

SENTENÇA PENAL NEGOCIADA E VERDADE PROCESSUAL: UMA ANÁLISE DE RISCOS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE

CRIMINAL SENTENCE NEGOTIATION AND PROCESSUAL TRUTH: A RISK ANALYSIS FROM THE UNITED STATES EXPERIENCE

Gabrielle Thomaz Todeschini*
Orientador Ney Fayet Júnior**

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar a viabilidade de inserção do instituto da negociação da sentença criminal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista suas implicações na busca pela verdade processual. Examinam-se os riscos para os quais alerta o modelo da *plea bargaining* estadunidense, em especial a coação advinda da conduta do órgão acusatório e o valor probatório pleno conferido à confissão, dada a influência que exerce em relação aos projetos de adoção da barganha no cenário pátrio. É preciso, pois, ter prudência na ampliação dos mecanismos de consenso, sob pena de mitigar a função do processo no que diz com a concretização da justiça. Adota este trabalho o método hipotético-dedutivo, perseguindo, a partir da análise de doutrina nacional e estrangeira, a melhor construção legislativa e prática do instituto.

Palavras-chave: *Plea bargaining*. Sentença penal negociada. Verdade processual. Confissão. Coação.

ABSTRACT

This article proposes to analyze the viability of inserting criminal sentence negotiation in the Brazilian legal system, in the context of its implications on the search for the procedural truth. It examines the risks that alert *plea bargaining* model, especially the coercion resulting from the prosecutor's conduct and the full probative value conferred at confession, given the influence it exerts in the projects of bargain adoption in the country ambit. Therefore, it is necessary to be careful when broadening consensus mechanisms, under penalty of mitigating the process function of justice achieving. This essay adopts the hypothetical-deductive method, pursuing, from national and foreign doctrine, the institute's best practical and legislative construction.

Keywords: *Plea bargaining*. Criminal sentence negotiation. Processual truth. Confession. Coercion.

* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
email: gabrielle.todeschini@acad.pucrs.br

** Professor Doutor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
email: ney.fayet@pucrs.br

1 INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro contemporâneo mostra-se burocratizado, apoiado na premissa de que apenas um longo procedimento legitima a afirmação de uma responsabilidade acompanhada de respectiva sanção. Por consequência, tem-se um aparato judiciário cada vez mais sobrecarregado, a reclamar maiores investimentos estatais, bem como o sentimento geral de impunidade, traduzido na sensação de insegurança e descrédito nas instituições punitivas.

Soma-se a esta conjuntura a crescente reivindicação por celeridade, efetividade e simplicidade do trâmite processual, proveniente da percepção dissipada de que a formalização que lhe é imposta não raras vezes o torna lento e custoso. Outrossim, o fator financeiro concorre também para o fortalecimento de novos caminhos, considerados os altos custos de manutenção do sistema penal. No entanto, o alcance dos morosos julgamentos ultrapassa a esfera pública, atingindo, sobretudo, os interesses do acusado, cuja vida pessoal e profissional vai comprometida, quando não a própria liberdade e paz social. Melhor dizendo, impõe-se ao arguido uma condenação precoce em face da estigmatização experimentada, bastando para tanto a condição de réu.

Ante a necessidade de aprimoramento do processo a fim de responder referidas demandas sociais, tem-se investido em meios alternativos à persecução. É nessa conjuntura que se coloca a justiça penal negociada, marcada pela possibilidade de participação efetiva do acusado na solução do conflito, com alicerce na autonomia da vontade. Nada obstante a já inserção do instituto em sistemas jurídicos de relevo,¹ confirmando a tendência de ampliação dos mecanismos consensuais, há de se debater sua adoção no cenário nacional, haja vista as indagações concernentes às circunstâncias em que se pode admitir um sistema processual mais participativo.

Com efeito, a abertura a espaços de consenso altera o regime de produção de verdades jurídicas. Objetiva este trabalho, pois, enfrentar o problema da compatibilização do acordo sobre a sentença criminal com a busca pela verdade dentro do processo, tendo em conta, especialmente, a institucionalização de sua negociabilidade. Para tanto, superado esse questionamento, a pesquisa seguirá o método hipotético-dedutivo, buscando, a partir da experiência da estadunidense, prever a melhor operacionalidade do mecanismo no âmbito interno.

Partir-se-á de algumas considerações sobre a *plea bargaining*, instituto ímpar na materialização do modelo negocial de justiça e, por conseguinte, de suma importância para o estudo dos Projetos de Lei que visam implantá-lo no ordenamento jurídico pátrio, estes que serão explorados na sequência. Tecidas as ponderações gerais, discutir-se-á os riscos à verdade enfrentados na prática coativa do instituto nos Estados Unidos. Nessa esfera, insere-se o debate acerca do valor probatório conferido à confissão, bem como a identificação de requisitos mínimos que lhe confirmem validade. Passo seguinte, analisar-se-á as circunstâncias da declaração de culpa, mormente sob a ótica da coação advinda da atuação ministerial, sem olvidar as expressivas diferenças funcionais entre os órgãos acusatórios brasileiro e estadunidense.

Assume-se como hipótese a noção de que representa a negociação da sentença criminal alternativa relevante ao sistema penal, a despeito dos riscos de desvirtuamento de seu propósito, qual seja, a punição célere daqueles efetivamente responsáveis pelo delito perpetrado, a partir

¹ Aponta Rodrigo Brandalise (2016, p. 20) os institutos da Absprachen na Alemanha e do patteggiamento na Itália, todos modelos de negociação da sentença criminal.

da abreviação do trâmite. Não se pretende aqui a substituição do modelo tradicional de processo, mas tão somente a diversificação do procedimento para além dos já existentes, conforme as peculiaridades de cada infração. Dito isso, ao final, expostas as observações que autorizam ditas indagações, apontar-se-á os caminhos nos quais pode o consenso trilhar, na tentativa de construir propostas legislativas aptas a afastar qualquer exercício arbitrário por parte do Estado.

2 SENTENÇA PENAL NEGOCIADA E VERDADE PROCESSUAL

O exame das implicações do consenso na verdade almejada pelo processo penal requer, antes de mais nada, a compreensão acerca do instituto de negociação da sentença criminal. Ainda que se reconheça sua adesão por sistemas jurídicos diversos, a análise aqui proposta recai sobre a *plea bargaining* estadunidense, enquanto manifestação típica da disponibilidade que propõe referido acordo.

2.1 Da *plea bargaining* estadunidense à barganha penal brasileira

A hegemonia político-econômica dos Estados Unidos no mundo moderno é exercida nos mais diversos setores da vida social, dos quais o direito não faz exceção. Por certo, a influência de suas instituições jurídicas permite que estas sejam tomadas como paradigmas, assim se procedendo no Brasil quando da elaboração de propostas de introdução da negociação da sentença penal no âmbito jurídico interno. De fato, encontra-se no sistema processual estadunidense a expressão mais marcante desta forma de transação, cujos traços característicos viabilizam um melhor entendimento daquilo que se pretende aqui implantar.

2.1.1 O modelo da *plea bargaining* nos Estados Unidos

O sistema adversarial estadunidense, fruto da *common law*, apresenta-se como um processo de partes, em profunda similitude aos modelos processuais civis. Prevalece, à vista disso, a disputa entre acusação e defesa, movida por objetivos contrapostos, frente a um julgador passivo. Dessa forma, mais se assemelha a um árbitro durante a persecução, garantindo tão somente que a demanda se desenvolva de modo adequado.² Outrossim, há uma forte discricionariedade disponibilizada ao *prosecutor*, franco interessado no resultado final do processo. Com efeito, pode-se afirmar que o próprio sistema, ante a ampla liberdade que confere a seus sujeitos processuais, favorece a justiça negociada.³

De início, calha explorar o conceito controverso da *plea bargaining*,⁴ partindo-se de critério sobre o qual há concordância geral: a existência, não obstante por vezes a título instrumental, de uma declaração de culpa (*guilty plea*). Contudo, embora se trate de elemento

² ALBERGARIA, Pedro Soares de, 2007, p. 48-51.

³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 59-60.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, 2019. Há de se acolher a insurgência proposta pelo autor no tocante à apresentação da matéria. O termo *plea bargain*, comumente empregado pela doutrina brasileira, traz consigo, ao que sugerem os dicionários, uma tentativa reducionista da discussão, na medida em que se concentra tão somente no acordo estabelecido entre as partes. Por outro lado, a expressão *plea bargaining* faz englobar também a negociação prévia à transação, bem como suas consequências, motivo pelo qual será empregado no decorrer deste trabalho.

necessário, não é o principal, este encontrando lugar nas concessões recíprocas entre a acusação e defesa.⁵

Sob a perspectiva de Pedro Albergaria, há de se abarcar na definição do instituto também as hipóteses em que a manifestação de culpa do acusado não se dá em sentido estrito, ainda que produza efeitos jurídicos penais semelhantes a ela. Alude-se aqui à *plea of nolo contendere*, pronunciamento por meio do qual o réu expressa sua vontade de não contestar a acusação, sem que isso importe assunção de culpa, razão por que a decisão condenatória sucedida carece de relevância probatória em eventual demanda cível. Diante do exposto, sugere o autor como acepção suficientemente abrangente aquela que tenha a *plea bargaining* como a *negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação*.⁶

No que concerne ao momento de cabimento do acordo, nota-se ter espaço, via de regra, entre a formalização da acusação e a audiência prévia ao julgamento, ocasião em que se científica o acusado da imputação a ele submetida, devendo-se posicionar formalmente em face dela.⁷ Destarte, evita-se o custoso procedimento subsequente, seguido, em suma, pela apreciação da acusação pelo *grand jury*, a designação de nova audiência e, enfim, o julgamento.⁸

Pode-se dizer que, em contraposição ao *the due process model*,⁹ o modelo aqui estudado compreende perdas e ganhos recíprocos entre as partes. Enquanto o acusado tende a receber pena reduzida em comparação àquela fixada no caso de condenação a partir do julgamento convencional, por outro lado, o Ministério Público dispensa certa quantidade de sanção aplicável em alternativa à certeza da condenação. A referida estrutura denota uma preocupação voltada mormente à administração da justiça, haja vista o rápido processamento de litígios.

