

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

**Ingrid Gontijo Costa**

**PERSPECTIVAS PROCESSUAIS DO CONSENSO APLICADO  
AO DIREITO PENAL**

**As (in)compatibilidades com os sistemas processuais e  
os direitos fundamentais do acusado**

**VOLUME 1**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Criminais,  
orientada pela Professora Doutora Cláudia Maria Cruz  
Santos e apresentada Faculdade de Direito da Universidade  
de Coimbra**

Outubro de 2021

## **Agradecimentos**

Inicialmente agradeço a Deus, por derramar tantas bênçãos e privilégios na minha vida, não sendo diferente nesta jornada. À minha família, principalmente aos meus pais Antônio e Vânia, por sonharem meus sonhos, possibilitando e encorajando desde o primeiro dia, o desfrute de mais uma experiência, sendo a rocha e o porto seguro desta vida. Ao meu companheiro de vida, Túlio, por ter sido colo nos momentos mais difíceis até aqui, maior apoiador e melhor entusiasta que alguém poderia ter. Aos colegas mestrandos, pelo compartilhamento de emoções, sendo afago no meio do caminho longe de casa. Às minhas amigas e amigos, pela certeza que os terei comigo em qualquer circunstância e lugar do mundo, sempre vibrando toda conquista. À Universidade de Coimbra por todo o conhecimento e experiência fornecidos aos seus alunos. À todos que cruzaram meu caminho durante este percurso, com palavras de apoio.

## RESUMO

O presente trabalho, enquadrado na área do Processo Penal Consensual, do gênero Ciências Criminais, tem como escopo realizar um estudo crítico das tendências de ampliação dos espaços consensuais na justiça criminal, sobretudo brasileira, na medida em que se observa a introdução no ordenamento jurídico de institutos como a barganha, a qual oportuniza a antecipação do poder punitivo estatal através da confissão do acusado, o qual ao consentir com sua culpa, recebe um benefício, normalmente uma redução de sua própria pena, em troca da supressão de alguma fase processual e, conseqüentemente, de um direito fundamental seu. A expansão desses espaços se dá não somente no âmbito do Direito brasileiro, mas como em todo o mundo, com sistemas judiciários que pugnam por soluções penais mais ágeis, nem que seja às custas das garantias do arguido. Posteriormente à conceituação e entendimento sobre como seria o consenso aplicado ao direito penal, sobretudo no direito norte-americano, português e brasileiro e a possibilidade de sua expansão, já observando as tendências *lege ferenda*, passa-se à análise dos sistemas processuais penais, inquisitório, acusatório e misto e a recepcionalidade do consenso em cada um deles. Por fim, pretendeu-se investigar o consenso de forma crítica sob o aspecto dos direitos fundamentais, revelando quais seriam suas premissas violadas num processo penal de Estado Democrático de Direito, sobretudo a presunção de inocência e a busca pela verdade como finalidade processual, como forma de questionar a ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Consenso. Justiça Criminal Negocial. Sistemas Processuais.

## **ABSTRACT**

The present work, framed in the area of Consensual Criminal Procedure, of the Criminal Sciences genre, aims to carry out a critical study of the trends of expansion of consensual spaces in criminal justice, especially in Brazil, as it is observed the introduction in the legal system of institutes such as bargaining, which provide opportunities for the anticipation of the State's punitive power through the confession of the accused, who, by consenting to his guilt, receives a benefit, usually a reduction of his own sentence, in exchange for the suppression of some procedural stage and, consequently, of a fundamental right of its own. The expansion of these spaces takes place not only within the scope of Brazilian Law, but also throughout the world, with judicial systems that strive for more agile penal solutions, even if for this the defendant's guarantees are given up. After the conceptualization and understanding of how the consensus applied to criminal law would be, especially in North American, Portuguese and Brazilian law and the possibility of its expansion, already observing the *lege ferenda* trends, the analysis of criminal procedural systems will be carried out, inquisitorial, accusatory and mixed and the reception of the consensus in each of them. Finally, it was intended to critically investigate the consensus under the aspect of fundamental rights, revealing which would be its premises violated in a criminal proceeding of the Democratic State of Law, especially the presumption of innocence and the search for the truth as a procedural purpose, as a way to question the expansion of spaces for consensus in the Criminal Procedure.

Keywords: Criminal Procedural Law. Consensus. Business Criminal Justice. Procedural Systems.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA, A CARACTERIZAÇÃO DO ESTUDO E SUAS HIPÓTESES.....	6
<b>2. A TENDÊNCIA EXPANSIONISTA NEGOCIAL DA JUSTIÇA CRIMINAL.....</b>	<b>14</b>
2.1 O ALASTRAMENTO DO CONSENSO.....	14
2.2 O MODELO NORTEADOR NORTE-AMERICANO.....	18
2.3 A TENDÊNCIA BRASILEIRA E OLHAR CRÍTICO SOBRE AS PROPOSTAS DE AMPLIAÇÃO LEGE FERENDA.....	27
2.4 Os INSTITUTOS PORTUGUESES E MODELO DE ACORDO SOBRE A SENTENÇA PROPOSTO POR FIGUEIREDO DIAS.....	46
<b>3. JUSTIÇA NEGOCIADA E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS – A BARGANHA DE SEUS PRESSUPOSTOS?.....</b>	<b>59</b>
3.1 INQUISITÓRIO.....	62
3.2 ACUSATÓRIO.....	66
3.3 MISTO.....	81
3.4 O CONSENSO E OS SISTEMAS PENAIIS.....	83
<b>4. OS CONTRAPONTOIS EXISTENTES ENTRE A BARGANHA E OS ALICERCES DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>87</b>
4.1 CONTRADITÓRIO/AMPLA DEFESA/PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA/DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	89
4.2 BUSCA PELA VERDADE PROCESSUAL.....	95
4.3 CONFISSÃO/VOLUNTARIEDADE.....	99
4.4 MERCANTILIZAÇÃO DO PROCESSO.....	102
4.5 AUSÊNCIA DE IGUALDADE ENTRE AS PARTES E O AFASTAMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	103
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>

# 1. INTRODUÇÃO

## 1.1 Delimitação do tema, a caracterização do estudo e suas hipóteses

A complexidade de direitos resguardados sistematicamente oportuniza a formatação de inúmeros interesses jurídicos tuteláveis (individuais e coletivos) tornando categórica a funcionalidade do procedimento e organização dos direitos fundamentais, a partir do diálogo entre a Carta Magna e o processo. As instituições, e aqui em todos os seus âmbitos, submetem-se a matéria minimamente ética do Direito, como gnose modificadora da sociedade e de emancipação da pessoa.

Observa-se hoje a chamada “crise do sistema de justiça penal”, tendo como causa, entre outros elementos, o aumento do número de processos<sup>1</sup>, bem como o significativo lapso temporal transcorrido entre o acontecimento do fato e seu julgamento final<sup>2</sup> e a não previsibilidade das sentenças, acarretando insegurança aos jurisdicionados, causando incertezas quanto ao Judiciário como meio de resolução de conflitos.

As crises e alguns fatores emergenciais causaram a perda de credibilidade da sociedade no sistema de justiça como um todo e, conseqüentemente, no Estado Democrático de Direitos (o qual não consegue responder satisfatoriamente às demandas), sendo incapaz de garantir a segurança dos cidadãos e diminuir os indicadores da criminalidade que, cada vez mais, tendem a subir<sup>3</sup>.

Ademais, pode ser citado, ainda, o alto preço pago pelo sistema judiciário. O custo que o ordenamento demanda no sentido de custas processuais, em consequência de um aparente estado de coisas, demonstrou-se muito alto, destituído de utilidade e injustificável sobre o plano econômico-jurídico. Por isso a necessidade em buscar

---

<sup>1</sup> I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. FGV Direito – Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312> Acesso em 18.03.2021

<sup>2</sup> III Relatório Supremo em Números : o Supremo e o tempo. FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar, CHAVES, Vitor. Rio de Janeiro. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055> Acesso em 18.03.2021

<sup>3</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. p. 11

mecanismos processuais que se destinem a solucionar as deficiências relacionadas a razoável duração dos procedimentos penais<sup>4</sup>.

