



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIELLE NOGUEIRA VITÓRIA

**O CONSENSO NO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS
DO RÉU**

Salvador

2021

GABRIELLE NOGUEIRA VITÓRIA

**O CONSENSO NO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS
DO RÉU**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como um dos requisitos para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Mello

Salvador

2021

GABRIELLE NOGUEIRA VITÓRIA

O CONSENSO NO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS DO RÉU

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____

Banca examinadora

Orientador: Prof. Sebastián Borges de Albuquerque Mello
Doutor em Direito
Professor Associado I da Universidade Federal da Bahia

Examinadora: Natália Petersen Nascimento Santos
Doutora em Direito
Professora substituta da Universidade Federal da Bahia

Orientador: Thaize de Carvalho Correia Gutierrez
Mestre em Direito
Professor da Universidade Federal da Bahia

VITÓRIA, Gabrielle Nogueira. **(O CONSENSO NO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS DO RÉU)**. 2021. Orientador: Sebastián Mello. 67 p.. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

O presente estudo trata da Justiça Penal Negocial, instituto que configura um ajuste obrigacional firmado entre a Acusação e a defesa, com o que se pretende evitar a deflagração de uma ação penal. A partir da adoção deste procedimento simplificado, o investigado aceita cumprir penalidade mais branda e o Estado consegue atender tempestivamente as demandas de ordem penal. Inobstante os benefícios do consenso em sede de processo penal, a sua prática tem sido duramente criticada pela doutrina, que a tem relacionado com o declínio de direitos e garantias fundamentais do acusado. Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar os modelos de justiça consensual à luz do direito comparado, investigando se em algum modelo a prática do consenso conviveu harmonicamente com as garantias do réu. Em conclusão, é feita uma breve análise do ANPP e em que medida este mecanismo se aproxima ou se afasta das garantias processuais do acusado. Para isso, parte-se da premissa de que a justiça consensual é incontornável, tendo em vistas a sua ampla adoção mundial. Desta forma, conclui-se que a prática do consenso em sede de processo penal deve ser admitida, mas aperfeiçoada, diante de parâmetros que mais se aproximem das garantias do réu no curso do procedimento.

Palavras-chave Justiça criminal negocial; processo penal; garantias processuais;

VITÓRIA, Gabrielle Nogueira. **(THE CONSENSUS IN THE CRIMINAL PROCEDURE AND THE DEFENDANT'S GUARANTEES)**. 2021. Thesis Advisor: Sebastián Mello. 67 p. Monography (Bachelo's degree) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This study deals with economic criminal justice, an institute that establishes a mandatory settlement signed between the prosecution and the defense, with the aim of avoiding the initiation of criminal proceedings. By accepting this simplified procedure, the defendant agrees to accept a lighter sentence and the State is able to respond in a timely manner to requests for punishment. Notwithstanding the advantages of the consensual procedure in criminal proceedings, its practice has been sharply criticized by the doctrine, which has associated it with the reduction of fundamental rights and guarantees for the accused. In this context, this paper will analyze the models of consensual justice in the light of comparative law and examine whether in some models the practice of consensus coexists harmoniously with the guarantees of the accused. Finally, a brief analysis of the ANPP will be undertaken and the extent to which this mechanism approximates or diverges from the procedural guarantees of the accused will be examined. The premise is that consensual justice is inevitable given its prevalence around the world. It is concluded that the practice of consensual justice in criminal proceedings needs to be allowed, but improved in terms of parameters that are closer to the guarantees of the accused in the course of the proceedings.

Keywords: Business criminal justice; criminal procedural; procedural guarantees;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL COMO UM MODELO	8
2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE JUSTIÇA CONSENSUAL	8
2.2 FUNDAMENTOS PARA A SUA ORIGEM E EXPANSÃO	9
2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JUSTIÇA CONSENSUAL	15
2.3.1 Oportunidade, obrigatoriedade e o Estado Democrático de Direito.....	15
2.3.2 Escolha pelo não exercício de direitos e garantias fundamentais.....	18
2.3.3 Verdade consensual e o papel da confissão enquanto rainha das provas	21
2.3.4 Usurpação de papéis: o promotor que se tornou juiz	23
3. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO MUNDO	24
2.1 PRIMEIRAS INFLUÊNCIAS E O “CÓDIGO MODELO”	24
2.2 A <i>PLEA BARGAIN</i> E A SUA “TRADUÇÃO JURÍDICA”	29
2.3 <i>PLEA BARGAINING</i> EM PAÍSES DE CIVIL LAW.....	34
2.3.1 Absprachen: o consenso na Alemanha	34
2.3.2 Giudizio abbreviato e Patteggiamento: o consenso na Itália.....	39
2.3.3 Conformidade: o consenso na Espanha	43
4. CONVIVÊNCIA DO CONSENSO COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO.	46
4.1 ALEMANHA, ITÁLIA E ESPANHA: RESGATE A GARANTIAS PROCESSUAIS E SUAS INEVITÁVEIS VIOLAÇÕES.	46
4.2 O MODELO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO ACUSADO.....	52
5. CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo trata das garantias processuais do réu em sede de processo penal e as ameaças contra tais garantias diante da adoção do modelo de Justiça Penal Negocial. Essa dicotomia é contextualizada num cenário de generalizada morosidade estatal aos inúmeros conflitos sociais que reclamam pela tutela penal, a partir do que foi ensejada a criação de procedimentos simplificados e mais céleres mediante consenso entre acusação e defesa. Todavia, esse mecanismo de acesso à justiça tem sido questionado pela doutrina, na medida em que na prática tem resultado no declínio das garantias do acusado.

Diante da tensão entre a necessidade de uma tutela estatal mais eficiente e célere e as garantias processuais do acusado, surge o objeto da presente pesquisa, que pretende investigar, à luz do direito comparado, a possibilidade de convivência harmônica entre a justiça consensual, sem que isso resulte necessariamente em prejuízos ao acusado.

No primeiro capítulo, são reconhecidos os diversos benefícios advindos com o alcance de uma tutela estatal efetiva mediante a prática do consenso e, na sequência, são apontados os argumentos que indicam para a falibilidade desse mecanismo, notadamente por conta do desvelamento de prejuízos ao acusado, que é prejudicado pela supressão de garantias processuais que só podem ser asseguradas com o juízo oral detalhado.

No capítulo seguinte, é demonstrado como o consenso foi amplamente admitido no direito comparado, que teve no modelo norte americano da *plea bargain* a sua maior inspiração, a partir da qual foram feitas as devidas adaptações para as tradições jurídicas que aderiram à prática do consenso, de modo a adequá-lo a base principiológica processual do respectivo sistema jurídico. Nesse capítulo, são destacadas as diferenças dos mecanismos em cada ordenamento jurídico.

Por fim, face às modificações ao modelo da *plea bargain*, são comparados os modelos de justiça consensual de expressão consensual dos Estados Unidos, Itália, Alemanha, Espanha e Brasil, com o que se pretende investigar se em algum desses modelos de justiça consensual o consenso pôde conviver harmonicamente com as garantias processuais do acusado.

2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL COMO UM MODELO

Inicialmente importa abordar os fatores que influíram para emergência da Justiça Penal Negocial no mundo e quais as garantias processuais penais que podem ser ameaçadas com sua prática. Isto porque os acordos sobre a sentença não podem ser concebidos senão mediante a compatibilização para com a base principiológica que informa o processo penal, o que deve ser analisado conjuntamente com uma visão crítica acerca dos motivos que ensejaram a sua ampla adoção mundial, com o que se nota a sua utilidade.

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE JUSTIÇA CONSENSUAL

Em síntese, a Justiça Penal Negocial consiste na promoção de acordos entre acusação e defesa com o objetivo de obter confissões e colaborações, evitando o *full trial* do processo penal, ou seja, pretende-se afastar a resistência inerente à posição defensiva, em troca de benefícios prometidos para abrandar a resposta punitiva estatal (VASCONCELLOS, 2017, p. 8).

Pelo que aduz Rosimeire acerca da Justiça Penal Negocial, trata-se de:

um modelo de processo penal que atribui uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima – de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha um papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se fundam na bilateralidade. Do lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se as possibilidades asseguradas por um contraditório amplo (LEITE, 2009, p. 21).

Quanto aos preciosismos terminológicos daqueles que estabelecem diferenças entre os vocábulos: “*justiça consensual*” e “*justiça negociada*”¹, registre-se que tal debate é despiciendo para a finalidade perquirida com a presente pesquisa, ao que se busca tratar os signos enquanto sinônimos.

Partindo do conceito de Justiça Penal Negocial, vejamos então os motivos que ensejaram sua expansão contínua no cenário mundial, seguindo-se com uma análise a despeito dos argumentos levantados por aqueles que pretendem minar sua prática.

2.2 FUNDAMENTOS PARA A SUA ORIGEM E EXPANSÃO

É inegável a expansão a Justiça Penal Negocial no cenário brasileiro, tendo em vistas que após o advento da Lei de Juizados Especiais Criminais, seguiu-se pela criação do instituto da Delação Premiada e, mais recentemente, pelo Acordo de Não Persecução Penal.

Saliente-se que não se trata de um fenômeno exclusivo do Brasil, mas de uma tendência no direito internacional, pelo que aduziu Bernd Schünemann (*apud* Vasconcellos, 2015) se tratar de uma “marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”, diante da forte influência percebida do modelo negocial penal da *plea bargaining* pelo território europeu e latino-americano. (VASCONCELLOS, 2015, p. 30).

Esse fenômeno mundial se explica pela crise do processo penal (LEITE, 2009, p. 1), na qual existe uma dificuldade generalizada pelos sistemas jurídicos em antederem tempestivamente às demandas próprias das sociedades pós-modernas, marcadas por uma vida social mais dinâmica e mutável. Há ainda autores que vinculam tal dificuldade à expansão do Direito Penal na segunda metade do Século XX, ocasião na qual os bens jurídicos difusos e coletivos passaram a receber tutela penal, bem como ocorreu a antecipação da tutela pelo Estado, uma vez que este

¹ Esse debate consta da tese de doutorado de Rosimeire Leite (2009, p. 20).

passou a atuar também de forma preventiva para o caso de crimes de perigo abstrato (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016). Houve um alargamento, portanto, da esfera de controle penal pelo Estado, ante o aumento dos bens jurídicos tutelados e a antecipação do momento da proteção a tais bens jurídicos.

Nesse segmento, Alberto Binder afirma que:

o Estado nunca se encarregou de tudo, porque não pôde e seguramente lhe seria difícil cumprir sempre tal promessa. É interessante pontuar que, apesar dos enormes saltos tecnológicos, esta incapacidade do Estado de intervir em todos os casos se acentuou, embora continue proclamando com maior ênfase sua vocação de fazê-lo (BINDER, 2017, p. 156).

Com efeito, o que se tem é a impossibilidade de resposta estatal de forma eficiente aos inúmeros conflitos que insurgem na sociedade hodierna, tudo por conta da crescente litigiosidade, agravada pela carência de recursos humanos à disposição do Estado para o enfrentamento do problema (REIS, 2014).

Fato é que essa crise do processo penal tem como consequência a morosidade judicial, cuja solução tem sido relacionada com mecanismos da justiça consensual, por meio da qual a tutela estatal ocorre de forma mais célere, mediante simplificação procedimental e antecipação na imposição de penas ao acusado. Parte-se da premissa que o apego a um único canal de aplicação da justiça penal indistintamente, iniciado pela denúncia e concluído com a sentença condenatória, burocratiza demasiadamente a repressão às condutas criminosas, deixando de responder de modo eficaz e célere às transgressões de baixa e média gravidade penal (MOTA, 2020, p. 31).

A imprescindibilidade na adoção de procedimentos simplificados é apontada por Bernd Schüneman, quando ele aduz que nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado (SCHÜNEMANN, 2009, p. 423).

Isto é, diante da crise da justiça processual clássica, a justiça penal negocial aparece enquanto solução, notadamente porque o direito fundamental a inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º XXXV) não pode ser preterido em função da

estrutura clássica formalista para resolução de litígios, que, quando não impede o alcance de uma resposta estatal, no mínimo a prorroga demasiadamente.

Evidentemente, a justiça penal negocial ganhou força enquanto equivalente jurisdicional (AZEVEDO, 2005, p. 138), na medida em que além de ser mais eficiente, apresenta uma garantia maior do alcance a uma tutela estatal concreta, demonstrando-se bastante eficaz na redução da “absolvição por ineficiência estatal”, tradicionalmente referida como prescrição (AZEVEDO, 2005, p. 137).

O que se pretende por meio dessa via não convencional de acesso a justiça, portanto, é assegurar a solução dos conflitos sociais, de forma negocial e imediata, sob o argumento de que se trata de mecanismo mais vantajoso para dirimir conflitos se comparado com uma decisão que, quando alcançada, é proferida ao longo de anos, e incapaz de cumprir com as funções da pena e de recompor o sentimento social de validade das normas. (SOUSA; CUNHA, 2018).

Demais disso, registre-se que a justiça penal negocial promove sanções penais mais brandas², de modo a que se privilegia um sistema não punitivista, em muitos casos prevendo penas alternativas à prisão³, primando pela humanização do Processo Penal.

Em análise restrita ao caso brasileiro, a Justiça Penal Consensual, por oferecer uma resposta estatal mais célere, promove uma intervenção punitiva de baixa intensidade contra o condenado, na medida em que a flexibilização das garantias processuais- notadamente no que diz respeito à presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa-, não envolve tão relevante bem jurídico: a liberdade do ser humano (MASSON, 2018, p. 207). Sendo assim, a flexibilização de tais garantias é admitida no sistema jurídico pátrio justamente por não ser capaz de comprometer demasiadamente o indivíduo que possa vir a ser injustamente condenado.

² Janaína Paschoal faz uma ressalva com relação ao modelo norte-americano da *plea bargain*, em que o acusado recebe uma pena idêntica ao que receberia na eventualidade de condenação para o crime cometido (PASCHOAL, 2001).

³ Com ressalva para alguns modelos de justiça penal, como por exemplo modelo norte americano, em que a prisão ainda é possível, apesar da negociação em sede processual, ou como também é no modelo italiano, no caso do *giudizio abbreviato*, em que a negociação é apenas para reduzir a pena em um terço, ou seja, a privação de liberdade ainda é possível.

