

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA

O CONSENSO DEMOCRÁTICO NO PROCESSO PENAL

Belo Horizonte

2024

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA

O CONSENSO DEMOCRÁTICO NO PROCESSO PENAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Felipe Martins Pinto.

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

L384c

Lauria, Thiago Augusto Vale
O consenso democrático no processo penal [manuscrito] / Thiago
Augusto Vale Lauria. - 2024.
239 f.

Orientador: Felipe Martins Pinto.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 218-239.

1. Direito – Teses. 2. Processo penal – Teses. 3 Devido processo
legal - Teses. 4. Pena (Direito) – Teses. I. Pinto, Felipe Martins II.
Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito III.
Título.

CDU: 343.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO

THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA

Realizou-se, no dia 05 de dezembro de 2024, às 08:30 horas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *O Consenso Democrático no Processo Penal*, apresentada por THIAGO AUGUSTO VALE LAURIA, número de registro 2022651310, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Felipe Martins Pinto - Orientador (UFMG), Prof(a). Gregore Moreira de Moura (Escola judicial do TRF 6), Prof(a). Rafael Santos Soares (PUCMG), Prof(a). Fernando Antonio Nogueira Galvao da Rocha (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Daniela de Freitas Marques (UFMG).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 100 (com com louvor)

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 05 de dezembro de 2024.

Prof(a). Felipe Martins Pinto (Doutor) Nota: 100 (com com louvor)

Prof(a). Gregore Moreira de Moura (Doutor) Nota: 100,00

Prof(a). Rafael Santos Soares (Doutor) Nota: 100 (com com louvor)

Prof(a). Fernando Antonio Nogueira Galvao da Rocha (Doutor) Nota: 100 (com Louvor)

Prof(a). Daniela de Freitas Marques (Doutora) Nota: 100,0 (com) (com Louvor)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida, força e luz.

À minha esposa Gabriela, o grande amor da minha vida.

À Sarah, milagre de Deus.

A meus pais pelo amor, carinho e, sobretudo, pelo exemplo.

Ao Tio William, incentivador primeiro da minha vida acadêmica.

À minha saudosa avó Filhinha, pelo afeto incondicional que a memória não
apaga.

Ao Dr. Matheus Roque, médico vocacionado, ser humano iluminado, por ter
tornado meu sonho de ser pai uma realidade.

Aos meus diletos colegas do CAOPP e GEPP, modelos de dedicação e
competência.

A todos os amigos e familiares que me ajudaram nesta caminhada.

Por fim, e em especial, ao Professor Doutor Felipe Martins Pinto, em razão dos
quase quatro anos de disponibilidade, orientação, apoio e amizade.

RESUMO

A argumentação desta tese diz respeito a um grave problema que inquieta os processualistas modernos: a compatibilização das garantias processuais individuais oriundas do devido processo legal com a ânsia da sociedade por um processo célere e efetivo. Mais especificamente, buscou-se abordar essa tensão no âmbito da criação dos chamados espaços de consenso, instituto por meio dos quais os mais diversos Estados nacionais vêm autorizando a realização de negociações diretas entre o titular da ação penal e o cidadão submetido à persecução. O tema foi explorado precipuamente pela via da dogmática jurídica, tendo em vista que a constitucionalidade da aplicação de penas, inclusive privativas de liberdade, no âmbito de tão difundido instituto, constitui a questão nevrálgica que se buscou solucionar por meio deste trabalho. Os principais argumentos (favoráveis e contrários) à constitucionalidade do espaço de consenso, tanto no Brasil como nos Estados Unidos – país no qual a consensualidade em matéria penal encontra maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial – foram trazidos à baila e enfrentados, com o fim de favorecer o diálogo e a dialética, típicos da ciência no pós-positivismo. Nesse contexto, mostrou-se extremamente proveitoso o exame das decisões exarada pela Suprema Corte Norte-Americana acerca da constitucionalidade da negociação em matéria criminal naquele país. Deste estudo comparado conseguiu-se extrair que a maior parte das críticas opostas por autores brasileiros a um potencial – e quiçá inevitável – alargamento do espaço de consenso pátrio constitui uma mera repetição descontextualizada de argumentos aplicáveis à realidade estadunidense, não à brasileira. A constatação acima descrita, em conjunto com o enfrentamento das críticas formuladas por setores da doutrina norte-americana à barganha, foi de relevância ímpar para a pesquisa desenvolvida, pois possibilitou a confirmação da hipótese inicialmente formulada, que sustentava a constitucionalidade em tese de um espaço de consenso processual penal, inclusive para fins de aplicação de penas privativas de liberdade. A confirmação da hipótese pressupôs a quebra com a tradicional tensão havida entre “autonomia da vontade” e “irrenunciabilidade ao devido processo ou à liberdade”, para se concluir que a criação de um modelo constitucionalmente adequado de espaço de consenso depende, necessariamente, de sua estruturação na forma de processo (pautado por um regime de regras próprio), elemento que legitima a aplicação da pena pelo Estado-juiz, independentemente de sua natureza.

Palavras-chave: Espaço de consenso; devido processo legal; constitucionalidade; penas privativas de liberdade.

ABSTRACT

The argument of this thesis concerns a serious problem that worries modern proceduralists: the compatibility of individual procedural guarantees arising from due legal process with society's desire for a speedy and effective process. More specifically, we sought to address this tension within the scope of the creation of so-called consensus spaces, an institute through which the most diverse national States have authorized direct negotiations between the holder of the criminal initiative and the citizen subjected to persecution. The theme was explored primarily through legal dogmatics, considering that the constitutionality of the application of penalties, including those involving deprivation of liberty, within the scope of such a widespread institute, constitutes the crucial issue that was sought to be resolved through this work. The main arguments (favorable and contrary) to the constitutionality of the consensus spaces, both in Brazil and in the United States – a country in which consensuality in criminal matters finds greater doctrinal and jurisprudential development – were brought up and addressed, with the aim of favoring dialogue and dialectics, typical of science in post-positivism. In this context, examining the decisions reached by the Supreme Court of The United States of America regarding the constitutionality of negotiations in criminal matters in that country proved to be extremely useful. From this comparative study it was possible to extract that most of the criticisms made by Brazilian authors regarding a potential – and perhaps inevitable – expansion of the spaces of national consensus constitutes a mere decontextualized repetition of arguments applicable to the American reality, not the Brazilian one. The observation described above, together with the confrontation of criticisms formulated by sectors of the North American doctrine regarding bargaining, was of unique relevance to the research carried out, as it made it possible to confirm the hypothesis initially formulated, which supported the constitutionality in theory of criminal procedural consensus spaces, including for the purposes of applying custodial sentences. Confirmation of the hypothesis presupposed a break with the traditional tension between “autonomy of the will” and “non-renounceability of due process or freedom”, to conclude that the creation of a constitutionally adequate model of consensus spaces necessarily depends on its structuring in the form of a process (guided by its own rules regime), the element that legitimizes the application of sentences by the Judiciary, regardless of its nature.

Keywords: Plea bargaining; Due process of law; constitutionality; deprivation of liberty sentences.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A AMPLIAÇÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL.....	16
2.1	A essência do processo penal contemporâneo e democrático.....	16
2.2	Técnicas ordinárias de sumarização de procedimentos: a associação que infama o instituto.	26
2.3	O crescimento do espaço de consenso processual penal no mundo	30
3	O ESPAÇO DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	39
3.1	Dos instrumentos negociais previstos na Lei n. 9.099/95	39
3.2	Do acordo de não persecução penal	44
3.3	Da colaboração premiada	48
3.4	Do procedimento sumário previsto no Anteprojeto de Código de Processo Penal	52
3.5	Crítica ao espaço de consenso do processo penal brasileiro	55
4	EM BUSCA DE PARÂMETROS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO MAIS ADEQUADO: O CONSENSO NO PROCESSO PENAL ESTADUNIDENSE	63
4.1	Fundamentos que justificam a escolha do ordenamento jurídico norte-americano como parâmetro de comparação	63
4.2	Da compatibilidade entre o <i>plea bargaining</i> e a <i>civil law</i>	70
4.3	Considerações gerais acerca do <i>plea bargaining</i> : conceito, características e aplicação.	77
4.4	O <i>plea bargaining</i> na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana	88
4.5	Lições extraídas da experiência norte-americana	106
5	DA PRINCIPIOLOGIA DO ESPAÇO DE CONSENSO DEMOCRÁTICO.....	130
5.1	Considerações iniciais.....	130
5.2	Do consenso como garantia de proteção à liberdade e do processo enquanto fator de legitimação da pena.....	134
5.3	Da ampla defesa como alicerce do consenso no processo penal	139
5.4	Do processo enquanto procedimento desenvolvido em contraditório	142
5.5	Legalidade e igualdade: o Ministério Público no espaço de consenso	152
5.6	Da duração razoável do processo enquanto garantia individual	162

6	CONCLUSÃO: REGRAMENTO DO ESPAÇO DE CONSENSO DEMOCRÁTICO	168
6.1	Recapitulação dos principais pontos	168
6.2	Dos elementos a serem observados na criação de um espaço de consenso democrático	170
6.2.1	Da obrigatoriedade da defesa técnica	171
6.2.2	Do acesso integral aos elementos de prova	172
6.2.3	Da formalização da acusação	174
6.2.4	Do controle jurisdicional prévio da justa causa	176
6.2.5	Da iniciativa defensiva	180
6.2.6	Da audiência preliminar	184
6.2.7	Da necessidade de formalização da proposta de acordo	187
6.2.8	Da publicidade (<i>a priori</i>) das negociações	189
6.2.9	Da declaração formal de conhecimento das provas como alternativa à confissão	192
6.2.10	Do prazo mínimo para confirmação da aquiescência	197
6.2.11	Do controle judicial da voluntariedade	199
6.2.12	Da limitação por lei dos benefícios	201
6.2.13	Do controle da conduta ministerial no espaço de consenso	204
6.3	Testagem do modelo em face das críticas doutrinárias à negociação em matéria penal	208
6.4	Considerações Finais	217
	REFERÊNCIAS	219

1 INTRODUÇÃO

Fatores como a globalização do mercado, a internacionalização das economias, a propagação do terrorismo, a disseminação da rede mundial de computadores, o fenômeno das redes sociais e a inclusão das camadas menos privilegiadas no mercado de consumo, dentre outros, trouxeram uma série de novos e significativos desafios para os Estados contemporâneos. Essas dificuldades, naturais e inerentes ao mundo atual, acabam por afetar sobremaneira países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, os quais passaram a lidar com crises internas, ligadas, mormente, à necessidade de reformas estruturais e ao cumprimento de compromissos financeiros. Ocorre que, paralelamente, o Estado brasileiro também precisa conviver com um contexto de escassez de recursos, gerador de uma natural e crescente demanda social por investimentos em setores essenciais, como saúde, educação e habitação. Como consequência, demandas oriundas de tão complexo cenário¹ são levadas ao conhecimento de um Poder Judiciário sobrecarregado, sem estrutura adequada e que precisa vergar um complexo arcabouço normativo com fins a resolver uma única questão individual. O resultado disso não poderia ser outro que não uma demora na prestação jurisdicional, que afeta a confiança da sociedade no sistema judicial².

Diante desse cenário, a busca por alternativas que acelerem o trâmite processual é compreensível. Nos últimos vinte anos, foram introduzidas mudanças significativas no ordenamento jurídico pátrio, como o processo civil sincrético, as súmulas impeditivas de recursos, as súmulas vinculantes, o processo eletrônico e a repercussão geral nos recursos extraordinários. Essas alterações, por certo, visam garantir, conforme estabelecido na Emenda Constitucional n. 45/04, a duração razoável do processo como um direito fundamental.

No âmbito do processo penal, a busca por uma resposta rápida do Estado diante de conflitos adquire contornos especiais, considerando a gravidade representada pela imposição de uma pena, a mais séria sanção prevista em um ordenamento jurídico. A aceleração de procedimentos em busca de uma justiça mais eficaz, destarte, torna-se uma questão demasiadamente complexa, especialmente devido à possibilidade de que a sumarização possa implicar na criação de um resultado ainda mais prejudicial e deletério do que a demora excessiva na entrega da justiça. Frequentemente, pois, fala-se no imperativo de se buscar um equilíbrio entre a celeridade e a eficiência processual, entre o interesse individual e o

¹ Barroso, 2022, p. 188-189.

² Pinheiro, 2011.

coletivo³. Esses valores, ao fim e ao cabo, acabam por pautar toda a discussão em torno das técnicas de sumarização de procedimentos objeto das reformas processuais penais que veem se materializando no Brasil.

Em meio ao complexo e dinâmico cenário do sistema processual penal brasileiro, a busca por mecanismos que assegurem uma administração da justiça eficiente, justa e célere tem levado à consideração de práticas inovadoras e adaptativas. No âmbito do processo penal, o *plea bargaining*, um fenômeno notório no sistema judicial norte-americano, bastante vinculado, em sua origem, à discricionariedade conferida ao promotor público estadunidense, emerge como uma fonte de inspiração para uma discussão aprofundada sobre o papel do consenso no contexto nacional. Uma rápida análise da legislação brasileira serve para demonstrar que o legislador infraconstitucional escolheu o espaço de consenso como a principal técnica de sumarização de procedimentos e promoção de celeridade no processo penal. Se, em agosto de 1995, inexistia qualquer abertura legislativa para a negociação entre o titular da ação penal e o cidadão submetido à persecução, hoje, trinta anos depois, já se admite tal recurso para uma plêiade de infrações penais às quais o legislador comina penas privativas de liberdade mínimas inferiores a quatro anos. Isso sem falar na existência de projetos de lei que visam ampliar consideravelmente esses limites, para todos os crimes aos quais a legislação comina penas máximas de até 08 (oito) anos de reclusão.

Essa possibilidade de negociação, cada vez mais viva e presente na legislação processual penal infraconstitucional, constitui, como não poderia deixar de ser, objeto de profundas discussões em sede doutrinária. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, a celeridade processual não pode ser obtida às custas da violação de direitos fundamentais, principalmente no contexto do processo penal, onde a preservação desses direitos é essencial para assegurar a justiça.

Dito isso, neste trabalho, a partir de uma análise crítica e aprofundada do espaço de consenso processual penal brasileiro, tanto vigente quanto potencial, e após extrair lições e aprendizados da experiência norte-americana (o *plea bargaining*), sustentar-se-á a tese de que a constitucionalidade da negociação em matéria criminal perpassa por sua estruturação na forma de processo, pautado por um conjunto de princípios e, principalmente, de regras próprios. A centralidade deste estudo reside na compreensão do consenso não como uma afronta às garantias constitucionais ou uma alternativa ao devido processo legal, mas como uma ferramenta legitimamente colocada à disposição da defesa técnica, como uma

³ Rocha; Amaral, 2022.

consequência direta das garantias de índole processual estabelecidas pela Constituição da República.

Ao invés de cogitar, pois, de uma transposição direta (também conhecida como transplante⁴) do *plea bargaining* para o Brasil, este trabalho argumenta que o espaço de consenso pátrio encontra sua legitimidade constitucional na garantia da ampla defesa, na duração razoável do processo enquanto garantia individual, em um processo marcado pela presença do contraditório e pela vinculação do titular da ação penal pública ao Princípio da Obrigatoriedade. Em resumo, na busca por adequar o *plea bargaining* à cláusula do devido processo legal, propõe-se a abordagem do espaço de consenso a partir de seu único fundamento de validade, sua estruturação na forma de um processo, de modo a erigir um ambiente de negociação que preservará, ao invés de corroer, as garantias constitucionais de índole processual.

Partindo desses pressupostos, entende-se que a concepção legal (e até doutrinária) acerca do *plea bargaining* peca por petição de princípio. O consenso em matéria penal não pode ser concebido como uma mera técnica de sumarização de procedimentos, tal como a concentração de atos em audiência, o uso da oralidade ou o diferimento da análise de questões incidentes para o final da instrução. Isso porque a construção de um modelo consensual a partir de tal visão se encontra eivada de vícios utilitaristas e efficientistas, típicos da Teoria da Relação Jurídica, que enxergam o processo como um mero instrumento da jurisdição. Algo, por certo, inconcebível em um Estado Democrático de Direito, porquanto o sujeito submetido à persecução penal ocupa a posição de um titular de direitos, não de mero objeto da jurisdição.

Desde já, para que não haja dúvidas, pontua-se que este estudo pretende focar sua atenção na possibilidade de prolação de sentenças condenatórias a partir do resultado da negociação desenvolvida no espaço de consenso. Não se discute, pois, a mera homologação de uma avença contendo condições a serem cumpridas pelo acordante, mas a efetiva imposição de uma pena, no bojo de uma sentença de natureza condenatória, após a celebração de um acordo entre o sujeito submetido à persecução penal e o Estado-acusação. Daí exsurgir a importância, mais uma vez, de se balizar o espaço de consenso com todas as garantias inerentes ao devido processo legal. A única forma de se legitimar uma pena aplicada neste contexto reside em se estruturar o espaço de consenso como um verdadeiro processo, construído a partir de uma visão da negociação como estratégia posta à disposição da defesa

⁴ Grande, 2019, p. 67-88.

que, caso queira, poderá dela se valer, não como uma mera tratativa contratual ou um instrumento de aceleração de procedimentos.

Também importante frisar que, hodiernamente, os mais profundos debates doutrinários acerca da constitucionalidade do *plea bargaining* enfrentam a questão a partir de uma suposta tensão havida entre a autonomia da vontade e a garantia do devido processo legal – ou, indiretamente, do direito de deambular. Pergunta-se se a liberdade de autodeterminação, consagrada constitucionalmente, autorizaria o sujeito submetido à persecução a renunciar à garantia do devido processo legal, de modo a aceitar, consensualmente, a imposição de uma pena – não de meras condições ou prestações. Como forma de resolver esse impasse, os doutrinadores que se dedicam a esse estudo frequentemente se valem da aplicação de um juízo de ponderação⁵, promovem o sopesamento de cada um desses direitos igualmente protegidos pela Constituição da República⁶ e apresentam conclusões, muitas vezes diversas umas das outras. Torna-se simples perceber, inclusive, o motivo pelo qual a principal preocupação dos autores que se dedicam ao tema recai sobre a aplicação negociada de penas privativas de liberdade. Afinal, cuida-se da situação na qual as dificuldades de ponderação racional se revelarão mais agudas, porquanto o conflito entre liberdade e devido processo legal acaba agravado pela possibilidade de restrição do direito à liberdade. Ao alegado conflito entre autonomia da vontade e renúncia ao devido processo legal soma-se o risco de lesão à liberdade de deambular.

Com efeito, entende-se que a discussão assim travada se mostra inócua e não contribui para a solução da questão posta. Inexiste uma incompatibilidade ontológica entre a negociação processual penal e o devido processo legal. De fato, mostra-se inconcebível a aplicação de uma pena, qualquer que seja ela, em um ambiente extraprocessual, porquanto a legitimidade da sanção penal deriva, justamente, de sua prévia submissão a um processo. Todavia, uma vez que se construa um espaço de consenso processual, balizado com todas as garantias previstas no art. 5º da CR/88, ter-se-á uma pena acordada e aplicada de acordo com os ditames do devido processo legal. E, em não havendo renúncia à garantia do devido processo legal, não há que se falar em conflito entre direitos constitucionais, o que torna inúteis eventuais juízos de ponderação e sopesamento vergados pela doutrina.

Esta tese, portanto, visa trabalhar o *plea bargaining* e a sua eventual compatibilidade com a ordem jurídica pátria. Mais precisamente, busca-se perquirir quais as condições (leia-

⁵ Alexy, 2013, p. 26.

⁶ Sousa, 2021, p. 211.

se, regras) nas quais a negociação de penas privativas de liberdade em um espaço de consenso poderia se desenvolver em conformidade com os princípios constitucionais que regem o processo penal. Como hipótese, conforme delineado pelas considerações acima tecidas, bateu-se pela constitucionalidade da sanção penal negociada, desde que o espaço de consenso seja estruturado na forma de um processo, o qual deverá obedecer a um regramento específico, detalhado no Capítulo 6 deste trabalho, cenário esse que pressupõe a incorporação do conteúdo de garantias processuais previstas na CR/88 que legitima a aplicação das penas.

Por certo, uma hipótese assim formulada impõe que se defina o que se entende por processo. Não outra razão, aliás, o conceito de processo como procedimento desenvolvido em contraditório, elaborado por Elio Fazzalari⁷, constitui o marco teórico deste trabalho. Até porque, diga-se de passagem, conceitos como vínculos de submissão e sujeição, poderes de uma parte sobre outra, citação como elemento místico central do processo e processo como mero instrumento da jurisdição não se coadunam com o protagonismo conferido às partes na construção de um provimento jurisdicional final, algo que é inato, inerente ao espaço de consenso

Em suma, este trabalho visa enfrentar a questão da constitucionalidade de um espaço de consenso no sistema penal brasileiro, propondo um modelo adequado à preservação das garantias constitucionais. Ao fazê-lo, não apenas pretende contribuir para o aprimoramento do sistema processual penal nacional, mas também abrir novas perspectivas para a teoria e prática processuais, considerando a negociação como uma nova estratégia posta à disposição da defesa em um ambiente processual, não como mero contrato administrativo.

A pesquisa se desenvolveu adotando uma metodologia dogmático-jurídica⁸, tendo em vista a própria natureza do problema proposto, relativo à constitucionalidade em tese de um determinado instituto. O estudo, pois, não procurou discutir as várias implicações filosóficas e morais do consenso em matéria penal. Afinal, o escopo do trabalho consiste em, repise-se, defender uma modelagem normativa constitucionalmente adequada que institua o espaço de consenso com abertura para a prolação de juízos condenatórios, não discutir o acerto⁹ ou desacerto¹⁰ dessa escolha de natureza política. Por essas razões, deixou-se, por exemplo, de

⁷ Fazzalari, 2006, p. 120.

⁸ Conceito de dogmática jurídica, adotada no trabalho: define-se a abordagem dogmática jurídica como aquela que abrange: a) a descrição do direito vigente; b) sua análise sistemática e conceitual; c) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos (Alexy, 2013, p. 247).

⁹ Azevedo, 2000, p. 191.

¹⁰ Lopes Jr., 2003, p. 30.

trabalhar o problema da consensualidade em matéria penal a partir da teoria dos jogos¹¹, bem como de estudos habermasianos sobre o agir comunicativo¹², intimamente relacionados à filosofia da linguagem.

Repise-se que a ausência de enfrentamento da questão moral ligada à negociação em matéria criminal, vinculada, especialmente, ao suposto risco de que pessoas inocentes venham a confessar com o fim exclusivo de evitar o risco de imposição final de uma pena privativa de liberdade recrudescida não deriva de um juízo de valor acerca da importância do tema. Tanto é que a tese irá, inevitavelmente, tangenciar essa temática, dada, repito, a sua relevância para o fenômeno do espaço de consenso. Todavia, esse tangenciamento ocorrerá de modo exclusivamente acidental, quando o trabalho abordar a ampla defesa e a estratégia técnica defensiva como o principal pilar de legitimidade constitucional da negociação processual penal. Na verdade, um aprofundamento sobre estudos empíricos que versam sobre a possibilidade de efetiva concretização de riscos dessa natureza simplesmente foge ao escopo desta tese, a qual estuda a constitucionalidade do espaço de consenso e não almeja elaborar um rol de justificativas para a sua adoção ou rejeição, tarefa que demandaria, quiçá, uma outra tese doutoral.

Em suma, não se pode negar que a problemática da negociação em matéria penal envolve aspectos muito mais complexos que o jurídico. Todavia, como em qualquer trabalho de cunho científico, um corte metodológico se mostrou inevitável. Deixa-se, por conseguinte, a porta aberta para que outras pesquisas possam se desenvolver, aprofundando e alargando as discussões sobre o espaço de consenso no processo penal a partir de uma perspectiva filosófica ou moral.

Ainda a respeito daquilo que este trabalho não buscará enfrentar, não se demorará a perceber que o estudo deixa de afrontar a questão do espaço de consenso como uma eventual ferramenta posta à disposição do Estado a fim de diminuir os índices de criminalidade, aumentar a efetividade do Poder Judiciário ou reduzir os gastos com a Justiça¹³. Isso porque exames dessa natureza se mostram incompatíveis com o próprio marco teórico ora adotado, segundo o qual o processo representa um procedimento desenvolvido em contraditório, consubstanciando-se em um instrumento de proteção do sujeito em face do poder punitivo estatal. Afasta-se, peremptoriamente, concepções que enxergam o processo como uma mera ferramenta de atuação da jurisdição, assim como quaisquer entendimentos doutrinários que

¹¹ Miranda Netto, 1987, p. 1220.

¹² Habermas, 1997, p. 418.

¹³ Dall'AgnoL, 1988, p. 9.

pretendam agregar finalidades meta-jurídicas ao processo, dada sua frontal incompatibilidade ontológica com a proposta fazzalariana e, quiçá, com a própria proposta democrática.

Retornando àquilo que o trabalho efetivamente procederá, tem-se que a pesquisa, de natureza teórica, foi realizada a partir da leitura de livros e artigos doutrinários (nacionais e estrangeiros) e do exame de legislações e da jurisprudência, em especial da Suprema Corte Norte-Americana. Chegou-se, no início da pesquisa, a se cogitar acerca da análise de decisões da corte suprema italiana com respeito à matéria, mormente porquanto o *patteggiamento* se aviventa como o instituto de barganha mais amplo e desenvolvido nos países de *civil law*. No entanto, essa ideia foi posteriormente refutada, pois, como os EUA também se apresentam como a legislação de inspiração do ordenamento jurídico italiano, o trabalho acabaria por se tornar um tanto redundante, ao menos para a questão relativa à constitucionalidade do espaço de consenso e sua operabilidade em um sistema de matiz romano-germânica.

Quanto à estruturação do relatório final da tese, tem-se que o primeiro capítulo demonstrará a expansão das zonas de consenso pelo mundo, ao mesmo tempo em que provará, por meio de uma sucinta análise histórica, que a conflituosidade não representa uma marca do processo penal democrático. Em seguida, far-se-á um apanhado crítico do estado atual da negociação em matéria criminal no Brasil, para então passar-se ao estudo do modelo paradigma norte-americano. Findo esse exame, e levando em contas as críticas erigidas pela doutrina estadunidense ao seu próprio modelo, apresentar-se-á a tese deste trabalho e propor-se-á, nos dois capítulos subsequentes, uma principiologia e, principalmente, já a título de conclusão, um regramento que devem ser seguidos a fim de se erigir um espaço de consenso constitucionalmente adequado. Após fazer a testagem do modelo proposto em face das críticas frequentemente opostas por estudiosos brasileiros à barganha processual penal, o estudo será rematado por meio de breves considerações finais.

Finalmente, anote-se que o leitor perceberá que, em determinados momentos desta tese, haverá menção a capítulos que se encontram mais adiante ou a temas abordados em subtópicos anteriores. Menções desta natureza não constituem uma falha de organização de raciocínio ou eventual equívoco redacional. Na verdade, cuida-se de conduta deliberada, de uma opção de cunho metodológico, porquanto se acredita que a repetição, enquanto técnica, serve para frisar determinados conteúdos que se mostrarão de extrema relevância para a testagem e confirmação da tese ora proposta¹⁴.

¹⁴ Anderson, et al., 2022.

2 A AMPLIAÇÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL

2.1 A essência do processo penal contemporâneo e democrático

Para se compreender as elementares que compõem a essência do processo penal contemporâneo, etapa que formará a base sobre a qual se construirá a proposta de um modelo de espaço de consenso constitucionalizado, imprescindível que se demonstre, ainda que em poucas linhas, a evolução percorrida pela referida temática até que se chegasse à sua conformidade atual nos Estados Democráticos. A compreensão do panorama histórico ajuda a entender a causa subjacente de determinados posicionamentos e, conseqüente, de dissensos e conflitos hodiernos, havidos tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial. Além disso, o estudo histórico auxilia na elaboração de propostas de ação mais eficazes em todo o plano das relações humanas, mormente pela possibilidade de aprendizado com os erros do passado.

Antes de prosseguir, resalte-se que este trabalho não se propõe a fazer uma revisão aprofundada da evolução histórica do processo penal, mas, tão somente, lançar luz sobre a origem de alguns institutos que formam o seu núcleo duro atual e que, por esta razão, se mostram indissociáveis da própria democracia. Dito de outro modo, este tópico não se presta a examinar a evolução do processo penal na história. Seu escopo é bem mais restrito, de natureza instrumental tríplice, consubstanciado na demonstração de que: a consensualidade não integra a essência do método inquisitorial; a litigiosidade não representa uma conquista do processo penal contemporâneo; diferentes sistemas jurídicos, dadas suas semelhanças e/ou raízes comuns, admitem o intercâmbio de institutos.

Isto posto, parte este exame de uma inafastável premissa, qual seja a de que todos os povos, em qualquer lugar, ao longo da história, vislumbraram a necessidade de processar aqueles acusados do cometimento de um fato tido como criminoso¹⁵ e, conseqüentemente, elaboraram alguma forma, ainda que rudimentar, de “processo penal”. Em outras palavras, onde havia uma sociedade, estava presente um procedimento prévio à aplicação de uma sanção penal. Uma vez sedimentada essa asserção, pode-se afirmar que o processo penal na antiguidade ostentava contornos extremamente variados e era marcado por uma diversidade de influências e concepções, típicas da cultura, religião e estrutura de cada sociedade.

Destarte, no Egito Antigo, por exemplo, o processamento de uma pessoa acusada de praticar um crime dependia de uma iniciativa da vítima ou de alguma testemunha, a qual

¹⁵ Conso, 2012, p. 131-146.

levava a notícia à autoridade local. Imediatamente, promovia-se a detenção do acusado para fins de julgamento, o qual frequentemente era conduzido por um governador, ministro ou pelo próprio faraó, a depender da gravidade do caso. Franqueava-se a palavra ao acusado e acusador, porém, as partes falavam por si mesmas. A produção probatória envolvia meios de prova até hoje conhecidos e utilizados, como a oitiva de testemunhas e a exibição de documentos, mas a instrução se imiscuía com elementares religiosas, como juramentos ou a evocação dos deuses. À exceção de julgamentos presididos pelo próprio faraó, havia a possibilidade de se apelar da decisão final para uma autoridade superior¹⁶.

A prática processual penal na Antiga Mesopotâmia apresentava algumas semelhanças para com aquela verificada na civilização egípcia. Uma delas consiste na imediata detenção para fins de julgamento da pessoa acusada de um crime. O julgamento era presidido por autoridades, conceito que poderia incluir juízes nomeados ou representantes do rei, e se desenvolvia em ambiente público e oral. Autoridades religiosas não exerciam a função de juiz, situação consolidada sob o Código de Hamurabi. Na ausência de um conceito formal de advocacia, os interessados falavam por si mesmos. Porém, admitia-se ao acusado a assistência por familiares ou amigos. Ao lado das provas orais e documentais, exsurgia em importância os juízos das ordálias, provações físicas aos quais se submetia o réu no afã de demonstrar sua inocência (e que, frequentemente, são ligadas ao período inquisitivo medieval). Em alguns casos, a lei previa o manejo de recurso pela parte derrotada¹⁷.

Na Grécia Antiga, as diferenças havidas entre as cidades-estado dificultam a identificação de uma estrutura semelhante a um sistema processual penal tipicamente grego. Todavia, subsiste robusta documentação histórica relativa ao sistema judicial ateniense, o qual ostenta aspectos gerais que permanecem até a atualidade. No que tange à iniciativa de acusação por um fato criminoso, por exemplo, concedia-se essa prerrogativa a qualquer cidadão ateniense. Os processos eram públicos e se desenvolviam oralmente, ocasião na qual era franqueada a produção de provas, especialmente documental e testemunhal. Na ausência de um promotor público, os próprios interessados apresentavam o seu caso perante um júri composto por outros cidadãos atenienses. Após as apresentações, os jurados votavam, geralmente por meio de cédulas. A decisão era baseada na maioria simples. Em outras

¹⁶ Allam, 1991.

¹⁷ Urch, 1929.

cidades-estado gregas, os detalhes do sistema legal poderiam variar, mas esse regramento geral pode ser tido como basilar e universal para a época¹⁸.

A análise do processo penal dos povos antigos permite que se retire, desde já, uma conclusão de inestimável valor para este trabalho. Trata-se da constatação de que civilizações separadas por séculos no tempo e por continentes no espaço desenvolveram mecanismos de processamento de indivíduos acusados de práticas criminosas que enunciam mais semelhanças que diferenças. A título exemplificativo, pode-se citar a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, a oralidade dos julgamentos, a presidência da instrução por autoridades oficiais e a prevalência das provas testemunhais e documentais. Ou seja, a alegação da existência de institutos processuais supostamente aplicáveis, em caráter exclusivo, a um determinado sistema, deve ser vista com extrema desconfiança, uma vez que contraria a própria história do processo penal.

Prosseguindo neste breve introito histórico, devido ao longo caminho percorrido pelo direito romano em sua evolução e, conseqüentemente, às inúmeras mudanças que isso significou em matéria de processo penal, a melhor doutrina aconselha que o seu estudo seja dividido em períodos, orientação que se afigura válida mesmo para um exame instrumental como o ora proposto.

Feita essa anotação inicial, sabe-se que, durante os primeiros anos da República Romana, ainda por força da influência monárquica, os magistrados supremos exerciam suas funções sem aderir a formalidades específicas. Neste período inicial, no âmbito do processo penal, somente o magistrado e o acusado estavam envolvidos, sem a presença de outras partes. A característica marcante dessa época era o poder ilimitado dos magistrados, expresso através da *coercitio*, que culminou com a criação da *provocatio ad populum*. Esse mecanismo permitia ao acusado apelar para o julgamento popular em assembleias chamadas *comitia*, especialmente em casos de imposição de penas severas, como morte ou flagelação, para evitar abusos de poder por parte do magistrado. Este sistema, que combinava a decisão do magistrado e a opção do acusado de recorrer ao povo, recebeu a alcunha de processo comicial e representou a origem nuclear do sistema processual penal da República de Roma. A evolução do processo penal ainda levou à criação da figura do acusador público, responsável

¹⁸ Wallace, 2017.

por iniciar e sustentar a imputação em face do réu, em um procedimento presidido por um *quaestor*¹⁹.

Com a transição da República para o Império Romano, o sistema judicial anterior, baseado nas *questiones*, começou a se tornar obsoleto diante da nova estrutura governamental. O aumento significativo da população de Roma e as tensões sociais intensas tornaram as leis penais existentes inadequadas. Como resultado, houve o desenvolvimento de um sistema penal mais estrito e regulamentado, caracterizado pela supressão de garantias individuais até então vigentes e pela introdução de elementos típicos daquilo que viria ser conhecido por sistema inquisitivo. Observou-se, assim, que as *questiones* foram gradualmente substituídas por um novo procedimento, sem a participação de jurados, onde o imperador assumia total controle sobre o caso. O desenvolvimento processual durante o Império culminou com a sedimentação de um procedimento no qual não era necessária uma acusação formal para iniciar o processo, o qual constituía objeto de instauração direta pela própria autoridade julgadora, em cuja figura se concentravam diversos poderes e funções²⁰.

Após a queda do Império Romano do Ocidente, iniciou-se o período medieval, caracterizado, precipuamente, pela organização social e política feudal e pela forte presença e influência da Igreja Católica. Não por outra razão, o Direito Canônico, inclusive o processo a ele inerente, tipicamente inquisitório, prevaleceu largamente ao longo da época. Aliás, deve-se pontuar que o Direito Canônico não nasceu com traços inquisitórios, nem mesmo teve sua conformação inquisitiva determinada com o escopo de atender a finalidades espúrias ou puramente ilegítimas. Na verdade, a concentração de terras e, por consequência, de poder nas mãos de poucos senhores feudais conduziu a um cenário no qual as disputas judiciais haviam se tornado tão desiguais que as partes mais fracas, os vassallos, jamais ostentavam sequer a chance de vencer, por mais lúdima que fosse a sua pretensão. Assim, a ideia de concentrar poderes e funções nas mãos do julgador – característica precípua do sistema inquisitivo – surgiu com o escopo de reequilibrar essa balança²¹, atender aos ideais de Justiça e isonomia, sem deixar os maléficos impunes²².

Além disso, a conformação de um verdadeiro sistema inquisitivo pela Europa continental somente se iniciou de maneira efetiva a partir do Século XII. À época, a Igreja Católica se deparou com uma ameaça a seu poder, originária do sul da França, representada

¹⁹ Wedy; Linhares, 2015.

²⁰ Tourinho Filho, 1998, p. 81-82.

²¹ Nucci, 2022, p. 27.

²² Capparelli, 2017, p. 60.

pelos cátaros, um grupo de cristãos, bastante versado em técnicas de oralidade, o qual pregava que o contato do homem com Deus não demandava a intermediação de qualquer instituição humana. A Igreja, então, sentindo-se obviamente ameaçada em seu poder, encaminhou frades da Ordem dos Dominicanos, igualmente preparados e versados no debate público, para combater, no palco da retórica, o perigo catarista. Os dominicanos se saíram vitoriosos nesse embate e, com fincas a evitar a propagação de novos movimentos hereges, a Igreja Católica concebeu o movimento de Inquisição, o qual teve os frades dominicanos como os seus primeiros inquisidores. Valendo-se da concentração de funções nas mãos do inquisidor, na mescla de poderes eclesiásticos e laicos e no dogma de que os representantes de Deus são infalíveis, a Inquisição, com seus métodos secretos, objetificação do investigado, uso da tortura e das ordálias, paulatinamente tomou conta da Europa continental, a qual imergiu em um ambiente de terror²³.

Este sistema inquisitivo, desenvolvido pelos canonistas, gradualmente se espalhou para a legislação secular da Europa continental. De fato, após o Século XVI, o processo inquisitório assumiu caráter ordinário e se generalizou para todos os tipos de crime, deixando de ser aplicado extraordinariamente e em situações específicas, como os chamados delitos de lesa-majestade²⁴.

Entretanto, interessante pontuar que, concomitantemente, enquanto o sistema inquisitivo prevalecia na Europa continental, caracterizado por seus processos secretos e frequentemente associados à tortura, a Inglaterra seguia um caminho diferente. Após o IV Concílio de Latrão, que aboliu os Juízos de Deus, o processo legal inglês passou a ser considerado um *fair trial*, onde o acusado era tratado com respeito, como um cavalheiro, não como mero objeto²⁵.

Como forma de assegurar o caráter instrumental deste estudo histórico, antes de prosseguir na análise proposta, faz-se salutar consignar as principais diferenças entre o sistema processual penal da República Romana e aquele que floresceu na Europa Continental durante o baixo-medieval. Até porque tais reflexões se revelarão de suma importância para demonstrar um dos principais pontos desta tese, qual seja a compatibilidade lógica entre o consenso em matéria criminal e o sistema romano-germânico.

²³ Martínez, 2011.

²⁴ Ferrajoli, 2002, P. 454.

²⁵ Damaška, 2012.

Neste diapasão, pode-se constatar que as principais características do processo penal romano acusatório eram as seguintes: a) direito popular de acusação; b) dever de prosseguir no processo até a sentença; c) poderes de instrução conferidos a um acusador popular, o qual não se confundia com o juiz da causa; d) restrição da prisão provisória; e) ampliação das hipóteses de liberdade provisória; f) publicidade e oralidade dos atos processuais; g) direito popular de julgamento. A seu turno, as características principais do processo penal inquisitivo, o qual se estabeleceu ao longo do baixo-medieval, eram a forma escrita, a concentração das funções de investigar, acusar, defender e julgar nas mãos de uma única autoridade e o segredo. Esse último elemento permeava todo o procedimento, de modo que: a) as averiguações se iniciavam sem que o investigado soubesse; b) as oitivas testemunhais se davam em caráter secreto; c) a realização de torturas, comuns na busca da verdade, se dava por oficiais não identificados; d) os sentenciados eram obrigados a prestar juramento de não revelar nada do que ocorrera ao tempo da prisão, sob pena de nova persecução; e) ausência de assistência por advogado (o culpado não a merecia, ao passo que o inocente dela não necessitava)²⁶. Como se vê, inexistente qualquer ligação entre o modelo inquisitório e o espaço de consenso processual penal ou entre o sistema acusatório e eventual litigiosidade.

No século XVIII, porém, as ideias liberais começaram a enfraquecer esse sistema inquisitivo na Europa Continental. Em Nápoles, desde 1774, passou-se a exigir sentenças com justificativa. Na Toscana, na mesma época, foram proibidas as “denúncias anônimas” e a tortura. Na França, um ato normativo de 1788 aboliu a tortura, exigiu sentenças fundamentadas e garantiu aos acusados absolvidos uma compensação moral, que incluía a publicação da sentença. A ordálias também caíram em desuso. O aumento constante das restrições ao uso do julgamento por ordália decorria da desconfiança que a ciência jurídica, florescente nas universidades europeias, tinha em relação a esse método de prova. Essa emergente ciência jurídica desenvolveu as bases teóricas para a criação de um sistema processual baseado em uma sequência lógica de etapas racionais, com o objetivo de estabelecer uma verdade juridicamente legítima por meio de um processo rigorosamente demonstrável e uma avaliação constante das evidências²⁷.

Em suma, pode-se afirmar que, no século XVIII, as ideias liberais que almejavam outorgar aos cidadãos direitos de defesa em face do poder estatal começaram a germinar a essência do processo contemporâneo. A luta cultural e política do Iluminismo reformador

²⁶ Saad; Malan, 2012, p.289-320.

²⁷ Caparelli, 2017.

contra a irracionalidade e a arbitrariedade da tortura representou pedra de toque desta temática. O pensamento iluminista unificou-se ao criticar a crueldade da tortura e o autoritarismo da Inquisição, assim como ao redescobrir os princípios de proteção dos direitos no sistema acusatório, uma herança do processo romano antigo e que influenciou o sistema legal inglês. Foi, portanto, uma consequência lógica a adoção na França pós-revolucionária do sistema acusatório²⁸, que incluía a participação popular através do júri, a confrontação de argumentos, a publicidade e a oralidade dos processos e a independência do julgamento do juiz.

A história, todavia, conforme transparece deste sintético compilado evolutivo, não se apresenta como uma simples marcha progressiva. Neste diapasão, não causa surpresa a constatação de que a abordagem acusatória não se manteve incólume na Europa após o período revolucionário. Com efeito, o Código de 1795 da era do Termidor e o Código Napoleônico de 1808 criaram o chamado "processo misto", uma combinação dos sistemas acusatório e inquisitório. Esse modelo começava com uma fase inquisitória, caracterizada por ser escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela limitada participação do acusado, mormente quando privado de sua liberdade. A fase subsequente era mais acusatória, com um debate público e oral entre a defesa e a acusação, o qual, entretanto, muitas vezes, apenas replicava ou encenava o que já havia ocorrido na primeira fase. Esse sistema de processo misto, introduzido durante a época de Napoleão, espalhou-se por toda a Europa nos séculos XIX e XX, firmando raízes profundas na Itália, onde marcou o Código Rocco de 1930²⁹.

A evolução do Estado, do Liberal para o Social e, em seguida, para o Democrático de Direito, também é marcada por uma evolução nos direitos fundamentais, fenômeno que acarretou consequências concretas para o processo penal. Nesta nova conjuntura estatal, tais direitos passaram a ter uma natureza mais concreta, sendo diretamente aplicáveis e reivindicáveis contra o Estado de maneira unilateral. Aliás, o que define um princípio como um direito fundamental é justamente sua natureza jurídico-positiva, a qual o torna exigível independentemente de legislação específica. Ou seja, nessa nova conjuntura, os princípios fundamentais assumem a condição de direitos subjetivos³⁰. Não obstante servirem como limites à atuação estatal, esses princípios também desempenham um papel orientador, exigindo que o Estado adote medidas proativas para sua implementação e cumprimento³¹.

²⁸ Senna, 2009.

²⁹ Ferrajoli, 2002, p. 454.

³⁰ Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2022, p. 117.

³¹ Brener; Pinto, 2019.

O Estado Democrático de Direito traz consigo, no âmbito processual penal, a constitucionalização de princípios limitadores do poder estatal e garantidores da liberdade da pessoa submetida à persecução criminal. A "constitucionalização do processo" se refere à inclusão de normas de direito processual nas Constituições, um acontecimento que se tornou comum no pós-Segunda Guerra Mundial. Tal fenômeno resultou na elevação de instituições processuais ao *status* de direitos fundamentais. A principal dessas elevações, porque abarca o conteúdo de todas as demais normas processuais protetivas constitucionalizadas, é aquela operada com a consagração do devido processo legal como direito fundamental.

Historicamente, a expressão *law of the land* é frequentemente vista como o precursor direto do conceito de *due process of law*, tanto que ambas as expressões são usadas de forma intercambiável tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos nos dias atuais. A inclusão da cláusula do julgamento pela lei da terra na Carta Magna inglesa representou uma proteção contra o despotismo real, surgindo como um protesto contra a opressão. Assim, nas origens do devido processo legal, identifica-se a ideia de que o processo é um instrumento contra o arbítrio, porquanto garantia-se aos homens livres que eles não seriam privados de sua liberdade ou propriedade, exceto por um julgamento legal conduzido por seus iguais ou de acordo com a lei do reino. Foi em 1354 que a expressão *law of the land* começou a ser interpretada como *due process of law*. Durante o Reinado de Eduardo III, reconheceu-se que "nenhum homem, independentemente de sua condição, pode ser destituído de suas terras, posses, perturbado, aprisionado, deserdado ou condenado à morte sem antes passar por um devido processo legal". A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1791, seguiu essa mesma linha e adotou a expressão devido processo legal, ao invés de lei da terra³². Ainda que, hodiernamente, as expressões sejam intercambiáveis, não há dúvida de que a transição, à época, representou não uma mera alteração de estilo, mas uma evolução, uma verdadeira conquista, porquanto visou lançar luz no aspecto processual e garantidor da referida norma.

A constitucionalização da garantia do devido processo legal, fenômeno que se espalhou por países de matiz romano germânica ao longo do século XX, passou a moldar a interpretação de legislações infraconstitucionais que ainda traziam preceitos inquisitoriais incompatíveis com a moldagem processual de um Estado Democrático. A garantia do devido processo legal, com toda a carga normativa principiológica que o circunda, tornou-se, pois, a principal engrenagem do processo penal democrático.

³² Raatz, 2019.

Aliado ao devido processo legal como essência do processo legal democrático está o princípio do contraditório. Essa norma desempenha um papel crucial ao garantir que o indivíduo terá a oportunidade de participar efetivamente e em igualdade de condições com o titular da ação penal no processo que levará à criação de uma decisão de poder que afetará diretamente a sua esfera de direitos e interesses. Aqui desvela-se o papel essencial do princípio do contraditório como um direito humano: proporcionar as condições necessárias para que o indivíduo participe ativamente no processo, assegurando que a decisão final seja tomada em conformidade com os preceitos constitucionais³³. A garantia de preparação participada do provimento final que será aplicado às partes, em paridade de armas, típica do contraditório, portanto, nada mais constitui que uma aplicação do princípio democrático ao processo, pelo que se pode concluir pela existência de uma relação umbilical entre ambos os institutos. Assim, não é exagero afirmar que o contraditório possui o condão de atuar como um critério objetivo, um termômetro que permite perquirir o grau de evolução democrática de um Estado.

Finalmente, uma terceira elementar exsurge como essencial aos sistemas processuais democráticos contemporâneos. Cuida-se de uma norma tão cara ao devido processo legal e ao contraditório que, não raramente, costuma ser doutrinariamente trabalhada em conjunto com uma (ou ambas) dessas garantias. Trata-se da ampla defesa, norma que assegura o direito a toda pessoa acusada em um processo judicial ou administrativo de se defender plenamente, utilizando todos os meios e recursos admitidos em lei. Sua relação com o contraditório, de tão íntima, gera uma série de conceituações e interpretações diversas. Dentre a gama de diferentes posicionamentos doutrinários, aquele defendido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em conjunto com a autora Cleunice Martins, se afigura como aquele mais adequado à espécie, tendo em vista que salienta tanto os elementos que aproximam ambos os institutos, como aqueles que os diferenciam. Em suma, as renomadas autoras sustentam que ampla defesa e contraditório estão intrinsecamente ligados, pois não há verdadeira defesa sem um procedimento contraditório, assim como o contraditório não existe sem uma defesa completa. A defesa é essencial para o contraditório, mas também é assegurada e manifestada por ele. Ao mesmo tempo, ampla defesa não é sinônimo de contraditório: a defesa faz parte do contraditório, mas não o define por completo³⁴.

³³ Brener; Pinto, 2019.

³⁴ Moura; Bastos, 1993.

Essa interdependência se revela da própria Constituição que, ao conferir ao acusado o direito à defesa, não se limita apenas a garantir esse direito, mas também exige que a defesa seja efetiva e abrangente. Esse direito é detalhadamente regulado pela legislação ordinária, assegurando não só a assistência de um defensor, mas também a utilização de todos os meios e recursos legais para confrontar a acusação. A ampla defesa, pois, permite ao acusado contestar as acusações por todos os meios previstos em Direito, respaldado por disposições legais que garantam a eficácia da defesa, inclusive a técnica. Mesmo que o acusado rejeite a defesa realizada por um profissional habilitado, o juiz não pode aceitar essa recusa. A defesa existe para proteger e apoiar o acusado, ocorrendo independentemente da sua vontade, até mesmo para evitar uma desvantagem diante da acusação, pois o processo exige um embate equilibrado, sendo o defensor uma presença constante ao lado do réu.

Por certo, a luta social pela conquista de direitos, inclusive na seara processual, não termina com a tríade devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Assim, o devido processo legal, em sua concepção atual, é uma garantia definida também por princípios como a igualdade processual, que engloba a imparcialidade do juiz; o acesso inegável à justiça; a garantia de um juiz natural; o direito de ação; a exigência de motivação das decisões judiciais; a duração razoável do processo, incluindo mecanismos para sua rápida tramitação³⁵; a não auto incriminação; a liberdade probatória, vedada a produção de provas por meios ilícitos; e, é claro, o princípio acusatório, consubstanciado na separação das funções de acusar, defender e julgar. Todavia, como todas essas garantias, tão caras ao processo penal, podem ser extraídas, a partir de uma atividade hermenêutica, da tríade devido processo legal, contraditório e ampla defesa, conclui-se serem esses os três pilares que, após longa e tortuosa evolução histórica, conformam a essência do processo criminal contemporâneo democrático. Para os fins deste tópico, mais importante que atentar para as garantias que conformam esse núcleo duro do processo penal, construído a partir de idas e vindas ao longo da história, é perceber que o conflito não integra essa essência.

Logo, independentemente do rito adotado, da postura das partes ou do *locus* da produção probatória, um processo desenvolvido nos termos da lei, no qual assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, se afigura compatível com a ordem constitucional. Como demonstrou o esforço histórico tecido neste subcapítulo, a litigiosidade não configura elemento essencial do sistema acusatório ou do devido processo legal, ao mesmo tempo em que a consensualidade não afronta a referida cláusula ou se relaciona a

³⁵ Pinheiro, 2011.

práticas inquisitivas. Pelo contrário, a garantia de maior participação na preparação do provimento final, outorgada a uma pessoa em um espaço de consenso, desde que processualmente estruturado, representa um modelo não apenas legítimo, mas um instrumento catalizador do princípio democrático. O consenso, por sua característica de potencialização da participação das partes na formação do ato de poder, integra a própria essência do processo penal contemporâneo, ou, na pior das hipóteses, representa uma característica salutar à sua conformação.

Na verdade, a resistência que a doutrina de alguns países, inclusive a brasileira, costuma oferecer ao fenômeno do consenso processual penal se encontra ligada a uma concepção, até certo ponto equivocada, da real finalidade desse instituto, bem como de alguns ranços inquisitoriais que, de tão sedimentados historicamente, se mostram difíceis de superar. O próximo tópico propõe uma releitura da consensualidade, de modo a afastá-la da origem que a inquina e macula e, ao mesmo tempo, reforçar a sua compatibilidade para com uma realidade democrática, algo que, futuramente, facilitará compreender o motivo de sua expansão pelos mais variados ordenamentos jurídicos nos dias atuais.

2.2 Técnicas ordinárias de sumarização de procedimentos: a associação que infama o instituto

Nos idos de 1986, ao refletir sobre os novos desafios encarados pela sociedade da época, Ada Pellegrini Grinover desenvolveu um trabalho intitulado “Conciliação”, no qual batia pela criação de diretrizes para a criação de um rito procedimental que se mostrasse adequado ao enfrentamento, pelo Poder Judiciário, das vulgarmente chamadas “pequenas causas”. Valendo-se de estudos de Direito Comparado, com menções a sistemas jurídicos dos mais diversos, como a Espanha, a Iugoslávia e o Japão, a autora em voga concluiu que a conciliação exsurgia como uma das principais técnicas de sumarização de procedimentos e de instrumentalização de uma resposta jurisdicional mais rápida vergada em todo o mundo. Referido artigo terminava por indicar uma série de princípios basilares que deveriam nortear o processamento de causas dessa natureza, a exemplo da simplicidade de formas, a economia processual, a busca da conciliação (a qual deveria ser objeto de um vigoroso impulso) e a ampliação dos poderes do magistrado. Tais elementares consubstanciariam uma tentativa honesta de forjar um sistema processual mais célere e capaz de oferecer uma prestação jurisdicional adequada às necessidades emergentes³⁶.

³⁶ Grinover, 1986.

O artigo científico supracitado funciona como uma síntese da concepção doutrinária que prevalece acerca do espaço de consenso no processo, inclusive no âmbito processual penal. Regra geral, referido instituto acaba reduzido a uma mera técnica de sumarização de procedimentos, uma ferramenta posta a serviço da jurisdição com o fim de reduzir o espaço tempo procedimental. O consenso, a oralidade, a concentração de atos em audiência, a informatização dos autos e a simplificação das formas terminam por receber um mesmo tratamento, quando, na verdade, a consensualidade jamais poderia ser reduzida a tão pouco, mormente no âmbito processual penal, onde o perigo oriundo de eventual supressão de garantias processuais em um cenário de sumarização risca interferir na própria liberdade das pessoas.

Antes de melhor desenvolver essa assertiva, faz-se, aqui, uma breve observação: a responsabilidade pela redução da zona de consenso a uma mera ferramenta de encurtamento processual não recai sobre os ombros de qualquer doutrinador. Afinal, cuida-se não apenas de uma decisão político-legislativa, cuja palavra final compete ao Congresso Nacional, mas também de um fenômeno percebido nos mais diversos países do mundo. Menciona-se o trabalho de Ada Pellegrini apenas a fim de ilustrar esse movimento, além de reconhecer a relevância dos estudos da referida autora para o aperfeiçoamento da ciência processual no Brasil. Aliás, basta uma leitura da Lei n. 9.099/95 para que se perceba o grau de influência do trabalho da renomada doutrinadora na elaboração do referido diploma legal, uma vez que suas reflexões encontram guarida em uma série de dispositivos legais lá presentes, desde a sua principiologia até as suas hipóteses de incidência. Em outras palavras, a referência aos escritos de Ada Pellegrini estampa não uma crítica, mas um reconhecimento de seu trabalho enquanto expoente de toda uma corrente de pensamento doutrinário.

Feito esse rápido comentário, retorna-se ao tema ora abordado, qual seja a comum concepção do consenso como mera técnica de sumarização de procedimentos, e o problema vinculado a essa visão, representado pela potencial violação a garantias fundamentais de índole processual. A propósito, verifica-se que a confusão entre consenso e sumarização ostenta raízes tão profundas que ambos os conceitos se inserem na própria definição de justiça negocial. Assim é que, via de regra, no campo doutrinário, define-se justiça criminal consensual como uma abordagem que se pauta pela aceitação por ambas as partes de um acordo de colaboração processual no qual o investigado ou réu se afasta de sua posição de resistência, o que permite a imposição de uma sanção penal reduzida, caracterizadora de um benefício outorgado ao imputado, em contrapartida à sua renúncia às garantias processuais

penais, com o conseqüente encerramento antecipado do processo³⁷. Perceba-se que o encerramento antecipado do processo e a renúncia a garantias fundamentais de índole processual costumam ser elementares associadas ao espaço de consenso enquanto conceito, algo que demonstra quão arraigada se mostra a ideia da existência de um atrelamento entre consensualidade e sumarização de procedimentos.

Ainda com o fim de desenvolver o argumento segundo o qual existe uma imagem geral – pontue-se, equivocada – de ligação visceral entre consenso e sumarização, veja-se alguns argumentos comumente lançados pela doutrina brasileira quando da formulação de críticas à negociação em matéria penal. Em artigo específico sobre o acordo de não persecução penal, Humberto Barrinuevo Fabretti e Virgínia Gomes de Barros e Silva sustentam que a apreensão com a morosidade judicial induziria à elaboração de propostas tendentes a atender aos ideais de celeridade e simplificação do processo. Neste contexto, exsurgiria a negociação processual penal, a qual representaria a antecipação de uma sanção criminal em um cenário de renúncia aos instrumentos de defesa, facilitação da atividade acusatória e abreviamento do processo mediante confissão³⁸. Seguindo a mesma linha, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth argui que referido instituto está arrimado na economia processual, o que evidenciaria uma busca pela eficiência do processo em detrimento de seu caráter de proteção em face do poder de punir estatal. Partindo desse pressuposto, conclui o autor que, no bojo do espaço de consenso processual, aplicar-se-ia uma sanção ao sujeito submetido à persecução penal à revelia das garantias inerentes à cláusula do *due process of law*³⁹.

Acredita-se que os pensamentos doutrinários supracitados bastam para atender ao escopo deste tópico, o qual visa evidenciar que a doutrina frequentemente enxerga a consensualidade como uma ferramenta posta a cargo da jurisdição a fim de diminuir o espaço tempo dos procedimentos, algo que, por consequência, se reflete nas legislações estruturantes dos espaços de consensos. Além disso, buscou-se comprovar que essa realidade faz com que a mesma doutrina, em um segundo momento, venha a atacar o espaço de consenso, tendo-o como violador de garantias de índole processual ou mecanismo potencialmente inconstitucional. Não se almeja neste tópico, porém, demonstrar o equívoco havido em uma vinculação ontológica entre a sumarização de procedimentos e o consenso no processo penal. Tal raciocínio será desenvolvido mais à frente, quando se trabalhará o direito a um processo

³⁷ Vasconcellos, 2022.

³⁸ Fabretti; Silva, 2018.

³⁹ Wermuth, 2022.

desenvolvido em tempo razoável como direito fundamental – proposta que proíbe o atropelo de garantias processuais sob o argumento de se atender a um ideal de celeridade. Em suma, o escopo inicial deste tópico é reduzido e já foi atingido.

Todavia, imprescindível consignar, de antemão, ser irreparável o argumento segundo o qual a constitucionalidade do espaço de consenso, bem como a sua legitimidade, não pode ser retiradas de um suposto interesse social constitucionalmente amparado na busca da celeridade ou no anseio por eficiência. De fato, sabe-se que grande parte dos entusiastas do espaço de consenso do processo penal sustenta que a negociação constitui método juridicamente louvável porque permite uma celeridade processual que satisfaz a sociedade, economizando tempo e dinheiro do Estado⁴⁰. Essa linha de raciocínio, por certo, peca por petição de princípio, pois contraria uma hermenêutica constitucional calcada em direitos fundamentais. As soluções em casos difíceis devem ser alcançadas tendo por base critérios de princípio político, representados pela efetiva proteção de direitos morais do cidadão. Critérios de procedimento político, calcados na proteção do interesse público ou em alguma concepção de bem-estar geral, devem ser rejeitados. Caso surjam alguns casos sobre os quais o texto jurídico nada diz, ou mesmo na hipótese de as palavras utilizadas estarem sujeitas a interpretações conflitantes, o correto é perguntar qual das duas decisões possíveis se ajustaria melhor aos direitos morais de fundo das partes, não tentar alcançar um suposto direito do todo social⁴¹. A tese defendida neste trabalho, assim, se afasta dessas concepções arrimadas na suposta proteção do interesse público. Defende-se um modelo de espaço de consenso que não reduz a consensualidade a uma técnica de sumarização, no qual a negociação deixa de representar uma ferramenta posta a serviço da eficiência da jurisdição ou de um anseio social por celeridade processual. Um modelo estruturado a partir de uma premissa diversa, segundo a qual o consenso em matéria penal exprime um exercício de estratégia defensiva, de maneira que incumbe exclusivamente ao acusado, titular das garantias da ampla defesa, do contraditório e da duração razoável do processo dele se valer, sempre a fim de atender seus interesses particulares.

Por todo o exposto, pode-se resumir a argumentação ora tecida em uma única afirmação: o consenso não se encontra ontologicamente ligado à sumarização de procedimentos ou ao atendimento a um escopo metajurídico de efetividade jurisdicional; ao contrário, essa constitui apenas uma concepção equivocada do instituto, que o macula e

⁴⁰ Grinover, 2002, p. 194-195.

⁴¹ Dworkin, 2005, p. 13.

inquina, que prejudica a sua correta compreensão e sujeita-o a uma corrente de críticas infundadas.

Cumprido o escopo deste tópico, abre-se caminho para as temáticas seguintes. Inicialmente, comprovar-se-á que a expansão do espaço de consenso processual penal constitui um fenômeno mundial, atual e aparentemente irrefreável. Tal comprovação justificará o esforço seguinte, consistente em estudar a fundo referido instituto, em sua fonte primária (não temporalmente, mas em relevância), para que, a partir dessa análise, seja viável elaborar uma proposta de espaço de consenso que guarde consonância com a cláusula do devido processo legal e não ofenda o titular da garantia da duração razoável do processo.

2.3 O crescimento do espaço de consenso processual penal no mundo

Ao longo deste introito, asseverou-se que o espaço de consenso em matéria processual penal vem crescendo ao longo das últimas décadas, tanto em matéria de alcance geográfico, porquanto uma gama cada vez maior de países o adota, quanto em termos de abrangência normativa, uma vez que o número de crimes aos quais se confere a possibilidade de negociação também constitui objeto de alargamento. Alegou-se, inclusive, que essa tendência mundial aparenta uma natureza irrefreável. Falta, porém, provar essa assertiva, ônus do qual este tópico buscará se desincumbir.

Inicia-se tal tarefa a partir da demonstração da efetiva expansão da barganha em matéria penal para os mais variados ordenamentos jurídicos do mundo. E, no ponto, nenhuma fonte se compara ao estudo desenvolvido por Máximo Langer em um artigo denominado *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Conflict*⁴². Nesse trabalho, o referido autor acompanhou a evolução histórico-legislativa de sessenta diferentes países, das mais diversas matizes jurídicas, ao longo de aproximadamente um século, com o escopo de verificar a introdução, nesses sistemas, de métodos consensuais de solução de lides criminais. Os resultados obtidos a partir dessa pesquisa escancaram o espaço de consenso como uma realidade de caráter global e em franca expansão.

Antes de adentrar nos dados e resultados da pesquisa em comento, todavia, mister que se promova uma breve consideração acerca do posicionamento jurídico do autor em face do instituto do *plea bargaining*. Nos Estados Unidos da América, berço do espaço de consenso processual penal tal qual compreendido atualmente, a doutrina se divide em três grandes

⁴² Langer, 2021.

grupos quando a questão envolve juízos de valor acerca de sua adoção. Basicamente, há, de um lado, os apoiadores indiscriminados do instituto, os quais frequentemente vergam em sua defesa argumentos de índole utilitarista; de outro, tem-se os chamados abolicionistas, opositores ferrenhos da barganha, muito criticados pela falta de embasamento empírico de seus argumentos; e, por fim, exurgem os reformistas, estudiosos que apoiam a ideia da negociação, mas não a forma como a barganha se desenvolve atualmente nos EUA. Máximo Langer desponta, neste contexto, como um antagonista feroz da negociação processual penal norte-americana, um dos principais críticos do referido instituto, sem que, no entanto, jamais tenha se posicionado expressamente como um abolicionista. Seu interesse principal parece ser explorar e questionar as complexidades do *plea bargaining* dentro de um espectro amplo de sistemas legais, ao invés de advogar por uma reforma específica ou pela abolição do instituto. O professor da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia dedica-se a investigar as vantagens, desvantagens e os desafios apresentados pelo *plea bargaining*, proporcionando *insights* valiosos para o debate sobre sua eficácia e justiça.

Essas considerações servem para explicar o posicionamento crítico do autor frente ao espaço de consenso que transparece logo no título do artigo, mormente no emprego da expressão “administrativização da justiça”. Essa expressão visa transmitir a ideia de que a barganha processual penal se oporia à produção de provas em uma instrução presidida por um juiz. Na ausência de uma instrução judicialmente conduzida como etapa anterior à prolação de uma sentença, ter-se-ia, para Langer, uma solução de conflitos de índole administrativa. Enfim, sem juízos de valor acerca do pensamento do referido autor, atividade que foge ao escopo desta reflexão, sedimenta-se, tão somente, que a expressão “administrativização da justiça” pode ser entendida, na linha de Langer e para fins de compreensão do escopo de seu estudo, como institutos de negociação em matéria criminal espalhados pelas legislações mundo afora.

Pois bem, feito o devido registro, relembra-se que o estudo do Professor Langer seguiu a evolução legislativa de exatos 60 (sessenta) países do mundo ao longo de aproximadamente um século. Constatou-se que, antes de 1970, existiam cerca de 11 (onze) países que previam em seus ordenamentos a possibilidade de resolução de conflitos criminais a partir de mecanismos de “evitação de julgamentos”. Desde então, até o ano de 2018, outros 46 (quarenta e seis) países vieram a adotar o espaço de consenso e a prever a possibilidade de negociação em matéria criminal. Logo, atualmente, dos 60 (sessenta) países estudados, 57

(cinquenta e sete) positivaram o espaço de consenso⁴³, ou seja, praticamente a totalidade dos ordenamentos jurídicos acompanhados admite a barganha processual penal para, ao menos, uma fração dos crimes previstos em suas legislações.

Vale frisar que, mesmo dentre os 11 (onze) países que primeiro admitiram a possibilidade de negociação em matéria criminal, não se identificou uma prevalência de países da “*common law*” em detrimento dos demais. Além dos Estados Unidos, esse grupo inicial de países era formado pelas Filipinas, Alemanha, Hungria, Japão, Polônia, África do Sul, Coreia do Sul, Espanha, Suécia e Taiwan⁴⁴. Países com sistemas jurídicos de origens diversas, espalhados por quatro continentes.

Seria natural se perguntar, neste momento, quais os fatores que levariam países tão diferentes a abraçarem um mesmo instituto processual penal e, principalmente, quais os motivos que levaram a tamanho crescimento ao longo das últimas décadas. A resposta a este questionamento, contudo, demandaria uma tese de doutorado própria, uma vez que sequer os estudiosos da matéria conseguem chegar a um consenso acerca do tema. De todo modo, uma compilação operada por Langer indica que os fundamentos frequentemente suscitados como causas dessa expansão, por mais que aparentemente contraditórios, são os seguintes: aumento do número de casos criminais; aumento da complexidade dos casos criminais; profissionalização das polícias; combate à impunidade; diminuição do número e do tempo de prisão provisória; proteção dos direitos das vítimas; fomento da cooperação entre as partes⁴⁵.

Enfim, não há dúvida de que a expansão dos mecanismos de barganha processual é uma realidade verificada ao longo dos últimos cinquenta anos. China, Rússia e Austrália são os países estudados que mais recentemente passaram a adotar institutos semelhantes ao *plea bargaining* em seus ordenamentos jurídicos, mormente entre os anos de 2009 e 2018⁴⁶. A questão agora, pois, consiste em saber a frequência com a qual se utiliza o espaço de consenso, com o fim de perquirir a sua efetiva relevância para o processo penal no mundo atualmente. De acordo com os levantamentos do Professor Langer, o percentual de casos resolvidos no bojo do espaço de consenso variou sobremaneira através dos 26 (vinte e seis) países nos quais o estudo se desenvolveu. De um lado, tem-se países como Estônia, Israel, Estados Unidos e Nova Zelândia, nos quais mais de 90% dos casos criminais encontrou sua solução final após procedimentos de negociação. De outro, observou-se nações como Peru,

⁴³ Langer, 2021, p. 377-411.

⁴⁴ Langer, 2021, p. 377-411.

⁴⁵ Langer, 2021, p. 377-411.

⁴⁶ Langer, 2021, p. 377-411.

Panamá, Holanda e Lituânia, nos quais o espaço de consenso não chegou a abranger 30% dos casos levados ao conhecimento do Estado-juiz. Porém, ao se realizar uma média entre os países avaliados, afere-se que 66,5% da totalidade dos casos de natureza criminal foram solucionados por meio de institutos baseados na negociação e no consenso⁴⁷. Perceba-se: nos países estudados, cerca de 2/3 das lides penais se resolvem no espaço de consenso, constatação que demonstra a extrema relevância e abrangência normativa do instituto na seara processual penal da atualidade.

Na verdade, nos dias de hoje, o que varia de país para país não é tanto a adoção de mecanismos consensuais em matéria penal, mas as peculiaridades de cada instituto, a abrangência e a forma como se opera a internalização do espaço de consenso por cada ordenamento jurídico. A legislação portuguesa, por exemplo, diferencia crimes graves de delitos de reduzida relevância social para fins de aplicação da negociação. Para os de pequena gravidade, aqueles delitos para os quais se comina pena privativa de liberdade de até cinco anos, previu-se a possibilidade de decisões baseadas no consenso. Possibilita-se a suspensão do processo em troca de regramentos de conduta durante um período de prova, assim como a substituição por multa ou liberdade condicional⁴⁸. Para os mesmos delitos, a legislação portuguesa também admite um procedimento sumaríssimo, caracterizado por ser um pedido de aplicação imediata de pena a pedido das partes. Referido instituto, porém, não autoriza a aplicação de penas privativas de liberdade, conforme expressamente disposto no art. 392 do Código de Processo Penal Português.