De acordo com Alfredo Gaito<sup>5</sup>, os elementos que auxiliam para que ocorra lentidão e morosidade nos procedimentos penais, podem ser classificados como razões estranhas e razões internas ao processo. As primeiras dizem respeito a obstrução dos ofícios judiciários, ao problema permanente e duradouro das insatisfatórias estruturas técnicas, humanas e edilícias. Já as razões internas entendem-se por demasiada rigidez no atual sistema processual, ocasionando, de um lado, poucas opções de procedimentos, senão o ordinário, de outro, da disposição de que todos os procedimentos que seguirem o rito ordinário, devem, de preferência, chegar à fase de debates, ou seja, instrução e julgamento.

O Conselho da Europa, em sua Recomendação R (87) 18, de 17 de setembro de 1987<sup>6</sup>, apontou a vagareza no andamento dos processos como razão fundamental para que se busque maneiras inovadoras de se promover a decisão das causas e formas de simplificar o processo, sendo estas os caminhos mais relevantes para dar mais agilidade à justiça criminal.

Assim, a simplificação do processo, segundo Ihering<sup>7</sup>, é possível se realizar de forma quantitativa ou qualitativa. A primeira representa a tendência a reduzir o número dos materiais, claro, que em determinado nível que não prejudique os resultados que se almeja obter, fazendo “o máximo possível com o menor número de elementos possível, esta é sua lei: quanto mais restrito for o material, mais fácil será manuseá-lo”. A segunda diz respeito à limitação dos “corpos jurídicos”, ou seja, individualização e isolamento de institutos jurídicos, atos e termos, de forma a reuni-los em uma ação coerente com o que se deseja.

---

<sup>4</sup> GAITO, Alfredo. Accusa e defesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale, in I giudizi semplificati. Padova, 1989. p. 11

<sup>5</sup> Gaito, Accusa e defesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale, in I giudizi semplificati, coord. da Gaito, Padova, 1989. p. 11

<sup>6</sup> Council of Europe, RECOMMENDATION No. R (87) 18. Texto disponível na íntegra em: <https://rm.coe.int/16804e19f8> Acesso em 08/06/2021.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. P. 124,125

Visando sanar tal desequilíbrio e transtornos que estão sendo constatados no sistema processual brasileiro, sobretudo o penal, a Constituição Federal instituiu em seu art. 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais, que tem “competência para promover a conciliação, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo”<sup>8</sup>.

Assim, com o advento da Lei 9099/95, que dispõe sobre os juizados especiais, cíveis e criminais, tornou-se possível, a partir dos artigos 74, 76 e 89, a simplificação do procedimento penal tanto de forma quantitativa quanto qualitativa, visando reduzir o aparato dos processos destinados à Justiça Comum. Nos citados artigos, verificou-se a disposição da composição dos danos civis, a transação penal e suspensão condicional do processo.

Desde já, deve-se admitir os avanços e o “desafogamento” trazidos pela referida lei, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de solução do conflito penal a partir de acordo celebrado entre as partes, mesmo que tal recurso se dê apenas em relação a crimes que não prescrevem a pena de prisão.

Outro avanço no sentido de se eliminar ou reduzir tais mazelas processuais já apontadas, foi a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 181/2017<sup>9</sup>, a qual instituiu em seu artigo 18, o acordo de não persecução penal, hoje devidamente previsto no denominado “Pacote Anti Crime” e inserido no Código de Processo Penal em seu artigo 28-A, trazendo consigo a possibilidade de, não sendo o caso de arquivamento, o órgão ministerial propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 anos, e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o autor do delito tiver confessado forma e circunstancialmente a sua prática, mediante condições propostas em tal diploma legal.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em seu art. 98, assim dispõe: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 08/05/2021

<sup>9</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n° 181, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277> Acesso em 16/05/2021



Porém, tal crise não se deu apenas em âmbito nacional. Países europeus – que, diga-se de passagem, são berços normativos de grande influência no Brasil – como Portugal – , já adotaram em seus cadernos legislativos a mediação como forma encontrada de se sanar o problema do acúmulo judicial.

Insta destacar que não houve um modelo-padrão que foi utilizado em toda a Europa, mas sim, houve uma adequação do consenso conforme melhor proveito, segundo cada sociedade. Inclusive em suas obras, Figueiredo Dias reforça a ideia de que não se intenta o mero transplante jurídico de institutos consensuais de países como a Alemanha, por exemplo, apesar de reconhecer a coragem pela iniciativa de se optar por tais mecanismos, ainda que inicialmente à margem da lei.

Assim, a pretensão notadamente clara nas reformas realizadas nestes países de tradição *civil law*, é de se poupar os procedimentos com rito ordinário, mais abrangentes e garantistas, para um número mais restrito de casos, ou seja, aqueles caracterizados por conterem crimes mais graves ou mais complexos<sup>10</sup>. Desta forma, o sistema processual mais complexo fica designado para tratar da criminalidade mais enigmática, que apresenta particularidades e pormenores mais difíceis de serem provados e aos quais seja necessário dispender ao indivíduo maiores garantias do rito acusatório, até porque, sua pena, ou seja, o risco de disposição de sua liberdade também será mais alta.

A “novidade” parece ter chegado ao ordenamento brasileiro. Influenciado pelas mudanças processuais globais, o Projeto de Lei 8045/2010, do Novo Código de Processo Penal, em seus artigos 283 e 284 trouxe a introdução do procedimento sumário aplicado ao Processo Penal, prevendo a criação de acordo proposto pelo Ministério Público para aplicação imediata da pena, caso sejam observados alguns requisitos, dentre eles, a confissão do acusado. Antonio Acir Breda assevera que, com essa nova perspectiva, dar-se-á mais relevância para o que as partes realmente

---

<sup>10</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 55

desejam, de forma a simplificar o desenrolar da causa, garantindo um julgamento ágil e informal<sup>11</sup>.

Na mesma linha de pensamento, e em conformidade com a Resolução n. 118, o Ministério Público Federal se posiciona no sentido de não oposição aos acordos: “a mediação, a conciliação, as convenções processuais e resolução de litígios, controvérsias e problemas e a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento”<sup>12</sup>.

Entretanto, deve se ter cautela. Não se pode depositar toda esperança e ilusão de que as reformas procedimentais poderão, apenas e unicamente por sua existência, criar um novo sistema processual de justiça. O mero transplante de legislação e procedimentos alienígenas, sem a devida adequação à tradição jurídica e a realidade vivida em cada país traz o risco de não se obter os efeitos almejados ou, o mais inconveniente, subversão seu próprio sistema<sup>13</sup>.

É clara a realidade: os institutos de oportunidade já estão inseridos nos ordenamentos jurídicos, seja em menor ou maior escala, com perspectiva cada vez maior de expansão. Entretanto, para melhor aproveitamento da referida tendência, deve-se, na realidade, investigar as suas raízes, vertentes, possibilidades, limites, critérios de oportunidade, seja pelo ponto de vista das garantias, seja pelo ponto de vista da viabilidade social.

Conforme exposto anteriormente, a busca se dá entorno do aperfeiçoamento e melhoria do sistema procedimental criminal, perseguindo a procura do ponto médio entre liberdade individual e segurança individual e coletiva. Dessa maneira, a grande discussão consiste no binômio celeridade x garantismo. O cerne da questão se dá em

---

<sup>11</sup> BRENDA, Antonio Acir. O erro de procedimento no processo penal. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, v. 21. p. 28

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Ofício SRI/PGR/Nº 205/2017. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica\\_SRI0962017\\_PL8045\\_NovoCPP.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica_SRI0962017_PL8045_NovoCPP.pdf) Acesso em 08.05.2021

<sup>13</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 60

produzir procedimentos ágeis, mas capazes de gerar decisão justa, pois se a celeridade é uma necessidade, a precipitação é um grande mal.