A via negociada atua, pois, para a satisfação de conveniências dos agentes processuais, assumindo inclusive o caráter de estratégia defensiva. Assim, a disposição do direito a julgamento por um tribunal encontra legitimação na autonomia da vontade do arguido,¹⁰ que, ao aceitar a barganha, manifesta a intenção de se valer dos benefícios por ela proporcionados, absorvendo também seus custos.¹¹

À primeira vista, é custoso compreender a permissão conferida pelo sistema legal no sentido de tornar elementos jurídicos de tamanha relevância objeto de negociação.¹² Entretanto, trata-se do meio encontrado para driblar a complexificação do trâmite adotado pelo tribunal do júri¹³ quando da ascensão do sistema adversarial, a qual, dentre a multiplicidade de fatores

⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 18.

⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 20.

⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, 2014, p. 345.

⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, 2012, p. 3-4.

⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 66. Refere o autor tratar-se de versão mais conhecida do sistema adversarial, o qual caracteriza-se pelo verdadeiro embate entre as partes e pela preocupação voltada à produção de justiça no caso concreto.

¹⁰ BRANDALISE, Rodrigo, p. 45.

¹¹ SCOTT, Robert; STUNTZ, William, 1992, p. 1916.

¹² NAVES, Luciana, 1994, p. 228.

¹³ Convém ressaltar que, nos Estados Unidos, todos os crimes, à exceção dos casos de *impeachment*, serão julgados pelo júri, o qual constitui garantia fundamental do cidadão. Cf. artigo III, Seção 2, da Constituição de 1787.

sociais e econômicos explicativos da emergência e consolidação da *plea bargaining*,¹⁴ guarda papel de destaque.

Ironicamente, pode-se afirmar que as melhores oportunidades de justiça¹⁵ abriram espaço à criação paralela de um ambiente propício ao desenvolvimento de um processo breve,¹⁶ o que não se deu, no entanto, de forma legislativa, mas sim a partir da atuação dos agentes processuais de maneira negocial.¹⁷ Com efeito, enquanto a anterior sumariedade do processo criminal prescindia da adoção de qualquer forma alternativa de resolução de conflitos,¹⁸ porquanto hábil a tanto, a complexidade característica do júri hodierno não permite seja utilizado como dispositivo exclusivo de resposta criminal. Todavia, o porquê de dita adaptação resultar na *plea bargaining* é entendido a partir dos interesses e motivações em especial daqueles que figuram como parte no processo negocial. Dessarte, em razão deles nasceu e perpetuou-se.

Sob a ótica do Ministério Público estadunidense, limitar-se à pressão pelo trabalho, oriunda da reunião entre o incremento de pendências e a morosidade do julgamento, seria redutor. Cabe aqui destacar as especificidades institucionais e da carreira, sem a pretensão de esgotá-las, pois apreciadas com maior profundidade em momento posterior. Em linhas gerais, o fato de se consagrar *prosecutor* por meio da via eletiva faz surgir um compromisso da carreira com a base eleitoral. Assim, a punição célere que a negociação proporciona acaba por atender à obsessão ministerial pela taxa de condenações, notabilizando o membro do *parquet* como verdadeiro *crimefigher*.¹⁹

Por outro lado, tendo em vista a sensibilidade do réu aos custos emocionais e financeiros de um eventual julgamento, tem-se na alta previsibilidade da pena aplicável e no aligeiramento da sanção imposta, somada à rápida solução atribuída ao litígio, fatores que o impelem ao acordo sobre a sentença criminal. Ademais, dita forma de finalização do processo permite ao acusado esquivar-se da estigmatização própria da exposição pública em júízo.²⁰

Tais características, aliadas à busca por efetividade, fizeram do mecanismo o próprio sistema de justiça criminal americano,²¹ ao passo em que responde por mais de 90% das soluções em esfera penal.²² A Suprema Corte, ao decidir pela constitucionalidade da *plea bargaining*, chegou a apontá-la como instituto essencial à administração da justiça criminal.²³

2.1.2 O Brasil no caminho para a sentença penal negociada

¹⁴ A avultada industrialização americana ulterior à guerra civil, alavancando a nação como potência mundial, produziu também o aumento exponencial da população urbana. Por óbvio, tamanha efervescência acabou por potencializar os conflitos interpessoais, agora mais intrincados. (ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 30).

¹⁵ Conferiu-se ao réu direitos outrora inexistentes, tais como assistência de profissionais com formação jurídica, privilégio contra a autoincriminação, regulamentação sobre a admissibilidade da prova e possibilidade recursal. (LANGBEIN, John, 1979, p. 262-264).

¹⁶ FEELEY, Malcolm, 1997, p. 187.

¹⁷ O receio de que a prática da negociação fosse considerada ilegal pela Suprema Corte dos Estados Unidos culminou em uma manifestação tardia. Finalmente, na década de 70, ao decidir o caso *Brady v. Estados Unidos*, a Corte concluiu que a *plea bargaining* era "inherent in the criminal law and its administration". ALSCHULER, Albert W, 1979, p. 6.

¹⁸ FEELEY, Malcolm, p. 188.

¹⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 34-36.

²⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 42-43.

²¹ SCOTT, Robert; STUNTZ, William, p. 1912.

²² Dylan Walsh (2019) aponta que 97% dos casos federais são resolvidos por meio de negociação, e, em nível estadual, dados apresentam números semelhantes em todo o país.

²³ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

O advento da Lei nº 9.099/1995, no que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, rompeu com a estrutura tradicional de solução de conflitos ao inaugurar o modelo de justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro. Introduziu, entre outras medidas despenalizadoras, a transação penal²⁴ e a suspensão condicional do processo,²⁵ vias promissoras da desejada desburocratização processual.²⁶

Na mesma seara andou a Lei 12.850/2013, regulamentadora do instituto da colaboração premiada²⁷ no âmbito das organizações criminosas. Mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério editou a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, a qual introduz, em seu artigo 18, o acordo de não persecução penal.²⁸

Não obstante os espaços de consenso já existentes na legislação pátria,²⁹ ainda há oportunidade de expansão, sem se deixar de atentar para os perigos da importação de práticas contrárias ao espírito do ordenamento receptor.³⁰ De qualquer forma, vai-se abandonando a noção do processo penal meramente conflituoso a partir da adoção de bases mais consensuais. Tecidas essas considerações, merecem exame as propostas de introdução da negociação da sentença criminal na justiça brasileira, tema que tem reiteradamente figurado na pauta de debates do Congresso Nacional.

Hodiernamente, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 236/2012, o qual almeja realizar reformas integrais no Código Penal. A barganha vem regulada em seu Título VII, entretanto, sem maior detalhamento no que tange a seus aspectos procedimentais, inexistindo sequer referência à necessidade de homologação judicial do acordo. Ainda, cabe

²⁴ Cuida-se de acordo sucedido entre acusado e promotor, quando inexistente a tentativa de composição civil e presentes os requisitos legais, em que aquele assente à aplicação imediata de uma sanção penal, beneficiando-se de uma punição célere, bem como dos custos reduzidos. Consoante destaca José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 232-233) o instituto em questão relaciona-se com o objeto deste trabalho no que se assemelha ao *nolo contendere* americano, posto que a concordância do acusado com a pena proposta pelo Ministério Público não implica em reconhecimento de culpa e, portanto, a apenação abstém-se de produzir qualquer dos efeitos que encontrem nela pressuposto lógico. Isto é, não constitui título à execução civil da sentença penal, tampouco representa condenação e produz reincidência. Todavia, diferenciam-se quanto à modalidade de sanção imposta, porquanto restam excluídas do âmbito da transação aquelas restritivas da liberdade. É a inteligência do artigo 76 da Lei supracitada.

²⁵ Concerne em mecanismo apto a acarretar a paralisação do procedimento, depois de recebida a denúncia, durante lapso temporal no qual o acusado aceita submeter-se a determinadas condições que, se atendidas, promovem a extinção de sua punibilidade e, por conseguinte, do processo. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, 2015, p. 108-109). O procedimento vem regulado pelo artigo 89 da Lei.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, 2005, p. 49.

²⁷ Apresenta-se como uma conduta de colaboração por parte daquele que é investigado ou processado criminalmente mediante concessão de benefícios no plano da apenação. (PEREIRA, Frederico Valdez, 2013, p. 31-36). Tal qual a *plea bargaining*, parte de um denominador comum para a sua efetivação, qual seja a confissão. No entanto, a principal diferença entre ambos se estabelece na obrigação processual do agente delator que, através de uma postura ativa, deve tornar eficaz a colaboração à persecução penal. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 118-119).

²⁸ Em pleno funcionamento desde a Resolução nº 181, de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, caracteriza-se por implicar a aceitação, pelo réu, de responsabilidades e observância de condições para que obtenha, por outro lado, sanção potencialmente mais branda àquela advinda do julgamento a partir do processo. (DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta, 2019). Tão somente a título de curiosidade, aponta-se uma nova modalidade de acordo de não persecução penal proposta no artigo 28-A do 882/2019, pendente de debate e aprovação.

²⁹ É possível afirmar que, ao representarem a familiarização da legislação pátria com o direito penal consensual, esvaziam críticas propostas à *plea bargaining* no sentido de violação ao princípio da obrigatoriedade. (Nota técnica conjunta PGR/SRI n. 105/2019, p. 2)

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, p. 234.

mencionar o PL 4.850/2016, este que, resultante do movimento “10 Medidas de Combate à Corrupção”, teve a previsão do acordo penal acatada pela Comissão Especial durante sua tramitação. Todavia, duas são as propostas de maior relevância.³¹ Consubstanciam-se nos Projetos de Lei 8.045/2010, por intermédio do qual se pretende instituir um novo Código de Processo Penal, e 882/2019, intitulado Projeto Anticrime.