No caso brasileiro, então, a Justiça Penal Consensual se situa no que foi cunhado por Silva Sanchez como segunda velocidade do Direito Penal (VIANA, 2019). Conforme preleciona o nobre doutrinador, vejamos:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade de sanção.

Desta forma, por mais uma vez se vislumbra a qualidade da Justiça Penal Negocial, na medida em que promove medidas despenalizadoras se comparadas às previstas para as lides julgadas por meio do procedimento comum, que resultam, quando condenatórias, em penas mais severas, pelo menos em tese.

Ainda para o contexto brasileiro, sobejam benefícios de tal medida para fins de política criminal, já que, além do favorecimento ao réu com penas mais amenas, existe a promoção de medidas mais profícuas no combate a criminalidade, já que o encarceramento no sistema penitenciário jamais fez jus à pretensão de pacificação, revelando-se, ao bem da verdade, como um fator criminógeno, que aliás favorece a reiteração da conduta delituosa (SOUZA, 2020, p. 237).

Quanto à inocuidade do encarceramento para fins de pacificação social, note-se que o tema inclusive foi objeto da ADPF 347, por meio da qual o STF reconheceu que o sistema penitenciário nacional se encontra em “estado de coisas inconstitucional”, tendo em vistas que as precárias condições do cárcere ferem Direitos Humanos e não contribuem para a reinserção do transgressor à sociedade. Pelo contrário, o condenado fica restrito ao convívio de outros criminosos, com quem ele se socializa e conjuntamente edifica a chamada “escola do crime”, fomentando a reincidência em detrimento da reabilitação social.

Raúl Cervini teceu críticas ao sistema penitenciário, apontando para as incoerências relativas a pena privativa de liberdade e sua suposta finalidade ressocializante, nos seguintes termos:

Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio

carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloquentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama (CERVINI, 1995, p. 46 *apud* GRECO, 2006, p. 593)

Conclui-se, pois, que a Justiça Penal Negocial é benéfica para fins de política criminal, posto que, se de um lado o encarceramento é responsável por produzir o incremento da violência (BITENCOURT, 2012, p. 179), as medidas alternativas a prisão contribuem para atenuar o caráter impositivo da justiça retributiva, com a finalidade de solucionar o problema e não apenas identificar e punir os culpados (LEITE, 2009, p. 49).

Torrão (2000, p. 117) visualiza as benesses advindas desse novo paradigma, reconhecendo: a) a relevância da eficiência processual para a administração da justiça; b) a ilegitimidade das penas restritivas de liberdade para fins de ressocialização. Nesse sentido, argutos são os seus ensinamentos:

Torna-se, deste modo, urgente promover formas de reacção penal que busquem, na medida do possível, dois objectivos fundamentais. O primeiro prende-se com a necessidade de emprestar celeridade e eficácia ao sistema penal no sentido da sua credibilização aos olhos dos cidadãos, potenciando-se o almejado efeito de uma prevenção geral integradora. O segundo respeita à necessidade de evitar os conhecidos efeitos criminógenos e dessocializadores da tradicional sanção penal – traduzidos no carácter estigmatizante da pena – e na perigosa habituação à vida carcerária que desadapta e desenraiza o indivíduo de uma vivência livre em sociedade (TORRÃO, 2000, p. 117).

Nesse diapasão, é possível estabelecer nítida relação com a justiça restaurativa, tendo em vistas que “buscam-se mecanismos punitivos menos estigmatizantes e que favoreçam a reintegração social do infrator” (LEITE, 2009, p. 53).

Vislumbra-se relação para com a justiça restaurativa também diante da proteção aos interesses da vítima e da busca pela sua reparação de forma mais célere. Isto é, se na justiça retributiva observamos a neutralização da vítima, na justiça consensual o que se nota é o seu empoderamento, tendo em vistas que lhe é franqueado o direito de participação sobre os rumos da solução do caso. Nas

palavras de Daniel Achutti (2016, p. 150), esse modelo processual traz para o cenário processual a vítima e os seus interesses como questões centrais para resolução dos conflitos” (MENEZES VASCONCELOS, 2019, p. 12).

Feitas essas considerações, percebe-se que a justiça consensual detém forte substrato político-criminal, uma vez demonstrada sua utilidade tanto para fins de prevenção quanto para fins de reparação do ofendido a determinadas modalidades de delito. Para essa conclusão, adota-se como premissa a tese segundo a qual o mecanismo tradicional de acesso à justiça encontra-se desprovido de legitimidade, seja porquanto da demasiada demora ou até mesmo inexistente resposta estatal às demandas que lhe sejam opostas, seja porquanto da resposta – quando alcançada – ser inábil para fins de ressocialização do condenado ou de reparação a vítima.

A Justiça Negocial, então, deve ser acolhida e incentivada enquanto forma de solução dos litígios de ordem penal por conta destes argumentos supra adunados.

Todavia, em que pese a capilarização de tal instituto seja desejada por parte da doutrina, não se deve pretender a exclusão completa do Estado para resolução de conflitos de ordem penal, ao que se vislumbra a justiça consensual apenas como forma de melhor adequar e diversificar as respostas estatais aos comportamentos delitivos (LEITE, 2009).

Esta ressalva existe diante da necessidade em se promover uma adequação no que diz respeito a gravidade legal e moral da ofensa e a forma de resolução conflitiva, equacionando a justiça penal negocial às hipóteses de crime cuja gravidade dispense a restrição de liberdade para fins de repressão. Esta tese encontra esteio nos argutos ensinamentos de Antonio Scarance Fernandes, *in verbis*:

A intenção, claramente percebida nas formas operadas, é de reservar os procedimentos ordinários, mais amplos e mais garantistas, para a solução do menor número de casos, destinando-os somente à solução de processos por crimes de maior gravidade ou marcados por maior complexidade. Surge, nesse contexto, como critério novo e relevante para a simplificação dos procedimentos, a solução mediante consenso entre as partes (FERNANDES, 2005, p. 55 *apud* LEITE, 2009, p. 55).

Inobstante as vantagens atribuídas ao consenso para fins de resolução de litígios de ordem penal, o tema é alvo de diversas discussões pela doutrina,

sobretudo quanto aos modelos negociais que resultam na aplicação de pena de liberdade. É o que se verá no tópico seguinte.

2.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JUSTIÇA CONSENSUAL

Reconhecidas as vantagens da justiça consensual, importa ter ciência a despeito dos argumentos que apontam para a falibilidade do consenso em sede de processo penal. A localização de tais argumentos é importante já que a partir deles será possível identificar formas de enfrentamento, com as quais se busca um modelo de justiça consensual que conviva harmonicamente com as garantias processuais do acusado, sem prejuízo de maior eficiência da resposta estatal.

Para uma melhor sistematização das principais críticas a respeito da justiça consensual, o presente capítulo foi dividido nos seguintes tópicos: 1 - Oportunidade, obrigatoriedade e o Estado Democrático de Direito; 2 – Escolha pelo não exercício de direitos e garantias fundamentais; 3- Papel da confissão enquanto rainha das provas; 4 - Usurpação de papéis: o promotor que se torna juiz.

Com efeito, busca-se analisar as críticas adunadas pela doutrina, que de mais a mais envolvem os temas apontados pelos tópicos em epígrafe. Vejamos então os argumentos a partir da sistematização proposta.

2.3.1 Oportunidade, obrigatoriedade e o Estado Democrático de Direito

Conforme aduz Vasconcellos (2015, p. 34), o acordo sobre a sentença pertence a um cenário mais amplo de discussões acerca da obrigatoriedade da persecução penal estatal e dos espaços de discricionariedade do órgão ministerial. Isto porque, se pelo princípio da obrigatoriedade emana da lei o dever de atuação do

Estado (HOPPE, 2018, p. 100), tal princípio convive com princípio da oportunidade, no qual são adotados critérios políticos ou de utilidade social para decidir a despeito da atuação ministerial em determinados casos (LIMA, 2020).

A relevância de um debate acerca do confronto entre esses princípios existe porque o consenso em sede de processo penal está vinculado ao princípio da oportunidade, em detrimento da obrigatoriedade da Ação Penal. Isso porque apenas a partir do princípio da oportunidade é possível vislumbrar a adoção de vias alternativas ao processo e a consequente realização de acordos sobre a sentença. Sendo assim, o princípio da oportunidade legitima o acordo.

O problema exsurge quando o princípio da oportunidade passa a confrontar com o princípio da legalidade, o que ocorre quando os parâmetros para a oportunidade não são taxativamente previstos em lei. O resultado disso, por óbvio, é a fragilização da legalidade, na medida em que os critérios adotados à persecução penal vão além da mera verificação do conjunto normativo, incluindo-se nesse escopo a deliberação pessoal por parte do acusador.

Ocorre, todavia, que para processo penal democrático, é necessário que exista uma limitação ao exercício do poder punitivo, que necessariamente precisa estar atrelado a regras do jogo legalmente definidas. (VASCONCELLOS, 2015, p. 43). A partir do momento em que tais regras estão sujeitas a exceções que não aquelas previstas em seu próprio conjunto normativo, restam inconciliáveis o princípio da oportunidade com o princípio da legalidade, e com isso há um esvaziamento da própria ideia de um Estado de Direito.

Da fragilização ao princípio da legalidade, portanto, resulta percuciente crítica doutrinária ao instituto do consenso, na medida em que a ausência de regras estritas em baliza a atuação do promotor, abre-se espaço para o consenso, tratando-se de uma “forma de intervenção de interesses privados na solução do conflito entre *jus puniendi* e *jus libertatis*, matéria de ordem pública e submetida a regras que deveriam ser indisponíveis.” (LEITE, 2009, p. 38).

A contrario sensu, Vladimir Aras (2015) afirma que em favor do garantismo e do princípio da intervenção mínima, é necessária a adoção de critérios de discricionariedade para reger a decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar. Todavia, tal posicionamento é controverso. Vejamos o porquê:

Registre-se primeiramente que palpites pessoais não são legítimos para determinar acerca da persecução penal contra indivíduos ou quais medidas penais mais adequadas. O representante do Ministério Público é um agente que atua na defesa da ordem jurídica e do Regime Democrático, motivo pelo qual deve estar subordinado à lei, e nunca acima dela. O *parquet* não é um gestor de política criminal.

Com relação a intervenção mínima, esta também não prevalece, tendo em vistas que, embora o acordo surja sob a pecha de resultar em intervenção de menor intensidade pelo Estado, esconde-se a real pretensão de punir mais e de punir mais rápido, de sorte que esta punição pode recair inclusive contra pessoas inocentes, prejudicadas por uma condenação sem um juízo oral detalhado.

Outrossim, consigne-se que uma vez que inexistam critérios objetivos para a propositura ou não da ação penal, são inexistentes também critérios à propositura do acordo e sob quais termos o acordo deve ser proposto. Com isso, promotores diferentes farão propostas ou deixarão de fazê-las com base em premissas diversas, o que resultará em respostas estatais distintas para casos cuja similaridade mereça, vale dizer, tratamento idêntico.

Assim, a sistemática processual passa a compreender maior extensão do espaço decisório conferido ao *parquet*, acomodando subjetivismos pessoais e afastando a segurança jurídica, a isonomia e a própria intervenção mínima reclamada pelo processo penal.

Importa também ter como premissa que os atores processuais buscam pelos seus próprios interesses na realização da barganha, o que, quando somado com os seus espaços de oportunidade a eles franqueados, resulta na própria degradação do processo penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 159). Nesse sentido, Vasconcellos cita que os atores processuais veem no acordo a possibilidade da diminuição da carga de trabalho, a manutenção de boas relações dos atores processuais entre si, a preservação da imagem do promotor de justiça diante do clamor social punitivista, e a desobrigação do magistrado de arbitrar sentença, benesses egoístas que prevalecem ainda que em desfavor do acusado. Nesse sentido, é o seu posicionamento:

Há, portanto, uma simbiose burocrática que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja,

limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e por suas perversas relações de cooperação mútua, incentivam (ou melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido pelo réu (VASCONCELLOS, 2015, p. 159).

Conclui-se, portanto, que o princípio da oportunidade não coaduna com o Estado democrático de Direito, na medida em que, a despeito do princípio da legalidade, o exercício do poder punitivo deixa de ser conduzido pelo arcabouço normativo para servir aos juízos pessoais e quiçá arbitrários de representantes do Ministério Público. Isso se agrava no contexto em que o princípio da oportunidade afasta não apenas a obrigatoriedade da ação penal a partir de critérios imprecisos, como também arbitra novas modalidades de penas que são imprevisíveis face ao caso concreto.

De posse a todos esses argumentos, portanto, desbordam motivos para rechaçar a inserção do princípio da oportunidade e, por conseguinte, a inserção do acordo em sede de processo penal.

2.3.2 Escolha pelo não exercício de direitos e garantias fundamentais

A efetiva garantia a um devido processo legal é questionada quando se trata de solução consensual de conflitos penais. Nesse sentido, alega-se que acordos alternativos ao processo penal implicam na violação a determinados direitos, dentre os quais importa destacar a presunção de inocência, o direito de não autoincriminação, o direito ao contraditório e a ampla defesa, e o direito a imposição de pena condicionada à aferição de culpabilidade e à realização de julgamento.

Todavia, as violações a tais direitos fundamentais em tese são legitimadas pelo consenso, no qual o acusado opta por deixar de exercê-los. Com efeito, muito mais que uma discussão individualizada dos direitos processuais em epígrafe e como ocorre a respectiva violação, importa imiscuir-se num debate que lhe é preliminar,

qual seja: a possibilidade de renúncia ou de não exercício a tais direitos pelo particular.

Sobre o tema, cinge divergência doutrinária no que tange a suposta ocorrência de renúncia a tais direitos, ou se para a hipótese seria mais adequado falar na escolha pelo não exercício do direito.

Ao que importa saber, é entendimento solidificado que os direitos fundamentais são inalienáveis e indisponíveis, com o que seria impossível renunciá-los. A partir dessa premissa, então, não seria legítima a realização de acordos em sede de processo penal acaso isso implicasse em renúncia de direitos.

