará o fortalecimento dos efeitos perversos da barganha.[856]

850 Sobre a igualdade no processo penal e sua relação com o contraditório e a separação das funções de acusar e julgar, ver: Costa, Paula Bajer F. M. *Igualdade no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: RT, 2001. p. 89-139.

851 "No âmbito de uma estrutura autoritária de processo como é de sua natureza a do processo penal, o arguido encontra-se necessariamente em uma posição de inferioridade em relação aos actores judiciários, cujo papel social que desempenham os coloca numa posição de superioridade. Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, os processos negociados reforçam a desigualdade, já que 'o contrato é também instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco'" (Rodrigues, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 240).

852 "Assim sendo, ele também sevicia mortalmente o núcleo essencial da garantia da paridade de armas, ao hipertrofiar os poderes do acusador: este último, na prática, substitui juiz e jurados, concentrando os poderes de formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena" (Malan, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09), cit., p. 3). Sobre a paridade de armas no processo penal, ver: Vieira, Renato Stanziola. *Paridade de Armas no Processo Penal.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 163-236.

853 Vegezzi, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 349 (tradução livre).

854 Costa, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 47.

855 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 83 e 224.

856 Conforme Eduardo Costa, a barganha é "um procedimento que aliás agrava extraordinariamente as desigualdades sociais (e étnicas, também) não só pelo seu casuísmo, como também porque a negociação (melhor dito, a capitulação) será

Portanto, a premissa fundamental dos mecanismos negociais, que fundamenta sua legitimação como um acordo entre partes livres e em situação de igualdade,[857] é falaciosa e ilusória diante das consequências práticas da barganha no sistema de justiça criminal,[858] especialmente agravadas pela usurpação das funções decisórias pelo acusador.[859] Cristalinamente, há uma guerra de/por poderes entre os atores do campo jurídico-penal,[860] que finda por inevitavelmente prejudicar aquele que é o mais frágil no cenário da persecução punitiva: o acusado.[861]

3.1.6 O desaparecimento do processo e da defesa: questionando a renunciabilidade de tais direitos. Da crítica à ilusão de autonomia ao desvelamento da punição pela não renúncia

Conforme exposto anteriormente, o sistema de barganha acarreta a desvirtuação dos papéis exercidos pelos atores do campo jurídico-penal, distorcendo seu relacionamento processual e seus espaços de atuação. Contudo, o ponto de maior tensionamento diz respeito à obstaculização do direito de defesa, já que os mecanismos

geralmente aceite por aqueles que têm poucos ou nenhuns recursos económicos, dado que a defesa em audiência representa, além de um elevado risco, um enorme encargo financeiro. É esta a nua e crua realidade da *plea bargaining*" (Costa, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 46).

857 Langer, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: Maier, Julio B. J.; Bovino, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 128-133.

858 "Num contexto estrutural deste tipo, liberdade de negociação é mais ilusória do que real. Longe de contribuir para igualdade das partes, os procedimentos negociados podem reforçar suas desigualdades [...]" (Tulkens, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 713). Nesse sentido, também: Rodrigues, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 240.

859 Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 118.

860 Giacomolli, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 114.

861 "O tema da celeridade da justiça está, pois, omnipresente no debate sobre a justiça negociada. Com esta, é o paradigma da justiça proclamada por um terceiro imparcial e garante dos direitos dos mais fracos que está posto em causa, mas à custa exatamente dos mais fracos. Os problemas de gestão do sistema penal exigem soluções técnicas e de funcionamento, e não alteração das regras do jogo. Traduz uma singular degradação do Estado de Direito que considerações práticas coloquem exigências ao nível da aplicação da lei" (Rodrigues, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 241).

consensuais afastam o acusado de sua característica posição de resistência à pretensão punitiva estatal.[862] Nesse sentido, pode-se apontar uma contemporânea tendência de redução ao espaço de exercício do direito de defesa.[863] Essencial perceber que, em um ordenamento pautado pela possibilidade de barganha, há a completa distorção da atuação defensiva, fundamentalmente ocasionada pela corrupção da relação entre o réu e seu advogado diante das negociações e das supostas vantagens de eventual acordo para reconhecimento de culpabilidade.[864] Aponta-se que a essência última da barganha clama por assistências defensivas inadequadas,[865] pois, conforme **Albert Alschuler**, "o sistema negocial é um método inerentemente irracional de administração da justiça e necessariamente destrutivo às relações entre cliente e advogado".[866]

Nesse diapasão, afirma-se que tal arquétipo acarreta inevitáveis tentações à defesa técnica no sentido oposto aos interesses do acusado,[867] de modo que inclusive profissionais preparados e bem intencionados findam por adotar posturas contrárias à atuação processual legitimamente mais benéfica ao réu.[868] Resta cristalino que o aconselhamento ao réu se realizará por alguém diretamente interessado em seu reconhecimento de culpabilidade,[869] seja por visar

862 Diego Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 50.

863 "É preciso pontuar a tendência acentuada, revelada nos últimos anos, de comprimir o espaço do direito de defesa no processo penal. Ora o direito de defesa é substituído por comportamentos processuais do acusado, aos quais se atribui eficácia jurídica no plano da resolução da questão principal – assim são as chamadas soluções de consenso –, ora pura e simplesmente este espaço é reduzido, a pretexto de controlar as formas graves de criminalidade que estão se manifestando nos dias atuais" (Prado, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 120). Sobre o direito de defesa no processo penal, ver: Saad, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: RT, 2004. p. 207-241.

864 "Por último, a barganha elimina todo o conteúdo possível do direito de defesa, circunstância que em si mesma permite questionar fundamentalmente a 'certeza' necessário ao Tribunal para sentenciar uma condenação [...]" (Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 80) (tradução livre).

865 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 189. Também é essa a descrição realizada por Milton Heumann a partir de pesquisa empírica com entrevistas a advogados: Heumann, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 190, nota 23.

866 Alschuler, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.180 (tradução livre).

867 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 219.

868 Alschuler, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.180.

869 Hessick, Andrew; Saujani. Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p.

a benefícios econômicos, políticos ou ingênua escusa aos temores diante dos riscos do processo.[870]

Tal cenário é evidenciado quando se desvela a existência de profissionais que nunca conduziram uma defesa diante de um júri estadunidense,[871] ou seja, há uma patologização prática da atuação do advogado, o que pode ocasionar indevidas pressões para o aceite do acordo[872] ou até atitudes desonestas[873] ou, ainda, visando a interesses alheios ao caso concreto em questão.[874] Por outro lado, patronos "bem intencionados" são fragilizados pelo medo de clamarem os direitos dos acusados no processo e findarem por acarretar uma sanção penal mais grave em razão do não aceite ao acordo.[875] O modelo negocial, portanto, incentiva advogados desonestos ao mesmo tempo em que fomenta impulsos e pressões aos honestos,[876] ou seja, "a tentação à barganha acarreta uma barreira na habilidade do advogado de defesa em recomendar o acusado integralmente e imparcialmente sobre a adequação de um reconhecimento de culpabilidade".[877]

Em um panorama assim descrito, o advogado se afasta de sua posição precípua, ao passo que sua função primordial torna-se o dever

207.

870 Idem, p. 219-220.

871 FINE, Ralph Adam. Plea bargaining, cit., p. 624.

872 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 59; ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.191-1.192.

873 Conforme Regina Rauxloh, na Alemanha é comum a falta de informação ao acusado sobre eventual renúncia ao direito de recurso da condenação, a qual muitas vezes não é fornecida pelo advogado constituído (RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 312-313).

874 Cita-se, por exemplo, casos em que o advogado sugere o aceite à barganha visando a favorecimentos do acusador públicos em outros processos por ele patrocinados (ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.215).

875 "O advogado, temeroso de que o seu aconselhamento no sentido da não aceitação da via simplificadora, com perda das vantagens oferecidas, o prejudique se houver condenação, tende a orientar o seu cliente a concordar, protegendo-se de eventual descrédito quanto ao seu conhecimento e a sua habilidade profissionais. [...] Cria-se um círculo vicioso e perigoso em que o advogado e o acusado concordam em virtude do receio de uma solução negativa e não em razão de uma avaliação segura da possibilidade de condenação" (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 267). Também nesse sentido, ressaltando que, em caso de dúvida, o advogado tende a incentivar o acordo: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 41.

876 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.198-1.205.

877 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 220 (tradução livre).

de prever o resultado final de eventual julgamento com a comunicação ao cliente de suas chances de absolvição, o que se calcula sob a sombra das ilegítimas pressões exercidas por ameaças de sancionamento mais severo em caso de não reconhecimento da culpabilidade.[878] Portanto, caracteriza-se uma "relação esquizofrênica",[879] em que o advogado parte de uma presunção de culpabilidade inicial, que geralmente acarreta a indicação de sugestão no sentido de aceite à barganha, para, em caso de recusa, adotar posição defensiva que evidentemente não responde adequadamente ao mínimo de confiança necessária à relação entre cliente e advogado.[880]

Desse modo, outra premissa supostamente legitimante da justiça negocial – a assistência adequada do advogado técnico para assegurar a decisão livre e informada do acusado – mostra-se falaciosa e inadequada diante da concretização prática da barganha no campo jurídico-penal, ao passo que todos os atores, inclusive os defensores técnicos, padecem às pressões burocráticas e aos conflitos de interesses que caracterizam tal modelo.[881] Portanto, "a dificuldade no fornecimento de uma efetiva assistência defensiva na justiça negocial reflete a natureza intolerável do próprio sistema por ela ocasionado".[882]

Ademais, assinala-se, assim, uma presunção de culpabilidade,[883] em completa violação à essencial e democrática presunção de inocência,[884] compartilhada inclusive pelo advogado de defesa, que, a partir de sua indevida necessidade de ponderar a situação do cliente em momento inicial da persecução penal, em situação permeada por pressões e coações do sistema burocrático, acaba optando por incentivar a aceitação da barganha, consolidando postura semelhante a uma "premissa geral de que todos os seus clientes são

878 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and the death penalty, cit., p. 680.

879 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.311-1.312.

880 BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial, cit., p. 2.478.

881 ALSCHULER, Albert W. Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment, cit., p. 149; HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 219-220.

882 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.313 (tradução livre).

883 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 58-61.

884 Como já exposto, a presunção de inocência é pedra de toque de um processo penal democrático, e para sua análise detalhada remete-se a: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, cit., p. 173-261; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 235-239.

culpados na prática".[885] Tal cenário se agrava intensamente em um panorama de precariedade da defesa pública fornecida a acusados necessitados, o que é característico nos Estados Unidos e no Brasil.[886] Tudo isso, inescapavelmente, acarreta espaços de discricionariedade a arbitrariedades e preconceitos, em que a atitude defensiva se determina com base em critérios ilegítimos e discriminatórios.[887] Nesse sentido, a partir de pesquisa empírica, **Vanessa Edkins** atesta que a raça do acusado pode determinar diretamente a postura do seu advogado quanto à recomendação acerca da aceitação da barganha, pois seu estudo demonstra que um acusado negro recebe três vezes mais sugestões no sentido de reconhecer sua culpabilidade.[888]

Por outro lado, além da completa distorção e da obstaculização ao exercício do direito de defesa acarretadas pela sistemática característica de um sistema de justiça criminal negocial, deve-se também atentar para importantes questionamentos acerca da sua renunciabilidade. Na doutrina estadunidense, descreve-se um debate entre a inalienabilidade dos direitos e a autonomia contratual das partes em liberdade:[889] opõem-se autores que defendem a possibilidade de negociação de direitos em troca de benefícios[890] àqueles que apontam a inconstitucionalidade do intercâmbio que envolva a liberdade do acusado,[891] embora majoritariamente se

885 Hessick, Andrew; Saujani, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 211 (tradução livre).

886 Sobre a situação estadunidense, ver: Turner, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 512.

887 Albergaria, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 124-125; Rauxloh, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 308; Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 491.

888 Edkins, Vanessa A. Defense attorney plea recommendations and client race: does zealous representation apply equally to all? *Law and Human Behavior*, v. 35, n. 5, p. 413-425, out. 2011, p. 424.

889 Alschuler, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 698.

890 Nesse sentido, emblemática é a afirmação de Frank Easterbrook, em que os termos utilizados expressam profundamente suas premissas instigantes: "Ao reconhecer sua culpabilidade, eles vendem esses direitos ao promotor, recebendo concessões consideradas mais benéficas que o exercícios desses direitos renunciados. Direitos que podem ser vendidos são mais valiosos que direitos que precisam necessariamente ser exercidos, do mesmo modo que o dinheiro (que pode ser usado para comprar abrigado, roupas ou comida) é mais valioso para uma pessoa pobre do que a oportunidade de viver em um albergue público" (Easterbrook, Frank H. Plea bargaining as compromise, cit., p. 1.975) (tradução livre).