O garantismo, proposto por Luigi Ferrajoli, aplicado ao processo penal, representa propor ao indivíduo garantias mínimas como a efetivação do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo como a garantia das partes, principalmente do acusado como salvaguarda do justo processo. Desta forma, em relação a confissão como elemento justificador da decisão, o autor alerta sobre a justificativa do convencimento, que deve ser idônea visando superar a presunção de inocência, ou seja, a confecção de provas compatíveis com o argumento utilizado para fundamentar a livre motivação do magistrado, a qual deve ser fundada em elementos probatórios inequívocos. A existência de provas, ou a falta delas, não pode consentir para a dedução de culpabilidade ou inocência, mas são apenas requisitos necessários para justificar a decisão. Nesse sentido, “ainda mais importante do que a necessidade da prova é a garantia do contraditório, isto é, a possibilidade da refutação ou da contraprova”<sup>14</sup>.

O maior desafio é, ainda, o de se estipular a abrangência aceitável do poder de disposição do investigado. O parâmetro a ser observado deve ser a harmonia no sentido de equilibrar a necessidade de serem aceitas alternativas que simplificam o processo, acelerando a justiça criminal e os parâmetros de disposição, pelo investigado, do direito de um procedimento ordinário (no sentido de comum) que, com suas fases necessárias, garanta a total abrangência de suas garantias previstas constitucionalmente<sup>15</sup>.

As possibilidades procedimentais fundadas em soluções realizadas por consenso dependem, necessariamente, do poder dispositivo do investigado, evidenciado pela confissão da conduta criminosa, pelo oferecimento de solução alternativa do processo, pelo acordo confeccionado com o Ministério Público,

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Título original: *Diritto e ragione*. P. 121

<sup>15</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo*. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995. P. 331-332

demonstrando aceite expressamente. O acusado, ao aceitar o procedimento alternativo, desiste do direito ao controle jurisdicional sobre a acusação que lhe fora imputado e do direito ao julgamento comum, abrindo mão, dessa forma, da fase instrutória, da sua posição de resistência, do contraditório e ampla defesa. Fundamentado no poder dispositivo do investigado é que se explica eventuais limitações à total aplicação do princípio do devido processo legal, principalmente quanto ao princípio da culpa, presunção de inocência e ao direito a prova<sup>16</sup>.

As justificativas principais dos argumentos de violação aos princípios do contraditório, da presunção de inocência e da ampla defesa são de que, de uma ou outra maneira, o acusado é compelido a confessar sua culpa, e de que o magistrado, vinculado ao conteúdo do acordo, decide baseado nos resultados constatados no procedimento investigatório, não fundamentando seu entendimento em provas obtidas em contraditório.

O questionamento é posto por Manuel da Costa Andrade, quando se analisa a dupla garantia concedida aos direitos fundamentais, ou seja, eles não são direitos do sujeito, como faculdades ou direitos de que são titulares e deles podem fazer uso ou não, mas direitos que afetam a toda a sociedade em face dos valores ou escopos a que ela se propõe destinar. Para o autor, é relevante assumir que o acusado tenha possibilidade, em crimes de menor importância, de auxiliar o Estado, confessando a sua responsabilidade e os “caminhos que lhe são propostos como os mais adequados ao seu reencontro com os valores e os modelos de ação do Estado de Direito”<sup>17</sup>.

Destarte, o que se entende como direito fundamental subjetivo deve compatibilizar com o que a comunidade almeja de seu alcance, porque à sociedade interessa que os direitos individuais sejam considerados, mas desde que incluídos num leque que não seja empecilho para o exercício do interesse transindividual, já que os direitos fundamentais não tem um cerne privativo da relação indivíduo-Estado

---

<sup>16</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 264-265

<sup>17</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995. P. 332-333

e não indicam meros direitos subjetivos, como também valores objetivos previstos constitucionalmente<sup>18</sup>.

A temática da justiça consensual ou dialogal está inserida no momento histórico atual das Ciências Criminais. A crise do Estado-nação, do Estado Democrático de Direito, a mercantilização do sistema criminal, a simples importação de modelos alienígenas sem a devida tecnicidade necessária e a falta de uma política criminal voltada ao fortalecimento dos direitos fundamentais dão azo ao palco que vem se desenhando em matéria processual penal. Tudo em nome da celeridade e velocidade processuais<sup>19</sup>.

Os objetivos gerais deste trabalho visam averiguar se as tendências expansionistas do consenso ao redor do mundo, mas principalmente na legislação brasileira, são compatíveis com os sistemas processuais eleitos, predominantemente o acusatório.

Para tanto, o objetivo específico será a análise do direito comparado, nos espaços consensuais já existentes, notadamente o norte-americano, português e as zonas já tuteladas no direito brasileiro, como as expansões possivelmente a serem implantadas. Em seguida, uma detida análise sobre a compatibilidade dos sistemas processuais e o consenso e, por fim, a violação ou não de determinadas garantias e direitos fundamentais do acusado.

O método de abordagem utilizado ao decorrer do texto será o indutivo, tendo em vista que se partirá de previsões legais, que disciplinam a instituição de acordo aos ordenamentos sob análise, a fim de alcançar uma visão geral, mais ampla do tema com o escopo de “chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nas quais está fundamentado”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª edição. Coimbra Editora. 2010. p 356

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos e Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2002.

<sup>20</sup> MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 63

O método de procedimento será comparativo, já que se utilizará do confronto entre elementos, estabelecendo a análise de dados com o intuito de se obter diferenças ou semelhanças que possam ser aferidas, bem como serão examinados dados da legislação e jurisprudência alienígena, além do método experimental, analisando experiências de outros países e os resultados reproduzidos nas vivências jurídicas verificadas nos ordenamentos ao redor do mundo<sup>21</sup>.

A metodologia utilizada será a lógica-dedutiva, somada à pesquisa bibliográfica, com o fito de entender e apreender de forma suficiente os trechos legislativos pertinentes ao assunto, para que a inclusão do consenso seja possível e pertinente, ou não.

## **2. A tendência expansionista negocial da justiça criminal**

Inicialmente, propõe-se uma análise mais apurada sobre o que seria a aplicação do consenso ao processo penal e como ela já se desenha nos países de interesse do estudos, quais sejam, Estados Unidos, por ser pioneiro e ter em seu sistema processual o mais avançado uso do acordo, Portugal, por se demonstrar como intermediário na aplicação e, conseqüentemente, um exemplo de desenvolvimento a ser observado e, especialmente, o Brasil por conter em sua legislação, inclusive em propostas de lei atuais, a previsão de soluções consensuais no processo criminal.

### **2.1.O alastramento do consenso**

Há um inegável e infreável aumento da demanda criminal, seja pelo aumento do número de crimes, seja pela forma como a criminalidade vem se desenhando, o que ocasiona a incapacidade de resposta do Estado para investigar, acusar e até julgar com o mínimo de eficácia todos os fatos criminosos<sup>22</sup>.

De fato, muitos processos acabam prescrevendo devido à morosidade jurisdicional, seja por falta de andamento, por falta de efetividade dos atos, seja pela

---

<sup>21</sup> Métodos de Abordagem e de Procedimento. Disponível em: <http://www2.videolivreria.com.br/pdfs/14017.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2021

<sup>22</sup> Para fins deste estudo, deverá se ter por base a divisão entre 3 espécies de criminalidade: pequena (ou baixa), média e grave, variando segundo a extensão da lesão ao bem jurídico ora protegido.

quantidade de processos demasiadamente desproporcional ao contingente humano, o que leva exatamente àquilo que se desejaria combater: o sentimento de impunidade. Aqui é latente a contradição que o próprio sistema cai, pois, ao querer taxar condutas pouco lesivas como crimes, ao criar procedimentos extremamente burocráticos, o próprio sistema não consegue absorver toda a demanda, fazendo com que reste extinta a punibilidade dos agentes pela ocorrência da prescrição, em alguns casos até mesmo antes da audiência de instrução.