Nesse lamiré, a doutrina esclarece que a renúncia de um direito não pode ser confundida pelo seu não exercício, na medida em que nesta hipótese haveria um ato de disposição pelo titular do direito, que, nada obstante a existência de posição jurídica garantida, opta por não exercê-la (MENDES, 2006). Isto é, “o fato de não agir conforme a posição jurídica lhe assegura não significa que o particular abdicou desse direito, mas apenas que o está exercendo conforme a sua vontade”.

Adota-se como premissa, então, a tese de que o consenso para resolução de conflitos penais resulta não da renúncia ao devido processo legal, mas da escolha pelo não exercício dos direitos processuais pelo acusado. Com isso, é certo que se o indivíduo é titular de determinado direito processual, assegura-se a sua liberdade de escolher a melhor maneira de exercê-la (LEITE, 2009), o que abarca inclusive as hipóteses em que ele abre mão do exercício.

Esta compreensão é essencial para o processo penal, notadamente porque o exercício do direito de defesa pelo réu engloba o uso de escolhas estratégicas (HOPPE, 2018), que não devem ser limitadas, franqueando-se ao réu o direito de livre utilização delas em prol da obtenção de uma vantagem que lhe pareça ainda maior (LEITE, 2009, p. 31).

É dizer com isso que a liberdade de escolha entre as estratégias de defesa consiste em desdobramento do direito de ampla defesa, que pode inclusive se manifestar na confissão ou autoincriminação do acusado, por exemplo. Quer dizer, acaso fosse adotada a noção de indisponibilidade absoluta do direito de não autoincriminação, haveria um impedimento ao próprio exercício da ampla defesa.

Todavia, registre-se que o ponto nodal da questão reside em verificar a voluntariedade pelo acusado quando deixa de exercer tais direitos. Evidente que de nada adianta defender que o particular pode escolher pelo não exercício de determinado direito se esta manifestação de vontade não for livre.

Primeiramente, cabível ponderar que a mera negociação entre a acusação e defesa por si só já prejudica a manifestação da vontade por parte do acusado, tendo em vistas que tal relação jurídica é caracterizada pelo antagonismo entre partes que não estão em condições de paridade nas negociações (FERRAJOLI, 2014, p. 690 *apud* MENEZES; VASCONCELOS, 2019).

Somando-se a isso, consigne-se que, quando “a autocomposição se desenvolve sem técnica adequada, em regra há a imposição do acordo e, com isso, a perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto.” (AZEVEDO, 2005, p. 137).

Vasconcellos (2015) situa esse problema no âmbito do processo penal, apontando para as indevidas pressões e coações contra o acusado, que se vê premido a aceitar o ajuste sob a ameaça de sofrer condenação mais gravosa em sede de sentença. Nas palavras do jurista:

[...] antes de possíveis discussões acerca da disponibilidade dos direitos do réu no panorama da justiça negocial, a já descrita coerção inerente às relações traçadas em meio à possibilidade de barganha no processo penal findam por inviabilizar qualquer autonomia da vontade, afastando a decisão livre que é pressuposto de eventual renúncia.

Com efeito, o autor relaciona os mecanismos consensuais de justiça com a cultura inquisitorial (VASCONCELLOS, 2015, p. 165), já que se naquela ocasião o indivíduo era submetido a torturas para facilitar a confissão pelos crimes dos quais era acusado, a coação física foi atualmente substituída pela advertência de punição mais grave na eventualidade de ser recusado o acordo proposto. Nesse mesmo lamiré, Rodrigo Guimarães e Sarah Ribeiro (2020) indicam que se trata de herança medieval, já que em ambos os contextos confissão é utilizada como único meio de prova, e que a coação persiste, mas desta vez é promovida pelo medo a penas mais severas quando arbitradas na sentença, e não mais pela tortura física (RIBEIRO; GUIMARÃES, 2020).

À guisa de demonstrar como isso ocorre na prática, Vasconcellos cita várias situações nas quais a coação é flagrante, narrando casos em que o acusado deixa de aceitar a pena de prisão perpétua em sede de barganha, na medida em que o julgamento do caso pode acarretar pena de morte (VASCONCELLOS, 2015, p. 166). Nesse cenário, notória é a violação ao direito de não autoincriminação, já que a atemorização ensejada com a possível pena de morte acometeria inclusive pessoas inocentes, sujeitando-as a aderir ao acordo como uma questão de vida ou morte.

Com isso, é possível dessumir que a voluntariedade, enquanto fundamento legitimador ao não exercício de direitos fundamentais, demonstra-se falaciosa, e a partir disso é que são desveladas as críticas a despeito da disponibilidade das garantias fundamentais por parte dos acusados.

2.3.3 Verdade consensual e o papel da confissão enquanto rainha das provas

Entendendo que a verdade é um instrumento fundamental para a realização da justiça no processo penal (LEITE, 2009, p. 32), depreende-se por consequência que a confissão enquanto único meio de condução à verdade é responsável por produzir injustiças.

Vale dizer que para a sustentação de qualquer narrativa - seja para arbitramento de sentença, seja para a promoção de denúncia-, é necessária a correta verificação dos fatos, o que requer, indubitavelmente, um lastro probatório robusto, travesso ao uso da confissão como se prova soberana fosse. Por certo que, da confissão podem ser narradas inverdades, motivo pelo qual tal prova não merece valoração absoluta, sob o risco de recair em erro e ensejar com isso condenações indevidas.

Ao que importa saber, desvendar a verdade constitui em uma atividade cognitiva de reconstrução dos fatos, na busca de aproximar-se o máximo possível da realidade (LEITE, 2009, p. 32). Resta sedimentado na doutrina que tal atividade é, em essência, impossível, mas não é por isso que deixa de ser um dos objetivos e

fundamentos do processo (RODRIGUES, 2017). Nesse sentido são os apontamentos de Paulo Gustavo Rodrigues, vejamos:

O direito enquanto produto e produtor da cultura deve sempre buscara harmonizar suas decisões com a realidade que está julgando, especialmente nas conclusões fáticas, já que uma completa discrepância da conclusão do Magistrado com o que efetivamente as partes vivenciaram prejudica a aceitabilidade da decisão, inibe a solução dos conflitos e mitiga o efeito geral de regulador de condutas do direito (RODRIGUES, 2017).

A dificuldade de alcançar a verdade se agrava com a justiça penal negocial, na medida em que nesse contexto inexistente apuração detalhada da hipótese delitiva e se valoriza a confissão do acusado em detrimento do que efetivamente aconteceu (LEITE, 2009, p. 34). O que ocorre é um julgamento antecipado a despeito da comprovação da materialidade e autoria delitivas, “o que, por certo, foge dos espaços legítimos da decisão penal democrática” (VASCONCELLOS, 2015, p. 177).

A situação se agrava em determinados modelos de justiça consensual, em que a confissão prestada sequer é alvo de verificação ou esclarecimento ulterior, com o que se compromete ainda mais o alcance da verdade.⁴

Sobre o tema, Vasconcellos argumenta que esse problema se amplifica diante das indevidas coações feitas para a celebração do acordo, que podem resultar em falsas confissões pelos acusados, quando estes aceitam barganhas na pretensão de evitar um mal maior, qual seja, a promessa de uma condenação mais dura acaso se opte pelo *full trial* (VASCONCELLOS, 2015, p. 178). Quer dizer, como se não bastasse o uso de uma única prova para a condenação do acusado, é possível dessumir que sequer esta prova apresenta utilidade para a consecução da verdade, uma vez que se encontra corrompida pelos interesses externos daqueles que ensejaram a sua produção.

Leve-se em consideração que a busca da verdade material é importante em sede de processo penal na medida em que envolve direitos fundamentais indisponíveis, vale dizer, o direito a liberdade e o direito a vida. Dentre aqueles que corroboram ao uso da confissão enquanto rainha das provas, contudo, argumenta-se que mais importante que a verdade material seria a observância das regras

⁴ Para isso, vejamos o modelo norte americano da *plea bargaining*, melhor detalhado no segundo capítulo.

procedimentais (HOPPE, 2018, p. 122). Para Vasconcellos (2015), todavia, essa construção não é coerente, já que a fragilização da presunção de inocência não poderia ocorrer senão mediante lastro probatório suficiente.

De tudo quanto exposto, conclui-se que a confissão é ilegítima para sustentar qualquer tipo de condenação (VASCONCELLOS, 2015, p. 175), acaso não seja robustecida com atividade probatória capaz de reconstruir os acontecimentos da hipótese delitiva, motivo pelo qual o arbitramento de pena embasada apenas em confissão é foco de refutação pela doutrina, que por estes argumentos não legitima a justiça consensual.

2.3.4 Usurpação de papéis: o promotor que se tornou juiz

No cenário da justiça consensual penal aponta-se para hipervalorização da atuação do acusador, que se apropria das funções decisórias do julgador (VASCONCELLOS, 2015, p. 181), ao passo que este, por sua vez, fica limitado a mera verificação formal da legalidade dos termos fixados no acordo.

Com efeito, Vasconcellos aduz que “o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes da justiça penal”. Quer dizer, se a relação jurídica entre a acusação e defesa já era marcada pela ausência de simetria, esta situação se agrava quando o promotor de justiça além de assumir o papel de acusador, assume também o papel de julgador.

Todavia, em posicionamento diverso, Ventura Leite aduz que não existe a assunção de papel central pelo órgão acusador, mas na verdade um papel assumido pelas partes, “que concorrem diretamente para o desfecho da persecução penal” (LEITE, 2009, p. 41). Nesse seguimento, aduz ainda a nobre jurista que os poderes do magistrado não são extintos, mas em verdade exercidos de modo diferente, já que nesta ocasião acordo ele deve incentivá-los e fazer a respectiva análise de legalidade.

Estão delineadas então as noções preliminares acerca da Justiça Penal Negocial, notadamente com relação aos motivos que ensejaram sua criação e que estimulam sua expansão, cotejados com os argumentos que são contrários a sua prática.

Importa agora observar o como se deu o seu efetivo surgimento, bem como as suas formas de manifestação, primeiramente tratando a despeito das primeiras influências âmbito internacional, para depois fazer uma sucinta abordagem quanto aos modelos existentes desse equivalente jurisdicional.

3. JUSTIÇA CONSENSUAL PENAL NO MUNDO

Sem prejuízo das diversas críticas a despeito da Justiça Penal Negocial e de todos os institutos que foram criados com esse cariz, reitera-se que sua expansão é não apenas uma tendência nacional, como decorre de influxos de países estrangeiros, ao passo que tem se demonstrado enquanto mecanismo imprescindível para viabilizar o alcance de uma resposta pelo Estado aos inúmeros casos que assoberbam a Justiça Penal.

Necessário, portanto, traçar noções preliminares a despeito do surgimento e expansão da justiça penal consensual enquanto modelo de resposta estatal aos comportamentos delitivos, identificando na sequência as suas atuais formas de manifestação e os problemas que suscita, à luz do direito comparado, com o que será possível responder o seguinte questionamento: as garantias processuais precisam ser afastadas para a aplicação do consenso em sede de processo penal?

Vejamos então as primeiras influências e os atuais modelos de justiça penal negocial pelo mundo, e se as particularidades de cada modelo superam ou ao menos podem contribuir positivamente para uma superação dos problemas decorrentes da prática do consenso em sede de processo penal.

2.1 PRIMEIRAS INFLUÊNCIAS E O “CÓDIGO MODELO”

Uma mobilização internacional de grande pujança e que certamente em muito contribuiu para a ampla adoção internacional do modelo de justiça consensual foi a formulação das Regras de Tóquio pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ainda em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110 (LEITE, 2021, p. 19). Apesar de não possuírem força de lei, as Regras de Tóquio reverberam enquanto recomendações aos Estados-membros para aplicação de medidas alternativas a prisão, cujo emprego é sugerido para momento anterior ao início do processo.

Nesse sentido, importa o item 5.1. da referida Resolução, em que consta:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Vasconcellos (2017, p. 28) cita ainda como marco em prol de institutos consensuais a Reunião de Helsinque de 1986, a Recomendação R (87) 18 de 1987, do Conselho de Ministros de Justiça da Europa, bem como as Convenções de Mérida (2006) e Palermo (2004), a partir do que é possível constatar que nesse contexto houve uma convergência internacional na busca por celeridade nos procedimentos por meio de espaços de oportunidade e de negociação.

Diante de tais circunstâncias, tem-se que a justiça penal negocial começou a ganhar forma, na medida em que tais institutos sugerem pela criação de uma via alternativa ao processo judicial para a resolução de litígios de ordem penal.

Atendo-se especificamente ao contexto latino-americano, leva-se em conta a forte influência do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-Americana, que inspirou à inserção da Justiça Penal Negocial no contexto de países como Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Paraguai e para projetos do Chile, Bolívia e Honduras, alimentando também reformas parciais no Brasil (GRINOVER, 1993).

Contextuando a criação do referido Código, Máximo Langer (2007) explica que ele foi criado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual Penal em 1988, tendo como membros redatores a jurista e professora brasileira Ada Pellegrini Grinover e Júlio Maier, também jurista e professor na Argentina.

Para Paulo Napoleão Gonçalves Quezado (2007), o Código Modelo se tratou de uma tentativa pela uniformidade legislativa entre as comunidades ibero-americanas, no sentido de criar uma legislação modelo para todos os países que a compõem, consistindo uma proposta para modernização do Direito Processual Penal no âmbito da América Latina.

Nas palavras de Ada Pellegrini, o Código Modelo corroborou para verdadeira revolução no processo penal da América Latina, na medida em que influenciou para “adoção de um juízo público mais acusatório; e, com o princípio da oportunidade, um novo método de extinção da acusação penal para alguns delitos, por força da conciliação integral do dano” (GRINOVER, 2000). Pelo que expõe a nobre jurista, tencionava-se, então, por “garantismo e eficiência” no processo penal (GRINOVER, 1998).

Nesse mesmo diapasão, Rosimeire (2009) observa que o Código-Modelo para Ibero-América representou um impulso fundamental para as reformas processuais penais latino-americanas, a partir do que foi observada a “introdução, nas legislações novas, de ritos abreviados e outros institutos que trazem como elementos a manifestação de vontade do imputado, o acordo entre o autor do fato e a vítima, além de um maior espaço para critérios de oportunidade pelo ministério público” (LEITE, 2009, p. 111).