891 Jenia Turner descreve certos direitos, como ao recurso e ao processo célere, que não

aceite sem maiores questionamentos a lógica de que se a pessoa é titular de um direito, ele pode ser renunciado.[892] Contudo, em âmbito de discussões pautadas por pensadores de origem continental, tal problemática se torna complexa: por um lado, questiona-se a possibilidade de extinção do processo sem a produção probatória (pois os efeitos do reconhecimento de culpabilidade, em regra determinados conforme os contornos do instituto da confissão, não acarretam tal consequência, ao passo que inexiste mecanismo semelhante ao *guilty plea* estadunidense), e, por outro, relativiza-se a renunciabilidade do direito de defesa.[893]

Afora a já desvelada ilusão da liberdade da decisão do acusado para consentir com a barganha,[894] há quem sustente que o aceite do acordo representa o exercício do direito de defesa.[895] Entretanto, pensa-se que tal afirmação não pode prosperar, visto que, segundo **Alberto Bovino**, para isso é necessária ao menos a adoção de uma postura de mínima resistência.[896] Ainda que existam teses que asseguram a inocorrência de qualquer renúncia a direito fundamental na realização da barganha,[897] evidencia-se que o reconhecimento da culpabilidade em acordo negocial acarreta o afastamento do direito à prova, à defesa, à presunção de inocência, ao contraditório, entre

podem ser renunciados conforme posicionamentos de certas cortes estadunidenses (TURNER, Jenia I. *Plea barganing across borders*, cit., p. 35-36).

892 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 91.

893 VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 362.

894 Rosimeire Leite sustenta que, em lugar de restringir a atuação do réu com a irrenunciabilidade do direito de defesa, deve-se atentar para a efetivação da proteção das garantias mínimas à realização da barganha, renovando, assim, a crença na liberdade contratual e na suficiência da assistência de advogado para suprir eventuais deficiências (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 34-35). Contudo, como já exposto (ver itens 3.1.3 e 3.1.6), tais afirmações são falaciosas diante das disfunções ocasionadas pela concretização de um sistema negocial, o qual inviabiliza a decisão livre do acusado e a assistência adequada de advogado.

895 "Nessa perspectiva, a renúncia seria não só restrição, mas também forma de exercício do direito fundamental, na qual o titular opta por autorizar limitação com o intuito de obter vantagens que de outro modo não alcançaria" (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 31).

896 "Em resumo, defender-se significa, de modo simples, apresentar algum grau de resistência à atividade persecutória. Em consequência, a admissão integral da culpabilidade pelo fato descrito na denúncia, de sua qualificação legal e da sanção penal estabelecida, ou seja, a 'conformidade' requerida pelo art. 431 *bis*, inc. 2, do CPP da Nação da Argentina, não pode ser considerada uma medida defensiva" (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 83) (tradução livre).

897 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 57.

outros.[898] Contudo, não se quer afirmar que exista proibição à confissão do acusado,[899] mas problematizar a possibilidade de condenação sem a produção de provas incriminatórias e a consequente extinção do processo com a imposição de sanção penal.

Por um lado, **Fairén Guillén** sustenta que, em abstrato, o direito à defesa é irrenunciável, mas pode ser afastado no caso concreto se presentes as hipóteses autorizadoras do instituto negocial, regulado no respectivo ordenamento jurídico em atenção aos ditames constitucionais.[900] Todavia, **Geraldo Prado**, aparentemente revendo premissas afirmadas em trabalhos anteriores,[901] sustenta a necessidade de analisar a renunciabilidade do referido direito diante do panorama de desigualdade social (característico no sistema penal pátrio),[902] que inescapavelmente influi diretamente na impossibilidade de efetiva autonomia pessoal do réu para a decisão livre de abdicar ao exercício do direito ao processo e à defesa,[903] de modo a determinar a sua irrenunciabilidade concreta.[904]

898 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. La disponibilidad del derecho a la defense en el sistema procesal acusatorio espanol (La conformidad del acusado). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan.-jun. 1970, p. 261.

899 "Nunca se proibiu réu algum de confessar, e isso não teria sentido, pois violaria a liberdade de agir peculiar ao ser humano. Tampouco em terras habituadas a torturas estimula-se a confissão como meio de demonstrar algo. Do ponto de vista puramente formal, nada impediria o Ministério Público de se aproveitar da confissão, como fonte de prova, para aprofundar sua pesquisa e introduzir provas obtidas em razão da fonte. O que acontece agora é que a partir dessa sutil diferenciação, promovida pela indicação de um resultado da atividade processual do réu como meio de prova, no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha" (PRADO, Geraldo. Da delação premiada, cit., p. 10).

900 FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defense en el sistema procesal acusatorio espanol, cit., p. 267.

901 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 124-125.

902 "Tal é, todavia, a força do discurso do consenso e o poder mágico da ideia de liberdade que até mesmos os críticos do sistema penal deslegitimado de nossas terras terminam envolvidos, de um modo ou de outro, pela eficácia sedutora desse discurso libertário e, malgrado denunciem o emprego político do direito penal (e agora do processo penal desformalizado), admitem um estado de liberdade humana absoluto pelo qual o indivíduo, sujeito de direitos, teria o direito natural de privar-se de sua própria vida" (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 186).

903 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 224.

904 "A irrenunciabilidade do direito fundamental, pelo particular, é o antecedente lógico da indisponibilidade e no campo jurídico invalida, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicação dos direitos individuais" (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 189). Nesse sentido, reforçando tal posição: PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico, cit., p. 54-55. Também afirmando a

Assim, antes de possíveis discussões acerca da disponibilidade dos direitos do réu no panorama da justiça negocial, a já descrita coerção inerente às relações traçadas em meio à possibilidade de barganha no processo penal findam por inviabilizar qualquer autonomia de vontade, afastando a decisão livre que é pressuposto de eventual renúncia.[905] Portanto, a aporia fundamental do instituto consensual, que inviabiliza qualquer espaço de negociação e renúncia em liberdade, diz respeito ao suposto prêmio oferecido em troca do reconhecimento de culpabilidade,[906] o qual acarreta inevitável distorção das relações processuais e das premissas de um processo penal democrático.[907] Ou seja, afirma-se que a liberdade não pode ser considerada uma mercadoria para negociação entre o acusado e o Estado,[908] sob pena de caracterização da justiça criminal como um espaço de fomento a "escambos perversos".[909]

Ademais, cumpre ressaltar que, muito além de uma questão resolvida entre as opções de renunciar ou não aos direitos processuais, ao acusado é ofertada possibilidade de escolha ilusória,

irrenunciabilidade, Alberto Bovino aponta comparação com a pacífica impossibilidade de um acusado, por mais evidente que seja sua responsabilidade, dirigir-se por vontade própria à prisão para cumprir pena sem que ela seja declarada em sentença condenatória definitiva; de modo semelhante, o réu não pode aceitar cumprir uma sanção penal antes da sentença válida (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 69).

905 "[...] toda renúncia ou consentimento, para ser assim qualificado, precisa de total liberdade de decisão, a qual é inexistente por essência no sistema negocial" (DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho, cit., p. 252) (tradução livre).

906 "Em outras palavras, o problema não se encontra na confissão, mas sim no oferecimento de algo em troca dela" (TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, cit., p. 329) (tradução livre).

907 "[...] Assim, se esse direito fosse renunciável, tal abdicação deveria ser livre e voluntária. Contudo, nesse caso o Estado utiliza o mecanismo negocial como elemento de coerção para evitar o livre exercício do direito, provocando renúncias que são inválidas por terem sido obtidas por meio de medidas coercitivas efetivadas por funcionários públicos" (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 77) (tradução livre).

908 "A renúncia à audiência de instrução e julgamento, praticada amplamente no processo penal norte-americano por trás da fachada do processo do tribunal do júri, não pode, em um estado de direito, ser vendida por um prato de lentilhas" (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 260).

909 "A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução da pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de corréu, embora infundada, de outros imputados?" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 691).

ao passo que uma eventual negativa à barganha, com o exercício do direito ao processo, finda por acarretar sanção penal mais gravosa ao réu na (quase certa) possível condenação posterior.[910] Em outros termos, o oferecimento de um suposto benefício (que, na verdade, se mostra ilusório na prática)[911] em troca do reconhecimento da culpabilidade para o acordo, não caracteriza um prêmio para aqueles que aceitarem tal proposta, mas uma punição (evidentemente intimidante) aos réus que exercerem o direito ao processo:[912] conforme **Gabriel Anitua**, "o que subjaz na suposta redução da pena como 'prêmio' à colaboração do acusado, é, em verdade, uma efetiva ameaça de requerer uma sanção mais gravosa em caso de exercício dos direitos e houver condenação".[913] Embora a Suprema Corte estadunidense tenha declarado a admissibilidade do "risco de uma sanção penal mais severa", que acarreta uma "difícil decisão ao acusado",[914] tal argumento se mostra falacioso na prática diante da perspectiva do acusado frente ao risco (ou, dependendo do nível de punitivismo da respectiva justiça criminal, a quase certeza) da condenação mais gravosa.[915] Assim, há cristalina

910 "O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao 'acordo' vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao 'negócio'" (Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 121).

911 Gifford, Donald G. Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, v. 1.983, n. 1, p. 37-98, 1983, p. 56.

912 "Desse modo, se apontou que não é legítimo premiar uma confissão com a atenuação da pena, visto que isso deriva, indiretamente, de um agravamento da punição para quem exerce o direito ao silêncio, ou, nesse caso, de submeter-se ao julgamento. Assim, a vantagem passa a ter, como contrapartida, uma ameaça que constitui uma forma de pressionar para a confissão" (Tedesco, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, cit., p. 316) (tradução livre).

913 Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 148-149 (tradução livre).

914 Conforme Jenia Turner, no caso Estados Unidos *v.* Mezzanatto, julgado em 1995, a Suprema Corte estadunidense afirmou: "Embora a exposição do réu ao risco de uma sanção penal mais grave claramente possa ter o efeito de desencorajar a opção do acusado pelos seus direitos no julgamento, a imposição dessas escolhas difíceis é uma característica inevitável – e permitida – de qualquer sistema legítimo que tolere e incentive a negociação de reconhecimentos de culpabilidade" (Turner, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 507) (tradução livre). Afirmando que não há punição mais severa a quem exerce o direito ao julgamento: Dias, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 56.

915 Alkon, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant, cit., p. 394-395.

violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo,[916] visto que a referida intimidação inviabiliza a decisão livre sobre as eventuais declarações do réu, acarretando uma autoincriminação sob coação.[917]

Trata-se da denominada "tesoura sancionatória",[918] demonstrada empiricamente em estudos específicos[919] e inquestionavelmente exposta em decisões da Suprema Corte estadunidense, como o já descrito em *Bordenkircher v. Hayes* (em que o réu era acusado por emitir cheque falso e devia optar entre aceitar a barganha com prisão por cinco anos ou exercer o direito ao julgamento e correr o risco de uma prisão perpétua por reincidência)[920] ou em *Brady v. United States* (onde o imputado optou entre consentir a uma pena privativa de liberdade perpétua ou a incerteza de um processo que poderia findar em pena de morte),[921] ambos os casos admitidos como lícitos e constitucionais.

Portanto, diante do exposto neste tópico, percebe-se que a barganha acarreta uma ilegítima renúncia ao direito de defesa,

916 Conforme Maria Elizabeth Queijo, "é inegável que os benefícios legais estimulam a colaboração processual que comporta, quase sempre, a autoincriminação. Contudo, desde que não haja nenhuma forma de coação para compeli-lo a cooperar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao nemo tenetur se detegere" (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, cit., p. 258).

917 "Portanto, este prêmio que se oferece ao acusado em troca de seu consentimento atua coercitivamente sobre ele, constituindo, na realidade, uma ameaça: a intimidação de receber uma pena maior em caso de exercício do direito ao julgamento. E por meio dessa ameaça se viola o direito do imputado a decidir livremente sobre sua declaração (*nemo tenetur*)" (CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 243-244) (tradução livre).

918 "Como confirmaram as experiências por mim realizadas, as negativas do acusado na audiência não são mais levadas a sério pelo juiz, destrói-se qualquer possibilidade de absolvição, e a pena aplicada acaba sendo influenciada pela chamada tesoura sancionatória (*Sanktionsschere*), isto é, é imposta uma pena mais grave, para que a anterior ameaça dessa pena não pareça, posteriormente, um frívolo blefe de um jogo de pôquer. Com isso, a pena supostamente atenuada vai paulatinamente transformando-se na pena normal, de modo que o acordo, que supostamente confere um desconto da pena ao acusado, se transforma diante de seus olhos em uma propaganda enganosa" (SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado?, cit., p. 308).

919 DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma, cit., p. 15, nota 89.

920 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 11.

921 ALSCHULER, Albert W. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea, cit., p. 48-50.

afastando o acusado de sua posição precípua na justiça criminal[922] a partir de consentimento afirmado sob indevidas pressões e coações, ou seja, violando garantias fundamentais para a limitação/legitimação da persecução punitiva em um Estado Democrático de Direito.[923] A justiça negocial rompe, em última análise, com a própria noção de processo, uma vez que se mostra fundamentalmente falacioso o argumento de que a sanção penal seria imposta em atenção à jurisdicionalidade motivada:[924] os acordos consensuais entre acusação e defesa ocasionam a renúncia ao processo como instrumento de aplicação do direito e contenção de arbitrariedades.[925] Trata-se de fenômeno descrito pela doutrina estadunidense como o "desaparecimento dos julgamentos",[926] que elucida o paradoxo de que, em ordenamentos jurídicos caracterizados pela exponencial expansão do número de leis, percebe-se uma intensa redução na quantidade de julgamentos.[927]

922 "A marca característica da Defesa no processo penal está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações" (Prado, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 121).

923 Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 70; Anitua, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 145.

924 "É certo que há acusação, mas não há prova, nem defesa e, desse modo, inexiste sentença válida" (Bovino, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 90) (tradução livre).