Propõe-se, a partir de ambas, um rito alternativo que estabeleça o desfecho antecipado do trâmite em virtude da solução consensual alcançada. Não há falar, pois, em ausência de processo, tratando-se tão somente de inovação apta a conferir-lhe celeridade.³² Em suma, concede-se a possibilidade de aplicação imediata da pena, requerida por Ministério Público e arguido, mediante a confissão deste sobre a prática da infração penal.

Cumpre, antes de mais nada, analisar dois pontos de fundamental divergência entre as propostas, para, passo seguinte, contemplar aspectos gerais. Observa-se que, enquanto o modelo apresentado pelo PL 8.045/2010 limita-se aos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos,³³ o outro é amplo e irrestrito, ou seja, cabível a qualquer espécie de delito, desde que atendidos os demais requisitos objetivos.

Tendo em vista que a justificativa para tamanha ampliação na seara consensual penal recai também sobre a oportunidade de economia de recursos temporais e econômicos, os quais poderiam, então, ser investidos no combate à criminalidade mais grave, complexa e organizada,³⁴ a ampla aplicabilidade do instituto deve ser tomada com cautela. Caso contrário, corre-se o risco de adotarmos uma solução para lá de acessória e, sobretudo, deslegitimada.

Em que pese as semelhanças até aqui apontadas em relação ao modelo estadunidense, o acordo penal previsto no PL 8.045/2010 com ele não compartilha da ampla negociação, posto que impõe a fixação da pena no mínimo legal.³⁵ Diante deste cenário, o *parquet* pouco teria com o que permutar, uma vez que a acusação restaria proposta e a pena preestabelecida, independentemente de qualquer causa de aumento ou eventual reincidência do réu. Assim, sob este recairia o controle total do que venha a ser celebrado.³⁶ Verifica-se, por outro lado, que o restrito poder de barganha atribuído ao órgão acusatório ao menos dificulta manobras processuais aptas a coagir o acusado, as quais analisar-se-á em momento oportuno. Anota-se que tal exigência não consta do PL 882/2019.

Questão controvertida respeita também ao momento de efetivação da barganha, cujo prazo final dar-se-ia, em ambos os projetos, com a audiência de instrução, isto é, no início da produção probatória.³⁷ Assim, preservam-se duas das finalidades contempladas pela abreviação do procedimento, quais sejam a celeridade e economia processual.³⁸ Entretanto, defende Vinícius Gomes de Vasconcellos que a possibilidade de negociação ocorra até a prolação da sentença de primeiro grau, de forma que possa o arguido conhecer a prova existente e, assim, melhor avaliar os ganhos de se habilitar à negociação.³⁹ No tocante à fase mínima da persecução

³¹ Não se ignora, contudo, experiências anteriores, tal como a discussão, em sede da Proposta de Emenda à Constituição nº 230/2000, acerca da criação do instituto da negociação da pena, inserindo-o dentre as funções institucionais do Ministério Público.

³² GOMES, Luiz Flávio, 2019, p. 32.

³³ Cf. artigo 283, *caput*, do PL 8.045/2010.

³⁴ Nota técnica conjunta PGR/SRI nº 105/2019, p. 6.

³⁵ Cf. artigo 283, § 1º, II, do PL 8.045/2010.

³⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 158.

³⁷ Cf. artigos 283, *caput*, do PL 8.045/2010 e 395-A, *caput*, do PL 882/2019.

³⁸ ZAMBIASI, Vinícius Wildner, 2017, p. 92.

³⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 137.

para que se proporcione tal mecanismo, mostra-se indispensável que o seja posterior ao recebimento da denúncia, a fim de possibilitar a rejeição da peça acusatória. Afinal, ausente justa causa para o processamento, indevida é a persecução criminal judicializada.⁴⁰

A formalização procedimental da pactuação sobrevém da homologação judicial do acordo,⁴¹ ocasião em que oportunizado o controle dos atos processuais sob a ótica da legalidade, voluntariedade e proporcionalidade entre pena e infração. Superada essa exigência, terá efeitos de sentença condenatória,⁴² ou seja, acarretará reincidência e antecedentes.

Nesse diapasão, caminhou bem o PL 882/2019 ao determinar a realização de audiência, com a presença necessária de réu e defensor, para apreciação do ajuste,⁴³ permitindo não só o controle judicial sobre seu conteúdo, mas também a fiscalização por aqueles que dele participaram.⁴⁴ Destarte, consagra-se na observância à publicidade e transparência premissa fundamental na tentativa de evitar qualquer coação na declaração de vontade do acusado,⁴⁵ motivo pelo qual se traduz em previsão a ser incorporada pelo texto do PL 8.045/2010.⁴⁶

Por último, verifica-se que as propostas em análise elencam como requisitos do acordo a “expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas”.⁴⁷ Logo, o controle acerca da existência de lastro probatório apto a demonstrar autoria e materialidade do crime deve ir além daquele exercido pelo magistrado quando do recebimento da denúncia, sob pena de se promover uma condenação injusta. Assim, os termos pactuados tão somente têm a validade reconhecida no caso de a confissão encontrar suporte na prova processual.⁴⁸ Tal exigência vem inclusive disposta no artigo 395-A, § 7º, do PL 882/2019. Em contrapartida, pensa-se adequada a iniciativa do PL 8.045/2010, ao inserir em seu artigo 13 a previsão da defesa investigativa, por meio da qual pode a defesa promover apuração própria, colacionando o resultado aos autos do inquérito policial.

Apesar da elaboração não raras vezes acertada dos projetos, os bastidores podem ser desanimadores. Críticos do sistema chegam a conceituar o pacto no processo penal como um perverso intercâmbio, na medida em que converte a acusação em um instrumento de pressão, hábil à produção de autoacusações falsas por conveniência.⁴⁹ A preocupação não é de todo incabível, cumprindo esclarecê-la na sequência.

2.2 A problemática da busca à verdade no processo penal

Questão de tormento para os críticos do instituto de negociação da sentença penal diz com a verdade dentro do processo, posto que o consenso firmado entre as partes reduz consideravelmente a atividade probatória capaz de aferir os eventos tal como sucederam na

⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 137.

⁴¹ Cf. artigos 283, § 7º, do PL 8.045/2010 e 395-A, § 6º, do PL 882/2019.

⁴² Cf. artigos 283, § 8º, do PL 8.045/2010 e 395-A, § 8º, do PL 882/2019.

⁴³ Cf. artigo 395-A, § 6º, do PL 882/2019.

⁴⁴ BRANDALISE, Rodrigo, p. 210.

⁴⁵ TURNER, Jenia Iontcheva, 2006, p. 508.

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 135-136. Aponta o autor para a existência de um direito do acusado à realização do acordo quando atendidos os requisitos legalmente impostos. Caso contrário, estar-se-ia diante da arbitrariedade de uma recusa imotivada do representante do Ministério Público, incorrendo em clara violação ao princípio da legalidade, ao passo que sua vontade deve corresponder tão somente ao previsto na Lei.

⁴⁷ Cf. artigos 283, § 1º, III, do PL 8.045/2010 e 395-A, § 1º, III, do PL 882/2019.

⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 140.

⁴⁹ JR., Aury Lopes, 2002, p. 121.

natureza,⁵⁰ promovendo ambiente permeável à condenação de inocentes. Isto posto, indaga-se se sua busca poderia ser relegada a segundo plano, quase a tornar-se prescindível ao deslinde do feito.⁵¹

Sem a ambição de extensos estudos epistemológicos, há de se afastar o dogma da verdade real, tida por aquela efetivamente correlata aos acontecimentos do mundo físico, cujo alcance é, em essência, impraticável, seja em razão das sempre dissemelhantes percepções individuais a respeito de determinado episódio fático,⁵² seja pelas próprias limitações do processo. Assim, inexistindo a possibilidade de apreciá-la em seu conteúdo histórico, calha construir uma noção de verdade processual, adequada aos fins jurídicos.

Surge, pois, da conformação do juiz com o conjunto de conhecimentos confirmados nos autos, em meio a uma ideia de plausibilidade.⁵³ Nesse sentido, porquanto estabelecida em cima de rastros do passado, ajusta-se a outro patamar cognitivo que não o da correspondência.⁵⁴ Destarte, a verdade aqui pertinente desassocia-se da ideia utópica de estrita conformidade com a realidade, assumindo feição relativista e restrita ao estruturar-se a partir de uma certeza sobretudo jurídica, abrangidos todos os impedimentos oriundos de qualquer reconstrução histórica e as restrições legais impostas aos meios de prova.⁵⁵ A contraposição aqui oposta é bem sintetizada por Luigi Ferrajoli ao reconhecer que, enquanto uma justiça penal inteiramente “com verdade” equivale a uma utopia, aquela que a rechaçar por inteiro representa um sistema arbitrário.⁵⁶

Nada obstante, a impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta não importa na inviabilidade de um desfecho conclusivo.⁵⁷ A busca à verdade, entendida como aquela auferida pelo magistrado a partir das provas existentes nos autos, constitui um dos objetivos primordiais do processo, bem como instrumento essencial à realização da justiça, ao passo em que se espera sejam as decisões judiciais via de concretização do verdadeiro e do justo. Por conseguinte, conclui Marco Antônio de Barros pela complementaridade de ambas, não havendo se atingir a efetiva produção da justiça sem antes descortinar a verdade.⁵⁸ Outrossim, a legislação processual penal fortalece o entendimento aqui referido, inclusive no que associa a primeira pergunta dirigida ao réu no interrogatório à veracidade das acusações contra ele oferecidas.⁵⁹

Por outro lado, ainda que se reconheça a perquirição da verdade enquanto finalidade do processo, não representa propósito absoluto. Encontra, por conseguinte, limites materializados na criação de regras probatórias, mormente no que respeita aos direitos individuais dos envolvidos,⁶⁰ protegidos frente a potenciais abusos do poder estatal. Isto posto, deve-se observância à legalidade dos meios de prova e das formas de sua obtenção, restando excluídos certos mecanismos quiçá eficazes na consecução de informações de relevo, entretanto

⁵⁰ LEITE, Rosimeire Ventura, 2009, p. 42.