Pelo que aduz Máximo Langer (2007), além de se inspirar no Código de Córdoba de 1939, o StPO (Código da Alemanha) e as Bases de Clariá Olmedo, o Código Modelo Ibero- Americano reproduziu as ideias liberais do Código projetado por Maier em 1986 para o contexto argentino. Registre-se com isso que o Projeto de 1986 não foi incorporado ao ordenamento jurídico da Argentina, mas seu conteúdo, ao ser reproduzido no Código Modelo de 1988, acabou por impulsionar inovações legislativas na América Latina como um todo, o que vem a ser denominado por Langer de *horizontal or semi-horizontal diffusion from the periphery* (LANGER, 2007).

Isto é, embora inicialmente pensado por Maier para o contexto argentino, as ideias contidas no Projeto de 1986 espalharam-se pela América Latina por meio do Código Modelo, que lhe reproduziu os valores e princípios, feitas algumas ressalvas⁵.

Na qualidade de idealizador do Código Modelo, Júlio Maier era um jurista que tecia críticas ferrenhas ao princípio da obrigatoriedade da Ação Penal para todo e qualquer tipo de delito, motivo pelo qual a proposta de renovação legislativa também pretendeu alterar esse aspecto no processo penal. A crítica tecida pelo nobre jurista é indicada por Langer no excerto seguinte, vejamos:

Finally, Maier criticized both the Code of 1888 and the Cordoba Code as lacking the flexibility necessary for an efficient criminal justice system. The rule of compulsory prosecution did not allow investigating officials to concentrate on important cases and dismiss less serious ones. In addition, Maier thought that requiring a trial to adjudicate every minor offense was an unnecessary waste of resources. As a result, the Draft of 1986 included a number of mechanisms designed to relieve the criminal justice system of minor cases and allow cases to be processed more quickly. Inspired again by the German StPO-instead of the U.S.' principle of almost unlimited prosecutorial discretion-the Draft employed the opportunity principle provided for the use of diversion mechanisms and contained a plea-bargaining-like mechanism for minor offenses (LANGER, 2007).

À vista disso, registre-se que as críticas levantadas por Maier repercutiram na redação do Código Modelo, na medida em que este teve como características essenciais “a adoção de mecanismos para seleção de casos, com a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade; a adoção da oportunidade regulada por lei e sujeita ao controle jurisdicional, com a possibilidade de suspensão condicional do processo; previsão de procedimentos abreviados para as infrações menores, tudo de modo a excluir rapidamente do sistema uma grande percentagem de casos” (GRINOVER, 1993).

Conforme já dito, o Brasil não ficou imune a tais influências, que eram ansiadas também para o aprimoramento do Processo Penal brasileiro, mormente em face do retrógrado Código de Processo Penal de 1940. Apesar das influências

⁵ Nesse sentido, Langer (2007) aponta que a única diferença significativa foi a inclusão de algumas versões alternativas de regulamentações específicas, concebidas para permitir que diferentes países escolhessem soluções adequadas às suas necessidades.

pretendidas do Código Modelo para o Processo Penal Brasileiro, a professora Ada Pellegrini (2004) apontou que:

O alinhamento de um número cada vez maior de países às ideias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muito dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. [...] Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando frequentemente à impunidade.

Todavia, a efetiva incorporação da justiça negocial em âmbito penal só ocorreu na década de 90, com a Lei nº 9.099/1995, a Lei de Juizados Especiais (TABOSA, 2020).

O que se nota, portanto, é que o Código Modelo se inspirava em ideias liberais, construídas a partir de críticas tecidas com relação aos modelos de Processo Penal até então vigentes na América Latina, ainda conservadores e regressistas, como o exemplo do Brasil supramencionado. Nesse sentido é que surge a pretensão de conceber procedimentos abreviados e simplificados para o processo penal latino, mitigando o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal, na valorização das bandeiras defendidas pela justiça consensuada.

Paralelamente a essas influências recíprocas entre países latino-americanos para a onda de reformas legislativas, Langer indica também forte influência do EUA, que no governo de John F. Kennedy estabeleceu a USAID, com programas centrados na reforma legislativa da América Latina (LANGER, 2007). Sem embargo da reconhecida influência estadunidense por meio da mencionada política pública, registre-se que foi por inspiração na *plea bargaining* que o sistema consensual de fato ganhou lastro mundo afora, apontado pela doutrina como ponto de referência nas reformas recentes no mundo *civil law* (LANGER, 2007, p. 58).

Todavia, nada obstante o reconhecimento de que tais movimentos históricos tenham assumido relevância rumo à instauração da Justiça Penal consensuada, note-se que estes se limitaram a estabelecer recomendações e instigar pela sua prática, motivo pelo qual não necessariamente reverberaram na imediata adoção da

Justiça Negocial pelos países respectivos, tendo em vistas não constituírem lei formal interna.⁶

Observemos então como ocorreu a efetiva incorporação da Justiça Negociada, observando os particularismos entre os sistemas processuais, com enfoque para a dicotomia entre países de *civil law* e *common law*.

2.2 A PLEA BARGAIN E A SUA “TRADUÇÃO JURÍDICA”

O modelo de justiça penal negocial dos EUA, denominado por *plea bargain* ou *plea bargaining*, é aplicado desde o final do século XIX nos EUA (LEITE, 2009), tratando-se de procedimento responsável pela resolução de cerca 90% dos litígios de ordem penal (RAPOZA, 2013). O que ocorre é a utilização genérica do instituto para todo e qualquer tipo penal, o que revela ser o procedimento a regra no território estadunidense, em vez de exceção (RAPOZA, 2013).

Pelo que conceitua Vasconcellos, *plea bargain* consiste em um instrumento processual no qual o acusado renuncia a defesa, por meio da aceitação a acusação em troca de algum benefício, negociado entre as partes ou somente esperado pelo acusado (VASCONCELLOS, 2015, p. 68). Em síntese, seria a “regulação das ações criminais por acordo”, na medida em que envolve uma troca de concessões pelo Ministério Público e o arguido (RAPOZA, 2013).

Essa negociação tem como objetivo obter do acusado ou a declaração de culpa (*guilty plea*) ou a renúncia de contestar a acusação (*plea of nolo contendere*) (ALBERGARIA, 2007, p. 19 apud LEITE, 2009, p. 75). Já com relação ao objeto do acordo, ele pode ser de dois tipos: 1) *charge bargain*: quando a acusação reduz o número de imputações ou atribuindo conduta menos grave ao acusado; 2) *sentencing bargaining*: quando não há alteração da denúncia, mas o promotor se compromete a sugerir ao juiz pena mais branda (PASCHOAL, 2001).

Noutro giro, acaso o acusado declare sua inocência (*not guilty plea*), é afastada a possibilidade de acordo em sede processual, e o caso será submetido ao júri

⁶ A inserção no ordenamento jurídico, porém, nem sempre veio acompanhada de uma prévia autorização legislativa, como no caso da França e Alemanha nas hipóteses de Acordo Penal (CABRAL, 2021. p. 22).

popular, cabendo ao promotor comprovar a acusação feita. Com isso, observe-se que a negociação em sede processual penal norte-americana exige ou a confissão da culpa pelo acusado ou renúncia à defesa, tratando-se de características generalizadas entre os modelos de justiça penal consensual.

Nada obstante tal modelo de acesso a justiça seja aprovado por parte da doutrina, existem críticas contra o novel instituto, notadamente porquanto do grau de autonomia de vontade que confere aos sujeitos processuais, pelas pressões que incidem na realização dos acordos e pelos prejuízos à busca da verdade (LEITE, 2009, p. 69)

Isto porque os problemas desse modelo não se restringem à busca desenfreada pelo eficientismo em detrimento de uma resposta estatal comprometida com a verdade, na medida em que tem se demonstrado espaço propício à ocorrência de imoralidades outras que em muito mais comprometem o acesso a justiça pelos jurisdicionados.

Ao que se revela, nos bastidores do *plea bargaining* são produzidas falsas confissões (SILVA, 2019, p. 13) pelos acusados, a partir da estratégia praticada pelos promotores de inflar as denúncias para com isso forçar declarações de culpa pelos acusados (PASCHOAL, 2001). A guisa de verificar essa situação, Peter Neufeld e Barry Scheck fundaram o *Innocence Project*, em 1992, a partir do qual se constatou que falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas (KASSIN, 1997 apud SILVA, 2019).

Esse cenário é autorizado pela ampla discricionariedade de atuação do representante do Ministério Público (*prosecutor*) (VASCONCELLOS, 2015, p. 60-61), o que lhe dá respaldo para os mais diversos tipos de negociações (LEITE, 2008, p. 65). Isto é, se nos países de tradição romano-germânica, caracterizados pela *civil law*, o princípio da obrigatoriedade sempre limitou a solução do processo penal pelo consenso das partes (MORAES; SMANIO; PEZZOTTI, 2019), o princípio da oportunidade e discricionariedade são características substanciais do processo penal norte-americano, de cultura adversarial.

Sobre o tema, Walter Fanganiello Maierovich explana:

A bargaining é largamente aplicada, com os mais surpreendentes e espantosos acordos. Inúmeros são os casos, quando esquecida a vinculação à política criminal, de avenças inexplicáveis: admite-se trocar homicídio doloso por culposo; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo por furto simples. (MAIEOROVICH, 1995, p. 5)

Isto é, diante do princípio da discricionariedade no processo penal estadunidense, faculta-se a acusação retirar certas imputações ou capitular um fato menos grave do que realmente se verificou (VASCONCELLOS, 2015, p. 61). Diante disso, então, ocorreu o fenômeno conhecido como overcharging (sobrecarga de acusações) (SILVA, 2020), empregado para coagir os acusados para a realização do ajuste em sede processual penal.

Vasconcellos (2015, p. 66) endossa esse posicionamento ao afirmar que até mesmo nas hipóteses em que não há negociação explícita, o acusado pode se sentir premido a renunciar à defesa, para que não seja mantido enquanto preso provisório em razão de uma restrição cautelar por longo período durante o julgamento do caso. Nesse sentido, o autor expõe:

[...] é importante notar a falácia do argumento que sustenta o beneficiamento de um preso provisório ao realizar um acordo e que, assim, reduzir-se-ia louvavelmente o absurdo percentual de detidos sem condenação definitiva: por primeiro, pode-se afirmar que a maioria de tais prisões cautelares são ilegítimas em violação à presunção de inocência, e, além disso, em tal hipótese, estar-se-ia deslocando a responsabilidade estatal de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável e impondo ilegitimamente tal carga ao réu, que eximiria o Estado ao agravar sua própria situação.

Inobstante as críticas e todas as mazelas ensejadas com o advento de tal instituto em solo norte americano, prevaleceu o reconhecimento da constitucionalidade pela Suprema Corte Dos Estados Unidos, no caso Brady x USA, em 1970. Nessa ocasião, o Tribunal estabeleceu as seguintes condições para que o acordo seja válido, vejamos:

- a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (McCarthy v. USA, 1969);
- b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis;
- c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão;
- d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de

culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado (MASI, 2016).

Esse modelo de justiça consensual não só foi declarado consentâneo com o princípio constitucional do devido processo penal (*due process of law*) no contexto norte americano, como também se propagou pela Europa Continental e América Latina.

A despeito dessa expansão, consigne-se que a inserção da justiça consensual para países de *civil law* ocorreu de forma inédita, tendo em vista o consenso em sede processual até então era estranho esta cultura jurídica. Isto é, se de um lado o *plea bargain* é tradicionalmente associado ao processo penal anglo-americano, por outro tal modelo de justiça processual é considerado atípico na maioria dos países de *civil law*, (LANGER, 2007, p. 31), na medida em que nestes existe tradição de processo inquisitorial, ao passo que naqueles a tradição é adversarial.

Ressalte-se nesse ponto que as diferenças relativas à cultura de modelo processual (se inquisitorial ou se adversarial) não só justificam porque o consenso é alheio aos países de *civil law*, mas também são determinantes para definir a inserção da justiça consensual nos países que pretendam incorporá-la. Vejamos:

Nos processos penais inquisitoriais, o processo é indisponível à acusação, e a busca pela verdade consiste no seu maior escopo, ao que se constata inegável herança da inquisição canônica (NARDELLI, 2014, p. 7). Por esse sistema, ganha relevância o protagonismo do juiz, na medida em que ele controla e conduz a investigação, intima testemunhas, fixando a linha de inquirição adotada e o conteúdo das indagações, restando às partes o papel subsidiário (NARDELLI, 2014, p. 7). Sobre o sistema inquisitorial, Langer (2007) o concebe como uma “investigação oficial” levada a cabo por agentes estatais a fim de determinar a verdade.

Já nos modelos de processo de expressão adversarial, estes são caracterizados pela predominância das partes na determinação da marcha do processo, em que existe em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida ao que foi levantado pelas partes (NARDELLI, 2014, p. 5). O que se nota é uma ampla discricionariedade acusatória, na qual o promotor pode decidir amplamente se

promoverá a ação e qual imputação irá aventar, ainda que a despeito dos fatos investigados. Nas palavras de Langer, “a acusação, como uma das partes e dona da disputa, pode não acreditar que há controvérsia em determinado caso ou pode decidir que a controvérsia não é digna de persecução e deste modo, não está obrigado a ajuizar a ação” (LANGER, 2007, p. 33).

Tais distinções entre os sistemas explicam porque o consenso é inusitado nos processos penais de tradição inquisitorial e exigiu adaptações para sua incorporação nos países de cultura de *civil law*.

Com efeito, apesar da forte influência do *plea bargaining* nestas jurisdições, a reprodução do instituto norte americano certamente não pôde ter sido fidedigna, (LANGER, 2007, p. 6) tendo em vistas que o processo até então era indisponível às partes nos países de cultura de *civil law*, o que tornava a negociação incompatível com o processo penal. Todavia, o forte interesse internacional em importar a justiça processual consensual não ficou refém da aparente incompatibilidade, e esta foi driblada a partir da adequação do modelo da *plea bargain* estadunidense para os respectivos países receptores, tratando-se de do fenômeno alcunhado por Langer enquanto “tradução legal” (*legal translation*) (LANGER, 2017, p. 10).