925 "[...] quando as reformas se direcionam a unicamente ampliar os mecanismos negociais, e esse é certamente o que pode ocorrer quando se parte de diferenças entre pequena e grande criminalidade, a renúncia acaba por afetar o próprio processo, uma garantia que não deveríamos esquecer que foi conquistada arduamente na história" (Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 284) (tradução livre).

926 Galanter, Marc. The vanishing trial: an examination of trial and related matters in federal and states courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 459-570, nov. 2004; Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 164-166; Burns, Robert P. *The death of the american trial.* Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 1-7. Conforme Gabriel Anitua, "com essas vontades mancomunadas será possível omitir a recepção oral e pública das provas, e a formulação das conclusões das partes sobre seu mérito. Em outras palavras, se omitirá a realização do julgamento" (Anitua, Gabriel I. En defensa del juicio, cit., p. 155) (tradução livre).

927 "O desaparecimento dos julgamentos nos alerta que pode haver uma contínua legalização da sociedade acompanhada por uma atrofia da instituição jurídica central e emblemática. O sistema jurídico está prosperando, o Direito se expande e se difunde em meio à sociedade. A cultura é progressivamente pervertida por imagens legais e de julgamentos. Ao mesmo tempo, o controle jurídico se torna menos nítido, menos diferenciado, mais diversificado, menos público" (Galanter, Marc. A world without

Ou seja, fulmina por completo os pilares da instrumentalidade constitucional,[928] "acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo".[929]

3.2 A realidade que questiona a "revolução": críticas empíricas à barganha. Estudo da introdução dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira e sua concretização potencializadora de violações de direitos fundamentais

Após a descrição das críticas ao modelo de justiça negocial em termos amplos, especialmente diante das tendências de expansão de seus espaços de cabimento no processo penal, almeja-se agora demonstrar a concretização prática de tais aporias no cenário brasileiro atual, nos Juizados Especiais Criminais. Embora a aplicabilidade dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo se limitem a casos de menor gravidade e sua regulamentação apresente diferenças em relação à *plea bargaining* estadunidense (a qual é o objeto principal de alguns dos estudos críticos citados),[930] constata-se que a realização prática da justiça negocial no Brasil acarreta violações aos pressupostos do processo penal democrático de modo semelhante ao descrito anteriormente, ou seja, as críticas elencadas se verificam no cenário pátrio atual. Nesse sentido, pode-se afirmar, inclusive, que, diante das características gerais da persecução punitiva brasileira (especialmente a seletividade e a desigualdade), as consequências negativas da barganha se ressaltam de modo inevitável, o que, por certo, se agravaria com uma eventual expansão dos espaços de consenso.

Inicialmente, mostra-se relevante descrever o panorama doutrinário que determinou a recepção da Lei 9.099/1995 na época de sua promulgação. Tal diploma foi saudado euforicamente por parte da doutrina, sendo caracterizado como "uma verdadeira revolução

trials? *Journal of Dispute Resolution*, v. 2.006, n. 1, p. 7-33, 2006, p. 33) (tradução livre).

928 Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*, cit., p. 28-31.

929 Lopes Jr., Aury. Justiça negociada, cit., p. 118-119.

930 Em relação à aplicabilidade em tese das críticas desenvolvidas anteriormente, remete-se às considerações inicias do tópico 3.1.

no sistema processual-penal brasileiro"[931] e "indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal".[932] Assim, apontou-se que "o novo estatuto foi recebido sem reservas e tornou-se depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal".[933] Talvez não por mero acaso, pode-se afirmar que certas análises atuais das propostas de expansão dos espaços de consenso, com a introdução do mecanismo da barganha, por exemplo, assumem tons semelhantes.[934]

Contudo, além da possível objeção a tais discursos de "linguagem eufórica", os quais – como desvelado por **Geraldo Prado** – inviabilizam eventuais críticas ao seu conteúdo a partir de argumentos de autoridade,[935] estudos revelam que a realização efetiva dos Juizados Especiais Criminais e do processamento das infrações de menor potencial ofensivo questionam a referida "revolução" (habitualmente percebida em íntima relação com supostos efeitos irrefutavelmente positivos de informalização e aceleração da justiça criminal), fragilizando tais louvores a partir de três vertentes: 1)

931 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 41. Assim também: Fernandes, Antonio S.; Penteado, Jaques de C.; Barros, Marco A. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na justiça criminal paulista. *Revista Forense*, ano 95, v. 347, p. 11-28, Rio de Janeiro, jul.-set. 1999, p. 12.

932 Idem, p. 49; Gomes, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. In: García-Pablos de Molina, Antonio; Gomes, Luiz Flávio (coord.). *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 487. Também afirmando o caráter revolucionário do instituto da transação penal, embora reconhecendo espaços de inconsistência legislativa que deveriam ser supridos pela doutrina, ver: Bitencourt, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, cit., p. 103-107.

933 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 1.

934 Embora já citado anteriormente, a expressividade da declaração impõe a repetição: Luiz Carlos Gonçalves, relator do projeto de reforma integral do Código Penal (PLS 236/2012), ao aprovar o instituto da barganha na comissão de redação, comemorou nos seguintes termos: "Estamos pela primeira vez rompendo com o devido processo legal. Este instituto é revolucionário". Entrevista disponível em: <http://ns2.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105884>. Acesso em: 26 abr. 2015.

935 "No exemplo citado, se concordarmos com o fato de que a Lei n. 9.099/95 introduziu avanços e produziu uma revolução, aqueles que discordarem desse ponto de vista poderão ser taxados de atrasados e partidários do retrocesso, tendo em vista o sentido direto e indireto (denotação e conotação, respectivamente) atribuíveis aos termos 'avanço' e 'revolução'!" (Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 7).

embora apresente pretensas finalidades de racionalização e redução da incidência do poder punitivo, a introdução da Lei 9.099/1995 acarretou o ressurgimento de casos anteriormente não tutelados penalmente, ocasionando, assim, a expansão do controle social por meio do Direito Penal; 2) os argumentos sociológicos que legitimam o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, fundamentalmente assentados em ideias de maior proximidade e conciliação entre o autor do fato e a vítima (visando a uma resolução do conflito de modo consentida e pacífica), não se realizam na prática, pois não há qualquer valorização do diálogo entre as partes, já que os atores jurídicos pautam sua atuação almejando a obtenção do encerramento do processo do modo mais rápido possível (por meio do seu arquivamento ou da imposição imediata da sanção penal); e, 3) a concretização dos mecanismos negociais da Lei 9.099/1995 (especialmente da transação penal, mas também da suspensão condicional do processo) se permeia por constantes violações a direitos e garantias fundamentais do acusado, distorcendo por completo as funções do processo penal. Para tanto, utilizar-se-ão estudos empíricos desenvolvidos a partir de dados coletados em varas de Juizados Especiais Criminais em distintas localidades brasileiras e publicados em nível acadêmico.[936]

Primeiramente (1), parte da doutrina desvelou certos reflexos intrigantes trazidos pela Lei 9.099/1995 e pelos seus mecanismos negociais.[937] Segundo **Maria Lúcia Karam**, "no Brasil, não muito

936 Remete-se, especialmente, a: ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit.; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit.; FERNANDES, Antonio S.; PENTEADO, Jaques de C.; BARROS, Marco A. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na justiça criminal paulista, cit.; PINHEIRO, Fabiana de Assis. *Juizado Especial Criminal:* do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis; ANZILIERO, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil*, cit.; FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

937 "O conceito de crime de menor potencial ofensivo, em sua lógica perversa, invocou os já esquecidos delitos bagatelares, que por custo, efetividade e proporcionalidade entre o delito e a pena, não eram dignos de ser processados. Todavia, ao escamotear-se o conceito de pena, operou-se uma espécie de repristinação desses mesmos delitos, recriando novamente o processamento, agora flexibilizado dos mesmos, eis que o delito já não será punido com uma pena privativa de liberdade. E, assim, as garantias passam a ser despiciendas, erigindo-se um nítido cariz administrativizado à seara penal, através do

tempo depois da criação dos juizados especiais criminais, já se percebia esta 'economia' funcional ao agigantamento do sistema penal".[938] Afirma-se, portanto, que, diferentemente do discurso oficial que justificava a reforma em razão da decorrente despenalização para redução da demanda na justiça criminal,[939] a inovação resultou em uma expansão do campo de controle social por meio do poder punitivo, de modo a desvirtuar por completo os pretensos fins de sua redação.[940] Tal inversão ideológica se mostrou evidente quando, nos primeiros anos de aplicação da nova regulação, aceitou-se majoritariamente a conversão da transação penal em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento, ou seja, o instituto que se fundamentava no objetivo de reduzir o número de aprisionamentos findou por agravar tal situação.[941]

Em estudo empírico acerca da informalização da justiça, **Rodrigo de Azevedo** apresenta dados sobre a instituição dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre relativos ao período imediatamente posterior à promulgação da Lei 9.099/1995. Conforme os gráficos desenhados, conclui-se que, além de não diminuir a movimentação processual nas Varas Criminais Comuns, a reforma acarretou um grande número de casos a serem julgados nos Juizados Especiais.[942] Ou seja, os novos institutos foram aplicados em um âmbito de delitos

consensualismo" (Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*, cit., p. 302).

938 Karam, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 38.

939 Grinover, Ada P.; Gomes Filho, Antonio M.; Fernandes, Antonio S.; Gomes, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 47-49.

940 "Em linha de conclusão, é isto o que acontece com os Juizados Especiais *Criminais*, pois o modelo não só não está apto a instrumentalizá-las [...] como cumpre funções diferentes das declaradas (na medida em que amplia a ação de controle social, trazendo para o sistema conflitos que encontravam-se fora de seu alcance), ou seja, a reprodução do funcionamento seletivo do sistema penal" (Santos, Salim Schead dos. *Juizados Especiais Criminais:* funções instrumentais e simbólicas. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 70).

941 Prado, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 18. Posteriormente, tal conversão foi vedada pelos Tribunais Superiores brasileiros.

942 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit., p. 134-136; Kant de Lima, Roberto; Amorim, Maria S.; Burgos, Marcelo B. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: Amorim, Maria S.; Lima, Roberto Kant de; Burgos, Marcelo B. (org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil.* Ensaios interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003. p. 40.

que antes não eram processados pela justiça criminal.[943] Além disso, o autor citado aponta os tipos de conflitos observados nas audiências: "(...) constatou-se que a maioria dos delitos de menor potencial ofensivo é originária de situações de conflito entre vizinhos (41%), entre cônjuges (17%), entre parentes (10%), ou em relacionamentos entre consumidor e comerciante (10%)".[944] Houve, portanto, a não realização da expectativa em relação a tal reforma, posto que não se verificou uma significativa redução do movimento processual nas Varas Comuns.[945]

Embora também se encontre estudo empírico realizado em São Paulo onde se afirma um "forte e positivo impacto da lei na Justiça paulistana",[946] em regra as estatísticas descritas doutrinariamente confirmam as conclusões de **Rodrigo de Azevedo**, por exemplo, em análise do panorama em Brasília,[947] em que se asseverou: "a criação do Juizado Especial Criminal, como a bifurcação do sistema penal brasileiro, provocou a ampliação do controle penal formal que passou a intervir na criminalidade, que antes se colocava fora do sistema

943 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit., p. 136. Nesse sentido, há quem afirme que, embora ocasionada a expansão da incidência do Direito Penal, tal ampliação é positiva ao jurisdicionalizar tais conflitos, que, anteriormente, eram discutidos de modo informal na sociedade (ou nas Delegacias de Polícia), o que possibilitada maiores riscos de seletividade e arbitrariedade. Contudo, pensa-se que tal jurisdicionalização não precisava necessariamente se dar por meio da esfera penal do Direito, a qual deveria ser subsidiária na intervenção das relações sociais. Ou seja, os casos atualmente resolvidos nos JECs (por exemplo, de brigas menores entre vizinhos) poderiam ser tutelados em âmbito de responsabilização cível. Conforme apontado pelo autor, desde os primeiros anos, os conflitos tutelados nos Juizados Especiais Criminais eram entre vizinhos, cônjuges, parentes ou em relacionamentos entre consumidor e comerciante ou patrão e empregado (idem, p. 157). Sobre tais dados, em pesquisas mais atuais: Anziliero, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil*, cit., p. 183-184. Também afirmando a contribuição positiva da jurisdicionalização da seletividade anteriormente realizada em sede policial: Leite, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 280.

944 Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit., p. 157.

945 "Com a implementação dos Juizados Especiais, havia a expectativa de uma significativa redução do movimento processual nas Varas Criminais Comuns, que poderiam concentrar a atenção nos delitos mais graves. A análise da movimentação processual verificada na Comarca de Porto Alegre nos dois anos anteriores e posteriores à implantação dos Juizados não confirma essa expectativa" (Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit., p. 134).

946 Fernandes, Antonio S.; Penteado, Jaques de C.; Barros, Marco A. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na justiça criminal paulista, cit., p. 27.