⁵¹ BARROS, Marco Antônio de, 2013, p. 46.

⁵² RODRIGUES, Paulo Gustavo, 2019, p. 105-106.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi, 2006, p. 53.

⁵⁴ KHALED Jr., Salah H, 2011, p. 145.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo, 2003, p. 31.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, p. 48.

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo, p. 36-37.

⁵⁸ BARROS, Marco Antônio, p. 28.

⁵⁹ Cf. artigo 187, §2º, I, do Código de Processo Penal. Podem ser citadas ainda a criminalização da calúnia, da denúncia caluniosa e do falso testemunho, condutas que afrontam a verdade.

⁶⁰ RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 108-109.

atentatórios a valores fundamentais.⁶¹ É a linha em que caminha o sistema de nulidades processuais, suportando, pois, sejam esvaziados de efeitos determinados atos, ainda que capazes de influenciar o saber investigado. Daí a imprescindibilidade de observância das formas.⁶²

A verdade judiciária vem limitada ainda pela exclusão do emprego da ciência privada do magistrado, cuja liberdade na valoração probatória restringe-se ao que fora produzido e levado aos autos, na medida em que apenas existe aquilo que deles consta.⁶³ Portanto, tem-se que a verdade alcançada nem sempre corresponderá à mais concreta, ante o impedimento de recorrer o juízo a todo e qualquer material probatório apto a conduzi-lo àquele estágio. Fica, então, na dependência do que selecionou o legislador como legalmente aceito.⁶⁴

À vista do exposto, o próprio ordenamento jurídico, assumindo a vulnerabilidade do trâmite ordinário, ou seja, propício à condenação de inocentes, bem como a abusos no exercício da persecução,⁶⁵ prevê remédios processuais que visam à proteção das prerrogativas dos arguidos, tais como o *habeas corpus* e a revisão criminal. Até porque, sendo o julgamento humano falível, nenhum procedimento pode fazer mais do que minimizar o erro. Não se tolera, por outro lado, o custo social de uma regra que conduza à certeza.⁶⁶ Cuida-se de lição extraída dos períodos inquisitórios, explicativos do porquê de o padrão legislativo atual não estar para além de qualquer dúvida razoável, mas tão somente da dúvida razoável.⁶⁷

Ao lado do princípio da verdade material, a contemporânea ânsia por celeridade e eficiência fez emergir também a verdade consensuada.⁶⁸ Por certo, a descoberta da verdade pode acarretar custos expressivos em termos de dinheiro, tempo e atividade intelectual dos atores processuais, os quais vão atenuados diante da própria essência do instrumento de negociação da sentença criminal.⁶⁹ Entretanto, não há considerar o alcance da verdade substituído pela preponderância da vontade convergente das partes, conforme pretendem vozes da doutrina.⁷⁰

Ainda que a solução do conflito penal embasada em termos negociais aufira destaque frente a uma resposta apoiada na verdade processual, não pode esta ser por inteiro desprezada⁷¹. Figura, inclusive, como requisito para a homologação da transação que suas declarações encontrem base em elementos fáticos, conforme se verá adiante. Fato é que sequer sustentar-se-ia eticamente um sistema jurídico em que possível fosse a imposição de uma pena privativa de liberdade a certo indivíduo por intermédio de um processo que desconsiderasse a verdade como objetivo notável.⁷² Com efeito, sem embargo do critério jurídico empregado para estimar

⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, 1968, p. 45.

⁶² RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 111.

⁶³ CASTANHEIRA NEVES, p. 45-47.

⁶⁴ BARROS, Marco Antônio, p. 169-170.

⁶⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 178-180.

⁶⁶ Assume Gustavo Badaró (2003, p. 32-33) a inexistência da verdade absoluta no âmbito processual, visto que a prova oferece ao juiz tão somente uma aproximação daquela, dados os limites referentes aos meios passíveis de serem utilizados para estabelecê-la.

⁶⁷ LANGBEIN, John, 1978, p. 14.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, p. 50.

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo, p. 58.

⁷⁰ Pode-se citar aqui Marco Antônio Barros (p. 46) e Geraldo Prado (2006, p. 219).

⁷¹ BADARÓ, Gustavo, p. 59.

⁷² RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 110.

a justiça de uma decisão, não será considerada justa quando proveniente de procedimento para o qual a correta verificação dos fatos não constitui uma aspiração.⁷³

Há de se admitir, contudo, que inexistente na justiça penal consensual uma apuração pormenorizada do fato criminoso e de sua autoria, ao passo que as informações coletadas na etapa da investigação preliminar são, via de regra, o esteio da decisão judicial, em conjunto com o acordo.⁷⁴ Em contrapartida, a negociação válida supre obstáculos do processo convencional,⁷⁵ tal qual o desinteresse do acusado na revelação da verdade, que, nos limites do legítimo exercício de seu direito de defesa, embaraça a atividade probatória.

Do todo o explanado, adverte-se que a sucinta produção de provas percebida nos procedimentos transacionais, desde que vinculados a critérios de vontade e conhecimento, não deve ser alvo elementar de preocupações. Isso porque processo algum buscará a verdade para além do que legitime uma punição ou uma absolvição.⁷⁶ Basta, portanto, que, de ambos os ritos, resultem elementos conclusivos no sentido da inaplicabilidade da presunção de inocência ao acusado,⁷⁷ com a vantagem de que têm os acordos o condão de abreviar dilatadas discussões.

Inferre-se, de fato, que as negociações envolvendo sentenças criminais condizem com o objetivo de consecução da verdade vigente na hodierna compreensão do processo penal,⁷⁸ bastando, para tanto, seja sua busca entendida em consonância com princípios outros a fim de garantir a solução proporcional das contendas.⁷⁹ Todavia, tendo em vista a maior chance de se produzir decisões errôneas, dada a limitação probatória inerente a qualquer forma de transação, coloca-se o problema de determinar se a vantagem prática alcançada por conta da simplificação do trâmite é capaz de superar tal perda em termos de justiça.⁸⁰

Nesse sentido, em oposição a Aury Lopes Júnior, para quem o risco não é válido,⁸¹ defende Rosimeire Ventura Leite a aceitabilidade de uma verdade oriunda do consenso e, logo, de um arcabouço probatório diminuto, desde que restrita aos crimes de menor lesividade. Aponta, por outro lado, a recomendação de que o sistema jurídico em construção ofereça mecanismos aptos a conferir transparência aos ajustes firmados sobre infrações mais graves, bem como a aperfeiçoar o contexto da prova, sob pena de maiores prejuízos para os fins do processo.⁸²

3 RISCOS À VERDADE PROCESSUAL

Sem embargo das incontestáveis diferenças relativas ao mecanismo negocial estadunidense, deduz-se a aplicabilidade das críticas lá experimentadas ao âmbito nacional, ante os traços essenciais do instituto, que acabam por torná-las generalizáveis. Assim, duas são as perspectivas primordiais de questionamento, ambas atentas às implicações da negociação da sentença penal na busca à verdade: uma no que concerne à violação de direitos e garantias do

⁷³ Nesse sentido, Gustavo Badaró (p. 26) e Michele Taruffo (2005, p. 64).

⁷⁴ LEITE, Rosimeire Ventura, p. 45.

⁷⁵ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 181.

⁷⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 178.

⁷⁷ PALERMO, Pablo Galain, 2011, p. 268.

⁷⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 181.

⁷⁹ RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 111.

⁸⁰ TARUFFO, Michele, 2014, p. 654.

⁸¹ LOPES, Aury Jr., 2019.

⁸² LEITE, Rosimeire Ventura, p. 46.

acusado,⁸³ e, outra, sobre a qual traçará este trabalho suas considerações, relativa à problemática da fragilização do ideal de justiça aspirado pelo sistema criminal,⁸⁴ a partir da prevalência de uma confissão hipervalorizada, aliada ao desenho coativo do sistema.⁸⁵

3.1 Circunstâncias da declaração de culpa: a coação na atuação ministerial estadunidense

Ingênuo seria ignorar que o acordo aqui tratado, no mais das vezes, vai imposto ao arguido com recurso a diversas formas de pressão. Chega-se a afirmar que a *plea bargaining* consiste, deveras, em uma deliberação unilateral do *prosecutor* no tocante à culpabilidade do réu e a adequada punição.⁸⁶ Embora diante das dificuldades de se demonstrar, do ponto de vista empírico, que a condenação de inocentes ocorre com maior frequência por via deste instrumento negocial, o poder coativo do sistema parece não dar margem a dúvidas.⁸⁷

Nesse sentido, sublinham-se duas características vislumbradas no modelo estadunidense hábeis a compelir o acusado ao aceite da oferta ministerial, o que implica, por certo, uma declaração forçada de culpa. De um lado, tem-se a severa rigidez das penas aplicadas aos réus condenados na sequência do julgamento, em paralelo àquelas oriundas da negociação, e, de outro, a assimetria material entre acusação e defesa quanto à informação relevante.⁸⁸

Dito isso, cumpre analisar tão logo a ampla discricionariedade conferida ao *prosecutor*, a qual o torna verdadeiro *dominus litis*, isto é, conserva a faculdade de propor a ação penal, mesmo que convencido da existência de todos os elementos do delito.⁸⁹ Todavia, o ponto mais sensível desse aspecto talvez seja não a possibilidade de dar início ao processo conforme seu próprio arbítrio, mas antes a de reduzir a gravidade de uma acusação, poder este que serve de alavanca ao procedimento negocial.⁹⁰

Ciente dos excessivos poderes de barganha e do protagonismo que detém, a partir de um cenário de escolhas táticas, o Ministério Público equaciona as possibilidades de desfecho do feito antes de se dispor à negociação. Assim, é a probabilidade de sucesso no julgamento o parâmetro determinante dos termos do ajuste oferecido, de forma que a substância das concessões feitas cresce em medida inversamente proporcional à força do material probatório colhido na fase investigatória. Em outros termos, frente a casos desprovidos de provas robustas, mas, ainda assim, presentes indícios da prática delituosa, a persuasão do acusador será vista em maior medida, não raro acompanhada de práticas censuráveis.⁹¹

A matéria não restaria suficientemente elucidada sem que se tecesse considerações acerca das formas de constrangimento comumente empregadas ao tempo da negociação da sentença criminal. Nesse sentido, é recorrente a diferenciação entre *charge bargaining*,

⁸³ Não cabe aqui analisá-las, tão somente referir que, em específico, costumam girar em torno dos direitos a não autoincriminação e ampla defesa, bem como da possibilidade de renúncia ao julgamento.

⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 148.

⁸⁵ LANGBEIN, John (1978, p. 12-13) chega a comparar tais peculiaridades da *plea bargaining* à tortura comumente empregada nos processos da Idade Média, ainda que reconheça distinção quanto à intensidade.

⁸⁶ NAVES, Luciana, p. 235.

⁸⁷ Cabe destacar projeto desenvolvido nos Estados Unidos sob a denominação de “*The Innocence Project*”, no qual advogados atuam voluntariamente a fim de impugnar condenações ilegítimas, iniciativa esta que já encontra paralelo no Brasil. No mesmo sentido, o Registro Nacional de Exonerações estadunidense aponta o número de 2.444 casos revisados que culminaram em exonerações, desde que lançado em 1989.

⁸⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 116.

⁸⁹ NAVES, L. uciana, p. 232-233.

⁹⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 54.

⁹¹ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, p. 348.

sentence bargaining e uma forma mista de transação. No primeiro caso, negocia-se a própria imputação. O *parquet* compromete-se, assim, a desclassificar a acusação para uma infração de pena mais branda, a partir de reduções qualitativa, marcada pela substituição da imputação por outra de menor gravidade, ou quantitativa, quando afastado um dos vários delitos atribuídos ao arguido. Ambas podem ainda entrecruzarem-se em seu maior benefício. Na segunda hipótese, sucede efetiva negociação da sanção criminal, isto é, em contrapartida à confissão, o órgão acusatório pode tanto sugerir ao magistrado punição de natureza menos grave – *e.g* multa ao invés de prisão – quanto uma pena reduzida – *e.g* dois anos em vez de três. Por fim, há possibilidade de combinação dos critérios anteriores.⁹² Todavia, os tipos aqui assinalados constituem tão somente aqueles mais comuns da negociação, a qual encontra limites na criatividade das partes.⁹³

Opera também como fator de coação as penas demasiadamente severas aplicadas aos acusados que recusam o consenso, considerados perturbadores e incômodos. Unem-se todos os aspectos apontados, entretanto, pela destinação comum, qual seja, a de explorar a vulnerabilidade do réu de forma a constrangê-lo a optar pela segurança do mal menor e, por conseguinte, provocar confissões de culpa que não seriam livremente oferecidas. Com efeito, o domínio efetivo que dispõe o Ministério Público sobre o processo permite-lhe traçar uma estratégia que pode contar com a incerteza ou ainda com o desconhecimento quanto a aspectos decisivos relativos à prova.⁹⁴

Tem-se, nesse contexto, recompensa e punição como dois lados da mesma moeda. Contudo, não se trata, a rigor, de saber se é penalizado o exercício de direitos ou premiada a declaração de culpa, mas sim de se questionar um sistema arquitetado sobre sanções extraordinariamente gravosas aplicadas àquele que opta pelo processo tradicional e atenuações de pena extraordinariamente relevantes a quem, renunciando-o, confessa a prática delituosa.⁹⁵

Outrossim, a escusa de que a condição de acusado na persecução penal é intrinsecamente opressiva e desagradável resta fragilizada perante a ilegalidade da coação imposta, enquanto o procedimento probatório cerca-se de legitimidade. Melhor dizendo, a coerção autorizada por lei difere-se daquela destinada a superar as garantias desta, já que submeter alguém ao exercício da jurisdição criminal em nada se parece com coagi-lo a abdicar do trâmite processual convencional.⁹⁶

Diante do quadro exposto, identificou o professor Albert Alschuler que, nesses casos, atua o *prosecutor* em funções distintas. Na qualidade de administrador, vale-se do instituto como uma alternativa eficiente para descartar o caso, enquanto, no papel de advogado, enxerga na *plea bargaining* instrumento hábil a maximizar o número de condenações, assegurando, assim, as chances de reeleição ou de ingresso em cargos superiores. Enfim, investido nas atividades próprias de um magistrado, negocia a pena a partir da ponderação das circunstâncias do crime e da culpabilidade do acusado.⁹⁷

A ânsia pela aplicação de punições no cenário estadunidense evidencia a submissão a pressões e controles que em nada se assemelham às fiscalizações voltadas aos promotores na

⁹² ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de, 2017, p. 4

⁹³ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 23. Nesse sentido, a título de exemplo, o autor indica a viabilidade de se ajustar data específica para o ato de audiência, tendo em vista a atuação de juiz mais benévolo.

⁹⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, 1997, p. 485-486.

⁹⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 118.

⁹⁶ LANGBEIN, John, 1978 p. 13.

⁹⁷ ALSCHULER, Albert, 1968, p. 52-54.

tradição da *civil law*. Decorrem, por sua vez, do caráter político do órgão acusatório, o qual acaba convertendo-se em verdadeira arma contra a sociedade, em prejuízo da proteção de cada cidadão inocente.⁹⁸ Não se desdenha a circunstância de serem seus eleitores quem, por intermédio do pagamento de impostos, sustenta financeiramente o gabinete. Ademais, a baixa remuneração obtida no exercício da função faz a negociação conveniente sob a ótica de gestão do tempo em prol da atividade privada,⁹⁹ bem como, associada à vasta discricionariedade, pode tornar-se ainda uma fonte de corrupção.¹⁰⁰

De resto, observa-se que os contrastes funcionais entre Ministérios Públicos estadunidense e brasileiro afastam do âmbito nacional tão expressiva margem de manobra, para a qual sequer há espaço nos modelos propostos pelos PL 8.045/2010 e 882/2019. Distinguem-se ambos, tão logo, pela extensão de seus domínios, ou melhor, pelo volume e relevância das atribuições que lhes são legalmente conferidas,¹⁰¹ conjuntura que segue inalterada com a possível aprovação dos projetos. Isso porque não haverá exercício de oportunidade pura pela acusação, mas antes de “oportunidade regrada”,¹⁰² sujeita aos limites dispostos no texto legal, tal como sucede em relação aos institutos de justiça criminal consensual introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais.¹⁰³ De fato, não se consente que o órgão acusatório negue o oferecimento daqueles benefícios a seu bel-prazer, baseado em critérios pessoais e arbitrários.¹⁰⁴

Além do mais, não bastasse a já reconhecida independência funcional do *parquet* brasileiro,¹⁰⁵ a regra de provimento dos seus cargos, a qual elege para tanto a via de concurso público de provas e títulos, em substituição ao processo eleitoral, corrobora a exclusão de qualquer forma de controle político sobre a atividade de seus membros. Restam estes tão somente sob os olhos da fiscalização judicial, cuja importância assenta-se, conforme aludido na sequência, no condão de evitar a manipulação e o jogo sujo quando da transação. Ainda, as numerosas garantias constitucionalmente asseguradas¹⁰⁶ afastam, por certo, diversas das motivações que levam ao apreço quase obsessivo pelo procedimento negocial. Vale ressaltar a compreensão de que é órgão imparcial, razão por que seu objetivo central não vem vinculado à punição, sob o propósito de sustentar, frente à sociedade, a falsa noção de efetividade penal. Seu interesse recai, pois, sobre a promoção da justiça.¹⁰⁷ Dito isso, julga-se que as condições de participação ampla de todos os sujeitos processuais nas tratativas anteriores ao acordo, marcada pela aproximação e pelo diálogo característico de um procedimento consensual, encontra ambiente mais favorável no cenário pátrio.

Nesse sentido, conquanto abstenha-se a acusação de técnicas indevidas de atuação, condições próprias do trâmite processual podem apresentar reflexos coercitivos. Refere-se aqui,

⁹⁸ POUND, Roscoe, 1988, p. 185 *apud* ALBERGARIA, Pedro, p. 35.

⁹⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 36. Ensina o autor que a prática de atividade privada concorrente ainda hoje é frequente em determinados estados, sob a observância de algumas condições.

¹⁰⁰ NAVES, Luciana, p. 255.

¹⁰¹ VALE, Ionilton Pereira do Vale, p. 111.

¹⁰² GIACOMOLLI, Nereu José, 2006, p. 70. Critica o doutrinador referida expressão, porquanto assume que a oportunidade, em si mesma, não se entrega a uma regra. Por outro lado, o que vem regulado é um círculo dentro do qual são cabíveis juízos de oportunidade, a partir de hipóteses limitadas e previstas na norma legal.

¹⁰³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, p. 24-25.

¹⁰⁴ Vinicius Gomes de Vasconcellos (p. 105) expande a afirmação ao campo do acordo penal, intuindo existir um direito do acusado à sua realização, se atendidos os requisitos legalmente fixados.

¹⁰⁵ Cf. artigo 127, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁰⁶ Cf. artigo 128, § 5º, I, da Constituição Federal.