Esse fenômeno é bem explicado por Marcella Mascarenhas (2014, p. 3), que faz uma ressalva para a necessidade de adaptar o modelo de justiça consensual à luz do direito interno do país que venha a incorporá-lo, observando que as peculiaridades do sistema adversarial norte-americano em muito se distanciam das características inquisitoriais dos sistemas de *civil law*. Nas palavras da nobre jurista:

É certo que vários países europeus que adotaram os mecanismos de justiça consensual inspiraram-se no modelo norte-americano de *plea bargaining*. No entanto, a importação do modelo para tais jurisdições não resultou em uma reprodução do padrão norte-americano de processo penal adversarial, o qual se revela intensamente antagônico ao modelo inquisitorial predominante nos países de *civil law*. Essa falta de identificação entre os contextos processuais destinados a receber o instituto do *plea bargaining* fez com que cada um adotasse um modelo distinto de justiça consensual, contendo características e procedimentos próprios, distintos entre si e do original que inspirou a importação (NARDELLI, 2014, p. 21).

Evidentemente, as diferenças entre os modelos de justiça consensual negocial são justificadas entre os sistemas processuais de *civil law* e *commom law*, porquanto

das antagônicas culturas inquisitorial e adversarial de tais sistemas. O resultado disso foi a adoção de diferentes modelos de justiça consensual.

Com isso, vejamos na sequência os procedimentos processuais equivalentes a *plea bargaining* nos países de *civil law*, com enfoque para as particularidades assumidas pelo instituto em cada ordenamento jurídico.

2.3 PLEA BARGAINING EM PAÍSES DE CIVIL LAW

Uma ressalva preliminar se faz necessária: o tópico em epígrafe não pretende uma análise minuciosa sobre os sistemas processuais penais de todos os países de *civil law*, mas apenas uma breve análise acerca da incorporação da *plea bargaining* em alguns países com esta cultura jurídica, na medida em que se demonstraram enquanto modelos de justiça consensual mais compatíveis com a base principiológica e garantista que informa o processo penal.

Pois bem, façamos então uma análise sucinta e restrita aos países da Alemanha, Itália e Espanha.

2.3.1 Absprachen: o consenso na Alemanha

A justiça consensual foi inserida paulatinamente no sistema jurídico processual alemão, cuja prática se iniciou de modo informal e velado nos anos 70, sobrevivendo legislação específica no ano de 2009 para a definitiva incorporação desta forma de resposta estatal. É controverso na doutrina se a prática da justiça negocial nesse contexto decorreu diretamente de influência norte-americana (VASCONCELLOS, 2015, p. 19-20; LANGER, 2017, p. 61), contudo, independentemente desta suposta

influência, não se pode descuidar que existe uma semelhança substancial entre o *plea bargain* e o *absprachen*: a negociação da pena mediante confissão.

À guisa de conceituar o instituto alemão, Langer explica que o *absprachen* consiste em uma proposta feita para que o réu confesse a prática delituosa em troca da fixação de um limite de pena máximo ou que um número de acusações seja retirada da denúncia feita pelo promotor (LANGER, 2017, p. 61). Para a conceituação do instituto, Harold esclarece que inexistem limites objetivos ou subjetivos à realização do acordo, que pode estar relacionado com “crimes de qualquer natureza e gravidade, bem como atinentes a réus primários ou mesmo de reincidentes” (HOPPE, 2018. p. 78). Evidente, então, a semelhança com o modelo estadunidense da *plea bargaining*.

De igual modo, também não é difícil identificar as diferenças, e a relação que estas diferenças apresentam com a estrutura inquisitorial do processo alemão, a despeito da estrutura adversarial americana. Vejamos:

Um dos traços distintivos que mais contrastam os dois sistemas é o envolvimento do juiz para a realização dos acordos, já que nesse sistema processual ele assume a posição de principal ator da negociação (NEVES, 2013, p. 9). Por reflexo do sistema inquisitorial, o papel assumido pelo juiz no *absprachen* é ativo ao ponto de lhe ser permitido redigir e propor o acordo ao réu no curso do processo, sem prejuízo da possibilidade de iniciativa também por parte da acusação ou da defesa (LANGER, 2017, p. 62).

Isso se deve as heranças culturais e aos valores que se sobrepõem em cada modelo processual. Se no modelo estadunidense o juiz assume um papel subsidiário, no processo penal alemão cabe ao juiz a busca pela verdade material durante o processo, passando a ter o poder de impulso processual após o oferecimento da denúncia pelo Promotor de Justiça (MOTA, 2020, p. 22). Isto é, devido ao “princípio da acumulação dos poderes ou forças processuais” que rege a instrução criminal, o processo penal alemão é marcado pela primazia do juiz na condução (MOTA, 2020, p. 20). Desse modo, a estrutura da negociação precisou se adaptar à distribuição preexistente de poderes processuais (LANGER, 2017, p. 63).

Sobre tal peculiaridade, Ludmila (2020) relaciona tal característica à cultura inquisitorial alemã, nos seguintes termos:

A primazia da figura judicial decorre dos pilares do sistema processual germânico, quais sejam, o princípio inquisitivo e a obrigatoriedade da sentença refletir a culpabilidade do acusado (Sculdprinzip). O princípio inquisitivo impõe ao juiz o dever de investigar a verdade material do fato criminal, tendo à sua disposição ferramentas para realizar uma investigação autônoma. Os inquéritos policiais são inclusive analisados pelos juízes antes da propositura da ação penal. Durante a instrução processual, o magistrado coleta provas ouvindo as testemunhas, intimando peritos, examinando documentos e evidências (MOTA, 2020, p. 23).

Outro traço distintivo entre ambos os sistemas seria a força da confissão enquanto meio de prova. No processo alemão, a confissão não tem o condão para imposição de pena sem que haja confirmação da culpabilidade, o que vai de encontro com a figura estadunidense do *guilty plea*. Isto porque nesse sistema a confissão foi positivada como um meio de prova, que naturalmente deve ser corroborado com outras provas para verificação da punibilidade do acusado, “afastando, portanto, qualquer possibilidade de condenação com base única e exclusivamente no *Absprachen*” (HOPPE, 2018, p. 78-79).

Com isso, vemos que a confissão não resulta na extinção do processo, e só a partir de lastro probatório complementar é possível autorizar o acordo (VASCONCELLOS, 2015, p. 6). É dizer com isso que o acordo ficará prejudicado acaso o conjunto probatório colhido não seja firme o suficiente, já que o ato confessional não basta para atestar a punibilidade do agente. Ou seja, o que se pretende com a confissão na verdade é facilitar a produção de outras provas, que, juntamente com a confissão, robustecem os autos e com isso mais rapidamente será possível confirmar ou afastar a hipótese delitiva.

Note-se também que a discricionariedade é reduzida no *absprachen*. Sobre isso, consigne-se que sentenças proferidas em sequência de acordos entre o tribunal e as partes precisam respeitar o princípio constitucional da busca pela verdade, de modo que a barganha não pode ter como objeto a narrativa dos fatos, o que resulta na impossibilidade de negociação a despeito da qualificação delitiva. (NEVES, 2013, p. 10). Com efeito, fica assentado que “o resultado do processo penal não depende e não pode depender das partes, e sim da lei penal material” (HOPPE, 2018, p. 76). Nesse teor, argutas são as explicações de Ludmila Mota (2020, p. 25):

O conteúdo do ajuste só pode versar sobre questões que estejam dentro da esfera da decisão judicial. Matérias inegociáveis, são, no

entanto, a imputação penal, condenação criminal e aplicação de medida de segurança restritiva de liberdade. Exemplificativamente pode ser objeto de acordo a substituição de pena privativa de liberdade pela imediata aplicação da liberdade condicional; limites mínimos e máximos de pena privativa de liberdade e da multa; condições resultantes da mediação com a vítima no âmbito da Justiça Restaurativa; proibição de dirigir, entre outras. A contrapartida do acusado pode ocorrer através da colaboração para a abreviação do processo através da confissão de todos ou de alguns crimes; na incriminação de terceiros; e admissão de determinadas evidências.

Sobre a natureza jurídica do acordo, registre-se que para o Direito Alemão não se trata de Direito Subjetivo do acusado, na medida em que é possível a sua recusa judicial independente da adequação entre o fato e suas circunstâncias à solução negocial, “não estando o juiz obrigado a expor as razões que motivaram a vedação do acordo.” (MOTA, 2020, p. 24). Sobre o tema, Harold Hoppe (2018, p. 77) esclarece:

O § 257c, 1 da StPO dispõe que “nos casos adequados” o tribunal e as partes poderão firmar acordos, mas em nenhum momento deixou pistas acerca de quais seriam estes casos. A doutrina critica o dispositivo legal, que no ponto não diz nada e remete à conveniência do Tribunal determinar quais são os casos adequados aptos aos acordos, não se podendo falar no processo penal alemão a um direito subjetivo do imputado em celebrar acordos penais.

Sendo assim, esse sistema processual não busca pela uniformização de resposta estatal para processos penais semelhantes, pecando neste ponto porquanto da ausência de tratamento isonômico em casos cuja tutela estatal mereça equanimidade. O sistema busca reduzir esse problema com a garantia de patrocínio por advogado acaso o acusado indique a sua pretensão pelo acordo (MOTA, 2020). Todavia, ainda assim não nos parece suficiente.

Outrossim, argumenta-se também não condizer tal figura com negócio jurídico processual. Nesse sentido, Arnaldo Pereira de Andrade Segundo afirma que praticamente não existe negociação, sendo muito assemelhado a uma simples redução de pena obtida pela confissão. (ANDRADE SEGUNDO, 2018, p. 97). Já para J. F. Moreira das Neves (2013, p. 9), “a confissão total ou parcial dos fatos funciona como uma circunstância atenuante. No mesmo lamiré, Langer (2017, p. 65) indica que “serviria como uma circunstância atenuante para fins de sentenciamento”.

Corroborando com esse posicionamento, Ludmila aponta a inexistência de relação sinalagmática, e que apenas os limites da pena podem ser ajustados. Argumenta, ainda, que nada obstante o acordo, permanecem “íntegras a função jurisdicional do exame de culpa e os critérios de prevenção” (MOTA, 2020, p. 25). Em síntese, significa dizer que o processo penal não seria extinto por ventura do *absprachen*, motivo pelo qual não deve ser entendido como um equivalente jurisdicional, tal qual o seria acaso fosse entendido enquanto negócio jurídico. Observemos que apesar do acordo haverá sentença, que inclusive pode ser recorrida. E, mais que isso: “não é cabível condicionar o acordo à renúncia ao direito de apelar, salvo em caso de expresse e de excepcional desejo do réu” (HOPPE, 2018, p. 79).

Demais disso, registre-se que os limites fixados para a pena também não precisam ser respeitados na sentença, na eventualidade de o juiz considerar que não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do acusado, ou se as atitudes do réu no decorrer do processo não se adequarem às previsões. (VASCONCELLOS, 2015, p. 31)

Ao que importa saber, a prática no consenso em sede processual alemã foi questionada reiteradas vezes diante da aparente incompatibilidade entre os princípios constitucionais alemães. Langer (2017, p. 62) inclusive acusa que sua prática se iniciou de forma clandestina nos tribunais justamente porque a compatibilidade com o Código de Processo Penal alemão era questionável. Contudo, todas as vezes que indagada a respeito da constitucionalidade do instituto - em 1987, 1997 e 2013-, a Corte Constitucional alemã se pronunciou favorável à constitucionalidade.

Registre-se que na declaração de constitucionalidade feita no ano de 2013, a Corte Constitucional alemã fixou requisitos para o ajuste, dos quais são alguns: o dever do magistrado de buscar a verdade material através dos meios de prova disponíveis, sendo inadmissível a confissão isolada como fundamento da sentença; o acusado deve ser avisado de seus direitos e das consequências do acordo; e as negociações devem ser descritas publicamente e registradas nos autos do processo (HOPPE, 2018, p. 77).

Com efeito, a metáfora da tradução é nitidamente demonstrada entre as diferenças dos “*plea bargains*” estadunidense e alemão, diante das transformações

que esse mecanismo sofreu ao ser traduzido de um sistema adversarial para um sistema inquisitorial (LANGER, 2017, p. 63). A introdução da negociação em âmbito de processo penal alemão precisou levar em conta a estrutura inquisitorial preexistente, disposições internas predominantes entre os atores jurídicos e a distribuição de poderes processuais, tratando-se desses os subsídios necessários para viabilizar a negociação num cenário que, até então, parecia adverso.

Evidente, portanto, que esse novo mecanismo apresentou um modelo de justiça consensuada em que predominam valores inquisitoriais, refletindo o conjunto principiológico constitucional alemão. A justiça consensual foi adaptada a lógica alemã, como também o foi no caso italiano, analisado na sequência.

3.2.2 Giudizio abbreviato e Patteggiamento: o consenso na Itália

Com o advento do Código de Processo Penal italiano de 1988, inseriu-se no ordenamento jurídico os procedimentos de justiça negocial denominados por *giudizio abbreviato e patteggiamento*⁷. A despeito da influência norte-americana, é assentado pela doutrina que “o *patteggiamento* e o juízo abreviado são o resultado das reflexões amadurecidas em torno do *plea bargaining*” (LEITE, 2009, p. 81).

À guisa de melhor compreender os mecanismos *giudizio abbreviato e patteggiamento*, traçando as diferenças e semelhanças para como *plea bargain*, façamos a distinção dos institutos:

O *giudizio abbreviato* se trata procedimento decorrente da iniciativa do acusado, quando este pretende não exercer o direito ao contraditório e opta pelo “imediato julgamento com base nos elementos informativos colhidos unicamente na fase investigatória” (HOPPE, 2018, p. 58). Sendo assim, o juiz, na audiência preliminar, poderá absolvê-lo ou condená-lo com base nos elementos colhidos na fase pré-processual.

⁷ Sobre os procedimentos de justiça consensual italianos, registre-se que foram criados também o juízo diretíssimo, o juízo imediato e o procedimento por decreto penal. Todavia, o trabalho não fará abordagem sobre tais institutos, posto que se objetiva tratar apenas os modelos que mais se assemelham ao *plea bargaining*.

Ao que importa saber, o inquérito na cultura jurídica italiana não é produzido apenas pela acusação, tendo em vistas a existência concomitante da *investigazioni difensive*. Com efeito, inobstante os prejuízos ao direito ao contraditório e à ampla defesa devido a supressão um juízo oral e detalhado, nota-se um abrandamento deste mal diante da participação da defesa na fase investigativa (FRANCO, 2006, p. 212).