947 Pinheiro, Fabiana de Assis. *Juizado Especial Criminal*, cit., p. 97-115.

formal de controle".[948] Pode-se afirmar, assim, que os objetivos declarados da nova legislação (despenalização, racionalização e redução do número de processos nas varas comuns) distanciaram-se das consequências reais em sua concretização prática.[949]

Portanto, em conformidade com a crítica anteriormente desenvolvida acerca da simbiótica relação de legitimação recíproca entre a barganha e o fenômeno da expansão do Direito Penal (item 3.1.1), conclui-se que a introdução de espaços de consenso no justiça criminal brasileira, por meio dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, embora cabíveis em casos limitados pelo texto legal, resultou na expansão do controle punitivo estatal nas relações sociais.[950] A legislação inovadora trouxe efeitos diversos daqueles aparentemente pretendidos, de modo que a reforma implementada acabou desvirtuada.[951] E, de modo semelhante, pode-se antever que eventual ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, que também é motivada por pretensões eficientistas de redução da sobrecarga nos tribunais, acarretará efeitos contraproducentes, ocasionando inflação ilegítima do controle social por meio do poder punitivo estatal.[952] E isso se demonstrou

948 PINHEIRO, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal: do discurso jurídico penal à operacionalidade do sistema penal. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 90-103, jul.-dez. 2010, p. 95.

949 "Assim sendo, permeável às necessidades de estruturação de estratégias de resposta penal mais eficiente, e, ao mesmo tempo, menos perceptível, o código operacional representado pela produção normativa arrefece o controle social, por meio da edição de uma lei que possibilita a expansão do mesmo, aliada, outrossim, à percepção, no âmbito de opinião pública, bem como da doutrina especializada da dogmática-positiva, de uma fórmula tida como verdadeira 'tábua de salvação' para a falência institucional que vem experimentando o sistema penal" (MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização*, cit., p. 234).

950 "Daí nossa crítica em relação à justiça negociada e aos Juizados Especiais Criminais, verdadeiras expressões do movimento da lei e ordem, na medida em que contribuem para a banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor" (LOPES JR., Aury. Justiça negociada, cit., p. 110).

951 "Logo, ao depositar na criação e na implementação do Juizado Especial Criminal a expectativa de retração da intervenção penal tradicional, como pressuposto para a aquisição de eficiência no tratamento de questões graves, o discurso oficial equivoca-se. Na realidade, o JEC amplia o sistema penal ao controlar delitos que permaneciam à margem do sistema formal, portanto não ocupavam o sistema tradicional" (PINHEIRO, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal, cit., p. 97).

952 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 137-160; DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 645.

claramente no exemplo equatoriano descrito por **Jorge Paladines** ao desvelar que as Unidades de Gestão de Flagrância, criadas em Quito e Guayaquil em 2012, embora se justificassem declaradamente para um maior controle da legalidade das detenções, se transformaram em "máquinas judicias para promover condenações imediatas".[953]

Além disso (2), a segunda argumentação questionadora dos efeitos latentes da justiça negocial no campo jurídico-penal brasileiro diz respeito à afirmação de que, diferentemente da pretendida valorização ao diálogo e à conciliação para a resolução do conflito,[954] na prática percebe-se o distanciamento de tais pretensões, já que os atores jurídicos pautam sua atuação visando a encerrar o processo do modo mais rápido possível (por meio do seu arquivamento ou da imposição imediata da sanção penal), ou seja, pouca é a atenção dispendida à efetiva resolução dialogada consensualmente do conflito.[955] Nos estudos empíricos aqui citados, inúmeras são as referências à total inoperabilidade do procedimento sumaríssimo para a realização da pretensão declarada dos Juizados Especiais Criminais.[956] Conforme os dados estatísticos descritos por **Dineia Anziliero**, mais da metade dos envolvidos (vítimas e acusados) afirmaram que na audiência preliminar não houve esclarecimentos e diálogo suficientes sobre o

953 "As Unidades de Flagrância não promoveram em geral uma discussão sobre o direito das pessoas acusadas, mas um debate sobre a eleição de formas de controle social punitivo que não limitaram o processo de aprisionamento, nos levando ao maior crescimento do encarceramento na história republicana do país. Sendo assim, se deve perguntar constantemente se na realidade esse modelo de gestão gerou menos impunidade ou, por outro lado, a aumentou às custas das vítimas da fábrica de flagrantes" (PALADINES, Jorge Vicente. Fábrica flagrancia: la gestión procesal de la detención en Ecuador. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça criminal e democracia.* São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 161) (tradução livre).

954 ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 23.

955 "[...] a audiência preliminar aparece como uma oportunidade de negociação punitiva com o infrator, muito mais do que uma oportunidade para a promoção do diálogo entre as partes ou a mediação do conflito" (FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 49).

956 "Nesse aspecto, contraria-se o discurso jurídico-penal, em que o Juizado Especial Criminal corresponde ao modelo consensual de justiça penal, para afirmar que esse juizado não se apresenta como um espaço de conciliação. Confirma-se, na operacionalidade do Juizado Especial Criminal de Brasília, a função simbólica do sistema penal que, ao trabalhar com a lógica do arquivamento, não se apresenta como um espaço de resolução de conflitos" (PINHEIRO, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal, cit., p. 101).

fato ocorrido.[957] Nesse sentido, aponta-se que a postura generalizada dos atores do sistema criminal dos JECs se pauta pela busca do encerramento do caso o mais rápido possível, em um primeiro momento incentivando a vítima à desistência e depois pressionando os acusados a aceitarem a transação penal, sem qualquer pretensão de resolver o conflito consensualmente por meio do diálogo.[958] Há a consolidação de uma lógica que prima pelo arquivamento dos termos circunstanciados para evitar o prosseguimento do processo.[959]

Portanto, os mecanismos negociais são instrumentos de expansão do poder punitivo, que se concretizam com o objetivo de impor uma punição célere e inquestionável, de modo que os atores envolvidos restam instrumentalizados por tal pretensão. Ou seja, qualquer espaço de diálogo efetivo com o objetivo de resolver o conflito visando aos interesses das partes (ofensor e vítima) é reduzido (ou até excluído),[960] configurando um processo em que a única voz ativa é a pretensão acusatória, a qual, por meio de coação, se sobrepõe a qualquer resistência defensiva.[961]

Por fim (3), cumpre descrever as constatações empíricas que confirmam a ocorrência das problemáticas descritas anteriormente em sede de críticas gerais à barganha e à justiça negocial (tópico

957 Anziliero, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil*, cit., p. 150-155.

958 "Em outras palavras, é essa maneira de tratar o conflito com aversão que autoriza sua repressão. Por isso, as estratégias dos operadores ora alcançaram a desistência da prestação jurisdicional (pela vítima), ora a aceitação da medida imposta na transação penal (pelos jurisdicionados imputados como infratores), o que significou, em qualquer dos casos, a devolução do conflito para a sociedade" (Almeida, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 83).

959 Nesse sentido, Fabiana Pinheiro desvela que "observa-se que a maior parte dos procedimentos nascem mortos, pois chegam à esfera judicial com a retratação ou a renúncia apresentada pela vítima na esfera policial" (Pinheiro, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal, cit., p. 100).

960 Almeida, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 96.

961 "Diante desse contexto, a transação penal, instituto inserido no nosso sistema processual penal com a finalidade de promover o diálogo entre as partes e ser um procedimento informal, vai se adaptando à força – e com isso se afastando do modelo original –, à finalidade específica de um modelo processual marcadamente inquisitorial e daí somente resultando o objetivo de submeter o acusado à pena, como acontece nas demais facetas desse sistema. O hiato observado entre os discursos doutrinário e legais e as práticas dos operadores provavelmente seja reflexo de uma cultura jurídica fundada na predominante função punitiva do direito penal [...]" (Almeida, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 225).

3.1). Assim, ao se apontar que a concretização dos mecanismos consensuais da Lei 9.099/1995 (especialmente da transação penal) acarreta constantes violações a direitos e garantias fundamentais do acusado, desvelam-se as incontornáveis aporias do modelo negocial que, por certo, se expressaram de modo intensamente mais agravado em um cenário de eventual expansão dos espaços de consenso.

O primeiro ponto fundamental onde se percebe cabalmente a crítica aos mecanismos consensuais na realidade brasileira diz respeito à coação inerente à proposta de transação penal, a qual impossibilita a suposta aceitação livre do acusado e intensifica profundamente os riscos de condenações de inocentes (ver item 3.1.3).[962] Conforme exposto por **Vera de Almeida**, em diversas das audiências observadas durante a realização de pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro notou-se cristalinamente a pressão argumentativa exercida sobre o acusado para incentivar a anuência ao acordo, pois são rotineiros os aconselhamentos em tom de ameaça no sentido de que a melhor opção seria o aceite à transação[963] e a afirmação de que o autor do fato iria "sofrer pena maior" em caso de recusa.[964] Assim, não há qualquer escolha racional e livre pelo réu, já que "em outros termos, jamais pronunciados pelos atores legais, mas tacitamente sugeridos, as opções são: a punição pela medida alternativa ou a punição pelo processo".[965] Portanto, além da intimidação realizada pela ameaça de registro em antecedentes de eventual condenação, a própria concretização do processo é caracterizada como um ônus e um risco

962 "Dessa forma, a simples ameaça do processo passou a ser a principal 'moeda de troca' para convencer a pessoa suspeita da prática do fato delitivo a assumir a pena – ainda que não institucional – sem que haja o mecanismo inerente ao devido processo legal, garantido legalmente a partir da Constituição democrática de 1998" (SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira, cit., p. 323).

963 A autora descreve situação em que, após ouvir pedido de nova audiência, a conciliadora afirmou que "esta seria conduzida pelo promotor de justiça, e que este operador 'não era mole, não' e que ele 'dificilmente não levaria em conta o depoimento dos policias'. Em seguida complementou com o seguinte 'conselho': 'Na minha opinião, acho melhor que o senhor aceite a transação penal, afinal de contas, não ficará registrado em sua folha penal'. Embora aparentando aconselhamento, estas palavras foram pronunciadas em tom que beirou a ameaça, tendo a conciliadora aumentado o volume de sua voz enquanto as proferia" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 102).

964 ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 151.

965 FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 148.

desnecessário com a finalidade de determinar a escolha do acusado pela sua não realização.[966] Somada à fragilização da voluntariedade, também aponta-se a rotineira insuficiência de informação ao réu acerca das consequências da realização do acordo e de sua situação processual, ou seja, há generalizada violação a outro requisito da barganha, qual seja, a informação/inteligência da decisão do acusado (item 1.2.3).[967]

Além disso, a imposição da sanção penal ocorre sem qualquer motivação adequada,[968] tanto em sua quantificação na proposta oferecida pelo acusador público, quanto na sua legitimidade probatória para fundamentar a intervenção punitiva estatal.[969] Na verdade, o posicionamento do promotor é fundamentalmente determinado pelas informações contidas no termo circunstanciado produzido pela autoridade policial, ou seja, elemento de investigação preliminar que, além de ilegítimo para a fundamentação de uma condenação, é

966 "Esta fala, reproduzida em diversos outros momentos, atesta que o registro na folha de antecedentes foi empregado como instrumento de ameaça e, o procedimento judicial soou aos ouvidos do jurisdicionado como algo que assustava, isto quando a atividade jurisdicional não era também considerada desnecessária, custosa e incerta. Ou seja, a aceitação da transação penal não resultou de uma manifestação de vontade espontânea ou voluntária, mas sim contaminada por estas ideias" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 112). Nesse sentido, cumpre citar a pesquisa realizada por Malcolm Feeley nas *Lower Criminal Courts* estadunidenses da década de 1990, em que se concluiu que os acusados aceitavam reconhecer suas culpabilidades e a imposição imediata de uma punição em razão dos prejuízos ocasionados pela própria realização do processo e das suas incertezas inerentes (FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 199-243).

967 ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 99-103.

968 Expondo a problemática, Geraldo Prado questiona: "A questão que fica sem resposta é simples: afinal, é válida a tutela jurisdicional, plena ou limitada, prestada em um procedimento que é mais concentrado – e informal – que o próprio procedimento sumaríssimo? Ou, de outra maneira, o deferimento do afastamento do lar, por exemplo, ou a imposição de pena criminal viola o princípio do devido processo legal, pois são determinados em um procedimento cuja única base de dados são as informações superficiais que constam do termo circunstanciado?" (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 142).

969 "Comprova este argumento a última entrevista acima transcrita, onde o operador admite que até quando não existem provas, ele oferece a transação penal. A inversão dos ritos por ele assumida (primeiro oferece a transação penal, depois busca as provas) demonstra que procedem as afirmações já apresentadas sobre o caráter inquisitorial da transação penal e a inversão da presunção de inocência, que transformam o instituto – de origem despenalizadora – em punição/castigo" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 158).

geralmente deficiente na sua redação.[970] Aqui ressalta-se a realização prática da crítica anteriormente descrita acerca do retrocesso processual autoritário ocasionado pelos institutos negociais, em que se percebe a violação das possibilidades de defesa e à obstaculização do contraditório decorrentes da primazia de atos produzidos unilateralmente sem o devido controle judicial (item 3.1.4).

Em relação à distorção da presunção de inocência, percebe-se que há uma corriqueira valorização da versão dos fatos descrita pela vítima,[971] que, somada à primazia do termo circunstanciado como formador do convencimento do acusador, viola por completo a postura de dúvida em relação à culpabilidade do réu.[972] Como afirmado anteriormente (item 3.1), os mecanismos negociais invertem por completo a lógica fundamental do processo penal democrático, o que se percebe nos Juizados Especiais Criminais a partir do deslocamento da carga probatória ao réu e da assentada percepção preconcebida da insustentabilidade de sua inocência.[973]

A concretização dos espaços atuais de consenso na justiça

970 FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 50-51.

971 "Vale dizer, mais uma vez esta declaração reproduziu a ideia de que a alegação do suposta autor do fato 'não teria peso' ou que 'teria peso inferior à da vítima', em face da valoração do termo circunstanciado. Observa-se, portanto, que os operadores enfatizavam a versão das vítimas, revestindo-lhes de prejuízos em seu favor, acarretando, consequentemente, a desvalorização das afirmações dos supostos autores dos fatos criminosos. Assim, se a declaração da vítima era dotada de veracidade, a do acusado se pressupunha inverídica" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 104).