A Noruega e a Áustria adotam modelo semelhante à suspensão do processo do direito português. Admite-se a barganha para os crimes de ação pública que estabelecem penas de prisão de até 3 (três) anos. As sanções reparatórias e compensatórias afastam a punibilidade – com a condição de que não haja violência⁴⁹.

O sistema processual belga também admite uma postura transacional por parte do Ministério Público em infrações penais que não sejam reputadas graves. Destarte, todos os crimes e contravenções de baixo ou médio potencial ofensivo são passíveis de solução consensual, sendo que, se a barganha é aceita, a persecução se dá definitivamente por encerrada. No caso dessas ofensas menores, nada impede que a compensação do dano sofrido pela vítima integre a negociação. Saliente-se que o MP belga, embora envolto pela tradição da

⁴⁷ Langer, 2021, p. 377-411.

⁴⁸ Pereira, 2002, p. 121.

⁴⁹ Pereira, 2002, p. 159.

civil law, possui ampla margem de discricionariedade envolvendo decisões sobre o ajuizamento da ação e escolhas relativas à persecução. As linhas gerais sobre a persecução, no entanto, são traçadas pelo Colégio de Procuradores, pelo que não constituem fruto de decisões meramente individuais. Leia-se, seguidos esses parâmetros, os presentantes ministeriais poderão atuar com liberdade, inclusive no espaço de consenso⁵⁰.

Dentre os países de tradição jurídica romano germânica, não há dúvida de que a Itália conta com o sistema de barganha processual penal mais avançado, seja por conta da questão temporal, pois formas de justiça consensual são conhecidas por aquele ordenamento desde a década de 70, seja por força do seu escopo, uma vez que o espectro de aplicabilidade das soluções negociadas se revela demasiadamente amplo. Nesta esteira, o Código de Processo Penal italiano de 1988 estabelece expressamente diferentes formas de acordos relacionados tanto à pena (conhecidos como “*patteggiamento sulla pena*” ou “*applicazione della pena su richiesta delle parti*”) quanto ao procedimento judicial (“*patteggiamento sul rito*”). Além disso, o código permite a “*oblazione*”, consistente na possibilidade de se extinguir o processo por meio da realização de um pagamento pelo réu antes da fase de *dibattimento* em casos de contravenções penais, bem como a chamada monitória criminal, autorização de imposição de uma multa em substituição a uma pena de prisão se houver um pedido da acusação aceito pelo acusado. Admite-se a negociação sobre a pena em casos de crimes que, com uma redução de um terço, resultem em uma pena de no máximo cinco anos de prisão. Destaque-se que as partes envolvidas também têm a opção de negociar sobre o procedimento legal a ser seguido⁵¹.

O ordenamento jurídico alemão, a seu turno, oferece o mais curioso dos cenários envolvendo a adoção de mecanismos consensuais no processo penal. Isso porque, recorrentemente, doutrinadores norte-americanos adeptos da corrente abolicionista citavam o processo penal alemão, de natureza exclusivamente litigiosa, como o modelo a ser seguido, o verdadeiro e único *standard* de proteção a direitos fundamentais. Todos os demais modelos eram tidos como insuficientes, ultrapassados e antidemocráticos em face do imaculado e não corrompido direito processual alemão⁵². Eis que, todavia, em 2009, a Alemanha aprovou a *absprachen*, a qual representa a positivação do espaço de consenso processual penal alemão. Diz-se de positivação em nível legislativo, pois, desde 1970, essa prática ocorria *sine lege* no

⁵⁰ Pesquié, 2005, p. 143-145.

⁵¹ Giacomolli, 2016.

⁵² Langbein, 1979.

cotidiano forense⁵³. De todo modo, o novo espaço de consenso alemão estabelece a possibilidade de acordo mediante as seguintes condições: a) confissão do acusado; b) limitação aos efeitos da sentença; c) especificação das condições e dos limites máximos e mínimos da sanção, pelo magistrado; d) possibilidade de proposta de acordo pelo juiz; e) efeitos condenatórios da sentença; f) liberdade de o magistrado não aceitar o acordo, quando não observadas as circunstâncias legais ou quando considerar não ser apropriada a pena.

Em terras sul-americanas, o Chile consagra procedimentos de barganha em seu CPP desde o ano 2000⁵⁴. O “*procedimiento abreviado*”, previsto no art. 407 da codificação processual penal chilena, apresenta uma série de características peculiares quando comparado com seu modelo de inspiração (o *plea bargaining*), mormente em face da exigência de prévia dedução da acusação e do imperativo de solicitação expressa como condição para o início das negociações. Outrossim, o juiz, no Chile, tem a possibilidade de absolver o réu, mesmo em casos de acordo.

A proposta chilena de zona de consenso segue as linhas do Código de Processo Penal Modelo Para a Ibero-América, cujo projeto final foi apresentado no Rio de Janeiro, no ano de 1988. Tanto é assim que outros países latino-americanos seguem diretrizes bastante semelhantes, estando a variação expressa apenas nos critérios objetivos adotados para o cabimento do juízo abreviado. O Equador, o Paraguai e a República Dominicana, por exemplo, reservam esse procedimento para crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a 05 (cinco) anos⁵⁵. Outros países, como Argentina, Guatemala e El Salvador preferem trabalhar com limites máximos de pena em concreto, de maneira que a sanção privativa de liberdade negociada não poderá extrapolar os 06 (seis), 05 (cinco) e 03 (três) anos, respectivamente⁵⁶. Já Venezuela, Peru, Costa Rica e Honduras fogem um pouco a essa regra, pois aceitam a barganha processual penal em qualquer tipo de processo criminal e em toda classe de delitos de ação pública⁵⁷.

Como se vê, são extremamente variadas as conformações que cada ordenamento conferiu ao seu próprio espaço de consenso. Buscando identificar um mínimo de unidade em meio a tamanha variação, Máximo Langer concluiu que são cinco os traços mundiais que caracterizam o espaço de consenso pelo mundo atualmente: necessidade de reconhecimento

⁵³ Frommann, 2009.

⁵⁴ Falconery, 2022.

⁵⁵ Andrade, 2017, p. 58.

⁵⁶ Andrade, 2017, p. 59.

⁵⁷ Andrade, 2017, p. 59.

de culpa em virtude do cometimento de um crime; aplicação de uma pena; perda de propriedade ligada ao crime; consequências colaterais ligadas aos direitos políticos; consignação em uma ficha criminal⁵⁸. Aqui, pois, se encontra o núcleo duro das zonas de consenso pelo mundo.

A última característica que demonstra haver um triunfo do espaço de consenso no direito contemporâneo se refere à sua aparente irrefreabilidade. Afinal, dentre os 57 (cinquenta e sete) países do mundo que, de acordo com a pesquisa supracitada, adotam mecanismos de solução negocial de conflitos penais, nenhum deles legislou no sentido de revogar o espaço de consenso e restabelecer integralmente o *status quo ante*. O número de países que adotam o modelo e de casos criminais resolvidos mediante ferramentas consensuais apenas aumentou durante o período estudado, chegando a 2/3 do total das lides penais dentre os países pesquisados. O país que era visto como modelo para os mais radicais críticos do *plea bargaining* acabou por positivar o espaço de consenso, fato que pode ser visto como a derrocada do último bastião de oposição à negociação em matéria penal. Não há como negar, enfim, que o espaço de consenso veio para ficar⁵⁹.

Na verdade, a única experiência conhecida de abolição de um espaço de consenso previamente estabelecido se deu no estado norte-americano do Alasca, ainda na década de 1970. Experiência essa que se revelou curta, infrutífera e malsucedida. Alguns críticos do *plea bargaining* costumam vincular a proibição temporária da negociação em matéria criminal no Estado do Alasca a supostos abusos no uso da referida ferramenta⁶⁰. Porém, estudos doutrinários e históricos mais profundos acerca dessa experiência abolicionista apontam outros – e bastante peculiares – fatores como mais significativos para a abolição temporária da negociação, mormente a nomeação de Avrum Gross para o cargo de Procurador Geral de Justiça do Estado do Alasca, uma vez que esse fez do combate ao *plea bargaining* a sua plataforma política. À época, o referido Procurador Geral aproveitou-se de seu cargo para, na condição de partidário democrata em um estado majoritariamente republicano, fazer da questão jurídica ligada ao espaço de consenso um movimento político. Uma decisão de caráter meramente populista, pós escândalo de Watergate⁶¹.

Independentemente da motivação histórica adotada, ou mesmo da acuidade de ambos os fundamentos – algo que sói ocorrer em conflitos de natureza política –, fato é que a

⁵⁸ Langer, 2021, p. 377-411.

⁵⁹ Bond, 1979.

⁶⁰ Acevedo, 1995, p. 987.

⁶¹ Rubinstein; White, 1979.

abolição do *plea bargaining* se deu apenas no plano formal. Na prática forense, acordos continuaram a ser entabulados entre acusação e defesa, mormente porque referida situação era vista como benéfica por ambas as partes, as quais não possuíam interesse em serem forçados à litigância. O número de confissões não registrou variação significativa. Em entrevistas, advogados de defesa alegavam que a formulação de confissões em determinados casos era, simplesmente, algo natural. Sem a barganha, a imposição de penas privativas de liberdade cresceu, em detrimento de penas alternativas e do livramento condicional. Aumentos de até 233% no montante médio de penas foram identificados, como nos crimes relacionados a drogas. Como consequência, o sucessor imediato de Gross na Procuradoria Geral do Alaska, Wilson Gondon, já nos anos 80, elaborou uma série de diretrizes por meio das quais se readmitia a negociação, a diminuição de penas e a não persecução penal⁶², reestabelecendo o *plea bargaining* naquele estado e confirmando o argumento ora tecido, segundo o qual a adoção do espaço de consenso processual penal ostenta contornos aparentemente irreversíveis.

Relegou-se ao final alguns comentários acerca daquilo que a França estabeleceu como seu modelo de justiça negociada, justamente porque substancial parte dele, na verdade, não traz consigo qualquer traço de negociação, barganha e, conseqüentemente, de efetivo consenso. Inclusive, até o momento, não se procurou efetivar qualquer juízo de valor acerca dos modelos de espaço de consenso estabelecidos por outros países. Todavia, o descompasso entre parcela do sistema francês⁶³ e um modelo de consenso democrático salta aos olhos de tal modo que o caso alcança o *status* de cenário a ser evitado, representando o perigo que uma positivação não processual do espaço de consenso pode implicar para os direitos e garantias individuais do sujeito submetido à persecução penal. De maneira sucinta, tem-se que o Código de Processo Penal francês permite o julgamento de contravenções e crimes de menor potencial ofensivo sob um procedimento simplificado batizado de ordens penais. Este procedimento formal e escrito, como manda a tradição romano germânica, é dirigido pelo Ministério Público com o apoio da polícia. Formada a *opinio delicti*, os promotores remetem seu processo a um juiz que, então, emitirá uma decisão chamada ordem penal. Se o destinatário da ordem a ela não se opuser, a condenação equivale a uma sentença proferida por um tribunal no final de um julgamento. Em suma, criou-se um procedimento calcado na

⁶² Carns; Kruse, 1991.

⁶³ Diz-se parcela do sistema francês porque a criminalidade de ofensividade média admite o “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*”, esse sim um verdadeiro acordo entre Ministério Público e acusado acerca da pena (Andrade, 2017, p. 19).

completa falta de audição do arguido, em que uma pessoa simplesmente recebe uma condenação penal em sua casa e no qual os direitos de defesa acabam reduzidos a uma expressão mínima, tudo com fins a se atingir ideais de economia processual e eficiência jurisdicional⁶⁴.

Portanto, é essencial reconhecer antecipadamente que a prática da justiça negociada dentro do sistema de justiça criminal tornou-se uma realidade inegável e irreversível, abrindo perspectivas inéditas e suscitando novas preocupações que exigem uma análise cuidadosa e crítica. Isso é necessário para seu aprimoramento e para prevenir possíveis abusos, especialmente evitando que tal expansão transforme o sistema de justiça criminal em uma arena desregulada de transações comerciais⁶⁵ e arbitrariedades. Cuida-se da tarefa da qual este trabalho buscará se desincumbir a partir de agora. Para tanto, proceder-se-á, inicialmente, a um estudo do panorama do espaço de consenso brasileiro, com fins a compreender o atual estado de conformação do instituto no ordenamento jurídico pátrio e as tendências para o futuro, em uma análise ao mesmo tempo descritiva e crítica. Em seguida, passar-se-á ao exame do instituto de referência em matéria de consenso processual penal, o *plea bargaining* norte-americano, mormente das decisões da Suprema Corte Norte-Americana que moldaram a negociação da forma como é tida hoje. Uma vez conhecendo o panorama brasileiro e após aprender com a realidade norte-americana, propor-se-á um modelo de espaço de consenso democrático, cuja natureza processual impedirá seja ele transmutado em um mero balcão de negócios ou em um palco de abusos.

⁶⁴ Enescu, 2021.

⁶⁵ Abrão, 2021.

3 O ESPAÇO DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Dos instrumentos negociais previstos na Lei n. 9.099/95

O art. 98, I, da CR/88, previu, de maneira expressa, a criação dos Juizados Especiais, órgãos jurisdicionais competentes, no plano criminal, para o julgamento de todas as infrações penais consideradas de menor potencial ofensivo. O constituinte originário, inclusive, fez questão de estabelecer diretrizes a orientar a atuação do legislador ordinário nesta seara, ao consignar que os Juizados Especiais deveriam estabelecer um procedimento de natureza sumária no qual permitida a realização de transação em matéria criminal.

Concretizando o comando constitucional em voga, a Lei n. 9.099/95 criou os chamados Juizados Especiais Criminais, competentes para processar e julgar todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim definidas como todos os crimes que possuíssem pena máxima inferior a um ano e, também, todas as contravenções penais. A Lei n. 10.259/01, conhecida como “Lei dos Juizados Especiais Federais”, posteriormente, ampliou o conceito de crimes de menor potencial ofensivo para abranger todos os delitos aos quais a legislação cominava penas de até 02 (dois) anos de privação de liberdade. Quase que imediatamente aplicada no âmbito dos Juizados Especiais dos estados a partir de decisões jurisprudenciais exaradas com fulcro em critérios de isonomia, essa nova conceituação de crimes de menor potencial ofensivo constituiu objeto de uniformização e positivação posterior por meio da Lei n. 11.313/06, a qual modificou o art. 61 da Lei n. 9.099/95 para agasalhar a mesma definição de infrações penais de menor potencial ofensivo prevista na legislação de regência dos órgãos federais análogos.

Valendo-se da abertura à negociação concedida, ou melhor, imposta pelo constituinte originário à negociação em matéria criminal, a Lei n. 9.099/95 criou três institutos baseados na barganha, quais sejam a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, os quais compuseram a primeira versão do espaço de consenso brasileiro. Mesmo diante do imperativo constitucional de abertura de uma zona de consenso no direito processual penal pátrio – algo que, de *per se*, demonstra a ausência de incompatibilidade entre o ordenamento jurídico brasileiro e a negociação em matéria criminal no plano do Direito Positivo –, houve vozes doutrinárias que se ergueram contra a constitucionalidade dos referidos institutos, ao argumento de que haveria uma suposta

violação ao princípio da obrigatoriedade e, por consequência, ao próprio direito à igualdade⁶⁶. Todavia, dado que a Lei dos Juizados Especiais Criminais (LJE), ao prever a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, apenas conferiu concretude a um comando constitucional expresso, a doutrina majoritária rapidamente sufocou essas vozes dissidentes⁶⁷, as quais jamais conseguiram qualquer ressonância jurisprudencial significativa.

Dito isso, tem-se que o primeiro instituto integrante do espaço de consenso brasileiro cunhado pela LJE, seguindo a ordem estabelecida pela própria lei, se trata da composição civil dos danos. A propósito, estatui o art. 72 da Lei n. 9.099/95 que a audiência inicial deve incluir a participação do investigado, da vítima (ou seu representante, se necessário), dos advogados de ambas as partes, do promotor de justiça e do magistrado (ou mediador, conforme sua direção). Uma vez reunidos todos os envolvidos, a legislação estabelece que o primeiro passo deverá ser a tentativa de lavratura de um acordo para fins de reparação civil do dano. Atingir esse acordo implica em uma renúncia implícita ao direito de ação ou representação, no caso de ações penais privadas ou públicas condicionadas, respectivamente. Destarte, basicamente, por meio do referido instituto, a compensação do prejuízo, de caráter civil, possuirá o condão de obstar o avanço da persecução penal, evitando a prolongação do *status* de investigado e excluindo a aplicação de qualquer tipo de penalidade de natureza criminal.

Como se vê, *a priori*, a composição civil dos danos enquanto causa obstativa do prosseguimento da persecução penal aplicar-se-ia, tão somente, às hipóteses de ações penais privadas ou públicas condicionadas à representação. A evolução jurisprudencial do instituto, porém, culminou por alargar seu espectro de incidência às infrações penais de menor potencial ofensivo nas quais houvesse vítima determinada. Tal entendimento, expresso no enunciado n. 99 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), buscou fundamentação na própria principiologia dos Juizados Especiais Criminais, calcada em ideais de simplicidade, economia processual, pacificação social e, principalmente, valorização dos interesses das vítimas, o que permitiu que se equiparasse todos os cenários de infrações penais praticadas em detrimento de ofendido determinado para fins de composição civil⁶⁸.

⁶⁶ Lopes Jr., 2001.

⁶⁷ Gomes, 2002, p. 82.

⁶⁸ Romero, 2023.

O segundo instituto criado pela Lei n. 9.099/95 e, seguramente, dada sua ampla aplicação, aquele que significou a maior inovação no ordenamento jurídico pátrio, se cuida da transação penal. Ao versar sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo, dispõe o art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (LJE) que, havendo representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Como não poderia deixar de ser, a criação de uma nova ferramenta processual penal, de caráter plenamente inovador – já que autorizou, pela primeira vez, uma negociação entre *parquet* e investigado, limitada aos interesses de ambos –, gerou intensas discussões em sede doutrinária e jurisprudência. A principal delas, tanto que precisou ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, envolveu a natureza jurídica da transação penal, questão que, pontue-se, não se reduzia a um mero fetiche acadêmico, mas possuía repercussões práticas de extrema relevância, pois envolviam a possibilidade de o Ministério Público (MP) vir a se negar a oferecer a proposta ao imputado, mesmo quando esse tinha interesse em eventual negociação.

Neste diapasão, surgiram três correntes doutrinárias acerca do tema. Entende-se relevante tecer algumas pinceladas acerca da temática, porquanto referida discussão acabou repristinada quando da expansão do espaço de consenso brasileiro em 2019 e, por esta razão, acredita-se que a controvérsia poderá ressurgir em face de eventual, quiçá iminente, novo alargamento da negociação em matéria penal no Brasil.

Assim, inicialmente, levantaram-se em doutrina posicionamentos que batiam pela discricionariedade ministerial na elaboração da proposta de transação penal. Tal corrente, capitaneada por autores como Alexandre de Moraes e Gianpaolo Smanio, defendia ser a transação penal um instrumento de política criminal colocado à disposição do Ministério Público, que, entendendo conveniente ou oportuna uma solução mais célere da lide penal, proporia ao investigado a aplicação imediata de uma pena não privativa de liberdade⁶⁹. Basicamente, esses autores interpretavam o vocábulo “poder”, expresso no art. 76 da LJE, de maneira literal, algo que, por consequência, conduzia à conclusão de que o órgão ministerial possuiria liberdade para decidir acerca da apresentação ou não da proposta de transação penal.

O entendimento doutrinário acima elencado restou vencido em sede jurisprudencial. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, com arrimo em abalizada doutrina⁷⁰, acabou por encerrar o debate acerca da natureza jurídica da transação penal ao decidir que se tratava de

⁶⁹ Moraes; Smanio, 2006, p. 282.

⁷⁰ Bittencourt, 2003, p. 587.

um verdadeiro direito subjetivo do cidadão submetido à persecução penal⁷¹. Essa corrente de pensamento prevalente sustentava que a transação impeditiva de um processo, ou obstativa da persecução, precisava estar em harmonia com os princípios da celeridade, simplicidade e não aplicação de penas privativas de liberdade que orientam os Juizados Especiais Criminais. Ocorre que tais princípios não são compatíveis com a concessão de uma faculdade potestativa de negociação ao Ministério Público⁷², de modo que a transação penal somente poderia ser enxergada, conseqüentemente, como um direito subjetivo da pessoa submetida à persecução.

Ainda que não tenha se saído vencedora do debate envolvendo a natureza jurídica da transação, merece destaque, por seus lógicos e substanciais fundamentos, o entendimento capitaneado por Afrânio Silva Jardim e Maria Lúcia Karam. Essa última corrente doutrinária sustentava que o estudo acerca da natureza jurídica da transação penal perpassava pela decomposição do referido conceito em suas elementares. Ao assim proceder, o intérprete perceberia que, na transação penal, o titular da ação, uma vez convencido acerca da materialidade e da autoria delitivas, deve pedir ao Estado-juiz que solucione aquele conflito de interesses mediante a aplicação da lei ao caso concreto, medida essa que contaria com uma particularidade, qual seja, o pretense autor do fato já haveria aquiescido com a pena. Dito de outro modo, o Ministério Público, ao vislumbrar uma situação fática adequada a uma hipótese típica de infração de menor potencial ofensivo, apresentaria ao juiz a pretensão de ver aplicada uma sanção com a qual consentira, previamente, o investigado. Ora, pedir ao Estado-juiz a aplicação da lei ao caso concreto implica na provocação da tutela jurisdicional e, para mais, o ato através do qual se pede a prestação da jurisdição representa a demanda – ação em sentido processual, ação concretamente exercida. Portanto, ao oferecer a transação penal, concluem aos autores adeptos desta corrente, está o *Parquet* apenas propondo uma espécie diferente de ação penal⁷³, a qual conta com uma particularidade, qual seja a prévia concordância do sujeito submetido à persecução para com a reprimenda não privativa de liberdade a ser aplicada⁷⁴.

Finalmente, chega-se ao último instituto que integra o espaço de consenso criado pela Lei n. 9.099/95⁷⁵, qual seja a suspensão condicional do processo. De acordo com o art. 89 da LJE, a suspensão condicional do processo será cabível nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou

⁷¹ Vide HC n. 81.228 / RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12/03/2002.

⁷² Fernandes, 2000, p. 206.

⁷³ Jardim, 2007, p. 339.

⁷⁴ Karam, 2004, p. 89.

⁷⁵ Brasil, 1995.

não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam o *sursis*. Como pode ser percebido da descrição legal, uma vez oferecida a exordial acusatória, o Ministério Público poderá ofertar ao denunciado uma série de condições que, caso aceitas e cumpridas durante um período de prova, implicarão no reconhecimento de extinção da pretensão punitiva estatal. Assim como ocorre com a transação penal, o Estado-juiz apenas homologa o acordo firmado entre as partes, não proferindo qualquer juízo condenatório, de maneira que o denunciado, que não assume responsabilidade ou culpa pela infração penal objeto da imputação, mantém tanto sua primariedade quanto seus bons antecedentes.

Do mesmo modo como ocorrido em relação à transação penal, formaram-se duas correntes doutrinárias que buscavam explicar a natureza jurídica da suspensão condicional do processo. Novamente, a celeuma recaiu sobre o emprego do vocábulo “poder”, insculpido no bojo do art. 89 da LJE. Autores como Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly arguíram que, por política criminal, foi permitido ao Ministério Público elaborar juízo de conveniência sobre a persecução penal através do *sursis* processual. A suspensão condicional do processo, pois, constituiria um instrumento de política criminal legalmente relegado ao MP, o qual, por consequência, poderia examinar, via critérios de conveniência e oportunidade, o cabimento da proposta⁷⁶. De outro lado, porém, autores como Nereu Giacomolli e Damásio de Jesus sugeriam que a expressão “poder”, consagrada no art. 89 da Lei n. 9.099/95, deveria ser lida como “poder dever”⁷⁷ e que referido instituto fora criado com fins a atender aos interesses do acusado, da vítima e da sociedade, pelo que consistiria em um verdadeiro direito subjetivo público de liberdade⁷⁸.

Desta feita, ao contrário do que ocorreu com a transação penal, formou-se um dissídio jurisprudencial que, por mais que permita o reconhecimento de um pensamento prevalente, está longe de ser pacífico. Afinal, no intervalo de apenas 10 (dez) anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tomou decisões conflitantes sobre o tema, circunstância essa que demonstra que a matéria ainda não se encontra integralmente sedimentada em sede jurisprudencial. Para demonstrar o argumento ora tecido, percebe-se que, em 2013, em julgamento de relatoria da Min. Carmen Lúcia, o STF cravou, expressamente, que a suspensão condicional do processo não constituiria um direito subjetivo do réu⁷⁹. Todavia, no ano de 2018, em acórdão de lavra do Min. Marco Aurélio, o Pretório Excelso estatuiu exatamente o contrário, ou seja, asseverou

⁷⁶ Demercian; Maluly, 1997, p. 144.

⁷⁷ Giacomolli, 1997, p. 149.

⁷⁸ Jesus, 2009, p.

⁷⁹ Vide STF, RHC 115997 / PA, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, julgado em 12/11/2013.

tratar-se a proposta prevista no art. 89 da LJE de um direito subjetivo do acusado⁸⁰. Finalmente, em 2023, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de relatoria do Min. Édson Fachin, retomou seu entendimento inicial e afirmou que a suspensão condicional do processo não materializa um direito subjetivo do réu⁸¹. Cuida-se da última palavra exarada pela Corte Suprema do país sobre a matéria até o momento, de modo que, hodiernamente, pode-se afirmar que se trata do entendimento jurisprudencial vigente.

Na verdade, não há dúvida de que essa mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria parte, com a devida vênia, de uma concepção doutrinária equivocada a respeito da postura do Ministério Público (obrigatoriedade x discricionariedade) em face do espaço de consenso, como se verá mais à frente neste trabalho. Para os fins deste tópico, no entanto, basta uma explanação acerca do cenário geral do espaço de consenso criado pelo legislador brasileiro, mormente aquele aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo. Nesta esteira, conclui-se que a Lei n. 9.099/95 criou três instrumentos negociais inéditos, os quais permitiram, pela primeira vez, a barganha em matéria penal. O primeiro deles, a composição civil, implica em uma negociação entre autor e vítima, o qual gera consequências peremptórias em matéria criminal. Os outros dois, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a seu turno, permitem uma negociação direta entre o Ministério Público, titular da ação penal pública, e o réu ou investigado, sempre assistido por advogado. Em nenhuma das hipóteses será proferida uma sentença penal condenatória ou impostas penas privativas de liberdade. As sentenças judiciais prolatadas a partir desses acordos limitam-se a referendar condições, aplicar reprimendas não privativas de liberdade ou cancelar obrigações cíveis e, em virtude de sua natureza meramente homologatória e da ausência de assunção ou adjudicação de culpa, implicarão, com o cumprimento do acordo, no mero reconhecimento de extinção da punibilidade do sujeito submetido à persecução penal. São essas, pois, as principais características do espaço de consenso instituído pela Lei n. 9.099/95, primeiro passo tomado pelo legislador brasileiro em direção a um modelo de justiça penal negociada a partir da CR/88.

3.2 Do acordo de não persecução penal

Certamente, em uma perspectiva puramente temporal, o acordo de não persecução penal não pode ser considerado como a etapa seguinte da evolução da legislação brasileira em

⁸⁰ Vide STF, HC 136053 / SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 07/08/2018.

⁸¹ Vide STF, HC 223012 AgR / RJ, de relatoria do Min. Édson Fachin, julgado em 25/04/2023.

direção ao alargamento do espaço de consenso processual penal. Afinal, entre a promulgação da Lei n. 9.099/95 e a introdução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) pela legislação pátria no ano de 2019, através do chamado Pacote Anticrime, houve uma profunda repaginação legal do instituto da colaboração premiada por meio da Lei n. 12.850/13. Contudo, as semelhanças havidas entre o espaço de consenso estabelecido pela LJE e o acordo de não persecução penal tornam mais lógico e didático que o estudo desses institutos seja realizado de modo sequencial, deixando a colaboração premiada, cuja estrutura conceitual foge do esqueleto básico que une os demais institutos negociais do processo penal brasileiro, para um segundo momento.

Isto posto, tem-se que, conforme adiantado, o acordo de não persecução penal foi legalmente introduzido no Brasil pela Lei n. 13.964/19⁸². Diz-se legalmente porque, anteriormente à edição do referido diploma legal, o Conselho Nacional do Ministério Público havia editado uma resolução que “criava” esse novo instituto de negociação em matéria penal no Brasil. Dito de outra forma, em sede infralegal, desde 07 de agosto de 2017, em virtude da edição da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que disciplinou o procedimento de investigação criminal (PIC), o ordenamento jurídico pátrio já convive com a figura do acordo de não persecução penal. A propósito, não é sequer necessário dizer que a ampliação do rol de hipóteses negociais em matéria penal por meio de resolução gerou um acalorado debate doutrinário envolvendo a constitucionalidade do ANPP. As críticas doutrinárias, inclusive, encontravam guarida, tendo em vista que a resolução em voga apresentava flagrantes vícios de constitucionalidade, consubstanciados na ilegitimidade ativa do Conselho Nacional do Ministério Público para deliberar sobre temática submetida a reserva de lei em sentido estrito. O alargamento do espaço de consenso e a ampliação da possibilidade de negociação em matéria criminal extrapolam os limites de um mero aspecto procedimental ou ritualístico para adentrar o núcleo de direitos e garantias fundamentais ligados à liberdade, razão pela qual se cuida, indubitavelmente, de matéria submetida à cláusula de reserva legal⁸³.

Superada a discussão relativa à constitucionalidade da resolução que primeiramente introduziu a figura do ANPP no país, volta-se a atenção ao conteúdo daquela norma infralegal, dado seu caráter pioneiro. De acordo com os termos da Resolução CNMP n.

⁸² Brasil, 1919.

⁸³ Iennaco, 2018.

181/2017⁸⁴, por meio de um instituto batizado de acordo de não persecução penal, autorizava-se a realização de uma barganha entre acusação e investigado nos crimes aos quais a legislação cominasse penas mínimas de até quatro anos. Referido acordo pressupunha a confissão do investigado, mas, ao mesmo tempo, não acarretava a prolação de uma sentença penal condenatória. Significa que, como contrapartida pela confissão e abdicação de contestação do teor da acusação em audiência de instrução e julgamento, ao investigado não seria imposta uma condenação, estando ele sujeito, tão somente, ao cumprimento de condições estipuladas em conjunto com o Ministério Público, tais como prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, multa ou reparação dos danos à vítima.

Após o aprofundamento das críticas à constitucionalidade do instituto, o que implicou até mesmo na lavratura de recomendações por parte de órgãos correccionais dos Ministérios Públicos dos estados (a exemplo de Minas Gerais) no sentido de que os promotores de justiça abdicassem do uso da referida ferramenta, a questão relativa à ampliação do espaço de consenso foi levada ao seu palco correto de discussão, qual seja o Congresso Nacional. Devidamente debatida a matéria, o acordo de não persecução penal acabou aprovado pelo Poder Legislativo federal por meio da Lei n. 13.964/19. Referido diploma legal acolheu todas as bases do ANPP estabelecidas pela Resolução n. 181/2017, praticamente promovendo uma legalização do referido instituto. Até o nome um tanto infeliz e tecnicamente inadequado da figura restou mantido (lembre-se que a persecução penal, que se divide em dois momentos distintos⁸⁵, inicia-se com a investigação, de maneira que eventual acordo ocorrerá necessariamente em seu curso, ou seja, inexistente o caráter obstativo sugerido na nomenclatura do instituto). Manteve-se, também, a natureza homologatória da sentença, a exigência de confissão, os limites de pena para cabimento do acordo e as sanções – sempre não privativas de liberdade – aplicáveis ao investigado. Não seria exagero, portanto, afirmar que a Lei n. 13.964/19, vulgarmente conhecida como Pacote Anticrime, apenas reproduziu o conteúdo da famigerada Resolução n. 181/2017 do CNMP.

A semelhança entre as normas em voga, que instituíram o ANPP em nível legal e infralegal, não deriva de uma mera coincidência. Na verdade, ela decorre de uma identidade dos próprios motivos exarados como fonte de sua criação. Dos fundamentos apresentados pelo CNMP, destaca-se a preocupação com a sobrecarga enfrentada pelo sistema de justiça criminal, apontando para a importância de se buscar alternativas que permitissem concentrar o

⁸⁴ Brasil, 2017

⁸⁵ Marcão, 2023, p. 53.

uso do “processo penal formal” e das penas de prisão para delitos de maior gravidade. Já a Lei n. 13.964/2019, que introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal, busca atender a uma alegada necessidade de revisar a obrigatoriedade da ação penal, considerando a complexidade de determinados casos criminais e a crescente adoção de acordos como forma de aliviar o congestionamento do Judiciário. Essa legislação justifica a implementação do acordo de não persecução penal como uma forma de otimizar o tempo do Poder Judiciário, o qual poderia focar em crimes mais sérios e casos mais complexos. Dessa maneira, o acordo de não persecução penal emergiria, de acordo com os fundamentos erigidos por ambos os diplomas, como parte de uma estratégia de política criminal que visa aumentar a eficiência dos procedimentos e instituições penais⁸⁶.

Assim como ocorrido com a transação penal e a suspensão condicional do processo, exsurgiu em doutrina uma profunda discussão acerca da natureza jurídica do ANPP. De um lado, emergiu um grupo de autores que salientava que, dadas as suas semelhanças para com a transação penal, ou seja, por razões de isonomia, combinadas com a sua natureza despenalizadora, o acordo de não persecução penal somente poderia ser visto como um direito subjetivo do investigado⁸⁷. De outro, formou-se uma corrente que enxerga no acordo de não persecução penal uma prerrogativa do Ministério Público, uma ferramenta de natureza discricionária, de maneira que, caso o *Parquet* se recuse a oferecê-lo, não poderá o Judiciário intervir na questão, pois, se assim o fizer, estará imiscuindo-se na função institucional do órgão ministerial⁸⁸. Tal posicionamento encontrou eco na jurisprudência, a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual passou a decidir, reiteradamente, que o ANPP deve resultar da convergência de vontades (acusado e MP), “não podendo se afirmar que se trata de um direito subjetivo do acusado, até porque, se assim o fosse, haveria a possibilidade de o juízo competente determinar a sua realização de ofício, o que retiraria a sua característica mais essencial, que é o consenso entre os envolvidos”⁸⁹. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal também vem batendo pela incompatibilidade entre consenso e eventual direito subjetivo ao acordo de não persecução penal, como expressamente consignado no julgamento do HC 191124 AgR, de lavra da Primeira Turma⁹⁰, e do ARE 1364186 AgR⁹¹, oriundo da Segunda Turma do Pretório Excelso.

⁸⁶ Falconery, 2022.

⁸⁷ Resende, 2020.

⁸⁸ Gonzaga, 2022.

⁸⁹ São Paulo, 2020.

⁹⁰ [...] As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema

Acredita-se que a definição da natureza jurídica do acordo de não persecução penal perpassa, necessariamente, por um estudo acerca da postura do Ministério Público em face da obrigatoriedade da ação penal em um espaço de consenso. Portanto, assim como operado em relação aos instrumentos negociais criados pela Lei n. 9.099/95, deixa-se para desenvolver esse raciocínio em um momento subsequente, quando da análise da adequação dos ditames do *plea bargaining* às peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio e, em especial, do Ministério Público brasileiro. Para as finalidades descritivas deste subtópico, basta consignar que, de acordo com os motivos levantados para a criação do instituto e com o posicionamento da doutrina e da jurisprudência majoritárias, o ANPP se define como instrumento tendente à aplicação imediata de pena alternativa à privativa de liberdade sem a necessidade de se instaurar uma ação penal e fazer com que o investigado passe por toda a marcha processual. Algo que, para robusta parcela da doutrina e da jurisprudência, implicaria em uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

3.3 Da colaboração premiada

Somando-se à transação penal, à suspensão condicional do processo e ao acordo de não persecução penal, a colaboração premiada exsurge como um dos mecanismos negociais reconhecidos pela legislação criminal brasileira no âmbito das ações penais públicas. Entende-se a delação como a conduta do participante de uma atividade delituosa que efetua a admissão da própria responsabilidade por uma ou mais infrações penais, acompanhada de uma ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia⁹².

As semelhanças entre esses quatro institutos saltam aos olhos, pois, em todos os casos, o imputado deixa de opor resistência à persecução penal como contrapartida a incentivos e benefícios oferecidos pelo Estado, postura consensual essa que se materializa por meio de um acordo firmado entre acusação e defesa. Todavia, diferenciando-se nem relação aos demais institutos negociais pátrios, na colaboração premiada, o increpado, além de se conformar com o teor da imputação, deve contribuir para com a atividade do Estado-

acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição [...].

⁹¹ [...] A incidência retrospectiva, entretanto, não se confunde com a existência de direito subjetivo ao benefício e sim à negativa motivada e fundamentada, sob controle jurisdicional quanto à validade dos argumentos, além de condicionar-se à observância da boa-fé objetiva dos envolvidos quanto à oferta [...].

⁹² Bittar, 2011.

acusação, ajudando a encontrar vítimas, produzindo provas contra terceiros e/ou devolvendo valores ilícitamente obtidos. O Estado confere um prêmio ou um tratamento mais leniente ao indigitado porque ele ajudou na persecução de outros envolvidos, não por ter facilitado sua própria condenação⁹³. Percebe-se, pois, que, como traço distintivo em relação às demais figuras negociais brasileiras, a colaboração premiada demanda, necessariamente, que o resultado da barganha influencie na esfera de direitos e interesses de terceiros, consequência de sua cooperação para com a atuação dos órgãos oficiais de investigação e acusação.

Existe uma notória impressão dentre os operadores do Direito no Brasil de que o instituto da colaboração premiada constituiria uma recente inovação legislativa e que tal figura representaria, talvez, o último estágio de avanço da justiça negocial no país. Essa impressão deriva de dois fatores independentes entre si. O primeiro deles consiste na franca disseminação, no cotidiano forense, dos institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e do ANPP, os quais se tornaram, rapidamente, uma ferramenta de uso ordinário no cotidiano forense. O segundo, a seu turno, circunda a polêmica que envolveu a aplicação da colaboração premiada em recentes casos de âmbito e repercussão nacional, os quais ganharam amplo espaço na mídia. Ou seja, coloca-se, de um lado, institutos como a transação penal e o *sursis* processual, que há quase três décadas são empregados diuturnamente na prática forense e, de outro, a colaboração premiada, ferramenta empregada apenas em casos excepcionais e que somente recentemente recebeu algum destaque e acabou-se com a sensação de que essa última figura seria uma real inovação na legislação brasileira.

No entanto, cuida-se de uma impressão equivocada. Com efeito, a colaboração premiada desponta como o mais antigo instituto ligado ao direito negocial em matéria criminal conhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque as Ordenações Filipinas, que chegaram a vigor no Brasil durante o Império, traziam, em seu Livro V, Título VI, Item 12, a possibilidade de perdoar os malfeitores que dessem outros à prisão nos crimes de Lesa Majestade⁹⁴. Tratava-se, como se vê, da possibilidade de que o Estado-acusação deixasse de exercitar a ação penal em face de um suspeito que cooperasse com a investigação por meio de um acordo no qual se comprometesse a delatar outros envolvidos em uma espécie específica de delito. Ainda que a legislação, à época, não tenha feito menção expressa à colaboração premiada, terminologia consagrada nas searas doutrinária e legislativa atualmente, não há dúvida de que se trata de uma positivação do referido instituto.

⁹³ Alschuler, 1979, p. 04.

⁹⁴ Capez, 2016.

Destarte, apesar de ser uma figura já há muito familiarizada com o Direito Brasileiro, é indiscutível que o efetivo emprego da colaboração premiada na praxe forense constitui fenômeno recente, ocorrido após a edição da Lei n. 12.850/03⁹⁵, a qual possui como objeto a tutela das chamadas organizações criminosas. Até então, a delação premiada, nomenclatura que chegou a ser expressamente utilizada pela Lei n. 8.072/90⁹⁶, estava prevista em uma série de diplomas legais esparsos – o que trazia uma grande insegurança jurídica na sua utilização – e cominava benefícios que, dada sua limitação, se mostravam insuficientes para convencer o investigado a traçar a cooperação como uma estratégia eficiente de defesa. À época, basicamente, tinha-se apenas a possibilidade de oferta, por parte do Ministério Público, de frações modestas de diminuição de pena, o que tornava o instituto deveras desinteressante em um cálculo estratégico defensivo de custo-benefício. Combinados, esses dois elementos conduziram a um longo período de ostracismo da colaboração premiada. Basta uma leitura da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei n. 8.137/90), da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/86), da Lei de Lavagem de Bens e Capitais (Lei n. 9.613/98), da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99), da Lei de Drogas (Lei n. 11.340/06) e do próprio Código Penal (vide o parágrafo §4º do art. 159) para que se perceba tanto a confusão legislativa sobre a matéria tratada quanto a extrema limitação estatal em termos de benefícios, fatores que, repita-se, conduziram ao desuso da colaboração premiada até meados da última década.

Fato é que, independentemente de eventuais juízos de valor acerca do instituto, a colaboração premiada se tornou uma parte efetivamente integrante do cotidiano forense brasileiro a partir da Lei n. 12.850/03⁹⁷. Aliás, assim como ocorre com todo o espaço de consenso, a delação ocupa hoje uma posição destacada não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas em todas as democracias ocidentais contemporâneas – fala-se doutrinariamente em uma hibridização inevitável das culturas processuais penais⁹⁸ –, vez que tida como ferramenta indispensável no combate a formas complexas de criminalidade⁹⁹.

Ao repaginar a colaboração premiada por meio da Lei das Organizações Criminosas, o legislador pátrio optou por definir a natureza jurídica da colaboração, reputando-a como um “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”. Esse expresso comando legal não aplacou a doutrina nacional que, à margem da

⁹⁵ Brasil, 2013.

⁹⁶ Brasil, 1990.

⁹⁷ Mendes, 2019.

⁹⁸ Amaral; Gloeckner, 2017.

⁹⁹ Teixeira, 2017.

literalidade da lei, trava profundas discussões acerca da natureza jurídica do instituto, debatendo seria ele fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova¹⁰⁰. Para os fins deste tópico, de natureza precipuamente descritiva, e na ausência de uma posição jurisprudencial vinculante definitiva, adota-se a opção expressa do legislador, pela natureza da colaboração premiada como meio de obtenção de prova.

De outra banda, à míngua de uma interpretação autêntica acerca do conceito de colaboração premiada, coube à doutrina fazê-lo. Assim, doutrinariamente, define-se a colaboração premiada como a acusação proveniente de uma pessoa que praticou um crime e revela os demais sujeitos ativos dessa mesma infração penal ou evidencia o local em que se encontram bens, direitos ou valores objeto daquele ilícito, recebendo um prêmio por conta disto, como, por exemplo, redução de pena, perdão judicial e cumprimento de reprimenda em regime penitenciário mais brando¹⁰¹.

Como evidenciado pelo próprio conceito doutrinário, a atual conformação da colaboração premiada admite uma plêiade de benefícios que o Estado pode oferecer ao investigado ou acusado em troca de sua colaboração para com a persecução. Para além da mera redução de pena, admite-se a não persecução penal, a modificação do regime de cumprimento da sanção e a imposição de reprimendas não privativas de liberdade. Essa expandida flexibilidade premial, sem dúvida, gerou um maior interesse estratégico na utilização da ferramenta, como sublinhado alhures. Até por isso, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/13 está submetida a um regime de exigências e formalidades muito superior àquele estabelecido para os demais institutos que compõem o espaço de consenso processual penal. A própria legislação de regência, após as modificações perpetradas pelo Pacote Anticrime, passou detalhar minuciosamente o procedimento inerente à colaboração, com o fim de evitar eventuais abusos na ferramenta por parte do Estado-acusação. Destaca-se, destarte, na esfera procedimental necessária para a licitude da colaboração, a iniciativa defensiva, a confissão, a voluntariedade, a presença de defensor em todos os atos do procedimento e a sua eficácia probatória (vide artigos 3º-B e 3º-C da Lei n. 12.850/13).

Indubitavelmente, os embates doutrinários em matéria de colaboração premiada extrapolam, e muito, a simples discussão acerca de sua natureza jurídica. Hodiernamente, são comuns debates que revolvem sobre a moralidade do instituto, tendo em vista a concessão

¹⁰⁰ Fernandes, 2016.

¹⁰¹ Penteadó, 2015, p. 636.

pelo Estado de prêmios a criminosos¹⁰², bem como discussões sobre a própria constitucionalidade da colaboração, em face de alegados abusos em seu uso¹⁰³. Tais alterações extrapolam a natureza descritiva deste tópico e cada uma delas poderia ensejar uma tese por si só. Para o momento, importa apenas situar a colaboração premiada, especialmente a figura consagrada na Lei n. 12.850/13, como um dos institutos que integra o espaço de consenso brasileiro. Instituto esse que, em face das controvérsias suscitadas e dado o risco representado pela possibilidade de ingerência na esfera de direitos e interesses de terceiros, deve ser manejado como uma “exceção excepcionalíssima”¹⁰⁴ e pautado pelas seguintes normativas: a) considerando se tratar de uma colaboração em troca de benefícios de direito material, é imprescindível, para garantia das partes, a realização efetiva de uma fase negocial, sempre mediante defesa técnica; b) a ideia principal da colaboração reside em premiar o delator que colabora com a autoridade policial ou judiciária, permitindo, eficazmente, evidenciar fatos que venham a contribuir com a apuração da autoria e da materialidade delitivas, para o encontro de vítimas e recuperação de bens e valores obtidos ilicitamente; c) diante da possibilidade da delação premiada conduzir à redução da pena do imputado ou trazer-lhe outros benefícios ainda mais substanciais, deve ela ser enxergada como uma estratégia defensiva de direito da liberdade¹⁰⁵.

3.4 Do procedimento sumário previsto no Anteprojeto de Código de Processo Penal

Vem-se frisando reiteradamente ao longo deste trabalho que a ampliação do espaço de consenso no processo penal constitui uma realidade inegável e aparentemente inafastável tanto no Brasil quanto no mundo. No ordenamento jurídico brasileiro, a prova maior desse argumento encontra arrimo no Anteprojeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei do Senado no 156, de 2009), atualmente em trâmite no Congresso Nacional, o qual propõe que, até o início da audiência de instrução e julgamento, 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. Segue na íntegra o dispositivo legal passível de consagrar essa nova realidade, nos termos da redação sugerida pela casa revisora, a Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010):

¹⁰² Tasse, 2015.

¹⁰³ Matos, 2018.

¹⁰⁴ Marques, 2005, p. 103.

¹⁰⁵ Essado, 2013.

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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º 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.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º 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.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º 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 decisório¹⁰⁶.

Assim, em caso de aprovação do Projeto de Lei (PL), ter-se-á o aumento da aplicabilidade do acordo de não persecução penal – ainda que o anteprojeto não faça menção expressa a essa terminologia – a todos os crimes aos quais a lei não atrai a possibilidade de fixação do regime inicialmente fechado. Significa que, na hipótese de sucesso do projeto em seus atuais termos, toda as penas privativas de liberdade iniciadas nos regimes aberto e semiaberto estarão suscetíveis de aplicação pela via negocial, fenômeno inédito na legislação brasileira. Há uma escolha do legislador de excluir crimes graves do leque abrangido pela barganha processual¹⁰⁷.

Ainda que a propositura de um projeto de lei não implique, necessariamente, na aprovação de um novo diploma legal, e mesmo que se considere a demora inerente à

¹⁰⁶ Brasil, 2019, p.11.

¹⁰⁷ Sousa, 2021, p. 211.

tramitação de tão importante proposta legislativa, não há como negar que a mera sugestão de ampliação significativa do espaço de consenso brasileiro já permite que se identifique uma tendência para o futuro. A propósito, sobre a tramitação do anteprojeto, tem-se que a proposta original de um novo Código de Processo Penal partiu do então Senador José Sarney, ainda nos idos de 2009. Todavia, atualmente, discute-se a proposta na forma do substitutivo apresentado pelo deputado João Campos no ano de 2021. Contribuíram para a formatação do anteprojeto de um novo CPP uma comissão de juristas formada por reconhecidos doutrinadores brasileiros, tais como Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Correa, Eugenio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

A exposição de motivos do anteprojeto não deixa margem para dúvidas acerca da escolha da celeridade processual e da efetividade da jurisdição como fundamentos para a criação de um modelo de justiça penal negociada. Neste diapasão, estatui o legislador reformista:

De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifícase o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos¹⁰⁸.

Enfim, o PL nº 156/2009, ora em discussão no Congresso Nacional, visa implementar uma inovação substancial no direito processual penal pátrio ao propor a diminuição do espaço tempo do procedimento por meio de uma negociação entre acusação e defesa, a qual, caso bem sucedida, autorizará a prolação antecipada de uma sentença penal condenatória. Essa proposta, direcionada para delitos que tenham uma pena máxima de até 8 (oito) anos de reclusão, enquadrar-se-ia em uma categoria de crimes de médio potencial ofensivo e seria submetida a um "processo sumário", assim como definido pelo legislador reformista. Nos termos do anteprojeto, tanto o Ministério Público quanto o acusado teriam a opção, antes da realização da audiência de instrução, de solicitar a imposição imediata de uma pena, que poderia incluir até um período de privação de liberdade, desde que houvesse uma confissão de culpa por parte do acusado – talvez a questão mais tormentosa deste ponto do projeto¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Brasil, 2009, p.21

¹⁰⁹ Giuliani, 2023.

Atingido um acordo, a pena aplicada seria a mínima prevista em lei, ou até inferior, na fração de um terço, dependendo das circunstâncias pessoais do indivíduo e da severidade do crime cometido.

Ao propor esse novo modelo de justiça negociada, o legislador leva em conta a estrutura do Ministério Público no Brasil, onde seus membros são selecionados com base em critérios de mérito e não por um processo democrático. Tendo em consideração o papel constitucional do MP como fiscal da lei, estabelece o anteprojeto as condições e os limites dentro dos quais o órgão de execução ministerial poderia negociar. Isso significa que, nos termos do PL nº 156/2009, não há espaço para ações discricionárias ministeriais¹¹⁰, as quais continuariam relevadas às entidades responsáveis pela definição de políticas criminais, mesmo neste inovador e pretensamente alargado espaço de consenso pátrio.

3.5 Crítica ao espaço de consenso do processo penal brasileiro

De antemão, assinala-se que a crítica que ora se pretende formular não perpassa por critérios de adequação, utilidade, eficácia ou conveniência do espaço de consenso no Brasil. Não se busca defender ou atacar os institutos negociais admitidos pelo Processo Penal brasileiro, muito menos dizer se essa constitui a melhor solução para problemas como a impunidade, a morosidade judicial ou a seletividade penal, questões que tanto afligem os operadores do Direito. A crítica ora proposta relaciona-se com o objeto deste estudo e, assim, carrega consigo uma carga estritamente dogmático jurídica. Em outras palavras, propõe-se uma crítica dos institutos a partir de parâmetros estritamente legais e constitucionais.

Isto posto, afere-se que o modelo de espaço de consenso brasileiro se revela bastante peculiar quando comparado com outros países do mundo, tendo em vista que nenhum dos institutos negociais agasalhados pelo ordenamento pátrio implica, como resultado, na imposição imediata de uma pena, muito menos de uma de natureza privativa de liberdade. Transação penal, suspensão condicional do processo, ANPP e colaboração premiada podem até caracterizar uma facilitação da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do investigado / acusado, do fomento à sua conformidade com a acusação em troca de um prêmio, contudo, em nenhum desses cenários, está o Estado autorizado a condenar o imputado e lhe impor uma pena à margem da realização de atos de instrução e julgamento¹¹¹. Essa realidade resta clara no caso de descumprimento do acordo, hipótese na qual não haverá a

¹¹⁰ Campos, 2012.

¹¹¹ Langer, 2021.

possibilidade de imposição forçada de seu teor. Ao contrário, o inadimplemento por parte do sujeito submetido à persecução penal apenas autoriza a sua rescisão, com a retomada do *status quo*, ou seja, na retomada do andamento da marcha processual, a qual poderá se materializar, ao final, em uma possível condenação criminal.

Como adiantado alhures, especificamente no que tange à transação penal, à composição civil e à suspensão condicional do processo, o art. 98, I, da CR/88 confere supedâneo expresso à sua constitucionalidade. O constituinte originário, por meio do referido dispositivo, determinou a criação de órgãos jurisdicionais especializados no julgamento de infrações penais de menor potencial. Mais que isso, exigiu que o procedimento aplicado em tais órgãos se guiasse por critérios de sumarização, oralidade e consenso. Ora, as considerações tecidas nos subtópicos antecedentes não deixam dúvidas quanto ao fato de que os artigos 74, 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 seguiram à risca o comando emanado do constituinte originário e criaram institutos que materializam um procedimento sumaríssimo oral e consensual. Essa perfeita sinergia entre a legislação infraconstitucional e o teor da CR/88 permite que se afirme pela constitucionalidade dos instrumentos negociais nele previstos. A opção do legislador brasileiro e da jurisprudência que se formou a partir da interpretação da lei em conferir aspecto meramente homologatório aos institutos consensuais da LJE, além de melhor se aproximar do tratamento condizente a infrações penais de reduzido potencial ofensivo, ainda afastou uma frequente oposição formulada ao *plea bargaining*, qual seja a suposta imposição de uma condenação sem processo.

A corroborar a juridicidade do espaço de consenso criado pela LJE, vale ressaltar os elogios a ele tecidos pelo ex-presidente do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Jaime Octávio Pereira, o qual nele vislumbrou traços distintivos em termos de equilíbrio entre aspirações de celeridade, segurança jurídica e respeito à dignidade da pessoa humana¹¹².

A situação do acordo de não persecução penal guarda algumas similitudes para com a transação penal e a suspensão condicional do processo. Afinal, em ambos os casos, ainda que as partes cheguem a um acordo para levar a termo a lide penal à míngua da realização de atos de instrução e julgamento, o Poder Judiciário se limita a homologar a avença havida entre as partes. Significa que, também aqui, o Estado-juiz se abstém de impor uma condenação e infligir uma pena ao investigado. Neste diapasão, resta claro que a lei outorga ao Ministério Público a prerrogativa de propor a aplicação de uma sanção ao investigado mesmo à míngua de uma sentença condenatória, acordo que será aceito pelo increpado caso esse, devidamente

¹¹² Gomes, 1997, p. 82.

assistido pela defesa técnica, o julgue benéfico. Situação semelhante, pois, àquelas previstas nos artigos 76 e 89 da LJE.

No entanto, afigura-se relevante não enxergar o acordo de não persecução penal como uma mera forma de antecipar a aplicação de uma pena alternativa. O ANPP traz o benefício acessório de prevenir a ação penal e, com isso, os efeitos negativos adicionais que vêm com a estigmatização correlata à prolação de uma sentença condenatória de natureza criminal. Isso está alinhado com as propostas para enfrentar a crise de legitimidade enfrentada pelo Direito Penal e as diretrizes de um Direito Penal mínimo¹¹³.

Em suma, o acordo de não persecução penal promove uma hibridização do *plea bargaining*, ao misturá-lo com formas extraprocessuais, soluções não punitivas, restaurativas e pretensões de fundo criminal¹¹⁴. Somado à expressa previsão legal e à presunção relativa de constitucionalidade que lhe é inerente, verifica-se que aqui reside o fundamento de legitimidade constitucional do ANPP. Todavia, referido instituto apresenta um grave problema que, se não lhe retira a constitucionalidade, seguramente lhe torna alvo de justificadas objeções. Cuida-se da exigência de confissão para validade do acordo, prevista no *caput* do art. 28-A do CPP.

A maioria dos doutrinadores que ataca a constitucionalidade do acordo de não persecução penal costuma formular sua objeção em torno de um único fundamento, qual seja a exigência legal de confissão como condição para a realização da avença. Tal cenário, argumentam os defensores da tese, implicaria em uma violação à garantia constitucional ao silêncio e à não autoincriminação¹¹⁵. A todo sentir, parece que a motivação erigida por esses autores não se sustenta, desabando em face da simples constatação de que o sujeito submetido à persecução penal não se encontra obrigado a confessar ou a negociar, uma vez que a saída representada pelo espaço de conflito continuará aberta ao increpado. Dito de outro modo, o investigado jamais estará obrigado a confessar em qualquer esfera do direito processual penal brasileiro, seja em um espaço de consenso ou de conflito. Caso queira resistir à pretensão condenatória estatal, o réu sempre poderá optar por exercer sua defesa em sede de uma audiência de instrução e julgamento. Lado outro, caso pretenda, por qualquer razão que seja,

¹¹³ Falconery, 2022.

¹¹⁴ Silveira, 2022.

¹¹⁵ A ADI 6305, de lavra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, sintetiza os argumentos vergados pelos defensores dessa tese, ao aduzir que o acusado “ou confessa a prática de crime ou não há acordo, assegurando, ademais, uma extraordinária “moeda de troca” para o *Parquet*, que pode usá-la de toda forma para pressionar (inclusive abusivamente, por que não?!) o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A)”.

assumir de antemão alguns encargos como forma de afastar o risco de uma condenação criminal, com todos os seus efeitos deletérios, terá ele de cumprir uma condição preestabelecida democraticamente pelo legislador pátrio, qual seja a confissão.

A fragilidade do argumento em tela, que busca no direito ao silêncio um fundamento supostamente idôneo a contestar a constitucionalidade da confissão como condição ao ANPP, se revela revestido de tamanha fragilidade, tão facilmente superável no plano argumentativo, que chega a conduzir a uma conclusão *a priori* inesperada: a resistência de parcela da doutrina ao espaço de consenso, especialmente ao acordo de não persecução penal, não possui qualquer relação com suposta lesão à garantia da não autoincriminação. Com efeito, acredita-se que boa parte desse inconformismo possua como pano de fundo uma questão subjacente.

Há séculos que o direito processual penal pátrio consagra um mesmo grupo de ritos, institutos e procedimentos, os quais focam em rigorismos formais e na busca da verdade real, relegando a segundo plano tanto a preocupação jurisdicional com a efetiva composição de conflitos de interesse quanto a primazia que deve ser conferida aos direitos fundamentais das partes. A propósito, sabe-se que as raízes históricas do processo penal brasileiro remontam ao Livro V das Ordenações Filipinas, caracterizado não apenas por consagrar abusos, terrores e desmandos, mas, também, pelo apego excessivo a formalismos e solenidades¹¹⁶, as quais frequentemente conduziam a persecução penal por períodos superiores aos estabelecidos em lei. Esse passado, essa herança cultural e jurídica, moldou no país uma tradição de exagerada formalidade e de culto estéril às solenidades. Esse *status quo* é desafiado quando, com o Pacote Anticrime, o Brasil dá uma guinada em direção à construção de um sistema consensual de solução de lides de natureza penal. Esse novo sistema, introduzido pelo legislador, demanda que se abandone a mentalidade do passado¹¹⁷, em que valores como a rigidez formal e a apoteose do espaço de conflito exprimiam a única solução possível para a Justiça Criminal. Representa a ruptura com práticas judiciais antigas e a compreensão de que as salvaguardas do processo penal, tão caras ao cidadão, não são estáticas, podendo se ajustar a diferentes abordagens constitucionais. A aceitação desse novo panorama consiste em tarefa lenta e complexa por natureza. Não causa espanto, pois, que argumentos tão tecnicamente simplórios sejam vergados em desafio à constitucionalidade do acordo de não persecução penal.

¹¹⁶ Tavares, 2007.

¹¹⁷ Andrade, 2017, p. 190.

Na verdade, o incômodo gerado no operador do direito pela exigência de confissão como requisito para a concretização do ANPP parece não estar ligado a uma questão de constitucionalidade, mas sim ao ranço inquisitorial que essa condição carrega. Afinal, não faz o menor sentido em termos técnico-jurídicos que a lei exija uma confissão como requisito para a realização de um acordo que não implica em reconhecimento de culpa e que nem mesmo embasará a prolação de uma sentença de natureza condenatória. Em tese, o juiz poderia homologar a avença firmada entre acusação e defesa com ou sem confissão, uma vez que a sentença proferida não implica em uma adjudicação de culpa, apenas reconhece a voluntariedade e a conformação legal do ato. Ainda que constitucional, a confissão, como condição para o acordo de não persecução penal, desponta como desnecessária.

Sem dúvida, alguns opositores do argumento ora tecido, defensores da necessidade de manutenção da confissão como requisito legal para o ANPP, poderiam afirmar que a exigência legal se justificaria como forma de garantir a eficácia do acordo. Isso porque, diante de uma confissão formalizada mediante auxílio da defesa técnica e cuja vontade livre e consciente constitui objeto de prévio reconhecimento judicial, o acordante sabe que, em caso de descumprimento da avença, sua situação jurídico processual se encontrará extremamente fragilizada quando o caso for inevitavelmente levado à instrução. A prévia e válida confissão reduz as eventuais chances de absolvição de tal modo que esse requisito acabaria por funcionar como uma cláusula de fomento ao cumprimento do ANPP, ou, por consequência lógica, como um desincentivo ao seu inadimplemento.

Entretanto, parece que nem mesmo esse raciocínio seja suficiente para justificar a inserção da confissão como uma condição para o acordo de não persecução penal, por se tratar de tese de fácil desconstrução argumentativa. Basta ao investigado que descumpra a proposta alegar que a confissão nada mais representou do que uma ficção jurídica, uma conduta praticada com a especial finalidade de atingir a um fim específico, qual seja permitir à defesa técnica usufruir daquela estratégia que lhe afigurava mais adequada no momento, consistente em solucionar a lide penal pela via do espaço de consenso¹¹⁸. A confissão continua válida e voluntária, porém, de duvidoso peso probatório, o que afasta a peremptória afirmação de que a confissão funcionaria como uma cláusula de garantia de cumprimento do acordo, não fruto de um puro e simples ranço inquisitorial, como ora se sustenta.

Conclui-se, pois, que o acordo de não persecução penal não padece de problemas de constitucionalidade. A resistência ao instituto apenas reflete séculos de tradição inquisitorial e

¹¹⁸ Bowers, 2008.

de apego excessivo a formalidades, além de uma equivocada crença no espaço de conflito como parte integrante da essência do processo penal contemporâneo. Isso não significa, no entanto, que o modelo de ANPP se apresentaria como juridicamente ideal. Pelo contrário, ainda remanesce um amplo campo para aperfeiçoamento do instituto, precipuamente por meio do aprendizado oriundo da experiência negocial norte-americana, como se verá no próximo capítulo.

Antes de encerrar este ponto, consigne-se que o Supremo Tribunal Federal vem se inclinando no sentido de corroborar a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, especialmente no que tange à exigência legal de confissão. Há precedentes tanto na primeira¹¹⁹ quanto na segunda turma¹²⁰ do STF que reconhecem o cabimento do ANPP tão somente nas hipóteses nas quais se verificar a confissão voluntária e circunstanciada dos fatos pelo investigado. Também podem ser encontrados precedentes que reafirmam o caráter imperativo da confissão como condição para o acordo, os quais, porém, chamam a atenção para a importância de que se reabra à defesa a alternativa de reconhecimento dos fatos imputados após a formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal¹²¹. Sobrariam, apenas, em sentido aparentemente contrário, alguns precedentes de lavra do Min. Ricardo Lewandowski¹²². Diz-se aparentemente porque, com a devida vênia, os acórdãos em voga pecam pela deficiência de fundamentação: discute-se direito intertemporal, a natureza jurídica da norma que instituiu o ANPP e, ao final, determina-se a aplicação retroativa do art. 28-A, mesmo à minguada de confissão, sem que as razões do afastamento desse requisito legal tenham constituído objeto de enfrentamento aprofundado. A impressão que se extrai a partir da leitura desses acórdãos, assim como de sua análise em face das decisões subsequentes do STF, é de que o afastamento a que se refere o ex-Ministro Ricardo Lewandowski não perpassa por uma análise de constitucionalidade da confissão enquanto requisito de validade para o acordo de não persecução penal, consistindo em uma mera contingência momentânea, uma simples consequência da retroatividade do art. 28-A para as ações penais em curso quando da entrada em vigor do Pacote Anticrime. Por todo o exposto, repisa-se que, por ora, está o Pretório Excelso a reconhecer a constitucionalidade do ANPP tal qual introduzido pelo legislador ordinário.

¹¹⁹ Vide STF, HC 230608 AgR / RJ, de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 02/10/2023.

¹²⁰ Vide STF, RHC 213118 AgR / RJ, de relatoria do Min. André Mendonça, julgado em 19/06/2023.

¹²¹ Vide STF, ARE 1364186 AgR / DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/08/2023.

¹²² Vide STF, RHC 207880 AgR / SC, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/02/2023.

Para concluir a crítica ao espaço de consenso pátrio, resta apenas a colaboração premiada. Inegavelmente, a doutrina especializada formulou, ao longo dos últimos dez anos, uma série de ataques à constitucionalidade do referido instituto. Todavia, conforme adiantado alhures, a maioria deles possuía, como mote, razões de cunho ético ou moral, oposições elaboradas a partir da ideia de que ao Estado não seria dado cooperar com delinquentes¹²³ ou fomentar a traição¹²⁴. Argumentos dessa natureza partem de premissas falaciosas, porquanto esquecem que Direito, Ética e Moral, apesar de possuírem intersecções, ostentam características e domínios de aplicação próprios. Para além desse debate, fonte de intermináveis discussões filosóficas, pode-se salientar que a crítica formulada à colaboração premiada a partir desses argumentos não se sustenta. Afinal, afirmar que o increpado que opta por delatar seus correligionários infringiria normas éticas somente seria cabível caso se admitisse a existência de um imperativo ético de legalidade entre criminosos. E um Estado Democrático de Direito, obviamente, não pode pautar sua atuação a partir de um código de conduta criado e imposto por criminosos e para criminosos, o qual não assume qualquer relevância para os poderes estatais democraticamente constituídos¹²⁵.

Antes de encerrar, frise-se que uma figura frequentemente associada ao direito processual penal negocial não restou enfrentada neste trabalho. Trata-se do acordo de leniência, previsto na Lei n. 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção. A omissão em comento não representou uma omissão acidental, mas uma conduta deliberada, visto que referido instituto, na verdade, não se enquadra dentre as ferramentas negociais relativas ao processo penal brasileiro e, desse modo, sua análise não guarda pertinência com este estudo. Perceba-se que não está a renegar a natureza negocial do acordo de leniência, nem mesmo a possibilidade de que a avença, uma vez finalizada, possa ser utilizada no processo penal. Afirma-se, tão somente, que o acordo de leniência não representa uma ferramenta de uso exclusivo do titular da ação penal e que as tratativas a ele inerentes não se desenvolvem no âmbito da persecução criminal, mas sim, na seara do direito administrativo sancionador e com a participação dos legitimados previstos no art. 16 da LAC. A possibilidade de que eventual acordo de leniência possa ser posteriormente utilizado no bojo de uma ação criminal não transmuda sua natureza, não o torna parte integrante do espaço de consenso processual penal brasileiro e, de tal maneira, inexistente pertinência temática entre este estudo e o seu exame.

¹²³ Zaffaroni, 1996, p. 59.

¹²⁴ Moreira, 2010, p. 440.

¹²⁵ Pagliarini; Cleto, 2018.

Enfim, se a constitucionalidade dos institutos negociais atualmente agasalhados pela legislação pátria já gera controvérsia em sede doutrinária, quanto mais o fará a proposta consagrada no Anteprojeto de Código de Processo Penal, o qual prevê a possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade por meio de uma sentença penal condenatória prolatada no bojo de um espaço de consenso. Antecipando-se a esse aparentemente inevitável movimento, passa-se, pois, ao estudo da experiência norte-americana em matéria de *plea bargaining*, cujos erros e acertos servirão para moldar uma proposta de espaço de consenso brasileiro, após as necessárias adaptações exigidas pela importação de institutos criados em modelos jurídicos diferentes.

4 EM BUSCA DE PARÂMETROS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO MAIS ADEQUADO: O CONSENSO NO PROCESSO PENAL ESTADUNIDENSE

4.1 Fundamentos que justificam a escolha do ordenamento jurídico norte-americano como parâmetro de comparação

Identificar o berço primeiro da negociação em matéria criminal se apresenta como tarefa impossível. Vários são os fatores históricos e práticos que conduzem a essa peremptória conclusão. Inicialmente, exsurge a dificuldade relacionada ao tempo. A barganha processual penal remonta a tempos tão antigos que não há como se obter registros fidedignos acerca de sua ocorrência. A propósito, há autores que sustentam, ainda que em um discurso mais retórico que histórico, que o primeiro *plea bargaining* conhecido pela humanidade se deu na modalidade de negociação quanto à pena, quando Caim admitiu sua responsabilidade, mas barganhou a punição, após matar Abel¹²⁶.