Assim, diante deste cenário, algumas soluções alternativas e complementares à justiça penal foram criadas para diminuir o lapso temporal de julgamento do processo, dentre elas o consenso aplicado ao direito processual penal, podendo ser “definidos como acordos entre a acusação e a defesa, os mecanismos negociais se caracterizam pelo consenso do réu a alguma situação prejudicial a sua esfera de direitos, em troca de um benefício, como uma redução na pena”<sup>23</sup>.

Ou, ainda, “define-se a barganha como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).”<sup>24</sup>

O consenso representa uma argumentação horizontal sobre a solução do problema penal, com mais diálogo entre as partes. Neste panorama, encontra-se a teoria da ação comunicativa de Habermas, a qual, segundo o Nereu José Giacomolli<sup>25</sup>, se sujeita ao jogo de interesse das partes e, por isso, aplicada ao processo, não teria

---

<sup>23</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 263

<sup>24</sup> 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. p. 68

<sup>25</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 73

como finalidade a busca a verdade processual. Ou seja, seria mais “importante” o cumprimento de prazos razoáveis do que a averiguação da verdade real e a demonstração de culpa do indivíduo.

A fim de se evitar arbitrariedades desregradas, abusos, excessos, favoritismos e parcialidades na realização dos acordos, o “quantum de disposição” das partes deve estar previsto e delimitado em lei, que deve fixar as condições necessárias, objetivas e subjetivas, passíveis de controle jurisdicional, o qual, por meio de um juiz imparcial, promoverá a jurisdição<sup>26</sup>.

Aceitando a oportunidade, a lei, que antes contava com o tipo penal e sua consequência jurídica, deixa de contar com este último elemento, já que a pena proposta se tornará um elemento incerto, dominado pelo Ministério Público, causando a desmoralização do poder legislativo, o qual, apesar de eleito pela própria sociedade para criar leis, de nada servirão, já que as consequências delas estarão à disposição das partes, com a desvirtuação da censura quista pelo legislador:

“Montero Aroca sinalou que a opção política do Estado de tipificar determinados fatos como delitos, atendendo ao pensamento da sociedade, é desvirtuada quando ao Ministério Público é facultado exercitar ou não a ação penal, para pedir que se imponha ao acusado uma pena distinta da prevista, ou concluir o processo sem uma sentença condenatória. Seria como esvaziar o conteúdo da lei penal.”<sup>27</sup>

Hoje, o principal objeto de tais soluções é a baixa criminalidade. Ocorre que já é possível avistar nos projetos de novos códex, institutos que impulsionam a solução para além desta espécie, estendendo-se à média criminalidade e com forte tendência ao seu expansionismo à alta criminalidade.

---

<sup>26</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 115

<sup>27</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 116



Esta forma solucionadora pode, por ora, parecer a tábua de salvação de todos os problemas da justiça criminal, já que apresenta inegáveis benefícios:

“Inclusive, o tratamento simplificado da criminalidade de pequena monta possibilita um melhor enfrentamento da criminalidade mais grave, ofensiva a bens jurídicos valiosos para a comunidade, como a vida – homicídios, latrocínios, roubos, associações criminosas, por exemplo. Isso tanto do ponto de vista da investigação, como da acusação e do processo, pois com a diminuição da quantidade, com uma resposta mais simplificada à pequena criminalidade, chega-se a um resultado eficaz em menor prazo, evitando-se a sensação de impotência no enfrentamento da criminalidade.”<sup>28</sup>

O consenso tem como ideia central “um processo democrático de alcançar a solução de um problema em que participa construtivamente e de modo inclusivo – num ambiente em que todas as contribuições avaliadas – todo o grupo ou conjunto de pessoas diretamente interessadas no problema.”<sup>29</sup>

A justiça penal negociada não interferirá e surtirá efeitos somente na estrutura jurídica dos países que optem por adotá-la, como também na administração da justiça criminal<sup>30</sup>. Parece ser mais um meio de gerenciamento de crise na qual o processo penal se encontra, do que uma solução de combate à criminalidade. Para tanto, parece ter se utilizado de traços e noções neoliberais – e, porque não, a lógica empresarial – para alcançar tal resultado, tratando o agente como um “sujeito delinquente” empresário de si, que tomará as melhores decisões na escolha de seu futuro.

Assim, a “medida de eficiência da justiça criminal como tempo de duração médio de um processo, eficácia das sanções, quantidade de punições lançadas pelo

---

<sup>28</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94

<sup>29</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 22

<sup>30</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 179-180

sistema de administração de justiça criminal incorporam esta racionalidade empresarial.”<sup>31</sup> Os institutos de negociação – através da mediação que surge como único meio para a recuperação da crise instalada no sistema criminal – suprem a racionalidade neoliberal. O *american way of life* também demonstra resquícios no processo penal, com a valorização do liberalismo econômico, a competição, a autonomia de vontade e o individualismo que superam até os direitos fundamentais:

“A ausência do processo como única solução para a ‘ineficiência’ do sistema de justiça criminal, especialmente a partir do argumento de sua inevitabilidade, é, *mutatis mutandis*, equivalente ao argumento facilmente encontrado nos Estados Unidos de que o abandono do plea bargain constituiria a falência do sistema de justiça criminal (...) o problema é o processo e a única saída é a renúncia ao processo, num belo exemplo de pensamento oximorônico.”<sup>32</sup>

A assimilação de diversas culturas jurídicas no âmbito processual penal se deu de maneira mais perceptível por meio da adoção, pelos países de tradição continental, de atalhos processuais que tem como lógica concluir o processo criminal de forma abreviada.

Embora não se pretenda a simplória “cópia” do modelo norte americano, é inegável que a ideia norteadora do consenso tem como precedente o *plea bargaining* como modelo matriz para que possa ser observadas mudanças que levem ao efficientismo e viabilidade dos sistemas europeus e latino americanos<sup>33</sup>. Desta forma, necessário se faz uma passagem por seus pressupostos e fundamentos.

## **2.2. O modelo norteador norte-americano**

---

<sup>31</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P.180

<sup>32</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 185

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 22/23

Antes de adentrar precisamente ao instituto estadunidense, é necessário fazer um recorte maior, sobre o sistema norte-americano orientado pela adversariedade, que nada mais é do que colocar o processo à disposição das partes, diverso do sistema continental que é regido por atuações processuais a cargo de agentes público, em tese, imparciais.

Embora o sistema adversarial tenha viés acusatório, não se confunde com o mesmo, na medida em que aquele concede mais autonomia e poder às partes, com um juiz figurando de forma passiva<sup>34</sup>. Desta forma, há predomínio das partes na produção probatória, bem como na condução processual, cabendo ao juiz garantir que não exista irregularidades e ilegalidades.

Segundo consignado por Feeley, conforme os recursos se tornaram tangíveis e acessíveis à acusação e à defesa criminais, conforme as exigências do devido processo aumentaram, conforme a disponibilidade e a figura do advogado de defesa tem expandido, a oportunidade que fomenta o sistema adversarial e também a negociação, se expandiu. O contato cada vez mais corriqueiro entre acusação e defesa gera uma tendência de trocar posições adversariais por interações cooperativas. Logo, “à medida que o processo criminal se tornou mais profissionalizado, à medida que outras oportunidades para a defesa surgiram, a necessidade de contar com o julgamento para proteger esses interesses do acusado entrou em declínio”<sup>35</sup>. Desta forma, ironicamente, conforme buscou-se aperfeiçoar o Tribunal do Júri, com toda ampliação de suas garantias, análises probatórias, o preço para a justiça perfeita aumentou ao ponto de incentivar evitá-la, tornando-se o plea bargaining uma dessas alternativas.

Porém, o sistema adversarial não excluiria o plea bargaining, ao contrário, fomenta-o, vejamos: “o plea bargaining não é uma prática cooperativa que abala ou compromete o processo adversarial; antes, a oportunidade de adversarialidade tem

---

<sup>34</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 119.