Por ter sido originariamente concebido enquanto negócio jurídico, o instituto foi alvo de diversas críticas, notadamente porquanto da ausência de balizamento à discricionariedade conferida à querela italiana, que poderia aceitar ou não o ajuste. Na pretensão de submeter essa discricionariedade a freios, passou a ser admitido o controle judiciário sobre a recusa injustificada do acordo, contudo, ainda assim não foi suficiente, já que a decisão magistral ficou suscetível ao mesmo problema. Por decorrência desse problema, o *giudizio abbreviato* passou a ser localizado juridicamente enquanto direito subjetivo do acusado:

Em síntese, mediante a fixação dessas formas de controle das recusas tanto do ministério público quanto do magistrado, o juízo abreviado foi perdendo cada vez mais sua estrutura de acordo e se transformando em um direito do imputado a obter a redução da pena. [...] A partir da nova disciplina legal tornou-se irrelevante a concordância do ministério público. O imputado faz a opção pelo rito, dirigindo o pedido ao juiz, sem intervenção do órgão acusador. O procedimento depende, portanto, apenas da manifestação de vontade da pessoa acusada (LEITE, 2009, p. 84).

Tal instituto sofreu críticas também por conta da ausência de provas complementares às que foram colhidas na investigação, cuja solução pretensamente se buscou na criação *Giudizio abbreviato condizionato*, a partir do qual era autorizada “a produção probatória de ofício ou segundo solicitação das partes”.

Sobre o benefício barganhado pelo acusado, registre-se que recai sobre a pena percentual de redução previsto em lei, que pode chegar de até 1/3. Nas palavras de Hoppe (2018, p. 62), “não há essencialmente negociação do procedimento, mas sim um autêntico prêmio ou recompensa (redução da pena em 1/3) pela postura cooperativa do réu, que renuncia – unilateralmente – à instrução mediante contraditório”.

No que tange rol de crimes passíveis de ajuste, Harold registra que “pode ser aplicado para quaisquer crimes, independentemente da gravidade em abstrato daquele e de aspectos subjetivos do réu (reincidência, por exemplo)” (HOPPE, 2018, p. 63).

Já com relação ao *patteggiamento*, este se assemelha mais com o modelo estadunidense se comparado com o Absprachen e o *giudizio abbreviato*. (LANGER, 2017, p. 72). Trata-se de instituto por meio do qual existe um pacto entre as partes sobre a pena arbitrada, aplicando-a imediatamente em prejuízo “do amplo debate que se instaura na fase do juízo oral” (LEITE, 2009, p. 88). Saliente-se que inexistente admissão de culpa por meio deste procedimento, motivo pelo qual se aproxima do modelo do *nolo contendere* em detrimento do *guilty plea* (LANGER, 2017, p. 78).

Consigne-se que o acordo pode ser firmado tanto na fase processual, quanto na fase investigativa e a proposta pode partir de qualquer uma das partes, Ministério Público ou acusado (FRANCO, 2006, p. 218).

Vasconcellos indica que nada obstante ter se inserido no contexto italiano em 1988, já teria ocorrido uma tentativa percussora para adoção de similar procedimento simplificado, ainda sob a vigência do Código de Rocco, mediante a Lei 689 de 1981⁸.

Se este procedimento estava inicialmente vinculado às hipóteses delitivas cuja pena máxima era de 2 anos, inovação legislativa de 2003 passou a permitir a negociação para crimes mais graves com pena máxima de 5 anos de prisão, feitas algumas algumas ressalvas. A redução que incide sobre a pena também é no limite de um terço.

Com relação ao papel assumido pelo juiz, observemos que ele não se porta de forma passiva face ao acordo, de modo a que embora não possa modificar os termos da avença, “verifica se as partes procederam a uma correta qualificação jurídica dos fatos, se observaram as circunstâncias cabíveis e se a sanção acordada é congruente com a situação em exame” (LEITE, 2009, p. 90). Sobre o tema:

O juiz também deve avaliar aspectos externos ao acordo, que consistem na proporcionalidade entre os fatos imputados e o

⁸ A referida lei autorizava um rito especial por meio do qual, “através de requerimento da defesa e concordância da acusação, o juiz poderia aplicar uma punição diversa da prisão e com isso encerrar sumariamente o feito (HOPPE, 2018, p. 54).

benefício alcançado, e, por fim, mas não menos importante, na existência de provas referentes à existência do fato criminoso e da autoria imputada ao réu. No ponto, vale repetir: à míngua de provas suficientes, o juiz pode absolver o acusado mesmo quando este celebra acordo com o Ministério Público (LEITE, 2009, p. 67).

Com efeito, cabe ao juiz verificar se, independente do acordo feito, o caso não seria hipótese de absolvição, com o que ficaria prejudicada a avença.

Com isso, registre-se que em muito se diferencia do papel assumido pelo juiz no contexto do *plea bargain*, tendo em vistas que no modelo italiano o juiz não se limita a ratificar o acordo, sendo de sua incumbência analisa-lo substancialmente (FRANCO, 2006, p. 220). Demais disso, importa repisar que o juiz não terá em análise apenas os elementos produzidos pela acusação e polícia judiciária, mas também deverá contemplar os produzidos pelo defensor (*fascicolo del difensore*) (FRANCO, 2006, p. 220).

Demais disso, note-se que assim como no *giudizio abbreviato*, o *patteggiamento* consiste em direito subjetivo do réu (SENA, 2019). Sendo assim, na eventualidade de o Ministério Público não concordar com o acordo proposto, pode o juiz afastar a negativa ministerial e “aplicar a sanção proposta pelo acusado mesmo diante da recusa do titular da ação penal, desde que entenda que a posição é infundada” (LEITE, 2009, p. 91). Contudo, o dissenso do Ministério Público só poderá ser afastado pelo juiz ao final da instrução, “pois apenas nesse momento terá plenas condições, segundo a Corte de Cassação, de verificar se o dissenso do parquet é efetivamente ilegítimo” (FRANCO, 2006, p. 219).

Mais uma vez se nota que a incorporação da justiça penal negocial precisou passar por um firme processo de adaptação, notadamente porquanto das diferenças existentes entre as traduções jurídicas norte americana e italiana. Com efeito, Langer afirma que a Itália ficou “no meio do caminho entre os sistemas acusatório e inquisitorial” (LANGER, 2017, p. 81), já que nada obstante a aspiração de tornar esse sistema processual em acusatório, os espaços de consenso não são tão amplos tal qual o é no sistema estadunidense.

3.2.3 Conformidad: o consenso na Espanha

O mecanismo por meio do qual a justiça consensual se realiza em território espanhol é o instituto da *conformidad*, no qual o imputado reconhece a pretensão acusatória, assentindo com a qualificação fático-jurídica e com a pena indicada pelo acusador ou ajustada entre acusação e defesa, dispensando o *juicio oral*. Para a delimitação conceitual do instituto, Ventura Leite indica que a *conformidad* decorre de declaração de vontade pelo imputado, que, com a intervenção da defesa, aceita submeter-se a sanção em detrimento do exercício das garantias processuais próprias da fase instrutória (LEITE, 2009, p. 75).

Com efeito, o instituto se aproxima do *nolo contendere* norte americano, na medida em que inexiste confissão por parte do acusado, mas em verdade uma aceitação à imputação que contra si foi feita.

No que diz respeito a atuação do juiz com relação ao conteúdo do acordo, observa-se aproximação também com o modelo estadunidense. Isso se deve ao fato de que o juiz deve atuar com base nos fatos acordados entre as partes, “não podendo aferir se aqueles coincidem com a ‘verdade real’”. Com relação às penas arbitradas, a atuação do juiz também é mais restrita, já que este deve analisar apenas o cumprimento dos parâmetros legais, estando fora do controle judicial “a sua proporcionalidade e reprovabilidade em relação aos fatos, contanto que esteja de acordo com a lei” (HOPPE, 2018, p. 93).

Com isso, é possível deduzir que o juiz assume um papel de menor relevância, e o procedimento tem como atores principais a acusação e a defesa, ao contrário do que ocorre nos procedimentos consensuais próprios da Itália e Alemanha, por exemplo.

Todavia, no que se distancia ao modelo de barganha estadunidense, registre-se que o mecanismo é fundado na declaração de vontade entre as partes, sendo que, inexistindo anuência tanto do acusado quanto da sua defesa técnica, prossegue-se o feito em juízo oral detalhado (LEITE, 2009, p. 75). É dizer que a livre declaração de vontade se trata ponto nodal para a consecução de tal mecanismo de justiça consensual, ao que Hoppe esclarece tratar-se do princípio da dupla garantia:

O sistema espanhol acolhe a denominada dupla garantia, exigindo aquiescência do acusado e de seu advogado. O juiz deverá informar aquele das consequências de sua decisão e o incitará a que se manifeste de forma expressa sobre a *conformidade*, exigindo clara demonstração de que sua *vontade* é livre e assentada em conhecimento (inteligência) de todas as suas implicações, ou seja, qualificação jurídica dos fatos e penas correspondentes (e eventuais alternativas em caso de prosseguimento do feito), inclusive a repercussão de seu ato voluntário no que se refere as garantias constitucionais. Existindo dúvida acerca da vontade e inteligência da *conformidad*, o juiz não homologará o acordo e determinará a continuação do processo, com a abertura da instrução (HOPPE, 2018, p. 92).

Sobre o tema, Ventura Leite (2009) esclarece:

Nesse sentido, o art. 694, LECrim, pelo qual, ainda que se verifique a conformidade por parte do acusado, 'o presidente do tribunal perguntará ao defensor se considera necessária a continuação do juízo oral', lavrando-se a sentença de conformidade apenas no caso de resposta negativa. Quanto ao imoutado, deverá se pronunciar de forma indubitosa sobre a conformidade (art. 693, LECrim), de maneira que o silêncio importa o prosseguimento do juízo (art. 698, LECrim).

A legislação espanhola prevê três hipóteses de *conformidad*, classificadas em ordinária, consensuada e premiada (HOPPE, 2018, p. 96). Vejamos então as formas de manifestação desse mecanismo processual:

No que diz respeito ao instituto que ocorre em sede de procedimento ordinário, Hoppe delimita enquanto requisitos: "a) o apenamento máximo não seja superior a 6 (seis) anos; b) o acusado manifeste sua *conformidad* com a qualificação e pena mais graves; c) o advogado do acusado entenda desnecessária a continuação do processo e a instrução do feito" (HOPPE, 2018, p. 87).

Na delimitação de suas peculiaridades, o acordo não é feito mediante uma negociação propriamente dita, mas na verdade se trata de uma adesão por parte do acusado que livremente opta por aceitar os termos do ajuste proposto pelo Ministério Público (LEITE, 2009, p. 76). Nos termos de Hoppe, "consiste na aceitação unilateral do réu e dá-se em sua defesa escrita ou mesmo oralmente na abertura da audiência" (LEITE, 2009, p. 96).

Já no que diz respeito a *conformidade* em sua forma consensuada, este se aproxima mais da negociação propriamente dita, na medida em que pode ocorrer

por iniciativa da defesa ou por um acordo entre as partes (LEITE, 2009, p. 78) Com efeito, não há que se falar de adesão por parte do acusado, na medida em que sua participação é ativa para a fixação dos termos da avença.

A este procedimento, existe a possibilidade de “reconhecimento dos fatos”, no qual, acaso o acusado confesse a prática delitiva perante autoridade judicial e sob defesa técnica, “o juiz convoca o ministério público e as demais partes acusadoras eventualmente existentes para se pronunciarem sobre se formulam escrito de acusação de acordo com a manifestação do imputado” (LEITE, 2009, p. 79).

Finalmente, a *conformidad* premiada, por meio do qual há um estímulo de que os processados concordem com as penas arbitradas pelo Ministério Público “perante o próprio plantonista (*Juez de Guardia*), que, em contrapartida, profere a sentença de conformidade com redução de 1/3 (um terço da pena proposta pela acusação e aceita pela defesa” (HOPPE, 2018, p. 90).

Reconhecidas as particularidades de cada instituto consensual espanhol, observe-se que eles se assemelham em essência, já que ocorrem “em audiência, com a presença do defensor, entre a fase inicial até a abertura da audiência de instrução, e em todos os casos implica na eliminação da produção judicial da prova.” (HOPPE, 2018, p. 96).

4. CONVIVÊNCIA DO CONSENSO COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO.

Inobstante as vultosas críticas contrárias a esse mecanismo de acesso à justiça, verdade é que a Justiça Consensual é incontornável, levando em consideração a sua incessante expansão mundo afora, conforme foi exposto no capítulo anterior.

Nesse contexto, se o *plea bargain* serviu de inspiração para outros modelos de Justiça Consensual, decerto que a sua incorporação exigiu modificações pelos ordenamentos jurídicos que nele se inspiraram, ao que foi cunhado por Langer de *tradução jurídica*.

Sobre esse fenômeno, Langer explica que o *plea bargain* triunfou sobre outras concepções em outros territórios (LANGER, 2017, p. 49). Sendo assim, o que se vê não é um processo de americanização, já que a reconhecida influência estadunidense não foi capaz de transmutar a cultura jurídica dos países que aderiram à justiça consensual. Pelo contrário: cada cultura jurídica traduziu o *plea bargain* à sua forma.

Com isso, exsurge o seguinte questionamento: a partir da criação de novos modelos de justiça consensual, é possível vislumbrar a convivência do consenso com as garantias fundamentais do acusado? Questiona-se, nesse mesmo âmbito, se o modelo de justiça consensual estribado no Art. 28-A do Código Processual Penal Brasileiro corrobora para pensar em uma justiça consensual que ao mesmo tempo seja garantista, ou se resultou em modelo de justiça incapaz de abrandar as mazelas produzidas pelo consenso em sede de processo penal.