972 "Assim, se as estratégias vistas em audiência demonstram barreiras de constituição de um espaço de interação que promova saídas menos centradas na punição do autor do fato, há ainda outro elemento que parece também contribuir para nublar a possibilidade de diálogo entre as partes que poderia levar a um desfecho alheio à transação penal. Trata-se, como já apontado, da presunção de culpa que paira sobre aquele que figura como autor da infração, sem que provas a respeito disso sejam apresentadas e debatidas em audiência" (FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 133).

973 "A pesquisa de campo até aqui descrita vai demonstrando que nas práticas dos operadores prevalece o sentido de presunção de culpa do jurisdicionado, ainda na fase inicial do procedimento. A certeza de que o jurisdicionado não conseguirá 'provar' sua inocência é frequentemente mencionada por estes operadores e, em algumas vezes, tal discurso foi dirigido diretamente aos próprios infratores. Este discurso revela, por outro lado, que o procedimento assume contornos inquisitoriais, diante da impossibilidade de o acusado realizar prova sobre sua inocência. A prova da inocência, neste caso, cede passo diante da verdade construída unilateralmente pela acusação, o que sugere a presunção de culpa do acusado" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 113).

criminal brasileira também demonstra a falácia do argumento utilizado pela jurisprudência estadunidense (item 1.2.3), e reproduzido nacionalmente,[974] de que a assistência de advogado garante a legalidade e o respeito aos direitos do acusado na realização da barganha. Conforme exposto (item 3.1.6), em um cenário pautado por negociações acerca da culpabilidade do acusado é inevitável a desvirtuação da relação entre cliente e advogado, o que inviabiliza por completo o efetivo respeito à ampla defesa e a decisão informada do réu. As pesquisas empíricas descritas confirmam tal assertiva, pois, além da realização de diversos acordos sem a presença de defensor técnico (em violação ao determinado pela Lei 9.099/1995),[975] inúmeros advogados adotam posicionamento a favor da aceitação da transação penal, seja por interesses pessoais e relacionais com o acusador ou por temerem os riscos do processo.[976] Nesse sentido, **Vera de Almeida** conclui que "até os profissionais que defendem as garantias constitucionais individuais dos acusados estão contaminados com a representação negativa da transação penal, enquanto instrumento de penalidade".[977]

Ademais, constata-se nos Juizados Especiais Criminais o fortalecimento do órgão acusador, que, segundo exposto anteriormente (item 3.1.5), assume as funções decisórias ao determinar a culpabilidade do acusado e os contornos da punição na dinâmica das negociações.[978] Em decorrência disso, torna-se

974 "Um forte argumento em contrário a esse movimento era o de que não poderia ser aplicada pena sem processo. Responde-se, contudo, que não haveria prejuízo ao direito de defesa, pois no acordo pré-processual o suspeito estaria assistido por advogado" (FERNANDES, Antonio S.; PENTEADO, Jaques de C.; BARROS, Marco A. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na justiça criminal paulista, cit., p. 12).

975 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social*, cit., p. 169; ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 100-103.

976 FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 92-95.

977 ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 156.

978 FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 117. Conforme Vera de Almeida, "a observação do campo vem demonstrando que a aplicação deste instituto é desenvolvida de forma isolada, exclusiva e ilimitada por quem detém o poder de dizer quando e se será aplicada e também quem será atingido e de qual forma. Este operador solitário da transação penal é o promotor de justiça. Seu poder de definir e classificar as respostas penais contidas nas transações penais é um poder tautológico, na medida em que – graças a um saber (íntimo e não universalizado) que reconhece inclusive seu próprio poder –, suas definições vão orientar suas decisões" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 180).

ainda mais inaceitável o mito da igualdade das partes e afasta-se por completo a jurisdicionalidade necessária à imposição de uma sanção penal em um Estado Democrático de Direito, pois, conforme descrito por **Vera de Almeida**, a presença do julgador na audiência é excepcional e o seu ato homologatório é um controle artificial e inoperante.[979]

Por fim, fundamental desvelar a confirmação empírica de que a possibilidade de negociações entre os atores do campo jurídico-penal acarreta a total distorção de suas funções precípuas, pois, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e por suas perversas relações de cooperação mútua, eles incentivam (ou, melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu (item 3.1.2).[980] A descrição da realidade dos Juizados Especiais Criminais ressaltou que o determinante no atuar dos operadores jurídicos é a busca pelo poder,[981] pautada pela atenção a seus interesses próprios, o que finda por ressaltar objetivo compartilhado, conforme asseverado por **Carmen Fullin**: "longe de atuarem em polos opostos, defensor e promotor, intermediados pelo juiz, visam o mesmo objetivo: abreviar o tempo da audiência sem deixar de obter o aceite da transação penal, consensualmente vista naquela circunstância como a melhor saída para todos".[982]

979 "[...] durante todo o período de visitação aos juizados não foi possível encontrar um exemplo de decisão judicial rejeitando as propostas oferecidas pelos promotores de justiça. Como as sentenças homologatórias, por sua vez, praticamente transcreviam os termos destas propostas, é possível afirmar que do início ao final deste procedimento os jurisdicionados desconheceram os motivos e fundamentos que justificaram as punições impostas" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 89).

980 "No entanto, ainda que guardem distinções, em todas as varas o controle do tempo da audiência emerge como um elemento sempre presente, favorecendo curiosas alianças entre determinados atores legais. Além de finalidades gestionárias, essas alianças revelam aspectos dos significados de punir na informalidade, questão que será destacada adiante, mas que exige, antes de mais nada, um esclarecimento a respeito da maneira pela qual, de modo semelhante a um cenário, os atores e as regras de procedimento das audiências preliminares apresentam-se ao expectador" (FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 78).

981 "Mais uma vez, restou a sensação de que o que domina o atuar destes operadores é a disputa pelo poder de decidir, pelo poder de aplicar o direito, o que acarretou diferentes tratamentos, mesmo quando idênticos os fatos criminosos, resultando em reiteradas ofensas à isonomia e à segurança jurídica dos jurisdicionados" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 142).

982 FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 96.

Portanto, conclui-se que, embora limitados a casos de pouco gravidade, os espaços de consenso introduzidos pela Lei 9.099/1995 acarretam graves violações a direitos fundamentais, ocasionando inaceitáveis distorções aos pressupostos do processo penal democrático. Assim, especialmente considerando-se as circunstâncias características da justiça criminal pátria (pautada por seletividades e desigualdades na concretização do poder punitivo estatal), eventuais expansões dos mecanismos negociais (como a barganha do PLS 236/12 ou o procedimento sumário do PLS 156/09) se mostram extremamente propensas a agravar tais problemáticas e, portanto, devem ser rechaçadas no campo jurídico-penal brasileiro. Nesse sentido, os estudos citados são cristalinos ao afirmar que a transação penal (e, assim, também a barganha de modo amplo) cumpre na realidade a função de expandir a incidência do poder punitivo estatal,[983] ou seja, inclusive no cenário brasileiro atual, a justiça negocial é um instrumento de penalização por meio do total esvaziamento do direito ao julgamento em um processo com todas as garantias.[984]

983 "[...] apesar da doutrina brasileira considerar a transação penal como um acordo entre promotor de justiça e jurisdicionado, na prática ela acaba sendo reconhecida como instrumento de aplicação de uma punição prévia, ainda que signifique a aplicação de uma pena menor do que aquela que porventura o procedimento judicial poderá acarretar. Ou seja, a transação penal, nestes casos, corresponde a um instrumento de penalização" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 151). De modo semelhante: FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir*, cit., p. 154.

984 "[...] a rejeição da transação penal não foi entendida pelos operadores como um direito do jurisdicionado, como uma possibilidade que se abre para a outra parte oferecer sua contraproposta, como ocorre em uma relação dialógica. Assim, diferente da categoria que os nossos doutrinadores formulam, a transação penal tem que ser imposta e aceita sem qualquer contestação e a qualquer custo [...]" (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas*, cit., p. 151).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama exposto a partir da análise crítica das tendências de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, pode-se afirmar, em sede de *conclusão geral*, que a introdução de mecanismos de barganha de modo generalizado (além do espaço constitucionalmente traçado da transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo), autorizando a imposição de sanções sem o respeito às regras do devido processo, deve ser criticada e rechaçada no campo jurídico-criminal pátrio, pois acarreta inevitáveis violações às premissas do processo penal democrático ao distorcer por completo a sua essência fundamental: ser instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

De modo específico, foram propostas considerações aos seguintes problemas, as quais serão esquematizadas de modo sucinto a seguir: 1) quais são as características da justiça negocial e, especificamente, da barganha?; 2) qual é a sua relação com as tendências de simplificação e diversificação processual, como a previsão do princípio da oportunidade?; 3) quais são as consequências da expansão dos espaços de consenso às premissas do processo penal democrático?; 4) os acordos entre acusação e defesa para imposição de sanção penal a partir do reconhecimento de culpabilidade em troca de benefícios são opções legítimas à justiça penal de um Estado Democrático de Direito?

1. Inicialmente, definiu-se a *justiça criminal negocial/consensual* como modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão

integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (item 1.1.3).[985] Desse modo, a *barganha* se apresenta como espécie de justiça consensual, um instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado (item 1.2.1). Assim, seus elementos essenciais são a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).

1.1. A partir do exemplo da *plea bargaining* estadunidense, maior referência em termos de justiça criminal negocial, foram assinalados os três requisitos de admissibilidade construídos doutrinaria e jurisprudencialmente (item 1.2.3): em resumo, a) voluntariedade, que o acordo não seja induzido por violência física real ou ameaçada ou por coerção mental que vicie a vontade do acusado; b) inteligência, ou seja, o réu deve ter conhecimento de sua situação perante a imputação formulada e os fatos descritos pelo acusador, além das consequências de seu ato de aceite à barganha, tanto em relação aos direitos a que renuncia quanto às punições que a ele serão impostas, além de seus efeitos colaterais; e, c) adequação, isto é, necessidade da existência de uma base fática que ampare o reconhecimento da culpabilidade pelo réu.

1.2. Contudo, tais premissas de legitimação da barganha, que sustentam ser tal mecanismo um acordo entre partes em situação de igualdade, realizado de modo livre e informado, são falaciosas e ingênuas, visto que, como demonstrado: a) a igualdade entre as partes é

985 As referências apontadas dentro de parênteses dizem respeito aos capítulos e tópicos desenvolvidos anteriormente no trabalho, que analisam de modo aprofundado as conclusões aqui condensadas, e, por isso, remete-se o leitor para maiores fundamentações.

ilusória, já que, além da disparidade inerente ao processo penal, em um sistema negocial ocorre a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador, extrapolando seus poderes e suas possibilidades de coações ao réu por meio de ameaças de sanções penais mais graves em caso de recusa ao acordo (item 3.1.5); b) a liberdade do imputado em realizar a barganha ou exercer o direito ao julgamento é falsa, ao passo que a coercibilidade da proposta é inerente à sua sistemática, pois há evidente punição em razão do não reconhecimento de culpabilidade, o que se demonstra patentemente pelo desvelamento da expressiva quantidade de inocentes que aceitam o acordo (itens 3.1.3 e 3.1.6); e, c) a suposta assistência por advogado técnico que informaria o réu acerca da sua situação processual e das consequências da barganha (e que, assim, legitimaria o modelo negocial suprindo qualquer déficit de liberdade, conforme posicionamentos jurisprudenciais de diversos ordenamentos estrangeiros) torna-se inócua diante da inevitável desvirtuação da relação entre cliente e advogado em um cenário de negociações e pressões burocráticas pela realização célere de acordos para imposição de sanções penais consentidas (item 3.1.2).

1.3. As justificações apontadas em favor dos acordos no processo penal, em regra relacionadas aos motivos de seu surgimento, pautam-se fundamentalmente por uma suposta inevitável necessidade prática, em razão do sobrecarregamento da justiça criminal pela quantidade e pela complexidade crescentes dos processos em julgamento (item 1.2.2). Tais argumentos, contudo, são retóricos e autolegitimantes, pois diversos estudos apontados desvelam a fragilidade dessa imposição sistêmica, citando, por exemplo, tentativas de abolição da *plea bargaining* em estados norte-americanos que não acarretaram o colapso da justiça criminal, como previsto por muitos. Além disso, demonstrou-se que o surgimento de tal instituto não se relaciona diretamente com o crescimento da demanda processual, já que sua utilização é generalizada também em jurisdições com carga de trabalho aceitável. Conclui-se, portanto, que a barganha se originou e se propagou a partir da atuação dos atores da justiça criminal, em razão da integral aderência às suas conveniências pessoais, que, por certo, fogem da pauta de interesses legítimos da justiça criminal em um Estado Democrático de Direito (item 3.1.2).