O problema relativo à identificação da origem do *plea bargaining* recrudescer quando se observa que essas práticas negociais em matéria criminal, tão antigas quanto a própria civilização, se desenvolveram indistintamente pelos quatro cantos do globo – desde a Bolívia¹²⁷ até a China¹²⁸ – e em um período no qual pouca ou nenhuma preocupação havia com a produção de anais das atividades humanas. Desse conjunto formado entre uma prática desenvolvida paralelamente em nível mundial desde tempos imemoráveis e a ausência de registros históricos confiáveis decorre a inafastável conclusão, ora exposta e defendida, de que não são sabidos o local e o momento exatos de nascimento da negociação em matéria criminal.

Alcançar essa constatação serviu de pronto para que, na caça de um modelo paradigma capaz de nortear a proposta de criação de um espaço de consenso brasileiro, este trabalho não optasse por buscar o ordenamento jurídico no qual o instituto em comento primeiro se verificou. Escolheu-se, ao contrário, o sistema jurídico no qual a barganha processual penal floresceu, efetivamente prosperou, restou submetido a um escrutínio doutrinário e jurisprudencial tamanho que permite que se infira daquela experiência uma série de aprendizados. A opção recaiu, pois, sobre o modelo de espaço de consenso processual penal norte-americano, uma proposta que passou por aproximadamente cento e cinquenta anos de erros e acertos, um instituto de ampla aplicabilidade no dia a dia forense e que foi moldado

¹²⁶ Newman, 1979.

¹²⁷ Pereira, 2002, p. 140.

¹²⁸ He, 2022.

por uma dezena de julgados prolatados por uma Corte Suprema com competência para promover análises constitucionais no âmbito de um Estado Democrático de Direito. A riqueza, extensão e resiliência da experiência negocial estadunidense, somada ao seu desenvolvimento em meio a uma ordem jurídica constitucional e democrática – análoga, pois, em muitos aspectos, à brasileira –, conduziu à escolha do sistema norte-americano, local de efetiva ascensão da negociação em matéria criminal, como parâmetro para o estudo da constitucionalidade de um modelo de espaço de consenso nacional.

Ao se dizer que os elementos supracitados conduziram à escolha dos Estados Unidos da América como ordenamento paradigma para a análise proposta não se está a afastar da escala de critérios considerações de natureza mais geral, tais como a influência do poderio econômico norte-americano na exportação dos institutos que moldam o seu sistema jurídico ou o próprio fenômeno da globalização¹²⁹, que implicou em uma convergência entre os institutos legais dos mais variados sistemas jurídicos ocidentais¹³⁰. Afirma-se, tão somente, que os Estados Unidos, ao terem, por inúmeras razões, exurgido como o Estado no qual o *plea bargaining* obteve o mais profundo desenvolvimento como instituto, por já ter sido o palco, até pelo longo tempo de aplicação, das mais variadas e aprofundadas discussões jurídicas que permeiam a negociação em matéria criminal, obtém posição de extremo destaque em relação a todos os demais países. Inexiste outro ordenamento jurídico que tenha avançado mais sobre a matéria, o que tornou praticamente imperativa a escolha do sistema estadunidense como paradigma para a análise ora proposta.

Questão interessante recai em saber exatamente como, quais as condições que permitiram o florescimento do *plea bargaining* nos EUA. Tal reflexão extrapola os limites da mera curiosidade, uma vez que entender a origem de um instituto pode auxiliar na compreensão de como ele se encaixa em uma ordem constitucional democrática contemporânea. Dito isso, tem-se que Albert Alschuler, um dos mais combativos e reconhecidos opositores do instituto, afirma que a barganha processual criminal surgiu de modo sistêmico nos Estados Unidos a partir de meados do século XIX como forma de reação dos órgãos estatais imbuídos da persecução penal na lida com o aumento de casos gerado a partir de leis estaduais que limitavam a comercialização e o consumo de bebidas alcoólicas – fenômeno que, posteriormente, viria a recrudescer e a se federalizar, dando origem ao período conhecido como *prohibition*, em 1920. Significa que, na visão do renomado autor, os

¹²⁹ Kelemen; Sibbitt, 2004.

¹³⁰ Kagan, 2007.

imperativos de celeridade processual e eficiência da jurisdição, colocados em xeque em face do aumento exponencial de casos criminais levados ao conhecimento do Poder Judiciário, seriam as forças motoras que motivaram a sistematização do *plea bargaining*, o qual deixou de ser uma prática provinciana excepcional e informal para se tornar, em pouco tempo, a verdadeira base da Justiça Criminal norte-americana¹³¹.

Por mais que a tese do Professor Emérito da Universidade de Chicago aparente uma certa lógica, já que seria natural o Poder Judiciário buscar alternativas com o escopo de evitar a completa obstrução de seus trabalhos, ela não restou incólume a críticas doutrinárias que questionam o seu acerto. Um primeiro grupo de questionamentos revolve a própria exatidão da conclusão exarada pelo autor em voga. Isso porque dados estatísticos colhidos tanto junto ao Departamento de Polícia de Boston quanto junto ao Poder Judiciário de Massachussets revelam que, na verdade, o florescimento do *plea bargaining* na primeira metade do século XIX antecedeu, ao invés de se suceder, o aumento da demanda criminal relativa à limitação legal de compra e venda de bebidas alcoólicas, conhecida como *The 15-Galon Law*¹³². Ao promover um trabalho empírico consistente em analisar os anais do Poder Judiciário local, a pesquisadora Mary E. Vogel, da Universidade de Berkeley, constatou que o aumento dos casos criminais resolvidos por meio da negociação se deu bem no início da década de 1830, não no começo dos anos 1840, quando o impacto da Lei dos Quinze Galões, de 1838, seria sentido¹³³. Essa constatação empírica, ainda que não retire por completo a validade da inferência realizada por Alschuller, certamente reduz a sua força argumentativa.

Seguindo uma linha de pensamento semelhante à de Mary E. Vogel, uma gama de outros autores levantou possíveis teorias a fim de explicar o motivo pelo qual os Estados Unidos se tornaram o palco primeiro de triunfo da negociação em matéria penal. A própria pesquisadora em comento sustenta uma hipótese diversa da de Alschuller, ao trazer uma explicação de cunho político e sociológico para o fenômeno que se observou no Estado de Massachussets no início da década de 1830 e que, posteriormente, se espalharia para todo o país. Segundo ela, o mundo ocidental vivia um momento de grande agitação e descontentamento conforme o século XIX caminhava para a sua metade, turbilhão esse motivado precipuamente pelas precárias condições de vida e de trabalho das massas. Em face

¹³¹ Alschuler, 1979.

¹³² A lei de quinze galões foi aprovada no Estado de Massachusetts em 1838. O objetivo era dificultar a compra de bebidas destiladas. Assim, quem desejasse comprar álcool teria que adquirir, ao menos, 15 galões de bebida. Considerando que a compra de 15 galões de destilados de uma só vez exigia um pesado investimento financeiro, apenas pessoas pertencentes aos mais altos extratos sociais conseguiam cumprir a lei. As violações eram comuns.

¹³³ Vogel, 1999.

dessa insatisfação, revoluções tomaram conta dos principais países da Europa. Nos EUA a situação não era diferente e revoltas populares se tornaram uma realidade comum pelas ruas de Boston. Neste contexto de descontentamento coletivo, o sistema político local passou a procurar alternativas para conter os motins populares. Destarte, a elaboração de uma ferramenta jurídica fundamentada em pilares de leniência, a qual almejava diminuir as reprimendas impostas a pessoas de baixa renda – grandes “clientes” do Direito Penal –, exsurgiu como uma solução adequada no intuito de se manter a ordem social. Enfim, a leniência jurisdicional episódica – decisão política adequada ao sistema da *common law* –, aplicada em face de uma perceptível desordem social, configurou a razão primordial a explicar por que o *plea bargaining* prosperou primeiro nos Estados Unidos da América¹³⁴.

Subsistem também explicações de cunho puramente jurídico que intentam fundamentar o florescimento do *plea bargaining* nos EUA. De acordo com autores que adotam essa linha de pensamento, a exemplo de George Fisher, o século XIX trouxe às cortes norte-americanas uma gama de casos de natureza diversa daqueles que antes ocupavam o cotidiano forense. Tais casos traziam consigo a marca da ausência de vítima especificada, como ocorre na própria hipótese dos delitos ligados à compra e venda ilegal de bebidas alcoólicas. As dificuldades inerentes à produção de provas na ausência de ofendidos capazes de depor em júízo acabaram por fomentar a barganha, prática que atendia, ao mesmo tempo, aos interesses de acusação e defesa. Além disso, o interesse estatal em produzir informações sobre outras práticas criminosas, em identificar mais autores e recuperar itens ilegais, algo natural em meio ao ganho de complexidade inerente a novas formas de atividades ilícitas, também contribuiu para que mais casos criminais fossem resolvidos por meio do *plea bargaining*¹³⁵.

Ainda a tentar explicar não o surgimento, mas o ganho de exponencial força por parte da barganha processual penal nos EUA, também merecem destaque as teorias que vinculam o desenvolvimento do instituto a um movimento de racionalização e profissionalização do sistema de justiça estadunidense. Segundo essa corrente de pensamento, capitaneada por Lawrence M. Friedman e Robert V. Percival, o século XIX se deparou com o declínio da figura dos promotores de justiça em tempo parcial, semelhantes aos promotores públicos *ad hoc* previstos nos artigos 22 e 23 do antigo Código de Processo Criminal do Império, e das forças policiais amadoras. Surgiram, paulatinamente, autoridades integralmente dedicadas à

¹³⁴ Vogel, 1999.

¹³⁵ Fisher, 2000.

persecução penal, treinadas em técnicas investigativas consideradas modernas para a época. Nesta esteira, os julgamentos em tribunal, especialmente pelo júri, como sói ocorrer nos EUA, passaram a ser vistos como desnecessários quando profissionais bem treinados e capacitados já haviam previamente analisado a situação do acusado. Aliás, analisado de acordo com novas tecnologias forenses disponíveis já no final do século XIX, tais como a balística e a comparação de digitais¹³⁶. No pensamento então vigente, era como se réus sujeitos a imputações formuladas por esses profissionais na lida com o crime fossem “obviamente culpados”, o que tornava prescindível promover a sua submissão a um longo julgamento a cargo de leigos. Destarte, o *plea bargaining* teria surgido com o fim de evitar uma redundância¹³⁷, para escapar de uma supérflua atividade de adjudicação de culpa, a qual poderia ser atribuída de maneira mais racional ao réu.

Outrossim, não se pode olvidar de autores que, como Jordan A. Sklansky, relacionam a ascensão do *plea bargaining* à discricionariedade inerente à atuação do promotor público norte-americano. Os adeptos dessa corrente de pensamento, apesar de não se oporem peremptoriamente à tese de que o crescimento do número de causas criminais teria culminado com o desenvolvimento de mecanismos de negociação baseados na discricionariedade ministerial, questionam a ordem cronológica sobre a qual se baseia esse argumento. Na esteira desse pensamento alternativo, o *plea bargaining* seria uma consequência da natureza discricionária da atuação do promotor de justiça estadunidense, de modo que o aumento da capacidade de vazão de casos operada a partir da aplicação reiterada da barganha é que teria contribuído para que mais causas de natureza criminal chegassem ao Poder Judiciário. Cuidasse, segundo o referido autor, de uma situação análoga àquela batizada pelos engenheiros como “lei fundamental do congestionamento rodoviário”, segundo a qual a distância percorrida por veículos cresce em proporção direta ao espaço disponível na estrada. Destarte, aumentar o potencial de vazão do Poder Judiciário poderia funcionar nos mesmos moldes da expansão de uma rodovia¹³⁸. Seguindo essa linha de raciocínio, a discricionariedade do promotor público, que permitiu o desenvolvimento do *plea bargaining*, ao aumentar a capacidade de julgamento do Poder Judiciário, é que teria fomentado o crescimento da demanda criminal. Logo, a discricionariedade ministerial precederia o aumento do número de casos penais enquanto causa da ascensão do *plea bargaining* nos Estados Unidos.

¹³⁶ Friedman, 1979.

¹³⁷ Friedman; Percival, 1981.

¹³⁸ Sklansky, 2016.

Finalmente, há ainda uma parcela doutrinária que, na esteira de Malcom Feeley, relaciona o desenvolvimento da negociação em matéria criminal e o exponencial crescimento no uso da ferramenta ao aumento da complexidade dos processos levados ao conhecimento da Justiça Penal estadunidense. Em seu estudo, o Professor da Universidade da Califórnia não chega a tachar como irrelevante o aumento do número de casos criminais para o ganho de importância do *plea bargaining*. Referido doutrinador apenas consigna que, em seus estudos empíricos realizados nas cortes do Estado de Connecticut, não foram encontrados dados suficientes a embasar essa tese¹³⁹. Segundo o Professor Feeley, os julgamentos nos séculos XVIII e XIX se davam de maneira extremamente rápida e eficiente, porém, de modo que seria irreconhecível para os padrões que pautam o devido processo legal como visto hoje. A partir do momento em que a evolução legislativa e jurisprudencial outorgou maiores direitos e garantias processuais aos acusados, a exemplo de maior flexibilidade recursal, controle de licitude das provas e consagração da não autoincriminação, os julgamentos atingiram uma complexidade tamanha que se tornaram inviáveis na prática. A negociação em matéria criminal, neste norte, emergiu como um substituto ao julgamento tradicional, como se esse tivesse sucumbido por seu próprio peso¹⁴⁰.

Em suma, a tese segundo a qual o aumento do número de casos criminais levados ao conhecimento da Justiça seria a fonte única da ascensão do *plea bargaining* não prospera, seja pela ausência de base empírica a lhe amparar, seja porquanto várias outras teorias apontam para elementos que confluíram decisivamente para o referido fenômeno. Aliás, como bem salienta Mary E. Vogel, se a preocupação com a morosidade judicial constituísse a razão *sine qua non* para o triunfo da barganha processual penal essa realidade teria se verificado ainda durante a época colonial, pois ela sempre esteve presente na história dos Estados Unidos¹⁴¹.

Na verdade, repise-se, não há como negar as dificuldades que permeiam a coleta de dados sobre a matéria ora estudada. A um porque, como adiantado, pretende-se colher evidências relativas a um período no qual não havia preocupação com a produção de registros para a posteridade. Além disso, a prática da barganha implícita, da negociação *off the books*, no qual o réu confessa na legítima expectativa de receber um tratamento mais leniente ou em virtude de uma promessa real efetuada fora dos autos, práticas comuns nos primórdios do *plea bargaining*, representa uma constatação tão inegável quanto de difícil comprovação¹⁴².

¹³⁹ Feeley, 1982.

¹⁴⁰ Feeley, 1982, p. 338-354.

¹⁴¹ Vogel, 1999

¹⁴² Vogel, 1999.

Em face disso, acredita-se que a existência de diversas teorias que buscam explicar o motivo pelo qual o *plea bargaining* floresceu nos EUA configura, por si só, a base de uma inarredável conclusão, qual seja a de que todos os fatores ora apontados como fontes do fenômeno estudado contribuíram para tanto. Perceba-se, a propósito, que as correntes de pensamento acima esposadas não se excluem mutuamente e que, seja com maior ou menor grau de embasamento empírico, todas possuem um certo nível de sustentação fática e fazem algum sentido de um ponto de vista argumentativo. A própria sobrecarga do Poder Judiciário, alvo de tantas críticas por sua falta de embasamento empírico, não pode ser afastada como elemento que conduziu à prevalência da negociação processual penal em detrimento da adjudicação de culpa em audiência de instrução e julgamento. Isso porque, entre os anos de 1920 e 1930, na época da institucionalização da *prohibition* em nível federal, houve um aumento exponencial do número de casos de natureza criminal, ao qual se seguiu uma explosão do uso do *plea bargaining*. Fenômeno semelhante ocorreu no final dos idos de 1960, época no qual houve um aumento nas estatísticas dos *street crimes*¹⁴³, expressão que equivale à chamada criminalidade grosseira do Brasil. Não há como se cuidar, pois, de uma mera coincidência.

Enfim, pode-se afirmar que a notabilidade alcançada pelo *plea bargaining* nos Estados Unidos da América, motivo que conduziu à escolha desse ordenamento jurídico como paradigma para este trabalho, derivou de uma soma de diversos fatores, dentre os quais se destacam: a) a pressão representada pelo abarrotamento da Justiça Criminal a partir de meados do século XIX; b) a relevância de uma política criminal leniente no aplacamento das tensões sociais daquela época; c) a necessidade de criação de mecanismos de enfrentamento de modalidades de criminalidade que não deixam vítimas específicas; d) a profissionalização das autoridades imbuídas da persecução penal; e) o ganho de complexidade do processo penal; f) a discricionariedade ínsita ao promotor público estadunidense.

Nos dias atuais, aproximadamente 94% das causas criminais levadas ao conhecimento do Poder Judiciário estadual norte-americano terminam por meio de uma negociação carreada no âmbito do espaço de consenso processual penal, ao passo que, na Justiça Federal, essa estatística sobe para 97%¹⁴⁴. Esse fato, somado ao histórico de quase dois séculos de utilização do instituto, faz com que a experiência norte-americana sirva como modelo ideal para o exame, tanto de *lege lata* quanto de *lege ferenda*, do espaço de consenso brasileiro.

¹⁴³ Padgett, 1990.

¹⁴⁴ Vaynman; Fondacaro, 2022.

Inclusive, conforme foi possível constatar quando explorada a questão do ganho de força da barganha como política social de contenção de uma latente insatisfação popular, o *plea bargaining* se desenvolveu a partir da base, da análise de casos concretos submetidos à apreciação judicial. O espaço de consenso norte-americano foi moldado a partir da atividade dos Tribunais – em nível federal, apenas a regra n. 11 do *Federal Rules of Criminal Procedure* (análogo ao nosso CPP) trata da matéria –, de maneira que o exame da jurisprudência da Suprema Corte Americana se arvora como providência imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho e, dada a sua importância, será ela realizada em subtópico autônomo.

Antes, porém, urge que se enfrente, de antemão, aquela que se apresenta como a principal crítica formulada pela doutrina nacional ao espaço de consenso brasileiro, bem como à sua iminente expansão. Como o *plea bargaining* floresceu como um produto da experiência norte-americana, regida pelos ditames da *common law*, uma significativa gama de autores pátrios sustenta a incompatibilidade desse instituto para com o ordenamento jurídico do Brasil, de matriz romano-germânica. Por se cuidar de uma crítica apriorística e, também, infundada, conforme se demonstrará, entende-se que, de um ponto de vista lógico, a análise dessa questão deve preceder o exame das decisões exaradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o tema. Finda essa providência de natureza prejudicial, retomar-se-á a marcha regular do trabalho, primeiro sobrelevando as principais características que permeiam o sistema de justiça norte-americano, para fins de contextualização, e, finalmente, promovendo a alardeada análise jurisprudencial.

4.2 Da compatibilidade entre o *plea bargaining* e a *civil law*

A mais veemente crítica formulada pela doutrina nacional seja ao espaço de consenso pátrio tal como positivado atualmente seja às propostas de sua expansão possui, como ponto de partida, o argumento de que a negociação em matéria penal seria uma realidade típica da *common law* e, como tal, incompatível com a principiologia que rege os sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, a exemplo do Brasil.

Dentre os defensores dessa linha de pensamento, destaca-se o professor Geraldo Prado, o qual assevera que as marcantes diferenças estruturais havidas entre a *common law* e a *civil law* rendem como impossível que institutos jurídicos sejam simplesmente exportados de

um ordenamento para outro¹⁴⁵. Nesta toada, afirma o renomado doutrinador que o sistema de controle social estadunidense, ao contrário do que se verifica no Brasil, se baseia no pressuposto da origem local, popular e da democrática da lei e do seu sistema de produção da verdade, motivos que legitimariam a resolução de conflitos via negociação e arbitragem na *common law*¹⁴⁶. Encampando e complementando o referido entendimento, o autor Aury Lopes Jr. aduz que as regras que regem a ação penal pública no Brasil, quais sejam a indisponibilidade e a obrigatoriedade, sobressaem como aquelas que desvelam de modo mais evidente a incompatibilidade entre o *plea bargaining* e o sistema jurídico brasileiro¹⁴⁷.

Com a devida vênia aos renomados autores, não há como acolher os fundamentos por eles erigidos, muito menos a conclusão por eles alcançada no que tange à incompatibilidade em tese da negociação em matéria processual penal e o sistema romano-germânico. A propósito, de início, deve-se salientar que a importação e exportação de conceitos, ideias e institutos como um todo entre os mais variados sistemas legais dispostos ao redor do globo exprime o já referido fenômeno conhecido como transplante jurídico, de natureza ordinária, comum, que não causa qualquer espécie¹⁴⁸. Como adiantado, o processo de transplante ocorre quando há a implementação de um sistema jurídico completo, ou de uma significativa parte dele, em um novo ambiente. Esse transporte de leis, desde que devidamente adaptado às peculiaridades locais, funciona como um catalisador para o avanço do Direito nas sociedades, de maneira ser frequente que as legislações de uma nação não sejam construídas ou aperfeiçoadas de maneira isolada, mas através da adoção de elementos obtidos a partir de sistemas jurídicos alheios¹⁴⁹.

Justamente por se tratar de uma prática efetivamente usual e recorrente, o estudo do transplante jurídico se transformou em uma técnica de estudo do Direito Comparado vergada por diversos pesquisadores¹⁵⁰. Ao tentar explicar essa realidade, Carlos Eduardo de Athayde Bueno e Antônio Carlos Tomás Bentivoglio creditam o fenômeno do recorrente empréstimo de leis ao fato de que “os Estados do mundo tendem a aproximar-se mais e mais em razão das maiores facilidades de comunicação, locomoção”, razão pela qual “as regras sociais, entre as quais as de direito, também tendem a assemelhar-se entre si”¹⁵¹.

¹⁴⁵ Prado, 2006, p. 87-103.

¹⁴⁶ Prado, 2006, p. 87-103.

¹⁴⁷ Lopes Jr., 2019.

¹⁴⁸ Watson, 1987.

¹⁴⁹ Milhomem; Suxberger, 2021.

¹⁵⁰ Watson, 1995.

¹⁵¹ Bueno; Bentivoglio, 1991, p. 19.

A partir dessas constatações primeiras, pode-se fixar, desde já, uma premissa primordial que irá calcar a desconstrução do argumento tecido por Geraldo Prado, Aury Lopes Jr. e outros autores que defendem a incompatibilidade entre a barganha processual penal e o sistema romano-germânico: o transplante jurídico ressaí como uma regra em Direito Comparado, pelo que a sua proibição por suposta inconciliabilidade sistêmica sempre ostentará caráter excepcional.

No âmbito da relação entre *civil law* e *common law*, o fenômeno do transplante jurídico assume contornos ainda mais ordinários. Afinal, na esfera desses sistemas, afere-se a presença de um exercício de influência recíproco, há uma tendência geral de aproximação que os torna cada dia mais semelhantes entre si. Nos países que seguem o sistema de *common law*, observa-se um aumento contínuo na produção de leis. Enquanto isso, nos países que adotam o sistema de direito romano-germânico, nota-se uma crescente tendência em atribuir caráter obrigatório e abrangente às decisões judiciais, especialmente àquelas emitidas por cortes superiores¹⁵². Em suma, esses sistemas evoluem atualmente em uma mesma direção.

Com efeito, ao contrário do que diriam Aury Lopes Jr. e Geraldo Prado, não causa nenhuma surpresa esse movimento de aproximação entre a *civil law* e a *common law*. Isso porque uma análise histórica de ambos leva à inarredável conclusão de que se cuida de uma verdadeira reaproximação entre sistemas jurídicos, os quais permaneceram unidos por muito mais tempo do que estiveram separados. O distanciamento entre o sistema romano-germânico e o anglo-saxão representou um pequeno acidente de percurso histórico, o qual se deu por curto espaço de tempo, de modo que traduziria um profundo equívoco técnico sugerir estar-se diante de dois compartimentos estanques, hermeticamente fechados e incomunicáveis entre si.

A conferir embasamento doutrinário à assertiva em testilha, tem-se que João Alberto Guarcez Ramos, em seu Curso de Processo Penal Norte-Americano, esclarece que, durante o Império Romano, o Direito inglês e o Direito continental estavam unidos¹⁵³. Devido a circunstâncias históricas, ligadas principalmente à burocracia estatal, ao diferente grau de influência canônica e à especial relação entre o rei e os senhores feudais que se estabeleceu na Inglaterra é que a estrutura jurídica inglesa acabou se afastando daquela vigente na Europa continental. Realidade essa que se operou com mais ênfase tão somente durante os mais profundos momentos de isolamento feudal, período após o qual foram retomadas as relações entre o continente e as ilhas britânicas. Consequentemente, a tendência atualmente observada

¹⁵² Barroso, 2022, p. 223.

¹⁵³ Ramos, 2006, p. 50.

de intercâmbio de institutos entre a *common law* e a *civil law* implica não em uma aproximação entre sistemas ontologicamente díspares, mas em uma reaproximação entre modelos que possuem um mesmo tronco comum¹⁵⁴.

Talvez nenhum estudioso tenha conferido tamanho peso histórico ao ponto ora desenvolvido que o autor Renê Davi. Ao debruçar-se sobre as particularidades da *common law*, referido pesquisador anota que suas premissas prosperaram e se estabeleceram, de fato, por meio da ação dos Tribunais Reais de Justiça, seguidamente à conquista normanda, ocorrida no ano de 1066. Por consequência, não havia, até o século XI, na Inglaterra, um sistema jurídico diverso daquele vigente no continente europeu. A diferenciação operada entre esses sistemas, pois, representou um fato recente e curto (a retomada da comunicação sistêmica se operou com o fim do medievo) em termos históricos, pelo que nenhum espanto causa a atual tendência de reaproximação. Na verdade, o que o Direito inglês não veio a conhecer foi apenas a renovação pela codificação, característica do sistema francês e que também passou a refletir nos outros direitos da família romano-germânica¹⁵⁵.

Ao concluir seu raciocínio, Renê Davi frisa que os contatos entre o movimento jurídico continental europeu e o Direito inglês foram limitados durante um determinado período histórico, jamais inexistentes, algo que, por mais que tenha garantido uma certa autonomia a esse último, jamais pode ser confundido com uma absoluta independência. Enfim, esse relativo afastamento entre os sistemas estampou uma mera imprevidência temporária na longa evolução do direito na Europa, fenômeno esse que vem sendo suavizado pelo movimento de legalização da *common law*¹⁵⁶.

Acrescente-se a isso que, apesar da *common law* ter suas raízes no direito consuetudinário, o núcleo atual desse sistema recai sobremaneira na força dos precedentes¹⁵⁷, mananciais principais das normas jurídicas, os quais estabelecem padrões para o enfrentamento de casos futuros semelhantes. Fenômeno esse que também se verifica na configuração atual da *civil law*, onde a força vinculante dos precedentes espelha uma inafastável realidade¹⁵⁸, muitas vezes em detrimento do próprio direito codificado. Em suma, atualmente, os sistemas romano-germânico e anglo-saxão se caracterizam muito mais por suas semelhanças, consubstanciadas na relevância dos precedentes jurisprudenciais e na busca por

¹⁵⁴ Ramos, 2006, p. 50.

¹⁵⁵ David, 1993, p. 279-283.

¹⁵⁶ David, 1993, p. 279-283.

¹⁵⁷ Tetley, 1999.

¹⁵⁸ Marinoni, 2008.

constante aperfeiçoamento via transplantes jurídicos, que por suas diferenças, representadas pela fonte primordial de criação das normas jurídicas.

Não se está aqui a defender, frise-se, a compatibilidade entre todo e qualquer instituto de matriz anglo-saxã com a tradição jurídica romano-germânica, muito menos com a ordem jurídica brasileira. Para o momento, bate-se apenas pelo afastamento da lógica inversa, qual seja a da total incompatibilidade entre os referidos sistemas.

Fixada essa premissa, mostra-se possível enfrentar a questão específica do *plea bargaining*. Já de início, o acerto técnico das concepções expostas por René Davi e João Gualberto Garcez pode ser extraído de alguns fatos que jamais poderiam ser explicados a partir das ideias de Geraldo Prado e Aury Lopes Jr. Tome-se como exemplo o local de florescimento do *plea bargaining*. A tomar-se como referencial a concepção defendida por esse último grupo, segundo a qual a barganha processual penal seria uma peculiaridade exclusiva do sistema anglo-saxão, referido instituto deveria ter se desenvolvido na Inglaterra¹⁵⁹, palco onde a *common law* sobressai em sua mais pura essência, não nos EUA, onde há uma mais perceptível influência da *civil law*¹⁶⁰. De igual modo, essa corrente de pensamento não consegue explicar como técnicas de negociação em matéria criminal encontram guarida em sistemas jurídicos completamente diversos entre si, desde a Bolívia pré-colombiana até a Noruega atual, conforme já exposto nos tópicos anteriores.

Mais que isso, a compatibilidade entre a *civil law* e a *common law* em matéria de consagração da negociação em matéria criminal deriva de um fator esquecido por aqueles que tentam se opor a essa realidade, de um elemento que une esses sistemas e afasta de vez todas as críticas ao transplante jurídico do *plea bargaining*: a democracia. Explica-se.

Pode-se observar, nas democracias contemporâneas, uma crescente demanda por mais participação popular nos rumos do Estado, incluindo a seara jurídica. Isso tem levado à valorização de práticas jurídicas que permitem um maior envolvimento das partes na elucidação de seus próprios conflitos de interesse, uma vez que essas novas rotinas transferem a legitimidade da solução das lides da esfera exclusiva estatal para o âmbito de influência dos envolvidos. Dentro dessa tendência, à qual se soma um anseio por soluções criminais sempre mais eficientes e legítimas, é que exsurge um movimento que busca privilegiar a resolução de questões de natureza penal por meio da negociação e do consenso, contexto no qual a participação dos envolvidos é potencializada. Como os sistemas de *common law* e *civil law*

¹⁵⁹ Spencer, 2005, p. 289-291.

¹⁶⁰ Pound, 1938.

ostentam uma base democrática comum que os aproxima e os impõe a se adaptarem às crescentes e variadas demandas sociais, o fenômeno representado pela evidenciação da barganha processual penal se verifica indistintamente tanto em países de tradição romano-germânica quanto anglo-saxã.

Dito de outro modo, a convergência entre os sistemas de *civil law* e *common law*, tachados por alguns autores como opostos e incompatíveis, se dá através da valorização e consagração de práticas democráticas que os une e os confere ares de singularidade. Nesta esteira, a incorporação de práticas negociais no âmbito da *civil law* possibilita uma maior influência tanto de indivíduos quanto da sociedade na tomada de decisões estatais, superando a noção de que um Juiz Hércules¹⁶¹ se ergueria do conflito na posse da única e mais adequada solução possível para o conflito havido entre as partes. Permitir que os interessados discutam e determinem as soluções mais adequadas para suas pretensões é uma abordagem democrática e que, por conseguinte, se amolda tanto aos ditames da *civil law* quanto da *common law*¹⁶².

Consigne-se que a implementação de práticas negociais em sistemas jurídicos de origem romano-germânica não visa substituir o tradicional espaço de conflito, mas oferecer um mecanismo adicional capaz de contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de justiça. O espaço de consenso caracteriza-se por ser uma mera via alternativa, consubstanciada na participação ativa e direta das partes interessadas na solução do conflito penal, peculiaridade essa que, apesar de não legitimar de *per se* o sistema de justiça baseado na negociação, seguramente contribui para essa finalidade. Assim, a depender das condições de sua concretização, a barganha processual penal possuirá o condão de catalisar as potencialidades da justiça criminal como um todo, porquanto se baseia em fundamentos de fundo democrático. E esse aumento de participação democrática na tomada de decisões, além de não ir contra o sistema processual penal de adjudicação de culpa, se revela compatível tanto com a *civil law* quanto com a *common law*.

Por todo o exposto, conclui-se que a “a escolha do sistema jurídico adotado por um país depende do modelo de Estado, sendo resultado, por conseguinte, da evolução da cultura jurídica de uma sociedade, o que redundará, ao longo da história, em uma superação da adoção de sistemas jurídicos puros”¹⁶³. O caráter ordinário do transplante jurídico, o tronco histórico comum entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxão, o curto período de separação

¹⁶¹ Dworkin, 1999, p.287.

¹⁶² Paulino, 2023, p. 263-287.

¹⁶³ Paulino, 2023.

entre ambos, a inevitável reaproximação entre eles, o florescimento da negociação processual penal à margem da *common law* pura e a sustentação democrática de ambos os sistemas (em sua conformação atual) não deixam dúvida quanto à compatibilidade entre o *plea bargaining* e a *civil law*. A tese da inconciliabilidade erigida por parte da doutrina brasileira erige-se, pois, como uma verdadeira falácia¹⁶⁴, um argumento de autoridade incapaz de sobreviver à mais perfunctória análise crítica.

A propósito, antes de encerrar, digno anotar que, conforme exame desenvolvido alhures, a doutrina norte-americana aponta, como razões que contribuíram para o florescimento da barganha processual pena nos EUA, uma série de fatores históricos, sociais e jurídicos. Todavia, não há estudos de relevo a sugerir que a origem local, popular e democrática da lei e do seu sistema de produção da verdade teriam contribuído para a ascensão do *plea bargaining* em território estadunidense – como sobreleva Geraldo Prado. Essa falta de apoio doutrinário na fonte corrobora a impressão de que a tese da suposta incompatibilidade entre o *plea bargaining* e a *civil law* funcionaria muito mais como uma frase de impacto pré-pronta, vergada por aqueles que são contrários à prática negocial a partir de seus próprios juízos de valor, que um argumento de natureza técnica, jurídica ou dogmática.

Lado outro, a existência de uma preocupação doutrinária ao redor da introdução de um instituto que se desenvolveu no âmbito de uma atuação ministerial discricionária em um cenário no qual o Ministério Público deve se pautar pelo Princípio da Obrigatoriedade se revela factível. Todavia, negar peremptoriamente a possibilidade do transplante jurídico reflete uma conduta equivocada do ponto de vista do Direito Comparado, visto que a primeira providência a cargo do pesquisador que se depara com uma potencial incongruência sistêmica deve ser verificar a possibilidade de adaptação do instituto de referência às peculiaridades do ordenamento jurídico receptor. Ou seja, incumbe ao estudioso do Direito brasileiro aferir a viabilidade de se construir um espaço de consenso no qual o titular da ação penal agirá com base no Princípio da Legalidade para, somente em caso de resposta negativa, bater pela inexequibilidade do transplante. Fato é que a omissão dos autores brasileiros contrários a um modelo de barganha nacional em performar essa tarefa retira a credibilidade e a validade de seus argumentos.

Superada, pois, a tese da suposta incompatibilidade entre os modelos jurídicos anglo-saxão e romano-germânico, tanto em nível genérico quanto especificamente no que tange à

¹⁶⁴ Della Torre, 2018.

negociação em matéria penal, passa-se a uma breve introdução das principais características do sistema de justiça norte-americano e do próprio *plea bargaining*, como forma de preparar a análise jurisprudencial do referido instituto, a qual se seguirá.

4.3 Considerações gerais acerca do *plea bargaining*: conceito, características e aplicação

Assentar pormenorizadamente todas as etapas do processo penal norte-americano traduz tarefa que não apenas demandaria a elaboração de todo um curso ou manual próprios, como, também, fugiria ao escopo deste trabalho. Por outro lado, dominar determinados conceitos básicos e compreender algumas das diferenças havidas entre a justiça criminal estadunidense e a brasileira se apresenta com imprescindível para os almejados fins de adaptação dos ditames do *plea bargaining* à conformação constitucional trazida pela CR/88. Daí porque, antes de adentrar na temática do espaço de consenso em matéria criminal dos EUA, promover-se-á um resumo do rito processual penal norte-americano base em nível federal. Faz-se o alerta acerca da aplicabilidade federal das normativas que serão apresentadas porquanto é sabido que, em um modelo federalista centrípeto como o norte-americano¹⁶⁵, os estados membros possuem forte liberdade para legislar, inclusive nos campos penal e processual penal. No entanto, ainda que haja estados como o de Nevada, no qual subsiste uma ampla abertura discricionária legal para a previsão de procedimentos criminais pelas próprias Cortes, a grande maioria dos entes federados, tais como Alasca, Arizona, Colorado, Delaware, Havaí, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, Dakota do Norte, Ohio, Rhode Island, Dakota do Sul, Tennessee, Utah, Vermont, Virginia, Washington, Virgínia Ocidental e Wyoming, praticamente reproduzem os termos das regras federais de procedimento criminal¹⁶⁶. Ou seja, de modo geral, pode-se falar na existência de algumas linhas jurídicas mestras que orientam todo o processo penal norte-americano, mesmo tendo em conta as peculiaridades locais e regionais decorrentes do modelo federativo lá adotado.

Enfim, respeitadas as peculiaridades de cada jurisdição e a própria natureza consuetudinária da *common law*, tem-se que o passo-a-passo do procedimento criminal comum nos Estados Unidos da América pode ser dividido em cinco diferentes fases:

¹⁶⁵ Saleme, 2022, p. 12.

¹⁶⁶ Dyer; Stacey; Viesca, 2017.

investigação, pré-julgamento, julgamento, sentenciamento e apelação (também conhecida como pós-condenação)¹⁶⁷.

Destarte, uma vez que a investigação criminal estiver suficientemente madura, iniciar-se-á o processo penal norte americano propriamente dito, cujo primeiro ato consistirá na prisão do sujeito submetido à persecução¹⁶⁸ – circunstância que, diga-se de passagem, se encontra em total dissonância com os preceitos jurídicos nacionais a respeito da matéria. A esse ato inaugural seguir-se-á o oferecimento de uma acusação (*complaint*), a qual necessariamente deverá demonstrar a presença de justa causa a lhe amparar, e que será submetida à apreciação do Poder Judiciário, representado por um juiz singular. Esse magistrado, de posse do teor da acusação, determinará uma data para comparecimento do increpado em juízo, ocasião na qual será ele cientificado das acusações formuladas em seu desfavor, bem como de seu direito a ser assistido por um advogado. No âmbito desta audiência, conhecida como *first appearance* ou *arraignment on complaint*, terá o acusado a possibilidade de tentar sua própria liberação por meio do pagamento de fiança¹⁶⁹.

Ato contínuo, a imputação formalizada em desfavor do réu será submetida a exame pelo Grande Júri. Neste momento processual, os jurados entrarão em contato, em audiência, com as provas produzidas pela promotoria pública e decidirão se elas se mostram suficientes para conferir justa causa à ação penal. Em outras palavras, a partir da apresentação desse conjunto de elementos probatórios, ao *Grand Jury* competirá deliberar acerca do encaminhamento do réu a julgamento¹⁷⁰. Esse ato de liberação do acusado para julgamento recebe o nome de indiciamento, tradução livre do termo *indictment*, e nele serão fixadas as imputações que constituirão objeto da análise judiciária final. Perceba-se que, até essa fase processual, a margem de atuação efetiva da defesa técnica se apresenta demasiadamente reduzida quando comparada à realidade brasileira, já que sequer se garantiu ao réu e ao seu defensor o direito subjetivo de acessar integralmente os elementos de prova produzidos pelo Estado-acusação.

Ainda dentro da fase de pré-julgamento, o réu será convocado a participar de mais uma audiência, conhecida como *arraignment on indictment*, oportunidade na qual será indagado como se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de novamente advertido expressamente sobre o teor das acusações que enfrenta. Seguindo o rito

¹⁶⁷ Burke, *et al.*, 2019, p. 132.

¹⁶⁸ Marcus, 1996.

¹⁶⁹ Campos, 2012.

¹⁷⁰ Marcus, 1996.

processual do espaço de conflito, a Corte agendará uma data para o julgamento de mérito, atividade essa que se pautará pela normativa constitucional da celeridade processual – *speedy trial*. Somente aqui exsurgerà o direito das partes de entrar em contato com as evidências que o adversário pretende utilizar em sede de audiência de instrução e julgamento, fase processual essa que recebe o nome de *discovery*. Por certo, o conhecimento dos elementos probatórios disponíveis à parte contrária por parte dos interessados ensejará a possibilidade de reação. Isso significa que, nesta etapa processual que precede a audiência de instrução, afigura-se comum que as partes ofertem uma variedade de pedidos de conteúdo processual ao Poder Judiciário, as quais costumam ostentar como tema central eventuais nulidades procedimentais e possíveis ilícitos na coleta de provas que podem implicar na sua exclusão. Essas petições de conteúdo precipuamente supressório de evidências são referenciadas como *pretrial motions*¹⁷¹.

Ainda que a legislação federal e a maioria dos estados permitam que a barganha processual ocorra a qualquer tempo, a abertura ao espaço de consenso costumeiramente se fecha neste momento, quando, findas todas as etapas anteriores, o caso finalmente irá a julgamento, seja perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri popular (*jury trial*), a depender da hipótese, em um procedimento público pautado pelo princípio adversarial¹⁷². Ainda que condenado pelo júri, será o acusado necessariamente sentenciado pelo juiz togado, normalmente em uma nova audiência, designada com o propósito de permitir a leitura pública da sentença (*sentencing hearing*). Ao réu irredimido com o teor da sentença será facultada a apresentação de recurso de apelação (*appeal*), incumbindo-lhe demonstrar que não teve um julgamento justo ou que a prova produzida era insuficiente para sustentar o veredicto condenatório do júri. Ainda que o processo norte-americano em geral seja marcado por seus altos custos, a apelação não traz consigo qualquer gasto adicional, tratando-se, essencialmente, de uma ferramenta que o réu pode se valer de modo gratuito¹⁷³.

A opção pelo espaço de consenso promove um realinhamento estrutural das etapas processuais acima descritas. Neste norte, uma vez finda a investigação, as partes se engajam em uma negociação que culmina com a assunção de culpa por parte do sujeito submetido à persecução penal, o qual se declarará responsável pelo cometimento de determinadas imputações formuladas pelo Estado-acusação, conforme o acordado. O próximo passo, nesta hipótese de opção pela solução consensual da questão criminal, será a realização da audiência

¹⁷¹ Campos, 2012.

¹⁷² Burke, *et al*, 2019, p. 133.

¹⁶⁶ Heise, 2009.

de sentenciamento, sem que haja a necessidade de instrução da causa em ato público marcado pelo princípio adversarial.

Uma vez delineado esse panorama geral e com o fim de evitar quaisquer eventuais confusões terminológicas, chega o momento de se definir o *plea bargaining*. A conceituação do instituto apresenta algumas variações doutrinárias, mormente pelo fato de que alguns estudiosos mais enviesados costumam agregar seus próprios juízos de valor à definição que propõem. Considerando que este estudo não visa advogar pela adoção ou refutação de um modelo de negociação em matéria criminal, adotar-se-á o conceito fornecido pelo autor Michael Gorr, por se tratar de uma definição que possui ao menos uma pretensão de objetividade como marca. Assim, o *plea bargaining* consiste em uma prática pela qual, em troca de uma confissão por parte do réu, o titular da ação penal concorda em reduzir ou desistir de uma imputação já formalizada, abster-se de acrescentar novas acusações, pré-fixar ou recomendar uma sentença mais leve que aquela aplicável na hipótese de condenação prolatada em um espaço de conflito. Essa negociação envolvendo os termos da acusação ou da sentença culmina em um acordo cuja validade dependerá da chancela do Poder Judiciário¹⁷⁴. O *guilty plea*, essa assunção formal de culpa que assenta uma verdadeira condição para o *plea bargaining*, se diferencia de uma mera confissão por se dar perante o Poder Judiciário, em sessão pública, e pressupor uma desistência quanto à produção e ao confronto de provas em sede de audiência de instrução.

Como em qualquer negociação, as partes envolvidas na barganha processual penal possuem pretensões e objetivos próprios – daí, inclusive, seu interesse em buscar alcançá-los no âmbito de um espaço de consenso, cada qual abdicando de parte de seus ativos para chegar a um acordo. O emprego da expressão barganha de ativos, no Brasil, traz consigo uma certa pecha, quiçá uma carga de preconceito, como se o Direito vivesse em uma sacrossanta redoma autônoma e independente do mundo sensível. Todavia, é comum o uso desses termos no estudo do *plea bargaining*, dada a forte influência sobre a matéria de técnicas ligadas à análise econômica do Direito, sistematizadas em uma verdadeira Teoria Geral do Acordo Criminal¹⁷⁵. Segundo essa linha de pensamento, na negociação criminal, como em qualquer outra transação, cada parte possui recursos que são valorizados pela outra, razão pela qual ambas barganham com o objetivo de atingir ganhos mútuos. Sob uma perspectiva econômica, o Estado-acusação compraria concessões do réu em troca da promessa de algum benefício e,

¹⁷⁴ Gorr, 2000.

¹⁷⁵ Jolly; Prescott, 2021, p. 1049.

em contrapartida, os acusados venderiam a possibilidade de exercício de alguma prerrogativa processual, notadamente as prerrogativas de ir a julgamento e de recorrer da sentença condenatória objeto de acordo entre os envolvidos¹⁷⁶. As vantagens mútuas oriundas do acordo se relacionam com a troca de uma possibilidade de total vitória pela certeza de se evitar uma completa derrota, não em critérios de justiça ou equidade. Em suma, as partes negociam (ativos) porque, assim agindo, possuem a possibilidade de influir diretamente na consecução de seus próprios interesses, ou daqueles que legitimamente representam.

Se o objetivo das partes na barganha reside na obtenção de benefícios mútuos, objetivamente representados pela minimização de custos, mitigação de riscos e maximização de valores, interessa saber qual o papel que deve performar o juiz neste cenário. Ainda que se reconheça algum isolado fomento doutrinário à participação do magistrado nas negociações¹⁷⁷, entendimentos deste jaez encontram fortíssima resistência dentre os estudiosos do *plea bargaining*, uma vez que os sistemas de justiça democráticos demandam uma separação rígida entre as funções de acusar e julgar e, obviamente, o juiz que intervém na barganha estará, inevitavelmente, exercendo pressão indevida sobre o réu e laborando de forma parcial¹⁷⁸. Adotando esse posicionamento majoritário em sede doutrinária, a legislação federal norte-americana, por meio da *Rule 11* do *Federal Rules of Criminal Procedures* (FRCP), impede que os juízes participem, de qualquer modo, das negociações inerentes ao espaço de consenso. Por mais que inexista proibição expressa a que o juiz, eventualmente, adiante a sentença que poderia aplicar em eventuais cenários de acordo ou desacerto entre as partes, os Tribunais Federais estadunidenses sugerem se cuidar essa de uma prática ontologicamente negocial e, portanto, vedada pela lei. Até como consequência lógica dessa vedação, a mesma *Rule 11* dispõe como regra geral que o Poder Judiciário, caso entenda por rejeitar a homologação do acordo, deverá comunicar tal decisão ao réu, de maneira a permitir que ele retire a sua confissão e o seu reconhecimento de culpa¹⁷⁹.

Em resumo, dentro do modelo de espaço de consenso norte-americano, o juiz atuará sempre *a posteriori*, como um sujeito processual que velará pela regularidade das negociações e pela licitude do acordo ao final entabulado, com foco na verificação da conduta livre, consciente e voluntária do acusado. Isso inclui a possibilidade de que o magistrado possa,

¹⁷⁶ Jolly, 2021, p. 1060.

¹⁷⁷ Mcconkie, 2014.

¹⁷⁸ Turner, 2006.

¹⁷⁹ Beall, 2015.

discrecionariamente, recusar a homologação de um acordo na hipótese de identificar a presença de fatos inconsistentes com a declaração de culpa do acusado¹⁸⁰.

Quanto ao papel da defesa técnica, a doutrina norte-americana estatui que ela deve pautar sua atuação por duas circunstâncias norteadoras basilares. Assim, o papel do advogado de defesa envolverá, no mínimo, oferecer ao acusado uma explicação acerca das possibilidades postas ao seu dispor, leia-se consenso ou litigância, seguidas das consequências advindas tanto de uma admissão negociada de culpa quanto do enfrentamento de um julgamento. Além disso, deverá a defesa técnica honrar a vontade do acusado e responder a todos os seus questionamentos e dúvidas, inclusive aquelas de caráter decisivo e peremptório, representadas pela pergunta “diga-me aquilo que você acredita ser o melhor para mim diante dessas circunstâncias e eu o farei”¹⁸¹.

Delineado o papel dos atores envolvidos no *plea bargaining*, importa apontar quais as espécies de barganha admitidas pelo direito processual penal norte-americano. Por certo, algumas dessas modalidades podem ser extraídas do próprio conceito de *plea bargaining* adotado neste trabalho e exposto alhures. Todavia, dada a relevância do conhecimento de todas essas hipóteses para a compreensão do espaço de consenso estadunidense, um maior aprofundamento acerca da matéria se mostra de todo salutar para o desenvolvimento deste trabalho.

Destarte, sem maiores delongas, são as seguintes as espécies de *plea bargaining* admitidas nos Estados Unidos da América: a) *charge bargaining*; b) *sentence bargaining* e *nonbinding sentence recommendation agreements*; c) *fact bargaining*.

A primeira das espécies de negociação admitida no espaço de consenso norte-americano, a barganha dos termos da acusação, também se afigura como a mais usual. Cuida-se da possibilidade de que o titular da ação penal venha a desistir da imputação de um determinado número de crimes em troca da confissão do increpado. Além disso, o *charge bargaining* também pode envolver um acordo em matéria da própria capitulação, de modo de que o promotor público, novamente em retorno pela assunção de responsabilidade pelo investigado, passa a lhe imputar uma infração penal menos grave que a original. Um exemplo simples de barganha sobre os termos da acusação ocorre em um cenário no qual, havendo suspeitas do envolvimento de um determinado investigado em três diferentes infrações penais de roubo, o promotor de justiça decide pelo arquivamento parcial da investigação, em relação

¹⁸⁰ EUA, 1971.

¹⁸¹ Goldstein, 1975.

a dois desses crimes, em contrapartida pela confissão do increpado quanto ao delito remanescente¹⁸². A desclassificação de um homicídio qualificado para um de natureza simples também exemplifica essa categoria de negociação.

A *priori*, a hipótese de barganha dos termos da sentença seria autoexplicativa, porquanto a própria expressão já se mostra suficiente para revelar o que significa essa espécie de *plea bargaining*. Todavia, a situação em comento não se revela tão simples quanto parece. Isso porque, conforme adiantado alhures, as partes não possuem o poder de impor sua vontade sobre o Poder Judiciário, o qual deve laborar de modo independente, de acordo com os termos da lei e de sua avaliação individualizada. Ou seja, ainda que investigado e Estado-acusação tenham chegado a um termo comum para solução da lide penal via aplicação de uma pena acordada, a concretização dessa avença dependerá da chancela do Estado-juiz. Conforme adiantado alhures, caso o magistrado recuse a homologação do acordo em matéria de sentença, tal decisão deve ser expressamente informada ao sujeito submetido à persecução penal, a fim de lhe possibilitar eventual retratação e de reabrir a porta ao espaço de conflito.

Para além do ajuste acerca dos termos exatos da sentença, a Regra n. 11 do FRCP abre às partes uma alternativa correlata, consistente no acordo não vinculativo de recomendação do montante da pena. Essa hipótese de avença pode se verificar de dois modos diferentes. No primeiro deles, o titular da ação penal recomenda ao Poder Judiciário a aplicação de uma sentença em termos previamente acertados junto ao investigado. No segundo, a Promotoria se compromete a não contrariar um pedido defensivo expresso de aplicação de sentença nos moldes sugeridos pelo próprio increpado. Novamente, como contrapartida pelo pedido ministerial explícito ou por sua deliberada omissão, o acusado deverá confessar a prática da infração penal, e, também do mesmo modo como ocorrido na hipótese de barganha da sentença, o juiz não ficará vinculado ao acordo entre as partes. No entanto, a *nonbinding sentence recommendation agreement* apresenta um fator de forte insegurança quanto comparada à *sentence bargaining*, visto que, na hipótese de não homologação daquele acordo por parte do Poder Judiciário, a *Rule 11 (c) (3) (B)* do *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) dispõe que não será franqueada ao increpado a possibilidade de retratação de sua confissão. Por isso, a escolha por uma negociação dos exatos termos da sentença, não da mera recomendação de seus termos, espelha uma recomendação frequente em doutrina¹⁸³.

¹⁸² Dick, 1997.

¹⁸³ Sigman, 1999.

Antes de prosseguir, apenas uma rápida reflexão de ordem prática. Ainda que o juiz, dada sua independência, possa em tese impor uma sanção diversa daquela recomendada pelas partes, os magistrados não possuem qualquer incentivo para assim agir, uma vez que condutas dessa natureza terminam no manejo de recursos e em uma antevista probabilidade de reversão daquele provimento. As objeções judiciais à aceitação dos acordos entabulados pelas partes são raras¹⁸⁴. O receio que envolve essa modalidade de barganha acaba representando, pois, uma preocupação de cunho mais teórico do que real.

Finalmente, chega-se ao *fact bargaining*, a negociação que envolve as circunstâncias do fato que será objeto da confissão e do ajuste final entre as partes. Sobre o tema, interessante o trabalho da defensora pública Felicia Sarner, a qual expressa sua preocupação com o preconceito que envolve a figura da negociação sobre os fatos. Assevera a autora que não se pode confundir manipulação de fatos ou desonestidade com a barganha dos fatos, a qual abrange, tão somente, a obtenção de um consenso acerca do evento investigado. Na barganha acerca dos fatos, as partes não criam um cenário hipotético, uma ficção que será levada ao Poder Judiciário a fim de atender interesses não republicanos, mas, tão somente, negociam, dentro dos limites de probabilidade postos pelas provas, aquilo que se afigura como um evento de natureza incontroversa e admissível, pois, pelo réu. Não se cuida de uma distorção de fatos, mas no atingimento de um ponto mínimo de consenso entre as partes, o qual torna factível a obtenção do consenso. A defensora pública federal, inclusive, faz questão de frisar que, em mais de uma década de atuação profissional, jamais se deparou com qualquer caso em que o *fact bargaining* deu azo à manipulação fática¹⁸⁵.

Enfim, a barganha quanto aos fatos ocorre quanto as partes possuem discordâncias razoáveis acerca da existência de uma determinada infração ou de suas características, circunstância essa que abre o palco para a negociação. No dia a dia forense, o *fact bargaining* exsurge como uma prática comum, por exemplo, na determinação do efetivo papel de um acusado em um crime (o que permitiria, por exemplo, o reconhecimento de uma participação de menor potencial ofensivo) ou na definição do elemento subjetivo que norteou a conduta do réu (como a negativa de presença de um especial fim de agir)¹⁸⁶. Embora sem previsão expressa nas *Federal Rules of Criminal Procedure*, a aceitação doutrinária e jurisprudencial do *fact bargaining* como prática implicitamente aceita pela ordem jurídica norte-americana não encontra qualquer resistência. Com efeito, as críticas formuladas a essa espécie de

¹⁸⁴ Covey, 2008.

¹⁸⁵ Sarner, 1996.

¹⁸⁶ Sarner, 1996.

barganha costumam focar apenas na moralidade que revolve o aceitar, por parte do Estado-acusação, de uma confissão que pode abarcar fatos aquém daquilo que as evidências produzidas poderiam sugerir e no risco (hipotético, sem reforço empírico) de supressão de provas que poderiam recrudescer o tratamento penal conferido ao acusado – expediente esse vergado no intuito de salvaguardar o acordo¹⁸⁷.

Antes de prosseguir, não se pode deixar de mencionar a existência de autores que sustentam a subsistência de uma última espécie de *plea bargaining*, qual seja a barganha implícita. Segundo os adeptos dessa corrente de pensamento, muitos dos acusados que se declararam culpados em juízo o fazem na esperança de receber um tratamento mais leniente por parte do Poder Judiciário¹⁸⁸. Com a devida vênia, não se pode coadunar com esse raciocínio, uma vez que ele parte de uma inaceitável premissa. Barganhar significa negociar, trocar, combinar, ajustar, transacionar, verbos esses que implicam, necessariamente, em um atuar conjunto das partes no sentido da concretização ou finalização de algo. A simples confissão formulada ao juiz não pressupõe a ocorrência de qualquer tratativa prévia, muito menos envolve um agir que tenciona alcançar metas comuns, uma vez que o magistrado não figura como parte interessada no processo. Para piorar, a esperança de clemência não se confunde com a legítima expectativa de tratamento mais leniente que resulta de um ato formal de *plea bargaining*. Ante a ausência de semelhanças ontológicas entre a confissão pura e simples e o *plea bargaining* para além do próprio ato de confessar é que se entende que a barganha implícita não integra tecnicamente o espaço de consenso norte-americano.

Para finalizar, imperativo diferenciar o *plea bargaining* de quatro outras figuras que, em conjunto, compõem o espaço de consenso processual penal estadunidense, quais sejam o *nolo-contendere*, o *Alford-plea*, o DPA (*deferred prosecution agreement*) e o NPA (*non-prosecution agreement*). O *nolo contendere* possui suas raízes em uma prática inglesa de se pedir clemência à corte juntamente com a oferta voluntária de pagamento de uma multa¹⁸⁹. Ele encontra previsão legal expressa na legislação federal norte-americana, mais precisamente na *Rule 11 (a) (3)* do FRCP, e se caracteriza pela aquiescência do acusado em ser tratado como se culpado fosse ao mesmo tempo em que se recusa a admitir culpa por qualquer infração penal. Significa que, conquanto o réu não venha a confessar ou assumir responsabilidade pelas imputações feitas em seu desfavor, ele aceita a imposição de uma condenação em termos previamente acordados, ao mesmo tempo em que opta por deixar de

¹⁸⁷ Bowman, 1996.

¹⁸⁸ Padgett, 1985.

¹⁸⁹ Healey, 1953.

oferecer resistência ao conteúdo da acusação. Não por outra razão, alguns autores dizem se tratar de uma espécie de confissão implícita com efeitos endoprocessuais, que não produz consequências na esfera cível¹⁹⁰. A declaração de *nolo contendere* se diferencia do *plea bargaining* porquanto esse último exige, para seu perfazimento, a expressa confissão do increpado. De outra banda, as figuras se assemelham pelo fato de pressuporem uma negociação prévia entre acusação e defesa, além de ulterior confirmação judicial, pelo que ambas integram, em conjunto, o espaço de consenso processual penal norte-americano.

Perceba-se, pela definição do *nolo contendere*, que referido instituto em muito se assemelha à suspensão condicional do processo prevista na Lei n. 9.099/95, pois, em ambos os casos, o increpado simplesmente opta por não responder aos termos da acusação formulada em seu desfavor, acatando a imposição de uma sanção negociada, mesmo sem assumir expressamente culpa por qualquer ato criminoso. As figuras diferenciam-se, porém, quando se observa que, na lógica estadunidense, o *nolo contendere*, além de ser aplicável a uma larga gama de infrações penais (exceção feita, por exemplo, aos chamados crimes capitais, aos quais a legislação penal comina a morte como penalidade), resulta na prolação de uma sentença de natureza condenatória e, por consequência, na inflicção de uma pena, inclusive a de natureza privativa de liberdade¹⁹¹. Já o *sursis* processual, como se sabe, possui aplicação reduzida às infrações penais às quais a lei comina sanções privativas de liberdade mínimas menores ou iguais a um ano e, ademais, a homologação do acordo não implica na imposição de uma pena, mas de condições acordadas pelas partes e que constarão de uma sentença homologatória, não condenatória, exarada pelo Poder Judiciário.

Para além do *plea bargaining* e do *nolo contendere*, a Suprema Corte Norte-Americana reconhece a validade de uma terceira figura integrante do espaço de consenso estadunidense, essa construída exclusivamente a partir da prática forense cotidiana, a qual não encontra previsão legal expressa. Cuida-se do *Alford Plea* (também conhecido como *Kennedy Plea* em alguns estados, a exemplo da Virgínia Ocidental), instituto que autoriza que o réu reconheça expressamente sua culpa para fins de solução da questão criminal no âmbito do espaço de consenso, ao mesmo tempo em que protesta abertamente por sua inocência. Ao decidir o *leading case* sobre o tema – *North Carolina v. Alford* –, a Suprema Corte Americana asseverou não perceber qualquer diferença material entre uma declaração que consubstancia uma recusa de admissão de um ato criminoso e uma outra na qual há um protesto por

¹⁹⁰ Hayden Jr., 1965.

¹⁹¹ Peterson Jr., 1963.

inocência em um cenário no qual o réu, conscientemente, conclui lhe ser favorável deduzir um pleito formal de reconhecimento de culpa e as provas postas em juízo contêm fortes indicativos da culpabilidade do acusado¹⁹².

Sem dúvida, a contradição de comportamentos que marca a própria definição do conceito de *Alford Plea* já serve para sugerir tratar-se de figura geradora de incontáveis debates acadêmicos, os quais versam desde seu risco à mensagem moral do Direito Penal¹⁹³ até os efeitos deletérios que tal prática teria em certos tipos de delito, em especial aqueles de natureza sexual¹⁹⁴. Por esses motivos, inclusive, há alguns estados, como Indiana e New Jersey, que proíbem expressamente essa prática. Entretanto, por mais academicamente instigantes que sejam os referidos debates, interessa ao escopo do presente trabalho, tão somente, saber que o *Alford Plea* pressupõe uma aquiescência quanto a uma condenação por parte do réu após a realização de negociações junto ao titular a ação penal, de maneira que a questão criminal é resolvida fora do espaço de conflito do processo penal. Tal instituto se difere do *plea bargaining* porque se segue ao exposto protesto de inocência por parte do réu e do *nolo contendere* porquanto há o reconhecimento explícito de culpa nos autos. Conclui-se, pois, que o *plea bargaining*, o *nolo contendere* e o *Alford Plea* traduzem as figuras que conformam o tradicional espaço de consenso norte-americano. Ao acordo resultante de qualquer dessas negociações dá-se o nome de *plea agreement*.

Recentemente, mais precisamente a partir do ano de 2005, observou-se o alargamento da consensualidade processual por meio do uso das figuras do DPA e do NPA nos Estados Unidos da América, principalmente na área das infrações criminais corporativas. Dadas suas especificidades, tais figuras se somam, não revogam, aquelas integrantes do espaço de consenso tradicional. Ao expor as principais características desses institutos, Marllon Souza aduz que, no *deferred prosecution agreement*, o promotor chega a oferecer a denúncia, porém, a acusação e a empresa concordam com a suspensão do processo até o final de um período de prova acertado entre as partes. Findo esse prazo e tendo a companhia obedecido aos termos do acordo, a promotoria pedirá o arquivamento do caso. Já no *non-prosecution agreement* não haverá a formalização da acusação. A avença precede a oferta da incoativa e, uma vez cumpridas todas as cláusulas acordadas por parte do réu, ele é liberado de quaisquer

¹⁹² EUA, 1970c.

¹⁹³ Bibas, 2003.

¹⁹⁴ Molesworth, 2007.

obrigações decorrentes do que foi firmado. Em ambos os cenários, não há culpados, de modo que não se produzem os efeitos colaterais das condenações criminais¹⁹⁵.

Antes de prosseguir, porém, importante frisar que há estados norte-americanos, a exemplo da Califórnia, que incluem todas as hipóteses tradicionais de negociação processual penal dentro do escopo do *plea bargaining*¹⁹⁶. Neste diapasão, a expressão *plea bargaining*, em sentido lato, abrangeria o *plea bargaining strictu sensu* (consenso que pressupõe confissão pura e simples), o *nolo contendere* (consenso que pressupõe a mera inércia do réu ante a pretensão estatal) e o *Alford Plea* (consenso no qual o reconhecimento de culpa se segue ao protesto por inocência). Como as estatísticas estadunidenses a respeito da solução de casos pela via negocial e os estudos comparados acerca da temática consensual não fazem qualquer diferenciação entre os instrumentos de barganha processual penal, este trabalho seguirá a mesma linha e, sempre que não houver qualquer observação explícita em sentido contrário, tomar-se-á a expressão *plea bargaining* em seu sentido amplo, como sinônimo de espaço de consenso, excetuadas as figuras do DPA e do NPA, dada sua especificidade. Feita essa observação, e ante o delineamento de noções acerca do funcionamento do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América, com ênfase no espaço de consenso, está devidamente pintado o cenário que permite o exame das decisões da Corte Suprema daquele país que moldaram o *plea bargaining* em seus termos atuais.

4.4 O *plea bargaining* na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana

Neste tópico, serão abordados 13 (treze) julgamentos prolatados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América ao longo dos últimos cem anos, aproximadamente, os quais tiveram como objeto questões constitucionais ligadas ao *plea bargaining*. Não se está a afirmar, percebe-se, que todas as opiniões daquela corte versando sobre o espaço de consenso estadunidense serão apresentadas e destrinchadas. Importarão a este trabalho apenas aqueles casos nos quais alguma questão constitucional ligada à negociação em matéria criminal, enquanto instituto, tiver sido suscitada e dirimida pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS), de maneira que o conteúdo da decisão tenha passado a integrar o próprio molde constitucionalmente aceito do *plea bargaining*. Isso afastará do estudo, por exemplo, julgamentos nos quais decidiu-se a respeito da constitucionalidade do reconhecimento público de culpa realizado à míngua de qualquer procedimento negocial prévio e sem a intervenção do

¹⁹⁵ Souza, 2021, p. 223.

¹⁹⁶ Vide California Penal Code – Pen. § 1192.7.

júri¹⁹⁷, ou opiniões em que se debateu o problema do interesse público na delação premiada¹⁹⁸, não as condições constitucionais de sua obtenção.

Por razões de clareza, os julgados serão em regra expostos seguindo uma mesma lógica de apresentação, qual seja: exposição sintética dos fatos, indicação da questão a ser dirimida pela corte suprema, veredicto, fundamentos erigidos como suporte da conclusão atingida pelo tribunal e elementares acrescidas à modelagem constitucional do espaço de consenso após o julgamento. Note-se que os fundamentos da decisão serão indicados após a exposição da conclusão da Suprema Corte, tendo em vista ser essa a forma de construção de julgados adotada pelo Poder Judiciário dos EUA. Na ausência de um paralelo perfeito entre os tipos penais previstos na legislação norte-americana e na brasileira, utilizar-se-á o recurso à analogia ao longo da explanação, apontando a infração criminal nacional mais semelhante àquela prevista pelo ordenamento estadunidense. Sem maiores delongas, passa-se àquele que pode ser considerado o precursor da conformação atual do *plea bargaining* a partir da atividade jurisprudencial estadunidense, o caso *Hudson v. U.S.*, de 1926, análise essa que terminará com a opinião prolatada no caso *Lafler v. Cooper*, de 2012.

a) *Hudson v. U.S. (1926)*¹⁹⁹.

O caso em voga envolvia um réu acusado de estelionato via correios ao qual fora imposta pena privativa de liberdade após o increpado optar por não se opor à pretensão condenatória estatal por meio do *nolo contendere*. Em sede recursal, a defesa arguiu a impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade a uma hipótese na qual inexistia reconhecimento expresso de culpa nos autos.

A SCOTUS, em sua opinião, considerou correta a decisão do juízo de piso que havia imposto a sanção privativa de liberdade ao recorrente. Ao fundamentar seu entendimento, aquela corte realizou um apanhado histórico acerca das origens do *nolo contendere*, o qual remontava a uma prática inglesa registrada no cotidiano forense desde o caso *Queen v. Templeman*, de 1702, e que, de fato, envolvia, em sua gênese, uma oferta de pagamento de multa por parte do acusado em troca da clemência do rei. Todavia, entendeu a Suprema Corte que essa pretensão de pagamento de multa em troca de um perdão trazia consigo uma carga de confissão implícita, que ela significava, em uma última instância, um reconhecimento jurídico de culpa para os propósitos do caso, de maneira que nada impediria a imposição de

¹⁹⁷ EUA, 1893.

¹⁹⁸ EUA, 1878.

¹⁹⁹ EUA, 1926.

pena de prisão no âmbito do *nolo contendere*. Em outras palavras, o instituto do *nolo contendere* admite que o réu seja tratado como se culpado fosse pelo Poder Judiciário, o que autoriza a aplicação de todas as penas previstas em lei, circunstância essa que inclui aquelas de prisão, se assim previsto pela legislação de regência.

Ao bater pela aplicabilidade da pena de prisão ao réu que se valeu do *nolo contendere*, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por definir uma importante característica do espaço de consenso processual penal, qual seja a sua compatibilidade para com todo e qualquer tipo de sanção criminal. Basta, para tanto, a existência de expressa previsão legal que autorize a aplicação de penas privativas de liberdade no âmbito do *plea bargaining* ou, até mesmo, da espécie *nolo contendere*.

*b) Patton v. US (1930)*²⁰⁰.

Tratava-se de uma acusação de corrupção ativa de agentes federais formulada em desfavor de um grupo de réus, conduta essa que não se exauriu em virtude da recusa dos servidores públicos em aceitar a oferta. Ao longo do julgamento perante o júri, no espaço de conflito, um dos jurados adoeceu gravemente e não conseguiu continuar. As partes, então, aquiesceram com a continuidade dos trabalhos perante um conselho de sentença formado por apenas 11 (onze) jurados. Após a prolação de um veredicto condenatório, o acusado recorreu, questionando que a condenação não partira de um corpo formado por 12 (doze) jurados, assim como garantido pela legislação.