¹⁰⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 190.

em especial, à morosidade do judiciário, que, mais do que causa legitimadora da negociação sobre a sentença criminal, é instrumento apto a intensificar a pressão ao aceite.¹⁰⁸ Sabe-se que, por vezes, almeja o arguido benefícios não relacionados diretamente à atenuação da penalidade, mas sim a gravames outros, tais como prejuízos financeiros ou sociais impostos a seus familiares, ou ainda custos psicológicos de um julgamento convencional.¹⁰⁹

Por outro lado, favoráveis ao instituto apontam que mesmo a promoção do processo acompanhado de suas garantias acarreta também condenações injustas. A premissa não deve ser de todo rechaçada, afinal, a motivação daqueles que prestam falsa declaração de culpa advém do reconhecimento acerca da existência de uma possibilidade significativa de que sua inocência não venha reconhecida em um julgamento imparcial, a despeito das grandes salvaguardas a evitar tal erro. Até porque, se este fosse cabalmente preciso, também o seria a negociação.¹¹⁰

Embora admitindo o fracasso que a punição de um inocente constitui, Josh Bowers argumenta que a barganha atuaria ainda em seu benefício, haja vista o estabelecimento de sanção penal menos grave em relação àquela eventualmente fixada por meio do trâmite comum.¹¹¹ Pretere o autor, desta forma, a inquestionável redução racional de riscos assegurada por uma atividade instrutória tão completa quanto possível.

Infere-se, pois, que, sendo o referido mecanismo negocial aplicado para além daqueles acusados que irremediavelmente restariam punidos em eventual julgamento tradicional, latente é a necessidade de aparelhar os projetos que visam inseri-lo no ordenamento jurídico pátrio com regras claras que delimitem seus parâmetros de aplicabilidade, no sentido de evitar, tanto quanto possível, condenações esvaziadas de culpabilidade.

3.2 Confissão como meio de prova

Em apertada síntese, quando da renúncia do acusado ao julgamento mediante atividade probatória, substitui-se o pronunciamento judicial de culpa pela simples confissão, via de regra, capaz de ensejar uma condenação penal e a conseqüente aplicação de pena. Dito isso, a questão a ser aqui aprofundada remonta à impossibilidade de configurar a manifestação de culpa prova plena, por si só, a desvirtuar o estado constitucional de inocência conferido ao acusado, ainda mais diante das práticas coativas supracitadas.

3.2.1 Relevância probatória da confissão

Não se pretende introduzir nos modelos de negociação da sentença criminal propostos uma confissão semelhante à consolidada no sistema da *plea bargaining*, em que se extrai automaticamente da declaração de culpa do arguido uma condenação. Isso porque a pretensão de se afastar a imposição do ônus da prova ao Ministério Público encontra obstáculo na presunção de inocência, que, enquanto princípio orientador do processo penal, implica a análise contextualizada do conjunto probatório a fim de desconstituí-la.¹¹²

¹⁰⁸ ALSCHULER, Albert, 1976, p. 1080-1081.

¹⁰⁹ DERVAN, Lucian, 2010, p. 291-294.

¹¹⁰ LANGBEIN, John, 1978, p. 13-14.

¹¹¹ BOWERS, Josh, 2008, p. 1119-1120.

¹¹² PEREIRA, Frederico Valdez, p. 166.

Outrossim, não se olvida a exigência constitucional de que o processo caminhe sempre em marcha contrária à condenação, apenas revertendo dita condição perante o estado de convencimento quanto à hipótese acusatória. Destarte, dentro da ideia do *in dubio pro reo* não é legítimo ao julgador alcançar uma certeza jurídica condenatória a partir de um único elemento de prova, ainda mais quando, historicamente, têm-se múltiplos vícios a ele atrelados.¹¹³

Notoriamente, a posição correta e dominante, em semelhança aos acordos de colaboração premiada, insere a declaração de culpa no quadro do devido processo legal, ou seja, a contrasta com as demais provas produzidas, apreciadas livremente pelo juiz,¹¹⁴ sob pena de regresso a um sistema em que a palavra do acusado faça-se “rainha das provas”. Referido entendimento vem pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do REsp 1.113.882/SP, em que concluiu o relator Ministro Arnaldo Esteves Lima pela impossibilidade de condenação com base exclusiva na palavra de corréu.

Assume-se, pois, a insuficiência de uma confissão livre e relativa à integralidade dos fatos postos em julgamento, sendo imperiosa, antes de mais nada, a verossimilhança da narrativa do acusado. Nesse sentido, fica o magistrado incumbido do poder-dever de avaliar o teor do depoimento prestado em conjunto com as demais provas produzidas, de forma que, diante de qualquer hesitação a respeito da validade da confissão, não resta alternativa senão sua invalidação.¹¹⁵ O que se propõe aqui afastar é, também, a ocorrência das *Alford pleas*, caracterizadas pela assunção de culpa mediante protestos de inocência,¹¹⁶ cuja admissibilidade já restou assente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o argumento de que pode o acusado consentir voluntária e conscientemente com a imposição de uma sentença condenatória, mesmo negando sua participação nos atos constitutivos da prática delituosa.¹¹⁷ Sem margem de dúvida, retrata um dos aspectos mais indicativos da degradação de um processo penal obcecado pela celeridade e alheio aos anseios por justiça.¹¹⁸

De outro lado, não se pode alcançar a conclusão distorcida de que é a confissão desprovida de efeitos probatórios. Pelo contrário: encontra suma relevância ao traduzir-se na anuência do réu acerca de determinado fato acusatório, afastando, pois, o viés litigioso da ação penal.¹¹⁹ A ordem jurídica pátria, ao incluí-la entre os meios de prova típicos,¹²⁰ optou também por dar-lhe expressão, o que não a limita à noção de mero indício.¹²¹ Todavia, atendendo à essência da negociação, marcada pelo compromisso, descabe a exigência de perfeita correlação

¹¹³ RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 115-116. Refere-se aqui ao modelo inquisitório, cuja lógica centrada na verdade absoluta legitimou até mesmo práticas de tortura, transformando o imputado em mero objeto de verificação, em uma concepção unilateral do processo. (LOPES, Aury Jr., 2009, p. 65-66).

¹¹⁴ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, p. 341-342.

¹¹⁵ ZAMBIASI, Vinícius Wildner, p. 92-93.

¹¹⁶ Aponta Albert Alschuler (1975, p. 1292) para a incongruência de sua admissibilidade, porquanto ignora as distinções entre *pleas of guilty* e *plea of nolo contendere*, esta que, na maioria das jurisdições, não é admitida diante de infrações graves. Assim, ao aceitar uma declaração equívoca de culpa, pode-se considerar as últimas estendidas à prática de qualquer delito.

¹¹⁷ ALSCHULER, Albert, 1975, p. 1291-1298. Embora o autor reconheça que solução civilizada para o problema seria a eliminação dos dilemas que permeiam o sistema de culpa, assinala que, enquanto não se for capaz de afastá-los, há de ser permitido ao réu optar por curso processual que sirva a seus interesses. Conclui que, negando-se o caráter coercitivo da *plea bargaining*, apenas contribui-se para ampliar sua injustiça.

¹¹⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 95.

¹¹⁹ RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 117.

¹²⁰ Título VII, Capítulo IV, do Código de Processo Penal.

¹²¹ PEREIRA, Frederico Valdez, p. 155.

entre os eventos indicados e o crime assumido.¹²² Até porque, caso os elementos trazidos pelo *parquet* fossem bastantes ao esclarecimento das circunstâncias, não haveria que se recorrer à barganha.¹²³

Fica por saber, assim, qual o grau de correspondência exigível entre o teor da confissão e a conjuntura dos episódios sucedidos, ao que em vão procura-se por unanimidade na experiência estadunidense. As *Federal Rules of Criminal Procedure*¹²⁴ sequer preveem método por intermédio do qual averigue o julgador base fática adequada a sustentar a acusação e, no tocante à certeza da ocorrência dos acontecimentos, restringem-se a aconselhar as investigações necessárias. Conforme se depreende, trata-se de critérios que dificilmente fazem por superada a dúvida razoável, impedida de perdurar em sede de julgamento.¹²⁵ Aqui, a fundamentação da decisão goza de especial relevância, de sorte que constrange o juiz a exhibir sua convicção de forma contextualizada a partir da apreciação da totalidade dos elementos de prova colhidos nos autos.¹²⁶

A confissão, contudo, deixa de conservar sua condição de elemento probatório na hipótese de não homologação do acordo, caso em que será este desentranhado dos autos, prosseguindo o feito na forma do rito ordinário.¹²⁷ Isso porque pode o acusado, fazendo uso de seus direitos de defesa e não autoincriminação, adotar diferente estratégia e retroceder na declaração de culpa. Observa-se que fica vedada também a valoração daquelas informações colhidas no decorrer da negociação, consoante dispõe a doutrina dos frutos da árvore envenenada.¹²⁸ Destarte, no caso de a tratativa restar frustrada em virtude de ilegalidade por responsabilidade exclusiva da acusação, como quando da utilização de meios ilegais de coação, pondera-se seja mantido o benefício da redução da sanção penal. Há de se estar atento, entretanto, a possíveis manobras do réu no sentido de garantir a rejeição da declaração de culpa oferecida, a fim de obter os benefícios oriundos do julgamento, sem abrir mão daqueles associados à assunção da autoria.¹²⁹

Fato é que a *plea bargaining* e suas variantes afastam regras processuais limitadoras da formação de culpa. Exigem, em contrapartida, o exame preciso e minucioso acerca das premissas que fazem da confissão prova válida.

3.2.2 Requisitos para a validade da confissão

Afora a imposição de que o acordo encontre base para seus termos no que concerne à culpa, faz-se mister o oferecimento ao acusado de informação suficiente a lhe proporcionar a tomada de uma escolha racional, dentro dos vários desdobramentos viabilizados pelo processo.¹³⁰ Isso porque a ampla disponibilidade do objeto da negociação torna o produto do

¹²² ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 87.

¹²³ PEREIRA, Frederico Valdez, p. 155, ao explorar o tema no âmbito da delação premiada.

¹²⁴ Como a própria tradução do nome já indica, trata-se de regras definidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos que regem a condução dos processos criminais federais, no intuito de uniformizá-la.

¹²⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 87-88.