1.4. Atualmente, a justiça negocial se expressa no campo jurídico-penal brasileiro por meio dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo – nos Juizados Especiais Criminais, regulados pela Lei 9.099/1995 – e da delação premiada, que, embora prevista em diversos diplomas legais, teve seus aspectos procedimentais definidos recentemente pela Lei 12.850/2013. Os primeiros são mecanismos de aplicabilidade restrita a infrações de pouca gravidade (respectivamente, com pena abstrata máxima de até 2 anos e mínima menor ou igual a um ano), os quais, ainda que eufemisticamente tratados por parte da doutrina como alternativas não punitivas, representam a concretização antecipada do poder penal a partir da renúncia à defesa pelo réu (item 2.1). Por outro lado, a delação (ou colaboração) premiada, de crescente importância no panorama brasileiro, representa instituto pautado em essência pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal, distinguindo-se da barganha em razão da inerente incriminação de terceiros (item 2.2).

1.5. As tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro são expostas pelos projetos de reformas legislativas (PLS 156/09 e 236/12, respectivamente, novos Códigos de Processo Penal e Penal), os quais apresentam dispositivos que ampliam as possibilidades de acordos entre acusação e defesa para a obtenção do reconhecimento de culpabilidade. Ambas as propostas exibem defeitos fundantes e deficiências nas regulações dos referidos dispositivos: aquele propõe um "procedimento sumário" para crimes com pena máxima de até oito anos, e este dispõe sobre o instituto da "barganha", sem qualquer limitação pela gravidade do delito (previsão que foi excluída do projeto no relatório mais recente do processo legislativo, em dezembro de 2013). Diante de tal cenário, foram sugeridos aprimoramentos a tais regulações, em uma tentativa de redução de danos, mas manteve-se o posicionamento contrário a essas alterações, sustentando-se o rechaço às proposições (item 2.3).

2. Os mecanismos negociais permeiam uma ampla tendência internacional em matéria penal de aceleração e diversificação processual, que almeja celeridade na resolução dos casos ou a introdução de opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário com respeito a todas as regras do devido processo. Nesse sentido, o panorama dos ordenamentos estrangeiros aponta para uma forte inclinação à previsão de exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a partir da existência de espaços de oportunidade. Assim, definiu-se a barganha como uma expressão da justiça consensual, que se realiza por meio da não promoção ou da não manutenção integral da pretensão estatal, já que há a redução consentida da punição; ou seja, tal instituto se instrumentaliza com a previsão de possibilidades de oportunidade ao acusador público (itens 1.1.3 e 1.2.1).

2.1. A partir do desvelamento da imprecisão conceitual das definições amplamente utilizadas pela doutrina em relação aos princípios da legalidade (processual), obrigatoriedade e oportunidade, foram propostos novos significados, visando a possibilitar um efetivo debate crítico. Para tanto, desvelou-se a disfuncionalidade do termo legalidade, ainda que delimitado como "legalidade processual", pois ele inescapavelmente tem sua acepção remetida à ideia de direito material da necessidade de regulamentação por lei (item 1.1.1). Assim, sugere-se a opção pelos termos "obrigatoriedade" e "não obrigatoriedade/oportunidade", os quais podem se concretizar em um cenário de respeito à legalidade ou de ampla discricionariedade. Diante do exposto, definiu-se: a) *princípio da legalidade* como a obrigação de que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar; b) *obrigatoriedade da ação penal pública* determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente, sem a possibilidade da isenção desse dever por critério utilitário ou relacionado com a pouca gravidade do fato criminoso, ainda que previsto em lei; e, c) *oportunidade (ou não obrigatoriedade)* autoriza o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo

penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., os quais podem ser definidos em Lei, em um cenário de legalidade, ou não, em um panorama de discricionariedade (item 1.1.2).

3. Em sede de verificação da legitimidade das tendências de expansão dos espaços de consenso, importante assentar que a barganha e os mecanismos negociais em sentido amplo acarretam inevitáveis violações às democráticas premissas que impõem a necessidade do respeito às regras do devido processo penal como requisito para uma condenação criminal, visto que inviabilizam o exercício da defesa, distorcem os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentam exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretam punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuam a presunção de inocência e o contraditório, entre outras críticas imperativas (item 3.1). Ademais, como exposto, suas justificações apresentam questionável legitimidade ao fundamentar uma suposta necessidade sistêmica das negociações entre acusação e defesa, a qual, na verdade, oculta uma instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo em um cenário de expansão do Direito Penal (item 3.1.1).

3.1. A partir de seis tópicos críticos (capítulo 3), fundamentou-se a conclusão de que a expansão de espaços de consenso, por meio de institutos assemelhados à barganha, acarreta violações às premissas do processo penal democrático e, portanto, deve ser afrontada: a) *Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal*, em que se desvelou a mercantilização processual ocasionada pela autorização de acordos entre as partes e a decorrente relativização de garantias fundamentais, ambos os fenômenos intrinsecamente relacionados com a instrumentalização do processo penal como meio célere de concretização antecipada do poder punitivo em resposta às demandas de uma expansão descomedida da intervenção penal estatal; b) *Barganhas, relações e concessões,* em que se apresentou a distorção dos papéis dos atores do sistema criminal em razão da primazia de seus interesses pessoais

a partir do poder da barganha, findando por corromper completamente os fundamentos do processo democrático; c) *O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta,* que aclarou a pressão inerente à possibilidade de barganha, a qual, inquestionavelmente (conforme demonstrado pelas pesquisas empíricas citadas), resulta na confissão de inocentes por medo de punições mais severas em caso de exercício do direito ao julgamento; d) *O retrocesso processual autoritário,* em que se demonstrou violação de preceitos fundamentais do processo, como o retorno do tarifamento de provas com primazia da confissão e a consequente obstaculização integral do exercício da defesa e do contraditório; e) *O desequilíbrio da balança entre os atores processuais,* em que se fragilizou uma das fundamentais premissas da realização da barganha, a igualdade entre as partes negociadoras, além de expor a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena do imputado; e, f) *O desaparecimento do processo e da defesa*, no qual problematizou-se a possibilidade de renúncia ao direito de defesa e a suposta autonomia de vontade para a concretização do pacto, afirmando-se que a barganha vai além da negação à defesa, sendo caracterizada como um *não processo.*

3.2. A ideia de que todos os envolvidos no processo são favorecidos pelo acordo consensual é falaciosa, pois, como demonstrado, o benefício trazido ao réu é enganoso, especialmente em um cenário de *over-charging*, mas não só, pois em muitos casos a redução da pena é irrisória, de modo que a punição imposta com o acordo assemelha-se àquela que seria definida após o julgamento; aponta-se que as concessões e os benefícios entre acusação e réu não podem ser comparados, pois não há um cálculo possível entre o tempo de liberdade e os custos de um processo. Além disso, uma suposta valorização da dignidade do acusado pela sua maior participação na tomada da decisão é um argumento de cristalina perversidade, pois não há que se falar em uma real participação no acordo, que, na maioria dos casos, é imposto ao acusado em razão de ameaças de penas maiores em caso de julgamento; e parece claro que sua atuação se mostraria muito mais importante no decorrer do procedimento conforme

às regras do devido processo.

3.3. A barganha também acarreta tensionamentos a princípios fundamentais do processo penal: a) a presunção de inocência é dissipada e invertida em um cenário de generalizadas negociações e coerções para realização de acordos com o reconhecimento da culpabilidade; b) o direito a não autoincriminação é violado, especialmente diante da coação inerente à proposta, em que há inevitável agravamento da punição em razão do exercício do direito ao julgamento; e, c) o dever de motivação das decisões judiciais é completamente esvaziado, pois, embora exista a necessidade de homologação do acordo, sua realização é meramente formal e não representa efetiva fundamentação apta a romper com a presunção de inocência do acusado (itens 3.1 e 3.1.4).

3.4. Ademais, é inquestionável a degradação das funções desempenhadas por juízes, promotores, advogados e, inclusive, réus em um panorama processual pautado por negociações e concessões. Nesse cenário há uma expropriação dos papéis dos atores do campo jurídico-penal, em que seus interesses pessoais sobrepõem-se às funções processuais de limitação/legitimação ao poder punitivo, visto que o triunfo da barganha se dá fundamentalmente em razão de sua aderência aos interesses daqueles que detêm o poder na determinação da concretização do poder punitivo estatal; ou seja, tal instituto é, portanto, um instrumento a serviço dos interesses do poder, protegido e alimentado pelos atores do campo jurídico, e, assim, determinante na configuração das suas relações intrínsecas e do seu funcionamento. Configura-se uma simbiose burocrática que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja, limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e por suas perversas relações de cooperação mútua, incentivam (ou, melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu. Desse modo, rompe-se por completo com as premissas do processo penal democrático, já que a barganha vicia integralmente o sistema de justiça criminal (item 3.1.2).

3.5. Em razão de seu poder de intimidação, fundamentalmente determinado pelo agravamento da punição em caso de recusa ao acordo, a barganha ocasiona o exponencial aumento no risco de condenação de inocentes pela justiça criminal, o que restou comprovado em estudos empíricos citados. Assim, a premissa que legitima a justificação dos institutos consensuais pela maioria de seus defensores e que fundamentou as decisões da Suprema Corte estadunidense pela constitucionalidade da *plea bargaining* perde por completo sua sustentação: os mecanismos negociais não são aplicados somente àqueles acusados que iriam ser condenados de qualquer modo em eventual julgamento integral, ou seja, o problema dos inocentes não é excepcional, mas perene nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal (itens 3.1.3 e 3.1.6).

3.6. Todo esse cenário que demonstra as violações acarretadas pela expansão dos espaços de consenso no processo penal resta agravado diante das circunstâncias características do campo jurídico-penal brasileiro, fundamentalmente pautado por seletividades e desigualdades na concretização do poder punitivo estatal. Assim, as críticas descritas assumem contornos alarmantes em caso de uma eventual ampliação das hipóteses de cabimento da imposição de sanções penais desde o início desincumbidas da obrigação de respeito às regras do devido processo penal. Nesse sentido, as pesquisas empíricas realizadas nos Juizados Especiais Criminais brasileiros descritas expõem que a concretização prática dos institutos negociais no Brasil potencializa profundamente as violações de direitos fundamentais (item 3.2). Ou seja, desmistificadora é a conclusão de **Anabela Rodrigues**: "é o paradigma da justiça proclamada por um terceiro imparcial e garante dos direitos dos mais fracos que está posto em causa, mas à custa exatamente dos mais fracos".[986]

4. Diante do exposto, conclui-se que os acordos entre acusação e defesa para imposição de sanção penal a partir do reconhecimento de culpabilidade em troca de benefícios não são opções adequadas e legítimas à justiça penal de um Estado Democrático de Direito,

986 Rodrigues, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 241.

por acarretarem inevitáveis violações a premissas fundamentais do processo penal democrático – necessariamente concebido como instrumento de limitação do poder punitivo estatal – ao inviabilizar o exercício da defesa, distorcer os papéis dos atores do campo jurídico-penal, aumentar exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, ocasionar punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuar a presunção de inocência e o contraditório, entre outras críticas patentes.

4.1. A introdução e a expansão de mecanismos negociais no processo penal representam falaciosa crença de que a aceleração simplificada dos procedimentos resolveria fundamentais aporias da justiça criminal contemporânea.[987] Como demonstrado, a expansão do Direito Penal, vivificada por concepções eficientistas e mercantilistas do processo, está em compasso com a utilização da barganha e com a imposição de sanções penais céleres a partir da flexibilização de direitos fundamentais, subvertendo-se a função processual limitadora: tudo isso caracteriza um círculo vicioso de dependência simbiótica e de alimentação recíproca, em que o argumento que legitima a introdução de mecanismos negociais mostra-se falacioso ao apontar a redução da carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade na sociedade como seu pretenso objetivo, ao passo que sua real finalidade é a contínua legitimação da ampliação do controle social por meio do poder punitivo (item 3.1.1). Portanto, as tendências de generalização dos acordos entre acusação e defesa representam ingênua (ou mal-intencionada) crença que percebe a complexidade da resposta estatal ao fenômeno delitivo de modo reducionista, ou seja, acarreta uma fuga ao enfretamento real da problemática, que é evidentemente distinta e mais abrangente do que a necessidade ou não de aceleração do processo penal.[988]

987 "Com efeito, o procedimento sumário proposto no PLS 156/2009, como toda forma de procedimentalismo que tem a pretensão de solucionar problemas substanciais, é contrafático; ignora a faticidade, a complexidade de ser-no-mundo, substituindo-a por um discurso de validade/justificação prévio" (CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 150).

988 "Assim, sucede que, como tantas vezes, se procura uma ilusória saída conjuntural para problemas de fundo que não se enfrentam, dá-se um tratamento simplificador a questões de alta complexidade, apresenta-se, redutoramente, como questão (apenas) processual o que é, sobretudo, consequência de uma determinada política legislativa penal e, mais ainda, expressão de um problema político geral enfrentado num terreno impróprio"

4.2. Logo, rebate-se a justiça negocial, pois o processo penal necessariamente deve se consolidar como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, percebido como um caminho necessário para se legitimar (na medida em que isso for possível) a imposição de uma sanção penal, ainda que o réu tenha sido preso em flagrante ou confessado integralmente o cometimento dos fatos delituosos; ou seja, um "defraudador de expectativas".[989] O direito ao processo e ao julgamento são opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento, com o respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório. Desse modo, a punição estatal depende inevitavelmente da comprovação da culpabilidade por meio de provas produzidas pelo acusador suficientes ao rompimento da presunção de inocência,[990] em atenção aos princípios da necessidade[991] e da jurisdicionalidade; ou seja, a imposição de uma sanção penal pelo Estado depende indissociavelmente do processo (*nulla poena sine iudicio*).[992] Consolida-se, assim, a instrumentalidade

(Andrés Ibañez, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 10). Também nesse sentido: Armenta Deu, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*, cit., p. 234.