Ao se debruçar sobre a matéria, a Suprema Corte entendeu que é dado às partes concordar com a finalização dos trabalhos em plenário mesmo na hipótese de incapacitação de um dos jurados. Para chegar a essa conclusão, a SCOTUS bateu pela constitucionalidade da abdicação, da desistência pontual em um caso concreto do exercício de um direito fundamental próprio de cunho processual. Ao discorrer sobre o tema, a opinião prevalente consignou que a Constituição garante ao réu direito subjetivo a um julgamento pelo júri, proteção essa instituída em favor do próprio acusado. Logo, como titular exclusivo desse interesse protegido pela norma constitucional, é dado ao réu dele voluntariamente abdicar.

Partindo dessas ideias de autonomia da vontade e titularidade do interesse abdicado, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou, expressamente, ser insano, doentio, imaginar um cenário no qual o titular de um direito fosse obrigado a exercê-lo contra a sua própria vontade. A previsão constitucional de julgamento pelo júri não poderia se impor em desfavor

²⁰⁰ EUA, 1930.

do increpado que apenas deseja se declarar culpado. Esse mesmo raciocínio, pontuou a opinião prevalente, sempre permeou todo o sistema processual, daí se aceitar pacificamente a condenação de um réu que optou por aceitar a validade de depoimentos prestados em sua ausência ou de não efetuar questionamentos à parte contrária. A aplicabilidade da mesma lógica à desistência de exercício de um direito processual, pois, não deveria causar espanto. Dito de outro modo, negar ao réu a possibilidade de abdicar de seu direito implica em convertê-lo ilegalmente em um dever, em um requisito de natureza imperativa.

Ainda em caráter *obiter dictum*, a corte suprema dos EUA fixou o significado de julgamento pelo júri no âmbito da *common law*. Na oportunidade, estabeleceu que o réu possui direito a um julgamento público e justo, independentemente de sua forma, de maneira que a instrução criminal e o espaço de conflito não foram tidos como integrantes do molde constitucional do devido processo legal norte-americano. Basta, para fins de concretização da garantia do *due process of law*, que se assegure ao réu a prerrogativa potestativa de realização dessa instrução plenária.

Destarte, apesar da *ratio decidendi* do caso *Patton v. U.S.* não aparentar similitude para com a questão do *plea bargaining*, todas as questões constitucionais decididas pela SCOTUS como fundamento para o atingimento daquela conclusão se apresentam extremamente pertinentes para com a matéria. Isso porque a Suprema Corte decidiu, ao bater pela possibilidade de continuidade de um julgamento com um número de jurados inferior ao previsto legalmente, pela constitucionalidade da abdicação voluntária do exercício de direitos fundamentais de natureza processual. Ao definir que o réu pode excepcionalmente escolher ser julgado por um júri composto por apenas 11 (onze) jurados, aquele tribunal também reconheceu que o réu pode optar, caso queira, por abdicar do próprio *trial by jury*, sem que isso implicasse em violação à cláusula do devido processo legal. A SCOTUS, em suma, validou a base da barganha processual norte-americana.

Assim, extrai-se deste julgamento que o *plea bargaining* possui respaldo constitucional nos termos da quinta emenda porque o titular de um direito constitucionalmente assegurado pode dele renunciar em um caso concreto, sob pena de sua indevida desnaturação em um dever legal e com fulcro na autonomia da vontade.

c) *Mcarthy v. US (1969)*²⁰¹

O caso em epígrafe envolvia um réu acusado de sonegação fiscal que, em um primeiro momento, aceitou proposta de acordo para solucionar a questão criminal no âmbito do espaço de consenso processual penal, porém, posteriormente, recorreu da decisão judicial que ratificou o *plea agreement*, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não verificara devidamente a presença dos requisitos consciência e voluntariedade, os quais devem permear toda a barganha. A Suprema Corte dos Estados Unidos deu razão ao recorrente, cassou o acordo e devolveu o caso ao juízo de piso, a fim de que esse diligenciasse no sentido de conferir se o réu havia laborado de modo consciente e voluntário ao aceitar o *plea bargaining*.

A fundamentação vergada na opinião da SCOTUS comungou de vários elementos suscitados no julgamento *Boykin v. Alabama*, no qual se fixou a tese de que a assunção de culpa (*guilty plea*), seja no espaço de conflito ou de consenso do processo penal, perpassa por uma declaração expressa de entendimento das consequências desse ato por parte do réu. Todavia, no caso *Mcarthy v. U.S.*, a Suprema Corte avançou para afirmar que a consciência e a voluntariedade representam os requisitos que, uma vez atendidos, fazem com que o *plea bargaining* se adeque à cláusula do devido processo legal. Daí o imperativo de que o juiz venha a averiguar, pessoalmente, a presença dessas duas condições.

A Suprema Corte também definiu, em caráter *obter dictum*, os direitos abdicados pelo acusado que opta pelo *plea bargaining*, quais sejam o privilégio contra a não autoincriminação, o de confrontar os seus acusadores e o de ser julgado por um júri de seus pares. Seguindo essa linha de raciocínio e reconhecendo o quão sensível se revela a abdicção de direitos pelo réu que opta pela solução processual penal consensual, aquele Tribunal ainda sugeriu que o juiz somente poderia aceitar a declaração de culpa negociada se verificasse a existência de base probatória suficiente para tanto.

Em suma, o julgamento epigrafado restou marcado por três razões: estabeleceu a consciência e a voluntariedade como os requisitos que adequam o *plea bargaining* à garantia do *due process of law*; cravou a necessidade de verificação pessoal da presença desses requisitos pelo juiz; flertou com a aferição da existência de uma base probatória sólida como condição para a homologação de eventual acordo.

²⁰¹ EUA, 1969.

d) *Brady v. U.S. (1970)*²⁰².

Seguramente um dos mais importantes julgamentos sobre o *plea bargaining* prolatados pela SCOTUS, o caso *Brady v. U.S.* definiu a constitucionalidade da permuta de uma confissão por benefícios penais no espaço de consenso processual penal. Como essa troca constitui a pedra de toque do *plea bargaining*, pode-se afirmar que a decisão em comento sedimentou a questão da constitucionalidade do próprio instituto, até então frequentemente atacada em doutrina sob o fundamento de contrariar a essência do sistema adversarial, que pressupõe a submissão das provas produzidas ao longo do processo a um pesado escrutínio pela parte contrária²⁰³.

O caso *Brady* versava sobre um réu acusado de sequestro qualificado pela lesão corporal. Em face das evidências havidas em seu desfavor, mormente a descoberta da inclinação do corréu em delatá-lo, o acusado optou, em um juízo baseado puramente em estratégia, por confessar o delito e barganhar benefícios junto ao órgão estatal acusatório. Posteriormente, porém, o increpado manejou recurso em face daquele mesmo acordo, ocasião na qual arguiu ter confessado mediante coação, representada pela possibilidade de ser submetido a uma reprimenda mais gravosa caso escolhesse ir a julgamento.

A relevância do julgado em voga exsurge do fato de que a coação alegada pelo réu não advinha de qualquer ato concreto e direto de violência dirigido pelo Estado em face do acusado com fins à obtenção de uma confissão. Não se alegou a prática de quaisquer condutas agressivas por parte dos agentes estatais que barganharam com o recorrente. A alegação era de que o *plea bargaining*, por espelhar uma escolha entre uma condenação certa a uma pena menor e a incerteza de um julgamento que, em tese, poderia resultar em uma sanção mais gravosa, seria, por natureza, uma prática coercitiva e, portanto, inconstitucional.

A Suprema Corte norte-americana não deferiu a pretensão recursal e afirmou a tese de que uma declaração de culpa formulada no espaço de consenso processual penal é constitucional quando o acusado assume a responsabilidade por um crime por preferir, dentro de uma escolha racional, a certeza de uma pena menor ao risco de receber uma penalidade maior.

Como forma de calcar essa conclusão, referido tribunal rebateu uma série de críticas formuladas pela doutrina estadunidense ao *plea bargaining* e que eram trazidas à baila pela

²⁰² EUA, 1970a.

²⁰³ UTZ, 1978, p. 5.

defesa técnica. Neste diapasão, a SCOTUS cravou que tanto acordos quanto julgamentos podem ser igualmente acurados ou falhos, que inexistente uma superioridade técnica em tese de um sobre o outro, e que o controle jurisdicional da voluntariedade, estabelecido no julgamento *McCarthy v. U.S.*, serve para afastar de maneira suficiente o risco de autoincriminação falsa.

Ainda que em uma redação menos objetiva que o padrão, a corte ainda avançou para dizer que somente será reputado inválido o acordo firmado a partir de coação física, ameaça de coação física ou coação mental que sobrepuje a vontade do réu. Estabeleceu-se que será livre e voluntário o acordo não extraído por qualquer tipo de ameaça ou violência, nem obtido por meio de promessas implícitas ou explícitas ou a partir de influências tidas como impróprias.

Enfim, a importância do caso *Brady* deriva do reconhecimento, por parte da Suprema Corte Norte-Americana, da constitucionalidade do elemento essencial do modelo de barganha estadunidense, o reconhecimento de culpa em troca de benefícios no espaço de consenso, decisão essa que erigiu a voluntariedade, agora jurisprudencialmente conceituada, a elemento central do *plea bargaining*.

e) *McMann v. Richardson (1970)*²⁰⁴.

A situação em testilha envolveu três acusados que, em julgamento público e assistidos tecnicamente por advogados, confessaram abertamente e se declararam culpados do cometimento de crimes de roubo. O réu Richardson, no mesmo contexto, também admitiu a prática de um delito de homicídio simples. No entanto, posteriormente, os increpados recorreram às cortes superiores a fim de questionar as condições nas quais obtidas as suas confissões extrajudiciais, formuladas antes da admissão pública de culpa, afirmando terem sido elas obtidas mediante coação policial. Acrescentaram que somente reconheceram a prática delitativa porque os advogados que atuaram na causa em um primeiro momento avaliaram mal suas chances de sucesso no espaço de conflito, justamente em face da possibilidade de que o Poder Judiciário viesse a reconhecer a ilicitude da confissão produzida em caráter extrajudicial.

Após examinar a pretensão formulada pelos recorrentes, que buscavam o reconhecimento da nulidade da confissão pública realizada judicialmente, a SCOTUS entendeu que ela não se sustentava. Como fundamento jurídico principal desse posicionamento, arguiu-se que a possibilidade de alegação de que uma confissão fora obtida

²⁰⁴ EUA, 1970b.

mediante coação precluíra quando o acusado, uma vez devidamente orientado pela defesa técnica, optou, em um segundo momento, por assumir em juízo a culpa pelos fatos imputados em seu desfavor.

Porém, para além desse ponto fulcral do julgado, interessa, para fins de estudo do balizamento constitucional do *plea bargaining*, duas outras questões suscitadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos na opinião vencedora. A primeira delas refere-se à corroboração do precedente *Brady v. U.S.*, de modo que se reconheceu, novamente, que a simples sugestão da possibilidade de uma pena mais alta na hipótese de condenação pelo júri não importa em lesão à voluntariedade. A segunda, e mais importante, refere-se ao juízo de valor realizado pelo tribunal acerca da conduta do réu que escolhe abdicar do espaço de conflito e que desiste da produção probatória em audiência, uma vez que tal comportamento passa a ser enxergado exclusivamente como uma decisão estratégica a cargo da defesa.

Inclusive, a Suprema Corte explicitou o quão difícil representa essa escolha a ser tomada pelo réu. Consignou-se que, na hipótese de produção probatória em audiência, os fatos constituirão objeto de profunda discussão entre as partes, sem que isso implique, necessariamente, que o júri chegará a uma solução acertada. Justamente em face da inevitável incerteza, o acusado e a defesa técnica acabam obrigados a fazer um sopesamento da força do caso apresentado pelo Estado-acusação. Ao advogado cumprirá prever como os fatos, na sua compreensão, serão vistos pelo júri. Isso inclui, também, juízos hipotéticos acerca da admissibilidade das provas produzidas pela promotoria pública. Ocorre que questões desse tipo, por sua própria natureza, não podem ser respondidas com certeza, de maneira que uma avaliação competente das chances de sucesso do réu por parte de seu procurador serve para assegurar a voluntariedade da confissão (pressuposto da barganha) e impedir a anulação do ato, mesmo que o increpado, em um momento posterior, após receber novo aconselhamento, mude de ideia.

O provimento jurisdicional ora analisado permite adicionar duas novas camadas à modelagem constitucional do *plea bargaining*. São elas a sua agora indubitável natureza estratégica defensiva e a importância do papel exercido pelo advogado na conformação do critério da voluntariedade. Ainda que não visto como um direito subjetivo do réu nesta fase da persecução penal, pela primeira vez a SCOTUS reconheceu, mesmo que implicitamente, a relevância da defesa técnica para a constitucionalidade do espaço de consenso processual penal.

f) *North Carolina v. Alford* (1970)²⁰⁵.

Situação já trabalhada no capítulo anterior, aqui novamente mencionada somente pelo fato de que se cuida de uma das decisões mais emblemáticas prolatadas pela Suprema Corte dos EUA em matéria de constitucionalidade do *plea bargaining*, cuja ausência neste tópico exprimiria um vácuo na evolução da conformação histórica do instituto. Destarte, apenas para fins de evitar eventual lacuna no raciocínio ora desenvolvido, relembra-se que, no julgamento em testilha, a SCOTUS reconheceu como constitucional a declaração formal de culpa proferida na zona de consenso seguida de protesto por inocência, desde que presente uma base probatória sólida a amparar a confissão, como definido no caso *McCarthy v. U.S.*

g) *Parker v. North Carolina* (1971)²⁰⁶.

O caso em comento envolvia um réu de 15 (quinze) anos acusado dos crimes de furto qualificado e estupro, o qual questionava, de um ponto de vista constitucional, uma parte do próprio conceito de voluntariedade para fins da barganha processual penal. Neste diapasão, a defesa técnica alegou que o simples receio de uma condenação à pena de morte, sanção aplicável àqueles crimes no âmbito do espaço de conflito, macularia de *per se* o ânimo do increpado e conduziria, conseqüentemente, à nulidade do *plea agreement* obtido entre as partes. Em outras palavras, a certeza de afastamento da incidência da sanção capital no bojo do espaço de consenso se assemelharia a uma promessa ilegal, visto que o risco de aplicação de pena de morte após derrota em julgamento representaria uma coação por natureza, circunstância que exigiria a própria invalidação do acordo.

Pois bem, o provimento ora analisado significou um aprofundamento da decisão prolatada em *Brady v. U.S.* Afinal, naquela oportunidade, a Corte Suprema estabeleceu que a confissão deveria ser reputada voluntária quando obtida sem violência, ameaça ou promessas implícitas ou explícitas, sem especificar, contudo, o que essas últimas significariam. Em *Parker v. North Carolina*, a SCOTUS preencheu essa lacuna para estabelecer que promessas ilegais são aquelas que o Estado não pode cumprir, a exemplo de compromissos firmados fora dos autos.

A relevância do caso analisado para a sistemática constitucional do *plea bargaining*, então, deriva da identificação do conceito de promessas ilícitas para fins de aferição da voluntariedade. Toda promessa que o Estado possa cumprir deve ser reputada como legal.

²⁰⁵ EUA, 1970c.

²⁰⁶ EUA, 1970d.

Logo, o compromisso de não aplicação da pena de morte, em caso de obtenção de uma solução para a questão criminal no bojo do espaço de consenso, deve ser tido como constitucional, motivo pelo qual, aliás, restou denegada a pretensão recursal formulada pelo acusado em *Parker v. North Carolina*.

h) *Santobello v. New York (1971)*²⁰⁷.

Doutrinariamente enxergado como um dos julgamentos mais seminais em matéria de *plea bargaining*²⁰⁸, o caso *Santobello v. New York* faz jus à sua reputação porque permitiu o esclarecimento de uma série de pequenos, mas importantes detalhes em matéria de conformação constitucional do espaço de consenso norte-americano. A discussão levada ao conhecimento da SCOTUS no caso em testilha envolvia, basicamente, perquirir a validade de uma modificação de cláusulas do *plea agreement* promovida unilateralmente pelo Ministério Público após uma alteração do órgão de execução oficiante na causa. O réu, então acusado da prática de jogos de azar, por discordar dos termos dessa inovação, alegou a quebra do acordo e recorreu ao Poder Judiciário pedindo que lhe fosse franqueada a possibilidade de retirar a sua declaração de culpa e de ver assegurada a possibilidade de sua submissão a julgamento.

A Suprema Corte concordou com a argumentação tecida pela defesa técnica e salientou que a minuta de acordo vincula a promotoria pública como instituição, independentemente do órgão de execução atuante no processo. Acrescentou que alterações promovidas unilateralmente pela acusação após a obtenção de um acordo demandam necessariamente a abertura de prévia vista para manifestação do réu, providência essa que, caso não realizada, implicará na anulação do *plea agreement*.

No caminho para chegar a essa conclusão, a Corte Suprema dos EUA definiu uma série de questões que, até hoje, marcam o perfil constitucional do *plea bargaining*. Primeiramente, definiu-se que nenhuma das partes possui direito subjetivo à homologação do acordo, dada a independência conferida à atuação jurisdicional. Também se bateu pela imutabilidade unilateral da avença, uma vez obtida em consenso pelas partes. Os deveres do juiz no espaço de consenso processual penal também foram objeto de expressa delimitação e terminaram sintetizados nos imperativos de verificação da justa causa e no velamento da consciência e voluntariedade do réu. Neste último ponto, diga-se de passagem, o julgado acabou por resumir o conteúdo de outros provimentos jurisdicionais prolatados anteriormente

²⁰⁷ EUA, 1971.

²⁰⁸ Gasner, 1980.

sobre o tema, os quais chegaram a trabalhar essas duas questões, mas, pela primeira vez, houve uma compilação dos deveres definitivos do juiz no âmbito do *plea bargaining*.

A decisão analisada também se caracterizou porquanto, de modo inédito, a Suprema Corte americana elencou todos os pontos positivos da barganha processual penal. Ou seja, a SCOTUS promoveu um verdadeiro juízo de valor acerca do acerto do sistema de justiça criminal norte-americano ao adotar o *plea bargaining*. Salientou-se, na oportunidade, que o espaço de consenso processual penal não significava apenas uma parte essencial do processo, mas uma peça altamente desejável dessa engrenagem por inúmeras razões, como a possibilidade de se resolver de pronto diversos casos criminais, a diminuição do tempo de prisão provisória e o reforço do caráter de reabilitação da pena, o qual deriva da diminuição do tempo decorrido entre o fato e a imposição da sanção. Se os setores da doutrina norte-americana que se opunham à constitucionalidade da barganha ainda ostentavam alguma expectativa na reversão do precedente *Brady v. U.S.*, essas aspirações certamente diminuiriam exponencialmente após a prolação da opinião da corte no caso *Santobello*.

Finalmente, a SCOTUS ainda preencheu uma última lacuna em matéria de voluntariedade que havia sido deixada em aberto quando da análise do caso *Brady*. Isso porque, naquela ocasião, não restou integralmente definido o conceito de ameaça para fins de aferição do caráter voluntário da barganha. Assim, o tribunal constitucional estadunidense fixou esse conceito em *Santobello v. New York*, de maneira que a ameaça passou a ser entendida como: promessa de mal físico; promessa de uso de falso testemunho por parte do poder público; promessa de aumento do número de acusações; negativa de conferir ao réu assistência por advogado ou de lhe informar acerca dessa possibilidade. Coroando a jurisprudência que vinha sendo paulatinamente construída acerca do *plea bargaining*, assentou-se que, em essência, a coação que macula a voluntariedade sempre depende da existência de uma conduta por parte daquele que promete, não derivando, destarte, das meras condições das partes na negociação.

Em suma, além de representar uma declaração de apoio ao *plea bargaining* por parte do mais importante órgão do Poder Judiciário norte-americano, o julgamento em testilha sedimentou a ausência de direito subjetivo à homologação do acordo, a sua imutabilidade unilateral, os deveres do juiz no espaço de consenso e as técnicas ilegais de negociação que representam ameaças e maculam a voluntariedade, elementar essencial de validade na barganha processual penal.

i) *Bordenkircher v. Hayes* (1978)²⁰⁹.

No caso *Bordenkircher v. Hayes*, o Estado-acusação buscava a condenação de um réu em virtude de seu alegado envolvimento com a venda de objetos falsificados. Durante a fase inicial da persecução penal, a promotoria pública, o acusado e a defesa técnica se envolveram em tratativas tendentes à obtenção de um acordo no âmbito do espaço de consenso, porém, sem sucesso. Naquele momento processual, o promotor de justiça explicou ao réu que, na ausência de acordo, buscaria a sua condenação na condição de delinquente habitual – circunstância que agravaria sobremaneira eventual pena final –, conduta essa que abandonaria na hipótese de solução consensual da questão. O acusado, todavia, rejeitou a proposta oferecida pelo Estado-acusação e optou por ir a julgamento, ocasião na qual a promotoria laborou na forma previamente exposta e mirou a condenação do réu como delinquente habitual. Após ser condenado pelo júri a uma reprimenda superior àquela oferecida no espaço de consenso, o acusado recorreu do veredicto sustentando ter sido deliberadamente prejudicado pela promotoria pública, submetido a um ato de retaliação estatal e recebido uma sanção mais gravosa pelo simples fato de ter optado por exercer seu direito constitucional de ir a julgamento.

Ao examinar o caso em voga, a SCOTUS acabou por tonificar o conceito de ameaça no contexto de negociação entre as partes, novamente complementando a opinião exarada pela corte em *Brady v. US*. Neste norte, entendeu-se que a contextualização da conduta a ser tomada pela promotoria na hipótese de encaminhamento da causa para instrução e julgamento perante o júri não maculava a vontade do acusado ou violava qualquer dispositivo constitucional. Desde que haja justa causa a fundamentar o posicionamento ministerial, à promotoria pública é dado indicar todos os cenários possíveis que podem se desenrolar ao longo da persecução penal, desde o mais suave, representado por eventual acordo, até o mais gravoso, consubstanciado em uma pena máxima aplicada no espaço de conflito.

Dito de outro modo, concluiu-se que o promotor de justiça pode apresentar ao réu qual será a imputação nas hipóteses de solução consensual ou litigiosa. Somente o aumento de imputações sem justa causa qualificar-se-á como ameaça e invalidará, por ausência de voluntariedade, o acordo em matéria penal obtido entre as partes. Como se vê, a decisão examinada culminou por reconhecer a legalidade e legitimidade de todas as práticas ordinárias de barganha, condicionando-as, tão somente, à demonstração da presença de suporte probatório a embasar o posicionamento da promotoria pública.

²⁰⁹ EUA, 1978.

j) *Hill v. Lockhart (1985)*²¹⁰.

A ação penal em comento envolvia acusações de furto e homicídio. Neste contexto, o réu alegou que somente se declarou culpado porquanto fora indevidamente informado por seu advogado acerca do percentual de pena que teria de cumprir para obter o benefício do livramento condicional (o procurador, à época, não entendeu pelo enquadramento da situação do acusado no conceito de reincidência, ao contrário do que restou decidido em sentença). A acusação, a seu turno, sustentou que as condições para obtenção do direito ao livramento condicional não constituíram objeto da barganha, ou seja, que a promotoria jamais fizera aquela promessa, de maneira ser incabível a invalidação do acordo por comportamentos praticados apenas por terceiros. A questão, em suma, cingia-se a saber se eventual equívoco por parte da defesa técnica na tarefa de aconselhamento do réu teria o condão de afetar o elemento voluntariedade de modo a invalidar o *plea agreement*.

Ao debruçar-se sobre o problema, a Suprema Corte dos EUA definiu que a defesa técnica não integralmente precisa não torna a atuação do advogado constitucionalmente inadequada, o que implicou na manutenção do acordo obtido entre as partes. Para chegar a essa conclusão, a SCOTUS reafirmou seu posicionamento no sentido de que a promessa que macula a barganha se restringe àquela formulada pelo Estado-acusação fora dos autos. Leia-se, promessas efetuadas pela defesa técnica, desde que não manifestamente inviáveis, serão insuscetíveis de invalidar o *plea agreement*. Se as promessas que constam dos autos se encontram em consonância com a lei e o Estado-acusação não assumiu obrigações fora do feito, o acordo deverá ser mantido.

Perceba-se que, ao reconhecer o caráter inócuo do aconselhamento jurídico não manifestamente ilegal para fins de validade do acordo, a Suprema Corte acabou por sugerir, ainda que sutil e implicitamente, que a defesa técnica integraria o procedimento de *plea bargaining*. Algo que abriu as portas para o grande avanço, talvez uma revolução no instituto, verificada nos julgados que se seguiram.

l) *Padilla x Kentucky (2010)*²¹¹.

Em *Padilla*, um réu estrangeiro que residia legalmente nos Estados Unidos se declarou culpado, no bojo do espaço de consenso, de uma acusação de tráfico de drogas, com fins a obter uma significativa redução da pena privativa de liberdade a ser cumprida. Todavia,

²¹⁰ EUA, 1985.

²¹¹ EUA, 2010.

falhou a defesa técnica na tarefa de advertir o acusado de que eventual condenação, em qualquer circunstância, poderia acarretar a sua deportação. Ao ver o risco de deportação avizinhar-se, Padilla recorreu às instâncias superiores com o escopo de invalidar o acordo firmado junto ao Estado-acusação, sob o fundamento de que o requisito consciência, inerente à barganha, não estaria presente na hipótese, uma vez que maculado pela prestação de assistência técnica advocatícia deficiente – circunstância semelhante à figura do réu indefeso, prevista no art. 497, V, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Inicialmente, importa asseverar que a Suprema Corte Norte-Americana, até este momento, vinha batendo pela impossibilidade de se reconhecer vícios no negócio jurídico representado pelo acordo em matéria criminal a partir de condutas não imputáveis ao titular da ação penal. No máximo, aquele tribunal chegara a assentir, a *contrario sensu*, que, em tese, uma assistência técnica totalmente incompetente, situação de caráter naturalmente excepcional, poderia vir a invalidar o *plea agreement*, desde que obedecidos os padrões estabelecidos no julgado *Strickland v. Washington*²¹².

A título de contextualização, *Strickland v. Washington* representou o *leading case* da jurisprudência norte-americana acerca do problema da defesa técnica inefetiva. Naquela oportunidade, decidiu-se que a demonstração desse fenômeno depende da sujeição da situação concreta a um teste de duas partes. Inicialmente, deverá o réu demonstrar que o advogado que conduziu sua defesa durante as fases de instrução e julgamento ostentou uma postura inferior quando comparada a padrões objetivos de razoabilidade. Em seguida, lhe competirá provar que, se não fosse pelos erros técnicos não profissionais cometidos pelo causídico, ter-se-ia obtido um veredicto diverso.

Note-se, pois, que, até o caso *Padilla*, toda a construção jurisprudencial (e até doutrinária) estadunidense acerca da efetividade da defesa técnica focava na fase de instrução e julgamento da persecução penal. O espaço de consenso processual penal era tido como uma fase meramente pré-processual na qual não se garantia ao réu o direito à assistência por advogado, de modo que, conseqüentemente, também não era cabível perquirir acerca do exercício efetivo da ampla defesa. Em *Hill v. Lockhart*, a SCOTUS, pela primeira vez, sinalizou a possibilidade de temperar esse entendimento, ao sinalizar a aplicação do precedente *Strickland* ao espaço de consenso. Todavia, em *Padilla v. Kentucky*, a Suprema Corte estadunidense entendeu que sempre cumpre ao advogado informar ao réu não cidadão americano sobre o risco de deportação em caso de condenação criminal. Para chegar a essa

²¹² EUA, 1984.

conclusão, a SCOTUS afirmou que o investigado possui direito à assistência técnica competente por advogado na fase de barganha e, indo além, que a Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana se aplica ao espaço de consenso.

Destarte, a Suprema Corte, no caso ora examinado, reconheceu não apenas o direito à assistência técnica efetiva por advogado no espaço de consenso processual penal, mas que essa prerrogativa decorre de uma exigência constitucional oriunda da Sexta Emenda. O reconhecimento da incidência da Sexta Emenda no plano da barganha processual penal representou uma revolução no instituto por uma simples razão: a norma em comento, juntamente com a quarta, quinta e décima quarta emendas, conformam o núcleo do devido processo legal na Constituição dos Estados Unidos da América²¹³. Essas quatro emendas consagram, em especial (para os fins deste trabalho), a ampla defesa, o contraditório, a não autoincriminação, a presunção de inocência, a celeridade processual, a inviolabilidade de domicílio e o devido processo legal propriamente dito. Assim, ao reconhecer a aplicabilidade daquela emenda ao espaço de consenso, a SCOTUS abriu o espaço para que o procedimento de *plea bargaining* se alijasse da analogia para com um mero negócio jurídico entre particulares e se aproximasse de uma conformação diversa, como uma verdadeira fase de natureza processual da persecução penal.

Importante consignar que a conclusão supracitada não importa em um juízo de valor particular efetuado a partir da leitura do inteiro teor do acórdão. Consistiu, ao contrário, em uma preocupação expressamente suscitada no voto divergente do Justice Scalia, o qual ponderou os perigos em termos de celeridade processual de se expandir o conceito de devido processo legal ao *plea bargaining*. Outrossim, para arrebatar quaisquer dúvidas acerca do teor de sua decisão, a Suprema Corte retomou a discussão relativa à verdadeira extensão da cláusula do devido processo legal, e o fez de maneira ainda mais vocal, extensiva e aprofundada, em dois julgados prolatados no ano de 2012, como se passará a expor.

*m) Lafler v. Cooper (2012)*²¹⁴

Como visto acima, em Padilla, a SCOTUS adotou a tese de que a garantia da assistência técnica efetiva por advogado na barganha derivava de um imperativo constitucional, oriundo da norma insculpida na Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana. Porém, aquele tribunal não chegou a dar um passo adiante para estabelecer, expressamente, a fase de negociação como uma parte integrante do processo criminal

²¹³ Lacy, 1966, p. 41.

²¹⁴ EUA, 2012a.

estadunidense. Essa tarefa recaiu sobre os casos *Lafler v. Cooper* e *Missouri v. Frye*, ambos julgados no mesmo dia, em 21 de março de 2012. Como a fase de discussão de *Lafler v. Cooper* se deu anteriormente, em 05/10/2011, considera-se que a sua apreciação pela Suprema Corte ocorreu primeiro, motivo pela qual a sua análise antecederá a de *Missouri v. Frye*.

Conforme adiantado, a causa analisada envolveu o *locus* do *plea bargaining* dentro do contexto do processo criminal norte-americano, circunstância relevante porque relacionada diretamente à incidência da cláusula do *due process of law*. A situação concreta que ensejou o debate concernia um réu acusado de tentativa de homicídio, o qual recusou uma proposta de acordo em virtude do aconselhamento técnico fornecido por seu procurador. Em síntese, alegou o causídico ao seu constituinte que a promotoria pública não lograria êxito em demonstrar a intenção de matar em virtude de os disparos de arma de fogo terem atingido a vítima abaixo da linha da cintura, razão pela qual aconselhou o acusado a ir a julgamento. Após ser condenado pelo júri, o réu recorreu do veredicto sob o argumento de que, caso soubesse que a tese defensiva era considerada como juridicamente inviável, teria aceitado a oferta de acordo da promotoria.

A SCOTUS, ao esquadrihar os fatos, concluiu, novamente, pela aplicabilidade do precedente *Strickland* ao *plea bargaining*. Concluiu que compete ao acusado fazer a prova tanto da prestação de aconselhamento técnico deficiente quanto de que, caso houvesse recebido uma assistência jurídica efetiva, teria tomado uma decisão diversa e aceitado a proposta ministerial. Neste norte, o tribunal em comento terminou por acolher a pretensão deduzida pelo recorrente.

Mais importante que a conclusão em si, porém, se revelam os fundamentos erigidos pela corte máxima dos EUA em sua opinião. Inicialmente, a Suprema corte reforçou a aplicabilidade dos precedentes *Strickland*, *Hill* e *Padilla* e reconheceu, expressamente, a existência de um direito subjetivo à assistência por advogado no espaço de consenso processual penal. Contudo, a opinião da corte avançou para dizer que a negociação deve ser enxergada como uma parte integrante do processo criminal norte-americano, concretizando o exato teor da preocupação externada pelo magistrado Scalia em *Padilla x Kentucky*. Estabeleceu-se que as garantias inerentes à Sexta Emenda, integrantes da própria estrutura do devido processo legal, são integralmente aplicáveis ao *plea bargaining*. Eventual condenação pós-julgamento não possui o condão de sanear o vício ocorrido na fase de negociação porque

as garantias inerentes ao devido processo legal, incidentes no *plea bargaining*, valem tanto para réus inocentes quanto culpados.

A própria Suprema Corte compreendeu, durante o julgamento, a relevância de sua decisão. Tanto que declarou, expressamente, ter aberto um novo campo do processo penal constitucionalizado, o chamado Direito Processual Penal Negociado (*Plea Bargaining Law*). Reconheceu-se, ainda, que a negociação, agora uma inafastável parte integrante do processo criminal estadunidense, não deveria ser vista como um mal necessário, mas como um direito de natureza constitucional. Algo que, aliás, não poderia ser diferente, como consignado pela SCOTUS, já que o sistema de justiça criminal norte-americano deixou de ser um sistema de julgamentos para se transformar em um sistema de acordos.

Para evitar qualquer discussão inócua sobre o assunto, a Suprema Corte aproveitou o ensejo para declarar que, conquanto exista um *Plea Bargaining Law* e uma garantia constitucional à assistência técnica efetiva por advogado, não há que se falar em direito subjetivo das partes ao acordo. Até por se cuidar de uma decisão de natureza estratégica, impossível impor às partes o dever de negociar, ou muito de menos de obter um eventual consenso acerca da questão criminal.

Enfim, neste emblemático julgamento, a SCOTUS decidiu, em resumo: pela existência do direito à assistência técnica por advogado no *plea bargaining*; que o espaço de consenso estampa uma fase do processo criminal; que o *plea bargaining*, como procedimento, possui assento constitucional; que inexiste, porém, direito subjetivo à barganha ou ao acordo.

Todas essas conclusões reverberaram no caso *Missouri v. Frye* que, dadas as peculiaridades da situação concreta, serviram para adicionar alguns pontos na modelagem final do *plea bargaining*, conferindo-lhe seu assento atual.

n) *Missouri v. Frye* (2012)²¹⁵.

Desta feita, os autos versavam sobre um réu acusado da infração penal de direção perigosa que buscava a anulação de sua condenação, prolatada após a realização da competente audiência de instrução e julgamento, sob o fundamento de que a defesa técnica não lhe havia repassado a proposta de acordo formulada pela promotoria pública. Acrescentou que, caso tivesse ciência tempestiva acerca da existência daquela oferta, a teria aceitado.

Como se vê, mais uma vez, o problema de índole constitucional trazido ao conhecimento da Suprema Corte estava relacionado ao direito à assistência por advogado

²¹⁵ EUA, 2012b.

durante o *plea bargaining* e propunha uma reflexão sobre os efeitos de eventual aconselhamento técnico inefetivo sobre a validade do acordo. Reiterando o teor da opinião prolatada concomitantemente em *Lafler v. Cooper*, a corte anulou a condenação e remandou a matéria ao espaço de consenso processual penal, por entender que a assistência efetiva por advogado, parte nuclear da garantia do devido processo legal, se estende também ao *plea bargaining*.

Por mais que a conclusão atingida pela SCOTUS coincida com aquela exarada no julgado citado anteriormente, as circunstâncias do caso concreto levaram o tribunal a acrescentar algumas outras camadas à modulagem constitucional do *plea bargaining*. Primeiramente, definiu-se que constitui um dever de a defesa técnica levar ao conhecimento do réu a existência de uma proposta de acordo ofertada pela acusação, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes. A importância da redução da oferta a escrito por parte da acusação para fins de demonstração da inércia defensiva foi expressamente salientada na opinião majoritária da corte, reflexão essa seguida de uma tênue sugestão de que os estados da federação viessem a legislar nesse sentido.

Ao discorrer sobre como a doutrina que assegura a assistência por advogado em todas as fases críticas do processo se estende ao *plea bargaining*, a Suprema Corte estadunidense prolatou uma das mais impactantes declarações acerca da matéria em quase um século, a qual sepultou de vez a esperança de setores da doutrina que se opunham à negociação processual penal de extirpar a prática do ordenamento jurídico norte-americano. Citando trabalhos desenvolvidos doutrinariamente por Robert E. Scott e William J. Stunz, consignou-se que o espaço de consenso do processo penal não é um adendo do sistema de justiça norte-americano; ele é o sistema de justiça criminal daquele país.

Finalmente, a opinião exarada pela corte ainda bateu pela dificuldade, quase uma verdadeira impossibilidade, de se estabelecer padrões capazes de balizar o desenvolvimento das negociações. Isso porque a própria natureza da barganha e o estilo pessoal de quem negocia impedem uma objetivação da questão. Cuida-se de um problema que deve ser deixado a cargo estrito das partes que laboram na busca de eventual consenso.

Essas são, enfim, as mais emblemáticas opiniões exaradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em matéria de *plea bargaining*.

4.4 Lições extraídas da experiência norte-americana

Como sói ocorrer em questões que tangenciam uma série de valores constitucionalmente consagrados, como liberdade, segurança, devido processo legal, autonomia da vontade e, principalmente, situações nas quais essas normas parecem se antagonizar, a constitucionalidade do *plea bargaining* gera acalorados debates na doutrina norte-americana. Decerto, a existência de mais de uma dezena de precedentes exarados por uma Corte Constitucional verdadeira já serve para denotar a litigiosidade que, curiosamente, envolve a questão do espaço de consenso.

De todo modo, conforme já adiantado neste trabalho, não há dúvidas de que a experiência estadunidense no enfrentamento de questões constitucionais ligadas à barganha processual penal, dada sua longevidade e profundidade, pode enriquecer, e muito, o tratamento da matéria no Brasil. Este tópico pretende dar início a essa tarefa. Para tanto, em um momento primevo, promover-se-á um resumo da conformação jurisprudencial do espaço de consenso estadunidense com base nas análises realizadas no subcapítulo anterior. Em seguida, serão apresentadas críticas e elogios, argumentos doutrinários favoráveis e contrários ao *plea bargaining*, os quais possuem como pano de fundo as decisões prolatadas pela SCOTUS acerca do tema. No capítulo seguinte, realizar-se-á um juízo de valor acerca desses entendimentos doutrinários, de maneira a identificar aqueles mais adequados e pertinentes que, por consequência, serão utilizados como norteadores para a criação de um modelo potencialmente constitucional de espaço de consenso brasileiro.

Inicia-se, pois, com o antecipado apanhado da modelagem constitucional do espaço de consenso norte-americano, conforme definido a partir das decisões da corte máxima daquele país. Para evitar eventual repetição enfadonha de argumentos já descritos anteriormente, optou-se por sintetizá-los conforme Quadro 1.

Quadro 1 –Resumo

Continua

CASO	CONTRIBUIÇÃO À CONFORMAÇÃO DO <i>PLEA BARGAINING</i>
Hudson v. U.S (1926)	- É cabível a aplicação de pena privativa de liberdade no âmbito do espaço de consenso, inclusive na hipótese de <i>nolo contendere</i> .

Quadro 1 – Resumo

Continua

CASO	CONTRIBUIÇÃO À CONFORMAÇÃO DO <i>PLEA BARGAINING</i>
Patton v. U.S. (1930)	<ul style="list-style-type: none"> - O espaço de conflito não integra obrigatoriamente o conceito de devido processo legal. - É constitucional a abdicação voluntária, por parte do réu, de um direito constitucional de índole processual instituído em seu favor.
Mccarthy v. U.S. (1969)	<ul style="list-style-type: none"> - Consciência e voluntariedade são os requisitos que asseguram a constitucionalidade do <i>plea bargaining</i>. - Compete ao juiz averiguar a presença desses requisitos ao analisar o acordo firmado entre as partes.
Brady v. U.S. (1970)	<ul style="list-style-type: none"> - O instituto jurídico <i>plea bargaining</i> não viola a Constituição. - É constitucional a promessa estatal oficial de tratamento mais leniente em troca de uma confissão. - Somente serão reputados inválidos acordos obtidos mediante violência, ameaça, promessas implícitas ou explícitas.
McMann v. Richardson (1970)	<ul style="list-style-type: none"> - A opção pela barganha constitui um juízo de estratégia a cargo da defesa.
North Carolina v. Alford (1970)	<ul style="list-style-type: none"> - Afigura-se constitucional a declaração de culpa seguida pelo protesto por inocência, desde que haja justa causa a amparar o reconhecimento de responsabilidade feito pelo réu.
Parker v. North Carolina (1971)	<ul style="list-style-type: none"> - Considera-se promessas ilegais aquelas que o Estado não pode cumprir.
Santobello v. New York (1971)	<ul style="list-style-type: none"> - Inexiste direito subjetivo à homologação do <i>plea agreement</i>. - Após a obtenção do acordo, esse será unilateralmente imutável. - Sintetiza-se os deveres do juiz no <i>plea bargaining</i>, os quais consistem na verificação da justa causa e no velamento dos requisitos consciência e voluntariedade. - Define-se o conceito de ameaça, o qual passa a ser equiparado a técnicas ilegais de negociação. - Define-se o conceito de coação. - Promove-se um juízo de valor positivo acerca do <i>plea bargaining</i>.
Bordenkircher v. Hayes (1978)	<ul style="list-style-type: none"> - Promove a legitimação das práticas ordinárias de barganha, ao complementar o conceito de ameaça.

Quadro 1 – Resumo

Conclusão

CASO	CONTRIBUIÇÃO À CONFORMAÇÃO DO <i>PLEA BARGAINING</i>
Hill v. Lockhart (1985)	- Define que promessas imprecisas efetuadas pela defesa técnica, desde que não manifestamente inviáveis, não invalidam o acordo.
Padilla x Kentucky (2010)	- A garantia constitucional da assistência técnica efetiva por advogado se aplica ao espaço de consenso processual penal.
Lafler v. Cooper (2012)	- O <i>plea bargaining</i> é uma parte integrante do processo criminal norte-americano (<i>Plea Bargaining Law</i>). - Inexiste direito subjetivo das partes a uma proposta ou a um acordo.
Missouri v. Frye (2012)	- Constitui dever da defesa técnica comunicar ao réu acerca da existência de uma proposta por parte da promotoria pública. - Salienta-se a importância da redução a escrito das ofertas de acordo. - Afirma-se que o <i>plea bargaining</i> é o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. - Não se deve impor padrões de comportamento às partes nas negociações.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Dentre os mais radicais opositores da conformação conferida ao *plea bargaining* pela Suprema Corte dos Estados Unidos por meio das decisões supracitadas e, conseqüentemente, da constitucionalidade do referido instituto, encontra-se o professor John H. Langbein, o qual chegou a comparar a barganha processual penal a uma espécie de tortura²¹⁶. Da leitura do referido trabalho extrai-se, logo de plano, que o autor discorda da própria ideia de negociação em matéria criminal. Segundo ele, tanto a inquisição medieval quanto o *plea bargaining* se apoiam em um mesmo conjunto de condições, de maneira que, em ambos os casos, o sistema de justiça, ao estabelecer níveis irrealistas de *standards* probatórios, precisou desenvolver um subterfúgio para funcionar devidamente, consubstanciado na indução do acusado a uma confissão que representa uma renúncia a todas as garantias que o processo aprioristicamente lhe asseguraria. A única diferença entre o sistema inquisitório do medievo e o de justiça americano contemporâneo seria que, no primeiro, a confissão se seguiria ao emprego de máquinas que causavam tormentos físicos, ao passo que, no último, ela seria obtida a partir da atribuição de um enorme custo ao acusado que clama por seu direito constitucional de ir a

²¹⁶ Langbein, 1978, p. 03.

juízo²¹⁷. Custos esse representado por uma sanção materialmente recrudescida na hipótese de uma condenação prolatada no espaço de conflito²¹⁸.

Langbein se aprofunda na temática para indicar aquele que, na sua visão, seria o paradoxal e jamais externado fundamento pelo qual a corte suprema dos EUA teria ratificado a constitucionalidade do *plea bargaining*. Segundo ele, paulatinamente, ao longo do desenvolvimento jurisprudencial do conceito de devido processo legal, uma série de garantias passaram a ser agregadas à esfera individual de direitos do acusado. A consagração desse regime de garantias, o qual inclui, por exemplo, os avisos de Miranda, normas relativas à cadeia de custódia e limitações em matéria de buscas pessoais, acabou por aumentar em um grau irrealístico o fardo imposto à acusação. A solução encontrada pelo sistema para solucionar esse problema e fazer andar a máquina de justiça criminal foi, justamente, fugir dessas exigências legais por meio da criação de mecanismos capazes de induzir o réu a confessar os fatos, elemento probatório esse suficiente para legitimar uma condenação²¹⁹.

Ainda de acordo com Langbein, o *plea bargaining* estadunidense representa um sacrifício de todos os valores que o sistema adversarial deveria salvaguardar: participação das partes na adjudicação da culpabilidade penal, presunção de inocência, ônus da prova, demonstração da culpa para além de uma dúvida razoável, privilégio contra a não autoincriminação, direito ao contraditório e ao confronto dos próprios acusadores²²⁰.

Enfim, para o estudioso em voga, ao passo que a tortura medieval implicava em um procedimento de submissão do réu a um conjunto de tormentos físicos com fins à obtenção de uma confissão, o *plea bargaining* representaria uma coação de natureza psicológica por natureza e que objetivaria o mesmo fim. Cuidar-se-ia de duas práticas ontologicamente idênticas – mecanismos de pressão vergados com o intuito de produzir um reconhecimento de culpa –, diferentes, tão somente, na sua forma de materialização. Como, por certo, a Constituição de um Estado Democrático de Direito como os Estados Unidos da América não pode coadunar com o uso da tortura como mecanismo integrante de seu sistema de justiça criminal, Langbein reprovava a barganha processual penal e, apesar de não se valer expressamente da palavra “abolição”, vociferava que esse método de adjudicação de culpa

²¹⁷ Langbein, 1978, p. 12.

²¹⁸ Langbein, 1992, p. 121.

²¹⁹ Langbein, 1978, p. 12.

²²⁰ Langbein, 1978, p. 21.

derrubou o catálogo de garantias assegurado constitucionalmente ao cidadão e reputa a sua adoção, pura e simplesmente, como um erro por parte de todo país que dele se valer²²¹.

Prosseguindo, conforme já adiantado ao longo deste trabalho, Albert Alschuler desponta como um dos doutrinadores que, ao lado de John Langbein, capitaneia a corrente de pensamento doutrinário norte-americano que mais radicalmente se opõe ao *plea bargaining*. Valendo-se de uma retórica hiperbólica semelhante à de Langbein, que, como visto, compara a negociação processual penal à tortura, Alschuler se refere ao instituto como um terrível monstro, estabelecendo um paralelo entre ele e a pena de morte²²². Em seu exercício retórico, o estudioso em comento sustenta que os Estados Unidos executam pessoas não apenas em virtude do cometimento de um crime de homicídio qualificado, mas, também, por força de sua decisão de ir a julgamento. Isso porque a legislação americana somente permite a imposição da pena capital por meio de uma sentença imposta no âmbito do espaço de conflito do processo penal, fenômeno esse que demanda, inclusive, a realização de uma fase procedimental própria a fim de apurar a presença das condições legais que autorizam a aplicação daquela sanção²²³. Assim, para Alschuler, a ameaça da pena de morte seria vergada como um mecanismo de pressão por parte da acusação com fins a obter uma confissão do réu que, simplesmente por temer por sua vida, acaba por abdicar da produção probatória em audiência e aceitar a imposição de uma pesada sanção privativa de liberdade²²⁴.

Como se nota, Albert Alschuler se opõe veementemente ao precedente *Brady*, no qual a SCOTUS entendeu que o mero receio da aplicação da pena de morte em caso de condenação em sede de audiência de instrução e julgamento não serviria para inquinar a voluntariedade enquanto requisito de validade do *plea bargaining*. Neste diapasão, o autor designa como hipócritas as decisões da Suprema Corte que aceitaram a constitucionalidade da barganha em casos de pena de morte, por entender que aquele tribunal subverteu sua própria jurisprudência nesses casos, ao abandonar a chamada *Unconstitutional Conditions Doctrine*.

A título de contextualização, tem-se que a corte superior estadunidense vinha entendendo, precipuamente em causas que envolviam direitos previstos na primeira emenda, que o governo não poderia condicionar a concessão de um benefício público à renúncia, por parte do cidadão, de um direito constitucionalmente protegido²²⁵. De acordo com essa teoria,

²²¹ Langbein, 1992, p. 126.

²²² Alschuler, 2009.

²²³ Overstreet, 1993.

²²⁴ Alschuler, 2009.

²²⁵ Fuhr, 1988-1989.

batizada de Doutrina das Condições Inconstitucionais, ao Estado não seria dado, por exemplo, exigir que uma pessoa renunciasse à sua liberdade de expressão ou ao seu direito de recorrer ao Judiciário como condição para receber um benefício governamental. Isso significa que, caso o Estado opte por oferecer uma vantagem ao cidadão, ele não pode usar a promessa desse benefício como um meio para coagir aqueles sujeitos a renunciarem aos seus direitos fundamentais. Segundo Alschuler, esse posicionamento, desenvolvido em casos como *Slochower v. Board of Education* (1956)²²⁶ e *Garrity v. New Jersey* (1967)²²⁷, teria sido negligenciado de maneira injustificada pela Suprema Corte nos julgados envolvendo o *plea bargaining*. Se a corte tivesse seguido seus próprios precedentes, a troca de uma confissão por penas reduzidas teria sido reputada inconstitucional. Na leitura do estudioso em comento, a SCOTUS deveria ter laborado de modo mais corajoso e ousado e reconhecido a inconstitucionalidade inata do *plea bargaining*, ainda que isso significasse uma profunda reestruturação do sistema de justiça criminal norte-americano²²⁸.

A irresignação do estudioso em voga para com precedente *Brady* o levou a arguir, em trabalho específico, um segundo assustador paralelo. Segundo ele, aquiescer para com a constitucionalidade da abdicação do direito de ir a julgamento e à cessão consensuada da liberdade ao Estado equivaleria a assentir com a legalidade da aceitação, por parte de um cidadão, de um contrato de auto escravização, pois ambos implicariam em um exercício ilegal da autonomia da vontade e do próprio direito à liberdade²²⁹.

Vale dizer que o inconformismo do autor em testilha para com o *plea bargaining* vai além do julgamento *Brady v. US*, uma vez que Alschuler também critica o fardo financeiro imposto ao réu que opta por exercer seu direito constitucional de produzir provas em audiência. Segundo alega, os julgamentos se tornaram muito caros nos Estados Unidos e, neste contexto, a chave atual para uma barganha bem sucedida perpassa pela ameaça de se produzir um aumento substancial nos custos processuais da outra parte²³⁰. Algo que, por certo, não se coaduna com aquilo que se espera da cláusula do devido processo legal.

Situado em uma camada intermediária entre autores que defendem a abolição e a reforma do *plea bargaining*, há a corrente de pensamento que possui, como expoente, o Professor Robert Schehr, da *Northern Arizona University*. Referido autor baseia sua crítica ao

²²⁶ EUA, 1956.

²²⁷ EUA, 1967.

²²⁸ Alschuler, 1975.

²²⁹ Alschuler, 1981.

²³⁰ Alschuler, 2009.

instituto ora estudado em uma ponderação entre os valores em jogo no *plea bargaining* e, segundo ele, seria de legalidade ao menos duvidosa sacrificar direitos constitucionais ligados ao devido processo legal em nome da eficiência²³¹. Segundo ele, a Suprema Corte baseou seu juízo sobre a constitucionalidade da barganha processual penal no imperativo de preservação da autonomia da vontade. O réu deve ser livre para tomar a decisão estratégica de negociar ou não com o Estado-acusação. Contudo, alega o doutrinador, esse raciocínio pecaria por petição de princípio, porquanto a autonomia da vontade somente autorizaria que o acusado negociasse direitos de natureza disponível, ao passo que os direitos previstos na quinta e na sexta emendas à Constituição Norte-Americana seriam inalienáveis²³² e, por conseguinte, inegociáveis.

Em outras palavras, o argumento de Schehr pode ser resumido em dois pontos. Inicialmente, contesta-se o acerto da ponderação de valores (devido processo legal x eficiência) que frequentemente pauta a discussão acerca da constitucionalidade do *plea bargaining*. Em seguida, argui-se a imutabilidade, a inalienabilidade e indisponibilidade das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da produção de provas em audiência, além de outras que integram a quinta e a sexta emendas constitucionais e, por conseguinte, a própria cláusula do devido processo legal.

Apesar de claramente questionar a constitucionalidade da barganha processual penal, Schehr não chega a bradar pela extirpação do instituto do direito norte-americano. Ao contrário, apesar de às vezes flertar com a abolição, referido autor somente externaliza uma pretensão de reforma, a qual teria como base alterações no procedimento criminal tendentes a melhorar a forma como os réus entendem e aceitam a negociação de sua própria liberdade²³³. Daí colocar-se o autor entre os abolicionistas e os ditos reformistas puros, os quais não discutem a constitucionalidade na barganha, apenas sustentam o aprimoramento do *plea bargaining* de modo a melhor adequá-lo à cláusula do devido processo legal.

Ainda no âmbito desse limbo havido entre os abolicionistas e os reformistas puros, há autores que questionam a relação entre a negociação processual em matéria criminal e os conceitos de retribuição e prevenção especial que circundam o Direito Penal. Esses doutrinadores entendem que o *plea bargaining* seria incompatível com os conceitos de retribuição e incapacitação, uma vez que a barganha autoriza que duas pessoas que

²³¹ Schehr, 2015, p. 388.

²³² Schehr, 2015, p. 394.

²³³ Schehr, 2015, p. 432.

cometerem um mesmo ato criminoso sejam submetidas a penas diferentes tão somente pelo fato de que uma optou pelo espaço de consenso e outra por um julgamento adversarial, circunstâncias que escapam ao escopo da Teoria da Pena. Ao fim e ao cabo, tais pensadores, a exemplo do Professor Russel Christopher, da Universidade de Tulsa, acabam por contestar não apenas a barganha processual penal em si, mas as próprias retribuição e incapacitação enquanto valores constitucionalmente reconhecidos²³⁴.

Outrossim, alguns autores que seguem uma vertente originalista tradicional de hermenêutica constitucional, aqueles que sustentam que a interpretação da Constituição dos Estados Unidos perpassa pela busca da compreensão da vontade dos constituintes originários²³⁵, costumam se opor ao instituto da negociação processual penal. Isso porque a Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana teria sido materializada pelos *framers* com fins à consagração do método adversarial, tão caro à apuração da verdade²³⁶, não do *plea bargaining*. Logo, ainda que se admita a constitucionalidade do *plea bargaining* ou a sua importância para o sistema de justiça criminal, mais casos teriam de ser resolvidos por meio de julgamentos pelo júri, além do que o procedimento da barganha deveria passar por uma profunda reforma tendente a reequilibrar a balança de poderes entre as partes²³⁷.

Prosseguindo, inicia-se o estudo dos críticos reformistas propriamente ditos a partir das ideias agasalhadas por Stephanos Bibas, talvez o maior representante desse grupo de pensadores. Em diferentes artigos, o ex-professor da Universidade da Pensilvânia sustenta o imperativo de modificação de uma série de pontos da barganha processual penal com o fim de aprimorar o sistema de justiça criminal norte-americano. Interessante apontar que o conjunto de propostas formulado pelo autor não possui como fundamento apenas temas legais ou constitucionais ligados ao *plea bargaining*. Pelo contrário, sua problematização do espaço de consenso perpassa por questões criminológicas ligadas à barganha, como a percepção social da negociação do estado de inocência, as consequências para a vítima da ausência de um veredicto e as implicações para o réu de uma sentença prolatada sem que a acusação tenha ouvido a sua versão. Um foco na restauração das relações rompidas pelo crime, não apenas na prevenção de novas infrações²³⁸.

²³⁴ Christopher, 2003.

²³⁵ Bork, 1971, p. 13.

²³⁶ Ivsan, 2017, p. 143.

²³⁷ Ivsan, 2017, p. 164.

²³⁸ Bibas, 2015, p. 22.

Como reformista que é, Stephanos Bibas não defende a abolição do *plea bargaining*. Segundo argumenta, o espaço de consenso processual penal traz benefícios para o sistema de justiça criminal e para todas as partes envolvidas, de modo que ele deve ser mantido, inclusive com seu papel de protagonismo. O que o atual juiz federal contesta são os chamados “excessos da máquina de justiça”, os quais, em nome de princípios de eficiência, velocidade, custo e segurança, acabaria por se olvidar de outros, como educação, retribuição, ressocialização e reinvidicação das vítimas. Daí propor reformas tendentes a permitir a participação ativa das vítimas, de cidadãos ordinários e até dos próprios réus no procedimento negocial, ou seja, modificações capazes de conferir mais informação, voz e influência aos demais atores envolvidos na questão criminal²³⁹.

Em termos concretos, Bibas propõe que o procedimento negocial possua uma abertura para que os réus possam se expressar, se desculpar e, quiçá, se curar. O procedimento criminal, através de uma etapa própria prevista após a declaração aberta de culpa, deveria encorajar a fala do acusado, posto que a não autoincriminação já teria deixado de ser uma preocupação. O ofendido, por sua vez, também exerceria um papel mais importante, o qual perpassaria pelo recebimento de notificações de prisão, concessão de liberdade provisória, oferecimento de denúncia, audiências e negociações. Às vítimas deveria ser garantido o direito de consultar com os promotores de justiça ao longo de toda a persecução. Aliás, essa maior participação poderia ser expandida a qualquer um do povo, ao qual seria assegurada a possibilidade de acompanhar os atos negociais²⁴⁰.

Embora reconhecendo o quão problemáticos se mostram discursos baseados na moralidade em uma sociedade pluralística, Bibas não consegue deixar de demonstrar grande preocupação com a questionável mensagem moral passada pelo *Alford-plea* e pelo *nolo contendere*. Argui o autor que condenações prolatadas em um ambiente consensual à míngua de um reconhecimento expresso de culpa enlameiam a mensagem moral do Direito Penal, algo que sobressai sobremaneira em uma declaração de culpa com protesto por inocência²⁴¹. O significado de um reconhecimento expresso de culpa ou de um veredicto condenatório se apresenta muito mais forte e claro tanto para a vítima quanto para a sociedade, uma vez que representa, ao mesmo tempo, uma catarse para o ofendido e um juízo de reprovação social, resultado inobtido a partir de um *Alford-plea* (ou mesmo do *nolo contendere*)²⁴². Destarte,

²³⁹ Bibas, 2015, p. 17.

²⁴⁰ Bibas, 2015, p. 26.

²⁴¹ Bibas, 2003, p. 1362-1363.

²⁴² Bibas, 2015, p. 1366-1367.

apesar de não se opor a uma ideia de negociação processual penal, Bibas urge aos legisladores que trabalhem para abolir tanto o *Alford-plea* quanto o *nolo contendere*.

Vale dizer que, em entrevistas conduzidas com o fim de instruir sua produção acadêmica, Stephanos Bibas perquiriu que os réus se demonstraram favoráveis à preservação de ambos os institutos no ordenamento jurídico americano. A razão mais citada pelos acusados para a sua recusa em confessar foi a vergonha, seguida pela negação psicológica, na qual os réus se recusam a admitir culpa até para si mesmos. Advogados de defesa, por sua vez, mencionaram que os institutos deveriam ser mantidos em virtude das consequências colaterais de uma admissão expressa de culpa, como se daria em uma disputa pela custódia de filhos, na busca por um emprego ou até mesmo em um litígio civil relativo aos mesmos eventos que embasaram a pretensão criminal. Finalmente, houve um consenso entre os entrevistados quanto ao valor dessa espécie de negociação para aquelas situações nas quais o réu se encontrava intoxicado no momento dos fatos e, portanto, total ou parcialmente impossibilitado de se lembrar do ocorrido²⁴³.

Mesmo diante desses fortes argumentos favoráveis a formas não confessionais de negociação, o magistrado em comento se mantém firme na defesa da revogação dos referidos institutos. Segundo alega, o sistema judicial deve combater o cinismo, proibindo práticas que promovam abertamente a injustiça ou dúvidas públicas sobre a culpa. Neste norte, é fundamental que a força moral da lei penal não seja diluída por um padrão de prova que deixe as pessoas em dúvida acerca de eventual condenação de sujeitos inocentes. A confiança do público e a fé no sistema de justiça seriam essenciais para a legitimidade democrática da lei, força moral e obediência popular. Quando os cidadãos descobrem que alguns réus decidem aceitar uma punição ao mesmo tempo em que protestam a sua inocência, exsurtem suspeitas de coerção e injustiça com as quais o sistema de justiça não pode coadunar ou conviver²⁴⁴.

Assim, conclui o referido doutrinador que a insegurança jurídica e a ausência de reprovação social que permeiam o *Alford-plea* e o *nolo contendere* poderiam sugerir uma inconstitucionalidade potencial. Todavia, a constitucionalidade dos institutos não deve ser vista como o foco do problema. Constitucionalidade não se confunde com sensatez e, por mais que a Constituição norte-americana tolere aqueles institutos, Bibas argui, com fulcro em sua ampla argumentação de cunho criminológico, que eles devem ser tidos como insensatos,

²⁴³ Bibas, 2003, p. 1378-1379.

²⁴⁴ Bibas, 2003, p. 1387.

ininteligentes e, como tais, deveriam ser abolidos²⁴⁵ (certamente pela via legislativa, por exclusão).

Finalmente, Bibas ainda propõe a alteração de três elementos específicos que circundam o espaço de consenso estadunidense. O primeiro deles relaciona-se à aplicação das penas, as quais deveriam consubstanciar um julgamento de base moral mais livre por parte do magistrado que uma tarefa matemática arrimada em regras legais pré-estabelecidas. Esse mecanismo de aplicação de sanções redundaria em penalidades mais adequadas e proporcionais ao ato cometido²⁴⁶. O segundo se refere à frequência do uso do *plea bargaining*. Conforme alega, os julgamentos prolatados no espaço de conflito podem se revelar mais imprecisos e menos eficientes que aqueles exarados por meio da negociação processual penal. Porém, esses julgamentos carregam consigo uma mensagem moral mais profunda²⁴⁷, pelo que se conclui que a acusação deveria ser valer mais recorrentemente dos *jury trials*. Obviamente, autores que sustentam que o julgamento adversarial seria um instrumento mais preciso na adjudicação de culpa que o consenso²⁴⁸ apoiam o raciocínio e, principalmente, a conclusão explicitada por Bibas.

O terceiro ponto de reforma levantado por Bibas decorre diretamente da opinião exarada pela Suprema Corte dos EUA em *Laffler v. Cooper*. Isso porque, como já visto, referido julgado estatuiu que o sujeito submetido à persecução penal possui direito subjetivo à assistência técnica efetiva durante o *plea bargaining*. A prática consuetudinária e a legislação processual penal, pois, deveriam se adaptar a essa nova realidade. Em termos concretos, os promotores de justiça deveriam passar a lavrar suas ofertas por escrito e em linguagem simples. Aos réus seria assegurada a prerrogativa de comunicação direta pela acusação acerca da formulação de uma oferta. A promotoria pública seria urgida, necessariamente, a expor em audiência qual seria a sua postura caso aquela questão criminal viesse a ser levada a julgamento, indicando, inclusive, alguns elementos de prova que foram essenciais para a formação da sua convicção e cuja apresentação somente seria legalmente imperativa em um momento processual posterior. Aos réus permitir-se-ia, então, a formulação de perguntas, questionamentos de resposta rápida, mas importantes para a demonstração da força do caso

²⁴⁵ Bibas, 2003, p. 1407.

²⁴⁶ Bibas, 2003, p. 1410.

²⁴⁷ Bibas, 2003, p. 1408.

²⁴⁸ Packer, 1968, p. 173.

pela acusação²⁴⁹. A decisão de barganhar, pois, seria mais informada e consciente por parte do increpado.

Enfim, traduzem pilares da reforma para o autor Stephanos Bibas: a) a modificação dos critérios de sentenciamento; b) a concessão de fala e a ampliação da participação do réu na negociação, especialmente em audiência; c) o aumento da comunicação e da participação da vítima; d) a abertura à participação popular; e) a diminuição da frequência de uso do espaço de consenso; f) a formalização da proposta de negociação; g) a abolição do *nolo contendere* e, principalmente, do *Alford-plea*.

Prosseguindo na seara dos pensadores reformistas, subsiste uma corrente doutrinária que fundamenta sua opinião em fatores políticos e econômicos, ambos ligados à própria estrutura do sistema de justiça criminal americano. Doutrinadores que seguem essa linha de raciocínio, a exemplo do Professor Stephen J. Schulhofer, da Universidade de Nova Iorque, tendem a contestar, de início, o excesso de discricionariedade conferido ao promotor público norte-americano. Afinal, como visto, uma vez havendo fundamento fático e jurídico mínimo para a imputação, o titular da acusação possui amplos poderes para recrudescer ou suavizar o teor da acusação, isso sem falar na prerrogativa de arquivar a investigação criminal com base em critérios de oportunidade e conveniência. Como se sabe, essa ampla discricionariedade deriva do fato de que o chefe da promotoria pública ocupa um cargo eletivo, razão pela qual, por consequência lógica, tenderá a laborar em prol da manutenção do seu prestígio político e de sua reputação²⁵⁰. Neste contexto, as pretensões da promotoria pública se inclinariam a ponto de divergir do interesse público, seja em matéria de prevenção de novas infrações penais, seja em termos de priorização de critérios de justiça. A estruturação política da acusação, fundamento da discricionariedade do promotor público, seria também a causa a impulsionar o uso indevido – desvio para fins particulares – daquela ferramenta.

Problema semelhante também se verificaria, segundo o pesquisador em voga e outros adeptos dessa corrente de pensamento, na seara defensiva. Do lado da defesa, o problema revolveria possível conflito de interesses entre o réu e o seu procurador. Sustenta-se que, por vezes, os advogados de defesa possuem razões pessoais ou profissionais para levar um caso a julgamento quando, na verdade, do ponto de vista do increpado, seria mais positivo a lavratura de um acordo. De igual modo, talvez de maneira até mais frequente, os patronos se deparariam com robustos incentivos no sentido de evitar um julgamento, mesmo em situações

²⁴⁹ Bibas, 2012, p. 167.

²⁵⁰ Schulhofer, 1979, p. 1987.

nas quais o espaço de conflito serviria melhor aos interesses do cliente. Esses interesses variariam, mas, como regra, se calcariam em divergências de natureza econômica, uma vez que o procurador se depararia reiteradamente com incentivos financeiros que lhe encorajariam a atingir um consenso com a maior rapidez possível²⁵¹.

Essas divergências financeiras seriam deveras palpáveis, segundo Stephen Schulhofer, nas hipóteses de nomeação de procuradores pelo tribunal a réus indigentes. Isso porque o valor base pago para o patrocínio de uma causa não varia conforme a maneira pela qual o caso encontra sua solução²⁵². Logo, um advogado nomeado que patrocinou uma causa perante o tribunal do júri, o qual perpassou por uma média de quatro audiências judiciais diferentes, e outro que participou de um ato único junto à promotoria pública, no qual restaram acertados os termos de um *plea agreement*, receberão, após a sentença, um mesmo valor a título de honorários por parte do Estado. Daí o autor inferir que o advogado se sentirá tentado a aceitar um acordo, mesmo naquelas hipóteses nas quais seu cliente teria uma possibilidade razoável de sucesso caso optasse por ir a julgamento. O conflito de interesses entre réu e seu procurador, pois, seria inato ao próprio sistema de justiça criminal e teria, como pano de fundo, esse fator de natureza econômica.

A propósito do tema, há autores que arguem que as deficiências percebidas nos programas de defesa jurídica de indigentes nos Estados Unidos seriam tamanhas que o réu se situaria recorrentemente em uma posição de hipossuficiência perante o órgão estatal de acusação. A soma entra essa deficiência e o estado de vulnerabilidade mental do increpado que enfrenta uma acusação criminal geraria, como resultado, uma mácula no elemento consciência, requisito de validade do *plea agreement*²⁵³. Neste diapasão, alguns doutrinadores chegam até a comparar a condição do réu no *plea bargaining* com aquela de um sujeito envolto em uma relação jurídica consumerista²⁵⁴.

Feita essa observação, importante perceber no trabalho do Professor Schulhofer que ele não se limita a atacar determinados pontos da negociação processual penal estadunidense. Pelo contrário, tendo suas críticas como ponto de partida, referido doutrinador elabora algumas propostas de melhorias para o modelo de barganha daquele país. Primeiramente, ele defende que se crie um mecanismo de supervisão da carga acusatória pelo juiz²⁵⁵, algo equivalente ao controle de justa causa que precede o recebimento de uma denúncia. Em

²⁵¹ Schulhofer, 1979, p. 1988.

²⁵² Schulhofer, 1979, p. 1989.

²⁵³ Hessick III, 2002, p. 189-216.

²⁵⁴ Barnhizer, 2007, p. 123-143.

²⁵⁵ Barnhizer, 2007, p. 1997.

seguida, Schulhofer advoga por uma modificação no momento processual conhecido como *discovery*, de maneira que o réu interessado em negociar passe a ter acesso a uma parte substancial do material probatório produzido pela acusação e, conseqüentemente, possa fazer um juízo mais consciente e informado de suas chances de sucesso em sede de julgamento²⁵⁶. Finalmente, os estudiosos afetos a essa corrente batem por uma profunda reforma nos programas de representação defensiva de indigentes, a fim de resolver a questão econômica que pauta um potencial conflito de interesses entre o réu e seu advogado²⁵⁷.