<sup>35</sup> FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v.7, n.3, (1982). P. 338-354

expandido em proporção direta ao, e talvez como um resultado do, crescimento do plea bargaining.”<sup>36</sup>

Nesse sentido conclui o autor: “os fatores que deram origem ao plea bargaining estão entrelaçados a uma série de elementos que são geralmente vistos como altamente desejáveis. Na nossa busca pela justiça perfeita, nós construímos um processo criminal elabora e custoso. Quando essa realidade confronta a discricionariedade construída há muito tempo e garantida dos promotores, o plea bargaining surge.”<sup>37</sup>

Assim, o que se nota é que o Tribunal do Júri, criado e instituído para evitar decisões arbitrárias faliu por seus próprios fundamentais, na medida em que demandava e contava com processos demasiadamente complexos, com seu extenso rito causaram uma verdadeira rebelião ao procedimento resultando na completa supressão da instrução processual, inclusive com a abolição da audiência de instrução, causando este paradoxo: “o modelo processual adversarial [...] não mais conseguia responder às exigências da práxis [...] originando-se um resultado absolutamente oposto ao almejado, qual seja, a ampla extinção da audiência de instrução e julgamento através da aceitação do resultado da investigação preliminar por meio de um mero plea bargaining (SCHÜNEMAN, 2017, p. 254, grifos nossos).”<sup>38</sup>

Ainda, no direito estadunidense prevalece o princípio da oportunidade, no qual a acusação não é obrigatória, mas sim faculdade do órgão acusador, o qual realizará uma análise sobre a conveniência e pertinência da acusação, que poderá ou não se desdobrar em uma ação penal. Em razão disto, tornou-se possível ao sistema norte-americano o desenvolvimento do plea bargaining, no qual há real negociação entre acusação e acusado, a qual passamos a analisar.

---

<sup>36</sup> FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v. 7, n. 3, (1982). P. 338-354

<sup>37</sup> FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. *The Justice System Journal*, v.7, n.3, (1982). P. 338-354

<sup>38</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. *Revista Direito Em Debate*, 30(55), 215–229. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229> Acesso em: 23.06.2021

Entende-se por *plea bargaining*<sup>39</sup> como uma “renúncia ao direito a um julgamento e à troca de uma confissão do réu pela promessa de um tratamento mais leniente do que o que seria concedido em um julgamento”. E mais “pode ocorrer em diversos estágios pré-processuais e envolver diferentes agentes (por exemplo, juízes estão mais sujeitos a ser envolvidos na barganha da sentença do que na barganha da acusação)”<sup>40</sup>.

Segundo Pedro Soares de Albergaria consistiria na “negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).”<sup>41</sup>

Independente de sua estrutura, o sistema de *plea bargaining* coloca à disposição determinados “incentivos” ao acusado em troca da renúncia ao seu direitos de julgamento ou, ainda, faz ameaças de sanções extras caso não o faça<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> O termo será utilizado genericamente para incluir diversas espécies de barganha (sobre o número e espécie de negociações, termos da sentença e seu cumprimento e semelhantes. Assim, para evitar imprecisões terminológicas, cumpre citar a definição de Castro (2019, p. 39): “*Plea* é simplesmente a declaração – de culpado, não culpado ou *nolo contendere* que o acusado presta em juízo; *plea bargaining* trata-se da prática de negociação, do processo de pactuação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; *plea bargain*”

<sup>40</sup> FEELEY, Malcolm M. *Plea Bargaining and the structure of the criminal process*. The Justice System Journal, v.7, n.3, (1982). P. 338-354

<sup>41</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007. P. 19

<sup>42</sup> Anote-se que a mera possibilidade ou receio de encarar uma pena maior, caso o acusado opte pelo trâmite regular do processo, não invalida o *plea agreement*, conforme consignado na sentença *Brady v. United States*, (397 US 742, 755, 1970): será considerado válido o *plea agreement* ainda que o indivíduo tenha aceitado sua pena para evitar a possibilidade de ser condenado à pena de morte. Ou seja, nos casos em que o acusado tenha tido a oportunidade de escolha – entre o acordo e o processo – é presumível que o acordo tenha se realizado voluntariamente, observando os elementos dispostos no art. 11, Federal Rules of Criminal Procedure. (WINTER, Lorena Bachmaier. *Justicia Negociada y Coerción: reflexiones a la luz de la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista General de Derecho Processual. N. 44, 2008). Ademais, quando a Suprema Corte confirmou a constitucionalidade do *Plea Bargaining* em 1970, escreveu: “Mas nossa visão é no sentido contrário e é baseada nas nossas expectativas de que cortes irão satisfazer a si mesmas de que admissões de culpa são voluntária e inteligentemente feitas por acusados competentes com aconselhamento adequado por advogado e que não há nada para duvidar da precisão e da confiabilidade das admissões dos acusados de que cometeram os crimes pelos quais foram denunciados” (*Brady v. US*, 397, 742, 758, 1970). Claramente se nota que o sistema adotado é uma grande precipício aos erros judiciais e condenação de inocentes, conforme conclui Albert Alschuler em “Um sistema quase perfeito para condenar inocentes.” *Albany Law Review*, v. 79, n. 03, 2016.

Normalmente o acordo se baseia na confissão<sup>43</sup> ou declaração de culpa do réu em relação a uma ou várias imputações e, em troca, a acusação abona algumas acusações (se houver mais de uma) e aceita que o réu se declare culpado de crimes de menor gravidade ou oferece prévia e determinada sentença ao réu<sup>44</sup>. Assim, há um pressuposto de concessão, em tese, mútua e bilateral entre as partes, perante a confissão do acusado quanto à(s) imputação(ões) com a renúncia ao direito de julgamento popular, visando a concessão de privilégios ou benefícios por parte da acusação, com a posterior análise do juiz<sup>45</sup>.

Logo após o período inicial de investigação, a promotoria oferece formalmente a acusação contra o arguido, que deverá presencialmente formalizar a *plea* em juízo. Nesta ocasião ele poderá declarar-se culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty*). Sendo possível, ainda, manifestar desinteresse em contrapor a acusação, sem que isso implique no reconhecimento de sua culpa (*nolo contendere*<sup>46</sup>), que tem efeitos semelhantes ao *guilty plea*, diferenciando-se somente em relação aos efeitos civis sobre os mesmos fatos<sup>47</sup>. Tal declaração (de culpa) é, *per si*, suficiente a motivar condenação, com a consecutiva anuência de sanção pelo juiz. Por outro lado, o denominado *alford plea* permite ao réu se submeter a sanção, mesmo que não abra

---

<sup>43</sup> Em relação ao tema da confissão e plea bargaining, interessante é o adendo realizado pelo autor Brandon L. Garrett em “Por que plea bargains não são confissões?”, o qual sugere que a confissão se dá de forma mais detalhada, com depoimentos que descrevem a persecução criminosa, que podem ter efeitos aos corréus, apresentando uma riqueza de detalhes maior do que o plea bargaining, que por sua vez se trata de mera “aceitação” dos fatos pelo acusado, sequer envolve admissões detalhadas de culpa, se limitando a satisfazer as elementares do tipo penal, sem extenso registro fático, geralmente, supervisionado por um juiz. Outra diferença citada pelo autor é o fato de que as admissões de culpa, que embasam o plea bargaining, sempre levarão a uma condenação.

<sup>44</sup> Federal Rule of Criminal Procedure 11(e). Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11) acesso em 04/08/2021

<sup>45</sup> No sistema processual norte-americano, o Tribunal (júri ou juiz singular) deve informar o acusado sobre a renúncia de direitos, além da própria voluntariedade presente nos casos de guilty plea e dirimir se há, de fato, elementos de convicção que levem à decisão. Porém, geralmente os Tribunais acabam “homologando” os acordos realizados entre acusação e defesa. Para maiores esclarecimentos e informações estão disponíveis no link: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-625-federal-rule-criminal-procedure-11e> acesso em 04/08/2021

<sup>46</sup> O nolo contendere plea prescinde de uma admissão que gerará efeitos ao caso, ou “o consentimento dado pelo réu de que ele pode ser punido como se ele fosse culpado e (como) um pedido de leniência.” Como resultado, tal admissão só surtirá efeito na esfera criminal, não podendo ser usada na esfera civil ou criminal subsequente. Conforme Brandon L. Garrett em “Por que plea bargains não são confissões?” Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 61-85

<sup>47</sup> LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38> acesso em 01/08/2021

mão de sua inocência, ou seja, ele não admite o ato criminoso, persiste na sua inocência, mas aceita o acordo, com o respectivo cumprimento. Diferente do *nolo contendere*, o acusado vai além de não contestar as acusações, ele abertamente declara sua inocência, apesar de acatar os termos do acordo<sup>48</sup>.