989 "O processo, o devido processo, é um grande defraudador de expectativas. É uma funcionalidade inestimável. Será também a sua maior qualidade. Num mundo em que as expectativas se soltaram (em boa hora) das amarras a que as prendiam quer a esperança, quer a promessa, mas em que a recuperação dessa possibilidade de preencher as expectativas logo foi tomada por assalto por um capitalismo que fez desse preenchimento questão de consumo e por uma comunicação social comprovadamente especializada no ramo e que de pronto fez desse preenchimento questão de excitação, sangue e verdade, a percepção de um mecanismo precisamente vocacionado para se posicionar num local tão fora quanto possível daquela acoplagem capitalo-comunicacional e do populismo adveniente só pode ser motivo de estima" (Martins, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*, cit., p. 104-105).

990 "[...] a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo" (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, cit., p. 37) (tradução livre).

991 Giacomolli, Nereu José. *O devido processo penal*, cit., p. 401-406; Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 85-88.

992 "Com efeito, a definição do *nulla poena sine iudicio* requisita que se compreenda a função (re)cognitiva do processo, assumido como condição para fundamentar a

> do processo como limitação/legitimação do poder punitivo estatal, configurando-se ferramenta de proteção aos direitos fundamentais do imputado.[993]

Por todo o exposto, espera-se que, diferentemente do cenário estadunidense descrito por **George Fisher**[994] ou internacionalmente observado por **Bernd Schünemann**,[995] a barganha não triunfe no processo penal brasileiro.

obrigatoriedade da decisão que seja adotada, de modo a cobrar que esteja estruturado e seja capaz de se constituir em terreno jurídico de verificação e refutação das teses antagônicas deduzidas pela acusação e defesa" (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit., p. 19).

993 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*, cit., p. 23-49.

994 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 13-39.

995 SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal?, cit., p. 288-302.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining.* Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia.* Uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALKON, Cynthia. Plea bargaining as a legal transplant: a good idea for troubled criminal justice systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr. 2010.

ALMEIDA, Débora de Souza de. *Three strikes and you're out*: a vitimização da democracia substancial na cruzada contra a reincidência criminal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 72, p. 196-198, 2012.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. *Transação penal e penas alternativas.* Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the plea bargaining system. *University of Chicago Law Review*, v. 50, n. 3, p. 931-1.050, 1983.

_____. Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment. *New York University Review of Law and Social Change*, v. XIV, p. 149-156, 1986.

_____. Plea bargaining and its history. *Law and Society Review*, v. 13, p. 211-245, 1979.

_____. Plea bargaining and the death penalty. *DePaul Law Review*, v. 58, p. 671-680, 2009.

_____. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, p. 652-730, 1981.

_____. The defense attorney's role in plea bargaining. *Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 1.179-1.314, maio 1975.

_____. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, p. 50-112, 1968.

_____. The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea. *University of Colorado Law Review*, v. 47, p. 1-71, 1975.

_____. The trial judge's role in plea bargaining, part I. *Columbia Law Review*, v. 76, n. 7, p. 1.059-1.154, nov. 1976.

ALTENHAIN, Karsten. *Absprachen* in german criminal trials. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining*. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CEJ (org.). *O novo Código de Processo Penal*. Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1977.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um ministério público dentro da legalidade. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 18, n. 70, p. 9-41, Lisboa, abr.-jun. 1997.

_____. Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 22, n. 85, p. 25-36, Lisboa, jan.-mar. 2001.

ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. El principio de legalidad y el principio de oportunidad: interrogantes y aporías en los sistemas anglosajones y continentales. In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

_____. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido". In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

_____. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 6, p. 1-23, mar. 2005.

_____; BORINSKY, Mariano. Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos. In: HENDLER, Edmundo (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

ANZILIERO, Dineia Largo. *Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais*. 2008.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidade*: Alemania y España. Barcelona: PPU, 1991.

_____. Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____ (coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal.* ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Lecciones de derecho procesal penal.* 6. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. *Sistemas procesales penales.* La justicia penal en Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social.* São Paulo: IBCCrim, 2000.

_____. *Sociologia e justiça penal.* Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: Ed. RT, 2003.

_____. *Processo penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito: uma crítica ao conceito de justiça consensual. *Revista de Informação Legislativa*, n. 168, ano 42, p. 147-153, Brasília, out.-dez. 2005.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo.* Hacia una nouva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BERGALLI, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. *Jueces para la democracia*, n. 32, p. 58-63, jul. 1998.

BERTOLINO, Pedro. *El debido proceso penal.* 2. ed. La Plata: Platense, 2011.

BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: the case of alford and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1-74, jul. 2003.

_____. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 8, p. 2.463-2.547, jun. 2004.

BIGLIANI, Paola. El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BINDER, Alberto M. Legalidad y oportunidad. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre justicia penal*: homenaje al profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. Lei n. 9.099, de 26.9.95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. Breve análise do direito estrangeiro. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOHM, Robert M. "McJustice": on the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013.

BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus* nos tribunais superiores: pontos para reflexão e debate. *Boletim IBCCrim*, n. 262, ano 22, p. 2-4, São Paulo, set. 2014.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BOWERS, Josh. Punishing the innocent. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, p. 1-55, 2008.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, ano 22, n. 257, p. 12-13, São Paulo, abr. 2014.

BURNS, Robert P. *The death of the american trial*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 21, n. 84, p. 31-47, Lisboa, out.-dez. 2000.

CAFFERATA NORES, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, v. 4, p. 1-26, 2012.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCrim, 2010.

_____; NUNES JÚNIOR, Flávio M. A. A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, p. 71-85, 2005.

CARVALHO, Luis G. G. Castanho de; NUNES JÚNIOR, Flávio M. A. A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, p. 71-85, 2005.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana C. Bastos de; GOMES, Marcus A. de Melo (coord.). *Ciências criminais*: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena: novas

considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *O novo processo penal à luz da Constituição.* Análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 2.

_____; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro.* Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHURCH JR., Thomas W. In defense of "bargain justice". *Law and Society Review*, v. 13, n. 2, p. 509-525, 1979.

CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira. *Revista Ajuris*, v. 37, n. 117, p. 274-296, mar. 2010.

CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade: muitos vícios, poucas virtudes. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 22, n. 85, p. 37-49, Lisboa, jan.-mar. 2001.

COSTA, Paula Bajer F. M. *Igualdade no direito processual penal brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2001.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, p. 687-697, 2002.

_____. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCrim*, n. 159, p. 7-9, São Paulo, fev. 2006.

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

_____. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Revista de Estudos Criminais*, n. 33, p. 7-9, São Paulo, abr.-jun. 2009.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, n. 22, ano VI, p. 75-84, São Paulo, abr.-jun. 2006.

CRUZ, Rogério Schietti M. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça criminal e democracia.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal.* Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

DELGADO BARRIO, Javier. El principio de oportunidad en el proceso penal: aplicación de la doctrina de lós conceptos jurídicos indeterminados. *Actualidad Penal*, v. 1, 1/26, p. 147-153, Madrid, semanal 1990.

DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 7, n. 4, p. 645-655, 2011.

_____. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*, v. 27, n. 2, p. 239-298, fev. 2011.

_____; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 1-48, maio 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal.* O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

_____. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I.

_____. *Direito processual penal.* 1. ed. reimp. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada.* Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial.* A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.* 2014. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. *PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD*, n. 4, p. 65-74, jan.-dez. 2008.

EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies*, v. 12, p. 289-332, 1983.

_____. Plea bargaining as compromise. *Yale Law Journal*, v. 101, p. 1.969-1.978, 1992.

_____. The inevitability of law and economics. *Legal Education Review*, n. 1, p. 3-28, 1989.

EDKINS, Vanessa A. Defense attorney plea recommendations and client race: does zealous representation apply equally to all? *Law and Human Behavior*, v. 35, n. 5, p. 413-425, out. 2011.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores.* Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defense en el sistema procesal acusatorio espanol (La conformidad del acusado). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan.-jun. 1970.

FEELEY, Malcolm M. Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, v. 31, p. 183-222, 1997.

_____. *The process is the punishment.* Handling cases in a lower criminal court. New York: Russell Sage, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. Reflexões sobre a justiça consensual no Brasil. *Boletim IBCCrim*, n. 166, p. 2-3, São Paulo, set. 2006.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio S.; ALMEIDA, José R. G. de; MORAES, Maurício Z. (coord.). *Sigilo no processo penal.* Eficiência e garantismo. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____; PENTEADO, Jaques de C.; BARROS, Marco A. Reflexos da Lei dos Juizados Especiais na justiça criminal paulista. *Revista Forense*, ano 95, v. 347, p. 11-28, Rio de Janeiro, jul.-set. 1999.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política* criminal. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão.* Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção da inocência e a construção da verdade.* Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *O devido processo legal*: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FINE, Ralph Adam. Plea bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*, v. 70, n. 4, p. 615-632, 1987.

FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 2, p. 293-315, dez. 1975.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph.* A history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FORMMANN, Maike. Regulating plea-bargaining in Germany: can the italian. Approach serve as a model to guarantee the impartiality of. German Judges? *Hanse Law Review*, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009.

FREITAS, Jéssica O. F. de. PLS 156/09 e o acordo para aplicação da pena. Avanço ou retrocesso? In: PINTO, Felipe M.; GONÇALVES, Gláucio F. M. (coord.). *Processo & efetividade.* Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

FRIEDMAN, Lawrence M. Plea bargaining in historical perspective. *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, p. 247-259, 1979.

FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções.* 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GALANTER, Marc. A world without trials? *Journal of Dispute Resolution*, v. 2.006, n. 1, p. 7-33, 2006.

_____. The vanishing trial: an examination of trial and related matters in federal and states courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 459-570, nov. 2004.

GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Direitos Processuais Penais Fundamentais: um jogo de conveniência? *Boletim IBRASPP*, ano 03, n. 05, p. 16-18, 2013/02.

GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França:* cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. *Culture of control.* Crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública.* Uma crítica ao formalismo no Ministério Público. Barueri: Manole, 2003.

GERBER, Daniel; DORNELLES, Marcelo Lemos. *Juizados Especiais Criminais.* Lei n. 9.099/95. Comentários e críticas ao modelo consensual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais.* Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O devido processo penal.* Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIFFORD, Donald G. Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, v. 1.983, n. 1, p. 37-98, 1983.

GIMENO SENDRA, Vicente. Los procedimentos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio). *Boletín de Informaciones Ministerio de Justicia*, n. 1.457, p. 3-22, Madrid, 1987.

GLASSNER, Barry. *The culture of fear.* Nova Iorque: Basic Books, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal.* Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Risco e processo penal.* Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica.* Curitiba: Champagnat, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James; QUIROGA, Jacobo (ed.). *Derecho, derecho penal y proceso.* Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Criminologia.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades*, Edição Especial – Reformas no Código Penal, p. 35-58, São Paulo, set. 2012.

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

_____; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____; _____; _____; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais.* Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación penal preparatoria: el principio de oportunidad. In: ROXIN, Claus et al. *El Ministerio Público en el proceso penal.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

GUEDES, Gabriel P. *O direito a não produzir prova contra si mesmo:* aproximações entre os cases da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Manuel procédure pénale.* 9. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidade y oportunidad. *Jueces para la Democracia*, n. 4, p. 8-11, set. 1988.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos.* Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

HERINGER JR., Bruno. *O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos:* um modelo em crise? Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 16, p. 189-242, 2002.

HEUMANN, Milton. *Plea bargaining.* The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization.* The limites of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. *A suspensão condicional do processo.* São Paulo: Saraiva, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (org.). *Direito penal do inimigo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública:* princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____; AMORIM, Pierre Souto. *Direito processual penal.* Estudos e pareceres. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13, p. 23-38, Curitiba, nov. 1999.

_____; AMORIM, Maria S.; BURGOS, Marcelo B. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: AMORIM, Maria S.; LIMA, Roberto Kant de; BURGOS, Marcelo B. (org.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil.* Ensaios interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais.* A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Ed. RT, 2004.

_____. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. *Reflexos do acordo de leniência no processo penal.* A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LANGBEIN, John H. Controlling prosecutorial discretion in Germany. *The University of Chicago Law Review*, v. 41, n. 3, p. 439-467, 1974.

_____. On the myth of written Constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 15, n. 1, p. 119-127, 1992.

_____. *The origins of adversary criminal law.* Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

_____. Understanding the short history of plea bargaining. *Law and Society Review*, v. 13, p. 261-272, 1979.

LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal.* Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório *x* acusatório. *Boletim Informativo IBRASPP*, n. 5, ano 3, p. 34-36, São Paulo, 2013/02.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. *O direito ao processo penal no prazo razoável.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYNCH, Gerard. Frye and lafler: no big deal. *Yale Law Journal Online*, v. 122, p. 39-43, 2012.

_____. Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. *Nueva Doctrina Penal*, A, p. 293-330, Buenos Aires, 1998.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal.* Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MAIER, Julio B. J. Mecanismos de simplificación del procedimiento penal. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 8A, v. 4, p. 433-455, 1998.