Pois bem, se, de um lado, há um grupo de ferrenhos opositores da barganha processual penal estadunidense, desponta, de outro, pesquisadores que defendem o referido instituto com afinco e de maneira igualmente bem fundamentada. Esses estudiosos cravam o acerto da Suprema Corte em reconhecer a constitucionalidade do *plea bargaining* pelas mais variadas razões, mas, como a ciência possui caráter dialético por natureza, não se furtam a formular propostas para o aperfeiçoamento do instituto. Inegável que essa corrente de pensamento se aproxima dos críticos reformistas, pois ambos irão propor alterações às sistemáticas da negociação com fincas ao seu aprimoramento. Porém, há um traço distintivo entre esses grupos, uma vez que os reformistas aceitam com relutância a constitucionalidade do procedimento negocial e flertam com a sua abolição por critérios de escolha política, ao passo que os doutrinadores que apoiam os posicionamentos da SCOTUS não questionam o instituto de um ponto de vista constitucional e veem a prática como salutar ao sistema de justiça. Feita essa observação, passar-se-á ao estudo do posicionamento sustentado por esses autores, o qual envolverá desde uma análise crítica do pensamento defendido pelos opositores do *plea bargaining* até as propostas de aperfeiçoamento por eles elaboradas.

Neste diapasão, inicia-se com as ideias levantadas por Robert Scott e Willian Stunz no estudo *Plea Bargaining as a Social Contract*, por se cuidar de trabalho referenciado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento do caso *Missouri v. Frye*. Consigne-se que a feitura de uma citação doutrinária por parte de uma corte superior de um país de matiz jurídica anglo-saxã constitui evento tão raro que salienta a importância daquela pesquisa para a compreensão de toda a problemática que envolve a negociação em matéria criminal.

Scott e Stunz começam sua exposição, a qual culmina com a defesa da constitucionalidade da barganha processual penal, por uma desconstrução dos principais argumentos tecidos pelos opositores do referido instituto. Inegavelmente, faz sentido lógico

²⁵⁶ Barnhizer, 2007, p. 1998.

²⁵⁷ Barnhizer, 2007, p. 2000.

desconstituir uma ideia antes de se propor uma nova em substituição. De acordo com os autores, os principais argumentos erigidos em oposição ao *plea bargaining* se resumem à sua pretensa coercibilidade, a problemas ligados à efetiva consciência do réu envolvido com a negociação, à deficiência de defesa do acusado pobre, à irrenunciabilidade de direitos processuais vinculados à cláusula do devido processo legal e de seus paralelos com a escravidão²⁵⁸. Nenhuma dessas críticas, segundo alegam, deve prosperar.

A questão inerente à suposta coercibilidade inata da barganha foi resolvida pela SCOTUS no caso *Brady v. US*. Todavia, como visto, ainda subsistem autores que pregam ter a Suprema Corte ter se equivocado ao assim agir, pois os acordos seriam o produto de negociações coercitivas por natureza. Scott e Stunz contradizem firmemente esse posicionamento e acrescentam camadas de substância argumentativa à decisão prolatada pela corte suprema americana, valendo-se, para tanto, de analogias entre o *plea bargaining* e a teoria dos contratos. Assim, referidos autores asseveram que a alegação de coerção prosperará, sob a ótica contratual, se o sujeito que alega a ocorrência de tal evento lograr êxito em provar que não teria aderido ao contrato se não fosse em virtude do comportamento coercitivo impróprio perpetrado pela parte contrária. Logo, pelo próprio conceito de coação se extrai a conclusão de que referido fenômeno depende, para a sua verificação, da prática de condutas por parte de um dos contratantes. Os atos de coação podem se materializar por meio de força física ou de ameaças impróprias, mas, seja em um ou outro caso, a compulsão imposta deverá ser necessariamente produzida por um agente coator²⁵⁹. Significa que as circunstâncias fáticas que revolvem a figura do contratante, ou, na hipótese do *plea bargaining*, do réu, isoladamente consideradas, não se enquadrarão no conceito de coação à margem do cometimento de qualquer ato concreto violento ou ameaçador por parte das autoridades incumbidas da persecução penal.

Em outras palavras, acertou a Suprema Corte ao refutar a alegação de coercibilidade de *per se* da barganha processual penal, pois a diferença entre as penas potencialmente aplicáveis no âmbito dos espaços de consenso e de conflito não envolve qualquer ato de violência ou intimidação por parte da promotoria pública. A submissão do réu a uma escolha difícil e pouco palatável, qual seja a certeza de aplicação uma pena menor em caso de confissão em contraposição ao risco de uma sanção mais gravosa na hipótese de condenação, possui arrimo exclusivo nas normas que compõem o sistema jurídico criminal, não em uma

²⁵⁸ Scott; Stuntz, 1991, p. 1918.

²⁵⁹ Scott; Stuntz, 1991, p. 1919.

conduta imprópria do órgão acusatório²⁶⁰. A diferença potencial entre a pena aplicável no âmbito de duas diferentes sentenças não se enquadra no conceito legal de coação e, portanto, tal circunstância se apresenta insuficiente para macular a vontade do increpado.

Relevante consignar que Scott e Stunz não são defensores da manutenção do sistema de justiça americano tal como posto. Pelo contrário, ambos elaboram críticas ao referido modelo, especialmente às regras que balizam a aplicação das penas. Conforme alegam, somente existe um abismo entre as sentenças aplicáveis nos espaços de consenso e de conflito porque as sanções cabíveis na hipótese de condenação são demasiadamente altas²⁶¹. Tal problema, porém, não possui qualquer relação com o *plea bargaining* nem atrai a aplicação do conceito de coação. Cuida-se de uma questão que deve ser endereçada e revista, porém, dentro, do campo adequado, o da aplicação da pena, reforma essa advogada pelos doutrinadores em comento.

O segundo argumento vergado por Scott e Stunz em defesa da constitucionalidade do *plea bargaining* e, conseqüentemente, dos julgados prolatados pela Suprema Corte dos EUA, está ligado à consciência do increpado. Trata-se, repita-se, da alegação de que o réu se encontraria em uma situação de vulnerabilidade por força da própria acusação criminal e, com certa frequência, de sua submissão a aconselhamento jurídico inefetivo, algo que afetaria a sua própria condição de anuir voluntariamente a um contrato. Ao contraditar esse raciocínio, Scott e Stunz asseveram que o acordo processual penal em nada se assemelha a um contrato de adesão consumerista, recheado de termos e condições de difícil entendimento e que qualificam o consumidor como uma figura efetivamente hipossuficiente²⁶². Além disso, cada acordo elaborado no bojo do espaço de consenso demanda uma negociação específica, individualizada, a qual não ostenta qualquer traço de semelhança para com um contrato de adesão. Se não bastasse, ao contrário do que ocorre em uma relação de consumo, o réu, no *plea bargaining*, possui um bem que interessa sobremaneira à outra parte, qual seja o risco de absolvição. Sua posição na negociação, conseqüentemente, é bem mais forte que a do mero consumidor²⁶³. O argumento de hipossuficiência ou vulnerabilidade ontológicas do réu ou o recurso a uma analogia com o Direito Consumerista simplesmente não se adequariam à barganha processual penal.

²⁶⁰ Scott; Stuntz, 1991, p. 1920.

²⁶¹ Scott; Stuntz, 1991, p. 1920.

²⁶² Scott; Stuntz, 1991, p. 1922.

²⁶³ Scott; Stuntz, 1991, p. 1924.

Interessante ponto levantado por Scott e Stunz toca a questão da suposta deficiência de representação de réus pobres e da influência que esse fenômeno poderia carregar sobre a voluntariedade do acusado, já que a prática do *plea bargaining* revela que, com certa frequência, a decisão do increpado de barganhar decorre de um contato momentâneo entre ele e seu advogado. Segundo alegam os autores em comento, esse fato, por si só, não significa que os réus estejam necessariamente mal-informados. Afinal, tanto promotores de justiça quanto advogados de defesa criminal lidam com esse sistema de negociação em bases frequentes. Isso significa que ambas as partes carregam grande conhecimento sobre a prática da barganha processual penal e possuem um senso adequado do que representa uma boa negociação em um dado cenário²⁶⁴. A representação jurídica, pois, tende a se mostrar suficiente, conquanto eventualmente breve.

Mais que isso, o problema da possível assistência jurídica deficiente seria muito maior, não menor, em um cenário de abolição do *plea bargaining*. Afinal, um advogado padrão terá mais oportunidades para errar e prejudicar o seu cliente no decorrer de um julgamento criminal que na condução de uma negociação²⁶⁵. O *plea bargaining*, pois, somente tende a favorecer o increpado eventualmente mal assistido sob o prisma técnico jurídico.

No ponto, vale ressaltar o trabalho empírico desenvolvido por Pamela J. Utz, a qual constatou que inexistem diferenças substanciais nos acordos obtidos no espaço de consenso junto a advogados particulares e defensores públicos. Isso porque a Defensoria, em virtude do número de casos submetidos à sua batuta, consegue construir uma posição de força junto ao Estado-acusação, de modo que ou a promotoria pública opta por fazer bons acordos reiteradamente ou o órgão defensivo irá levar o maior número de causas possível a julgamento, aumentando a carga processual à qual se submetem os promotores²⁶⁶. A realidade empírica, assim, indica que o número de casos globalmente considerado transforma a Defensoria em uma parte dotada de vigor na negociação, o que afasta a suspeita de que réus indigentes teriam resultados piores que acusados ricos no *plea bargaining*. Em suma, o defensor público não é o adversário inapto frequentemente apontado pelos adversários da barganha.

Um dos mais bem desenvolvidos raciocínios tecidos por Scott e Stunz ao se contraporem aos críticos da negociação processual penal recai sobre a alegada

²⁶⁴ Scott; Stuntz, 1991, p. 1923.

²⁶⁵ Scott; Stuntz, 1991, p. 1923.

²⁶⁶ Utz, 1978, p. 39.

irrenunciabilidade dos direitos ligados à cláusula do devido processo legal e aos paralelos doutrinariamente traçados para com a questão da escravidão. Já de plano, os estudiosos em comento deixam claro que reflexões dessa natureza partem de pontos de vista profundamente paternalistas, fenômeno definido como a superação das preferências de um determinado grupo de interessados, o qual discorda de uma decisão de poder tomada em face de si e que, em teoria, almejaria atender às suas pretensões. Em outras palavras, o grupo supostamente beneficiado pelo ato de poder preferiria retomar ao *status quo ante*, quando a eles se conferia a prerrogativa de definir o próprio futuro²⁶⁷.

Como já se viu, esses doutrinadores reputados paternalistas, que sustentam a inconstitucionalidade da barganha processual penal com fulcro na indisponibilidade da garantia do devido processo legal e, por conseguinte, da produção de provas em juízo, frequentemente elaboram paralelos entre esse cenário e os chamados contratos de escravidão. Neste contexto, alega-se que a autonomia da vontade não autoriza pessoas a fazerem o que quiser com as suas vidas, tanto que a elas é vedado se colocar voluntariamente em uma situação de escravidão. Por mais que queira, uma pessoa não pode firmar um contrato na qual aceita a posição de escrava, da mesma forma como não poderia aceitar ser responsabilizada por um ato criminoso à míngua de sua submissão a um julgamento desenvolvido no espaço de conflito. A possibilidade de privação da própria liberdade em ambos os casos reforçaria a semelhança entre as situações e chancelaria a validade desse raciocínio desenvolvido por analogia.

Contudo, Scott e Stunz sustentam que essa semelhança ostenta contornos meramente aparentes. Na verdade, o fenômeno verificado no *plea bargaining* é justamente o inverso. Na negociação processual penal, a liberdade do increpado não constitui objeto de permuta por qualquer bem de natureza econômica ou financeira, como ocorre na escravidão, na qual se converte trabalho em dinheiro²⁶⁸. Pelo contrário, o risco de “escravidão”, que aqui corresponde à privação de liberdade, está sendo trocado pela certeza de uma pena de prisão menor, ou seja, por uma taxa considerável de menos “escravidão”²⁶⁹. A analogia para com um contrato de auto escravidão, portanto, está incorreta. Para uma comparação adequada, deve-se pensar que o Estado possui, antes do início da barganha, uma expectativa legítima de cercear a liberdade do cidadão. Assim, a pessoa que negocia com o Estado não deve ser tida apenas como uma pessoa livre, mas como um sujeito cuja liberdade se encontra em risco concreto e

²⁶⁷ Scott; Stuntz, 1991, p. 1925.

²⁶⁸ Scott; Stuntz, 1991, p. 1929.

²⁶⁹ Scott; Stuntz, 1991, p. 1929.

que decide diminuir em termos seguros o tempo de sua prisão com o fim de recuperar o *status quo* o mais rapidamente possível ao final. Negar a um homem que se encontra nesta situação a possibilidade de barganhar seria simplesmente condená-lo à prisão por um período potencialmente maior. A ilegitimidade, a perpetuidade e o caráter econômico da escravidão esfacelam a analogia para com a prisão.

Importante salientar que os professores Scott e Stunz não negam a importância de se limitar a autonomia contratual com fincas a uma melhor divisão de poder entre as partes. A vida e a liberdade são valores demasiadamente importantes para serem negociados sem qualquer regulação²⁷⁰. Os fatores irracionais que interferem em qualquer negociação e a possibilidade humana de erro se mostram demasiadamente relevantes para serem simplesmente desconsiderados em uma barganha integralmente desregulada. A solução, porém, não residiria na abolição do *plea bargaining*, mas na sua devida regulamentação, na imposição de normas que modelem a negociação processual penal em níveis mais rígidos em relação àquelas que norteiam os contratos em geral, a exemplo de sua submissão a um pesado escrutínio judicial.

Frank Easterbrook, professor aposentado da Universidade de Chicago, cerra as filas com Scott e Stunz na defesa do *plea bargaining* em face desses argumentos de índole paternalista. Referido estudioso, no entanto, deixa de lado o paralelo para com a escravidão para focar de maneira mais incisiva na questão genérica, qual seja a alegada indisponibilidade do direito de ir a julgamento. Easterbrook inicia sua exposição contrapondo a própria ideia de que a barganha em matéria penal envolveria uma abdicação à garantia fundamental de ir a julgamento. Segundo ele, todo réu em um processo criminal ostenta uma variedade de direitos procedimentais e substantivos. Ao se declarar culpado no espaço de consenso, o increpado vende esses direitos ao promotor público e recebe, em contrapartida, uma série de concessões que o próprio réu reputa mais valiosas que as prerrogativas que ele transacionou. Neste contexto, inexistiria uma abdicação a qualquer direito fundamental por parte do réu, mas a sua utilização efetiva. A diferença residiria no fato de que, na barganha, os direitos não são consumidos em julgamento, mas vendidos com o fim de melhorar a situação jurídica do próprio réu²⁷¹. O acusado, enfim, pode escolher entre exercer ou vender seus direitos, os quais, em ambos os cenários, estarão sendo efetivamente utilizados. A alegada renúncia da garantia de ir a julgamento não existiria, pois, repita-se, tal prerrogativa teria sido objeto de

²⁷⁰ Scott; Stuntz, 1991, p. 1930.

²⁷¹ Easterbrook, 1992, p. 1975.

devida utilização na modalidade de venda. A opção entre utilizar o direito no “modo-exercício” ou no “modo-venda” recairá sobre o próprio réu, que, dependendo de sua tolerância ao risco, tomará sua decisão.

Em seguida, o também ex-juiz federal passa a contestar a própria ideia de paternalismo no âmbito jurídico. Supondo que houvesse, no *plea bargaining*, uma efetiva abdicação da garantia de ir a julgamento, o doutrinador questiona: por qual razão seria conferida ao Estado a prerrogativa de vedar essa escolha ao acusado? Easterbrook questiona fortemente a irracional seletividade dos abolicionistas que apoiam essa vedação. O autor não consegue enxergar porquê a definição sobre o risco de condenação deve ser retirada das mãos do réu pelo Estado, quando o mesmo ente estatal permite, sem pestanejar, a realização de uma série de atividades em que as pessoas colocam não apenas a sua liberdade, mas a própria vida em risco. As pessoas podem, sem a aprovação de reguladores, escalar montanhas, descer escarpas a cem quilômetros por hora em pranchas enceradas, deixar de se exercitar, comer alimentos gordurosos, fumar cigarros, abdicar da realização de verificações sazonais de saúde, assistir televisão ao invés de ler livros ou escutar música em volume alto²⁷². Essas condutas podem prejudicar a vida de uma pessoa em um nível muito superior em comparação à decisão de barganhar com o Estado e, mesmo assim, são permitidas. Logo, a renúncia ao direito de ir a julgamento, ainda que existente, deveria ser tida como constitucional enquanto fundada, como em todos os cenários anteriores, na autonomia da vontade.

Seguindo a mesma linha de Easterbrook e ressaltando a autonomia da vontade como fundamento primeiro da constitucionalidade do *plea bargaining* e do acerto dos posicionamentos exarados pela SCOTUS sobre o tema, se destaca o trabalho do já referenciado Professor Josh Bowers, da Universidade da Virgínia. Referido estudioso centra seu raciocínio em um curioso ponto de partida, ao asseverar que as falhas imputadas à barganha processual penal são inerentes ao sistema de justiça americano como um todo, não são próprios daquele instituto. A injustiça inerente à estratégia de um réu inocente que escolhe se declarar culpado deriva de problemas relacionados à sua prisão, à formalização de sua acusação e até mesmo de um futuro julgamento em perspectiva. Neste diapasão, a opção pela barganha funcionaria em verdade como uma estratégia de redução de danos para increpados inocentes que não desejam passar pelas agruras de um processo penal, um procedimento que,

²⁷² Easterbrook, 1992, p. 1976-1977.

não raras vezes, se apresenta como mais penoso que a própria sanção eventualmente aplicada em sede de sentença²⁷³.

Destarte, Bowers conclui que não se deve retirar do réu, inclusive do inocente, a possibilidade de barganhar²⁷⁴. Seria até mesmo um contrassenso, um comportamento violador da garantia da isonomia, conferir uma prerrogativa ao acusado culpado e negá-la ao increpado inocente. Ao réu, qualquer que seja a sua situação, deve ser conferido o direito de, com base na autonomia da vontade, influir decisivamente em seu próprio destino.

Exsurge, outrossim, um grupo de autores que defende a constitucionalidade do *plea bargaining* com base no Princípio da Eficiência. Esse grupo de doutrinadores não verga um raciocínio de índole puramente utilitarista, mas sustenta que a administração eficaz da Justiça constitui um valor constitucionalmente protegido e, como tal, um instituto que atende aos seus ditames, a exemplo do *plea bargaining*, se encontraria agasalhado pela referida norma.

Seguindo essa linha de pensamento, Scott Howe argui que a barganha processual penal atende, concomitantemente, interesses da sociedade e do acusado. O *plea bargaining* se justifica porque espelha o resultado que ocorreria após uma regular sessão de instrução e julgamento, porém, com um desconto de pena que reflete a incerteza inerente a eventual juízo de adjudicação de culpa. O instituto revela-se eficiente porque atinge resultados semelhante aos de um julgamento mediante o consumo de menos recursos das partes²⁷⁵.

O autor em voga continua a defesa do instituto ao erigir substancial crítica aos opositores da negociação processual penal que arguem a inconstitucionalidade do *plea bargaining* a partir da premissa de que o referido instituto puniria o réu que exerce seu direito de ir a julgamento. Em contraposição sutil, quase óbvia, mas de difícil contestação, Howe alega que o réu condenado pelo júri não estaria sendo punido por sua opção de ir a julgamento, mas sim porque cometeu um crime cuja prática constituiu objeto de reconhecimento pelo Poder Judiciário²⁷⁶. Mais que isso, o fato de algumas pessoas, aquelas que optaram pelo espaço de consenso, receberem uma recompensa, não significa que aquelas que escolheram ir a julgamento sofreram uma penalidade. Essas últimas, simplesmente, não

²⁷³ Bowers, 2008, p. 1119.

²⁷⁴ Bowers, 2008, p. 1979.

²⁷⁵ Howe, 2005, p. 601.

²⁷⁶ Howe, 2005, p. 615.

obtiveram um prêmio²⁷⁷. Qualquer tentativa de argumentar em sentido contrário qualificaria mero exercício retórico falacioso.

Em conclusão, o Professor da Chapman University se posta contrariamente à abolição do *plea bargaining*. Ele, inclusive, se manifesta acerca de eventuais propostas de substituição da prática pelo julgamento por um juiz singular, solução que ele reputa inócua, uma vez que as audiências assim conduzidas não produzem resultados mais rápidos ou melhores que a negociação²⁷⁸. Assim, mesmo com seus defeitos, a negociação processual penal deve ser mantida ao menos como forma de não prejudicar os interesses de inculpados avessos a condutas arriscadas que desejam minimizar as penas que podem lhes ser impostas.

Ainda na mesma esteira de sustentação do *plea bargaining* a partir de seus resultados, William Rhodes disserta sobre a eficácia do instituto enquanto instrumento consensual de adjudicação de culpa. O autor trabalha com duas preocupações que inquietam os críticos da barganha processual penal. A primeira delas se refere ao fato de que pessoas inocentes poderiam ser levadas a se autoincriminar falsamente apenas porque se sentiriam impelidas a negociar. A segunda relaciona-se ao receio de que as diminuições de pena oferecidas no bojo da negociação, se demasiadas, poderiam conduzir a um aumento das taxas de criminalidade²⁷⁹.

Inicialmente, Rhodes afasta peremptoriamente o risco de autoincriminação falsa. A partir de pesquisas empíricas, precipuamente entrevistas conduzidas junto a advogados e defensores públicos, o autor perquiriu que a defesa técnica tende a levar o caso a julgamento sempre que entender pela existência de sérios fundamentos a apontar a inocência do réu²⁸⁰. Todavia, o professor da Universidade de Iowa vai além e sustenta que o espaço de consenso se apresenta como mais adequado à promoção da correta adjudicação de culpa que um julgamento desenvolvido sob o princípio adversarial. Isso porque, no sistema adversarial, acusação e defesa não possuem compromisso ou preocupação com a verdade ou com o conceito fático de culpa. As partes simplesmente devem ser comportar de modo a demonstrar a existência de um conjunto probatório capaz de sugerir a culpabilidade do réu para além de uma dúvida razoável ou que o peso da evidência se revela insuficiente para sustentar um juízo

²⁷⁷ Howe, 2005, p. 625.

²⁷⁸ Howe, 2005, p. 609.

²⁷⁹ Rhodes, 1978, p. 17.

²⁸⁰ Rhodes, 1978, p. 49.

dessa natureza²⁸¹. Acusação e defesa, pois, trabalham com um viés predeterminado no que tange à conduta imputada ao réu.

Destarte, no âmbito de um tribunal, as partes são incentivadas a apresentar seu caso de maneira maniqueísta, a sustentar apenas uma versão dos eventos submetidos a julgamento, sem maiores preocupações com a culpa fática do acusado. No bojo do espaço de consenso, ao contrário, as partes detêm a possibilidade de apresentar seus argumentos de um modo mais franco, o que leva, inclusive, tanto advogados quanto promotores públicos a afirmar que as negociações constituem um método mais preciso, acurado e apto a promover a determinação de culpa que um julgamento pelo júri²⁸². Rhodes acrescenta a isso o argumento de que um processo de adjudicação de culpa desenvolvido por profissionais treinados e experimentados conduz a um ganho de qualidade, constatação essa que abrange o fenômeno da disposição de causas criminais por meio do *plea bargaining*²⁸³.

Ao desenvolver esse raciocínio, William Rhodes acaba por reforçar a constitucionalidade do *plea bargaining* e o acerto da SCOTUS ao reconhecê-la. Isso porque opositores da barganha alegam frequentemente que o julgamento pelo júri consiste em uma garantia de cunho imperativo desenhada pelo constituinte originário com o fim de assegurar o atingimento da verdade, resultado somente alcançável após a produção probatória adversarial. Ao asseverar que inexistente diferença de qualidade entre a adjudicação de culpa por meio do consenso ou do conflito, Rhodes desconstrói o argumento central sobre o qual esses críticos da negociação processual penal erigem seu posicionamento.

A segunda questão endereçada por William Rhodes revolve a suposta incompatibilidade entre os conceitos de prevenção especial e barganha processual penal, como se os descontos de pena aplicados no âmbito do espaço de consenso fomentassem, de algum modo, o aumento das taxas de criminalidade ou de reincidência. Citando levantamentos empíricos, referido pesquisador demonstra que as taxas de reincidência observadas entre réus condenados em julgamento e por meio da barganha não ostentam qualquer variação relevante²⁸⁴. Outrossim, ao analisar registros criminais do Distrito de Columbia, o autor chega à conclusão semelhante no que tange à hipótese de aumento da criminalidade, chegando a sugerir, inclusive, que o crescimento na capacidade de

²⁸¹ Rhodes, 1978, p.08.

²⁸² Rhodes, 1978, p. 09.

²⁸³ Rhodes, 1978, p. 09.

²⁸⁴ Rhodes, 1978, p. 53.

processamento de casos oriunda do ganho de tempo produzida pela barganha seria fator, inclusive, de prevenção de algumas categorias de crime²⁸⁵.

Ao sopesar os impactos do *plea bargaining* no sistema de justiça criminal como um todo, Rhodes conclui tratar-se de um instituto defensável a partir de critérios de custo-benefício. Esses efeitos práticos da barganha também constituem o fundamento da argumentação desenvolvida por George Bell em contraposição aos pensadores abolicionistas. Segundo ele, cogitar da eliminação do instituto seria um pensamento infantilmente idealista, por se cuidar de prática entrincheirada no sistema de justiça, surgida da necessidade e vontade dos atores envolvidos, além de reiteradamente corroborada pelas cortes superiores estadunidenses. A abolição, pois, provavelmente teria como único efeito criar um estado de barganhas clandestinas, quando, na verdade, quanto mais abertas e padronizadas forem as negociações mais se garantirá a preservação dos direitos dos réus envolvidos no *plea bargaining*²⁸⁶. Essa barganha clandestina, caracterizada por promessas extra autos, a qual seguramente exsurgiria a partir da abolição do *plea bargaining* (como ocorrido no Alasca), é que seria tida como inconstitucional. Não parece exagero, assim, concluir que o ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de Maryland sustenta que a constitucionalidade do *plea bargaining* deriva do estado de coisas inconstitucional que surgiria na hipótese de sua abolição.

Enfim, esses são os principais argumentos favoráveis e contrários às decisões prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em matéria de *plea bargaining*. Uma filtragem desses argumentos, a ser realizada no próximo capítulo, permitirá a identificação de uma principiologia e de um regramento próprios de um espaço de consenso constitucional e democrático no Brasil.

²⁸⁵ Rhodes, 1978, p. 74.

²⁸⁶ Beall, 2015.

5 DA PRINCIPIOLOGIA DO ESPAÇO DE CONSENSO DEMOCRÁTICO

5.1 Considerações iniciais

No capítulo anterior, buscou-se transcrever as principais construções doutrinárias favoráveis e contrárias à constitucionalidade do *plea bargaining* e, por conseguinte, às decisões da Suprema Corte Norte-Americana prolatadas sobre a matéria. Almejou-se, na medida do possível, deixar de efetuar juízos de valor acerca do eventual acerto das teses erigidas pela doutrina. A um porque este trabalho foca na constitucionalidade de um modelo de negociação processual penal em face das previsões insculpidas na Constituição da República do Brasil, não na dos Estados Unidos. O aprendizado com a jurisprudência e a doutrina estadunidenses servirão para nortear o estudo de um espaço de consenso brasileiro, não se tratando de um fim em si mesmo. A dois porque relegou-se a um momento posterior, que se iniciará a partir deste capítulo, a efetiva valoração dos principais argumentos acima reproduzidos.

Destarte, este capítulo possuirá como escopo identificar os pilares, desenvolver a principioologia de um espaço de consenso adequado às normas consagradas pela CR/88, em especial à cláusula do devido processo legal. Tal tarefa restará sobremaneira facilitada ao se reconhecer, de antemão, aquilo que a SCOTUS, apesar de não nomear, definiu como condição *sine qua non* para a constitucionalidade do *plea bargaining*, qual seja a sua estruturação em forma de processo.

Pode causar uma certa estranheza asseverar que a Suprema Corte dos EUA definiu a processualização da barganha processual penal como baliza necessária ao reconhecimento da constitucionalidade do referido instituto quando referido tribunal, em nenhuma oportunidade, valeu-se explicitamente da referida expressão, nem tomou medidas tendentes à materialização dessa acepção após os julgamentos de 2012. Todavia, essa espécie de fenômeno não configura evento raro na história daquela corte. Cuida-se, pelo contrário, de uma consequência inerente ao controle concreto de constitucionalidade, ao caráter consuetudinário da *common law* e à natureza criadora de normas jurídicas da jurisprudência naquele sistema²⁸⁷. Em virtude da combinação entre essas três elementares, não raramente os tribunais acabam por conceber um dado instituto ou forjar uma certa teoria sem que sequer percebam a magnitude da tarefa

²⁸⁷ Barrett, 2008, p. 866.

performada. A missão de analisar, categorizar e sistematizar o Direito Positivo, inclusive aquilo que constituiu objeto da decisão, incumbirá, posteriormente, à doutrina²⁸⁸.

A título exemplificativo, veja-se a situação da legalidade das medidas de busca e apreensão e do seu requisito precípua de validade, a presença de causa provável. Os tribunais norte-americanos frequentemente dizem que a aferição da causa provável perpassa por um juízo de bom senso (*common sense*) aplicado às circunstâncias do caso concreto²⁸⁹. Além disso, acrescentam que o imperativo de segurança jurídica exige que o conceito de causa provável (análogo à justa causa brasileira) seja sempre o mesmo, tenha um mesmo sentido em qualquer contexto, independentemente da hipótese enfrentada pelo tribunal. A Suprema Corte dos EUA, ao examinar os próprios precedentes, acredita que a adoção dessas premissas resulta na consagração jurisprudencial de uma concepção unitarista do conceito de causa provável²⁹⁰.

Ocorre que a doutrina especializada, ao examinar o conteúdo das decisões proferidas pela SCOTUS sobre a matéria, perquiriu que esse, na verdade, não configurava o fundamento efetivamente vergado por aquele tribunal nas causas submetidas à sua apreciação. Ao contrário, a corte suprema estadunidense vinha aplicando critérios diferentes para aferir a existência de causa provável a depender da gravidade do crime investigado e do grau de interferência em liberdades individuais representado pela medida de busca e apreensão. Significa que os elementos concretos a indicarem a presença de causa provável para uma busca veicular em um suspeito do crime de posse de substância entorpecente para consumo próprio precisarão ser mais robustos que aqueles exigidos para autorizar uma busca pessoal em pessoa suspeita de estar praticando o delito de terrorismo. A Suprema Corte, sem perceber, usava critérios diferentes para definir sobre a existência de causa provável.

Em outras palavras, apesar de sustentar aplicar um conceito único de causa provável, a doutrina, ao estudar os julgados pela prolatados pela SCOTUS, concluiu que referido tribunal adota, na verdade, uma visão pluralística daquele instituto. Esses autores, inclusive, chegaram a sistematizar uma Teoria Pluralística da Causa Provável a partir da jurisprudência da Suprema Corte. A doutrina, pois, identificou que a SCOTUS performava uma atividade que aquele tribunal jamais percebera e, pior, algo que referida corte não acreditava fazer²⁹¹.

²⁸⁸ McKee, 2016, p. 289.

²⁸⁹ EUA, 1983.

²⁹⁰ Crespo, 2019, p. 1369.

²⁹¹ Crespo, 2019, p. 1276.

Na hipótese ora esquadrihada, a Suprema Corte, ao reconhecer a constitucionalidade da negociação processual penal, vinha recorrentemente ensaiando realizar um paralelo entre o *plea bargaining* e um contrato. Esse cotejo restou ainda mais evidente no caso *Missouri v. Frye*, oportunidade na qual o tribunal citou o estudo científico de Scott e Stunz que, expressamente, trabalha o *plea bargaining* dentro de uma teoria contratual. Ocorre que, independentemente dessa citação, a SCOTUS, ao longo dos anos de construção jurisprudencial, delineou uma série de elementares cuja presença baliza a constitucionalidade da barganha. Como visto, definiu-se o papel do juiz na negociação, condicionou-se a homologação à presença de justa causa e à aferição da voluntariedade das partes, reconheceu-se técnicas ilegais de negociação, estabeleceu-se que a escolha pelo espaço de consenso reflete um juízo defensivo de estratégia, assegurou-se a imutabilidade unilateral da avença, afirmou-se a aplicabilidade da garantia da assistência efetiva por advogado na negociação e, mais que isso, de todo o arcabouço de garantias trazido pela Sexta Emenda. Veja-se, assim, que, apesar de aparentemente flertar para com uma analogia contratual, a jurisprudência criou uma série de balizas que condicionam a validade do *plea agreement*. Tamanhas são essas balizas que parece difícil falar em uma analogia para com uma relação contratual tradicional, mormente quando se pensa em um país de tradição liberal tão enraizada como os Estados Unidos. Com efeito, a presença de tantas limitações (todas ligadas à cláusula do devido processo legal), as quais consagram o ramo do conhecimento jurídico recém-batizado de *Plea Bargaining Law*, distanciam a negociação processual penal de um contrato e o aproximam de um outro instituto reconhecido pelo Direito, o processo. Ao fim e ao cabo, a jurisprudência norte-americana concluiu implicitamente que a constitucionalidade do *plea bargaining* perpassa por sua estruturação na forma de um processo, alijando-se de um simples contrato.

A processualização do *plea bargaining* como requisito definidor de sua constitucionalidade traduz fenômeno bastante recente. Somente a partir de *Padilla*, *Frye* e *Cooper* que a aplicabilidade da cláusula do devido processo legal ao espaço de consenso se tornou uma realidade. No bojo de uma prática mais que centenária, tem-se que há apenas pouco mais de dez anos houve uma guinada efetiva da jurisprudência em direção à aproximação do *plea bargaining* para com o instituto do processo. Parece inegável que os precursores dessa corrente de pensamento são os ex-Professores Thomas R. McCoy e Michael J. Mirra, das Universidade de Harvard e Chicago, respectivamente, os quais perceberam uma alteração da orientação jurisprudencial pouco após a Suprema Corte definir as principais características do *plea bargaining* na série de julgados prolatada nos anos 70. Esses autores

constatarem, de modo pioneiro, que o espaço de consenso do processo penal não se resume a uma mera contratação. Pelo contrário, trata-se de uma espécie legítima de processo, simplesmente alternativa ao julgamento realizado em um espaço de conflito²⁹². Um espaço que, uma vez balizado, se adequa aos ditames do devido processo legal, e que, por essa razão, não implica em uma mera renúncia a um direito fundamental em troca de um benefício (a exemplo da clássica redução de pena), algo que poderia implicar em uma violação à doutrina das condições inconstitucionais (a qual proíbe, lembre-se, regra geral, que o Estado premie a renúncia a um direito). Em suma, alegam, o espaço de consenso se adequa à garantia do devido processo legal porque é processo²⁹³.

McCoy e Mirra prosseguem para asseverar que, como a barganha é constitucional porque traduz uma espécie de processo, a pena imposta em tal âmbito sempre se revelará justa e adequada²⁹⁴. A barganha representa uma espécie alternativa de processo, constitucionalmente válida, que, por essa razão, se mostra apta ao reconhecimento de culpa e à aplicabilidade de qualquer espécie de penalidade.

Neste esquadro, referidos autores consignam que grande parte das críticas à barganha advém da incapacidade da doutrina em vislumbrar a sua natureza enquanto uma faceta do devido processo legal. Essa constatação vale, até mesmo, para alguns defensores do modelo consensual²⁹⁵. Porém, o reconhecimento da zona de consenso como processo reflete medida de excepcional importância, por se tratar de ponto imperativo para a construção de um espaço no qual a negociação poderá conduzir à aplicação de uma pena sem violação a quaisquer preceitos processuais assegurados em uma ordem democrática. Esse será o pressuposto a partir do qual se promoverá, nos subtópicos seguintes, uma principiologia própria da zona de consenso, elaborada a partir de uma filtragem valorativa dos argumentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência estadunidenses sobre o *plea bargaining*.

Vale lembrar que a análise histórica da evolução do processo penal revelou que a zona de conflito não constitui parte integrante da sua essência. Isso reforça a tese ora defendida no sentido de que a edificação de um modelo constitucional brasileiro de negociação em matéria penal dependerá de uma única condição, a sua estruturação na forma de processo. Referido aprendizado, reproduzido nos capítulos iniciais, também influenciará na propositura de uma principiologia para o espaço de consenso democrático.

²⁹² McCoy; Mirra, 1980, p. 918.

²⁹³ McCoy; Mirra, 1980, p. 914.

²⁹⁴ McCoy; Mirra, 1980, p. 915.

²⁹⁵ McCoy; Mirra, 1980, p. 921.

Do cotejo entre o exame histórico do processo e a análise da experiência norte-americana em matéria de *plea bargaining* exsurtem cinco pilares teóricos – verdadeiros princípios – que deverão nortear a criação de um espaço de consenso adequado à garantia do devido processo legal. Trata-se das seguintes premissas: a) o consenso deve exprimir uma garantia de proteção à liberdade; b) a ampla defesa representa o alicerce do consenso no processo penal; c) o processo se define como um procedimento desenvolvido em contraditório; d) o Estado-acusação no Brasil se pauta pelos Princípios da Legalidade e Igualdade; e) a duração razoável do processo reflete uma garantia de cunho individual.

Este tópico se dedicará a desenvolver essas ideias, as quais permitirão a estruturação de uma barganha como processo e que nortearão a edificação do modelo de negociação brasileiro.

Já no capítulo seguinte, promover-se-á a tarefa de condensar esses conceitos em balizas concretas, em regras que deverão ser consagradas por um ordenamento que indica, por meio de sinais palpáveis, seu intento de expandir a barganha processual penal pátria.

5.2 Do consenso como garantia de proteção à liberdade e do processo enquanto fator de legitimação da pena

Dos entendimentos formulados pela doutrina estadunidense em matéria de negociação processual penal, exsurge um argumento irrefutável e que sepulta a forma como vários estudiosos, inclusive no Brasil, enfrentam a questão do *plea bargaining*. Cuida-se da constatação de que a barganha em matéria criminal não pressupõe um conflito entre a liberdade do sujeito submetido à atividade persecutória estatal, supostamente objeto de renúncia no espaço de consenso²⁹⁶, e a autonomia da vontade, a qual autorizaria a pessoa a transacionar seus próprios direitos com Estado-acusação.

Como adiantado alhures, autores que partem desse ponto de partida – a existência de um conflito de interesses protegidos pelo Direito – frequentemente se utilizam de técnicas de ponderação de normas constitucionais como forma de defender ou atacar a constitucionalidade do *plea bargaining*²⁹⁷. A envergadura constitucional dos valores em choque é tamanha que esses estudiosos, que partem de uma idêntica premissa e se valem de

²⁹⁶ Taylor, 2004, p. 251.

²⁹⁷ Souza, 2021, p. 210.

um mesmo método para a solução do problema, qual seja o postulado²⁹⁸ da proporcionalidade²⁹⁹, chegam a conclusões diversas. Todavia, a verdade é que esse raciocínio peca por petição de princípio. O réu que opta pela barganha não está a renunciar à sua liberdade de ir e vir em nome da autonomia da vontade, mesmo naqueles cenários nos quais cabível a pena de prisão. Na verdade, tem-se uma operação na qual o increpado escolhe ceder uma parcela menor de sua liberdade com fins a assegurar que essa privação se dará pelo menor tempo possível. Na linha do supracitado pensamento de Scott e Stunz, troca-se o risco de “menos liberdade” pela certeza de “mais liberdade”. Em suma, inexistente um conflito entre liberdade de locomoção e autonomia da vontade, de modo que técnicas de sopesamento de princípios constitucionais e o próprio postulado da proporcionalidade não têm vez nesta discussão.

Ainda nesta mesma esteira, o espaço de consenso igualmente não admite uma alegada renúncia³⁰⁰ à garantia do devido processo legal e de seus principais consectários, a ampla defesa e o contraditório. Mais uma vez, não estar-se-á diante de um suposto conflito de interesses juridicamente protegidos, a ensejar a aplicação da técnica do sopesamento.

Já de início, pode-se frisar que a expressão “renúncia” ao devido processo legal se encontra incorreta de um ponto de vista técnico, uma vez que, juridicamente, referida terminologia sugere o sacrifício de um determinado direito ou prerrogativa³⁰¹. Ora, ainda que se admitisse que o acusado que opta pela barganha estivesse a trilhar um caminho distinto daquele inerente ao devido processo legal – algo que se admite somente para fins argumentativos –, não haveria que se cogitar da ocorrência de uma renúncia, pois, se o mesmo réu vier a enfrentar uma outra imputação de natureza criminal, a ele continuará aberta a possibilidade de se defender no âmbito do espaço de conflito. Destarte, o increpado que escolhe o espaço de consenso em uma determinada causa não perde a possibilidade de levar outras acusações a julgamento, de maneira que inexistente, sequer em tese, uma renúncia à garantia do devido processo legal. Poder-se-ia cogitar, *ad argumentandum*, no pior cenário possível, em uma desistência ou em uma abdicção pontual da prerrogativa de produzir

²⁹⁸ Para não haver confusões terminológicas, entende-se por postulado uma norma de segundo grau que orienta a interpretação de outra norma, de primeiro grau, seja ela um princípio ou uma regra (Ávila, 2004, p. 88).

²⁹⁹ De acordo com a doutrina, a proporcionalidade evoluiu como um mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais. Ela se convolveu em um mecanismo de controle dividido em três etapas, nas quais se verificará: a) a idoneidade do meio para realizar o fim visado; b) a necessidade da providência, sendo vedado o excesso; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se aferir se o fim justifica o meio, vale dizer, se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se sacrifica (Barroso, 2022, p. 209).

³⁰⁰ Dripps, 2016, p. 1389.

³⁰¹ Nery Junior; Nery, 2010.

provas em audiência e de contestar os elementos probatórios trazidos aos autos pela parte contrária em audiência judicial³⁰². Jamais, porém, em uma eventual renúncia a qualquer prerrogativa inerente à cláusula do devido processo legal.

No ponto, razão atende a Jorge Reis Novais, o qual afirma que ao réu é dado dispor de direitos constitucionais que titulariza, situação que não se confunde com uma renúncia de titularidade. Nas palavras do autor, só um “Estado paternalista se empenharia em proteger, em ampla medida, os cidadãos contra eles próprios”³⁰³.

Para além da questão terminológica, deve-se frisar que a negociação processual penal também não perpassa pela abdicação ou desistência do exercício da garantia do devido processo legal. Isso porque o processo estampa a única forma constitucionalmente válida de legitimação da pena. Somente se reputa válida uma sanção penal em um Estado Democrático de Direito porquanto se conferiu ao réu a possibilidade de participar ativamente da construção daquele provimento final imposto em seu desfavor, porque ao acusado se assegurou uma ferramenta de defesa em face de eventuais arbítrios ou exageros estatais, qual seja o processo³⁰⁴. Ocorre que o *plea bargaining* não pressupõe que o réu abdique de seu direito a um processo desenvolvido nos termos da lei. Na verdade, um modelo constitucional de negociação em matéria criminal deverá ser construído como um espaço de consenso de natureza processual, de maneira que todas as garantias inerentes à cláusula do devido processo legal serão integralmente preservadas. Em outras palavras, não haverá a abdicação do *due process of law* porquanto o espaço de consenso estará estruturado na forma de um processo; ele encarnará o devido processo legal³⁰⁵. O único fenômeno que se desenvolverá neste ambiente será a escolha pelo não exercício pontual da prerrogativa disponível de produção e confronto de provas em audiência judicial, uma mera autolimitação voluntária³⁰⁶ e perfeitamente válida de um direito atinente aos poderes da defesa técnica, a exemplo da opção de não elaborar perguntas a uma testemunha ouvida no âmbito do espaço de conflito. Haverá devido processo legal, apenas estruturado consensualmente.

Perceba-se que, em face da estruturação processual da barganha processual penal, também se afasta a discussão que envolve a constitucionalidade do *plea bargaining* a partir da natureza, disponível ou indisponível, da cláusula do devido processo legal. Novamente,

³⁰² Sandefur, 2003, p. 29.

³⁰³ Novais, 2006, p. 294.

³⁰⁴ Heyman, 1991.

³⁰⁵ Jardim, 2007, p. 339.

³⁰⁶ Novelino, 2014, p. 370.

autores que apoiam ou divergem da conformação da negociação processual penal aos ditames constitucionais frequentemente vergam a disponibilidade da garantia do devido processo legal como ponto de partida de seu raciocínio³⁰⁷. Conforme já se viu, defensores do instituto arguem a irracionalidade do argumento contrário e sustentam que não subsistem razões lógicas aptas a conferir o caráter de inalienabilidade ao devido processo legal ao passo que várias outras atitudes mais arriscadas à vida e à liberdade do indivíduo são passivamente toleradas pelo Estado. Em complemento, acrescentam que a liberdade de negociar direitos processuais com o Estado deriva da liberdade de contratar. De outro lado, os críticos da negociação cravam que o devido processo legal garante o direito à liberdade e essa, dada sua relevância, possui natureza inegociável e, portanto, indisponível. A ineficiência desse raciocínio para fins de solução do problema posto, entretanto, salta aos olhos, pois as liberdades individuais e a soberania popular são igualmente essenciais ao direito moderno³⁰⁸. Porém, mais que isso, tal dissidência torna-se inócua quando se recorda que um espaço de consenso processualmente edificado não implicará na renúncia de qualquer garantia ligada à cláusula do devido processo legal. Ter-se-á um processo, desenvolvido na forma do art. 5º, LIV, da CR/88, o qual, unicamente, prescindirá da produção de provas em audiência, algo que pode ocorrer, de igual modo, no âmbito do espaço de conflito, sem que isso implique em lesão à garantia do devido processo legal.

A soma entre todas essas constatações conduz a uma inequívoca conclusão, qual seja a de que inexistem quaisquer óbices abstratos à aplicação de penas privativas de liberdade no âmbito do espaço de consenso. Afinal, a condicionante constitucional à aplicação de qualquer pena, inclusive a de prisão, é a submissão da pretensão condenatória estatal a um prévio processo. Com efeito, em um Estado Democrático, a legitimidade do poder da autoridade advém do respeito à regra jurídica, que reflete o anseio da comunidade³⁰⁹. Neste norte, o único ato capaz de incidir sobre a universalidade de direitos de um terceiro é o ato imperativo do Estado, baseado e balizado por disposições normativas que disciplinam o procedimento (legislativo, administrativo ou jurisdicional)³¹⁰. Destarte, o Processo Penal representa uma estrutura legítima para a imposição da pena. A partir de um prisma constitucional e democrático, o processo e a pena estarão legitimados quando as regras do devido processo legal forem respeitadas. O processo se consubstancia em uma estrutura destinada à proteção dos direitos

³⁰⁷ Souza, 2021, p. 211.

³⁰⁸ Habermas, 1997, p. 113.

³⁰⁹ Galvão, 2007, p. 76.

³¹⁰ Gonçalves, 2021, p. 91-92.

fundamentais, em um instrumento limitador do poder e do arbítrio³¹¹, o qual legitima a aplicação da pena, qualquer que seja a sua natureza³¹². Se o devido processo legal se estruturou em um espaço de consenso, qualquer espécie de pena aplicada em seu âmbito deverá ser tida como legítima.

Enfim, o Direito Penal, enquanto instrumento de coerção mediata, depende do processo para que o *ius puniendi* estatal seja reputado legítimo³¹³. No modelo constitucional, os princípios da não-parcialidade do juízo, contraditório, ampla argumentação e fundamentação da decisão, integrantes da cláusula do devido processo legal, se interligam e legitimam o ato jurisdicional que repercute na esfera de direitos dos cidadãos³¹⁴ – inclusive a aplicação de uma sanção penal. Uma vez garantido o processo, seja no espaço de consenso ou de conflito, legitima-se a pena, seja ela de prisão ou não privativa de liberdade. Não ressaí do ordenamento jurídico qualquer liame ontológico entre a aplicação de penas de prisão e a submissão do increpado ao espaço de conflito, ou mesmo eventual limitação constitucional da natureza das sanções penais cabíveis no espaço de consenso. Todas as sanções aplicáveis no espaço de conflito também o serão no espaço de consenso, desde que esse seja edificado na forma de processo, único requisito constitucional de legitimação das penas, inclusive daquelas privativas de liberdade.

A reforçar esse ponto, vale lembrar o pensamento de Hassemer, o qual assevera que inexistente diferença ontológica do ponto de vista da autonomia da vontade na opção entre aceitar uma pena de prisão ou outra de natureza diversa³¹⁵.

Conclui-se, assim, que a negociação em matéria criminal não envolve qualquer conflito entre princípios ou valores constitucionais. Não há um choque entre a autonomia da vontade e o direito à liberdade, vez que toda barganha visa um ganho de liberdade. Também inexistente eventual abdicação ou disposição (muito menos renúncia) da cláusula do *due process of law* em um espaço de consenso democrático edificado na forma de processo. Essa realidade assegura que a barganha em matéria criminal jamais implicará na aplicação de uma pena sem processo. Até porque a legitimidade da pena depende necessariamente, repita-se, da submissão da atividade jurisdicional aos ditames do art. 5º, LIV, da CR/88. Portanto, o *plea bargaining*, em um Estado de Democrático de Direito, somente se justificará se mantida a sua

³¹¹ Tornaghi, 1959, p. 10-11.

³¹² Silveira; Silva, 2017, p. 144.

³¹³ Milhomem; Suxberger, 2021, p. 02.

³¹⁴ Marques, 2016, p. 43.

³¹⁵ Hassemer, 2007, p. 58.

essência processual enquanto instrumento de garantia contra a liberdade e a tirania³¹⁶, se assegurada sua natureza de ferramenta facultada ao réu que, no âmbito do processo, simplesmente opta por deixar de exercer o direito de produzir provas em audiência e de contestar os elementos carreados pela parte contrária em troca da certeza de que sua liberdade será maximalizada por força dessa negociação. Em outras palavras, o espaço de consenso processualmente estruturado torna a negociação em matéria criminal socialmente palatável³¹⁷, legítima de um ponto de vista constitucional.

Mais que isso, lembre-se que, para que uma decisão seja reputada democrática, mostra-se necessário que a sua construção conte com a intervenção daqueles que virão a ser atingidos por ela, ou seja, é preciso que os destinatários da norma sejam também os seus autores³¹⁸. Daí concluir-se, sem maiores esforços, que a zona de consenso processual penal se encontra mais alinhado com os preceitos democráticos que devem reger um Estado Constitucional de Direito que o próprio espaço de conflito, visto que a primeira alternativa refletirá uma carga de participação efetiva das partes na construção do provimento muito superior à última.

5.3 Da ampla defesa como alicerce do consenso no processo penal

Inexiste discussão doutrinária acerca da constitucionalidade do *plea bargaining* que não envolva a norma que assegura a duração razoável do processo. Aliás, muitos debates se iniciam a partir desse ponto de partida³¹⁹. Por certo, a garantia de um processo desenvolvido sem dilações indevidas consubstancia uma das mais importantes questões cujo entendimento influencia na compreensão da problemática relativa à negociação em matéria penal, tanto que consistirá em um dos pilares de estruturação de uma proposta de espaço de consenso brasileiro. A proposta que se passará a formular, portanto, representará uma simples, mas ao mesmo tempo necessária mudança desse foco inaugural da discussão. Por meio da adoção do entendimento exarado pela SCOTUS em *McMann v. Richardson*, propõe-se que o cerne do debate seja alterado, de modo a reconhecer que a ampla defesa constitui o verdadeiro alicerce fundamental do consenso no processo penal.

³¹⁶ Bonfim, 2009, p. 39.

³¹⁷ Jolly; Prescott, 2021, p. 1115.

³¹⁸ Coutinho, 2012, p. 31.

³¹⁹ Salvador Neto, 2019.

De fato, há autores que, até hoje, criticam a barganha processual penal por reputá-la um instrumento de índole estritamente utilitarista. Autores alinhados a essa linha de pensamento frequentemente arguem que a implementação de mecanismos de negociação no direito processual penal está estreitamente ligada à busca por maior eficiência no sistema punitivo, de maneira que garantias fundamentais e procedimentos legais seriam muitas vezes vistos como simples formalidades, obstáculos a serem superados em prol de um juízo de eficiência. Dessa forma, arrematam eles, o processo penal acabaria se transformado em um mero meio para a concretização da punição, uma ferramenta de maximização da eficácia do direito penal³²⁰.

Com a devida vênia, o raciocínio desses doutrinadores não merece guarida, precipuamente por se encontrar ultrapassado em face da conformação atualmente conferida ao instituto do *plea bargaining* pela Suprema Corte dos EUA. A duração razoável do processo e sua relação com conceitos utilitaristas continua a ser importante para a compreensão completa da negociação em matéria penal, inclusive para fins de criação de balizas que impeçam que a barganha seja utilizada como mecanismo de atendimento de escopos meta jurídicos pelo Estado. No entanto, a verdadeira essência do instituto resta naquilo que a SCOTUS constatou ainda nos idos de 1970, a identificação do *plea bargaining* enquanto juízo de estratégia posto à disposição da defesa.

Significa que a estruturação de um espaço de consenso constitucionalmente adequado dever partir desse pressuposto, o de que a negociação processual penal não configura um instituto posto à mão do Estado-acusação eventualmente interessado em diminuir a carga processual que recai sobre si, mas uma ferramenta da qual a defesa poderá se valer caso deseje, de acordo com sua própria avaliação e tendo em vista os seus exclusivos interesses, reduzir a incerteza que envolve o resultado da atividade jurisdicional.

Um réu que responde ao processo em liberdade potencialmente comparecerá ao tribunal várias vezes. Mormente em comarcas de pequeno porte ou em causas de grande repercussão, o increpado enfrentará constrangimento público, ansiedade, possíveis honorários advocatícios e perda de salários. Ele também será forçado a lidar com os custos de oportunidade de se reunir com advogados, ajudar a preparar defesas e comparecer a audiências obrigatórias em fóruns, onde muitas vezes pouca coisa acontece. Para cada comparecimento, o acusado sai de sua residência ainda pela manhã, passa pela segurança do fórum, espera a chegada de seu advogado, aguarda o início de sua audiência e, após o ato,

³²⁰ Wermuth, 2022, p. 287.

finalmente volta para casa – geralmente no final da tarde. O cenário que envolve o réu preso consegue ser ainda pior, pois ele permanecerá na prisão pelo menos até a sentença. Isso sem falar nas diversas conduções da cela da prisão para o ônibus enjaulado e para a cela (quicá lotada) do fórum, onde esperará para ir algemado diante de um juiz para audiência³²¹. Não por outra razão, diz-se que a marcha processual já é uma pena por si só³²². Não assusta que alguns acusados venham a concluir que essa briga não vale a pena e desejem apenas resolver a questão de uma vez por todas³²³. Esse juízo de valor legitima que o Estado franqueie ao réu a possibilidade de optar por uma via alternativa, consensual e mais simples de solução da questão criminal, inexistindo impeditivo constitucional a que, dentro dos limites da lei, a pessoa que faça essa opção venha a ser recompensada por meio da concessão de benefícios penais.

Talvez a maior evidência de que o *plea bargaining* reflete (ou deve refletir) uma escolha a cargo da defesa e não uma decisão estatal possa ser extraída implicitamente do caso *Alford*. Afinal, uma vez que o Poder Judiciário aceita um reconhecimento de culpa seguido de um protesto de inocência ele está, tacitamente, dizendo que o acusado se declarou culpado com a finalidade exclusiva de melhorar sua situação jurídico processual, e mais, que tal situação é tolerada pelo ordenamento jurídico. O interesse do acusado, o qual se manifesta no processo como exercício da ampla defesa, constitui, repita-se, uma das ideias centrais a partir da qual deve-se construir um modelo constitucional de espaço de consenso.

Considerando que o óbvio pode por vezes ser imperceptível, deve-se frisar que, dentro do conceito de barganha como juízo de estratégia defensiva, a defesa não está obrigada a aceitar o caminho do consenso, pois o estado de inocência lhe garante o direito a um provimento jurisdicional de mérito, o que inclui a prática de todos os atos processuais que antecedem a sentença ou acórdão, além de impugnações a essas decisões. A consensualidade sempre encontra aderência constitucional quando realizada no exercício do *status libertatis*. Neste contexto, não haverá uma renúncia a princípios constitucionais, mas seu exercício pleno em prol de um interesse inserido no âmbito da ampla defesa, um juízo estratégico defensivo. Em outras palavras, as estratégias defensivas, ativas ou omissivas, quando voluntárias, não afastam a garantia da ampla defesa³²⁴.

³²¹ Bowers, 2008, p. 1132-1133.

³²² Carnelutti, 2009, p. 66.

³²³ Bowers, 2008, p. 1134.

³²⁴ Giacomolli, 2016, p. 161.

Antes de encerrar, assevere-se que a qualificação da ampla defesa como pilar teórico central para a edificação de uma negociação processual penal adequada aos ditames do devido processo legal está longe de conformar uma mera ilação acadêmica. Pelo contrário, William Ortman, professor da Wayne State University, ao se debruçar sobre os trabalhos da *Illinois Crime Survey*³²⁵, constatou, com base em trabalhos empíricos, que os envolvidos na barganha não acreditavam que o *plea bargaining* envolveria um gesto abjeto de confissão e renúncia a direitos, mas, ao contrário, que significava um efetivo juízo de estratégia defensivo³²⁶. Em sentido semelhante, Michael M. O’Hear sustenta, em uma argumentação que mistura dados quantitativos com elementos qualitativos, que várias pessoas chegam a preferir a negociação ao método de adjudicação de culpa por um terceiro³²⁷, além do que réus que aderem ao *plea bargaining* costumam reconhecer um sentimento maior de justiça com a sentença que aqueles que optaram pela zona de conflito³²⁸.

Enfim, a negociação processual em um Estado Democrático de Direito se apresenta não como uma prática utilitarista, mas como uma estratégia defensiva que possibilita ao acusado, devidamente assistido por um advogado capacitado, decidir qual estratégia processual, negocial ou não, que melhor se adequa à sua situação jurídico-criminal. Assim, possibilita-se uma maior capacidade decisória ao acusado quanto à sua própria situação jurídica, resultando em uma solução, no caso a negocial, mais legítima, por advir da vontade das partes, e não da imposição de um terceiro (juiz) que sequer figura na condição de titular dos direitos em discussão³²⁹. A decisão político criminal que escolher pela positivação do espaço de consenso deverá ter essa realidade em mente, sob pena de cair na armadilha integralmente utilitarista e consagrar uma barganha processual que transforma o sujeito submetido à persecução penal em mero objeto de estatísticas estatais de solução de demandas criminais.

5.4 Do processo enquanto procedimento desenvolvido em contraditório

Ao se falar da estruturação processual do espaço de consenso enquanto condição *sine qua non* para a sua constitucionalidade, parece lógico que se busque definir um conceito de

³²⁵ Pesquisa realizada Illinois Association for Criminal Justice entre os anos de 1927 e 1928, com o objetivo de identificar e revelar fatores responsáveis pela criação de condições que permitiam ao florescimento de práticas criminosas (Lashly, 1929-1930).

³²⁶ Ortman, 2020.

³²⁷ O’Hear, 2008, p. 424-425.

³²⁸ O’Hear, 2008, p. 466.

³²⁹ Paulino, 2023, p. 271.

processo. Com efeito, para além de um mero exercício de sensatez, a propositura de uma conceituação de processo se apresenta como um imperativo de natureza jurídica, uma vez que a correta definição do instituto influenciará de modo crucial na tarefa de legitimação da pena imposta por meio da barganha. Dito de outra maneira, uma adequada definição de processo constituirá o terceiro pilar teórico sobre o qual se edificará uma proposta de negociação processual penal democrática.

Destarte, pode-se afirmar, desde logo, que apenas conceituações de processo ligadas à concepção fazzalariana se mostrarão apropriadas à construção de um espaço constitucional de barganha em matéria penal. Essa afirmação pode soar estranha a boa parte da doutrina pátria, uma vez que a Teoria Instrumentalista (ou da Relação Jurídica Processual) ainda se mostra dominante no âmbito acadêmico. Todavia, o fato de uma determinada concepção teórica se afigurar majoritária não significa que sua aceitação possua caráter cogente, muito menos que seus preceitos devem ser tidos como corretos ou imunes de críticas.

Nesta senda, nada mais acertado que iniciar essa explanação por meio do delineamento das principais elementares que compõem a teoria do processo como relação jurídica. Sumariamente, referida construção doutrinária, amplamente aceita no Brasil, possui como referência o direito material, especialmente as concepções civilistas de natureza privatística dos séculos XVIII e XIX. Segundo essa teoria, o processo é uma relação jurídica, hodiernamente considerada trilateral, que envolve o autor, o réu e o juiz. Essa estrutura só se completa com a citação, ato que se segue à propositura da ação. Para muitos defensores dessa teoria, como Thereza Arruda Alvim Wambier³³⁰, Eduardo Talamini³³¹ e Arruda Alvim³³², a citação mostra-se tão essencial que deve ser encarada como um pressuposto de existência do processo. Assim, sem a citação, o processo sequer existiria. Além disso, a visão do processo como relação jurídica pressupõe um vínculo de sujeição entre os sujeitos do processo, onde um pode exigir determinada prestação do outro. Isso reflete a doutrina civilista da relação jurídica, onde há um verdadeiro poder de uma parte sobre a outra.

Especificamente na seara do processo penal, Tourinho Filho define a relação jurídico processual do seguinte modo:

Ao lado dessa relação entre as partes, baseada no princípio do contraditório, tendo por conteúdo poderes de iniciativa, aos quais corresponde, na parte contrária, uma

³³⁰ Wambier, 1998, p. 39.

³³¹ Talamini, 2005, p. 337-346.

³³² Arruda Alvim, 2003, p. 549-550.

sujeição jurídica, há a relação entre o Juiz e as partes, relação que decorre da sujeição ao poder jurisdicional: as partes com o direito de exigir do órgão jurisdicional sua decisão sobre a lide, e o órgão jurisdicional com a obrigação de resolver o litígio³³³.

Por mais que majoritária em sede doutrinária no Brasil, não há como esconder as incongruências e deficiências da teoria da relação jurídica, precipuamente sua incompatibilidade para com o Estado Democrático de Direito. Sobre o tema, assevera o Professor Felipe Martins Pinto:

Os Estados contemporâneos, predominantemente, erigem-se suportados em normas que, em razão da natureza de Estado de Direito, preconizam a subordinação às normas como instrumento de limitação do exercício dos poderes estatais, como freio aos abusos e arbitrariedades e como forma de garantia dos direitos individuais. Dentro deste contexto, a teoria da relação jurídica marcha na contramão da estrutura do Estado de Direito, na medida em que implica na existência de vínculos de exigibilidade entre os diversos sujeitos processuais, provocando um conseqüente e inadequado predomínio das esferas subjetivas do Direito sobre as objetivas³³⁴.

Seguindo a mesma linha de pensamento, Sergio Luiz Souza Araújo, Karina Romualdo Conegundes e Margareth Abreu Rosa fazem pesadas críticas à doutrina majoritária e ao seu potencial flerte para com concepções jurídicas autoritaristas. Anotam, assim, que a teoria do processo como relação jurídica, ainda que possa conduzir a decisões justas, está revestida de autoritarismo, pois sua essência reside em vínculos juridicamente relevantes que se entrecruzam na série de atos que formam o processo. Vínculos esses de subordinação, de comando, de autoridade e de ordenação, os quais, portanto, tendem a se degenerar em amarrações autoritárias, mormente na prática forense. Outrossim, sob a ótica da corrente de pensamento majoritária, o juiz acaba por figurar como um órgão supra partes ou superpartes, ao passo que os verdadeiros interessados, as partes, que efetivamente sofrerão os efeitos do provimento estatal afinal, são muitas vezes desprezadas e amesquinhasadas. “De cidadãos se convertem em simples súditos, pois estarão sujeitos aos atos de império que emanam do juiz”³³⁵.

A inconciliabilidade entre a escola da instrumentalidade e o processo penal parece ser ainda mais evidente que no âmbito do processo civil. A propósito do tema, Osmar Fernando de Medeiros bem salienta que, caso se concebesse o processo penal apenas como um instrumento de aplicação do direito material e como forma de legalização da realização da pretensão punitiva, perderia sentido por completo a garantia do devido processo legal, na

³³³ Tourinho Filho, 1998, p. 19.

³³⁴ Pinto, 2004.

³³⁵ Araújo; Conegundes; Rosa, 2014, p. 41.

medida em que esse se transmudaria em uma mera formalidade, um discurso hipócrita que visaria conferir aparência de legitimidade à sanção penal aplicada³³⁶.

Em face de tantas críticas e de defeitos tão profundos quanto insanáveis, não espanta que tantos autores venham buscando construir soluções para uma melhor compreensão do conceito e da natureza jurídica do processo. Até porque, uma vez que a democracia foi alçada a eixo estruturante do Estado, ela não mais se restringe simplesmente à forma de seleção dos agentes políticos, compondo-se como critério para o exercício do poder estatal em todos os seus estratos. Neste diapasão, há uma urgência de transposição da ordem democrática para o sistema processual que, na qualidade de vertente do poder estatal, deve abrir o desenvolvimento de seus trabalhos à participação dos sujeitos cujos direitos serão afetados pelo provimento³³⁷. A primeira grande virtude do trabalho de Fazzalari recai em ter percebido essa urgência, essa necessidade de uma mudança de concepção, esse imperativo de adequação do conceito de processo a uma nova realidade constitucional democrática. A segunda, por certo, reside na solução de um problema que os teóricos do processo que o antecederem sempre tiveram grande dificuldade, qual seja promover a separação entre processo e procedimento³³⁸.

Assim é que, em contraposição à concepção do processo como relação jurídica, o Professor Elio Fazzalari publicou, em 1970, a obra *Instituições de Direito Processual*. Fazzalari viveu e produziu suas obras em um período de grande efervescência intelectual e transformações no direito processual. Durante o século XX, o direito processual passou por uma profunda evolução, afastando-se de uma visão estritamente formalista e estática para uma abordagem mais dinâmica e funcional. Este período foi marcado por um crescente reconhecimento da importância do processo como garantia individual do cidadão. Fazzalari trouxe uma perspectiva inovadora ao estudo do direito processual, propondo uma definição de processo não apenas como um conjunto de regras havidas no âmbito de uma relação jurídica, mas como uma instituição mais dinâmica e complexa, pois o direito oriundo da norma deixou de ser enxergado como um poder de uma parte sobre a outra para ser visto como uma posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem³³⁹. Posição subjetiva essa que não deriva da

³³⁶ Medeiros, 2000, p. 133.

³³⁷ Pinto, 2016.

³³⁸ Leal, 2005, p. 106-107.

³³⁹ Fazzalari, 2006, p. 82.

subjugação da vontade da parte dominada pela dominante, mas simplesmente da posição do sujeito em face da norma que a disciplina³⁴⁰.

A partir desse raciocínio, Fazzalari conseguiu romper com a lógica da relação jurídica e, finalmente, como já adiantado, propor uma diferenciação sustentável do ponto de vista jurídico-argumentativo entre processo e procedimento. Assim, referido autor definiu procedimento como uma série de “faculdades, poderes e deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas”³⁴¹. Em seguida, logrou êxito em pontuar o elemento diferenciador, capaz de distinguir o processo do procedimento, qual seja a presença do contraditório. Nas palavras do renomado jurista italiano, conceitua-se o processo da seguinte maneira:

Existe, em resumo, o processo, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação, não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar³⁴².

As ideias de Elio Fazzalari tiveram um impacto profundo e duradouro na ciência processual. Sua abordagem foi amplamente reconhecida e adotada por outros juristas e acadêmicos, tanto na Itália quanto internacionalmente, tendo contribuído para o desenvolvimento de uma doutrina processual mais crítica e reflexiva, estimulando debates acadêmicos e pesquisas aprofundadas sobre a natureza e a função do processo.

Indubitavelmente, o maior expoente da doutrina brasileira a reverberar as ideias de Elio Fazzalari foi o Professor Aroldo Plínio Gonçalves. O doutrinador em comento cerrou as fileiras com o jurista italiano ao elaborar profundas críticas à teoria instrumentalista do processo. Neste diapasão, Aroldo Plínio Gonçalves salienta que o conceito tradicional de relação jurídica foi desenvolvido com base na ideia de que ela é um vínculo regulado entre duas partes, onde uma tem o direito de exigir da outra o cumprimento de uma obrigação legal³⁴³. Destarte, a própria concepção de direito subjetivo envolve ter controle completo sobre as próprias ações ou possuir uma prerrogativa absoluta em relação ao comportamento de outra pessoa. Fala-se, pois, em direito de exigir a conduta alheia, direito de obrigar alguém à prática de um ato, direito de exigir de outrem uma prestação, exigibilidade sobre a conduta

³⁴⁰ Fazzalari, 2006, p. 80-81.

³⁴¹ Fazzalari, 2006, p. 114.

³⁴² Fazzalari, 2006, p. 120.