Já uma declaração de inocência (*not guilty*) desencadeará o processo tradicional (*trial*), que pode ser interpretado como a afirmação do acusado em usufruir de seu direito de presunção de inocência. Assim, instaura-se um processo perante o júri popular ou juiz singular, no qual o *prosecutor* deverá trazer além de indícios, provas sobre a acusação e responsabilização. Já nos casos de *guilty plea* ou *nolo contendere*, tem-se a aplicação da pena logo em seguida<sup>49</sup>.

Para além destas possibilidades, as táticas de negociação da barganha entre as partes poderão ocorrer em três níveis: *charge bargaining*, *sentence bargaining* e, ainda, *overcharging*.

A primeira delas diz respeito a negociação das imputações: em troca da confissão do acusado, a acusação sugere promover a alteração do tipo penal para um de menor potencial ofensivo. Cabendo ressaltar que no caso norte-americano, além da discricionariedade para iniciar ou não a ação penal, é disponível também ao órgão acusatório, a possibilidade de desistência da ação, seja por insuficiência de provas ou não contundência das mesmas e, ainda a desclassificação do tipo penal em outros de menor potencial ofensivo ou a diminuição da quantidade de imputações.

Já na *sentence bargaining*, o que ocorre é a negociação da sanção a ser declarada na sentença e posteriormente aplicada. A partir da confissão do acusado, o *prosecutor* recomenda uma determinada pena ao juiz para que possa ser culminada.

---

<sup>48</sup> Segundo Brandon, o que torna interessante o *alford plea* é como eles demonstram que a confissão ou admissão de culpa não precisam desempenhar papel numa condenação oriunda de um *plea bargaining*. Para o instituto citado, não há confissão ou admissão de culpa, nada além de base fática. Brandon L. Garrett em “Por que *plea bargains* não são confissões?” Artigo publicado no livro “*Plea Bargaining*”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. p. 61-85

<sup>49</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 37

Em que pese suas diferenças, não há proibição de aplicação de ambas simultaneamente. Não restando qualquer questionamento quanto a real intenção da *plea bargaining*, que é o encerramento antecipado do processo, atrelada à condenação menos gravosa do que a ocasionalmente “sugerida” pelo legislador. Entretanto, com isso, há clara inobservância do pressuposto fundamental da jurisdição: “o exercício do poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade”<sup>50</sup>. O que significa uma equivocada inserção do órgão acusador em um âmbito que deveria ser conferido ao Tribunal, que se encontra limitado a homologar o acordo entre acusação e defesa.

Assim, pode-se dizer, conforme entendimento de Albert Alschuler, que o *prosecutor* ocupa o papel de administrador, quando decide por descartar o caso valendo-se de outra alternativa para solucioná-lo e observa a *plea bargaining* como meio de obtenção de um número maior de condenações, o que, de acordo com o sistema que elege seus próprio promotores, é de extrema valia<sup>51</sup>.

Por fim e o mais problemático de todos, o *overcharging* consiste em uma espécie de negociação em que o promotor, após exceder o número de condutas perpetradas pelo arguido, “concorda” em diminuir estas acusações em troca da declaração de culpa do réu ou sua não contestação e/ou apelação nas demais imputações<sup>52</sup>. Noutras palavras, se traduz na ameaça (*bleffing*) de imputar crimes além daqueles cometidos pelo arguido, como se o promotor desintegrasse o crime principal em vários outros, oferecendo o benefício de retirá-los, caso o arguido confesse o cometimento da conduta que realmente deseja condená-lo.

Tal prática, segundo Alschuler, pode se dar de forma horizontal ou vertical. Horizontal quando várias imputações são destinadas a um único réu. O que foi

---

<sup>50</sup> LOPES JR, Aury. PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P.150-151

<sup>51</sup> ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3606&context=uclrev> acesso em 01/07/2021

<sup>52</sup> GRAHAM, Kyle. Overcharging. Santa Clara University School Of Law. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1609&context=facpubs> acesso em 01/07/2021



observado no estudo realizado pelo citado professor, é que os promotores usufruem desta prática para acumular imputações estranhas ao arguido, fazendo com que ele caminhe em direção à barganha do crime principal. O interesse do promotor é que o réu se declare culpado de algumas acusações, em troca da “desistência” das demais. Ou seja, o arguido é acusado por um número maior de crimes, como se sua conduta fosse destrinchada em várias outras, quando, na verdade, se trataria mais de uma relação de concurso aparente. Esta estratégia de negociação ocorre como se houvesse um benefício ao arguido, quando na realidade trata-se de uma condição ficta, já que com o desdobramento da conduta em diversos crimes o que se espera, na verdade é o acordo por um crime de menor potencial.

Já o *overcharging* vertical diz respeito a uma única acusação, porém em circunstâncias mais graves do que o razoável. Inserida nesta acusação “extravagante” estará a prática de menor potencial cometido pelo réu, na forma pela qual, de fato, o promotor intenta a condenação. Não há, aqui, pluralidade criminosa na acusação, o que se faz é elevar a imputação em termos de crime padrão da moldura, com circunstâncias mais graves, trazendo elementos que tornariam a conduta especialmente mais censurável e desvalorizando aqueles que, de qualquer forma, diminuiriam ou neutralizariam a ilicitude e até a própria culpa do arguido<sup>53</sup>.

Ambas as práticas são problemáticas em vários níveis. Originalmente, na imputação de crimes que sequer há provas contundentes de sua existência ou, ainda, na desproporcionalidade entre as consequências do fato e a sua punição. Uma terceira via preocupa-se também com as intenções subjetivas dos promotores ao imputarem aquilo que sequer existiu.

Porém, o “simples” fato de o acusador ameaçar imputar condutas adicionais se o acusado não aceitar o acordo, não configura viciade do ato, já que para se valorar a voluntariedade utiliza-se o meio subjetivo, ou seja a consciência do acusado em aceitar o acordo e o meio objetivo, que tem em consideração os fatos e suas circunstâncias. Logo, considera-se que o acordo foi realizado de forma “voluntária”

---

<sup>53</sup> ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3606&context=uclrev> acesso em 01/07/2021

sempre que houver base fática suficiente para embasar imputações extras. Tal prática de ameaça pelo *overcharging* é aceita pela Suprema Corte como algo inserido na negociação, podendo realizar negociação da pena e também das imputações apresentadas<sup>54</sup>.

Seguindo a lógica das negociações, estas se mostram mais arbitrárias nos casos em que a acusação possui provas pouco convincentes ou naqueles em que a defesa ou o próprio arguido se recusam a negociar. Nestas ocasiões, paradoxalmente, o *prosecutor* deve “apelar” cada vez mais para o fechamento do acordo. O paradoxo deve-se ao fato de que geralmente pessoas mais envolvidas na criminalidade, que seriam condenadas à penas mais graves, são mais beneficiadas do que aquelas que possuem menor envolvimento e, conseqüentemente, por não aceitarem o acordo, ou pelas poucas evidências colhidas pela promotoria, correm o risco de receberem penas exorbitantemente elevadas.

Nesta altura, o ponto notoriamente crucial e conseqüentemente alvo de críticas é a disparidade de armas que se encontram acusação e defesa, já que esta tem o poder de diminuir, alterar ou ampliar as acusações (com o intuito de levar o acusado à realização do acordo), permitindo que detenha mecanismos e meios demasiadamente poderosos em troca de uma confissão, única “redenção” e arma do próprio acusado. Se cria, portanto, uma ilusão de igualdade, de possibilidade de acordo perante iguais, quando na verdade o que existe é uma negociação frente a gigantes e pigmeus.