MAIEROVITCH, Wálter F. Apontamentos sobre política criminal e o *plea bargaining*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 112, ano 28, p. 203-210, Brasília, out.-dez. 1991.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 223-259, São Paulo, mar.-abr. 2006.

_____. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09). *Boletim IBCCrim*, v. 17, n. 207, p. 2-3, São Paulo, fev. 2010.

MARTÍNEZ, Santiago. Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 8, n. 14, p. 513-533, Buenos Aires, dez. 2002.

_____. Confesión en el juicio abreviado. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 5, 9B, p. 373-398, Buenos Aires, out. 1999.

MARTINS PINTO, Felipe. *Introdução crítica ao processo penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados.* Corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *O ponto cego do direito.* The brazilian lessons. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MCCOY, Candace. Plea bargaining as coercion: the trial penalty and plea bargaining reform. *Criminal Law Quartely*, v. 50, p. 1-41, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova*: o sinthoma político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado.* Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Alessandra de La Vega. *Transação penal, controle social e globalização.* Porto Alegre: SAGE, 2004.

MONTE, Mário Ferreira. Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 26, n. 101, p. 67-78, Lisboa, jan.-mar. 2005.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad.* Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civitas, 2008.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro.* São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo.* Porto Alegre: Magister, 2013.

MOURA, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Ed. RT, 2001.

NAVES, Luciana Freire. *Plea bargaining*: a transação penal nos Estados Unidos da América. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 5, ano 3, p. 219-260, Brasília, jan.-jun. 1995.

Official inducements to plead guilty: suggested morals for a marketplace. *The University of Chicago Law Review*, v. 32, n. 1, p. 167-187, 1964.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. El principio de oportunidad procesal y la igualdad en la aplicación judicial de la Ley. In: MARTÍN LÓPEZ, Teresa; VELASCO RETAMOSA, José Manuel (coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica.* Madrid: Civitas, 2014.

PALADINES, Jorge Vicente. Fábrica flagrancia: la gestión procesal de la detención en Ecuador. In: MACHADO, Bruno Amaral (coord.). *Justiça criminal e democracia.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do *plea bargaining* no direito norte-americano. *FMU Direito*, v. 15, n. 23, p. 115-126, São Paulo, 2001.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo.* São Paulo: IBCCrim, 2003.

PAULO, Alexandre Ribas de. Justiça restaurativa e transação penal. *Boletim IBCCrim*, n. 252, ano 21, p. 15-16, São Paulo, nov. 2013.

PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada.* Legitimidade e procedimento. Curitiba: Juruá, 2013.

PINHEIRO, Fabiana de Assis. Juizado Especial Criminal: do discurso jurídico penal à operacionalidade do sistema penal. *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 2, p. 90-103, Porto Alegre, jul.-dez. 2010.

_____. *Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à*

radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 429-466, 2004.

PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Decisão judicial*. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*, n. 159, p. 10-12, São Paulo, fev. 2006.

_____. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

_____. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*, v. 34, n. 2, p. 296-331, 2011.

REDLICH, Allison; SUMMERS, Alicia; HOOVER, Steven. Self-reported false confessions and false guilty pleas among offenders with mental illness. *Law and Human Behavior*, v. 34, p. 79-90, 2010.

RIVERA, Juan Carlos; ARAQUE, Carlos Alberto. *Principio de oportunidad:* reflexiones jurídico políticas. Medellin: Universidad de Medellin, 2010.

RODRIGUES, Alexandre Brandão; COSTA, Domingos Barroso da. A

barganha e o art. 105 do PLS 236/2012: dos perigos e retrocesso de uma disponibilização da liberdade mediante confissão. *Revista Bonijuris*, n. 600, p. 23-29, Curitiba, nov. 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 8, n. 2, p. 233-250, Coimbra, abr.-jun. 1998.

_____. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 6, n. 4, p. 525-544, Coimbra, out.-dez. 1996.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano: repercussões. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, ano 4, p. 79-92, São Paulo, jan.-mar. 1996.

_____. *La justicia penal negociada.* Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado.* Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Delação premiada: terror e surpresa. *Boletim IBRASPP*, n. 1, ano 1, p. 10-11, 2011/02.

_____. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Processo penal eficiente? Não, obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente & ética da vingança.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição.* A ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *O processo eficiente na lógica econômica.* Desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Itajaí: Univali, 2012.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Para um processo penal democrático.* Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Ross, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining.* Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I.

SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial.* São Paulo: RT, 2004.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação vs. dignidade. In: TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.* Barueri: Manole, 2010.

_____; VASCONCELLOS, Vinicius G. Expansão do Direito Penal e Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais,* São Paulo, nº. 42, p. 123-142, jul./set. 2011.

SALOMI, Maíra Beuchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais.* 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia.* Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANTOS, Bartira M. de Miranda. *Defesa Social* – uma visão crítica. São Paulo: Estúdio, 2015.

SANTOS, Daniel Leonhardt. *Crimes de Informática e Bem Jurídico-Penal:* contributo à compreensão da ofensividade em Direito Penal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SANTOS, Salim Schead dos. *Juizados Especiais Criminais: funções instrumentais e simbólicas.* 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena.* Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable? *Harvard Law Review*, v. 97, n. 5, p. 1.037-1.107, mar. 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.° milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? In: SCHÜNEMANN,

Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004.

_____. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O juiz como um terceiro imparcial manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea bargaining as contract. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 8, p. 1.909-1.968, jun. 1992.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira: uma visão crítica da Lei n. 9.099/95. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública:* princípio da oportunidade regrada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *El debido proceso penal*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. El modelo del proceso de conotación dispositiva. Bogotá: Temis, 2008.

TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos

Aires: Del Puerto, 2005.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista M. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TURNER, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 501-569, 2006.

_____. *Plea barganing across borders*. New York: Aspen, 2009.

VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada:* uma análise através da teoria do garantismo penal. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

VASCONCELLOS, Vinicius G. A Inserção de Medidas Cautelares Diversas no Sistema Processual Penal Brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. *Revista de Estudos Criminais*, n. 51, p. 125-142, 2013.

_____. Ainda considerações acerca da Lei 12.403/11 e das medidas cautelares no processo penal: em busca de critérios para concretizar as limitações implementadas. *Revista da Ajuris*, v. 40, p. 351-382, dez./2013.

_____. Novas Tecnologias e Antigos Clamores Punitivos na Justiça Criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, p. 329-366, 2014.

_____. Colaboração premiada e não oferecimento da denúncia: o espaço de oportunidade do art. 4.°, 4.°, da Lei 12.850/2013. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 268, p. 13-14, 2015.

_____. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São

Paulo, v. 953, p. 261-279, 2015.

_____; CAPPARELLI, B. Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 435-453, 2015.

VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VOGEL, Mary E. *Coercion to compromise*. Plea bargaining, the courts, and the making of political authority. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. The social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. *Law & Society Review*, v. 33, n. 1, p. 161-246, 1999.

VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (coord.). *Processo penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. Pierre Bourdieu. In: STONES, Rob (ed.). *Key sociological thinkers*. 2. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

_____. *Punir os pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia I. The constitutionality of negotiated criminal judgments in Germany. *German Law Journal*, v. 15, n. 1, p. 81-105, 2014.

WERMUTH, Maiquel A. D. *Medo e direito penal*. Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WUNDERLICH, Alexandre; GARCIA, Rogério M.; D'AVILA, Fabio R.; OLIVEIRA, Rodrigo M. A ideologia do projeto de reforma do Código Penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 50, p. 169-171, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. v. 1.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. Porto Alegre: SAGE, 2001.

Relação das Monografias Publicadas

1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
▮ Rui Carlos Machado Alvim

2 - *A Condição Estratégica das Normas*
▮ Juan Félix Marteau

3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
▮ Maurício Antonio Ribeiro Lopes

4 - *Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
▮ Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva

5 - *O Estado e o Crime Organizado*
▮ Guaracy Mingardi

6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
▮ Stella Maris Martinez

7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
▮ Joe Tennyson Velo

8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
▮ Flávia Schilling

9 - *Do Gene ao Direito*
▮ Carlos Maria Romeo Casabona

10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
▮ Andrei Koerner

11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
▮ Anabela Miranda Rodrigues

12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
▮ Joana Domingues Vargas

13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
▮ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

14 - *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
▮ Theodomiro Dias Neto

15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
▮ Tadeu Antonio Dix Silva

16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
▮ Benedito Roberto Garcia Pozzer

17 - Os Filhos do Mundo - A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)
▮ Gutemberg Alexandrino Rodrigues

18 - Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia
▮ Gisele Mendes de Carvalho

19 - O Mundo do Crime - A Ordem pelo Avesso
▮ José Ricardo Ramalho

20 - Os Justiçadores e sua Justiça - Linchamentos, Costume e Conflito
▮ Jacqueline Sinhoretto

21 - Bem Jurídico-Penal - Um Debate sobre a Descriminalização
▮ Evandro Pelarin

22 - Espaço Urbano e Criminalidade - Lições de Escola de Chicago
▮ Wagner Cinelli de Paula Freitas

23 - Ensaios Criminológicos
▮ Adolfo Ceretti, Alfredo Verde,
▮ Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti,
▮ Grazia Arena, Massimo Pavanini,
▮ Silvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero

24 - Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade
▮ Cláudio do Prado Amaral

25 - Bacharéis, Criminologistas e Juristas
- Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil
▮ Marcos César Alvarez

26 - Iniciativa Popular
▮ Leonardo Barros Souza

27 - Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal,
Controle Social e Cidadania no Brasil
▮ Débora Regina Pastana

28 - (Des)continuidade no Envolvimento com o Crime
- Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores
▮ Ana Paula Soares da Silva

29 - Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes
nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)
▮ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

30 - Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas
entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil
▮ Luciano Bueno

31 - A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo
▮ Olga Espinoza

32 - Perspectivas de Controle ao Crime Organizado
e Crítica à Flexibilização dos Garantias
▮ Francis Rafael Beck

33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
▮ Pedro Rodolfo Bodê de Moraes

34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal - Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
▮ Marta Rodriguez de Assis Machado

35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
▮ Christiane Russomano Freire

36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
▮ Sirlei Fátima Tavares Alves

37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
▮ Alceu Corrêa Junior

38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
▮ Fabiana Lemes Zamalloa do Prado

39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
▮ Acácia Maria Maduro Hagen

40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
▮ Organizador: Andrei Koerner

41 - *Formação da Prova no Jogo Processo Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
▮ Natalie Ribeiro Pletsch

42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
▮ Fabiana Costa Oliveira Barreto

43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*
▮ Marco Antonio Carvalho Natalino

44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea - Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*
▮ Cláudio do Prado Amaral

45 - *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*
▮ Marina Quezado Grosner

46 - *A Capitalização do Tempo Social na Prisão: A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização na Pena Privativa de Liberdade*
▮ Luiz Antônio Bogo Chies

47 - *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*
▮ Guilherme Gouvêa de Figueiredo

48 - *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*
▮ Tatiana Yokoy de Souza

49 - *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*
▮ Saulo Bueno Marimon

50 - *Repressão Penal da Greve - Uma experiência antidemocrática*
▮ Christiano Fragoso

51 - *O Caos Ressurgirá da Ordem*
▮ Marcos Paulo Pedrosa Costa

52 - *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*
▮ Raffaella da Porciuncula Pallamolla

53 - *Lei, Cotidiano e Cidade*
▮ Luis Antônio Francisco de Souza

54 - *A Recusa das grades*
▮ Eda Maria Góes

55 - *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal*
▮ Maria Gorete Marques de Jesus

56 - *Súmula Vinculante em Matéria Criminal*
▮ Diogo Tebet

57 - *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*
▮ Marcelo da Silveira Campos

58 - *DELITO Y POBREZA: espacios de intersección entre la política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo*
▮ Emilio Jorge Ayos

59 - *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal*
▮ Oscar Mellim Filho

60 - *Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas*
▮ Bruno Shimizu

61 - *Concurso de agentes nos delitos especiais*
▮ Mariana Tranchesi Ortiz

62 - *Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus*
▮ Bruna Angotti

63 - *A LUTA E A LIDA: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária*
▮ Franciele Silva Cardoso

64 - *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do Direito Penal contemporâneo*
▮ Yuri Corrêa da Luz

65 - *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, Sanção Penal e Administrativa*
▮ Ana Carolina Carlos de Oliveira

66 - *Drogas: uma nova perspectiva*
▮ Organizador: Sérgio Salomão Shecaira

67 - *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*
▮ Sintia Soares Helpes

PARA APRESENTAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TEXTOS DE MONOGRAFIAS - IBCCRIM

Com o objetivo de difundir amplamente o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, produzidas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras.

Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não proporcionado pelo mercado editorial. Os trabalhos recebidos pela Comissão Julgadora serão, preferencialmente, aqueles resultantes de dissertações de mestrado e teses de doutorado, cuja temática se inscreva nas áreas relacionadas às ciências criminais (direito, criminologia, sociologia, antropologia, ciência política, psicologia, história, serviço social, entre outras). Os trabalhos resultantes de monografias de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.

Os autores que desejarem submeter seus trabalhos à avaliação deverão fazê-lo no período regular de inscrições do Concurso anual, a ser divulgado em momento oportuno, não olvidando a rigorosa observância das normas do edital do certame.

Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio do endereço eletrônico: concursodemonografia@ibccrim.org.br.