³⁴³ Gonçalves, 2021, p. 62.

de outrem. Ocorre que o único ato imperativo estatal hábil a incidir sobre a esfera de direitos de uma pessoa consiste naquele oriundo do Estado, proferido nos termos de um procedimento regulado pela lei, a qual disciplina o exercício do poder³⁴⁴. O direito que decorre na norma não pode ser visto como um poder de uma pessoa sobre outra, mas como uma situação jurídica, uma mera posição de vantagem em relação a um bem, a qual deriva da posição do sujeito em face da norma. Portanto, arrebatada o Professor Aroldo Plínio Gonçalves, “o problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica”³⁴⁵.

Em face da inviabilidade da aceitação do conceito de processo enquanto uma relação jurídica, pois seus preceitos teóricos totalitaristas não se coadunam com os preceitos democráticos que guiam um Estado Constitucional de Direito, Aroldo Plínio propõe uma nova conceituação para o processo. E o faz seguindo a mesma linha de Elio Fazzalari, identificando na figura do contraditório a elementar caracterizadora do processo. *In verbis*:

O processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos³⁴⁶.

Nesta senda, Aroldo Plínio Gonçalves conclui, com razão, que os conceitos de garantia e sujeição advêm de esquemas teóricos distintos, de momentos sociais diversos, de concepções jurídicas incompatíveis. Pela própria evolução do conceito de contraditório – possibilidade assegurada de participação em simétrica igualdade –, a categoria da relação jurídico processual já não é logicamente admitida, ante a sua incompatibilidade para com vínculos de sujeição. Por força do contraditório, não se pode falar mais falar em relações de sujeição ou de subordinação no âmbito do processo. As partes se sujeitam ao provimento, ao ato de poder final de cuja preparação participam, não ao juiz. A categoria da relação jurídica tornou-se imprópria para uma concepção democrática de processo porque não se revela

³⁴⁴ Gonçalves, 2021, p. 78.

³⁴⁵ Gonçalves, 2021, p. 83.

³⁴⁶ Gonçalves, 2021, p. 56.

compatível com a garantia do contraditório: ou existem vínculos de sujeição ou existe liberdade garantida de participação³⁴⁷.

Vale ressaltar que o fato da concepção de processo de Fazzalari ainda se revelar minoritária em face da Teoria Instrumentalista do Processo não significa que tal corrente de pensamento se mostre desprezível doutrinariamente. Pelo contrário, repise-se, cada vez mais autores brasileiros estão se atentando para a incompatibilidade lógica entre o conceito de processo enquanto relação jurídica e as bases democráticas do processo. Daniel Mitidiero³⁴⁸ e Elaine Nacif³⁴⁹, por exemplo, figuram como juristas de renome nacional que ocuparam as trincheiras em defesa da concepção fazzalariana de processo. Tal realidade também se espelha na seara do processo penal, onde estudos acadêmicos realizados por Flávio da Silva Andrade³⁵⁰ e Thiago Miranda Minagé³⁵¹, por exemplo, agasalham o conceito de processo como procedimento desenvolvido em contraditório e se afastam dos preceitos da escola instrumentalista.

Ao perceber a redobrada importância adquirida pela garantia do contraditório na concepção fazzalariana de processo, a doutrina brasileira passou a se debruçar com mais afinco sobre o tema e a melhor desenvolver o referido conceito. Inicialmente, a doutrina estatuiu que uma definição inicial de contraditório restou performada sob a égide do Estado Liberal, no século XIX, época na qual era concebido apenas como a garantia processual de ouvir e ser ouvido³⁵², por vezes referenciada como a prerrogativa de informação e reação³⁵³. Essa visão do contraditório, todavia, ostentava um aspecto meramente formal, sem pretensões de efetividade, pelo que não se revelava capaz de oferecer respostas às necessidades mais prementes do réu ou da sociedade, mormente no âmbito da evolução daquele Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito.

Neste norte, os estudiosos do processo adeptos da corrente de pensamento fazzalariana passaram a trabalhar o contraditório a partir de uma perspectiva material, sob a ótica dos direitos fundamentais. Assim, inicialmente, reconheceu-se que outro dos grandes méritos da teoria de Fazzalari residia na transposição do princípio democrático para o processo penal, uma vez que a democracia pressupõe a participação do indivíduo que sofrerá os efeitos do ato

³⁴⁷ Gonçalves, 2021, p. 170.

³⁴⁸ Mitidiero, 2005, p. 139-145.

³⁴⁹ Nacif, 2005.

³⁵⁰ Andrade, 2017b.

³⁵¹ Minagé, 2017.

³⁵² Pinto, 2016.

³⁵³ Machado, 2014.

de poder em sua esfera de interesses na sua construção. O contraditório assegura ao cidadão a efetiva participação no processo e, dessa maneira, o democratiza, evitando que o ordenamento desnature arbitrariamente realidades em nome de um suposto interesse da maioria. Enfim, o contraditório, dada sua natureza de direito humano constitucionalizado, assumiu um papel de garantia concreta para o réu, funcionando como uma limitação legítima ao poder estatal e permitindo que o ato de poder exarado ao final englobe a realidade dos acusados³⁵⁴.

Destarte, a garantia do contraditório, que agora irá além de uma perspectiva meramente formal, permitirá que as partes exerçam um papel dialético e participativo no processo, após tomarem conhecimento das proposições, alegações, provas, fatos e teses jurídicas, contribuindo e influenciando na construção do processo e na decisão final de maneira democrática. Sua função extrapola as meras prerrogativas de conhecer os argumentos e reagir à acusação e às alegações contrárias, incluindo agora a capacidade de influenciar no desenvolvimento do processo e na decisão final. O debate contraditório promove uma decisão mais justa ou menos injusta, mais próxima da certeza processual, reduzindo o grau de insatisfação. Dessa forma, a democracia processual encontra no contraditório um dos elementos para sua concretização e efetividade³⁵⁵.

Vale dizer que a relevância conferida ao papel das partes na concepção fazzalariana de processo, mormente a partir de uma visão do contraditório enquanto direito fundamental, não transmuda o juiz em um mero burocrata. Pelo contrário, ao magistrado incumbirá atuar ativamente no intuito de assegurar a conformidade da técnica processual à ordem constitucional vigente. Em outras palavras, uma vez que os estudos processuais sobre o contraditório apontam como suas características essenciais a plenitude e a efetividade³⁵⁶, o juiz deverá assegurar a possibilidade de que referido princípio assim se manifeste, em toda a sua potencialidade.

Com o fim de evitar eventuais confusões ou dúvidas terminológicas acerca dos conceitos de plenitude e efetividade, salutar trazer à baila as definições de Antônio Scarance Fernandes. De acordo com o renomado autor, diz-se o contraditório pleno porquanto se exige a sua observância ao longo de todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. De outro banda, considera-se efetivo porque não se mostra suficiente que se confira às partes a mera possibilidade formal de se manifestar acerca dos fatos alegados pela parte contrária. Pelo

³⁵⁴ Brener; Pinto, 2019, p. 42.

³⁵⁵ Giacomolli, 2016, p. 179.

³⁵⁶ Cunha; Pinto, 2019, p. 197.

contrário, revela-se imprescindível que se confira à parte todos os meios e condições para que tenha condições reais de contrariá-los. Não por outra razão, ventila-se uma ligação entre o contraditório e a ampla defesa, de maneira que, para um contraditório efetivo, é mister que as duas partes estejam munidas de forças similares³⁵⁷.

Enfim, o desenvolvimento do conceito de contraditório para além da perspectiva formal, no âmbito da concepção fazzalariana de processo e sob o prisma do Estado Democrático de Direito, pressupõe uma nova definição. Acredita-se que a conceituação a seguir, por refletir todos os influxos acima estudados, reflita o estado da arte sobre a matéria:

Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava Von Ihering, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes. O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. [...] Contudo, saliente-se, a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa em contraditório com as partes, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um interessado, ou um contra-interessado no provimento. [...] O contraditório não é, por isso, a mera participação no processo. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam sujeitos dos atos processuais. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve entre as partes, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento³⁵⁸.

Antes de prosseguir, consigne-se que, ao se adotar o conceito fazzalariano de processo, não se está a refutar a concepção de alguns autores que desenvolveram aquela teoria, que partiram do trabalho de Fazzalari e foram além, com foco precípuo na condição de garantia constitucional do princípio do contraditório. Afinal, como qualquer construção científica, o modelo de Fazzalari está sujeito tanto a críticas quanto a aprimoramentos. No caso, as críticas focalizaram naquilo que seria um suposto excesso de formalismo do autor italiano, que se ocuparia demasiadamente da questão estrutural do processo. A doutrina, destarte, propôs uma complementação da concepção fazzalariana com enfoque na questão constitucional do processo: em suma, o processo não seria apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais³⁵⁹. Inclusive, à proporção que as

³⁵⁷ Fernandes, 2000, p. 52.

³⁵⁸ Araújo, 1999, p. 136-137.

³⁵⁹ Baracho, 2008, p. 47.

constituições elevam princípios processuais a nível constitucional, a sua institucionalização se dá de maneira tão profunda que passam a ocupar lugar de relevo na concretização da ordem jurídica global³⁶⁰, promovendo e provando a universalidade e a unidade do direito, tanto nos países de matiz jurídica anglo-saxônica quanto romano-germânica.³⁶¹

Neste quadro, o autor Carlos Marden assevera que uma formação final da teoria baseada nos estudos de Fazzalari, muitas vezes referenciada como Modelo Constitucional de Processo, somente viria à tona no final do século XX. *In verbis*:

A formatação final da teoria, entretanto, viria apenas no final do Século XX, com a introdução do conceito de modelo constitucional de processo pelos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. Segundo tais autores, a Constituição apresenta o instituto do processo cercado por uma série de princípios, que podem ser considerados como o modelo constitucional de processo¹⁵. Trata-se de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou de sua estrutura¹⁶. Segundo a teoria em tela, o modelo constitucional de processo teria uma espécie de eficácia irradiante, representada por três características apontadas pelos autores italianos: a) expansividade (capacidade de condicionar a formatação de qualquer procedimento jurisdicional criado pelo legislador); b) variabilidade (possibilidade de assumir formas diversas, adaptando-se aos mais variados tipos de procedimento exigidos pelas situações jurídicas específicas); e c) aperfeiçoabilidade (possibilidade de ser sempre aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional)³⁶².

Este trabalho não se propõe a discutir se os desenvolvimentos da teoria fazzalariana vieram, de fato, a aprimorar o modelo original. Referida tarefa foge ao escopo desta pesquisa. Fato é que tais propostas existem e não alteram o coração do conceito proposto por Elio Fazzalari, segundo o qual o processo é um procedimento desenvolvido em contraditório. Essa constitui a base imutável do conceito de processo sem o qual seria impossível cogitar da edificação de um modelo de espaço de consenso constitucionalmente adequado. A definição de processo de Fazzalari, assim, deve funcionar como um piso, não como um teto conceitual. Derivações dessa teoria não afetarão uma proposta de barganha processual penal compatível com a cláusula do devido processo legal. Aquilo que não se admite, em face da inconciliabilidade entre as suas bases teóricas e o princípio democrático, são concepções ligadas à escola instrumentalista do processo.

Eventual aplicação do conceito fazzalariano de processo – ou, sem qualquer perda de sentido, o chamado Modelo Constitucional – aos mecanismos de autocomposição de conflitos implicaria, de acordo com a doutrina, em um grande avanço. Afinal, essa alteração

³⁶⁰ Baracho, 2011, p. 130.

³⁶¹ Baracho, 2011, p. 128.

³⁶² Coutinho, 2012, p. 30.

promoveria uma mudança de perspectiva, um rompimento com a ideia de que a justiça negocial teria sua finalidade limitada ao aspecto cronológico, à síndrome da pressa, ao consenso enquanto técnica de sumarização de procedimentos. A modificação pregada traria consigo uma nova concepção de consenso a partir da preservação de direitos fundamentais, o que culminaria na assunção de acordos com maiores níveis de qualidade jurídica³⁶³, uma vez que fundados exclusivamente no imperativo de garantia da ativa participação processual das partes na solução de uma demanda penal.

Por todo o exposto, conclui-se que a adoção do conceito de processo como procedimento desenvolvido em contraditório se apresenta como um dos princípios para a edificação de um espaço de consenso adequado à cláusula constitucional do *due process of law*. Afinal, sem o reconhecimento do contraditório enquanto elemento central para a construção democrática do ato estatal de poder, jamais seria possível se cogitar na processualização da barganha processual penal, pressuposto para a sua constitucionalidade. Um acordo obtido sob o pressuposto teórico de que o titular da ação penal submeteu o réu à sua vontade, consequência lógica da adoção do conceito de processo como relação jurídica processual, seria involuntário e inválido por natureza. O mesmo fenômeno, obviamente, não se repete naquele acordo – posteriormente transformado, pela ação judicial, em um ato de poder estatal – construído em conjunto e em paridade de armas pelas partes. Portanto, para fins deste trabalho, sempre que se falar em processo, estar-se-á a fazer referência ao conceito elaborado por Elio Fazzalari, sem denegar eventuais desenvolvimentos doutrinários que se utilizem da teoria fazzalariana como piso.

5.5 Legalidade e igualdade: o Ministério Público no espaço de consenso

Ao se esquadrihar a principiologia que guiará a edificação de um espaço de consenso adequado à cláusula do devido processo legal não se pode deixar de lado o imperativo de identificar o conjunto de normas gerais que deverá conduzir a atuação do órgão titular da ação penal pública no Brasil, o Ministério Público. À míngua da titularização de um mandato eletivo e da ausência de legitimidade democrática para a tomada de decisões discricionárias, prerrogativa que incumbe exclusivamente aos representantes do povo, não resta dúvida de que a conduta do *Parquet* no bojo da negociação em matéria criminal deverá se pautar exclusivamente a partir dos ditames do Princípio da Obrigatoriedade, consequência lógica das

³⁶³ Fernandes; Coutinho, 2017.

normas constitucionais que asseguram os Princípios da Legalidade e da Igualdade. Obrigatoriedade essa plena, não mitigada ou temperada, como frequentemente mencionado pela doutrina pátria. Explique-se melhor.

As expressões, obrigatoriedade mitigada³⁶⁴ ou discricionariedade regulada³⁶⁵, utilizadas por parcela da doutrina para supostamente explicar o comportamento ministerial no âmbito do espaço de consenso criado pela Lei n. 9.099/95 (e posteriormente ampliado, como visto), possuem como referencial a experiência consensual do Ministério Público norte-americano. Destarte, um exame acerca da acurácia das referidas expressões deve perpassar, necessariamente, em um primeiro momento, por uma análise específica, ainda que sucinta, da figura do promotor de justiça estadunidense.

Conforme já explorado ao longo deste trabalho, a legislação norte-americana se caracteriza por uma profunda descentralização, de maneira que a União e os Estados possuem ampla liberdade para criar normas e estruturar os órgãos imbuídos da persecução penal. Todavia, mesmo no âmbito dos estados, mostra-se possível identificar uma linha mestra, uma espinha dorsal caracterizadora da promotoria pública, a qual encontra poucas variações. Neste diapasão, o Procurador de Justiça do MP de São Paulo Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz explica que, de maneira geral, no nível estadual, existe a figura do *Attorney General*, eleito pelo voto popular para um mandato de quatro anos. Conquanto as atribuições do chefe do Ministério Público apresentem algumas variações, sua atuação, na área cível, costuma focar na defesa judicial do Estado e de suas instituições. Na seara penal, por sua vez, o *Attorney General* geralmente desempenha funções complementares em relação aos Ministérios Públicos dos Condados, com os quais mantem um contato próximo, oferecendo apoio sempre que necessário. Quanto à formação da equipe, tem-se que os membros que passarão a integrar a instituição são livremente escolhidos pelo *Attorney General* entre bacharéis em Direito e recebem o título de *Assistant Attorney General*. Por fim, no âmbito do Condado (*County*), que abrange a área territorial de determinados municípios (similar às circunscrições judiciárias brasileiras), estão os *State's Attorneys*, mais frequentemente chamados *District Attorneys*, que são igualmente eleitos para um mandato de quatro anos e têm atribuições predominantes na esfera criminal³⁶⁶.

³⁶⁴ Demercian; Maluly, 1997, p. 62.

³⁶⁵ Jesus, 2009, p. 60.

³⁶⁶ Ferraz, 1988.

Como se vê, a forma de provimento dos cargos da carreira do Ministério Público norte-americano em nível estadual / distrital oferece um traço distintivo bem peculiar, qual seja a sua natureza eletiva. Por certo, duas consequências profundas decorrem desse método de provimento. Primeiramente, tem-se que o promotor público responderá perante o seu eleitorado, ou seja, possuirá, frente a ele, uma responsabilidade política. Em segundo lugar, constata-se que o eleitorado custeará diretamente as atividades do MP, dos escritórios (*offices*) da promotoria pública, por meio do pagamento de tributos³⁶⁷. Essas peculiaridades influenciarão abertamente no trabalho diário dos *prosecutors*, positiva ou negativamente, quando se compara aquele panorama com a realidade brasileira.

Vale ressaltar que o provimento dos cargos ministeriais pela via eleitoral consiste em uma particularidade do sistema de justiça estadunidense. Com efeito, pode-se afirmar que os Estados Unidos da América são o único país do mundo onde eleitores escolhem os promotores de justiça pelo voto³⁶⁸. Como fundamento dessa escolha política, defensores dos promotores eleitos arguem que as eleições populares conferem aos cidadãos um maior controle sobre o governo, eliminam as nomeações clientelistas que derivam do apontamento ao cargo pelos chefes do executivo e aumentam a capacidade de resposta dos procuradores às comunidades que servem³⁶⁹. Opositores a esse método alegam que a necessidade de realizar uma campanha eleitoral perpassa pelo angariamento de fundos, algo que possui o condão de tornar o promotor de justiça suscetível a eventual corrupção. A urgência de prestar contas ao eleitorado também faria com que a promotoria de justiça se ocupasse em demasia com casos de repercussão e se preocupasse além da conta com suas taxas objetivas de condenação³⁷⁰. Enfim, são esses os prós e contras da escolha política concernente à eleição para o cargo de promotor público.

Historicamente, a opção pelo promotor de justiça dotado de mandato eletivo ocorreu por volta da metade do século XIX e funcionou como uma reação à conduta da classe política, uma vez que os partidos políticos que estavam no poder e comandavam o processo de nomeação se valiam dessa prerrogativa para recompensar os seus aliados e punir os seus inimigos. Havia também a expectativa de que o promotor público escolhido pelo voto dos eleitores de cada condado ou estado seria mais responsivo às prioridades de justiça criminal

³⁶⁷ Campos, 2012.

³⁶⁸ Ellis, 2012, p. 1530.

³⁶⁹ Ellis, 2012, p. 1531.

³⁷⁰ Ellis, 2012, p. 1532.

das comunidades locais que aquele indicado pelo governador ou pelo Poder Legislativo da capital do estado³⁷¹.

Antes dessa mudança no método de provimento do cargo, no início do século XIX, promotores públicos eram meros funcionários do Poder Judiciário que, tal como escrivães, escreventes ou legistas, se ocupavam de atos majoritariamente vinculados. Essas tarefas incluíam, por exemplo, a titularidade da ação penal, a representação do estado em ações civis e a emissão de intimações. Com o tempo, e precipuamente após a alteração da forma de provimento do cargo, o promotor de justiça passou a tomar decisões administrativas, a realizar juízos de custo-benefício acerca da persecução dos casos levados ao seu conhecimento. Em outras palavras, a promotoria ganhou autoridade discricionária sobre as prioridades persecutórias estatais³⁷².

Assim, como consequência direta da legitimidade democrática oriunda da escolha popular, o promotor de justiça estadunidense está dotado de poder discricionário, da prerrogativa de escolher, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, se e como exercerá a ação penal. Em outras palavras, o promotor norte-americano não é obrigado a denunciar nem quando convencido da existência do crime, podendo transacionar, sugerir uma pena menor ou uma acusação por menos infrações em troca de condutas tidas por ele, em um juízo de valor subjetivo, como mais valiosas, como a confissão do acusado ou a delação de coautores mais importantes³⁷³. Realidade essa que pode ser facilmente conferida a partir da leitura dos precedentes jurisprudenciais exarados pela SCOTUS e que já constituíram objeto de estudo alhures.

A discricionariedade da promotoria pública nos Estados Unidos é tão ampla que alguns autores a qualificam como absoluta³⁷⁴. Os promotores têm a liberdade de acusar qualquer pessoa por qualquer crime que desejarem, desde que haja justa causa para tanto. A discricionariedade permite que o promotor escolha, dentre os vários crimes que poderiam se amoldar a uma conduta, qual (ou quais) serão objeto da acusação, sem necessidade de justificativa. Esse poder de escolha configura uma expressão direta da discricionariedade dos promotores nos EUA, que baseiam suas decisões em critérios de proporcionalidade, retribuição e prevenção de novas infrações. Nesta senda, por mais que o termo “absoluto”

³⁷¹ Ellis, 2012, p. 1536.

³⁷² Ellis, 2012, p. 1538.

³⁷³ Boschi, 1993, p. 29-30.

³⁷⁴ Easterbrook, 1983, p. 279.

possa parecer um exagero – a exigência de causa provável constitui uma óbvia limitação –, não há dúvida de que se cuida de uma discricionariedade ampla e sujeita a poucas restrições.

Como parte integrante do sistema democraticamente eleito de desenvolvimento de políticas públicas em matéria de segurança, os promotores estadunidenses podem optar não apenas por deixar de acusar certos crimes, mas também se abster de perseguir uma categoria inteira de infrações penais, a exemplo de delitos relacionados ao uso de drogas, sem a necessidade de estabelecer critérios específicos para isso³⁷⁵. Como consequência lógica da faculdade de decidir acerca da deflagração da ação penal, a promotoria norte-americana também pode desistir de uma ação penal já iniciada. Os promotores decidem como alocar seus recursos acusatórios e são responsáveis apenas perante seus superiores e a população. Um modelo que se afasta da tradição romano-germânica, referenciado pelos americanos como perseguição compulsória.

A fim de ilustrar essa ampla margem de manobra, um promotor de justiça pode, no exercício de sua discricionariedade, por exemplo, conceder clemência aos cúmplices de um réu, reter informações prejudiciais ao tribunal, influenciar a data do julgamento ou do sentenciamento de um acusado, providenciar o envio de um increpado para uma instituição correcional específica, solicitar que um condenado receba crédito em sua sentença por tempo cumprido na prisão aguardando julgamento, concordar em apoiar o pedido de liberdade condicional de um sentenciado, providenciar a prolação da decisão por um determinado tribunal ou por um juiz específico, fornecer imunidade para crimes ainda não imputados, ou simplesmente permanecer em silêncio quando a sua recomendação puder ser desfavorável³⁷⁶. E tudo isso sem declinar os fundamentos que levaram à formação da sua convicção nos autos a partir de critérios jurídicos, pois sua prestação de contas se dará no plano político, perante seu eleitorado.

A decisão de perseguir uma determinada conduta criminosa ou não, o exercício da discricionariedade inerente ao cargo do promotor de justiça nos Estados Unidos, perpassa com frequência por uma análise de questões orçamentárias. A elementar financeira influencia a seletividade. No entanto, o critério mais importante decorre de um exame dos efeitos do caso em termos de prevenção: ao notar que o resultado de diversos julgamentos reduziu as taxas de um determinado crime, o promotor pode arquivar outros casos semelhantes e direcionar seus recursos para outros tipos de delitos. Enfim, repita-se, como consequência da

³⁷⁵ Easterbrook, 1983, p. 279.

³⁷⁶ Alschuler, 1979, p. 03.

discricionariade, o comportamento do promotor norte-americano acaba fortemente regulado pelo orçamento³⁷⁷, sem prejuízo da análise valorativa das atividades criminosas que ele entende mais relevantes, mas sempre com pouca influência de regras legais específicas.

Antes de prosseguir, frise-se que as diferenças de estrutura, atribuições e provimento dos cargos tornam discutível o emprego da expressão Ministério Público para se referir à instituição norte-americana congênere à brasileira³⁷⁸. Todavia, apesar de algumas dissimilaridades, não há como negar que, na esfera criminal, as semelhanças se sobrepõem com veemência sobre quaisquer alteridades, mormente porque as duas instituições exsurgem como as titulares da ação penal pública. Ambas atuam na condição de Estado-acusação. Mais que isso, tanto o Ministério Público norte-americano quanto o brasileiro compartilham a mesma finalidade institucional: a defesa do interesse público, que inclui os interesses difusos, sociais e individuais indisponíveis, ou seja, bens e valores essenciais para a qualidade de vida em sociedade³⁷⁹. Essa finalidade comum justifica que se faça um paralelo seguro entre ambas as instituições. Portanto, para fins deste trabalho, usar-se-á das terminologias promotoria de justiça, promotoria pública e Ministério Público de modo indistinto, como verdadeiros sinônimos, para se referir ao titular da ação penal nos Estados Unidos da América.

Na verdade, caso se conferisse excessiva importância às diferenças percebidas entre as atribuições do Ministério Público pátrio e aquelas de instituições que titularizam a ação penal no direito alienígena, chegar-se-ia à conclusão de que inexistente um órgão análogo no mundo. A propósito, Ronaldo Porto Macedo Jr., professor da USP e procurador de justiça no Ministério Público de São Paulo, afirma que o MP brasileiro exsurge como um dos únicos do mundo ao qual se conferiu papel fundamental na defesa do meio ambiente, do consumidor, dos direitos constitucionais do cidadão, da criança e do adolescente³⁸⁰. Porém, na esfera das atribuições criminais se encontrará elementos básicos de familiaridade entre o Ministério Público do Brasil e instituições congêneres de outros países do mundo ocidental. Destarte, far-se-á o uso da expressão Ministério Público para se referir também, eventualmente, ao órgão que titulariza a ação penal pública em outros países, além dos Estados Unidos da América.

Pois bem, se, de um lado, a promotoria pública estadunidense, que consubstancia o Estado-acusação nos EUA, se submete ao Princípio da Discricionariade, no Brasil, conforme adiantado alhures, a realidade se mostra bastante distinta. Primeiramente porque,

³⁷⁷ Easterbrook, 1983, p. 308.

³⁷⁸ Ferraz, 1988, p. 48.

³⁷⁹ Ferraz, 1988, p. 50.

³⁸⁰ Macedo Júnior, 2010, p. 66.

apesar de ser o titular da ação penal pública, o MP brasileiro não funciona como um órgão tipicamente acusador. Ainda que à primeira vista pareça paradoxal, revela-se essencial que o acusador brasileiro mantenha a imparcialidade. O órgão ministerial nacional encontra seu verdadeiro objetivo na realização da justiça. O Ministério Público pátrio, como consequência do perfil constitucional que lhe outorgou a CR/88 (vide artigos 127 e 129), mesmo no exercício de uma função acusatória, não deve se interessar na obtenção de condenações, mas sim em obter julgamentos que, independentemente de seu resultado, estejam dentro dos limites estabelecidos pelo Direito³⁸¹.

Assim, no processo penal brasileiro, o Ministério Público assume uma peculiar posição. O Estado, mesmo no exercício da ação penal, tem interesse tanto em condenar o autor de um crime quanto em absolver um inocente. Portanto, seria um equívoco reducionista considerar o MP como uma parte no mesmo sentido empregado no processo civil, já que ele não é apenas um órgão acusador e não se encontra em uma posição diametralmente oposta ao acusado. O órgão ministerial, representando os interesses estatais, atua como parte no processo penal porque o Estado tem interesse no resultado final do julgamento. No entanto, ele participa de um conflito peculiar, diferente da disputa processual civil: um conflito entre o *jus puniendi* (direito de punir) e o *jus libertatis* (direito à liberdade), dois interesses de igual relevância³⁸².

Ao analisar a conformação institucional do Ministério Público brasileiro, o Professor Fábio Kerche, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, aponta duas peculiaridades dignas de nota. A primeira se refere à sua estrutura. Segundo o estudioso, a comparação entre a estrutura institucional do MP pátrio com a de outras democracias representativas revela que o modelo brasileiro, caracterizado por autonomia e um amplo conjunto de competências, é bastante único. Normalmente, a instituição responsável pela condução da ação penal, um ponto em comum entre o Ministério Público do Brasil e agências de outros países democráticos, está vinculada ao Ministério da Justiça. Ou seja, é o governo, por meio de seu ministro, que define as prioridades e se posta como responsável pelas ações realizadas pelos promotores. Esse não é o caso no Brasil³⁸³. Além dessa desvinculação, Fábio Kerche salienta que a autonomia do promotor de justiça se afigura relativamente menor no âmbito criminal quanto comparada com a área cível. Isso ocorre porque, devido ao Princípio da Legalidade adotado na tradição jurídica pátria, o integrante do Ministério Público deve obrigatoriamente

³⁸¹ Brandalise, 2016, p. 190.

³⁸² Pinto, 2011.

³⁸³ Kerche, 2014, p. 116.

levar as suas pretensões a um juiz, mesmo que seja para requerer a absolvição de um réu ou o arquivamento de uma investigação³⁸⁴.

Aqui encontra-se o segundo elemento caracterizador do Ministério Público brasileiro na esfera criminal, o qual o diferencia de seu congênere norte-americano. Para além de sua caracterização como órgão de justiça, não de acusação, o *Parquet* pátrio, como consequência das previsões constitucionais que consagram os Princípios da Legalidade e da Isonomia, tem sua ação regulada por uma norma primordial: a obrigatoriedade. Afrânio Silva Jardim define a obrigatoriedade como “poder-dever que tem o Ministério Público de propor a ação penal, vale dizer, mediante o preenchimento de em que condições deve o órgão estatal ingressar em juízo com sua pretensão punitiva”³⁸⁵. Destarte, o Princípio da Obrigatoriedade impõe que o Ministério Público, ao tomar conhecimento de um fato que configure crime, deve necessariamente promover a ação penal pública, desde que haja indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito. Em outras palavras, o promotor não possui discricionariedade para decidir se deve ou não iniciar a ação penal; ele é obrigado a fazê-lo sempre que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Como adiantado, não há dúvida de que a obrigatoriedade deriva das normas constitucionais que consagram os Princípios da Legalidade³⁸⁶ e da Isonomia³⁸⁷. O Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No contexto do Ministério Público, isso significa que suas ações devem estar sempre fundamentadas na legislação posta. Aplicado ao processo penal, essa norma impõe que o Ministério Público, ao se deparar com indícios suficientes de um crime, haja como a lei determina, ou seja, deflagre a ação penal sem discricionariedade. Isso significa que todas as pessoas que se encontrarem em situação análoga, ou seja, em face das quais haja prova da materialidade e indícios de autoria, serão tratadas do mesmo modo, de maneira igualitária. A obrigatoriedade também decorre, portanto, do Princípio da Isonomia (também conhecido como da igualdade), consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Em resumo, o Princípio da Obrigatoriedade impõe ao Ministério Público o dever de promover a ação penal pública sempre que houver elementos de convicção suficientes a indicar que um crime foi cometido. Essa obrigatoriedade visa a impedir que o promotor faça

³⁸⁴ Kerche, 2014, p. 117.

³⁸⁵ Jardim, 2000, p. 54-55.

³⁸⁶ Marcão, 2023, p. 110.

³⁸⁷ Choukr, 2014, p. 83.

uso de qualquer forma de discricionariedade, escolha quais casos serão perseguidos ou não. Não cabe ao promotor de justiça, com base em critérios subjetivos, por força de lei e por ausência de legitimidade democrática para tanto, fazer juízos de valor acerca do exercício da ação penal quando presentes as condicionantes legais para tanto. E percebe-se, desde já, que a própria estruturação normativa do Ministério Público não abre qualquer margem para exceções em matéria de exercício obrigatório da ação penal.

Neste contexto, aflora o equívoco de relevante parcela da doutrina brasileira que qualifica a atuação ministerial no âmbito do espaço de consenso, desde a promulgação da Lei dos Juizados Especiais, como exercício de uma obrigatoriedade mitigada ou de uma discricionariedade regrada³⁸⁸. Afirmarões dessa natureza, conquanto comuns, partem de uma concepção equivocada daquilo que efetivamente significam os Princípios da Obrigatoriedade e da Discricionariedade. Com efeito, o termo, oportunidade regrada, exprime uma profunda contradição. Aquilo que se mostra oportuno não pode estar regrado. Em verdade, o regramento destinado à conduta ministerial no exercício da titularidade da ação penal indica que a lei está a fixar os limites estreitos da sua atuação. Assim, se de atuação nos termos da lei se trata, conclui-se que o Princípio da Obrigatoriedade se encontra presente em toda a sua plenitude. Seja denunciando, arquivando, oferecendo a transação penal, a suspensão condicional do processo ou o ANPP, o Ministério Público age norteado pelos ditames da obrigatoriedade³⁸⁹. Dito de outro modo, não pode o MP deixar de ofertar a transação penal quando presentes os requisitos legais para tanto ou se recusar injustificadamente a propor o acordo de não persecução penal. A lei impede que o *Parquet* assim o faça e o promotor de justiça não possui discricionariedade para laborar em sentido contrário.

Como resta claro a partir da análise da promotoria pública norte-americana, a conferência de efetivo poder discricionário ao Ministério Público só seria aceitável em um sistema onde os responsáveis pelo aparato de perseguição obtivessem sua legitimidade política diretamente do voto popular e pudessem justificar seu mandato delineando sua própria estratégia político-criminal, escolhendo as causas mais importantes para seu eleitorado e se submetendo periodicamente ao escrutínio da população. Em sistemas como o brasileiro, onde o poder de persecução penal está nas mãos de uma estrutura burocrática estável, organizada em carreira e acessível por meio de concursos públicos, a legitimidade da atividade persecutória vem da lei, e é nela que devem ser encontradas as diretrizes para as

³⁸⁸ Pacheco, 2005, p. 269.

³⁸⁹ Karam, 2004, p. 92.

decisões a serem tomadas durante o processo, inclusive quanto ao juízo de valor de acionar ou não o aparato judiciário diante de um fato aparentemente delituoso, bem como com qual intensidade agir³⁹⁰. Significa que, na conformação do MP brasileiro, cujo membros são escolhidos por mérito e não democraticamente, e dada a sua função constitucional de fiscal da lei, o promotor de justiça somente poderá realizar a negociação em matéria penal na forma e nos limites legais, sem agir discricionário, próprio dos órgãos legitimados a formular políticas criminais.

Em suma, não cabe ao promotor de justiça, com base em critérios de conveniência e oportunidade, decidir, mesmo no âmbito do espaço de consenso, qual conduta adotar. A lei já efetuou esse juízo de valor previamente, definindo de antemão e em abstrato as hipóteses, a forma e as condições nas quais o Ministério Público poderá resolver a questão criminal de maneira consensual. Cabe ao representante ministerial, tão somente, cumprir os ditames legais, seja ao propor um acordo, ao se recusar a fazê-lo ou a ofertar a inicial acusatória. A obrigatoriedade aplica-se integralmente no bojo do espaço de consenso, nos mesmos moldes que no espaço de conflito. Não há abertura legal ou constitucional para essa diferenciação. Inexiste qualquer abertura normativa para a tomada de decisões discricionárias pelo Ministério Público, o qual, por consequência, deverá delinear os motivos que levaram à formação da sua convicção, de maneira a permitir o exercício do contraditório pela defesa técnica no âmbito da zona de consenso, assim como ocorre no espaço de conflito.

Ainda em caráter principiológico, importante perquirir qual seria o mecanismo de controle da conduta ministerial na seara consensual. Cuida-se do atemporal dilema de “quem vigia o vigia”. No espaço de conflito, exerce-se o controle por meio do acionamento do Poder Judiciário, ao qual não escapará qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CR/88). Tal máxima deve ser aplicada indistintamente na seara negocial, pois, conforme estabelecido alhures, essa será estruturada na forma de processo. Desse modo, caberá ao Poder Judiciário, responsável por efetivamente julgar a causa – e eventualmente condenar o réu – com base nos termos do acordo e nas demais provas produzidas nos autos, fazer o controle externo da conduta do órgão ministerial que, no âmbito do espaço de consenso, laborou em contrariedade aos preceitos legais, inclusive no que tange ao respeito aos ditames do Princípio da Obrigatoriedade.

A título de conclusão, parece salutar trazer uma curiosidade que envolve os Princípios da Isonomia e da Legalidade, fontes da obrigatoriedade que pauta a ação do Ministério

³⁹⁰ Duclerc; Matos, 2022, p. 244.

Público brasileiro. Afinal, há autores que criticam a barganha processual penal ao argumento de que tal prática poderia ampliar o braço punitivo do Estado e recrudescer a desigualdade na concretização do *ius puniendi* estatal³⁹¹. Todavia, pesquisas empíricas mostraram que a realidade não espelha essa preocupação. De fato, os dados mostram que há um aumento no número de condenações criminais quando há a ampliação do alcance do espaço de consenso. Ocorre que, por outro lado, verifica-se um decréscimo substancial no montante de pena imposto aos sentenciados. A quantidade de pena privativa de liberdade imposta ao final da persecução, *ultima ratio* do Direito Penal e que deve ser restrita somente aos casos mais gravosos, sofre uma considerável queda³⁹². Isso significa que mais sujeitos que se encontram em uma mesma situação são submetidos a um mesmo resultado; resultado esse, contudo, substancialmente atenuado. E não apenas o prazo de encarceramento por força de decisões definitivas, mas o próprio tempo de prisão provisória também se reduz³⁹³. Aplica-se a lei (Princípio da Legalidade) a todas as pessoas envolvidas em um mesmo cenário (Princípio da Isonomia) e mediante a redução do *quantum* das penas privativas de liberdade, o que serve para afastar os temores de expansão punitiva expressos por parcela da doutrina pátria que, legitimamente, almeja defender os preceitos do garantismo penal.

Enfim, dada a configuração do Ministério Público pátrio e como forma de privilegiar as normas constitucionais que consagram a legalidade e a isonomia, conclui-se que o Princípio da Obrigatoriedade constitui um dos princípios orientadores do modelo de espaço de consenso nacional. Talvez seja esse o ponto no qual a negociação processual penal brasileira mais se afastará dos preceitos de seu congêneres norte-americanos. Todavia, as diferenças existentes entre os órgãos que encarnam o Estado-acusação não impedem que se retire do sistema-norte americano soluções úteis para o Ministério Público brasileiro, pois, no mínimo, as diversidades de modelo e filosofia criam uma oportunidade rica e proveitosa para a troca de experiências³⁹⁴.

5.6 Da duração razoável do processo enquanto garantia individual

Apesar de já estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, através do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a

³⁹¹ Vasconcellos; Lippel, 2016, p. 1756.

³⁹² Smith, 1986, p. 966.

³⁹³ Rhodes, 1978, p. 74.

³⁹⁴ Ferraz, 1988, p. 52-53.

Emenda Constitucional n. 45/2004 incorporou a garantia da duração razoável do processo ao texto da Constituição da República do Brasil, mais expressamente ao seu art. 5º. A formalização desse direito fundamental partiu de uma aspiração dos jurisdicionados³⁹⁵, insatisfeitos com o tempo despendido pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional. Significa que um contexto de descontentamento popular com a ineficiência da prestação jurisdicional é que catapultou o princípio da duração razoável do processo e os meios para assegurar sua rápida tramitação ao nível de garantia constitucional expressa no bojo da CR/88³⁹⁶, não tendo se tratado de uma medida tomada pelo legislador a fim de aumentar a esfera de direitos processuais do sujeito submetido à persecução penal.

A despeito da constitucionalização direta da garantia da duração razoável do processo ter nascido como uma demanda do jurisdicionado, a qual constituiu objeto de reconhecimento e adoção pelo Estado, importante anotar que a sua materialização constitucional se deu no seio do art. 5º da CR/88. Cuida-se incontestavelmente, pois, de uma garantia fundamental de índole individual, consagrada em prol de um sujeito que passa a ser o seu titular. Dada essa sua natureza, não há dúvidas de que a garantia do processo desenvolvido em tempo razoável integra a cláusula do devido processo legal³⁹⁷ e compõe, destarte, o arcabouço jurídico processual oponível pelo réu ao Estado no bojo de uma ação penal – ainda que esse não tenha sido o mote principal que levou o legislador a agir.

Porém, aquela que pareceria uma mera e salutar adição ao conjunto de direitos fundamentais de índole processual do réu acabou por gerar, com o tempo e a prática processual, uma certa tensão, para não dizer um verdadeiro paradoxo interno. Isso porque o cotidiano forense revelou que o Estado, com frequência, verga o argumento da celeridade processual com o escopo de diminuir o espaço do tempo do procedimento e, assim, atender a seus próprios interesses metajurídicos de características utilitaristas³⁹⁸. Significa que o aparato estatal não raramente busca se valer da norma que assegura a duração razoável do processo de modo a justificar a tomada de decisões que se limitam a acelerar o tempo necessário à formação da cognição e que não raramente representam uma lesão (potencial ou real) aos

³⁹⁵ Medina, 2011, p. 169.

³⁹⁶ Pinheiro, 2011.

³⁹⁷ Giacomolli, 2016, p. 371.

³⁹⁸ Novamente, para evitar eventuais confusões terminológicas, emprega-se, neste trabalho, a expressão utilitarismo como referência à escola filosófica de mesmo nome, fundada pelo pensador inglês Jeremy Bentham no final século XVIII. De maneira sintética, afirma-se que o utilitarismo inglês apregoa que a prática das ações deve ser norteadas pela sua utilidade social, mediante determinados preceitos éticos, voltados à realização pessoal do maior número de indivíduos (Rocha, 2014, p. 186).

interesses do próprio titular daquela garantia fundamental individual – o réu, na seara processual penal.

Trocando em miúdos, embora a celeridade processual no âmbito penal se apresente como um direito do acusado, a base normativa desse direito possui um duplo direcionamento, dependendo do direito material que é efetivamente assegurado – o direito de punir ou o direito à liberdade. Esse argumento tende a favorecer um dos interesses protegidos no processo. Com uma frequência superior à desejada, a norma em voga tem sido utilizada para acelerar a condenação, em vez de assegurar de forma definitiva, no menor tempo possível, o estado de liberdade. Daí que surge o paradoxo do direito à celeridade processual: por vezes, na prática, tenta-se antecipar a condenação ou seus efeitos, suprimindo-se direitos e garantias do acusado. Ou seja, os meios empregados para garantir a celeridade como um direito do acusado acabam por suprimir os próprios direitos e garantias de defesa do réu³⁹⁹. A exemplificar essa realidade no Brasil, pode-se citar o uso da celeridade processual como argumento a reforçar a constitucionalidade da chamada “prisão em segunda instância”⁴⁰⁰ ou a introdução dos julgamentos impositivos via plenário virtual por parte do Supremo Tribunal Federal, mesmo sem a concordância das partes⁴⁰¹. Em ambos os casos, o titular da garantia à celeridade sofre um prejuízo em sua esfera de interesses, seja em virtude do cerceamento de sua liberdade ou da redução do âmbito de discussão da matéria controvertida, respectivamente, em um franco desvio da finalidade daquela norma.

Enfim, mostra-se inegável a tentativa do Estado de se apossar do preceito constitucional que assegura a duração razoável do processo com o objetivo de diminuir o espaço-tempo do procedimento, açodar a entrega da prestação jurisdicional e reduzir a pressão social imposta sobre o Poder Judiciário. Conforme sugerido pelos exemplos supracitados, o risco desse tipo de apreensão utilitarista de uma garantia de índole individual fundamental salta aos olhos. Afinal, inexistente uma proporção exata entre a velocidade dos fatos sociais e a velocidade do processo. Ao considerar as múltiplas e complexas situações fáticas e jurídicas e a necessidade de ser observado o devido processo, em seu aspecto formal e material, a decisão judicial reclama uma reflexão acerca da solução mais adequada ao caso. O direito a um processo sem dilações indevidas reclama a consideração da razoabilidade para evitar decisões precipitadas e antecipadas. O processo deve se desenvolver no tempo de acordo com a

³⁹⁹ Porfirio, 2003, p. 117.

⁴⁰⁰ Kurkowski, 2017.

⁴⁰¹ Vide ofício n. Ofício n. 815/2023, de lavra do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no qual a entidade sustenta que o expediente em comento viola as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

complexidade da causa posta em juízo, promovendo uma verdadeira adequação temporal da jurisdição⁴⁰², sob pena de ser prolatada uma decisão judicial que prejudicará o jurisdicionado detentor da garantia à celeridade. Até por isso, embora a doutrina discuta⁴⁰³ se as expressões celeridade processual e duração razoável do processo se apresentam como sinônimas (corrente adotada neste trabalho dada sua maior aceitação jurisprudencial⁴⁰⁴ e a pouca relevância da eventual distinção), a terminologia “garantia a um processo desenvolvido sem dilações indevidas” não deixa de se revelar tecnicamente superior às anteriores, ao melhor se adequar à realidade que almeja explicar.

Enfim, em nome de uma visão pervertida de atendimento à duração razoável do processo, o Estado frequentemente busca apressar a prolação de decisões condenatórias. A perversão daquela garantia costuma seguir pelo atropelamento de outras normas constitucionais de cunho processual, como o contraditório, a ampla defesa, a produção probatória e o direito à audiência. Ocorre que, repise-se, a garantia da duração razoável do processo não antagoniza, mas integra a cláusula do devido processo legal. Decisões judiciais e normas infraconstitucionais que cerceiam liberdades processuais em nome da celeridade estão maculadas com a chaga da inconstitucionalidade. Procedimentos edificados sobre uma visão utilitarista da garantia do devido processo legal, além de possuírem o condão de prejudicar o titular daquela prerrogativa constitucional, estarão fadados ao mesmo destino. O processo desenvolvido em tempo razoável constitui uma garantia individual e essa realidade jurídica deve estar refletida em quaisquer ações estatais que impliquem, pressuponham ou acarretem a redução do espaço tempo do procedimento, a exemplo da criação de um espaço de consenso processual penal, sob pena de se incorrer em flagrante inconstitucionalidade por violação à cláusula do *due process of law*. As já estudadas ordens penais francesas bem ilustram hipótese na qual o desvirtuamento da garantia a um processo desenvolvido sem dilações indevidas deu origem à construção de um espaço consensual lesivo aos interesses do indivíduo submetido à persecução penal e incompatível com os ditames do devido processo legal.

Por conta da perversão finalística ora narrada, a defesa da celeridade processual enquanto garantia individual do réu pode soar para alguns como um mero expediente retórico tendente a disfarçar interesses estatais ligados ao açodamento de condenações criminais. Ledo engano. Todo aquele que trabalha ou trabalhou no dia a dia forense sabe o resultado que um

⁴⁰² Brêtas, 2005.

⁴⁰³ Sousa, 2018.

⁴⁰⁴ A título exemplificativo, vide os julgados prolatados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade n. 4532/DF (julgamento em 28/11/2022) e 5507/DF (julgamento em 05/09/2022).

processo criminal longo e turbulento causa na vida do acusado. O processo penal representa um martírio de *per se*⁴⁰⁵. Uma vez que surge a figura do suspeito, não apenas o increpado, mas a sua família, a sua casa e o seu trabalho são inquiridos, investigados, desconstituídos na presença de todos⁴⁰⁶. Aquele processo criminal que se arrasta indevidamente representa um sofrimento para o arguido⁴⁰⁷, tanto que pode se revelar mais doloroso que a própria pena⁴⁰⁸. Não por outra razão, Plácido Fernández-Bartolome pergunta:

De que sirve configurar un instrumento para la defensa de los derechos ciudadanos si el transcurso del tiempo puede hacerlo ineficaz?... Una justicia tardia puede equivaler, al menos desde el punto de vista sociologico como há señalado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a la denegación de la misma⁴⁰⁹.

A prestação jurisdicional sem dilações temporais indevidas evita a estigmatização do ser humano no processo e por ele, situação que influi em seu bem-estar, mormente o psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional, em suma, em sua dignidade. Por isso, diz-se que a tensão jurídica que envolve a garantia da duração razoável do processo deriva de problemas ligados à fonte de sua constitucionalização direta e à frequente tentativa de aplicação indevida de seus preceitos por parte do Estado, não de sua natureza. Ao contrário do que essas concepções equivocadas podem sugerir, em sua essência, enquanto garantia fundamental individual, a celeridade processual se compatibiliza com a cláusula do devido processo legal⁴¹⁰.

Aplicando-se esse entendimento ao ideal de construção de um espaço de consenso constitucionalizado, tem-se que deve ser conferido ao réu que deseja, dentro de um juízo de estratégia, reduzir o espaço tempo do procedimento a fim de atender seu interesse pessoal caracterizado, dentre outras razões, pela vontade de se ver livre do fardo que o processo penal carrega consigo, a possibilidade de abreviar esse sofrimento. Esse conceito de duração razoável do processo aplicado à negociação processual penal representará um dos pilares principiológicos sobre os quais se deve construir um modelo de espaço de consenso adequado à cláusula do *due process of law* e, conseqüentemente, aos ditames de um Estado Democrático de Direito.

⁴⁰⁵ Ramos, 2006, p. 143.

⁴⁰⁶ Carnelutti, 2008, p. 47-48.

⁴⁰⁷ Silva, 2000, p. 79.

⁴⁰⁸ Bowers, 2008, p. 1122.

⁴⁰⁹ Bartolome, 1994, p. 32-33.

⁴¹⁰ Dinamarco, 1986, p. 03/08.

Por todo o exposto, conclui-se que a luta contra o tempo no processo penal demanda uma reflexão profunda. No âmbito penal, não se disputam bens materiais, mas sim a proteção simultânea de dois interesses distintos. Um desses interesses está na manutenção do estado de liberdade, que só pode ser restringido por lei (conforme a delimitação constitucional), modificado através do devido processo legal e alterado apenas após uma sentença condenatória definitiva. O outro interesse reside no direito de punir, exercido após o juízo de cognição. Enfraquecer o devido processo legal como meio de mediação nesse cenário implica fortalecer um desses interesses em detrimento do outro⁴¹¹. Neste contexto, a celeridade deve ser entendida não como um oposto ao devido processo legal, mas como uma das mais importantes garantias processuais. Perceba-se: não se trata de uma garantia para a sociedade de que uma pena será imposta de forma rápida, mas sim uma proteção para o cidadão, assegurando que o constrangimento legal do processo dure apenas o tempo necessário para que o Estado perquiria sua culpabilidade. Ao passo que uma concepção utilitarista da garantia da duração razoável do processo poderia ensejar a tão temida supressão de direitos do réu em prol da prolação de uma condenação mais rápida, um espaço de consenso construído a partir da real acepção da norma constitucional que assegura a celeridade tão somente conferirá ao acusado que deseja se livrar mais rapidamente das agruras do processo penal uma alternativa capaz de atender às suas próprias pretensões.

⁴¹¹ Porfirio, 2003, p. 117.

6 CONCLUSÃO: REGRAMENTO DO ESPAÇO DE CONSENSO DEMOCRÁTICO

6.1 Recapitulação dos principais pontos

Antes de apresentar o regramento para a criação de uma zona de consenso constitucionalmente adequada, mostra-se útil, precipuamente para fins didáticos, apresentar um resumo de todas as conclusões preliminares e/ou instrumentais atingidas até este momento. Referidas conclusões podem ser sintetizadas por meio dos seguintes pontos:

- a. o espaço de consenso em matéria criminal configura uma realidade inarredável, passível de ser identificada nos mais diferentes ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo. Trata-se, inclusive, de um fenômeno em expansão, virtualmente irreversível;
- b. a expansão das zonas de consenso não conflitua ou rivaliza com o modelo de espaço de conflito. Pelo contrário, a coexistência e a harmonização entre ambos possuem o condão de beneficiar os sujeitos envolvidos na construção do provimento jurisdicional final;
- c. a análise histórica da evolução do processo penal revela que a conflituosidade não integra a essência do processo penal contemporâneo, que mesmo diferentes sistemas jurídicos revelam consideráveis similitudes e que inexistente vinculação ontológica entre inquisitorialidade e consenso;
- d. apesar de trazer benefícios para o Estado, o consenso não pode ser manejado como uma mera técnica de sumarização de procedimentos. Uma proposta dessa natureza arrisca atropelar as garantias fundamentais do processo penal em nome de ideais ligados à eficiência jurisdicional, de natureza metajurídica;
- e. por mais que a expansão do consenso processual penal decorra de preocupações ligadas à lentidão e à ineficiência do Poder Judiciário, a duração razoável do processo exsurge como uma garantia individual, não estatal. Logo, valores utilitaristas não servem a justificar, de um ponto de vista constitucional, a adoção de um modelo de negociação em matéria criminal;
- f. o espaço de consenso brasileiro ainda se mantém tímido, abrangendo tão somente infrações penais de baixo e médio potencial ofensivo (exceção feita à colaboração premiada, a qual, todavia, se submete a um regramento bastante diferenciado). No entanto, inegável tratar-se de um fenômeno em expansão, seja em virtude da introdução

- do acordo de não persecução penal pela Lei n. 13.964/19, seja em face da ampliação prevista no Anteprojeto de Código de Processo Penal;
- g. a barganha processual penal não constitui uma especificidade do sistema da *common law*. Ao contrário, esse instituto se revela perfeitamente compatível com o sistema jurídico romano-germânico;
 - h. ante a compatibilidade do instituto para com ambos os sistemas, a experiência colhida a partir da jurisprudência norte-americana, que há praticamente um século enfrenta questões envolvendo a constitucionalidade do *plea bargaining*, exsurge como principal ponto de referência a orientar a propositura de um modelo de espaço de consenso em matéria criminal para o Brasil;
 - i. o exame da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos denota que referido tribunal, paulatinamente e até mesmo sem perceber, afastou-se da concepção da negociação processual penal como mero contrato para se aproximar de uma visão da barganha enquanto verdadeiro processo;
 - j. A conclusão de que o *plea bargaining* constitui uma parte integrante do processo criminal norte-americano, exarado em *Lafler v. Cooper*, representa uma louvável guinada de rumo. Uma vez que o processo se afigura como a fonte de legitimação da aplicação da pena em um Estado Democrático de Direito, tem-se que a constitucionalidade do *plea bargaining* depende de sua estruturação em forma de processo;
 - k. inexistente uma oposição entre devido processo legal e liberdade ou entre aquela garantia processual e a autonomia da vontade no âmbito da justiça penal negociada. Afinal, um modelo constitucional de espaço de consenso que admite a negociação direta entre as partes (Ministério Público e acusado) e a aplicação final de penas deve, necessariamente, se estruturar na forma de processo. Neste cenário, não há que se discutir acerca de eventual disponibilidade da garantia do devido processo legal, pois o réu dele não disporá. De igual modo, despiciendo debater acerca da disponibilidade do direito à liberdade, uma vez que o acusado jamais será chamado a assim agir;
 - l. apesar da evolução da concepção da SCOTUS acerca das normas que devem balizar um modelo constitucional de justiça penal negociada, o tratamento conferido à matéria pelo direito estadunidense ainda desperta uma série de críticas no âmbito doutrinário. O exame dessas críticas indica que parte delas – aquelas ligadas à desproporção de forças, no âmbito da barganha, entre Ministério Público e acusado – merece prosperar. Como essas

objeções possuem como pano de fundo problemas ligados ao excesso de discricionariedade do promotor público estadunidense, realidade essa que não se reflete no ordenamento jurídico brasileiro, elas não maculam ontologicamente o *plea bargaining* e nem impedem a adoção adaptada do instituto pelo Brasil;

- m. um modelo processual de espaço de consenso que integra a experiência negocial norte-americana, inclusive mediante o aproveitamento das críticas doutrinárias deveras pertinentes a ela formuladas, deve seguir uma principiologia própria. Em síntese, o consenso deve ser tido como garantia de proteção à liberdade; a ampla defesa figurará como alicerce do consenso; o processo será visto enquanto um procedimento desenvolvido em contraditório; o Ministério Público pautará sua conduta pelas cláusulas da legalidade e da igualdade, ou seja, pela obrigatoriedade no exercício da ação penal; a duração razoável do processo é uma garantia individual, não uma norma criada em benefício do Estado;
- n. a partir disso, extrair-se-á um conjunto de regras próprias, cuja obediência constituirá pressuposto para a constitucionalidade do espaço de consenso brasileiro. Passa-se, pois, a apresentar esse conjunto de regras, as quais representam a resposta ao problema enfrentado nesta pesquisa.

6.2 Dos elementos a serem observados na criação de um espaço de consenso democrático

No capítulo anterior, foram definidos princípios, mandados de otimização de caráter eminentemente finalístico, ou seja, que expressam um conteúdo desejado e um estado ideal a ser alcançado na construção de um modelo democrático de espaço de consenso⁴¹². Seguindo essa linha de raciocínio, a este subcapítulo caberá definir regras, prescrições imperativas de conduta aplicáveis uma vez que preenchidos determinados pressupostos⁴¹³. Dito de outro modo, sugerir-se-á um conjunto específico de normas que irão exigir e proibir determinadas condutas no âmbito da negociação processual penal, de modo a assegurar a sua compatibilidade para com a cláusula do devido processo legal e, por consequência, a legitimidade da sanção imposta neste contexto, inclusive aquela privativa de liberdade.

Sem maiores delongas, passa-se, pois, ao apontamento das regras jurídicas cuja presença, guiada pela principiologia acima delineada e inspirada pela experiência

⁴¹² Canotilho, 1993, p. 167.

⁴¹³ Canotilho, 1993, p. 167.

jurisprudencial e doutrinária norte-americana (com seus erros e acertos), balizará o espaço de consenso democrático brasileiro.

6.2.1 Da obrigatoriedade da defesa técnica

Inexiste contraditório pleno e efetivo, elementar essencial para a edificação de um modelo processual de espaço de consenso, sem que o sujeito submetido à persecução penal esteja assistido por advogado. Se o Estado-acusação se faz representar por profissional capacitado e versado nas ciências jurídicas no âmbito da negociação processual penal, a paridade de armas exige que o réu também o esteja, sob pena de se criar um cenário de substancial desvantagem para uma das partes⁴¹⁴. A presença do advogado retira do réu a condição de vulnerabilidade oriunda de sua condição de leigo em face da difícil decisão jurídica de negociar (ou não) com o Estado⁴¹⁵.

Outrossim, não há que se falar em justiça penal negociada enquanto estratégia defensiva sem a presença da defesa técnica uma vez que a primeira pressupõe a presença da última. O conhecimento jurídico funciona como ponto de partida para a elaboração de uma estratégia defensiva em face de uma acusação criminal formulada pelo Estado, de maneira que uma não existirá sem a outra. A assistência por advogado mostra-se imprescindível para a concretização das garantias do contraditório e da ampla defesa no caso concreto, de modo que essa deve constituir a regra número de um espaço de consenso que se pretenda adequado aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Até por isso, causou uma certa espécie a demora da Suprema Corte dos EUA em reconhecer a importância da defesa técnica para a validade da barganha em matéria criminal. Inclusive, revela-se necessário ir além do entendimento sedimentado pela SCOTUS. Não basta a mera disponibilização obrigatória da assistência por advogado para que a negociação se revele válida. A efetiva presença da defesa técnica se afigura essencial em todas as etapas da construção da solução consensuada, por representar uma exigência da cláusula do devido processo legal⁴¹⁶. A ausência de advogado, ou mesmo sua atuação inequivocamente e comprovadamente ineficiente, por representar violação direta às garantias expressas nos artigos 5º, LIV e LV, da CR/88, deverá ser reconhecida como causa de nulidade absoluta

⁴¹⁴ Vieira, 2013.

⁴¹⁵ Goldstein, 1975, p. 702.

⁴¹⁶ Wan, 2007, p. 36-37.

tanto do ato processual maculado quanto daqueles praticados posteriormente dentro de uma mesma sequência causal.

A propósito, não se pode fechar os olhos para uma realidade representada pela soma entre o caráter seletivo do Direito Penal e as profundas dificuldades econômicas apresentadas pelo Brasil. Daí ser imperativo que seja assegurada ao increpado o direito à defesa técnica de natureza gratuita, sob pena de transformar a regra ora proposta em uma norma natimorta. Neste ponto, o fortalecimento da assistência jurídica às pessoas carentes se apresentará como elemento chave para a concretização de um espaço de consenso justo e democrático⁴¹⁷.

Em suma, a primeira regra que deverá guiar a construção de um modelo brasileiro constitucional de espaço de consenso processual penal exige que o increpado, em todas as fases da negociação, esteja devidamente assistido por um procurador, inclusive em caráter gratuito, caso o réu não possa arcar com os seus custos sem prejuízo de seu sustento ou o de sua família. Essa assistência jurídica obrigatória e gratuita deverá, também, ser efetiva, sob pena de nulidade do acordo dali decorrente.

6.2.2 Do acesso integral aos elementos de prova

Extrai-se da principiologia que rege o espaço democrático de consenso que a negociação processual penal se legitima como uma estratégia defensiva, uma alternativa jurídica ao conflito inserida no campo da ampla defesa. Ocorre que, por conceito, tanto a ampla defesa como o contraditório, para se materializarem em consonância com os preceitos constitucionais que os asseguram, precisam ser efetivos, não meras manifestações formais consubstanciadas, no espaço de consenso, pelo acompanhamento do réu por advogado em audiência. Com efeito, no âmbito da barganha processual penal, uma defesa efetiva perpassa por se franquear ao réu e ao seu procurador acesso integral aos elementos probatórios produzidos no bojo da investigação⁴¹⁸. Sem a disponibilização desse acesso prévio e tempestivo à defesa das provas produzidas durante a fase de investigação preliminar criminal, o increpado restará impossibilitado de elaborar a estratégia mais adequada ao atendimento de seus interesses, o que viola a própria razão de ser da barganha. Em outras palavras, reputar-se-á como inconstitucional todo modelo de negociação processual penal que não reconhecer como elementar o acesso prévio e tempestivo do réu e de seu procurador ao integral conjunto

⁴¹⁷ Church, 1979, p. 522.

⁴¹⁸ Giacomolli, 2016, p. 141.

probatório constante dos autos, bem como nulos os acordos firmados em desrespeito a essa regra.

Decerto, o problema da ausência de acesso prévio aos elementos de prova por parte da defesa técnica aparenta ser uma questão muito mais ligada ao processo penal norte-americano, no qual a revelação do material incriminador somente se torna obrigatório durante a fase conhecida como *disclosure*, que no direito brasileiro, onde a súmula vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao réu e ao seu procurador aquela prerrogativa. Entretanto, não se pode perder de vista que o cenário político e jurídico que pauta a edição de leis ou a formalização de súmulas pode mudar. Isso significa que nada impede que uma emenda constitucional ou a edição de um novo Código de Processo Penal, consagrador de um inovador modelo de investigação, venham a trazer previsões diferentes em matéria de acesso ao conteúdo probatório por parte do investigado e de sua defesa técnica. Por isso, ainda que, neste momento, pareça redundante, óbvio ou despiciendo se cogitar da necessidade de previsão de uma regra expressa consagradora do acesso integral aos autos como elemento de validade do acordo processual penal, tal previsão normativa se revela de importância ímpar a fim de garantir eventuais retrocessos no futuro.

Enfim, a ausência de acesso prévio aos elementos de prova por parte da defesa técnica configura um dos principais pontos vergados pelos críticos da barganha (principalmente nos EUA) na defesa de seu ponto de vista, ante a possibilidade desse expediente funcionar como instrumento capaz de induzir inocentes a se declararem culpados. Vários defensores da barganha, inclusive, aceitam essa crítica, e batem por um direito à declaração informada de culpa. Permitir o contato exclusivo da acusação com os elementos probatórios produzidos ao longo da fase de investigação criminal cria uma vantagem indevida para o Ministério Público no espaço de consenso⁴¹⁹. O acesso igualitário às provas, por guardar íntima ligação com a paridade de armas, revela-se essencial para a compatibilização da barganha processual penal com a cláusula do devido processo legal⁴²⁰.

Outrossim, não se pode perder de vista que a jurisprudência norte-americana se sedimentou no sentido de que a validade da barganha em matéria criminal depende de uma ação livre, consciente e inteligente do réu que anui com a pena negociada junto ao Estado-acusação. Os conceitos de inteligência e consciência, porém, devem ser enxergados para além de uma perspectiva meramente formal. Inteligência e consciência verdadeiras pressupõem

⁴¹⁹ Zacharias, 1998, p. 1149.

⁴²⁰ Church, 1979, p. 509.

informação. Sem acesso integral às provas produzidas na fase investigatória, o increpado e seu procurador terão uma ciência meramente parcial do contexto jurídico no qual estão envolvidos, razão pela qual o acordo jamais poderá ser tido como fruto de um ato de vontade consciente e voluntário⁴²¹. Ainda que, como já visto, por definição, não se possa falar na figura da coerção, o cenário posto, por implicar em um erro induzido de maneira artificiosa, muito se assemelhará a outro vício capaz de macular a vontade do sujeito, o instituto do dolo do Direito Civil.

Pontue-se que à defesa técnica deverá ser conferido um prazo razoável para a análise do caderno apuratório. A elaboração de uma estratégia defensiva demanda tempo e reflexão. Por mais que a experiência e a qualidade técnica dos profissionais da área jurídica permita que eles (talvez) formem rapidamente a sua convicção acerca da opção pelo espaço de consenso, o mesmo não se pode dizer quanto ao réu, que tomará uma difícil decisão de vida. A tempestividade, aqui entendida como qualidade daquilo que é oportuno, que se desenvolve no tempo próprio, também desponta como uma relevante característica que circunda a garantia de acesso às provas no âmbito da negociação processual penal.

Por todo o exposto, conclui-se que a segunda regra edificante de um espaço de consenso constitucional enuncia que à defesa será assegurado acesso integral, prévio e tempestivo a todos os elementos de prova produzidos na fase investigatória. Observe-se, no entanto, que a obrigação estatal recai apenas sobre a disponibilização de todo o conjunto probatório ao réu e ao seu procurador. Esses últimos, como titulares desse direito de acesso, poderão dele se valer ou não no caso concreto⁴²². Significa que a disponibilização do material ao acusado, não o seu efetivo acesso, constituirá a obrigação imposta ao Estado. O desrespeito à primeira hipótese acarretará a nulidade do acordo obtido entre as partes, ao passo que a não materialização da última, por se cuidar de uma prerrogativa do próprio acusado, deixará de carrear quaisquer consequências jurídicas automáticas.

6.2.3 Da formalização da acusação

Partindo do princípio de que a opção pelo espaço de consenso espelha uma estratégia defensiva inerente à garantia da ampla defesa, já se definiu que a tomada de uma decisão efetivamente consciente e voluntária perpassa por se assegurar ao réu e ao seu procurador

⁴²¹ Douglass, 2007, p. 585.

⁴²² Goldstein, 1975, p. 701.

acesso a todo o conjunto probatório disponível à acusação. Essa constatação baseia-se na premissa de que uma escolha, para ser reputada como realmente informada, demanda que aos agentes responsáveis pela decisão sejam disponibilizadas todas as informações potencialmente capazes de influenciar na formação de seu juízo. Neste norte, percebe-se que o mero franqueamento dos elementos de prova ao increpado se mostra insuficiente para assegurar uma tomada de decisão informada. É preciso ir além. A definição de uma estratégia exige que o indivíduo submetido à persecução penal saiba qual o pior cenário possível, a alternativa mais grave à ausência de acordo. Para tanto, revela-se imperativo que a formalização prévia da acusação, com a descrição dos fatos criminosos e a capitulação correspondente, funcione como ponto de partida das negociações⁴²³.

A importância da prévia formulação da acusação como pressuposto para a construção de um espaço de consenso constitucional, todavia, extrapola sua relação para com a noção de estratégia defensiva e a garantia da ampla defesa. Isso porque tal medida também funciona como um mecanismo de limitação de eventuais excessos acusatórios. O estudo da jurisprudência e da doutrina norte-americana demonstrou que um dos maiores problemas, aquele que talvez enseje as mais profundas críticas ao *plea bargaining*, está relacionado ao fenômeno conhecido como *overcharging*, no qual o Ministério Público se valeria de um possível aumento das acusações como forma de fazer o réu ceder e anuir com a proposta entendida como deveras adequada pelo titular da ação penal. Neste diapasão, a oferta prévia da exordial ministerial, por apresentar ao denunciado o mais grave quadro acusatório possível, tanto em termos fáticos como de capitulação, e por também bitolar as etapas processuais vindouras – qualquer adição fática demandaria eventual aditamento motivado –, evita que um eventual excesso de imputações seja vergado como mera tática de barganha⁴²⁴. Não por outra razão, os Estados de Nova Iorque e Ohio adotam a política de obrigar o Ministério Público, caso haja pedido do réu, a indicar a conduta criminosa e a natureza das infrações penais objeto de imputação durante a barganha⁴²⁵.

Existem ainda outros fundamentos que, mesmo que de maneira secundária, conferem suporte à elaboração de uma regra que imponha a formalização prévia da denúncia como elementar necessária à edificação de um espaço de consenso constitucionalmente adequado. A professora e juíza Anne Traum, fazendo inclusive referência ao Ministro da Suprema Corte Harold Blackmun, salienta, com razão, que a exigência de prévia formalização da acusação

⁴²³ Ortman, 2020, p. 483.

⁴²⁴ Schünemann, 2013, p. 260.

⁴²⁵ Crespo, 2023, p. 22.

está também relacionada ao Princípio da Publicidade, uma vez que, em uma democracia, a promotoria de justiça deve sempre manter as práticas acusatórias à vista do público⁴²⁶.