Diferentemente deste modelo, na investigação oficial, neste caso representada na figura do promotor, funciona também como um órgão que, assim como o julgador, deve decifrar o que ocorreu, novamente baseando-se na finalidade processual da busca da verdade material e, ainda, guiados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Nestes casos, a verdade é orientada pelo próprio

---

<sup>54</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Justicia Negociada y Coerción: reflexiones a la luz de la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista General de Derecho Processual. N. 44, 2008.

promotor, não sendo objeto de negociação ou sofrer qualquer tipo de comprometimento<sup>55</sup>.

Por mais que os adeptos da *plea bargaining* defendam que a negociação pressupõe a participação do arguido na definição do caso e na escolha de suas consequências, parecem ignorar que tal acordo ocorre cercado de pressão, trazendo o completo esvaziamento de seus direitos e garantias processuais que, inclusive, são utilizados como moeda de troca na solução do caso<sup>56</sup>.

A abdicação não só de garantias relacionadas à declaração de culpa vem ampliando, cada vez mais, o rol desses direitos “descartáveis”, concluindo-se que aquele sistema, tenta preservar a figura do acordo custe o que custar<sup>57</sup>, causando desdobramentos problemáticos em nível de direitos fundamentais, como se aprofundará mais adiante.

### **2.3. A tendência brasileira e olhar crítico sobre as propostas de ampliação *lege ferenda***

A crise do sistema penal instalada no Brasil por alguns dos seguintes motivos: enquanto o processo civil evolui sua vertentes para a oralidade, o processo penal insistiu na forma arcaica de reduzir a termo todo e qualquer acontecimento dos atos processuais; não há meios materiais, humanos e científicos suficientes para suprir e absorver toda a demanda criminal, sejam de quantidade ou qualidade; as reformas nunca abordaram, especificamente, estes campos, mas tão só “reclamações momentâneas e partidárias, sem atacar os verdadeiros problemas estruturais”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38> acesso em 01/08/2021

<sup>56</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 116

<sup>57</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 117

<sup>58</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295

Considerando o atual texto constitucional, pode-se verificar em algumas passagens a necessidade de uma rápida prestação jurisdicional, justificada pela dignidade da pessoa humana, pela razoável duração do processo<sup>59</sup> e, ainda a determinação de criação dos juizados especiais<sup>60</sup>, que conferiu legitimidade à transação no ordenamento brasileiro. Buscando dar efetividade a tais previsões, a inauguração da Lei 9099/95 criou um “microssistema” na legislação brasileira, permitindo promover a celeridade e eficiência na condução dos fatos criminais, através da justiça negocial com o surgimento da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Mais recentemente, com o denominado “Pacote Anti Crime”, outra modalidade foi criada com a mesma intenção: o acordo de não persecução penal, com previsão no Código de Processo Penal, em seu art. 28-A.

Embora os mencionados institutos negociais apresentem diferenças entre si, é possível notar um ponto em comum: além de romperem os paradigmas do *nulla poena sine iudicio*, a concordância do réu em aceitar a acusação consentindo, também, com o cumprimento das medidas impostas<sup>61</sup>. O que se intenta no presente momento textual não é destrinchar a fundo os requisitos e condições dos institutos existentes no Brasil, como a composição civil dos danos, a transação penal, suspensão condicional do processo, a delação premiada ou o acordo de não persecução penal, mas pincelar suas características essenciais como exemplos de espaço de consenso no atual processo penal pátrio.

Os institutos previstos na Lei 9.099/95 tratam-se de espaços de consenso limitados à baixa criminalidade, as chamadas “infrações de menor potencial ofensivo”, caracterizadas pela pena máxima cominada de até dois anos. Em suma, têm seus julgamentos iniciados na fase preliminar, com a lavratura do termo circunstanciado pela Autoridade Policial, que direciona as partes (autor do fato e

---

<sup>59</sup> BRASIL. Constituição Federal 1988. Art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 10.03.2021

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição Federal, 1998. Art. 98, inciso I. Disponível na íntegra em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 10.03.2021

<sup>61</sup> 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. p. 101

vítima) ao Juizado Especial onde ocorrerá audiência preliminar, oportunidade em que é possível realizar a composição civil dos danos e a transação penal. Frustrada esta tentativa, é possível o oferecimento da acusação com a respectiva audiência de instrução, momento no qual serão produzidas provas e concluído o caso com seu julgamento. Na ocasião desta segunda audiência, após o recebimento da denúncia, é possível a propositura de suspensão condicional do processo.

Adentrando especificamente a cada uma destas espécies, Scarance Fernandes aduz que a composição civil dos danos veio para romper “com a tradicional orientação legislativa de impedir que, no processo criminal, pudesse ser solucionada a questão civil atinente à reparação do dano”<sup>62</sup>. Logo, a lei conferiu competência ao juiz criminal para dirimir sobre questões cíveis, justamente para que houvesse uma prestação à vítima mais rápida e mais eficaz, adotando a reconciliação como meio de proporcionar a reconstrução da conjuntura social.

O referido instituto encontra-se previsto nos artigos 72 a 74 da Lei 9099/95. Sua realização se dá em momento pré-processual na primeira audiência preliminar e, caso frustrada, deve haver uma segunda tentativa no início da audiência de instrução e julgamento, com o intento de solucionar o conflito através do diálogo entre as partes (obrigatoriamente acompanhada de seus advogados), supervisionado pelo juiz (ou conciliador).

Concluído o acordo, o termo é homologado, ganhando status de sentença irrecorrível, que produzirá como efeito a impossibilidade (através da renúncia) de futura representação ou queixa, levando à extinção de punibilidade do acusado. Por outro lado, caso infrutíferas as tentativas de composição, a vítima terá a oportunidade de realizar representação verbal, que também deverá ser reduzida a termo, devendo este direito de representação se estender ao ofendido, em caso de queixa.

Assim, a composição civil dos danos se trata de um acordo de reparação realizado entre ofendido e autor do fato, em momento que antecede o processo penal.

---

<sup>62</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. O consenso na Justiça Penal. Revista da AJUFE, Brasília, nº 59. 1998, p. 64 IN ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 163

A lei dotou o juiz criminal de competência para tratar de questões extrapenais visando a ágil reparação dos danos sentidos pela vítima de uma infração de menor potencial ofensivo. Desta forma, o instituto nasce com o fundamento de oferecer às partes a oportunidade de dialogar, fomentando a participação da vítima, dando suporte para uma possível e eventual reparação do dano, assim como para conciliação como meio de obtenção da justiça.

Já transação penal é o instituto brasileiro que mais se assemelha com a *plea bargain* estadunidense<sup>63</sup>, na modalidade *nolo contendere*, já que não há reconhecimento de culpa por parte do acusado<sup>64</sup>. Ela caberá quando a tentativa de composição civil dos danos se demonstrar infrutífera, oportunidade em que o Ministério Público, frente ao preenchimento dos requisitos legais<sup>65</sup>, deverá propor “aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa”, conforme trata o art. 76<sup>66</sup>, da Lei 9.099.

---

<sup>63</sup> Embora, sem dúvidas, existam diferenças pertinentes entre a transação e o *barganha* norte-americana, ambas possuem a mesma essência, viabilizando a identificação de pontos em comum. Algumas características distintivas são suscitadas por Rosimeire Leite: “Na transação penal, porém, não há uma discussão sobre autoria e materialidade delitivas. Não são analisadas provas, mas tão-somente os requisitos legais para a admissão do instituto. (...) Em nenhum momento há definição acerca da culpabilidade ou qualquer motivação direcionada para essa matéria. Toda a configuração do instituto conduz para a ideia de que o consenso do autor do fato não representa uma admissão de culpa e que não se pode inferir, da decisão judicial, um pronunciamento de tal natureza.” Para maiores esclarecimento sobre as existentes diferenças, ver: LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 162/165. No mesmo sentido Scarance Fernandes, citado por Flávio Andrade: “Não se identifica com os institutos do *guilty plea* ou do *plea bargaining*, pois não há aceitação da culpa, nem há conciliação entre o Ministério Público e a defesa com a finalidade de se obter uma confissão do réu em troca de alguma vantagem, como a acusação por um crime menos grave ou de um número menor de crimes”. (ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 165)

<sup>64</sup> GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES Antonio S.; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais Criminais IN 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. p. 103: “Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil”. Isto justificaria a ampla e indiscutível aceitação da transação penal no Brasil, pois entende-se que, desta forma, não estaria prejudicada a presunção de inocência.