4.1 ALEMANHA, ITÁLIA E ESPANHA: RESGATE A GARANTIAS PROCESSUAIS E SUAS INEVITÁVEIS VIOLAÇÕES.

Sobre as garantias fundamentais do acusado e a possibilidade de convivência com o modelo de justiça negocial, Mascarenhas ressalta que é preciso “estabelecer alguns padrões mínimos dentro dos quais o modelo de negociação deve se

enquadrar para que não haja o retrocesso e a desvalorização do conteúdo das garantias processuais já conquistadas.” (NARDELLI, 2014, p. 03)

Nesse desiderato, o que se nota é que do intercâmbio do instituto processual da *plea bargain* aos países da Itália, Alemanha e França, o resultado foi a formação de procedimentos consensuais que, quando não preservam as garantias do réu, ao menos apresentam violações mais brandas, tendo como parâmetro o modelo norte americano de justiça consensual. Vejamos:

A despeito dos espaços de oportunidade conferidos ao membro do Ministério Público, notórias foram as adaptações positivas nesse sentido.

Primeiramente com relação à possibilidade de propositura do acordo, vejamos a ampla contribuição dos modelos Italianos em que, tanto no caso do *giudizio abbreviato e patteggiamento*, “se atendidos no caso concreto os requisitos legais para a admissibilidade do acordo, configura-se um direito subjetivo do acusado, que não pode ser violado por discricionariedade do acusador ou por motivos que não encontrem respaldo no texto legal” (VASCONCELLOS, 2015, FL. 19).

Sendo assim, o posicionamento do acusador acerca da admissibilidade do acordo deve estar fundada na legalidade, com o que se preserva o Estado de Direito e são afastados os interesses pessoais do acusador para que o acordo seja firmado. Demais disso, existe uma inversão do protagonismo para a propositura do acordo, na medida em que uma vez que seja direito subjetivo do acusado, o acordo naturalmente partirá de sua iniciativa.

Já com relação à penalidade ajustada, decerto que também foram relevantes as limitações impostas pelo modelo italiano, na medida em que “a redução da pena negociada pelas partes não pode ser maior do que um terço da pena cabível para o caso” (LANGER, 2017, p. 77). O modelo alemão também apresentou uma contribuição valorosa nesse sentido, já que por meio do acordo se fixa um limite máximo de pena que o juiz se compromete a não ultrapassar (NARDELLI, 2014, p. 32).

Pelo exposto, notório que os subjetivismos pessoais do acusador não preponderam diante de conteúdo legislativo dos exemplos abordados, e, com isso, a

segurança jurídica, o tratamento isonômico aos jurisdicionados e a intervenção mínima são asseguradas.

Com efeito, o que se nota é não apenas a preservação de um Estado de Direito, como também garante que o acusado aceite ou deixe de aceitar o acordo mediante declaração livre de vontade. Notório que a imposição de limites para o oferecimento de vantagens é relevante no “intuito de evitar que a não aceitação do acordo e o desejo de se valer da presunção de inocência não se torne em uma ameaça de aplicação de pena excessivamente mais gravosa” (NARDELLI, 2014, p. 31), como tem ocorrido nos Estados Unidos.

Nesse sentido, importam as ponderações feitas por Schünemann, vejamos:

“A fim de que a respectiva proposta apresentada pela Justiça não acarrete na prática de uma inaceitável pressão sobre o acusado, capaz de minar sua liberdade de autodeterminação, é sem dúvida necessário que o desconto de pena, que se faz possível ao se abdicar da realização da audiência de instrução e julgamento, seja estritamente limitado. Esse é o único modelo que estaria em harmonia com a dogmática da dosimetria da pena, uma vez que através dele poder-se-ia considerar a abreviação do processo como uma pequena reparação perante à ordem jurídica e, com isso, conferir legitimação ao desconto de pena, cuja amplitude deve ser bastante limitada” (SCHÜNEMANN, 2013, fl. 259).

Dessa forma, certo que o acusado não ficará refém de coações externas para a avença. Nesse sentido, Mota (2020, p. 28) aponta que “no modelo alemão, não há espaço para a realização de pressões pelo Ministério Público, já que o poder de negociação do órgão acusador é bastante reduzido”.

Essa preocupação com a declaração vontade livre pelo réu é percebida também no modelo Espanhol, diante do princípio da dupla garantia, com o qual a concordância do acordo deve passar pelo crivo não apenas do réu, como também do seu advogado. Nesse sentido, busca-se pela declaração de vontade desde que “livre e assentada em conhecimento (inteligência) de todas as suas implicações, ou seja, qualificação jurídica dos fatos e penas correspondentes, inclusive a repercussão de seu ato voluntário no que se refere a garantias constitucionais” (HOPPE, 2018, p. 92).

O propósito de tal medida é evitar que o réu manifeste vontade viciada, de maneira que possa decidir de forma livre e consciente, sob orientação da defesa

técnica capaz de fornecer esclarecimentos sobre os benefícios e malefícios do acordo para o caso concreto.

Como assinala Ventura Leite:

[...] ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das consequências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção (LEITE, 2013, p. 35).

Registre-se que a negociação também teve seu escopo é reduzido para o modelo italiano e alemão. No modelo da Itália, por exemplo, “a negociação somente pode abarcar a sentença, não a acusação ou as acusações.” (LANGER, 2017, p. 77) Nesse sentido, Yue Ma esclarece que no contexto italiano “O juiz precisará avaliar se as partes determinaram corretamente a natureza do crime e se a pena acordada entre elas é apropriada à luz das provas disponíveis. O acordo poderá ser rejeitado caso o juiz acredite haver impropriedades” (MA, 2019, p. 23).

De igual forma ocorre no modelo alemão, em que o acordo deve “guardar proporção com a culpa do acusado na prática do delito, não sendo admitida a negociação do conteúdo da imputação” (MOTA, 2020, p.19) Nesse sentido, Hoppe explica que o modelo de negociação da Alemanha:

“autoriza negociações sobre questões relacionadas ao processo, tais como provas, medidas cautelares, confissão e comportamento processual do imputado, mas proíbe a realização de acordos sobre a culpabilidade e medidas de segurança. [...] Com isso, o legislador alemão pretendeu – ao menos formalmente – vedar a negociação direta da pena pelas partes, ratificando a concepção de que o resultado do processo penal não depende e não pode depender das partes, e sim da lei penal material”. (HOPPE, 2018, p. 76).

Já com relação à confissão, observa-se que nos modelos de justiça consensual da Alemanha, Itália e Espanha, esta prova não assume papel absoluto. Nestes sistemas, a confissão não conduz, por si só, à conclusão sobre a responsabilidade e punibilidade do agente sem que os outros elementos informativos convirjam nesse mesmo sentido.

Esclarece Vasconcellos que na Alemanha, assim como nos países de tradição civil continental, “o instituto da confissão é positivado como uma das demais

possibilidades de prova previstas em lei, de modo que seu reconhecimento não acarreta a extinção automática do processo, visto que se impõe a sua confirmação a partir do lastro probatório complementar para que se autorize um pronunciamento condenatório” (VASCONCELLOS, 2016, p. 27). Pelo que próprio determinou o Tribunal Federal Constitucional Alemão, “a confissão deve submeter-se à regra de corroboração, ou seja, ser confirmada por outras provas” (HOPPE, 2018, p. 77).

Da mesma forma ocorre na Itália, em que “ao considerar a proposta de barganha, o julgador pode absolver o acusado, mesmo diante da conformidade defensiva, de modo que a confissão negociada não é considerada uma prova inquestionável” (VASCONCELLOS, 2015, p. 17).

Além de não ter a confissão como prova bastante para determinar acerca da punibilidade do agente, impende notar que no contexto jurídico italiano a produção de provas não é feita apenas pelo Estado, como também pode sê-lo pelo acusado. Com isso, a ausência de contraditório e ampla defesa na fase processual é remediada quando se garante ao réu espaço de participação defensiva na fase investigatória.

A adoção dessa medida, inclusive, já havia sido reclamada por Schünemann, para quem, na hipótese dos procedimentos cujo resultado deriva diretamente da investigação preliminar, a fase investigatória deve “abarcas tantas garantias quantas sejam suficientes para que seja qualificada como um instrumento de descobrimento da verdade material”. Nesse sentido, são as ponderações do jurista:

“A atual investigação preliminar nos Estados Unidos, não diferentemente do que ocorre na Europa ou na América Latina, não encerra estas garantias pois que é conduzida unilateralmente pela polícia e, quando muito, também pelo ministério público, ao passo que a posição da defesa é tão débil a ponto de não se poder falar de um controle da correteza das investigações e diligências, nem tampouco de um equilíbrio entre as tentativas de incriminar e de inocentar o acusado. As investigações preliminares são no fundo idênticas ao velho processo inquisitorial e sofrem portanto as mesmas unilateralidades e deficiências, as quais conduziram à reforma do processo penal há 200 anos. Deve-se, por conseguinte, já mesmo em sede de investigação preliminar, instalar os mecanismos de controle e contrabalanceamento que foram institucionalizados com a criação da audiência de instrução e julgamento regida pela publicidade e oralidade.” (SCHÜNEMANN, 2013)

Por fim, com relação ao papel assumido pelo juiz e a suposta usurpação de suas funções, isso também não ocorreu nos modelos de *civil law* abordados na presente pesquisa.

Observa-se que no modelo italiano, quando a acusação não aceita um acordo com o réu, o juiz pode decidir contrariamente à acusação já que, ao final do julgamento, acaso discorde dos motivos alegados para a rejeição do acordo, ainda assim pode conceder o benefício de redução da pena ao acusado. Nesse sentido, Langer aduz que

mesmo que o *patteggiamento* geralmente empodere as partes em detrimento dos poderes do juiz, esta regra indica que o juiz ainda conserva alguma quantidade de poderes na aplicação deste mecanismo e que o mecanismo não é apenas um procedimento negociado, mas também um benefício que pode ser concedido pelo juiz ao réu.(LANGER, 2017, p. 77).

No modelo alemão, de igual forma, “a concordância do Ministério Público com o acordo penal e seus termos só tem eficácia se validada pelo juiz da causa, que pode livremente alterar os termos do acordo ou mesmo entender que não se aplica ao caso concreto.” (MOTA, 2020, p. 22).

Diante da análise feita, portanto, é indiscutível que a tradução jurídica do *plea bargain* redesenhou a justiça consensual para modelos que mais se aproximam das garantias processuais do acusado. Todavia, não se pode desconsiderar violações que perduraram nos modelos apresentados, bem como controversas, que podem resultar no próprio esvaziamento do propósito perquirido com a justiça consensuada.

Uma das principais violações consiste na quebra da isonomia entre “o imputado que aceita e o que não concorda e opta pelo devido processo” (NARDELI, 2014, p. 31) Conforme aduz Andrade (2020, p. 25), “acusados que rejeitarem a via consensual poderão, ao final, ser apenados com sanções superiores às daqueles que tiverem celebrado o acordo para aplicação de pena reduzida, o que dá a ideia de desigualdade na repressão penal”.

Sendo assim, o que se nota é que a declaração da culpa resulta em prêmio para o réu confesso, e, para aquele que pretende exercer o direito a não autoincriminação, o exercício de tal direito reverberará em uma punição, qual seja, na agravação da penalidade.

Sobre essa quebra da isonomia, Schünemann a sinaliza:

Se o guilty plea é recompensado com uma redução de pena, isso significa que quem será punido de forma consideravelmente mais severa é exatamente aquele que faz uso legítimo de seu direito à realização do processo penal e luta por provar sua inocência. Afinal, o reverso da diminuição da pena é o aumento da pena em caso de uma condenação após uma longa audiência de instrução e julgamento. Por conseguinte, o direito do acusado de permanecer em silêncio face às acusações levantadas contra ele é minado estruturalmente (SCHÜNEMANN, 2009).

Demais disso, registre-se que a aceleração do procedimento por si só já resulta em inevitáveis prejuízos ao acusado, tendo em vistas que inobstante as tentativas de reverter tal situação, a resposta estatal ao comportamento delitivo será alcançada a partir da supressão de direitos.

Isso porque a justiça consensual só pode ser exercitada a partir de uma mitigação comprometedora da função cognitiva da jurisdição na busca pela verdade, prejudicando, por via de consequência, na própria individualização da pena. (HOPPE, 2018, p. 132) Nesse caso, o próprio dogma da culpabilidade é corrompido, já que o rito e a verdade cedem a favor da celeridade e da efetividade. (BONFIM, p. 4).

A tentativa de assegurar os direitos processuais concomitantemente ao consenso em sede de processo penal, quando não resultar em inevitáveis violações, desembocará no próprio esvaziamento do propósito da justiça consensual, qual seja, o processamento de demandas de forma mais célere e econômica, já que todas as tentativas de assegurar as garantias do acusado resultam, invariavelmente, em maior morosidade ao procedimento.

Assim, com base nos institutos congêneres de outros países, pontuam-se na sequência as especificidades do modelo brasileiro, para verificar se em tal modelo houve a compatibilização do consenso com as garantias processuais.

4.2 O MODELO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS DO ACUSADO.

O Acordo de Não Persecução Penal, inicialmente regulamentado pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, foi efetivamente

inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do conhecido Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019). Por meio do novel instituto, previsto no Art. 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, abrevia-se o processo de responsabilização penal através do acordo sobre a pena com o infrator, que confessa a prática delitiva para a percepção de pena mais branda.

O acordo tem aplicabilidade aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, cominada pena mínima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, e o investigado tiver confessado circunstanciadamente a sua prática. Como negócio jurídico extraprocessual, o acusado aceita imposição de pena diversa da prisão, sem qualquer ofensa ao seu *status libertatis*, ao passo que o Estado se beneficia com o imediato alívio do sistema criminal.

Decerto que se trata de um procedimento com vistas a alcançar uma maior celeridade na resposta estatal aos comportamentos delitivos, impondo medidas alternativas à prisão. Todavia, importa saber se as garantias processuais do acusado são asseguradas e, caso não, em que medida são violadas por meio desse procedimento. Apreciemos então esse instituto a partir de sua redação legal e conforme o entendimento majoritário da doutrina, que o compreende enquanto negócio jurídico processual:

Da redação legal do ANPP, o promotor de justiça poderá promover o acordo *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Nota-se pelo texto extraído da lei que, inobstante os requisitos legais exigidos para a propositura do acordo, soma-se um critério totalmente desconhecido e imprevisível ao acusado: o juízo pessoal do promotor ao caso concreto.⁹

De logo, observemos que as garantias da segurança jurídica e isonomia são frustradas, já que a propositura do acordo decorre de um juízo eminentemente pessoal e, portanto, discricionário pelo promotor.