Conforme tese defendida neste trabalho, a negociação processual penal, para ser reputada constitucional, deve ser balizada por princípios, regras e precedentes jurisprudenciais, culminando na construção de um processo no qual a opção do increpado pela via do consenso deriva de uma persuasão racional. Do reconhecimento da existência de um conjunto normativo balizador da barganha deriva a necessidade de se definir previamente os fatos criminosos objeto da imputação e a sua capitulação jurídica, para, somente então, iniciar as negociações. Somente assim diferenciar-se-á a negociação processual penal de uma simples compra e venda de um cavalo⁴²⁷, como jocosamente gostam de dizer os críticos.

Para finalizar, saliente-se que a exigência de formalização prévia da denúncia como pedra fundamental para a construção de um espaço de consenso constitucional também deriva do próprio sistema acusatório. Segundo Norberto Avena, a nomenclatura sistema acusatório carrega consigo uma carga normativa, pois, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias⁴²⁸. Ante a inexistência de justificativa ontológica para a abertura de uma exceção, essa exigência constitucional, própria dos regimes democráticos, deve ser aplicada indistintamente aos espaços de conflito e de consenso.

Assim, a terceira regra a pautar o espaço de consenso democrático brasileiro demanda que a formalização prévia da denúncia, peça na qual se narra o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, seguido de sua correspondente capitulação jurídica, funcione como ponto de partida para a negociação processual penal.

6.2.4 Do controle jurisdicional prévio da justa causa

Além do contraditório, a democracia traz em sua essência a noção de repartição de poderes, aquela ideia, que encontra suas raízes nos trabalhos do famoso iluminista francês Montesquieu, de que um sistema de freios e contrapesos se apresenta como medida imprescindível no combate a abusos e iniquidades por parte do Estado⁴²⁹. Inclusive, não há como fugir da constatação de que freios e contrapesos se mostram essenciais para o Direito e

⁴²⁶ Traum, 2015, p. 835.

⁴²⁷ Utz, 1978, p. 130 e 134.

⁴²⁸ Avena, 2023, p. 07.

⁴²⁹ Barkow, 2006, p. 1014-1015.

o Processo Penal em um Estado Constitucional Democrático, visto que a seara jurídico-criminal lida com cenários nos quais a liberdade e a vida das pessoas estão sempre em iminente risco. Daí porque a transposição dessas noções para o espaço de consenso se revela imperativa. A eventual concentração excessiva de poderes nas mãos da promotoria pública impede a concretização da garantia da paridade de armas, tão essencial à materialização da cláusula do devido processo legal. Portanto, conclui-se pela urgência em se limitar externamente o poder da acusação no processo de barganha, limitação essa que, dentro de um sistema de separação de poderes, incumbirá, por sua conformação constitucional, ao Poder Judiciário.

Antes de se passar ao desenvolvimento da regra que expressará o modo como a limitação da atividade persecutória no espaço de consenso será exercida pelo Poder Judiciário, importante consignar que há outros motivos e fundamentos que justificam a elaboração dessa norma. Destarte, em caráter argumentativo acessório, pode-se citar, por exemplo, que o excesso de poder concentrado nas mãos do Estado-acusação viola o princípio acusatório, ante a possibilidade de que o promotor de justiça possa se imiscuir em algumas funções tipicamente jurisdicionais⁴³⁰. Além disso, há o receio de que a concentração de poderes nas mãos do Ministério Público, ou mesmo a ausência de devida supervisão no uso de suas atribuições, poderia acarretar eventual abuso no uso da ferramenta consensual, algo que se concretizaria, objetivamente, na judicialização de casos que, no espaço de conflito, talvez seriam arquivados⁴³¹. Ainda que esse receio de aumento do alcance do poder punitivo estatal seja mais teórico que empírico – pesquisas de campo revelaram que o Ministério Público não costuma propor acordos na ausência de causa provável para tanto, pois comportamentos dessa natureza prejudicam sua imagem perante o judiciário, minam sua credibilidade e atrapalham casos futuros⁴³² –, não há como negar que se trata de uma preocupação legítima e que, como tal, não pode ser simplesmente descartada quando da construção de um modelo de espaço de consenso.

A propósito, consigne-se que muitas das críticas elaboradas pela doutrina norte-americana ao *plea bargaining* se baseiam, justamente, em um acúmulo de poder na figura do promotor de justiça, em violação, por conseguinte, à norma constitucional que consagra a separação de poderes. A solução proposta pela doutrina norte-americana para tal problema, adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, reside, justamente, na realização do controle da

⁴³⁰ Wan, 2007, p. 41.

⁴³¹ Duclerc; Matos, 2022, p. 10.

⁴³² Utz, 1978, p. 97.

justa causa para a ação penal pelo Poder Judiciário. Parte dessa doutrina sustenta que o principal objetivo de se exigir a presença da justa causa como pressuposto para a deflagração do processo de negociação deriva do imperativo de se proteger o sistema de justiça criminal de pedidos desnecessários de reconhecimento de culpa por parte de réus inocentes. Esses autores, inclusive, salientam que o controle da causa provável precisa ser concreto, efetivo, algo que muitos juízes deixam de realizar, tanto que apenas 2% dos *plea agreements* deixam de ser homologados pelo Poder Judiciário⁴³³.

Para além da defesa doutrinária da supervisão judicial da causa provável, sabe-se que a possibilidade de controle jurisdicional da presença de base probatória para a ação penal encontra guarida na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Todavia, a forma como o Poder Judiciário exercerá o controle varia conforme o estado, dada a ampla margem de liberdade conferida pela Constituição dos Estados Unidos aos entes integrantes da federação. Assim, alguns mecanismos estaduais de controle da discricionariedade ministerial são alvo de críticas por parte da doutrina, por serem enxergados como fracos ou insuficientes a evitar a concentração excessiva de poderes nas mãos da promotoria pública e eventuais abusos na atividade persecutória. O sistema do Estado de Nova Jersey, neste diapasão, por regular com detalhes a supervisão da presença de justa causa por parte do Poder Judiciário, atuando como uma barreira ao excesso de discricionariedade, é frequentemente foco de elogios doutrinários⁴³⁴. Sucintamente, tem-se que a *New Jersey Rules of Court* exige que a proposta de acordo seja reduzida a escrito pela promotoria e submetida formalmente à defesa técnica. As *Attorney General Guidelines For Negotiating Cases*, a seu turno, dispõem sobre a importância de indicação dos motivos que levaram à formulação de uma determinada proposta. O juiz poderá, inclusive, fazer perguntas ao réu e aos terceiros a fim de averiguar a presença de base factual para o acordo⁴³⁵. A presença dessas balizas regulamentares contribui para o exponencial crescimento da efetividade da supervisão judicial da presença de justa causa.

Relembre-se que a participação judicial no espaço de consenso deve se dar fora do âmbito da negociação. Afinal, uma vez que o Estado-juiz, por meio de seu representante, participa do processo de barganha, estar-se-á diante da possibilidade concreta da obtenção de

⁴³³ Klein, 2003-2004, p. 1397-1398.

⁴³⁴ Brown, 2016, p. 1251.

⁴³⁵ Turner, 2021, p. 1019.

um acordo mediante coerção⁴³⁶. O juiz da causa deve se manter alijado das negociações a fim de garantir a sua imparcialidade e preservar a própria separação de poderes.

Se inexistir dúvida acerca da imprescindibilidade da formulação de uma regra que imponha a supervisão do processo de barganha por um órgão externo, no caso, o Poder Judiciário, a fim de assegurar que o espaço de consenso processual penal se qualifique como um sistema real de freios e contrapesos, a questão final recai em se definir qual o melhor momento para a realização desse controle. O direito americano trabalha com o exercício jurisdicional do controle da justa causa após a finalização da barganha, quando da apresentação da proposta em juízo para fins de homologação e sentenciamento. O fenômeno ocorre concomitantemente ao exame da voluntariedade da avença. Todavia, há uma solução que se afigura tecnicamente superior a essa, qual seja a antecipação do controle da presença da justa causa para o momento do recebimento da denúncia. A um porque tal atividade encontra-se em maior consonância com a tradicional normatização processual brasileira, a teor do disposto no art. 395, III, do CPP, que impõe ao magistrado o dever de rejeitar a exordial acusatória na ausência de justa causa. A dois porquanto a possibilidade de rejeição imediata da denúncia consagra o princípio da duração razoável do processo a partir da visão do acusado, o qual sequer será submetido a uma fase preliminar do processo quando o juiz, de pronto, verificar a inexistência de fundamento probatório para tanto. Finalmente, como a propositura da inicial pressupõe o fim da investigação criminal preliminar, sabe-se que o Ministério Público não promoverá mais a produção de qualquer prova ao longo da fase negocial, de maneira que se mostra ilógico permitir a realização de negociações tendentes à realização de um acordo que seguramente será rejeitado por falta de justa causa. Razões consuetudinárias, jurídicas e lógicas impõem o controle jurisdicional antecipado da presença de base factual para o processo, inclusive o negocial.

Destarte, conclui-se que, como quarta regra para a edificação de um espaço democrático de consenso, incumbirá ao Poder Judiciário efetivar o controle da justa causa para o exercício da ação penal antes da deflagração do processo negocial, ao promover o recebimento ou rejeição da inicial acusatória.

⁴³⁶ Batra, 2015, p. 572.

6.2.5 Da iniciativa defensiva

Este subtópico versa sobre um dos pontos deste trabalho que, provavelmente, mais desagradará aos membros do Ministério Público, mas que, ao mesmo tempo, configura uma conclusão hialina, extraída da principiologia que rege o espaço de consenso. Cuida-se do imperativo de se conferir, com exclusividade, a iniciativa de deflagração do processo de negociação à defesa. Afinal, se a barganha processual penal se justifica e legitima como uma estratégia defensiva, como uma consequência da garantia da ampla defesa, a iniciativa da deflagração do processo negociatório somente poderá recair sobre o titular daquele interesse. Entender de modo contrário, ou seja, atribuir ao Estado-acusação a iniciativa negocial, ainda que não implique em uma atitude coercitiva por ausência de adequação conceitual, pressupõe a barganha como meio de diminuição do espaço-tempo procedimental e mera sumarização da atividade cognitiva. Principiologia de índole exclusivamente utilitarista e que não se adequa aos ditames de um espaço de consenso que se pretenda constitucional.

Perceba-se que a regra proposta outorga ao réu (terminologia adequada, uma vez que já se deu o recebimento da inicial acusatória) a iniciativa, a capacidade exclusiva de sinalizar ao Ministério Público a existência de interesse defensivo na solução consensual da questão criminal. Todavia, isso não significa que exista um direito subjetivo do acusado ao acordo de persecução penal, nem mesmo à formulação de uma proposta. O pressuposto para a existência de um consenso reside na vontade livre e consciente das partes na realização de um acordo. Se uma das partes, inclusive o Estado-acusação, não deseja o caminho da solução negociada, a porta do espaço de conflito representará a única saída possível para a demanda de natureza penal. Portanto, continua plenamente válida e aplicável a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, a exemplo do decidido no âmbito dos *habeas corpus* n. 191.124 AgR e 164.677, consolidou seu entendimento no sentido de que inexistente direito subjetivo do acusado ao acordo processual penal, além do que não é dado ao Poder Judiciário impor ao MP a obrigação de apresentar proposta de ANPP ao increpado⁴³⁷.

Em suma, confere-se ao acusado a iniciativa de pedir a abertura de uma negociação a ser desenvolvida no espaço de consenso processual penal, não o direito de receber uma oferta por parte do Ministério Público. Obviamente, visto que ao réu não se outorga a prerrogativa de receber uma proposta, igualmente lhe será defeso, neste primeiro momento, propor os seus termos. Afinal, inexistente lógica, revela-se totalmente contraproducente e em desacordo com os

⁴³⁷ Vasconcellos, 2022, p. 12.

preceitos da economia processual se lavrar uma minuta prévia de acordo em um cenário no qual sequer se sabe se existirá abertura legal para uma solução consensuada. A iniciativa de indicação motivada dos termos da proposta somente deverá partir do titular da ação penal, órgão ao qual incumbe a titularidade do interesse persecutório e que, por conseguinte, também se apresenta como constitucionalmente habilitado a perquirir a presença dos requisitos definidos em lei como condicionantes da solução consensual da questão criminal e qual a melhor resposta estatal para a infração penal sob exame.

Uma vez que a principiologia que rege o espaço de consenso definiu que o Ministério Público brasileiro sempre agirá com fulcro no Princípio da Obrigatoriedade, resta claro que o promotor de justiça não estará simplesmente livre para tomar a decisão de barganhar ou rejeitar a negociação. Outrossim, uma vez que o espaço de consenso será construído como um procedimento desenvolvido em contraditório, mostrar-se-á imprescindível oportunizar à defesa a possibilidade de se insurgir contra a decisão tomada pelo órgão ministerial que, eventualmente, opta pelo espaço de conflito. Somadas essas duas normas de caráter principiológico, chega-se à conclusão de que, uma vez instado pela defesa técnica a barganhar, a negativa ministerial deverá ser necessariamente formalizada e fundamentada com base na lei. Para fins de clareza, todos os mecanismos de impugnação das decisões ministeriais, inclusive aqueles vergados em face de propostas tidas como insuficientes ou desproporcionais, serão tratados em um subtópico próprio.

Ainda em face da constatação de que o MP brasileiro sempre atuará pautado pelo princípio da obrigatoriedade, importante ressaltar o imperativo de controle por parte da lei de todas as facetas procedimentais ora expostas. Isso significa que caberá ao legislador definir, de acordo com um juízo de política criminal, quais fundamentos poderão ser erigidos pelo titular da ação penal a fim de negar ao réu interessado uma solução consensual da questão criminal. Assim, o órgão de execução ministerial somente poderá rejeitar o pedido defensivo de abertura de tratativas negociais mediante o apontamento justificado da presença de uma das hipóteses legais que vedam a barganha processual penal. Defeso será ao promotor público exercer o ausente poder de deixar de atuar no espaço de consenso por assim o preferir, já que a prerrogativa de nada fazer exprime uma conduta discricionária⁴³⁸ e, portanto, incompatível com a estrutura constitucional do Ministério Público brasileiro.

Conforme reiteradamente salientado nos capítulos anteriores, inexistente qualquer óbice constitucional à resolução negociada das questões de natureza criminal. Critérios de política

⁴³⁸ Utz, 1978, p. 20.

criminal, bem como as características do caso concreto ou do próprio denunciado é que fecharão a porta à saída negociada. Neste contexto, no qual o legislador infraconstitucional possuirá ampla margem de manobra, apenas uma situação se apresenta evidentemente impossível de ser resolvida no âmbito do espaço de consenso. Cuida-se dos crimes dolosos contra a vida, os quais, por mandamento constitucional, devem ser remetidos ao conhecimento, processamento e julgamento por parte do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CR/88). A questão do júri apresenta-se peculiar por duas razões. Inicialmente, por cuidar-se de uma garantia do cidadão que funciona em duas acepções, tanto para o acusado, ao qual se assegura o julgamento por seus pares⁴³⁹, quanto para os jurados, detentores da prerrogativa democrática de participar da atividade jurisdicional⁴⁴⁰. Além disso, tem-se que o constituinte se valeu da peculiar expressão soberania ao se referir aos veredictos exarados pelo Tribunal do Júri, terminologia essa que exprime um sentido muito particular, o de um poder que não pode ser restringido por outro, dada sua natureza suprema⁴⁴¹. Assim, uma interpretação simples e literal da Constituição Federal torna patente a impossibilidade de que o legislador constitucional venha a limitar a competência do Tribunal do Júri, o que impede que os crimes dolosos contra a vida sejam resolvidos no bojo do espaço de consenso processual penal.

O problema que ainda resta a ser enfrentado relaciona-se à operacionalização desses elementos, ou seja, como e quando deverá se outorgar à defesa a iniciativa de pleitear a solução da contenda criminal na esfera consensual. A tradição escrita romano-germânica, o respeito à estrutura historicamente consagrada do processo penal brasileiro, a importância que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas vêm conferindo à formalização das propostas de acordo e a necessidade de que uma relevante decisão de vida seja envolta em um tempo razoável de maturação conduzem a uma só conclusão: o pedido de acordo deverá ser efetuado, peremptoriamente, em sede de resposta à acusação. Perceba-se que, neste momento, a defesa já terá em suas mãos todas as informações fáticas, probatórias e jurídicas necessárias à formação de sua convicção acerca da melhor estratégia a ser tomada. De igual modo, sabe-se que a resposta à acusação exprime uma peça de natureza primordial para o desenvolvimento do processo penal, o qual não prosseguirá sem aquela. Ou seja, as partes necessariamente deverão se debruçar sobre os fatos e as provas, o que cria solo fértil para a tomada da decisão de barganhar. O prazo de 10 (dez) dias conferido pela lei também se revela suficiente para que o réu e o seu procurador reflitam sobre eventual interesse em uma solução

⁴³⁹ Martins, 2024, p. 456.

⁴⁴⁰ Grinover, 2012.

⁴⁴¹ Ferreira Filho, 2022, p. 42.

consensuada. Destarte, adequado se mostra que o pedido de abertura do espaço de consenso seja formalizado pela defesa técnica em sede de resposta à acusação, sob pena de preclusão.

Este ponto, todavia, merece uma pequena digressão. Isso porque, conforme estudado alhures, embora exista, nos Estados Unidos da América, uma fase processual própria para o desenrolar das negociações relativas ao *plea bargaining*, eventual acordo pode, de modo geral, ser apresentado pelas partes ao crivo do Poder Judiciário em qualquer momento do processo. Essa mesma abertura, porém, não se revela compatível com a realidade processual brasileira. Em um processo penal no qual a defesa possui acesso completo prévio e imediato ao pior cenário possível, no qual todas as provas produzidas durante a investigação preliminar criminal já lhe foram apresentadas e o Poder Judiciário, inclusive, realizou o controle inicial da presença de justa causa, inexistente qualquer razão técnica a justificar o afastamento da figura da preclusão. Nos EUA, o cenário jurídico ao qual se submete o réu se modificará substancialmente após a *discovery* e as *pretrial motions*. Daí outorgar-se uma abertura negocial posterior às partes, a fim de que a defesa, especialmente, exercite novamente o seu juízo estratégico em face de uma nova realidade. A ausência de paralelismo entre o cenário norte-americano e o brasileiro no que tange à produção probatória e ao quadro de imputações impõe a previsão de um momento processual específico para a deflagração do processo de negociação pátrio, sob pena de se transmudar uma estratégia defensiva em uma libertinagem processual⁴⁴².

Enfim, não se pode perder de vista que o conjunto de atos concatenados que compõem o procedimento tende a conduzir os atores processuais a um final, uma sentença que refletirá a participação das partes na sua construção. A preclusão representa um instituto capaz de assegurar que a marcha procedimental chegará, eventualmente, a um desfecho, a um provimento estatal decisório, ao invés de culminar em um “indo e vindo infinito”⁴⁴³. Abrir mão do instituto da preclusão sem que haja um fundamento jurídico para tanto, na ausência do risco de que o reconhecimento da preclusão implicará em lesão a direitos e garantias fundamentais do indivíduo submetido à persecução penal, viola a lógica do processo e do sistema de justiça.

Por todo o exposto, enuncia-se a quinta regra edificante do espaço de consenso, a qual dispõe que a iniciativa da solução negocial caberá exclusivamente à defesa, que deverá manifestar seu interesse na barganha quando da lavratura da resposta à acusação, sob pena de

⁴⁴² Gajardoni; Dellore, 2020, p. 305.

⁴⁴³ Câmara, 2024, p. 516.

preclusão. O órgão de execução ministerial somente poderá negar o pedido defensivo de abertura do processo negocial com base em manifestação fundamentada calcada em critérios a serem desenvolvidos pelo legislador infraconstitucional com base em juízos de política criminal, excetuados em abstrato dessa abertura, por mandamento constitucional, apenas os crimes dolosos contra a vida. A exigência de indicação das razões que levaram à convicção ministerial servirá para o exercício efetivo da garantia do contraditório por parte do réu interessado no processo de barganha, conforme sistema de impugnação que será desenvolvido em tópico próprio.

6.2.6 Da audiência preliminar

As alegadas disparidades de poder entre acusação e defesa no âmbito da barganha processual penal norte-americana exprimem um dos principais problemas apontados na prática negocial daquele país pela doutrina. A ausência de publicidade das negociações, as dificuldades de obtenção de material probatório por parte da defesa e a inexistência de uma definição da imputação final previamente ao começo das tratativas são fatores que, como analisado alhures, contribuem para a formulação dessas críticas. Parece lógico inferir, de igual modo, que se a oportunização do exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa configuram elementares essenciais para a construção de um processo democrático de negociação em matéria penal, deve ser conferida à defesa alguma abertura para a introdução de provas nos autos durante a barganha, isso a fim de equilibrar a sua situação com a do Ministério Público, que logrou produzir elementos de convicção que formaram o seu convencimento durante a fase de investigação preliminar criminal. Um espaço de consenso que se pretenda constitucional precisa construir mecanismos aptos a fornecer uma solução a essas questões.

Nesta senda, a busca pela paridade de armas que deve qualificar o espaço de consenso deve se materializar na forma de uma audiência preliminar. Segundo parcela considerável da doutrina estadunidense, a barganha em matéria criminal possui o potencial de representar um fenômeno positivo porque inclui e empodera o réu na tomada de decisões capazes de afetar definitivamente a sua vida⁴⁴⁴. Daí a importância de que um processo de negociação inclua o acusado de modo significativo. Isso abrange mais que apenas o fornecimento de dados por parte do Estado-acusação, mas também o imperativo de se assegurar ao réu a possibilidade de

⁴⁴⁴ Zacharias, 1998, p. 1143.

transmitir ao Ministério Público informações que serão ouvidas e consideradas, de modo a potencialmente influir nos termos da oferta ou de um eventual acordo. E um espaço de oitiva e troca de informações, por certo, deve se materializar na forma de uma audiência, até porque a dinâmica oral privilegia, por sua própria natureza, a garantia do contraditório, o qual deve se fazer presente em todas as etapas da negociação processual penal.

Enfim, a forma de concretização desse direito de efetiva influência na convicção ministerial, seja para fins de elaboração dos termos de uma proposta de acordo ou até de reconsideração de alguns termos da denúncia, deve se dar através de uma audiência preliminar. Em um espaço de consenso constitucionalizado, ao acusado deve ser assegurada uma audiência preliminar que contará com a presença do órgão de execução ministerial, na qual o réu poderá apresentar argumentos e provas, além de pedir ao promotor público que aponte as razões que levaram à formação do seu convencimento. Embora não constitua função institucional do MP explicar o teor da acusação ao increpado, o promotor de justiça poderá acatar o requerimento do acusado e apontar as provas que forneceram justa causa para a ação penal, caso entenda que essa conduta poderá influir positivamente na obtenção de uma solução consensual para o caso.

Perceba-se que, uma vez que a audiência preliminar servirá para a apresentação de argumentos fáticos e jurídicos por ambas as partes, essas poderão, ainda que sucintamente, debater sobre a causa deduzida em juízo. Isso pressupõe a possibilidade de que o réu traga elementos probatórios pré-constituídos durante a audiência preliminar. Essa faculdade conferida à defesa não deve gerar qualquer estranheza, pois a tradição jurídica brasileira, expressa por meio do art. 396-A do Código de Processo Penal, consagra a possibilidade de que a defesa introduza elementos de prova documentados nos autos junto com a resposta à acusação. Logo, nada impede que o sentido desse dispositivo legal seja alargado, a fim de que que essas provas documentadas também sejam trazidas pela defesa técnica à audiência preliminar. A introdução de provas pré-constituídas nos autos por parte do réu em sede de defesa preliminar também deve abranger as condições pessoais do acusado, pois esses elementos permitem que se chegue a uma pena mais personalizada⁴⁴⁵ – aliás, mais individualizada que aquela aplicada em sede de sentença proferida no âmbito do espaço de conflito, segundo alguns estudos empíricos⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Maynard, 1982, p. 351.

⁴⁴⁶ Maynard, 1982, p. 357.

Sabe-se que, a fim de propiciar o exercício efetivo do contraditório e por força do princípio da obrigatoriedade, a proposta de acordo de não persecução penal deverá ser sempre motivada. Logo, caso a oferta seja apresentada ou alterada durante a audiência preliminar, o Ministério Público deverá indicar os fundamentos que conduziram à formulação dos termos daquela proposta em audiência⁴⁴⁷.

Em suma, a audiência preliminar será o momento processual adequado para que as partes negociem os termos do pretendido acordo de não persecução penal. Nesta fase, como forma de conferir concretude à principiologia que norteia o espaço de consenso, especialmente o contraditório efetivo, a ampla defesa e a garantia de liberdade, será permitido ao acusado e ao seu defensor: a) trazer ao conhecimento do Ministério Público argumentos de natureza fática e jurídica que, de algum modo, beneficiem os seus interesses; b) introduzir nos autos elementos documentados de prova, inclusive aqueles relativos às suas condições pessoais; c) demandar do órgão de execução ministerial que indique os fundamentos que levaram à formulação ou alteração dos termos de uma determinada oferta, caso não tenham sido indicados previamente; d) requerer a indicação dos elementos de prova que conduziram à formação da convicção ministerial; e) debater, de modo geral, os termos da proposta. Dada essa ampla possibilidade de negociação, soa adequado afirmar que o ato processual preliminar em comento espelhará uma verdadeira audiência para estabelecimento dos fatos objeto do acordo, afastando o ANPP de um mero contrato de adesão.

A título de curiosidade, vale citar que os ordenamentos que adotaram o modelo de audiência preliminar para estabelecimento dos fatos, em contrapartida a propostas que se equiparam a contratos de adesão, registraram experiências mais bem sucedidas e com maiores taxas de acordos⁴⁴⁸.

Certamente, os argumentos trazidos pela defesa poderão alterar a convicção ministerial acerca dos fatos, da capitulação conferida aos eventos ou mesmo da justeza dos termos de uma proposta pré-pronta. Caso contrário, não haveria sentido na realização de uma audiência preliminar. Todavia, novamente para fins de clareza, a possibilidade de efetivação de acordos parciais e as próprias matérias aptas a constituírem objeto da avença serão tratadas em subtópico autônomo.

Antes de encerrar, vale dizer que há autores brasileiros que sustentam que o Ministério Público deveria ser obrigado a investigar eventuais argumentos favoráveis à defesa como

⁴⁴⁷ Bibas, 2012, p. 153.

⁴⁴⁸ Utz, 1978, p. 108.

condição para que se obtivesse uma barganha equilibrada⁴⁴⁹. No entanto, cuida-se de providência que não encontra arrimo no ordenamento jurídico nacional. Primeiramente porque impor ao órgão de execução ministerial o dever de realizar uma diligência que nada importa para a formação do seu convencimento, que se revela inócua para a definição do seu entendimento, fere de morte a garantia constitucional da independência funcional. O promotor de justiça, uma vez que se depara com um argumento defensivo, possui a possibilidade e até o dever legal de levar em conta aquelas alegações durante a formação da *opinio delicti*. Caso entenda pertinente a providência proposta pela defesa, o promotor de justiça, como o próprio nome indica, irá agir no sentido de melhor perquirir a situação suscitada, podendo, inclusive, ao final, usar o resultado da diligência na formação da sua opinião. Significa que a providência defensiva não acatada pelo MP representa o resultado de um juízo de valor negativo, de uma análise de mérito na qual se concluiu que aquela alegação seria inútil, infundada ou impertinente. Neste norte, acatar o pleito desse setor doutrinário nada mais representaria que submeter o Ministério Público a um inconstitucional capricho defensivo.

Destarte, a sexta regra proposta para a criação de um espaço de consenso processual penal democrático enuncia que, no processo de negociação, ao réu será assegurada a possibilidade de, em sede de uma audiência preliminar, realizada na presença do representante do Ministério Público, a apresentação de argumentos, a introdução de provas pré-constituídas e a discussão geral dos termos da proposta de acordo.

6.2.7 Da necessidade de formalização da proposta de acordo

A existência de regras que exigem que o representante do Ministério Público venha a apontar os fundamentos que o levaram a rechaçar um pedido de abertura de negociações ou indicar os motivos que levaram à formulação de uma determinada oferta já sugerem que a formalização da proposta de acordo representa uma necessidade do sistema de justiça penal negocial. A tradição escrita romano-germânica e o imperativo de assegurar o contraditório efetivo também contribuem para que se possa chegar a essa conclusão por um mero juízo de inferência. Todavia, para melhor compreensão, afigura-se relevante consignar expressamente aquela que exsurge como uma conclusão lógica da sistemática do espaço de consenso, qual seja a necessidade de que as propostas de acordo de não persecução penal sejam necessariamente formalizadas por parte do Ministério Público. Tarefa essa que deverá se

⁴⁴⁹ Streck, 2019.

desenrolar em momento posterior à resposta à acusação e até, mas também durante, a audiência preliminar de assentamento dos fatos.

Aliás, debater a questão que revolve o momento adequado para a materialização da oferta ministerial também justifica o enfrentamento do tema em um subtópico separado. Afinal, esse trabalho já versou longamente acerca das críticas formuladas pela doutrina estadunidense em face de acordos realizados em corredores de fóruns, nos quais o espaço de consenso se transforma em uma compra e venda de cavalos e o Poder Judiciário se vê limitado na atividade de promover a devida supervisão sobre a conduta das partes acordantes⁴⁵⁰. Enfim, resta a incumbência de identificar qual o melhor momento processual para que essa formalização aconteça, de modo a potencializar os benefícios de eventual consenso havido entre as partes envolvidas na negociação.

Neste norte, percebe-se que duas ocasiões se apresentam igualmente adequadas para que o Ministério Público ofereça os termos de sua proposta ao réu. O primeiro deles envolveria uma oportunização de manifestação escrita após a resposta à acusação, momento no qual o órgão de execução ministerial se pronunciaria sobre o interesse defensivo na solução consensual, seja para declinar fundamentadamente da via negocial, seja para, de plano, oferecer a sua proposta de acordo. Essa alternativa traz em si a vantagem de conferir ao acusado e ao seu procurador um lapso temporal considerável para fins de reflexão sobre a possibilidade de solução consensual da questão criminal, pois as tratativas finais somente ocorrerão em sede de vinda audiência preliminar.

Ocorre que existe uma outra hipótese de formalização que carrega consigo algumas vantagens e que, portanto, também deveria ser autorizada por uma legislação que pretenda processualizar adequadamente o espaço de consenso. Cuida-se da possibilidade de que a proposta de ANPP seja formulada diretamente pelo titular da ação penal em sede de audiência preliminar. A abertura a essa alternativa deriva do fato de que eventual solução consensual deve levar em consideração tanto as particularidades do caso como, também, de seu autor. Nesta senda, muitas das vezes o órgão de execução ministerial pode desejar colher maiores elementos de convicção acerca do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias, em especial aquelas ligadas à pessoa do réu, em sede de audiência preliminar, ou seja, antes de formular uma proposta que, ante a falta de informações mais concretas, poderia se afigurar demasiadamente tênue ou gravosa. Daí a relevância de se assegurar ao MP a possibilidade de relegar a formação de sua convicção acerca dos termos da proposta ao bojo da audiência

⁴⁵⁰ Johnson, 2022, p. 726.

preliminar, cenário no qual a formalização da oferta constará, de modo pormenorizado, da ata do referido ato processual.

Destarte, como sétima regra de criação de um espaço de consenso processualizado, acredita-se que a proposta de acordo de não persecução penal deverá ser sempre formalizada pelo Ministério Público, seja de modo escrito, em caráter subsequente à resposta à acusação, seja durante a audiência preliminar, cenário no qual seus termos constarão da ata do referido ato processual.

6.2.8 Da publicidade (*a priori*) das negociações

Seguramente um dos temas mais tormentosos relativos à definição do conjunto de regras que irá regulamentar o espaço de consenso revolve a questão da publicidade das negociações. Afinal, como visto quando da análise da jurisprudência e da doutrina norte-americanas, a ausência de publicidade da barganha traz consigo problemas relacionados à falta de transparência estatal no trato das pessoas submetidas à persecução penal. A publicidade exprime uma das principais facetas da democracia, tanto que o sigilo representa a forma de trabalho primordialmente escolhida por Estados totalitários e regimes autocráticos. Por isso, *a priori*, pareceria lógico assegurar a publicidade de todos os atos negociais desenvolvidos entre as partes, facultando a qualquer um do povo acesso e acompanhamento das negociações desenvolvidas na audiência preliminar de estabelecimento dos fatos.

A doutrina estadunidense ataca fortemente as negociações e acordos obtidos à margem do escrutínio público, nas ironicamente intituladas condições *under the table*⁴⁵¹. Argui-se que as barganhas sigilosas, além de não permitirem o controle pelo povo, seriam uma fonte potencial de arbitrariedades⁴⁵², impediriam a identificação de uma eventual atuação defensiva ineficiente⁴⁵³ e obstarium o exercício do controle jurisdicional externo⁴⁵⁴. A publicidade do processo negociatório representa uma grande demanda da doutrina norte-americana, a qual defende essa medida como um imperativo decorrente diretamente da Sexta Emenda à Constituição dos EUA.

Ocorre que, lado outro, há argumentos lançados em sede negocial dos quais as partes se valem apenas a título exploratório ou hipotético, como um blefe ou uma eventual sugestão

⁴⁵¹ Turner, 2021, p. 1021.

⁴⁵² Barkow, 2006, p. 1027.

⁴⁵³ Bibas, 2012, p. 151.

⁴⁵⁴ Traum, 2015, p. 829.

de culpa, cujo uso, embora lícito, pode restar inibido em face da presença de público na audiência. Afinal, as pessoas mudam de comportamento ao serem observadas, máxima logicamente aplicável à conduta negocial⁴⁵⁵. Além disso, as táticas negociais podem exigir que se traga à baila alguns fatos capazes de abalar a imagem do acusado perante a comunidade, a exemplo de uma referência a um fato criminoso pretérito, ou mesmo alusões a terceiros que sequer integram o processo, como o futuro de uma criança em caso de prisão de seu genitor. Cuida-se de artifícios argumentativos que, conquanto ordinários, podem, uma vez captados pelo público, prejudicar a vida íntima do acusado, o qual, lembre-se, ainda ostenta sua condição de inocente. Para mais, quanto menos observadas, mais livres as partes se sentem para explorar os argumentos umas das outras, potencializando, por consequência, a obtenção de um futuro acordo. Não há como negar, assim, que a publicidade das negociações pode trazer efeito deletérios para o espaço de consenso.

Em face desse cenário, no qual há pontos favoráveis e contrários à publicidade das negociações, a melhor solução para esse imbróglio perpassa por um recurso à principiologia do espaço de consenso. Conforme assentado neste trabalho, a negociação processual penal se assenta sobre um conjunto de normas basilares, dentre as quais se destaca o recurso à consensualidade como expressão de uma estratégia defensiva. Ora, uma vez que a publicidade também exsurge como um meio de salvaguardar o réu de eventuais arbitrariedades, caberá ao próprio acusado, cuja intimidade poderá, em tese, ser exposta indevidamente a depender dos argumentos erigidos em sede de negociação, a decisão final acerca da realização do ato processual de barganha a portas abertas. Preocupações envolvendo o controle jurisdicional de possíveis técnicas negociais tidas como ilegais ou eventual deficiência da defesa técnica podem se resolver por meio da gravação do teor das negociações. Neste caso, a supervisão judicial seria diferida no tempo, mas continuaria assegurada. Finalmente, ainda que devidamente se reconheça um direito do povo à informação⁴⁵⁶, o que incluiria a possibilidade de acesso ao modo como se desenvolvem as negociações no âmbito criminal, essa prerrogativa não seria violada na hipótese de desenvolvimento sigiloso da barganha. Afinal, uma simples ata contendo os principais pontos vertidos pelas partes durante o processo negociatório, aliado à necessidade de fundamentação dos termos da proposta de acordo, se revela suficiente a permitir, de modo geral, uma suficiente supervisão popular da barganha.

⁴⁵⁵ Jones, 1992.

⁴⁵⁶ Barcellos, 2023, p. 438.

Obviamente, o Ministério Público também poderá pleitear fundamentadamente ao Poder Judiciário o sigilo da barganha, ao perceber que os argumentos a serem trazidos à mesa de negociação poderão carrear consigo a presença de alguma das causas constitucionais ou legais que autorizam a decretação do sigilo de justiça. Contudo, não se cuidará de um ato potestativo da parte, tal como ocorre com o acusado, vez que o direito à publicidade dos atos processuais representa uma prerrogativa de natureza individual, a teor do disposto no art. 5º, LX, da CR/88. Outrossim, repise-se que, para o Ministério Público, vigorará o imperativo de indicação da fundamentação normativa da limitação pretendida, porquanto tal órgão sempre labora balizado pelo Princípio da Legalidade, inclusive no espaço de consenso.

Consigne-se que a publicidade ora em debate se refere exclusivamente aos atos de negociação. Cuida-se da possibilidade de que o acusado exija e o Ministério Público requeira a realização a portas fechadas da audiência preliminar, ao vislumbrarem, dentro de seu plano negocial, a possibilidade de que nela seja vertido algum argumento potencialmente violador de um direito que não deve suportar qualquer interferência negativa por força da publicidade do ato. Aliás, a necessidade da limitação da publicidade poderá exsurgir durante o curso das próprias tratativas negociais, motivo pelo qual a intenção de imposição do sigilo poderá ser suscitada em qualquer momento desde a formulação da resposta à acusação até o final da audiência preliminar.

A fim de evitar quaisquer dúvidas, registre-se ser totalmente admissível juridicamente a existência de um processo público no qual exclusivamente o ato negocial deverá se desenvolver em caráter sigiloso. Basta imaginar-se, para fins de comparação, um processo público no qual os autos de uma cautelar acessória de quebra de sigilo fiscal ou bancário permanecem em sigilo que qualquer estranheza quanto a essa situação de sigilo de um único ato se dissipará de imediato. Inclusive, é deste sigilo pontual que trata este tópico: situações nas quais a limitação da publicidade deriva exclusivamente dos argumentos a serem potencialmente vertidos durante as negociações. Afora a audiência preliminar, todos os demais atos processuais, na ausência das hipóteses constitucionais ou legais que impõem o sigilo de justiça, deverão se desenvolver publicamente. Já nos processos que tramitam integralmente em sigilo de justiça, obviamente que essa característica se estenderá aos respectivos atos negociais.

Com o fim de preservar a intimidade das partes que barganham e no intuito de zelar pela boa-fé que deve orientar o comportamento das partes que optam pela saída negocial, as

afirmações feitas pelas partes durante o processo negociatório não poderão ser usadas pela acusação em juízo, caso o consenso não seja obtido⁴⁵⁷.

Em resumo, a oitava regra de edificação de um espaço de consenso democrático dispõe que as audiências preliminares terão natureza pública, constituirão objeto de publicação pelos meios oficiais e admitirão livre acesso por parte de eventuais interessados. O acusado, porém, poderá, a fim de preservar a sua intimidade, instar o Poder Judiciário à realização do ato processual negocial a portas fechadas, o qual será objeto de gravação, preferencialmente por meio audiovisual. Ao MP se facultará a formulação de requerimento análogo. Independentemente da publicidade ou sigilo das negociações, toda audiência preliminar deverá ter sua realização registrada em ata, a qual conterá uma breve síntese do ato processual e indicará eventual o atingimento de um acordo pelas partes.

6.2.9 Da declaração formal de conhecimento das provas como alternativa à confissão

Indubitavelmente, o ponto mais nevrálgico da negociação processual penal norte-americana gira em torno da exigência de confissão como pressuposto para eventual acordo. A doutrina estadunidense critica pesadamente essa necessidade, precipuamente por questionar os aspectos morais e os contornos sociais que gravitam em torno desse requisito. O problema moral relaciona-se à possibilidade de se “impor” uma confissão a pessoas faticamente inocentes que, dada sua personalidade aversa a riscos ou por estarem (infelizmente) submetidas a um conjunto probatório robusto em seu desfavor, concluem que a solução consensuada da contenda criminal atenderá ao seu melhor interesse⁴⁵⁸. A questão social liga-se à repercussão que uma exigência de confissão feita pelo Estado em face de uma pessoa inocente gera na sociedade em geral, a aparência de que o Poder Judiciário age de modo coercitivo e sem se importar com os ditames de justiça⁴⁵⁹.

Afirmar que as questões morais e sociais relativas à confissão, como condição para o *plea bargaining*, refletem os principais focos de insatisfação doutrinária não significa dizer que essas seriam as duas únicas fontes de descontentamento. Conforme se verá adiante, há críticas de outra natureza, principalmente aquelas embasadas em fundamentos de ordem técnico-jurídica, a exemplo da exigência de confissão supostamente violar a garantia da não autoincriminação ou a presunção de inocência – teses reiteradamente levantadas pela doutrina

⁴⁵⁷ Thaman, 2007, p. 979.

⁴⁵⁸ Bar-Gill; Gazal-Ayal, 2006.

⁴⁵⁹ Hessick III, 2002, p. 205.

brasileira –, as quais eventualmente são suscitadas por um ou outro autor. O que deseja-se assentar, de pronto, é que a verdadeira fonte do inconformismo dos doutrinadores norte-americanos se relaciona à potencialidade de que uma autoincriminação falsa funcione como condição para o acordo – e a repercussão que isso causa no meio social. Cenário de insatisfação esse que, diga-se de passagem, adquire contornos recrudescidos quando se lembra da possibilidade de que o réu confesse a prática de um delito ao mesmo tempo em que protesta por sua inocência, fenômeno reputado como moralmente ambíguo pelos estudiosos e que se verifica no *Alford Plea*⁴⁶⁰.

Antes de prosseguir, frise-se que os poucos autores estadunidenses que questionam a exigência do *plea bargaining* com base em argumentos relacionados às garantias ao silêncio e à presunção de inocência não o fazem da mesma maneira que a doutrina brasileira. No Brasil, diz-se, simplesmente, que a imposição da confissão como condição para o acordo seria ilegítima porque o acusado possui o direito de não produzir provas contra si mesmo e que o Estado não poderia forçar o réu a reconhecer uma prática delituosa⁴⁶¹. Nos EUA, afirmações no sentido de que a barganha processual penal lesaria a garantia à não autoincriminação, além de raras, não costumam constituir objeto de desenvolvimento, sendo vergadas mais como argumentos retóricos que jurídicos⁴⁶². A preocupação com a presunção de inocência, a seu turno, assume contornos diversos, pois se relaciona com o *standart* probatório exigido para condenações baseadas em *plea agreements*. Basicamente, sustenta-se que, a partir do momento em que o réu confessa o cometimento da infração penal, o Estado-acusação não mais precisa produzir provas suficientes capazes de demonstrar a culpa do acusado para além de qualquer dúvida razoável; a confissão supre eventuais falhas da investigação preliminar, diminuindo o padrão probatório imposto para a condenação, relativizando, assim, a presunção de inocência⁴⁶³.

Em suma, ainda que outros fundamentos possam ser carreados pela doutrina norte-americana, a confissão como requisito para a barganha processual penal costuma ser vista com maus olhos porque ela representa uma falha estatal dupla do Estado para com o réu faticamente inocente⁴⁶⁴. Primeiramente porque ele enfrenta uma imputação falha, por conta de um ato não praticado. Em segundo lugar porquanto, para se ver livre de uma acusação injusta, ele precisará reconhecer falsamente o cometimento de uma infração penal.

⁴⁶⁰ Bibas, 2003, p. 1363/1364.

⁴⁶¹ Mendes; Souza, 2020.

⁴⁶² Turner, 2017, p. 87.

⁴⁶³ Viano, 2012, p. 123.

⁴⁶⁴ Bowers, 2008, p. 1160.

Neste cenário, no qual tantos contrapontos podem ser erigidos em face da exigência de confissão, parece inevitável que se questione a razão de ser de uma previsão legal dessa natureza. Em outras palavras, por qual motivo o legislador e a jurisprudência estadunidense mantêm a confissão como condição para o *plea bargaining*?

Por incrível que pareça, a resposta a essa pergunta não perpassa por uma forte herança inquisitorial, assim como ocorre no Brasil, até porque a Inglaterra e os Estados Unidos não sofreram a influência do movimento inquisitivo no mesmo grau que a Europa continental. Na verdade, ao contrário do que ocorre no espaço de consenso processual penal brasileiro atual, existe uma razão jurídica pertinente para aquela previsão. Basta pensar que, como resultado do *plea bargaining*, o Poder Judiciário norte-americano proclama uma sentença que constitui uma condenação criminal, com todas as consequências jurídicas dali decorrentes, capaz de infligir ao réu, inclusive, penas de natureza privativa de liberdade. Ora, uma sentença penal condenatória somente poderá ser prolatada quando assentada em elementos produzidos perante o contraditório judicial, único elemento capaz de legitimar a imposição de uma pena, mormente quando se pensa em um sistema adversarial construído sobre a ideia de escrutínio máximo da prova produzida pela parte contrária. Ou seja, ao contrário do que ocorre com o ordenamento jurídico pátrio em matéria de negociação processual penal, no qual a mera assunção voluntária de um conjunto de condições judicialmente homologadas não justifica uma previsão dessa natureza, o direito estadunidense não exige a confissão do réu como capricho, mas porque se cuida do elemento de prova produzido em contraditório que autoriza ao juiz impor ao acusado a condenação acordada pelas partes.

Outrossim, por mais que as críticas à confissão como pressuposto para o acordo sejam volumosas em sede doutrinária, isso não significa que elas estejam corretas. Quanto aos principais argumentos vergados pelos doutrinadores norte-americanos, quais sejam aqueles relacionados ao problema moral que envolve a confissão de um inocente e a repercussão social dessa prática, percebe-se, de plano, seu caráter meta-jurídico e extraprocessual. A separação havida entre Direito e Moral e o distanciamento principiológico conceitual entre fins do processo e escopos da jurisdição, marca do espaço de consenso, servem para explicar por que essas críticas não merecem prosperar. Melhor sorte, aliás, não socorre às alegações de supostas violações das garantias ao silêncio e à presunção de inocência. Isso porque como ao réu sempre estará aberta a porta do espaço de conflito, inexistente cenário no qual o Estado obrigará o increpado a confessar. A presunção de inocência continua a valer e o Ministério

Público precisará demonstrar a culpabilidade do acusado em juízo caso esse, potestativamente, não opte pela solução consensual.

Com efeito, o problema em se demandar uma confissão como condição necessária para a barganha processual penal em um espaço de consenso democrático reside em sua contrariedade para com a principiologia desse sistema. Uma vez que a constitucionalidade da negociação processual penal pressupõe sua natureza enquanto estratégia defensiva, não se pode negar ao réu interessado na barganha a possibilidade de assim agir com base na imposição de uma conduta objetiva que não atende aos seus interesses. A barganha se justifica pelo atendimento aos ditames da ampla defesa, pelo que a possibilidade de negociar não pode perpassar pelo exercício de um comportamento reputado como desinteressante de um ponto de vista estratégico defensivo. E existem inúmeros fatores psicológicos, tais como a vergonha, o ego⁴⁶⁵ e o medo da repercussão social⁴⁶⁶, e jurídicos, como as potenciais repercussões do reconhecimento de culpa em outras esferas do Direito⁴⁶⁷, ligados à questão da confissão, capazes de fazer com que um réu interessado na solução consensual da questão criminal deixe de fazê-lo porque se recusa a confessar. Um sistema consensual que se legitima constitucionalmente ao assegurar ao réu uma saída processual mais célere porque ele, o acusado, titular da garantia à duração razoável do processo, assim o deseja, precisa criar uma alternativa capaz de atender à pretensão do increpado que deseja barganhar sem confessar.

Sumarizando o problema antes de propor-se a sua solução, tem-se que a previsão da confissão como pressuposto para o *plea agreement* se justifica a partir do imperativo de que uma sentença penal condenatória seja calcada em elementos probatórios produzidos em contraditório (cenário idêntico ao do Brasil, conforme se afere da leitura do art. 155 do Código de Processo Penal). Lado outro, pode ser que o réu que intenciona engajar na barganha processual penal, instituto criado a fim de favorecer seu interesse em uma solução mais célere e segura da questão criminal, seja impedido de negociar porque, pelas mais variadas razões, não deseja confessar. Logo, a alternativa a ser criada à parte interessada na negociação, mas desinteressada na confissão, deve ser tal que concilie essa pretensão com a necessidade de que o juiz seja munido de elementos de prova submetidos ao contraditório judicial que o autorizem a prolatar uma sentença condenatória criminal.

⁴⁶⁵ Bibas, 2013, p. 1374.

⁴⁶⁶ Bibas, 2013, p. 1377.

⁴⁶⁷ Hayden Jr., 1965, p. 227.

Neste diapasão, considerando que a principiologia do espaço de consenso democrático pressupõe a sua processualização, a alternativa à confissão será representada pela possibilidade de que o réu venha a declarar formalmente conhecer o integral teor das provas colhidas durante a fase de investigação criminal preliminar, a elas não se opondo. Uma vez que o acusado, devidamente assistido por advogado, no bojo de uma audiência preliminar, reconhece os elementos de convicção produzidos extrajudicialmente e se mantém inerte, ele exerce as prerrogativas de conhecimento e reação (potencial) inerentes ao contraditório e, por conseguinte, autoriza o magistrado a se valer de todas aquelas agora provas judiciais a fim de fundamentar a prolação de uma sentença penal condenatória previamente acordada entre as partes. Isso ao mesmo tempo em que o réu se vale do direito ao silêncio e se abstém de contestar os termos da inicial acusatória, leia-se, sem confessar o cometimento de qualquer ato delitivo.

Perceba-se que a declaração defensiva formal de conhecimento das provas colhidas em sede extrajudicial seguida de uma postura inerte como alternativa à confissão, além de privilegiar os interesses estratégicos do acusado e seu interesse em uma solução processual mais célere, ainda afasta a necessidade de se admitir no direito brasileiro um instituto tão controverso como o *Alford Plea*. Ainda que admitido pela jurisprudência estadunidense, referido instituto não encontraria guarida junto ao ordenamento jurídico pátrio. A razão para tal conclusão reside na consagração, pelo direito nacional, da figura do *venire contra factum proprium*, norma jurídica extraída dos princípios da lealdade e da boa-fé, que proíbe aos seus destinatários a prática de comportamentos contraditórios⁴⁶⁸, a exemplo da formulação de uma confissão seguida de um protesto por inocência. Apesar de ter a sua origem ligada ao Direito Civil, a jurisprudência brasileira, inclusive dos Tribunais Superiores, reconhece a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* na seara processual penal, motivo pelo qual a figura do *Alford Plea*, caso viesse a ser previsto pela legislação infraconstitucional edificadora da negociação em matéria criminal, certamente sucumbiria aos vindouros controle de legalidade⁴⁶⁹ e constitucionalidade⁴⁷⁰.

Assim, a nona regra componente do espaço de consenso constitucionalizado dispõe que o acordo de não persecução penal, a fim de atender ao comando insculpido no art. 155 do CPP, estará condicionado à produção de provas sob o contraditório judicial, tarefa essa que poderá se consubstanciar na confissão do réu ou na declaração formal de conhecimento das

⁴⁶⁸ Penteadó; Bolotti, 2015.

⁴⁶⁹ Brasil, 2023.

⁴⁷⁰ Brasil, 2024.

provas produzidas no bojo da investigação criminal desacompanhada de qualquer oposição, em juízo a ser exercido pelo acusado, devidamente assistido pela defesa técnica, em sede de audiência preliminar.

6.2.10 Do prazo mínimo para confirmação da aquiescência

A ideia de que um prazo de reflexão configura uma peça relevante na construção de um espaço de consenso resta extraída do entendimento esposado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Boykin v. Alabama*, de 1969⁴⁷¹. Edward Boykin Jr. foi acusado de roubo com emprego de arma de fogo no Estado de Alabama. Durante o julgamento, Boykin se declarou culpado, declaração essa que resultou na imposição de uma sentença de morte. Todo esse trâmite procedimental, da confissão em audiência até a prolação da pena capital pelo Poder Judiciário, durou apenas três dias.

Posteriormente, Boykin argumentou que sua confissão de culpa não fora feita de forma voluntária, consciente e inteligente. Ao conferir suporte a seus argumentos, o recorrente apontou que o juízo de primeira instância não havia feito um registro claro de que ele estava ciente dos direitos a que estava renunciando ao se declarar culpado, tais como as garantias contra a autoincriminação e a prerrogativa de confrontar testemunhas. A SCOTUS decidiu a causa favor de Boykin, ocasião em que sustentou que o juízo *a quo* não garantiu que Boykin estava plenamente ciente de seus direitos no momento em se declarou culpado. A Corte estabeleceu que deve haver um registro claro e explícito a demonstrar que o réu se encontra informado e entende os direitos que está renunciando ao reconhecer sua culpa em juízo. Naquela mesma oportunidade, e essa representa a conclusão que mais interessa a este ponto do estudo, a Suprema Corte também consignou sua preocupação para com a velocidade excessiva com a qual a sentença de morte havia sido exarada⁴⁷², a rapidez com que o Judiciário aceitou que um homem praticasse um ato capaz de acabar com a sua própria existência.

O fundamento que tanta inquietude gerou na Suprema Corte também se aplica ao *plea bargaining* por uma simples razão: trata-se de uma importante decisão de vida, algo com o potencial de modificar a história do réu para sempre. A aplicabilidade desse juízo de valor ao cenário de uma pena de prisão negociada não exige maiores elucubrações, pois o acusado se

⁴⁷¹ EUA, 1969.

⁴⁷² Traum, 2015, p. 831.

encontra na iminência de ver cerceado um dos bens jurídicos mais caros a toda e qualquer pessoa, a sua liberdade. No entanto, mesmo nos casos nos quais há a imposição de penas alternativas, estar-se-á diante de uma escolha crítica. Além das óbvias restrições patrimoniais ou à própria liberdade (ainda que menos invasivas que a prisão, como o recolhimento domiciliar noturno ou a limitação de finais de semana), a imposição de uma sentença penal condenatória traz consigo graves efeitos, com repercussões práticas cruciais, a exemplo da perda da primariedade e dos bons antecedentes. Por isso, deve-se sempre lembrar que o espaço de consenso se justifica principiologicamente como uma concretização da duração razoável do processo enquanto garantia individual do indivíduo. Assim, se cada processo tem seu tempo⁴⁷³, a concessão de um lapso temporal mínimo para que o increpado possa refletir sobre o acordo aceito e, potestativamente, voltar atrás e optar pelo espaço de conflito, não se apresenta como uma dilação indevida, mas como uma materialização da razoabilidade temporal constitucionalmente erigida em seu favor.

De mais a mais, consigne-se que a necessidade de organização processual da barganha em matéria criminal, pressuposto inerente à sua adequação constitucional, exige o respeito a um conjunto de formas, ritos e também prazos, pois todas essas configuram características de um processo. Não por outra razão, os autores norte-americanos que flertam com a processualização do espaço de consenso concluem pela necessidade de se prever um prazo de reflexão, um tempo para que o réu, privadamente, possa pensar sobre o mérito do acordo⁴⁷⁴.

Aliás, vale dizer que a previsão de prazos de reflexão não configura uma inovação jurídica incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. O CDC, por exemplo, estatui, em seu art. 49, que o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio. De modo análogo, a Lei nº 9.656/1998 estabelece que, nos contratos de planos e seguros de assistência à saúde, o contratante poderá exercer o direito de arrependimento no prazo de 30 (trinta) dias, contados do primeiro pagamento, com a devolução integral de qualquer valor eventualmente pago, independentemente de qualquer justificativa. Ora, se na área cível, na qual os efeitos de eventual anuência açodada para com os termos de um acordo, a legislação pátria autoriza que o interessado venha a desistir da

⁴⁷³ Lohman, 1976, p. 134.

⁴⁷⁴ McCoy; Mirra, 1980, p. 921.

avença dentro de um prazo legalmente estabelecido, quanto mais na seara criminal, na qual, repita-se, os interesses envolvidos são aqueles mais caros a todas as pessoas.

Em síntese, a necessidade de se estabelecer um prazo de reflexão não deriva de uma postura paternalista do Estado, mas de uma exigência constitucional extraída da principiologia do espaço de consenso, ligada à duração razoável do processo enquanto garantia individual.

Diante do exposto, conclui-se que, como décima regra do espaço de consenso, deverá a legislação prever um prazo mínimo de dias a separar a data da audiência preliminar do ato processual no qual o Poder Judiciário promoverá o controle judicial da consciência e voluntariedade. Prazo esse dentro do qual o réu poderá, sem qualquer motivação, desistir da avença e pleitear o regular prosseguimento do feito, com a análise das demais matérias eventualmente suscitadas em sede de resposta à acusação e a designação de audiência de instrução e julgamento.

6.2.11 Do controle judicial da voluntariedade

A exigência do controle judicial da consciência e da voluntariedade como condição para a validade da barganha processual penal representa uma unanimidade no âmbito da doutrina e da jurisprudência norte-americanas. Aliás, cuida-se de uma das primeiras balizas erigidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos à constitucionalidade do *plea bargaining*, à medida que mais casos desafiadores eram trazidos à sua análise. Atualmente, positivando o posicionamento jurisprudencial pacificado pela SCOTUS, a *Rule Eleven* do *Federal Rules of Criminal Procedure* prevê expressamente que o juiz deverá se dirigir diretamente ao acusado, em audiência pública, com o escopo de perquirir a voluntariedade e consciência de seu aceite.

A relevância do controle judicial da ausência de coação se mostra tamanho que a doutrina costuma apontar essa supervisão como a regra primária a demarcar a constitucionalidade da negociação em matéria criminal⁴⁷⁵. Alguns autores chegam a incluir a averiguação direta da voluntariedade pelo juiz como parte integrante do próprio conceito de *plea bargaining*⁴⁷⁶. Indo além, Hassemer assevera que, considerando que a autonomia dos envolvidos pode ser prejudicada pela pressão que lhes é imposta, a vinculação da validade do

⁴⁷⁵ Kraus, 1971, p. 496.

⁴⁷⁶ Brown, 2018.

aceite à anuência do juízo competente servirá para garantir a essência do próprio Estado de Direito⁴⁷⁷.

Dado que a fiscalização da voluntariedade pelo juiz deverá ocorrer em caráter pessoal – se assim não fosse, inexistiria razão para uma previsão dessa natureza –, tal controle se materializará no âmbito de uma audiência pública designada com essa finalidade específica. Durante tal ato processual, o magistrado explicará ao acusado acerca dos direitos que possui e dos quais estará abrindo mão ao formalizar um acordo junto ao Ministério Público, em especial a garantia de produzir provas em audiência de instrução e julgamento e de contraditar aquelas trazidas à baila pela acusação. O magistrado também deverá informar ao réu a respeito das consequências de sua decisão, com foco na pena que será imposta em caso de homologação da avença e nos efeitos daí decorrentes. Finalmente, o juiz indagará ao increpado se a formalização do acordo se desenvolveu de maneira voluntária e à míngua de agressões, ameaças ou promessas ilícitas, assim consideradas aquelas extra-autos⁴⁷⁸. Adaptando a realidade estadunidense à brasileira, caberá ao Poder Judiciário perguntar ao acusado se ele esteve assistido por advogado durante todo o processo de negociação. Cumpridas essas advertências e colhida a livre aquiescência do acusado, concluir-se-á que o réu agiu de modo consciente e voluntário, estando o juiz livre para analisar os termos do acordo de não persecução penal.

Além do caráter público da audiência de controle da voluntariedade, incumbirá ao Poder Judiciário tomar medidas tendentes ao registro desse ato processual. Isso porque o registro da coleta da livre concordância do acusado funcionará como uma medida profilática, tendente a evitar quaisquer dúvidas futuras acerca do contexto no qual se deu o acordo e afastando eventuais futuras discussões sobre a utilização de métodos coercitivos ao longo da negociação⁴⁷⁹. Quanto mais fidedigno o registro da verificação judicial da consciência e da voluntariedade, menor a chance de que a questão seja problematizada em um momento posterior, motivo pelo qual dever-se-á conferir preferência ao registro audiovisual do ato processual em comento.

Assim, a décima primeira regra do espaço democrático de consenso estatui que o magistrado, a fim de verificar a consciência e a voluntariedade do acordo submetido ao seu exame, se endereçará diretamente ao réu, em audiência especial designada para essa

⁴⁷⁷ Hassemer, 2007, p. 58.

⁴⁷⁸ Reed, *et al.*, 2022.

⁴⁷⁹ McConkie, 2014

finalidade, ocasião na qual explicará ao acusado os direitos dos quais estará abrindo mão, esclarecerá as consequências de sua ação e indagará acerca das condições nas quais se desenvolveram as negociações. Referido ato processual será registrado preferencialmente em meio audiovisual, a fim de se obter a maior fidelidade possível das informações colhidas em audiência.

6.2.12 Da limitação por lei dos benefícios

A doutrina reformista norte-americana há muito se insurge contra um excesso de discricionariedade que seria conferido aos promotores públicos no âmbito da negociação processual penal. Dentre as várias propostas de limitação a esse poder discricionário, que almejam tornar a prática mais precisa e menos subjetiva, destacam-se as de regulamentação da matéria pelo Poder Legislativo, de maneira que a lei venha a prever expressamente as vantagens passíveis de serem oferecidas pelo Ministério Público durante o processo de barganha. Entretanto, como a discricionariedade ministerial representa uma das mais marcantes características do sistema de justiça criminal estadunidense, a experiência vem mostrando ser esse desiderato uma meta praticamente inalcançável⁴⁸⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro, por outro lado, não oferece essa mesma barreira ao balizamento da atuação ministerial. Ao contrário, a própria principiologia do espaço de consenso prevê que o Ministério Público pautará sua atuação pelo princípio da obrigatoriedade, assim como ocorre no espaço de conflito. Portanto, mais que uma mera salutar faculdade, mostra-se imperativo que os benefícios passíveis de serem oferecidos pelo órgão ministerial pátrio na negociação processual penal sejam todos expressamente previstos em lei.

Vale dizer que a regulamentação legal de potenciais benefícios na barganha processual penal se apresenta vantajosa, principalmente ao réu, quando comparada ao modelo de discricionariedade ministerial adotado nos Estados Unidos. Dentre as várias vantagens apontadas pela doutrina daquele país, sobressaem-se: maior segurança jurídica para as partes; afastamento do risco de desvirtuamento do instituto a fim de atender a sentimentos pessoais de vingança; diminuição do impacto de eventual falha defensiva; redução da influência da pressão pública em casos de repercussão; facilitação do trabalho de supervisão judicial⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Wright; Miller, 2002-2003.

⁴⁸¹ King, *et al.*, 2005.

Bernd Schünemann acrescenta que a concessão de descontos na pena, para se legitimar do ponto de vista retributivo, deve estar sempre limitada em lei⁴⁸². Na ausência de qualquer diferença ontológica, nada impede que se reproduza esse entendimento para todo benefício passível de ser oferecido no âmbito do espaço de consenso do processo penal.

Se inexistir dúvida quanto à necessidade de balizamento legal dos benefícios proponíveis no âmbito da barganha processual penal brasileira, a questão passa a ser identificar quais são essas benesses. Em outras palavras, deve-se apontar as matérias sobre as quais as partes poderão negociar e as vantagens que o Ministério Público poderá ofertar ao acusado interessado para que esse deixe de produzir e contraditar provas em audiência de instrução. Como a negociação em matéria criminal está inserida dentro de um microsistema de consenso processual penal, a solução mais adequada a essa questão perpassa pelo uso da analogia. Na hipótese, a Lei n. 12.850/13 previu uma série de benefícios ao réu colaborador, os quais, submetidos a uma interpretação sistemática, constituíram objeto de ampliação por parte da jurisprudência dos Tribunais Superiores⁴⁸³. Destarte, os benefícios típicos e atípicos admitidos atualmente em sede de colaboração premiada, analogicamente replicáveis no acordo de não persecução penal, são os seguintes: redução da pena; alteração do regime prisional; substituição da espécie de reprimenda; prisão domiciliar; monitoramento eletrônico; manutenção do exercício de atividade profissional; manutenção de recursos financeiros.

Importante frisar que a admissão de benefícios atípicos no bojo da colaboração premiada deriva de uma característica particular desse instituto. Cuida-se da possibilidade de que o Ministério Público venha a decidir pela não persecução em juízo do colaborador, ou mesmo do juiz da causa vir a aplicar, a pedido do órgão ministerial, o perdão judicial. Se é possível extinguir a punibilidade dos crimes praticados pelo colaborador (perdão judicial) ou isentá-lo de qualquer acusação, com mais razão seria possível a concessão de vantagens menos robustas, a exemplo da fixação da pena privativa de liberdade em um regime de cumprimento mais benéfico. Como as hipóteses de perdão e ausência de persecução não são admissíveis na barganha processual penal por princípio – afinal, existe justa causa para a ação –, inexistir o fundamento que autoriza a construção de benefícios atípicos. Consequentemente, apenas as benesses previstas em lei terão lugar no modelo de negociação processual penal ora proposto.

⁴⁸² Schünemann, 2013, p. 260.

⁴⁸³ Vide AgRg nos EDcl na Pet 13974 / DF, julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 05/10/2022.

Além dessas vantagens, pode-se imaginar também a abertura em lei para a previsão de percentuais reduzidos de tempo para a assunção de determinados benefícios no curso da execução penal, como a progressão de regime ou o livramento condicional. Afinal, referida hipótese encontra-se na mesma linha do que estabelece o art. 4º da Lei n. 12.850/13 e, portanto, está inserida no âmbito de escolha política do legislador. Outra previsão cabível seria a dos acordos parciais. Isso porque, nas hipóteses de concurso de crimes, pode interessar ao réu resolver apenas parte de sua situação jurídico-criminal de maneira consensual. Como o processamento conjunto das imputações criminais representa o resultado de uma norma expressa na legislação infraconstitucional (vide artigos 76 e 77 do CPP), o legislador está livre para regular a questão de modo diverso e permitir a continuidade parcial da ação penal na hipótese de acordo sobre apenas uma parcela da acusação.

Finalmente, exsurge a questão do *fact* e do *charge bargaining*. Pergunta-se se o modelo brasileiro admitiria a negociação em matéria de narração e capitulação das condutas já previamente descritas na denúncia. A resposta a esse questionamento perpassa pela quarta regra edificadora do espaço de consenso. Do mesmo modo como a justa causa pauta a possibilidade de propositura da ação penal, assim também ocorre com eventual alteração dos fatos ou da capitulação dada na inicial. Ou seja, nada impede que a defesa técnica, no bojo da audiência preliminar, traga novos argumentos e elementos de prova capazes de alterar a convicção ministerial no que tange a uma elementar ou circunstância do crime. Nesse caso, será dado ao Ministério Público, sempre agindo sob o pálio da obrigatoriedade, declinar fundamentadamente as razões que levaram à mudança de seu convencimento e, conseqüentemente, alterar a capitulação dada aos fatos, ou mesmo aditar a incoativa para modificar a narrativa fática, seja para incluir ou excluir determinada elementar ou circunstância.

Pelos mesmos motivos, ou seja, em havendo justa causa a sustentar a conclusão atingida pelas partes, admitir-se-á que Ministério Público e defesa debatam e acordem acerca da modalidade de concurso de crimes que incidirá na hipótese, em se tratando de denúncia que impute ao réu uma pluralidade de delitos.

Em suma, o acordo de não persecução penal poderá versar sobre matérias como percentual de desconto de pena, regime de cumprimento prisional, tempo para atingimento de benefícios penais, tipo de reprimenda aplicada, manutenção de bens e atividades profissionais, modalidade de concurso de crimes, narrativa fática e capitulação, seja em caráter total ou parcial. A decisão sobre quais dessas temáticas poderão ser incluídas no ANPP ficará a cargo

do legislador, por representar uma escolha de política criminal. Por sempre atuar de acordo com os princípios da legalidade e da obrigatoriedade, o Ministério Público somente poderá obrar dentro dos limites e oferecer os benefícios expressamente previstos em lei.

Diante do exposto, a décima segunda regra do espaço de consenso processual penal brasileiro enuncia que todos os benefícios passíveis de oferecimento pelo Ministério Público deverão estar previamente previstos em lei, conforme juízo de política criminal a cargo do legislador.

6.2.13 Do controle da conduta ministerial no espaço de consenso

A vontade do órgão ministerial está vinculada aos critérios previstos na legislação, não sendo admissível que tal decisão ocorra de modo totalmente discricionário e incontrolável⁴⁸⁴. Uma vez que o Ministério Público brasileiro se rege pelos Princípios da Legalidade e da Obrigatoriedade, que um espaço de consenso democrático pressupõe a existência de um sistema de freios e contrapesos e que a negociação em matéria criminal deve se estruturar em forma de processo, resta clara a necessidade de consagração legal de um modelo de controle da atuação ministerial e do imperativo de se munir a defesa de instrumentos efetivos para o exercício do contraditório. Ocorre que, como, ao mesmo tempo, o sistema de justiça criminal se submete à cláusula de separação dos poderes, os diferentes atos praticáveis pelo MP no âmbito da negociação processual penal se submeterão a também diversos mecanismos de impugnação.

Analisando a mecânica do proposto espaço de consenso brasileiro, pode-se vislumbrar a presença de quatro condutas ministeriais capazes de atrair o interesse revisional defensivo. Cuida-se da decisão injustificada de não barganhar; da falta de indicação dos motivos que levaram à formulação de uma proposta; de eventuais excessos na proposta; do uso de técnicas vedadas de negociação. Dadas suas peculiaridades, cada um desses cenários demandará uma solução própria.