¹²⁶ RODRIGUES, Paulo Gustavo, p. 127.

¹²⁷ Cf. artigos 283, § 9º, do PL 8.045/2010 e 395-A, § 9º, do PL 882/2019.

¹²⁸ ZAMBIASI, Vinícius Wildner, p. 95.

¹²⁹ ALSCHULER, Albert, 1975, p. 1304.

¹³⁰ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e, 2018, p. 284.

ajuste fruto de especulações a respeito das margens de futura sentença penal, na tentativa de reduzir as perdas resultantes da incerteza e das expectativas frustradas.¹³¹

Trata-se do cumprimento de regras éticas,¹³² as quais vêm corroboradas pelo enunciado da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.¹³³ Para tanto, necessário que se submetam as provas de que dispõe o órgão acusatório ao conhecimento do acusado, a fim de que possa apreciar com seriedade suas chances de êxito ante a uma eventual declaração de inocência, obstando-se que a opção entre julgamento e declaração de culpa se transforme em um exercício de adivinhação.¹³⁴ Seria essa a principal reforma que merece a *plea bargaining* suportar no intuito de evitar a punição de inocentes, sem prejuízo da condenável sobressalência da sanção à culpa existente no caso concreto.¹³⁵ Com efeito, assegura-se que a pena tenha relação com os eventos narrados e não com critérios ligados apenas à gestão do sistema judicial.¹³⁶ Contudo, tal imposição não se estende à totalidade dos indícios na posse do Ministério Público, circunstância porventura incoerente em um sistema adversarial.¹³⁷

Tendo em vista constituir a autonomia do imputado causa de legitimação da negociação da sentença criminal,¹³⁸ a valoração do acordo justifica-se somente se reconhecida a voluntariedade da declaração; caso contrário, deslegitimada estará a renúncia sobre direitos processuais. Convém observar que referido conceito conecta-se estritamente ao de liberdade, a qual inexistente quando destinada a cumprir tão só os fins de mero interesse estatal, em grave violação ao conteúdo individual de seu uso.¹³⁹

Para além da ausência de constrangimentos e ameaças, devem também encontrar-se os envolvidos em situação de equilíbrio,¹⁴⁰ sob pena de transformação do procedimento em negócio, esvaziando-se enquanto garantia.¹⁴¹ Todavia, a igualdade de armas que pressupõe o processo de partes diversas vezes não se confirma; o que se tem, por outro lado, é a grande disparidade de poderes existentes entre os atores negociais, sejam eles econômicos ou informativos.¹⁴² Em contrapartida, efetiva é a preocupação, em ambos os projetos analisados, de se garantir a defesa do acusado, consagrada na exigência de assistência por advogado.¹⁴³ Outrossim, a capacidade técnica de que dispõe auxilia o imputado na compreensão dos termos da negociação, bem como das consequências penais enfrentadas, configurando requisito à validade do consenso, cuja certificação cabe ao juiz.¹⁴⁴ Ainda que se argumente sejam os

¹³¹ SCOTT, Robert; STUNTZ, William, p. 1914. Do mesmo entendimento coaduna BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 191.

¹³² BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 195.

¹³³ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

¹³⁴ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas, p. 348.

¹³⁵ Nesse sentido, YAROSHEFSKY, Ellen, 2008, p. 29.

¹³⁶ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e, p. 285.

¹³⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 66.

¹³⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 42.

¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis, 2006, p. 242

¹⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 52.

¹⁴¹ LOPES, Aury Jr., 2019. Alerta o autor para a atual tendência mercadológica do direito, marcada pela flexibilização de regras processuais, em prol da concretização de resultados com o uso do menor tempo e custo possível.

¹⁴² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, p. 06.

¹⁴³ Cf. artigos 283, *caput*, do PL 8.045/2010 e 395-A, *caput*, do PL 882/2019.

¹⁴⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 81.

investigados “padrões”¹⁴⁵ desprovidos de recursos financeiros suficientes à contratação de profissional, a Constituição Federal e diversos diplomas legais¹⁴⁶ institucionalizaram a assistência jurídica integral e gratuita por meio da Defensoria Pública, propiciando consideráveis avanços no campo do acesso à justiça, sem olvidar das melhorias que ainda comporta o sistema.

Além disso, embora a postura do magistrado não venha expressamente regulada nas propostas de introdução do instituto na legislação pátria, consiste em importante forma de controle sobre avenças fraudulentas que comprometam em maior grau a busca à verdade. Comparam-se os benefícios de um julgador passivo, em observância à imparcialidade, com aqueles advindos de uma conduta ativa, a qual pretensamente ofereceria maior previsibilidade ao acordo.¹⁴⁷ Longe da consensualidade específica sobre o tema, pensa-se ter acolhido o ordenamento jurídico brasileiro o recorrente argumento de que constitui a participação do magistrado nas tratativas negociais prática contrária ao sistema acusatório, marcado pela atividade das partes,¹⁴⁸ ao passo que o veda no âmbito da colaboração premiada.¹⁴⁹

Por certo, o papel basilar do julgador dá-se com a apuração da legalidade do ajuste quando da homologação, mormente no tocante ao controle do respeito aos direitos fundamentais do arguido.¹⁵⁰ No entanto, embora se deva proteção à imparcialidade judicial, não se quer o magistrado como um mero sancionador de acordos, até porque, assim sendo, entregasse a um único sujeito processual o encargo de acusar e julgar.¹⁵¹ Mais adequado mostrar-se-ia, pois, o exercício de um controle extensivo à fiscalização da verdade processual e da efetividade da resposta a ser adotada.¹⁵² Em contraposição ao PL 8.045/2010, que limita o exame à legitimidade processual, sem espaço para ponderações de mérito, o PL 882/2019 vai além, descrevendo, em etapa homologatória, uma atuação abrangente no sentido das críticas aqui expostas.¹⁵³

Ante o exposto, justifica-se sua atuação no sentido de equilibrar os termos do ajuste no que se mostrarem lenientes ou demasiadamente rígidos, a fim de fixar a pena de forma melhor condizente com a culpabilidade havida.¹⁵⁴ Para além dos requisitos aqui mencionados, o sistema estadunidense garante ao julgador o emprego prudente da discricionariedade judicial, autorizando a rejeição de acordo violador do interesse público.¹⁵⁵ Não se nega a problemática da questão, que, mergulhando adentro da teoria da separação dos poderes, questiona a quem – entre juiz e Ministério Público – pertence o poder decisivo de fazer valer a negociação.¹⁵⁶

¹⁴⁵ Critica-se aqui a seletividade do sistema penal, por meio da qual a ação punitiva é empregada sobre pessoas concretas, notadamente negras e de baixo potencial aquisitivo.

¹⁴⁶ Cf. Capítulo IV, Seção IV, da Constituição Federal, Lei Complementar nº 80/1994, Lei Complementar nº 132/2009 e Emenda Constitucional nº 80/2014.

¹⁴⁷ ALSCHULER, Albert, 1976, p. 1061-1099.

¹⁴⁸ BRANDALISE, Rodrigo, p. 183.

¹⁴⁹ Cf. artigo 4º, § 6º, da Lei 12.850.

¹⁵⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 138.

¹⁵¹ FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e, p. 286.

¹⁵² BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 189.

¹⁵³ Cf. artigos 283, *caput*, do PL 8.045/2010 e 395-A, *caput*, do PL 882/2019.

¹⁵⁴ BRANDALISE, Rodrigo da Silva, p. 185/184.

¹⁵⁵ A.B.A. Standards for Criminal Justice: Pleas of Guilt, 14-1.1.b.

¹⁵⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de, p. 96-97.

Todavia, a prática revela que raros são os casos em que é afastada a barganha, razão pela qual há referências ao órgão acusatório como um juiz às portas do tribunal.¹⁵⁷

Na tentativa de preservar o poder de decisão do magistrado, por entender que a ele compete a determinação da medida da pena, Figueiredo Dias propõe a celebração de particular moldura penal com a oficialização do acordo sobre a sentença. Deliberar-se-ia, pois, novos limites máximos, estabelecidos de acordo com a culpa do arguido, e mínimos, pautados de acordo com a tutela da ordem jurídica, aos quais vincular-se-ia o Tribunal.¹⁵⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo, pode-se bem concluir pelo triunfo da *plea bargaining* nos Estados Unidos; discutível é que o mesmo seja dito da justiça na administração deste sistema penal. Até mesmo Albert Alschuler, ferrenho crítico da barganha, reconheceu a inviabilidade de aboli-la no momento atual, de modo que, ao invés de se concentrarem esforços nesse sentido, é chegado o tempo de torná-la menos bárbara.¹⁵⁹

Haja vista tratar-se o instituto da negociação da sentença criminal de meio hábil a atender aos anseios que o motivam, bem como a noção de que pode assumir diversas formas dentro do processo, não constituindo a coatividade mácula a ele inerente, tem-se pela possibilidade de sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, ante a abusividade que exhibe no cenário estadunidense, conforme logrou este trabalho demonstrar, aconselha-se prudência quando de sua institucionalização. Resta, pois, estabelecer padrões que façam guardar fidelidade às garantias basilares do processo, de forma que a qualidade do novo instituto decorra em especial de sua redação legislativa.

Com efeito, a transação com práticas que toleram a adulteração de fatos e crimes imputados como mecanismo de coação retrataria atividade notoriamente inconstitucional, posto que a busca à verdade, na condição de instrumento fundamental à realização da justiça, mantém-se como objetivo do processo. Desse modo, irrazoável é a contentação com a versão de realidade apresentada por acusação e defesa mediante acordo, se ausente lastro probatório satisfatório à sustentação de seus termos. Isto é, sem a pretensão de lhe apagar relevância, a confissão não constitui prova plena, cabendo ao magistrado o poder-dever de apreciá-la em conjunto com as demais produzidas.