Diverso seria se o acordo fosse entendido enquanto direito subjetivo em detrimento de entendê-lo enquanto negócio jurídico processual. Nessa hipótese, a promoção da denúncia precisaria estar amparada ou na ausência de condições

⁹ A doutrina majoritária entende que se trata de negócio jurídico processual, a partir da qual se faz pertinente a crítica adunada. Todavia, acaso se adote entendimento de que o novel instituto é direito subjetivo do acusado, a crítica fica prejudicada, na medida em que se torna um direito garantido ao acusado independente de concordância ministerial.

autorizadoras ou na presença de circunstâncias impeditivas do acordo de não persecução penal, sem o que ficaria o *parquet* impelido ao seu oferecimento.

Demais disso, nota-se que o princípio da intervenção mínima também não prevalece já que, o que era para ser considerado como um direito ao acusado, acaba por se tornar instrumento de persecução penal em “uma dimensão distinta da tradicional” (VASCONCELLOS, 2015, p. 58). Isso porque, embora o acordo surja sob a pecha de resultar em intervenção de menor intensidade pelo Estado, esconde-se a real pretensão de punir mais e de punir mais rápido, de sorte que esta punição pode recair inclusive contra pessoas inocentes.

Ainda, observe-se que a discricionariedade franqueada ao promotor não se esgota na decisão acerca da propositura ou não do acordo, já que os termos fixados para a avença também são decididos com base em juízos pessoais do promotor.

Isto porque em que pese o Artigo 28-A preveja um rol de condições, a escolha entre elas para realização de ajuste é feita pelo promotor a partir do seu juízo próprio de razoabilidade, juízo este que não é cingido por qualquer tipo de parâmetro legal. Decerto que o os parágrafos 5º e 7º do Artigo 28-A preveem controle jurisdicional aos termos firmados no acordo, mas a partir de critérios que também são vagos, já que a lei utiliza os conceitos abstratos de adequação, suficiência e abusividade.¹⁰

Como por exemplo, vejamos que do rol de obrigações passíveis de ajuste, é previsão do inciso I do Art. 28-A a reparação do dano pelo acusado à vítima. Por certo que muitas vezes tal proposta não é possível, visto que o autor pode não dispor de recursos financeiros para tanto ou a coisa pode infungível. Com isso, flagra-se o terreno como fértil para acordos leoninos, na medida em que os termos da avença não seguem uma lógica pré-ordenada.

Com relação à confissão e a investigação policial, notório que nesse modelo de justiça consensual tais elementos informativos assumem forte relevância, tendo em vista que são dispensadas as provas produzidas em contraditório. Essa forma procedimental denota para um grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, e

¹⁰ O representante do Ministério Público é um agente que atua na defesa da ordem jurídica e do Regime Democrático, motivo pelo qual deve estar subordinado a lei, e nunca acima dela. O *parquet* não é um gestor de política criminal.

uma grande fragilidade para a cognição dos fatos. Nesse sentido, aduz Kaster que “para que se desse maior consistência aos elementos produzidos no inquérito, deveria ser oportunizado o contraditório, incluída a participação do Ministério Público e do juiz e, sobretudo, deveria ser franqueada a efetiva participação da defesa”

Observe-se que, nada obstante a inteligência da lei peça mais do que a simples admissão da culpa, a confissão é corroborada apenas com o procedimento investigatório criminal, em que inexistente participação da defesa, o que, por consequência, resulta na ocultação de evidências favoráveis ao acusado (MESSIAS, 2020, p. 62).

Sendo assim, flagrante o desequilíbrio entre as partes no modelo de justiça consensual brasileiro, tendo em vistas não franquear ao acusado o direito de exercer o contraditório nem mesmo na fase investigatória. Diverso seria acaso houvesse permissão da parte contrária em conhecer “todo acervo probatório em poder da outra para daí ter a condição buscar provas em sentido contrário, além de investigar a fiabilidade e a licitude da prova em poder da outra parte” (VIEIRA, p. 02) como ocorre nos EUA por meio do *disclosure of evidence*, ou como na Itália, por meio da investigação defensiva.

Percebe-se o prejuízo ao acusado neste ponto na medida em que o acordo é facultado inclusive nos casos em que a investigação resultaria no arquivamento dos autos, diante da ausência de elementos robustos para verificação da autoria e materialidade. A vulnerabilidade do réu na fase investigativa, entretanto, impede que este produza provas que corroborem nesse sentido.

Já com relação a voluntariedade do acusado para aceitar o acordo, a lei pareceu mais cautelosa, já que não deixou de prever mecanismos à guisa de preservar declaração livre de vontade para firmar o acordo. Nesse ponto é que ganha relevo também a atuação do juiz que atua mediante atividade com caráter jurisdicional, na medida em que cabe a ele chancelar o acordo mediante verificação não apenas da legalidade, mas também da espontaneidade por parte do acusado. Nesse sentido, registra Alexandre Bizzotto e Denival Silva:

Ao ser-lhe apresentado o acordo, o juiz “designará audiência” para ouvir o investigado e seu defensor (ato jurisdicional), a fim de conferir a voluntariedade e plena consciência em relação ao acordado, bem como, ainda, analisar sua legalidade (art. 28-A, §4º, CPP). E não é só isso. Fará análise de conteúdo, podendo determinar modificação de condições

estabelecidas, e até recusar a homologação, se constatados aqueles vícios ou considerar que as condições firmadas são inadequadas, insuficientes ou abusivas (art. 28-A, § 5º, CPP) (BIZZOTTO; SILVA, 2020, p. 56).

Sendo assim, diante da análise do modelo de justiça penal consensual brasileiro, é possível depreender que tal qual nos outros países, a incorporação do modelo de justiça consensual do *plea bargain* sofreu fortes adaptações.

Diante tais adaptações, é possível depreender a partir de uma análise comparativa que o instituto negocial brasileiro conferiu grande espaço de atuação por parte do Ministério Público, conferiu grande valor à confissão enquanto meio de prova e não assegurou o direito ao contraditório e a ampla defesa na fase investigatória. Por outro lado, o juiz nesse procedimento ainda assume um papel importante, e a voluntariedade do acusado também não deixou de ser averiguada, posto que se sujeita a controle pelo juiz.

Com efeito, percebe-se que o Acordo de Não Persecução Penal deixa de considerar diversas garantias processuais do réu, ao contrário do que ocorreu em outros modelos de justiça consensual, quais sejam os modelos da Itália, Alemanha e Espanha, em que as garantias processuais apresentaram violações mais brandas sob alguns aspectos.

5. CONCLUSÃO

O direito de inafastabilidade de jurisdição só poderá produzir seus efeitos com uma modificação do sistema penal, que deve ser perseguida na medida em que a administração funcional da justiça detém relevante valor jurídico. Todavia, não se pode implementar modelos de justiça consensual a qualquer custo, devendo-se assegurar concomitantemente as garantias processuais do acusado.

Desta forma, urge pensar modelos de justiça consensuada em que inexista dicotomia entre um processo penal efficientista e garantista. Com efeito, deve-se buscar um equilíbrio entre essas duas qualidades, deixando de enxergar tais valores enquanto antagônicos, mas para tentar harmonizá-los em um mesmo procedimento processual.

Nas palavras de Campos “entende-se que o sistema penal deve perseguir, ao mesmo tempo, a funcionalidade (eficiência) e a garantia (justiça), pois, se não se deve negar que ao Estado incumbe garantir os direitos dos cidadãos, também cabe a ele promover o bem da coletividade, daí se impor a exigência de racionalização, eficiência e celeridade do processo penal” (ESSER *apud* FERNANDES, 2001, p. 59-61).

A eficiência e o garantismo devem ser colocados em equilíbrio, na medida em que os valores revestidos nesses atributos devem ser ponderados e preservados concomitantemente. Em síntese, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de se prestar uma justiça eficiente.

A partir de uma análise do direito comparado, foi possível verificar movimentos de reforma legislativa tendentes a aprimorar a prática do consenso, já que em determinados casos, abrangeu maiores espaços de manifestação pelo réu, conferiu mecanismos de controle judicial e diminuiu os espaços de oportunidade à acusação. No âmbito interno, todavia, as garantias do réu em sede de processo penal foram fortemente ameaçadas com a inserção do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico.

Assim, de todo o exposto, chegamos à conclusão que o acordo de não persecução penal, instituto relativamente recente no direito pátrio, se apresenta como alternativa para resposta estatal às diversas demandas sociais existentes que resultaram na crise da administração da justiça. Todavia, a partir de uma análise comparada a outros países de mesma tradição jurídica, quais sejam Itália, Alemanha e Espanha, percebe-se que o instituto negocial brasileiro não foi capaz de harmonizar a eficiência com as garantias do acusado, e, com base nessa análise comparativa, tem-se que o modelo de justiça pátrio não foi capaz de abrandar as mazelas produzidas pelo consenso em sede de processo penal.

Noutro giro, os modelos espanhol, italiano e alemão convergem para um modelo de justiça consensual mais garantista, já que apresentam particularidades capazes não de superar a violação dos direitos do acusado- já que tais direitos só podem ser integralmente atendidos com o juízo oral detalhado-, mas conseguem desenhar um mecanismo consensual que melhor se equilibra com as garantias do réu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. **Aspectos constitucionais acerca da conciliação no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

ARAS, Vladimir. **Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do Direito Comparado**. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ARAS, Vladimir. "Um breve diagnóstico do sistema criminal". In: **Blog do Vlad**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 135-162, 2005.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANUIC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de Não Persecução Penal**. 1 ed. Editora Dialética, São Paulo, 2020.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Juspodivm, Salvador, 2021.

FERRAJOLI, L. **Democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de: SOUZA, A. A. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 209-242, jan. 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6 ed. Editora Impetus. Rio de Janeiro, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do código de processo penal. **Justilex**, Brasília, v. 3, n. 33, p. 16–20, set., 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41–63, jan./mar., 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 41–50, abr./jun., 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 203-204, 1998.

HOPPE, Harold. **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal**: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

HOPPE, Harold. **O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal**: perspectivas e possibilidades no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

KENNY, Anthony. História Concisa da Filosofia Ocidental. 1. ed.. Lisboa: Sociedade Industrial Gráfica, 1999.

LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul./dez. 2017.

LANGER, Maximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. **The American Journal of Comparative Law**, v. 55, n. 4, p. 617-676, 2007.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**: volume único. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista**. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processo Penal** - 17ª Edição 2020. Editora Saraiva.

MA, Yue. **A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada.**

Revista do CNMP, Tradução: Aduino Villela. 2011. Disponível em:

<https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/16>. Acesso em: 20 nov 2021.bi

MAIEOROVICH, Walter Fanganiello. Apontamentos sobre política criminal e *plea bargaining*. Revista A Força Policial, São Paulo, n. 8, p. 91-99, out./dez. 1995.

MASI, Carlo Velho. *A plea bargaining* no sistema processual penal norte-americano.

In: **Canal Ciências Criminais**. 2016. Disponível em: <

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense; Método, 2018.

MENDES, Laura Schertel F.. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Estudos, Conferências e Notas**, Direito Público, n. 13, p. 121-133, jul./ago./set. 2006.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENEZES, Daniel Feitosa de; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da Justiça Restaurativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 161, a. 27, p. 163-186, nov. 2019.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; SMANIO, Gian Gianpaolo Poggio; PEZZOTTI, Olavo Evangelista. A discricionariedade da ação penal pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, Brasil, n. 30, p. 353-390, 2019.

MORAES, Alexandre. **Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito**. In: Doutrinas Essenciais - Processo Penal. NUCCI, G. S.; MOURA, M. T. R. A. (Orgs.) 1. ed. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negociada no processo penal brasileiro e germânico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, p. 161-194, jul./set. 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da civil *law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 14, n. 1, p. 331-365, 2014.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. **Revista do Ministério Público**, p. 37-64, jul./set. 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*Plea Bargaining*” no Direito norte-americano. **Revista Curso Dir. Cent. Univ. Fac. Metrop. Unidas - UniFMU**, São Paulo, n. 23, p. 115-126, 2001.

PRADO, G. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, S.; WUNDERLICH, A. (Orgs.). Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2002. p. 61 et seq.

PEREIRA, M. L. A pena e respectivos limites. In: Doutrinas Essenciais - Processo Penal/ coordenadores: Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1 ed. Vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais**. Direitos Fundamentais e Justiça. RBDFJ, ano 4, n. 35, p. página inicial-página final, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/136/21024/36663>.

QUEZADO, Paulo Napoleão Gonçalves. Voto acerca da reforma do processo penal e Da lei de execuções penais. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, v. 5, n. 2, p. 165-183, 2007.

RAPOZA, Hon Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: A exceção transformada em regra. **Coimbra Editora**, n. 19, p. 207-229, 2013.

REIS, Fernando Antônio Calmon. **Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos**. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

RIBEIRO, Sarah Gonçalves; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, 2020.

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 103-130, 2017.

ROMANIUC, J.; BARROS, F. D. **Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal**. In: CUNHA, R. S.; BARROS, F. D.; SOUZA, R. de. Ó; CABRAL, R. L. F. (Coords.) Acordo de não persecução penal. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global**, in Obras. Tomo II, Rubinzal Culzoni: Buenos Aires, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Marcial Pons, São Paulo, 2013.

SENA, Juliana Silveira Mota. **O acordo de não-persecução como instrumento de implantação da justiça penal negociada no Ministério Público do estado do Ceará**. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2019.

SILVA, Bruna Couto da. **Acordo de Não Persecução Penal: expansão ou redução do sistema penal?**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 27, n. 318, mai. 2019.

SILVA, V. A. Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA, Lidiane Teixeira. A justiça penal negociada. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, p. 232-263, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, p.123-130, 2018.

SOUZA, Marllon. Plea Bargaining no Brasil - **O Processo Penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu**. Salvador: Editora JusPodvm, 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n 1, p. 377-396, 2016.

STRECK, Lenio. Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual! Revista Consultor Jurídico. 10 jan. 2019 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameacagarantias-fast-food-processual> Acesso em 21 nov 2019.

TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A *plea bargaining* norte-americana. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, p. 264-289, 2020.

TORRÃO, Fernando. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

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

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. *Plea bargaining* à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 18, n. 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.