Destarte, a ausência de motivação do órgão de execução ministerial, seja quanto à recusa de abrir o processo negociatório ou no que tange aos termos da proposta feita, deverá ser revista de imediato pelo juiz natural, que reconhecerá a nulidade da manifestação e determinará o retorno dos autos ao MP a fim de que saneie o vício. Trata-se de um cenário de evidente ilicitude, de puro descumprimento do dever legal de indicar os motivos que levaram

⁴⁸⁴ Vasconcellos, 2022, p. 104.

à formação de sua convicção, cuja ausência impede que o réu interessado possa se insurgir, em franca lesão à garantia do contraditório. Dessarte, como nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao devido processo legal no espaço de consenso escapará ao controle do Poder Judiciário⁴⁸⁵, competirá ao magistrado reconhecer a ilegalidade da negativa de fundamentação, aplicar ao ato ministerial irregular a sanção da nulidade⁴⁸⁶ e determinar o retorno dos autos ao Ministério Público, a fim de que fundamente a sua manifestação. Tendo o acusado direito a conhecer os motivos que conduziram à rejeição de sua pretensão, o processo não irá prosseguir até que haja o saneamento dessa falha processual.

Dada a simplicidade da situação, a irresignação em face da ausência de motivação poderá ser levada pelo réu ao conhecimento do juiz natural por meio de mera petição, sem prejuízo de ser reconhecida de ofício pelo magistrado, o qual deve zelar pela garantia do contraditório.

Solução diversa, porém, aguardará a manifestação fundamentada lavrada pelo promotor público com a qual a defesa técnica discorda. Nesta hipótese, a indicação dos motivos que levaram à formação da convicção ministerial ocorreu, de maneira que descabe falar em nulidade por lesão à garantia constitucional do contraditório. Como inexiste direito subjetivo público à proposta, o Poder Judiciário não poderá ser chamado a intervir, sob pena de interferir indevidamente na esfera de atribuições do Ministério Público. Ao réu que discorda dos fundamentos erigidos pela promotoria para negar a via da solução consensual ou justificar os termos da proposta, restará submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, em termos análogos ao previsto atualmente no art. 28 do Código de Processo Penal.

O terceiro cenário envolve a formulação de um acordo com o qual ambas as partes concordam, mas que não conta com a aquiescência do juiz, seja porque ele reputa a avença demasiadamente leniente ou gravosa. Na sistemática atual do acordo de não persecução penal, o art. 28-A, §5º, do CPP, dispõe que o magistrado, discordando dos termos da avença, devolverá os autos ao Ministério Público, a fim de que seja reformulada a proposta. Já o §6º do artigo 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece que "se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação". Essas soluções, contudo, não se compatibilizam com um espaço de

⁴⁸⁵ Biagent, 2015, p. 45.

⁴⁸⁶ Gonçalves, 2021.

consenso que possui na estratégia defensiva e no efetivo exercício do contraditório dois de seus alicerces, e que, além disso, admite como resultado não a mera imposição de condições consensuais ao réu, mas a prolação de uma sentença penal condenatória. Neste diapasão, o juiz que discordar dos termos do acordo deverá rejeitar a homologação por meio de decisão fundamentada, provimento jurisdicional que as partes poderão desafiar por meio de recurso endereçado à instância *ad quem*.

Perceba-se que o mero encaminhamento dos autos à instância revisional ministerial seria medida inócua, pois o Ministério Público não possui a prerrogativa constitucional de prolatar uma sentença penal condenatória. A solução proposta pelos artigos 28-A, §5º, do CPP e 18, §6º, da Resolução nº 181 do CNMP não se adequa a um sistema de negociação processual no qual o resultado do acordo representa uma condenação criminal. Entender de modo diverso feriria de morte a cláusula de separação dos poderes porque autorizaria o MP a se subsumir na figura do juiz da causa. Apenas o Poder Judiciário detém autorização constitucional para prolatar uma condenação de natureza criminal e, na hipótese de o juízo *a quo* negar-se a fazê-lo, por respeito à garantia da revisão colegiadas das decisões, tal medida caberá à instância *ad quem*.

Frise-se que a ausência de diferenciação quanto ao motivo que ensejou a negativa de homologação se deu de maneira deliberada, não por mero esquecimento. De fato, poder-se-ia imaginar que rejeição do acordo tido como leniente seria defesa ao magistrado, pois, ao assim agir, estaria a assumir a função de acusador, papel esse outorgado pela Constituição da República a outro ente, o Ministério Público. No entanto, não se pode perder de vista que o resultado da homologação do acordo representa a prolação de uma sentença penal condenatória. Logo, a independência funcional constitucionalmente conferida aos juízes admite que eles se recusem a proferir uma condenação em face de um acordo com cujos termos não concorda, tanto em virtude de seu caráter gravoso ou leniente, mormente por se tratar de uma sentença que, no espaço de conflito, ele jamais prolataria.

Enfim, a independência funcional assegura que o magistrado realize seu juízo acerca da homologação dos acordos por quaisquer razões, desde que obedeça aos mesmos ditames que orientam a sua atuação no âmbito do espaço de conflito, aqueles definidos pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado. Tanto é assim que, mesmo nos Estados Unidos, onde vigora o princípio adversarial e o juiz se mantém ainda mais distante da atividade probatória,

ao magistrado é permitido recusar tanto acordos reputados lenientes quanto abusivos⁴⁸⁷. Portanto, sempre poderá o magistrado se negar fundamentadamente à homologação, provimento jurisdicional esse desafiável mediante recurso à instância *ad quem*, a qual poderá rever a decisão de mérito do juízo de piso e desde logo homologar o ANPP.

Finalmente, chega-se à última hipótese de atuação ministerial que demanda controle no espaço de consenso, qual seja o uso de técnicas de negociação reputadas ilegítimas. No ponto, a jurisprudência norte-americana já enfrentou todos os cenários possíveis de pretensas ilegalidades e chegou a conclusões integralmente compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, deve-se promover a importação integral da experiência estadunidense, de modo que serão consideradas vedadas técnicas de negociação que incluam violência física, ameaça de mal injusto e grave e promessas extra-autos (sempre impróprias por natureza, a exemplo do suborno⁴⁸⁸). Verificadas quaisquer dessas situações, estará presente um vício de vontade que macula o acordo, razão que ensejará a sua rejeição. Sem prejuízo de eventuais medidas extraprocessuais de natureza correcional, tem-se que tal conduta poderá ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de mera petição, ao passo que a decisão judicial que homologa o acordo viciado será atacável pela via recursal, já que desafia uma sentença condenatória. Eventual deferimento da pretensão defensiva cassará o provimento jurisdicional contestado e determinará que o juízo *a quo* siga com a instrução processual.

Caso o juiz, de ofício, reconheça um vício de vontade reputado inexistente pelas partes, Ministério Público e defesa poderão atacar o referido provimento por meio de recurso endereçado ao juízo *ad quem*, que, concordando com a irresignação apresentada, cassará a decisão inquinada e determinará o exame do mérito do acordo.

Sem prejuízo, em face da redação conferida ao art. 648 do Código de Processo Penal, não há como negar que o *habeas corpus* continuará a funcionar como instrumento legítimo e adequado ao controle e combate de eventuais nulidades processuais⁴⁸⁹.

Enfim, a última regra do espaço de consenso democrático determina a criação de métodos de controle da atividade ministerial, os quais possuirão características diversas, a depender da natureza do ato supervisionado. Sucintamente, pode-se definir que o controle se realizará do seguinte modo: a) na hipótese de ausência de motivação da proposta feita ou da recusa à negociação, os autos serão devolvidos ao Ministério Público e o processo somente

⁴⁸⁷ Jolly; Prescott, 2021, p. 1050.

⁴⁸⁸ Adelstein, 1978, p. 819.

⁴⁸⁹ Da Costa de-Lorenzi, 2024.

prosseguirá quando do saneamento do vício; b) a discordância da defesa técnica quanto ao teor da recusa motivada do MP ensejará a submissão da matéria à instância ministerial superior, nos mesmos moldes do art. 28 do CPP; c) a negativa de homologação por parte do juiz natural, fundada em discordância com o mérito do acordo, desafiará o oferecimento de recurso à instância *ad quem*, a qual poderá, desde logo, homologá-lo; d) finalmente, questões ligadas ao uso de técnicas de negociação tidas como ilegais também ensejarão a oferta de recurso à instância *ad quem*, que, dando provimento à irresignação, devolverá os autos à instância *a quo*, seja com a determinação de que o magistrado enfrente o mérito do acordo ou de que prossiga com a instrução, a depender do caso.

6.3 Testagem do modelo em face das críticas doutrinárias à negociação em matéria penal

Por todo o exposto ao longo deste trabalho, conclui-se que a negociação em matéria criminal brasileira deve ser conceituada como um processo no qual o acusado abdica de seu direito de produzir provas em audiência em contrapartida pelo recebimento de concessões oficiais pelo Estado. É em face desse conceito, da principiologia própria que o orienta e das regras que o conformam que devem ser analisadas as críticas formuladas pela doutrina brasileira à zona de consenso do processo penal, como forma de testagem da hipótese ora defendida.

A relevância desse alerta deriva do fato de que, como se pormenorizará adiante, grande parte dos ataques vergados pela doutrina nacional à barganha processual penal não guardam pertinência para o modelo de espaço de consenso pátrio atualmente positivado, muito menos com aquele delineado pelo PL n. 156/2009 ou com o proposto estudo. Tais críticas possuem como alvo o modelo de justiça penal negociada norte-americano, o qual, mormente em face da extrema discricionariedade conferida ao promotor público, se distancia sobremaneira da zona de consenso brasileira, seja de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

Na verdade, os críticos estadunidenses pecam ao se valerem de argumentos de exagero ao infinito ao atacarem o sistema de barganha daquele país. O uso distorcido de palavras com significados próprios e que não se aplicam à hipótese examinada, como comparar o *plea bargaining* à pena de morte, à coação ou à tortura, tornam esses argumentos de fácil rebatida⁴⁹⁰. Mais que isso, acabam por mascarar o grande problema, a mácula que, de fato,

⁴⁹⁰ Silva, 2018, p. 86.

permeia todo a mecânica da negociação em matéria criminal dos EUA: a assimetria de informações⁴⁹¹ e a desproporção de forças entre acusação e defesa.

A soma entre a discricionabilidade praticamente ilimitada da promotoria pública, a ausência de prazos razoáveis de reflexão e aceite, a informalidade, a impossibilidade de acesso a provas e as limitações em termos de assistência técnica ao réu transformam a barganha norte-americana em uma prática desequilibrada, cuja balança pende em favor do Estado-acusação, afastando-se da garantia de paridade de armas que deve marcar o processo criminal. Mostra-se inegável que a Suprema Corte dos Estados Unidos, paulatinamente, vem tomando medidas tendentes a equacionar esse cenário, de maneira a transmutar o *plea bargaining* de mera compra e venda de direitos em um efetivo processo. Todavia, os problemas que ainda marcam o *plea bargaining*, a exemplo dos possíveis excessos de imputação, vão além dos limites do espaço de consenso: eles permeiam todo o sistema de justiça norte-americano. Se, por um lado, não há como esperar uma solução rápida ou mágica para esse impasse, de outro, tem-se que o Brasil adota e este trabalho propõe um modelo de espaço de consenso que não agasalha várias das falhas do *plea bargaining*, o que afasta de antemão boa parte das críticas importadas da doutrina norte-americana por alguns estudiosos brasileiros.

Tendo isso em mente, passa-se a listar os principais fundamentos erigidos por doutrinadores brasileiros que se posicionam contra a negociação em matéria criminal, para, então, refutá-los individualmente. Perceba-se que, ao fim e ao cabo, todas as objeções formuladas possuem como pano de fundo questões de índole constitucional, tais como supostas violações ao devido processo legal, ao princípio acusatório, à paridade de armas e à isonomia. São elas: a) consenso é aplicação de pena sem o devido processo legal; b) o acordo de não persecução penal representa mera busca do Estado pela eficiência, a fim de atender ideais capitalistas de economia de tempo e redução de custos; c) uma vez adotado o ANPP, os poderosos continuarão a ser beneficiados; d) a ampliação das zonas de consenso implicará na administrativização das decisões criminais; e) os acordos podem vir a substituir promoções de arquivamento; f) a justiça consensual estimula a permanência de vícios do sistema inquisitivo, mormente a busca da confissão como “rainha das provas; g) novos mecanismos de barganha podem não se harmonizar com os já existentes; h) inexistente consenso com quem sofre uma acusação; i) a ampliação do espaço de consenso desconsidera o seu impacto carcerário; j) consenso em matéria criminal é uma forma de tortura; k) o ANPP propicia a expansão do

⁴⁹¹ Adelstein, 1978, p. 810.

Direito Penal; l) a barganha processual penal distorce os valores de uma democracia; m) a adoção do modelo negocial gera o risco de autoincriminação falsa; n) o ANPP amplia os poderes da acusação, a qual absorve atribuições e competências típicas do Poder Judiciário; o) ampliar o espaço de consenso acarreta o desaparecimento do direito de defesa; p) o consenso processual penal cria o risco de autoincriminação sem pleno conhecimento das provas; q) o ANPP autoriza o tratamento mais leniente daquele que aceita o acordo; r) o ANPP trata de modo mais severo aquele que se recusa ao acordo; s) a barganha processual penal depõe contra a busca da verdade; t) o acordo de não persecução penal não vale para penas privativas de liberdade.

Uma vez que se conhece a história do processo penal, as principais características do *plea bargaining*, a principiologia e as regras que devem regular um espaço de consenso democrático, a inadequação das críticas acima expostas ao modelo de barganha processual penal proposto neste trabalho se revela de modo hialino. Por essa razão, o contraponto a cada um desses argumentos será exposto sucintamente, ainda que em caráter individualizado.

a) *Consenso é aplicação de pena sem o devido processo legal*⁴⁹². No modelo proposto neste trabalho, a edificação do espaço de consenso se dá como um processo. Garante-se ao réu o direito de produzir provas, contraditar elementos de convicção apresentados pela acusação, estar assistido por advogado, ouvir e ser ouvido em audiência pública, enfim, está presente todo o conteúdo da cláusula do devido processo legal. A única prerrogativa da qual o réu abrirá mão, em um ambiente de freios e contrapesos que asseguram a consciência e voluntariedade da escolha, corresponde à possibilidade de produzir provas em audiência judicial. Abdicação essa também admitida no espaço de conflito, que não se confunde com a renúncia e que, dentro de um juízo exclusivo de estratégia defensiva, implicará na concessão de benefícios estatais previamente estabelecidos por lei. Logo, há devido processo legal na zona de consenso.

b) *O acordo de não persecução penal representa mera busca do Estado pela eficiência, a fim de atender ideais capitalistas de economia de tempo e redução de custos*⁴⁹³⁴⁹⁴. Conforme delineado pela principiologia da negociação processual penal ora proposta, o ANPP se apresenta como uma estratégia a cargo da defesa e está estruturado de maneira a assegurar

⁴⁹² Wermuth, 2022, p. 292.

⁴⁹³ Coelho Filho, 2012.

⁴⁹⁴ Em sentido semelhante: “No sistema acusatório, portanto, existem determinadas garantias da defesa incompatíveis com a barganha da sentença criminal. Garantias, essas, que têm sido relativizadas em prol de uma pretensa celeridade e eficiência processual” (Fabrett; Silva, 2018, p. 286).

a duração razoável do processo como garantia individual. Neste diapasão, apenas o acusado possui a iniciativa para o acordo. Não há como o Estado buscar atingir qualquer escopo dito capitalista por meio da barganha processual, a exemplo de redução de tempo e custos, se ele sequer possui a prerrogativa de deflagrar o processo de negociação. Essas consequências podem até advir da ampliação das zonas de consenso processuais penais, mas se tratará de um simples efeito colateral, jamais de um objetivo a ser alcançado a partir da adoção do modelo. A título de curiosidade, mas também com o escopo de infirmar o teor da crítica em epígrafe, acrescente-se que pesquisas empíricas revelam que os gastos estatais com os procedimentos de barganha processual penal e com julgamentos perante um juízo singular são similares⁴⁹⁵, de maneira que o argumento ora enfrentado sequer encontra eco na realidade.

- c) *Uma vez adotado o ANPP, os poderosos continuarão a ser beneficiados*⁴⁹⁶. Argumento meramente retórico, pois se revela incabível valorar negativamente um novo modelo por força de uma realidade que ele não se propõe a modificar e que se manterá inalterada. Entrementes, deve-se recordar que se cuida de afirmação falaciosa porque, conforme estudos empíricos já citados ao longo deste trabalho, o acúmulo de causas pelas Defensorias Públicas faz com que elas alcancem, no conjunto da obra, uma forte posição negocial. Ao contrário do que dizem esses críticos, a ampliação do espaço de consenso favorece, não prejudica, a situação de réus economicamente hipossuficientes.
- d) *A ampliação das zonas de consenso implicará na administrativização das decisões criminais*⁴⁹⁷. Afirmação de validade duvidosa até mesmo em face do *plea bargaining* praticado nos EUA, uma vez que todas as sentenças prolatadas a partir da prática negocial partem do Poder Judiciário. A inadequação dessa crítica ao modelo democrático ora proposto se mostra ainda mais patente, porquanto todas as etapas da negociação em matéria penal, desde o oferecimento da denúncia até a homologação do acordo, se desenvolverão na forma de um processo que tramitará judicialmente.
- e) *Os acordos podem vir a substituir promoções de arquivamento*⁴⁹⁸. Preocupação salutar, porém, infundada. Afinal, ao contrário do que ocorre na transação penal ou no formato atual do ANPP, a zona de consenso proposta exige que o processo negocial seja deflagrado após a propositura da inicial acusatória. Ou seja, o Ministério Público, necessariamente, já

⁴⁹⁵ Schulhofer, 1984, p. 1084-1086.

⁴⁹⁶ Lopes Jr., 2019.

⁴⁹⁷ Vasconcellos, 2020, p. 250.

⁴⁹⁸ Duclerc; Matos, 2022, p. 242.

formou a *opinio delicti* e deduziu sua pretensão formalmente em juízo, o que afasta a suspeita de que o órgão ministerial poderia se limitar a uma leitura mais açodada do caderno acusatório. Além disso, uma das regras reitoras do modelo exige que o recebimento da denúncia preceda a deflagração do processo negocial, o que implica na imperativa existência de um controle externo prévio da justa causa. Assim, como denúncias levianas sequer serão encaminhadas à análise defensiva, o risco da substituição de arquivamentos por acordos deixa de existir.

f) *A justiça consensual estimula a permanência de vícios do sistema inquisitivo, mormente a busca da confissão como “rainha das provas”*⁴⁹⁹. O modelo de espaço de consenso democrático não exige a confissão como pressuposto para a sua realização. Destarte, a crítica não se amolda à proposta ora formulada.

g) *Novos mecanismos de barganha podem não se harmonizar com os já existentes*⁵⁰⁰. Inexiste qualquer dissonância ontológica entre os mecanismos de barganha previstos na Lei n. 9099/95 e a negociação processual penal para crimes considerados de maior potencial ofensivo. A existência de um microssistema próprio para a criminalidade de baixa ofensividade encontra arrimo expresso no art. 98, I, da CR/88. Ante a abertura fornecida pelo constituinte originário e da legitimidade das técnicas de sumarização utilizadas na Lei dos Juizados Especiais, conclui-se pela possibilidade de coexistência entre ambos os modelos. De igual modo, os diversos dispositivos que regulam o instituto da colaboração premiada se manterão inalterados em face de eventual alteração legislativa que venha a consagrar a negociação processual penal porque esse último, ao contrário do primeiro, não pressupõe a interferência na esfera de interesses de terceiros. Inexiste qualquer óbice, pois, à coexistência desses diplomas. A única situação de descompasso normativo se verificaria em relação ao art. 28-A do Código de Processo Penal, mas esse corresponde, justamente, ao instituto que se busca substituir. Enfim, a consagração do modelo proposto neste trabalho primará pela harmonia do sistema de justiça negocial brasileiro.

h) *Inexiste consenso com que sofre uma acusação*⁵⁰¹. Cuida-se de uma objeção genérica oposta à barganha processual penal, muito mais voltada ao modelo norte-americano, no qual o réu desconhece o teor das provas e imputações formuladas em seu desfavor. Tal crítica desconsidera as possibilidades oferecidas por um modelo de zona de consenso

⁴⁹⁹ Casara, 2015, p. 193.

⁵⁰⁰ Duclerc; Matos, 2022, p. 244.

⁵⁰¹ Casara, 2015, p. 193.

estruturado em forma de processo e, principalmente, não leva em conta as funções exercidas pela defesa técnica e pelo Poder Judiciário na construção da solução consensual. O processo, o defensor e o juiz atuam como mecanismos garantidores da ação consciente e voluntária do réu, o que assegura, por sua vez, o consenso legítimo. Entender que a mera existência de um cenário de difíceis escolhas para o réu implicaria na imediata impossibilidade de consentir implicaria em concluir que nenhuma pessoa que passa por dificuldades, como problemas financeiros, de saúde ou familiares, estaria autorizada a praticar os mais corriqueiros atos da vida civil, tais como adquirir um empréstimo bancário ou contratar uma cirurgia particular, em uma inconstitucional obliteração da autonomia da vontade. “Réus devem ser tratados como seres humanos com autonomia e personalidade desenvolvida o suficiente para decidir e compreender o que é de seu interesse ou não”⁵⁰².

i) *A ampliação do espaço de consenso desconsidera o seu impacto carcerário*⁵⁰³. Definida a negociação em matéria criminal como um instituto potencialmente adequado aos ditames do devido processo legal, o seu acolhimento por um determinado ordenamento jurídico dependerá de um juízo de política criminal. Por isso, lícito pensar nas consequências da adoção da ferramenta negocial para o sistema carcerário. Ocorre que, como salientado alhures, a preocupação em voga não procede. Afinal, os dados levantados pela doutrina norte-americana demonstram que o espaço de consenso não apenas reduz o montante de pena aplicada ao acusado⁵⁰⁴ como diminui o tempo de prisão cautelar⁵⁰⁵. Ou seja, o mecanismo consensual atua como fator duplamente descarceirizante. Se os Estados Unidos da América realmente apresentam a maior população carcerária do mundo, tal realidade se deve a fatores outros, como as penas elevadas, a possibilidade de cumulação de imputações criminais em cenários de conflito de normas, a prisão processual automática e a consagração da neutralização como um princípio constitucional⁵⁰⁶. São problemas relacionados ao sistema criminal de modo geral, não ao *plea bargaining*.

j) *Consenso em matéria criminal é uma forma de tortura*⁵⁰⁷. O modelo de espaço de consenso democrático prevê ao réu a possibilidade de produção de provas documentadas, direito de ouvir e ser ouvido, conhecimento de todas as provas produzidas em seu desfavor, imperativo de descrição dos fatos criminosos e de sua capitulação, audiência em juízo,

⁵⁰² Souza, 2021, p. 210.

⁵⁰³ Lopes Jr., 2019.

⁵⁰⁴ Rhodes, 1978, p. 74.

⁵⁰⁵ Alkon; Dion, 2014, p. 29.

⁵⁰⁶ EUA, 2003.

⁵⁰⁷ Prado, 2006, p. 194.

assistência por advogado, controle externo da justa causa, da consciência e da voluntariedade. De outra banda, ainda que inexista uma definição uníssona, a imposição de dor ou sofrimento intenso aparece em praticamente todos os conceitos de tortura e é universalmente considerada uma característica básica da prática, se não a marca distintiva da tortura. A tortura não consiste em simplesmente machucar uma pessoa. Na sua compreensão mais tradicional, a tortura encontra seu lugar no topo da pirâmide da agonia. O limiar da dor e do sofrimento inerentes à tortura se mostra superior ao de outros maus-tratos. Apenas a inflição de dor ou sofrimento severos pode ser designado como tortura⁵⁰⁸. Não por outra razão, o artigo 1 (2) da Declaração das Nações Unidas sobre o tema dispõe que a tortura constitui uma forma agravada e deliberada de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante. Destarte, a dissonância entre os conceitos de processo negocial e tortura salta aos olhos. A comparação soa como um menoscabo para com as pessoas que, infelizmente, em algum momento da vida, sofreram com a terrível prática da tortura.

k) *O ANPP propicia a expansão do Direito Penal*⁵⁰⁹. O espaço de consenso do processo criminal não cria ou amplia o espectro de abrangência de qualquer tipo penal. Logo, resta claro que tal figura não possui o condão de funcionar como fator de expansão do Direito Penal. A antecipação da barreira de proteção penal (praxe em uma sociedade de risco)⁵¹⁰, mediante a criação de novos tipos omissivos e de perigo abstrato, bem como a utilização do Direito Penal como panaceia apta a solucionar toda espécie de problema social⁵¹¹, com a conseqüente criminalização de condutas cuja tutela poderia muito bem ser realizada por outros ramos do Direito (ou mesmo por outros mecanismos de controle social), é que expandem indevidamente o alcance dessa ferramenta, não o ANPP.

l) *A barganha processual penal distorce os valores de uma democracia*⁵¹². Outro argumento meramente retórico. Afinal, se a democracia se caracteriza fundamentalmente como uma garantia de participação do povo na construção dos atos de poder⁵¹³, a negociação em matéria criminal possui o condão de potencializar o princípio democrático. A zona de consenso, ao permitir uma participação mais ativa do acusado na construção da sentença, mostra-se, com efeito, mais alinhado com os ideais democráticos que o próprio espaço de conflito.

⁵⁰⁸ Kenny, 2010, p. 131.

⁵⁰⁹ Vasconcellos, 2014, p. 144.

⁵¹⁰ Machado, 2005, p. 129.

⁵¹¹ Karam, 1991, p. 201.

⁵¹² Vasconcellos, 2014, p. 144.

⁵¹³ Habermas, 1997, p. 159.

- m) *A adoção do modelo negocial gera o risco de autoincriminação falsa*⁵¹⁴. Preocupação justa, mas que não se coaduna com a experiência empírica ou com as regras que balizam o modelo processual de negociação criminal. A um porque, como já citado alhures, pesquisas levadas a efeito junto a defensores norte-americanos revelou que, se subsistem dúvidas genuínas acerca da inocência do réu, eles insistem em levar a causa a julgamento. A dois porquanto a exigência de formalização da denúncia e de seu recebimento pressupõe dois juízos de valor estatais prévios à abertura do espaço de consenso, o que diminui o risco de confissões desalinhadas com os elementos de autoria produzidos durante a investigação. Finalmente, tem-se que o modelo proposto autoriza que o acusado não confesse, mas declare conhecer as provas colhidas ao longo da investigação preliminar criminal sem se opor a elas, pondo um fim definitivo ao risco de autoincriminação falsa.
- n) *O ANPP amplia os poderes da acusação, a qual absorve atribuições e competência típicas do Poder Judiciário*⁵¹⁵. Crítica parcialmente apropriada ao modelo norte-americano que, no entanto, não se adequa ao modelo democrático de espaço de consenso. O ANPP, nos moldes propostos, não amplia os poderes da acusação, algo que poderia implicar em lesão à garantia da paridade de armas, mas de ambas as partes envolvidas na negociação. Ministério Público e acusado possuirão, igualmente, a possibilidade de influir mais decisivamente na construção do provimento jurisdicional que será imposto ao final do processo. Em havendo isonômica ampliação de poderes, inexistente lesão ao contraditório. Além disso, em face da estruturação da negociação em forma de processo, o Poder Judiciário manterá todas as suas atribuições e competências típicas, a exemplo do juízo de deliberação, designação de audiências, controle de legalidade dos atos processuais e sentenciamento. Em comparação com a zona de conflito, a AIJ representa o único ato que deixará de ser realizado pelo magistrado no âmbito do espaço de consenso processualizado. Algo que, inclusive, ocorre frequentemente no próprio espaço de conflito, sempre que as partes afirmam seu desinteresse na produção de provas em audiência, atitude essa que jamais despertou qualquer controvérsia no que tange à sua constitucionalidade.
- o) *Ampliar o espaço de consenso acarreta o desaparecimento do direito de defesa*⁵¹⁶. Na verdade, o espaço de consenso processual fomenta o fenômeno contrário: munir a defesa de uma ferramenta a mais. Além da possibilidade de produzir todos os meios de prova em

⁵¹⁴ Vasconcellos, 2014, p. 144.

⁵¹⁵ Vasconcellos, 2014, p. 144.

⁵¹⁶ Vasconcellos, 2014, p. 145.

Direito admitidos e de vergar quaisquer teses e argumentos em auxílio ao seu cliente ou assistido, a defesa técnica poderá ainda escolher, de acordo com um juízo de valor potestativo, a via da solução consensual. Espaço de consenso esse no qual ainda poderá produzir provas documentadas, trazer e contrastar argumentos, inclusive em sede de uma audiência preliminar, como parte da negociação. Neste cenário, a defesa técnica terá o potencial de interferir mais diretamente que nunca na construção do provimento final. O papel da defesa será reforçado, não esfacelado.

- p) *O consenso processual penal cria o risco de autoincriminação sem pleno conhecimento das provas*⁵¹⁷. Objeção adequada apenas à realidade norte-americana. O modelo de barganha processual penal proposto assegura ao réu acesso integral aos elementos de prova colhidos ao longo da investigação preliminar como pressuposto para a validade do ANPP. Continuam válidos os ditames da súmula vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, o que afasta a crítica em voga.
- q) *O ANPP autoriza o tratamento mais leniente daquele que aceita o acordo*⁵¹⁸. Uma vez que todos os benefícios passíveis de serem oferecidos no âmbito da zona de consenso estarão previamente definidos em lei, não haverá que se falar em tratamento mais leniente de qualquer pessoa. Estar-se-á diante, tão somente, do tratamento legal, que o povo, mediante seus representantes democraticamente eleitos, entendeu ser o mais adequado para o caso, a partir de critérios de prevenção e retribuição. Uma medida legal e democrática, jamais leniente.
- r) *O ANPP trata de modo mais severo aquele que se recusa ao acordo*⁵¹⁹. O réu não paga um preço por ir a julgamento e não aceitar um acordo. Ele meramente opta por uma estrutura com dois resultados possíveis ao invés de uma estrutura com apenas um resultado possível⁵²⁰. Além disso, como ocorre na crítica anterior, as penas passíveis de serem aplicada no âmbito do espaço de conflito, alternativa sempre aberta ao réu que não deseja engajar na negociação processual penal, são aquelas definidas pela lei. Estar-se-á, pois, diante do tratamento legal que o povo, mediante seus representantes democraticamente eleitos, entendeu ser o mais pertinente para o caso, a partir de critérios de prevenção e retribuição. Uma medida legal e democrática, jamais severa.

⁵¹⁷ Garcia, 1996, p. 90-92.

⁵¹⁸ Garcia, 1996, p. 90-92.

⁵¹⁹ Garcia, 1996, p. 90-92.

⁵²⁰ Adelman, 1978, p. 821.

- s) *A barganha processual penal depõe contra a busca da verdade*⁵²¹. Sem entrar no mérito da legitimidade dessa busca, como bem colocado por Flávio da Silva Andrade, não se pode negar validade à verdade consensual sob o argumento de que há risco de se punir um inocente porque também não é infalível o julgamento tradicional⁵²². Inexiste superioridade de um modelo (consenso ou conflito) sobre o outro.
- t) *O acordo de não persecução penal não vale para penas privativas de liberdade*⁵²³. O respeito aos ditames do devido processo legal legitima a aplicação de qualquer espécie de pena, incluindo as privativas de liberdade. O modelo democrático de espaço de consenso pressupõe, como condição de sua validade, a sua estruturação em forma de processo. Logo, penas privativas de liberdade poderão ser validamente aplicadas no âmbito da zona processual de consenso estruturada na forma proposta neste trabalho. O juízo será político, a cargo do Poder Legislativo, não de constitucionalidade.

Superadas todas as críticas formuladas pela doutrina nacional à negociação processual penal, conclui-se que restou confirmada a tese formulada em resposta ao problema que este estudo se prestou a resolver. A negociação processual penal estruturada em forma de processo admite a aplicação de penas privativas de liberdade sem que haja lesão aos princípios constitucionais que regem o processo penal, desde que respeitadas determinadas condições, leia-se, a principiologia e o regramento acima listados. Claro que a proposta ora formulada não propiciará o desenvolvimento de um processo tão célere quanto aquele verificado nos EUA. A barganha processual brasileira apresentará regulamentações, freios e contrapesos que diminuirão a velocidade da marcha processual. Porém, a aceleração do espaço-tempo do procedimento pró-sociedade ou Estado não representa um valor a ser alcançado por meio da barganha. A busca é por potencialização das garantias individuais do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo, respeitando-se o tempo próprio do procedimento⁵²⁴.

6.4 Considerações finais

Fixada a constitucionalidade de um modelo de espaço de consenso erigido como processo, seguindo a principiologia e o regramento ora propostos, a sua adoção por parte do ordenamento jurídico brasileiro perpassa por um juízo de valor a cargo do legislador. Por

⁵²¹ Casara, 2011, p. 147-157

⁵²² Andrade, 2020, p. 227.

⁵²³ Andrade, 2017b, p. 168.

⁵²⁴ Ferraz, 2018, p. 73.

colocar uma nova ferramenta à disposição da defesa e, acidentalmente, atuar como mecanismo descarceirizante e passível de contribuir para com a redução do espaço-tempo dos procedimentos, defende-se que o Brasil deva abraçar o referido modelo.

Certamente, nenhuma teoria encontra-se isenta de críticas. Por mais que este trabalho esteja apto a rebater as objeções hoje formuladas em face da negociação em matéria criminal, certamente outras surgirão, as quais contribuirão para o aperfeiçoamento do modelo proposto. Fato é que existe uma tendência mundial de expansão do espaço de consenso do processo penal e a doutrina brasileira, ao invés de se apegar a formalidades despidas de substância, a práticas inquisitoriais e ao paradigma irrefletido do conflito, deve-se abrir a essas novas ideias, cooperando para que a inevitável ampliação do escopo do instituto venha a se dar em respeito à cláusula do devido processo legal e às demais garantias processuais previstas na CR/88.

A fim de assegurar que a barganha processual penal atinja toda a sua potencialidade, seria interessante que as faculdades de direito, desde já, começassem a desenvolver junto aos alunos habilidades específicas de negociação. Mesmo nos Estados Unidos, os futuros advogados são treinados para lidar com causas criminais a serem desenvolvidas perante o júri ou o juiz singular, relevando a segundo plano o ensino de técnicas negociais. A maioria dos profissionais, novos e antigos, carece de treinamento negocial⁵²⁵. Assim, defende-se que as faculdades de direito, a OAB e as escolas de aperfeiçoamento funcional da magistratura, defensoria e Ministérios Públicos se planejem para o impacto que a ampliação das zonas de consenso em matéria penal causará, desenhando uma política educacional capaz de capacitar os operadores do Direito para o correto manejo dessa nova ferramenta.

A formação dos profissionais ainda se revela importante para evitar distorções na prática forense. Intepretações equivocadas e comportamentos inadequados dos operadores do direito, muitas vezes inspirados pelos usos do foro trabalhista⁵²⁶, podem acabar por viciar o espaço de consenso e transformá-lo em uma justiça de quinta categoria. Não apenas a criação, mas o respeito aos princípios e regras inerentes à negociação em matéria criminal se mostram essenciais para que se tenha um verdadeiro espaço de consenso democrático no Brasil.

⁵²⁵ Roberts; Wright, 2016, p. 1460.

⁵²⁶ Souza, 2005, p. 79.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o plea bargaining. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 179, p. 177-196, 2021.

ACEVEDO, Roland. Is a ban on plea bargaining an ethical abuse of discretion? A Bronx County, New York Case Study. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 64, p. 987, 1995.

ADELSTEIN, Richard. The negotiated guilty plea: a framework for analysis. **New York University Law Review**, [s.l.], v. 53, n. 4, p. 819, 1978.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 10-30, 2013.

ALKON, Cynthia; DION, Ena. **Introducing plea bargaining into post-conflict legal systems**. In: International Network to Promote the Rule of Law, 2014.

ALLAM, S. Egyptian law courts in pharaonic and Hellenistic times. **The Journal of Egyptian Archaeology**, [s.l.], 77, 109-127, 1991.

ALSCHULER, Albert W. The supreme court, the defense attorney, and the guilty plea. **University of Colorado Law Review**, [s.l.], v. 47, p. 2-71, 1975.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, New York, v. 79, n.1, p. 1-43, 1979.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and the death penalty. **De Paul Law Review**, [s.l.], v. 58, p. 671-672, 2009.

ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. **California Law Review**, New York, v.69, p.651-730, 1981.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 128, p.65-89, 2017.

ANDERSON, John. R.; BETTS, Shawn; BYRNE, Michael. D.; SCHOOLER, Lael J.; STANLEY, Clayton. **The Environmental Basis of Memory**, p.1-30, 2022. Psychological review. Advance online publication. Disponível em: <http://act-r.psy.cmu.edu/wordpress/wp-content/uploads/2023/02/EnvironmentalBassisofMemory.pdf>. Acesso em: 19.dez.2023.

ANDRADE, Flávio da Silva. **A ampliação dos espaços de consenso no processo penal**. Orientador: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto. 200f. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017^a.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na

composição da decisão justa e legítima. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 03, n. 03, p. 1007-1041, set.-dez. 2017b.

ANDRADE, Flávio da Silva. O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 206-241, set./dez. 2020.

APPLEMAN, Laura I. Who watches the watchers? Judges, guilty pleas, and outsider review. **Florida Law Review Forum**, Gainesville, v. 66, p. 44-46, 2015.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza; CONEGUNDES, Karina Romualdo; ROSA, Margareth Abreu. A natureza jurídica do processo e sua essência: o contraditório. **Revista Acadêmica**, [s.l.], v. 86, n.1, p.36-40, 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Informalização da justiça e controle social**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, v. 1, p. 119, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 1, p. 119, out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

BAR-GILL, Oren; GAZAL-AYAL, Oren. Plea bargains only for the guilty. **The Journal of Law & Economics**, v. 49, n. 1, p. 353-364, 2006.

BARKOW, Rachel E. Separation of powers and the criminal law. **Stanford Law Review**, [s.l.], v.58, p. 989-1053, 2006.

BARNHIZER, Daniel D. Bargaining power in the shadow of the law: commentary to Professors Wright and Engen, Professor Birke, and Josh Bowers. **Marquette Law Review**, [s.l.], v.91, p. 123-143, 2007.

BARRETT, Amy C. Procedural common law. **Virginia Law Review**, [s.l.], v. 94, n. 4, p. 813-878, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BARTOLOME, Placido Fernadéz-Viagas. **El derecho a un proceso sin dilaciones indevidas**. Madri: Civitas, 1994.

BATRA, Rishi Raj. Judicial participation in plea bargaining: a dispute resolution perspective. **Ohio State Law Journal**, [s.l.], v. 76, n. 3, p. 565-618, 2015.

BEALL, George. Principles of plea bargaining. **Loyola University Chicago Law Journal**, [s.l.], v. 9, p. 175, 2015. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/luclj/vol9/iss1/5>. Acesso em: 02.fev. 2024.

BIAGENT, Laura I. Who watches the watchers? Judges, guilty pleas, and outsider review. **Florida Law Review Forum**, [s.l.], v. 66, p. 45, 2015.

BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure: the case of Alford and nolo contendere pleas. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 88, n.5, p.1360-1411, 2003.

BIBAS, Stephanos. Incompetent plea bargaining and extrajudicial reforms. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.126, n.1, p.150–175, 2012.

BIBAS, Stephanos. **The machinery of criminal justice**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 88, p. 225-269, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BOND, James E. Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. **Wake Forest Law Review**, Winstom-Salem, v.15, p.837-842, 1979.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORK, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems. **Indiana Law Journal**, [s.l.], v. 47, n. 1, art. 1, 1971.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: denúncia, queixa e aditamento**. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

BOWERS, Josh. Punishing the innocent. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 156, p. 1117-1179, 2008.

BOWMAN, Frank O. To tell the truth: the problem of prosecutorial ‘manipulation’ of sentencing facts. **Federal Sentencing Reporter**, [s.l.], v. 8, n. 6, p. 324-327, 1996.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Publicado no DOU de 26.7.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 19.nov.2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Publicado no DOU de 27.9.1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 20.ago.2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Publicado no DOU de 5.8.2013 - Edição extra. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24.out.2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Publicação: Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, edição de 08/09/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277>. Acesso em: 24.out.2023.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de **Reforma do Código de Processo Penal**. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto DE Lei Nº 8045, DE 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o Decreto-Lei Nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-Lei Nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis Nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, DE 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensados. Relatório Parcial. 1ª Relatoria-Parcial: princípios fundamentais e julgamento antecipado (plea bargain). Relatora-Parcial: Deputada Margarete Coelho. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1840298&filename=Tramitacao-PL%208045/2010. Acesso em: 20.nov.23.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Publicado no DOU de 30.4.2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 20.ago.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no AREsp 2.265.981-SC**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Ementa: Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Crime contra o patrimônio. Latrocínio (Art. 157, § 3º, DO Código Penal).

Cerceamento de defesa. Desídia do patrono anterior. Não ocorrência. Revelia. Mudança de endereço não comunicada. Desclassificação. Revolvimento de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Agravo regimental não provido. Publicação no DJe/STJ nº 3588 de 06/03/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no HC 228.013 – SC**. Rel. Min. André Mendonça, julgado em 26 fev. 2024.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A eficácia do contraditório no processo penal: atuação e legitimação para além da legalidade. **Revista CNJ**, Brasília, v. 3, p. 37-50, 2019.

BRENER, Paula; PINTO, Felipe Martins. A legitimação pelo contraditório no processo penal: para além de um silogismo dialético. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 162, p.171-215, 2019.

BRÊTAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p.230-240, 2005.

BROWN, Darryl K. Judicial power to regulate plea bargaining. **William & Mary Law Review**, [s.l.], v. 57, n. 102, p. 101-148, Jan. 2016.

BROWN, Darryl K. The judicial role in criminal charging and plea bargaining. **Hofstra Law Review**, [s.l.], v. 46, n. 1, art. 7, 2018.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antonio Carlos Tomás. **A reforma processual penal italiana: reflexos no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BURKE, Alison S. et al. **Introduction to the American criminal justice system**. Open Oregon Educational Resources, 2019.

CÂMARA, Alexandre F. **Manual de direito processual civil**. 3.ed. Barueri: Atlas, 2024.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v.4, p.1-26, 2012 [on line]. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 12 junho 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 17, n. 44, p. 117-130, jul.-set. 2016.

CAPPARELLI, Bruna. Origens históricas do processo penal italiano e o IV Conselho Lateranense. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, p. 57-77, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pílares, 2009.

CARNS, T. W.; KRUSE, J. A. A re-evaluation of Alaska's plea bargaining ban. **Alaska Law Review**, [s.l.], v. 8, p. 27-64, 1991.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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 Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org). **O novo processo penal à luz da constituição**; análise crítica do projeto de lei nº 156/09, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011

CHOUKR, Fauzi H. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. São Paulo: SRV, 2014.

CHRISTOPHER, R. L. The prosecutor's dilemma: bargains and punishments. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 72, p. 93-168, 2003.

CHURCH Jr., Thomas W. In defense of "bargain justice". **Law & Society Review**, [s.l.], v.13, n.2, p.509-525, 1979.

COELHO FILHO, Paulo Sérgio de A. **Barganha penal**: perigo iminente. O Estado de São Paulo, 11 de julho de 2012.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v.14, p. 24-41, 2012.

COVEY, Russell D. Fixed justice: reforming plea-bargaining with plea-based ceilings. **Tulane Law Review**, [s.l.], p. 1237-1278, 2008.

CRESPO, Andrew Manuel. Probable cause pluralism. **Yale Law Journal**, New Haven, v.129, n.5, p.1276-1599, February, 2019.

CRESPO, Andrew Manuel. The hidden law of plea bargaining. **Columbia Law Review**, New York, v.118, n. 5, 2023.

DA COSTA DE-LORENZI, F. O habeas corpus como instrumento de controle na justiça penal negociada: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 203, n. 203, p. 333-362, 2024.

DALL'AGNOL, Jorge Luís. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988.

DAMAŠKA, Mirjan. The quest for due process in the age of inquisition. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 60, n. 4, p. 919-954, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DELLA TORRE, Jacopo. **La giustizia penale negoziata in Europa**. Orientador: Mitja Gialuz. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas - Direito Público e Sistema Penal) – Università degli Studi di Udine em convenção com Università degli Studi di Trieste, Udine,

2018. Disponível em: <https://air.uniud.it/retrieve/handle/11390/1143036/286175/Tesi%20definitiva%20Della%20Torre.pdf>. Acesso em: 14.mar.2024.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Teoria e prática dos juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

DICK, John M. Allowing Sentence bargains to fall outside of the guidelines without valid departures: it is time for the commission to act. **Hastings Law Journal**, [s.l.], v. 48, p. 1017, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DOUGLASS, John G. Can prosecutors bluff - brady v. Maryland and plea bargaining. **Case Western Reserve Law Review**, [s.l.], v. 57, p. 581-593, 2007.

DRIPPS, Donald A. Guilt, innocence, and due process of plea bargaining. **William & Mary Law Review**, [s.l.], v. 57, p. 1343-1393, 2016.

DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo: pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-A do CPP. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 187, p. 233–258, 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DYER, Emily; STACEY, Chelsea; VIESCA, Adrian. Statewide rules of criminal procedure: a 50 state review. **Nevada Law Journal Forum**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 1, 2017.

EASTERBROOK, Frank H. Plea bargaining as compromise. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, p. 1969-1978, 1992.

EASTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market System. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 12, n. 2, p. 289–332, 1983.

ELLIS, Michael J. The origins of the elected prosecutor. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 121, n. 6, p.1528-1569, Apr. 2012.

ENESCU, R. Penal orders for misdemeanours and felonies in France: a procedural economy at the expense of the defence? **International e-Journal of Criminal Sciences**, [s.l.], n. 16, art. 5, 2021.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 101, p. 203-227, 2013.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Whiskey Cases**. Opinião da Suprema Corte dos Estados Unidos. Moore et al. v. United States, 99 U.S. 594. Decisão proferida em 1878.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hallinger v. Davis**. Opinião da Suprema Corte dos Estados Unidos, 146 U.S. 314. Decisão proferida em 1893.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hudson v. United States**. Volume 272 U.S. Reporter, p. 451 (1926).

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Patton v. United States**. Volume 281 U.S. Reporter, p. 276 (1930).

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Slochower v. Board of Education**. 350 U.S. 551. 9 de abril de 1956.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema corte dos Estados Unidos. **Garrity v. New Jersey**. 385 U.S. 493. 16 de janeiro de 1967.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **McCarthy v. United States**. Volume 349 U.S. Reporter, p. 459. Decisão proferida em 1969.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Boykin v. Alabama**, 395 U.S. 238 (1969). Argumentado em 14 março, 1969; decidido em 02 junho, 1969.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Brady v. United States**. Volume 397 U.S. Reporter, p. 742 (1970a). Argumentado em 18 nov. 1969; decidido em 4 maio 1970; concedido em 23 jun. 1969.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **McMann v. Richardson**. Volume 397 U.S. Reporter, p. 759 (1970b). Justia US Supreme Court Center. Argued: February 24, 1970, Decided: May 4, 1970.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Parker v. North Carolina**. Volume 397 U.S. Reporter, p. 790 (1970c). Argumentado em 17 nov. 1969; decidido em 4 maio 1970.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **North Carolina v. Alford**. Volume 400 U.S. Reporter, p. 25 (1970d). Argumentado em 17 nov. 1969, reargumentado em 14 out. 1970; decidido em 23 nov. 1970

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Santobello v. New York**. Volume 404 U.S. Reporter, p. 257 (1971). Argumentado em 15 nov. 1971; decidido em 20 dez. 1971

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bordenkircher v. Hayes**. Volume 434 U.S. Reporter, p. 357 (1978). Argumentado em 9 nov. 1977; decidido em 18 jan. 1978.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Illinois v. Gates**. Volume 462 U.S. Reporter, p. 213 (1983).

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Strickland v. Washington**. 466 U.S. 668 (1984). Disponível em: U.S. Supreme Court. Argumentado em 10 jan. 1984; decidido em 14 maio 1984.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hill v. EUA - Lockhart**. Volume 474 U.S. Reporter, p. 52 (1985). Argumentado em 7 out. 1985; decidido em 18 nov. 1985.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Ewing v. California**. Volume 538 U.S. Reporter, p. 108 (2003)

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Padilla v. Kentucky**. Volume 559 U.S. Reporter, p. 356 (2010). Argumentado em 13 out. 2009; decidido em 31 mar. 2010.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Lafler v. Cooper**. Volume 566 U.S. Reporter, p. 156 (2012a). Argumentado em 31 out. 2011; decidido em 21 mar. 2012.

EUA - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Missouri v. Frye**. 566 U.S. 134 (2012b). Disponível em: U.S. Supreme Court. Argumentado em 31 out. 2011; decidido em 21 mar. 2012.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 279-297, jan./jun. 2018.

FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 191, p. 235-259, 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcolm M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. **The Justice System Journal**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 338-354, 1982.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro; COUTINHO, Carlos Marden Cabral. A prática da autocomposição: um caminho comparativo entre a escola instrumentalista e constitucional democrática do processo. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 20-35, jul./dez. 2017.

FERNANDES, Marcus da Costa. Da colaboração premiada e a sua natureza jurídica: meio de prova ou meio de obtenção de prova. **Revista Jurídica do Ministério Público**, João Pessoa, v. 8, n. 10, jan./dez. 2016.

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

- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Anotações sobre os ministérios públicos brasileiro e americano. **Justitia**, São Paulo, v. 50, n.144, p. 48-54, out./dez. 1988. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24201>. Acesso em: 22.set.2023.
- FERRAZ, Eric Cesar Marques. Reflexão entre tempo e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 278, p. 71-87, 2018.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- FISHER, George. Plea bargaining's triumph. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 109, p. 857-1086, 2000.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Plea bargaining in historical perspective. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.247-259, 1979.
- FRIEDMAN, Lawrence M.; PERCIVAL, Robert V. **The roots of justice: crime and punishment in Alameda County, California, 1870-1910**. The University of North Carolina Press, p.173-176, 1981.
- FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian approach serve as a model to guarantee the independence of German judges? **Comparative Law, Rechtsvergleichung**, v. 5, n. 1, p. 197-220, 2009.
- FUHR, Edward J. The doctrine of unconstitutional conditions and the first amendment. **Case W. Resv. L. Rev.**, v. 39, p. 97-163, 1988-1989.
- GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; Andre Vasconcelos Roque; et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Grupo Gen, 2020, p. 305.
- GALVÃO, Fernando. Legitimidade do direito penal no estado democrático de direito. **Revista brasileira de Estudos Políticos**, [s.l.], n. 95, p. 99-127, jan./jul. 2007.
- GARCIA, Nicolás Rodriguez. A justiça penal e as formas de transação no direito norte americano: repercussões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.l.], v. 4, n. 13, janeiro-março, 1996.
- GASNER, Stuart L. Specific performance of "unfulfillable" plea bargains. **U. Mich. J. L. Reform**, [s.l.], v. 14, p. 105, 1980.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIULIANI, Emília Merlini. Mecanismos de consenso no direito processual penal brasileiro e o projeto de código de processo penal. **Publica Direito**. [on line]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb4ab9e8db10f6fd>. Acesso em: 24.jul.2023.

GOLDSTEIN, Joseph. For Harold Lasswell: some reflections on human dignity, entrapment, informed consent, and the plea bargain. **Yale Law Journal**, New Haven, v.84, p.683-703, 1975. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/15657>. Acesso em: 4 set. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2.e.d. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

GONZAGA, Nicole Albano Vargas. Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do indiciado ou alternativa do Ministério Público? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1045, p.265-278, 2022.

GORR, Michael. The morality of plea bargaining. **Social Theory and Practice**, [s.l.], v. 26, n. 1, p. 129-151, 2000.

GRANDE, Elisabetta. Comparative approaches to criminal procedure: transplants, translations, and adversarial-model reforms in European criminal process. In: BROWN; BROWN, Darryl K.; TURNER, Jeni Iontcheva; WEISSER, Bettina. (ed.). **The Oxford handbook of criminal process**. New York: Oxford University Press, 2019 p. 67-88.

GRINOVER, Ada Pellegrini Conciliação. **Revista de Processo**, [s.l.], v. 41, p. 198-207, jan.-mar. 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A democratização dos tribunais penais: participação popular. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, [s.l.], v. 1, p. 495-509, jun. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Catedra, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAYDEN Jr., Thomas C. The plea of nolo contendere. **Maryland Law Review**, [s.l.], v. 25, p. 227-237, 1965.

HE, Xin. Plea leniency and prosecution-centeredness in China's criminal process. University of Hong Kong Faculty of Law. **Research Paper** No. 2022/45, 8 ago. 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4184653> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4184653>. Acesso em: 10.dez.2023.

HEALEY, Patrick W. The nature and consequences of the plea of nolo contendere. **Nebraska Law Review**, [s.l.], v. 33, p. 428-434, 1953.

HEISE, Michael. Federal criminal appeals: a brief empirical perspective. **Marquette Law Review**, [s.l.], v. 93, n. 2, p. 825, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss2/17>. Acesso em: 19.mar.2024.

HESSICK III, F. Andrew. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. **BYU Journal of Public Law**, [s.l.], v. 16, p.189-216, 2002.

HEYMAN, Steven J. The first duty of government: protection, liberty and the fourteenth amendment. **Duke Law Journal**, [s.l.], v. 41, n. 3, p.507-571, 1991.

HOWE, Scott. The value of plea bargaining. **Oklahoma Law Review**, Norman, v.58, n 4, p.599-636, 2006.

IENNACO, Rodrigo. A celebração de acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e a pessoa jurídica responsável por crime ambiental. *In*: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas. (org.). **Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

IVSAN, Inga. To plea or not to plea: how plea bargains criminalize the right to trial and undermine our adversarial system of justice. **North Carolina Central Law Review**, [s.l.], v. 39, n.2, art. 4, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOHNSON, Thea. Lying at plea bargaining. **Georgia State University Law Review**, [s.l.], v. 38, p.673-733, 2022.

JOLLY, Richard Lorren; PRESCOTT, J. J. Beyond plea bargaining: a theory of criminal settlement. **Boston College Law Review**, Newton, v. 62, p. 1047-1116, 2021.

JONES, Stephen R. G. Was There a Hawthorne Effect? **American Journal of Sociology**, [s.l.], v. 98, n. 3, p. 451–468, 1992.

KAGAN, Robert A. Globalization and legal change: the “Americanization” of European law? **Regulation & Governance**, [s.l.], v. 1, n. 2, p.99-120, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Nitéroi, RJ: Luam, 1991.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KELEMEN, R. Daniel; SIBBITT, Eric C. The globalization of American law. **International Organization**, [s.l.], v. 58, n. 1, p. 103-136, 2004.

KENNY, Paul D. The meaning of torture. **Polity**, v. 42, n. 2, p. 131–155, 2010.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público no Brasil: relevância, características e uma agenda para o futuro. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 113-120, mar. /abr./maio 2014.

KING, Nancy J.; SOULÉ, David A.; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert R. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guidelines states. **Columbia Law Review**, New York, v. 105, n. 6, p. 960-1009, May 2005.

KLEIN, Richard. Due process denied: judicial coercion in the plea bargaining process. **Hofstra Law Review**, [s.l.], v. 32, n. 4, p. 1349-1423, 2003-2004.

KRAUS, Kenneth A. Plea bargaining: a model court rule. **University of Michigan Journal of Law Reform**, [s.l.], v. 4, p. 487-518, 1971, p. 496.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 242-262, set./dez. 2017.

LACY, Alex B. Jr. The bill of rights and the fourteenth amendment: the evolution of the absorption doctrine. **Washington & Lee Law Review**, [s.l.], v. 23, p. 37-65, 1966.

LANGBEIN, John H. On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 119-128, 1992.

LANGBEIN, John H. Land without plea bargaining: how the Germans do it. **Michigan Law Review**, [s.l.], v. 78, p. 204-223, 1979.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 46, n. 1, p. 3, 1978.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. **Annual Review of Criminology**, San Mateo, v. 4, n. 1, p.377-411, 2021.

LASHLY, Arthur V. The Illinois crime survey. **American Institute of Criminal Law & Criminology**, [s.l.], v. 20, p. 588, 1929-1930.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

LOHMAN, Stephen R. The speedy trial act of 1974: defining the sixth amendment right. **Catholic University Law Review**, [s.l.], v. 25, p. 130-147, 1976, p. 134.

LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 30.

LOPES Jr., Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, [s.l.], v. 2, p. 11-33, 2001.

LOPES Jr., Aury. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? **Consultor Jurídico**. [on line], fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019->

fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere remedio-ou-veneno#:~:text=O%20plea%20bargaining%20viola%20desde. Acesso em: 29.maio.2023.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza. (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 65-94, p. 66.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MARCUS, Paul. The United States criminal justice system: a brief overview. **Faculty Publications**, n. 1191, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1191>. Acesso em: 15.mar.2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

MARQUES, Daniela de Freitas. O acusado como conteúdo do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 47, p.143-161, 2005.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 43 - 55, 2016.

MARTÍNEZ, David Barreras. **Cataros e inquisidores**: los origenes del tribunal Del Santo Oficio. Anatomia De La Historia, 2011.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2024.

MATOS, Erica do Amaral. Colaboração premiada: análise de sua utilização na Operação Lava Jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s.l.], v. 143, p. 155-176, maio 2018.

MAYNARD, Douglas W. Defendant attributes in plea bargaining: notes on the modeling of sentencing decisions. **Social Problems**, Knoxville, v. 29, n. 4, p. 347–360, 1982.

MCCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], v. 26, n. 61, p. 61-118, 2014.

McCOY, Thomas R.; MIRRA, Michael J. Plea bargaining as due process in determining guilt. **Stanford Law Review**, Stanford, n. 5, p. 887-941, 1980.

McKEE, D. The responsibility of common law scholarship: a case study. **Revue du notariat**, [s.l.], v.118, n. 2, p. 283-310, 2016.

- MEDEIROS, Osmar Fernando. **Devido processo legal e indevido processo penal**. Curitiba: Juruá, 2000.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n. 190, p. 169-177, abr./jun. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Sistema de justiça e colaboração premiada: o desafio da conciliação. **Revista Jurídica da Presidência**, [s.l.], v. 21, n. 124, set. 2019.
- MENDES, Soraia Rosa; SOUZA, Augusto Cesar Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [s.l.], v. 6, p. 1175-1208, 2020.
- MILHOMEM, Leonardo Dantas; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 318, n.46, p. 51-74, ago. 2021.
- MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 03, n. 03, p. 929-964, set.-dez. 2017.
- MIRANDA NETTO, Antonio Garcia de et al. **Dicionário de ciências sociais**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1987.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MOLESWORTH, Claire L. Knowledge versus acknowledgment: rethinking the alford plea in sexual assault cases. **Seattle Journal for Social Justice**, Seattle, v. 6, n. 2, art. 16, 2007.
- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso temático de direito processual penal**. Salvador: Podivm. 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, p. 110-125, 1993.
- NACIF, Elaine. **Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2010.
- NEWMAN, D.J. Reshape the deal. **Trial**, v. 9, n. 11, 1973, *apud* ALSCHULER, Albert. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, [s.l.], v. 79, p. 1-2, 1979.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 294.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O'HEAR, Michael. Plea bargaining and procedural justice. **Georgia Law Review**, Athens, v. 557, p. 407-469, 2008.

ORTMAN, William. When plea bargaining became normal. **Boston University Law Review**, [s.l.], v. 100, p. 1435, 2020. Disponível em: Wayne State University Law School Research Paper.

OVERSTREET, Rhonda L. Chronological outline of a capital murder trial. **Cap. Def. Dig.**, [s.l.], v. 5, p. 47-58, 1993.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. Niterói: Impetus, 2005.

PACKER, H. L. **The limits of the criminal sanction**. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1968.

PADGETT, John F. Plea bargaining and prohibition in the federal courts, 1908-1934. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 413-450, 1990.

PADGETT, John F. The emergent organization of plea bargaining. **American Journal of Sociology**, [s.l.], v. 90, n. 4, 1985, pp. 753-800.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CLETO, Vinicius Hsu. Um balanço sobre colaboração premiada: fundamentos, críticas construtivas e funcionamento no Brasil. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 12, n. 39, p. 313-335, jul./dez. 2018.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. A adoção de institutos de justiça negocial nos países de tradição romano-germânica enquanto resultado cultural e da visão holística do sistema criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1047, p. 263-287, 2023.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (org.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 636.

PENTEADO, Luciano de Camargo; BOLOTTI, Isabela Maria Lopes. Venire contra factum proprium: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana. **Revista de Direito Privado**, [s.l.], v. 61, p. 145-172, jan./mar. 2015.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal consensual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PESQUIÉ, Brigitte. O sistema belga. In: DELMAS MARTY, Mireille. (org.). **Processos penais da Europa**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PETERSON Jr., Earle W. Criminal law: plea of nolo contendere to an indictment for first degree murder. **Florida Law Review**, [s.l.], v. 16, p. 497-500, 1963.

PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e da efetividade processual no processo democrático. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 8, n. 1, 2011.

PINTO, Felipe Martins. **A natureza jurídica do processo penal**: o processo como espécie de procedimento realizada em contraditório entre as partes. 2004. 90f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

PINTO, Felipe Martins. Apontamentos sobre a evolução do princípio do contraditório no processo penal. In: PINTO, Felipe Martins; MACHADO, Francisco Nogueira; SOUSA, Marllon. (coord.). **Processo penal democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (Coleção Fórum Processo e Democracia, 1).

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PINTO, Felipe Martins. O representante do Ministério Público e a sua atuação no processo penal. **JUS**, Belo Horizonte, v. 42, n. 24, p. 81-86, jan./jun. 2011.

PORFIRIO, Georgia Bajer Fernandes de Freitas. Celeridade do processo, indisponibilidade da liberdade no processo penal e prescrição retroativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 45, p. 115–133, 2003.

POUND, Roscoe. The influence of the civil law in America. **Louisiana Law Review**, [s.l.], v.1, n. 1, p. 1-16, Nov. 1938,

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAATZ, Igor. Processo, liberdade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 288, p. 21-52, 2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal Norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REED, Krystia; *et al.* Reported experiences with plea bargaining: a theoretical analysis of the legal standard. **West Virginia Law Review**, [s.l.], v. 124, p. 421-447, p. 446-447, 2022.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, [s.l.], v. 6, n. 3, maio 2020.

RHODES, William M. **Plea bargaining: who gains? Who loses?** Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.

ROBERTS, Jenny; WRIGHT, Ronald F. Training for bargaining. **William & Mary Law Review**, [s.l.], v. 57, p. 1445-1502, 2016.

ROCHA, Felipe Borring. O contraditório utilitarista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 171-197, mar. 2014.

ROCHA, Lucas Ramos Krause dos Santos; AMARAL, Thiago Bottino do. A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da análise econômica do direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 191, p. 261-284, 2022.

ROMERO, Paulo Roberto Santos. Composição de danos civis em infração penal de ação pública incondicionada. **Consultor Jurídico**, [on line] ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-07/paulo-romero-composicao-danos-civis-infracoes-penais/>. Acesso em: 12.ago.2024.

RUBINSTEIN, Michael L.; WHITE, Teresa J. Alaska's ban on plea bargaining. **Law & Society Review**, Amherst, v. 13, n. 2, p. 367, 1979.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, [s.l.], v. 1, p. 289-320, jun. 2012.

SADEK, Maria Tereza. (org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. [on line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito constitucional**. 5. ed. Santana de Parnaíba, SP: Manole, 2022.

SALVADOR NETO, Alamiro Velludo. Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p.229-264, maio 2019.

SANDEFUR, Timothy. In defense of plea bargaining. **Regulation**, [s.l.], v. 26, n. 3, p. 28-31, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (TJSP). **Habeas Corpus Criminal 2075422-49.2020.8.26.0000**. Rel. Xisto Albarelli Rangel Neto. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal, Foro de Bauru – 3ª Vara Criminal, J. 18.05.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

SARNER, Felicia. Fact bargaining under the sentencing guidelines: the role of the probation department. **Federal Sentencing Reporter**, [s.l.], v. 8, n. 6, p. 328-330, 1996.

SCHEHR, Robert. The emperor's new clothes: intellectual dishonesty and the unconstitutionality of plea bargaining. **Tex. A&M L. Rev.**, [s.l.], v. 2, p. 385-430, 2015.

SCHULHOFER, Stephen J. Is plea bargaining inevitable? **Harvard Law Review**, [s.l.], v. 97, n. 5, p. 1037-1107, 1984.

SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. **Yale Law Journal**, New Haven, v.101, p. 1980-2009, 1979.

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

SCOTT, Robert E; STUNTZ, William J. Plea bargaining as contract. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 101, p. 1909-1968, 1991.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. **I Jornada de estudos: direito processual penal I.** Brasília: Escola de Magistratura Federal da 1ª Região, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2009.

SIGMAN, Shayna M. An analysis of rule 11 plea bargain options. **University of Chicago Law Review**, [s.l.], v. 66, n. 4, art. 8, 1999.

SILVA, Danni Sales. **Júri: persuasão na tribuna.** Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal.** Lisboa: Verbo, 2000, v. 1.

SILVEIRA, Felipe Lazzari; SILVA, David Leal. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 132, 2017.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 191, p. 305–327, 2022.

SKLANSKY, Jordan A. The nature and function of prosecutorial power. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Chicago, v. 106, n. 3, p. 473-520, 2016.

SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Chicago, v. 77, n. 3, p. 949, 1986.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A tríade constitucional da tempestividade do processo (em sentido amplo): celeridade, duração razoável e tempestividade estrutural. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 280, p. 95-142, jun. 2018.

SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil.** São Paulo: Juspodvim, 2021.

SOUZA, José Barcelos de. **Recursos, artigos e outros escritos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SPENCER, J. R. O sistema inglês. *In: DELMAS MARTY, Mireille. (org.). Processos penais da Europa.* Tradução de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 289-291.

STRECK, Lênio Luiz. Uma proposta séria para fazer a plea bargain a sério! **Consultor Jurídico**. [on line]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>. Acesso em: 29.mar.2023.

TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e a sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal e Processo Penal**, [s.l.], v. 6, p. 269-283, jan.-dez. 2015.

TAVARES, Fernando Horta. História do direito brasileiro: apontamentos. **Virtuajus**, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, dez. 2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6069796/historia-do-direito-brasileiro-entendimentos>. Acesso em: 21.set.2023.

TAYLOR, James S. Plea bargains, constraining options, and respect for autonomy. **Public Affairs Quarterly**, [s.l.], v. 18, n. 3, p. 249-264, 2004.

TEIXEIRA, Geraldo Nunes Laprovitera. A colaboração premiada como instrumento do Ministério Público no combate às organizações criminosas. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**, [s.l.], p. 57-108, jul. 2017.

TETLEY, William. Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncodified) (Part II). **Uniform Law Review** - Revue de droit uniforme, v. 4, n. 4, p. 877-905, 1999.

THAMAN, Stephen C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. In: BOELE-WOELKI, Katharina; ERP, Sjef van. (eds.). General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law. 2007. [**Anais...**]. p. 951-1011.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1 e 2.

TRAUM, Anne. Using outcomes to reframe guilty plea adjudication. **Florida Law Review**, Gainesville, v. 66, n. 2, p. 823, 2015.

TURNER, Jenia I. Plea bargaining. In: LUNA, E. (ed.). **Reforming criminal justice**: pretrial and trial processes. Phoenix, AZ: Arizona State University, 2017. v. 3, p. 87.

TURNER, Jenia I. Transparency in plea bargaining. **Notre Dame Law Review**, [s.l.], v. 96, n.3, p. 973-1016, 2021.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in plea negotiations: a comparative view. **American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 54, p. 199-266, 2006.

URCH, E. J. The law code of Hammurabi. *American Bar Association Journal*, [s.l.], v. 15, n.7, p. 437-441, 1929.

UTZ, Pamela J. **Settling the facts**. Wilmington: Great Source Education Group, 1978.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 166, p. 241-271, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli. 2014. 60f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 191, p. 93-120, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 9, n. 3, p. 1737-1758, 2016

VAYNMAN, Anna D.; FONDACARO, Mark R. Prosecutorial discretion, justice, and compassion: reestablishing balance in our legal system. **Stetson Law Review**, [s.l.], v. 52, p.31-53, 2022.

VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a Perversion of Justice. **Revue Internationale de Droit Pénal**, [s.l.], v. 83, n. 1, p. 109-145, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. Paridade de armas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 105, p. 271-300, 2013.

VOGEL, Mary E. The social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 33, n. 1, p.161-246, 1999.

WALLACE, Robert. Law and community in ancient Athens, and the prosecution of Sokrates. **Ivs Fvgit**, [s.l.], v. 20, p. 249-263, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative. **Southern California Review of Law and Social Justice**, Los Angeles, v. 17, p. 33-61, 2007.

WATSON, Alan. From legal transplants to legal formants. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 43, n. 3, p. 469-476, 1995.

WATSON, Alan. The evolution of law: continued. **Law and History Review**, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 537-570, 1987.

WEDY, Miguel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais-penais acusatório e inquisitivo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 379-412, maio-jun. 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi . Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 191, p. 285–304, 2022.

WRIGHT, Ronald; MILLER, Marc. The screening/bargaining tradeoff. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 55, n. 31, p. 30-118, 2002-2003.

ZACHARIAS, Fred. Justice in plea bargaining. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, v. 39, n. 4, p. 1121, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. **Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.