As reflexões em torno da perquirição da verdade levam à afirmação de que qualquer saber a ser alcançado guarda limitações de verificação, de forma que a solução da contenda independe da certeza acerca da reconstrução histórica dos acontecimentos. Com isso, conclui-se que mesmo o processo tradicional satisfaz-se com a produção de uma versão fática apta a afastar a aplicação da presunção de inocência ao réu. O que não se pode é, no sistema negocial, deixar de reservar à verdade algum papel.

Todavia, tal como todo instituto baseado no consenso, o rito abreviado restringe a produção probatória, fazendo das informações colhidas na fase de investigação preliminar sustentáculo para a decisão judicial. Assim, forçosa a reformulação das bases do inquérito policial, de sorte que se preste a suprir, de alguma forma, a omissão da etapa processual. Propõe-se sejam seus traços inquisitórios substituídos pela incorporação das garantias necessárias ao resguardo dos interesses do suspeito, a partir do incremento da participação da defesa, observada, contudo, a manutenção do sigilo necessário ao êxito da colheita de provas. A ampliação dos espaços de consenso no cenário pátrio deve ainda vir acompanhada do

¹⁵⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, p. 484.

¹⁵⁸ CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro, 2013, p. 63-68. Nesse sentido, também ZAMBIASI, Vinícius Wildner, p. 94.

¹⁵⁹ ALSCHULER, Albert, 2013, p. 706-707.

fortalecimento da defesa técnica, com o intuito de evitar que a negociação se dê em evidente desigualdade.

Nada obstante façam as tamanhas diferenças funcionais entre Ministérios Públicos brasileiro e estadunidense presumir afastadas as práticas coativas vislumbradas no exercício da *plea bargaining*, há de se oferecer a proteção necessária a evitar que a barganha figure como mecanismo de violação de direitos. Isso posto, cumpre viabilizar ao arguido o acesso à informação em poder da acusação, a fim de que possa manifestar de maneira instruída sua vontade de se declarar desde logo culpado. Por fim, a atuação ministerial a partir de critérios de objetividade e neutralidade vai aferida quando do controle de legalidade do acordo exercido pelo juiz. Justifica-se sua participação, ainda, no que toca ao equilíbrio dos termos negociais com base na culpabilidade apurada.

Nesse sentido, não se aquiesce da noção de consensualidade plena. Convém, pois, limitar a discricionariedade no que toca ao oferecimento da redução das penas, obstando-se que o desejo de se valer do julgamento convencional represente ameaça de sanção excessivamente mais gravosa. Por outro lado, embora deva ser prevista margem para a concessão de vantagens, fixá-la sempre no mínimo legal não retrata solução conveniente, porquanto dispensa-se assim idêntico tratamento penal à totalidade dos réus, em descon sideração a características próprias do delito perpetrado, tais como circunstâncias agravantes.

Tampouco parece viável o uso irrestrito da barganha. Melhor dizendo, coaduna-se com a expansão dos acordos sobre a sentença para além do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sem, contudo, facultá-los a todo tipo de crime. Pensa-se adequado manter o consenso na esfera das infrações de baixa e média gravidade, para o que até mesmo a restrição aos delitos cuja pena máxima corresponda a oito anos, consoante pretende o PL 8.045/2010, mostra-se ampla. Há sempre de se ter em mente referido modelo como meio de diversificação das possibilidades do sistema penal, e nunca um caminho a ser tomado como regra.

Por óbvio, a simples definição dessas exigências está longe de assegurar que o acesso ao sistema da negociação da sentença criminal restrinja-se aos verdadeiramente culpados. No entanto, acredita-se inexistirem, por ora, razões contundentes o bastante para que se inibam os avanços das propostas e a continuação dos necessários debates, atendendo-se à possibilidade de equilíbrio entre garantismo e funcionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ALSCHULER, Albert. **Lafler and frye**: two small band-aids for a festering wound. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 51, p. 673-707, 2013.

ALSCHULER, Albert. Plea bargaining and its history. **Columbia Law Review**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 1-42, Jan. 1979.

ALSCHULER, Albert. The defense attorney's role in plea bargaining. **Yale Law Journal**. [S. l.], v. 84, n. 6, p. 1179-1314, May 1975.

ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 36, n. 1, p. 50-112, 1968. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1901&context=journal_articles. Acesso em: 29 mar. 2019.

ALSCHULER, Albert. The trial judge's role in plea bargaining, part I. **Columbia Law Review**, [S. l.], v. 76, n. 7, p. 1059-1154, Nov. 1976.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. **A.B.A standards for criminal justice pleas of guilty**. 3. ed. Washington: American Bar Association, 1999. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/pleas_guilty.pdf. Acesso em: 14 maio 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOWERS, Josh. Punishing the innocent. **University of Pennsylvania Law Review**. [S. l.], v. 156, n. 5, 1117-1179, May 2008. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol156/iss5/1/. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.
BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, 4 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Brasília, 7 out. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, 12 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 01 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]. Brasília, 3 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica conjunta PGR/SRI n. 105/2019.** Ementa: Acordo Penal. Constitucionalidade, Juridicidade, relevância e oportunidade da matéria. Apoio à iniciativa legislativa. Brasília, DF, 15 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 4850/2016.** Brasília: Congresso Nacional, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EDA5303FD9243DE56759629C9A982291.proposicoesWeb2?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 8.045/2010.** Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei 882/2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal [...]. [S. l.]: Poder Executivo, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.** Institui novo Código Penal, sendo dividido em Parte Geral (art. 1º ao 120) e Parte Especial (art. 121 ao 541) [...]. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 230/2000.** Acrescenta inciso ao art. 129 da Constituição Federal, criando o instituto da negociação da pena e inserindo-o como funções institucionais do Ministério Público. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14581>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Diário Eletrônico do CNMP: Brasília, 8 set. 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 1.113.882/SP.** Penal. Recurso Especial. Delação. Condenação de Corréu. Impossibilidade. Necessidade de lastro probatório. Recurso conhecido e provido. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8

set. 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5976119/recurso-especial-resp-1113882-sp-2009-0074201-7/inteiro-teor-12112463?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 9 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 10 maio 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis**: Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Brasília, p. 1-26, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

CASTANHEIRA NEVES. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: Coimbra editora, 1968.

CORTESÃO, Viviana Gomes Ribeiro. **Os acordos sobre a sentença em processo penal: um novo consenso no direito processual penal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Coimbra, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **IBCCRIM**, [S. l.], n. 317, abr. 2019.

DERVAN, Lucien. The Surprising Lessons from Plea Bargaining in the Shadow of Terror. **Georgia State University Law Review**, Georgia, v. 27, n. 2, p. 239-298, 2010. Disponível em: <http://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol27/iss2/11>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem e a sociedade criminógena**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. **IBCCRIM**, [S. l.], n. 317, abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **Supreme Court. Santobello v. New York**, 404 U.S 257 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 3 abr. 2019.

ESTADOS UNIDOS. **The Constitution of the United States**. Washington, 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a3. Acesso em: 11 maio 2019.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. **Revista Direito UFMS**. Campo Grande, v.4, n.1, p. 279 – 297, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5919>. Acesso em: 09 abr. 2019.

FEELEY, Malcolm. Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining. **Israel Law Review**, [S. l.], v. 31, p. 183-222, Jan. 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere "plea bargain" no Brasil: Que é isso? É possível? Seria uma revolução?**. [S. l.]: [s. n.], 2019. *E-book*. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ebook_plea_bargain_deputado_luiz_flavio_gomes.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 263, p. 429-449, jan. 2017.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passividade**. 2011. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Porto Alegre, 2011. v. 1.

LANGBEIN, John. Torture and Plea Bargaining, **The University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 46, n. 1, p. 3-22, Oct. 1978. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/crosskey_lectures/6/. Acesso em: 04 abr. 2019.

LANGBEIN, John. Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Law & Society Review**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 261-272, 1979.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. *In*: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org). **Diálogos sobre a justiça negocial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

LOPES JR., Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler. A ilusão da voluntariedade negocial no processo penal. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/limite-penal-ilusao-voluntariedade-negocial-processo-penal>. Acesso em: 3 jun. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

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**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014.

NAVES, Luciana Freire. Plea bargaining: a transação penal nos Estados Unidos da América. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 3, n. 5, p. 219-260, jan. 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

PALERMO, Pablo Galain. Relaciones entre el “derecho a la verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericano de derechos humanos. *In*: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.). **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Montevideo: Fundacion Konrad Adenauer, c2011. Tomo: 2. p. 249-282.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

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

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**. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr. Disponível em: 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32>. Acesso em: 22 abr. 2019.

SCOTT, Robert; STUNTZ, William. Plea Bargaining as contract. **The Yale Law Journal**, [S. l.], v. 101, 1909-1968, 1992. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=faculty_scholarship. Acesso em: 09 abr. 2019.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/35982613/la_prueba_de_los_hechos_michele_taruffo. Acesso em: 05 jun. 2019.

TARUFFO, Michele. Verdade negociada? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 13, p. 634-657, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928>. Acesso em: 05 jun. 2019.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. **American Journal of Comparative Law**, [S. l.], v. 54, n. 1, p. 501-569, June. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=871979>. Acesso em: 11 abr. 2019.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Tribunal do Júri no contexto do devido processo legal: uma crítica ao Tribunal do Júri puro em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado: estudo dos fatores que interferem no julgamento e na imparcialidade de suas decisões.** 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

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

WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes da plea bargaining? Tradução: Aury Lopes Júnior. **Consultor Jurídico**, [S. l.], 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>. Acesso em: 3 mar. 2019.

YAROSHEFSKY, Ellen. Ethics and plea bargaining: what's discovery got to do with it? **Criminal Justice**. Chicago, v. 23, n. 3, p. 28-33, 2008. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_cjmag_23_3_yaroshefsky.authcheckdam.pdf. Acesso em: 3 maio 2019.

ZAMBIASI, Vinicius Wildner. Acordos sobre a sentença e a ampliação da justiça penal de consenso em Portugal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 20, n. 31, p. 83-106, jan/jun. 2017. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 3 maio 2019.