<sup>65</sup> Os requisitos necessários podem ser verificados nos artigos na Lei 9099/1995. Suscintamente, caberá o oferecimento da transação penal nos casos de infrações de menor potencial ofensivo que não ultrapassem os 02 anos de prisão e a satisfação de alguns elementos, resumidos em: “não poder ter sido condenado definitivamente à pena privativa de liberdade por prática de crime, o autor do fato também não deve ter efetuado outro acordo semelhante nos cinco anos anteriores. (...) Por fim, analisa-se a personalidade do acusado e as circunstâncias fáticas da conduta ilícita.” 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. p. 104-105

<sup>66</sup> BRASIL. Lei Nº 9.099/95. Art. 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.” O conteúdo

O procedimento resume-se na realização de acordo entre acusado (obrigatoriamente acompanhado de seu defensor) e o titular da ação penal, em que o imputado concorda com a aplicação imediata da pena (restritiva de direitos ou multa – sempre sanções alternativas à prisão), com o intuito de esquivar-se do processo e atender ao *jus puniendi*<sup>67</sup>. Importante frisar que o acordo é realizado antes mesmo do recebimento da denúncia, com isto, é evitado o processo e tem-se uma aplicação rápida da punição, com corte de despesas de recursos, beneficiando, em tese, ambas as partes: o Ministério Público pela desistência da ação penal na justiça comum e o acusado pelo cumprimento imediato da pena sem que se submeta ao conflito criminal<sup>68</sup>.

Cumprir também a natureza jurídica que possui o acordo. Entendia a doutrina majoritária se tratar de direito subjetivo do acusado, logo, se preenchidos os requisitos, automaticamente deveria ser proposto a ele o acordo, não cabendo eventual discricionariedade do Ministério Público. Porém, tal entendimento vem perdendo força, prevalecendo nestas situações de discordância do promotor, a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para que ele possa decidir<sup>69</sup>, definitivamente, como prosseguir. Cabe explicitar a incoerência que seria o magistrado interferir sobre o oferecimento do acordo, sobre sua proposta e aceitação, sob pena de ferir o próprio sistema acusatório adotado pelo sistema penal brasileiro.

Por fim, cumpre salientar que, com o intuito de vedar a punição de inocentes, somente pode se aplicar o instituto em tela em casos em que houver mais que indícios, um acervo probatório suficiente para indicar que o acusado praticou fato de menor potencial ofensivo e, ao final de um eventual processo, seria condenado. Desta forma, em suma, “a transação criminal se constitui em um ato processual bilateral, resultado do consenso entre a acusação e a defesa, segundo o qual o autor do fato se

---

do artigo na íntegra se encontra disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) acesso em 09.03.2021.

<sup>67</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 158.

<sup>68</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.165

<sup>69</sup> Em paralelo ao artigo 28 do Código Processual Penal brasileiro. Sobre o assunto, súmula 696 que trata sobre a possibilidade de remessa ao Procurador Geral República nos casos de suspensão condicional do processo, mas que deve se estender à transação.

submete ao cumprimento de uma sanção alternativa – multa ou restritiva de direitos - , como estratégia defensiva, no exercício de seu direito de defesa, sem que a aceitação tenha os mesmos efeitos de uma condenação comum.”<sup>70</sup>

Por seu turno, a suspensão condicional do processo<sup>71</sup>, nas palavras de Cláudio José Pereira pode ser “considerada como principal expoente da iniciativa consensual no direito brasileiro”. O chamado SURSIS processual ocorre nos casos em que a pena mínima cominada seja menor ou igual a um ano, abrangendo crimes para além das infrações de menor potencial ofensivo, em contraposição à transação penal que tem cabimento em infrações cuja pena máxima não ultrapasse dois anos de prisão.

Para ser aplicado, o acusado também deve atender a determinados requisitos, como o de não estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime. Diante destas circunstâncias, a partir do consentimento do acusado, ocorrerá a suspensão condicional do processo pelo período de 02 a 04 anos, que será o prazo de período de prova, devendo, durante este ínterim, respeitar e cumprir determinadas condições<sup>72</sup> impostas judicialmente. Com o cumprimento das condições estabelecidas, é decretada a extinção de punibilidade<sup>73</sup> do autor do fato.

O denominado SURSIS processual deverá ser proposto juntamente com o oferecimento da denúncia, sendo posteriormente recebida pelo magistrado e

---

<sup>70</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 332

<sup>71</sup> BRASIL. Lei Nº 9.099/95. Art. 89: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) acesso em 09.03.2021.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei Nº 9.099/95. Art. 89, § 1º: “Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) acesso em 09.03.2021.

<sup>73</sup> BRASIL. Lei Nº 9.099/95. Art. 89, § 5º: “Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) acesso em 09.03.2021.



designada audiência para formalização das condições a serem impostas ao imputado. A denúncia é oferecida pois não se sabe se o acusado aceitará a suspensão, nem se o juiz a homologará: “Não se menospreza o princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois esta foi exercida e continuará até o final, mas o que ocorre é a modificação provisória do curso ordinário da ação e da pretensão, com a possibilidade de tornar-se definitivo com o cumprimento das condições”<sup>74</sup>. Com a suspensão, a pretensão muda, pois não se buscará mais uma condenação, mas sim toma um direção provisória durante o cumprimento das condições impostas e, em caso de descumprimento, autoriza reviver a pretensão originária<sup>75</sup>.

Em relação ao oferecimento do benefício, cabe a mesma discussão já tratada em sede de transação penal: possibilidade ou obrigatoriedade. E, no mesmo sentido, segue o entendimento de que, caso não proposto pelo Ministério Público (ainda que preenchidos todos os requisitos pelo acusado), os autos devem ser remetidos ao Procurador Geral de Justiça para que seja firmado entendimento, conforme súmula 696<sup>76</sup>.

Bem como na transação penal, não há na suspensão do processo, uma manifestação de culpabilidade do acusado, como há no *plea bargaining*. Porém, tanto a suspensão condicional do processo, quanto a transação assemelham-se ao *nolo contendere* que “consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência”<sup>77</sup>.

Para haver a sentença condenatória, assim como seus efeitos (reincidência, execução da pena, etc.) é necessária a existência de um juízo de culpabilidade,

---

<sup>74</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 369

<sup>75</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 368-369

<sup>76</sup> Sobre o assunto, súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.” Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666> acesso em 13.03.2021

<sup>77</sup> GOMES, Luiz Flávio. Suspensão Condicional do Processo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997, p. 126 IN ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. P. 175

realizado por juiz imparcial, e não pelas partes. E este juízo de culpabilidade não pode ser decretado sem a produção contraditória da prova e da ampla defesa<sup>78</sup>, garantidos constitucionalmente. Noutras palavras: “A aceitação do consenso ocorre por meio de uma sentença homologatória da manifestação volitiva das partes. Não se trata de uma sentença condenatória, nem de absolvição, pois não houve investigação total, acusação e nem instrução contraditória, como se tem afirmado”<sup>79</sup>. E é por este motivo que, após a realização e cumprimento destes “acordos”, não há sentença penal condenatória, mas sim, extinção da punibilidade ou extinção do processo.

Tais possibilidades de resoluções antecipadas do processo possuem em comum alguns pontos: a aceitação do acusado em cumprir as obrigações a ele impostas, diante da renúncia à defesa (apesar de acompanhado da mesma em todos os atos), cedendo seu espaço de resistência, anteriormente ocupado no âmbito conflitivo.

Ademais, cumpre destacar que as zonas de consenso apresentadas não ferem princípios constitucionais, já que o próprio texto constitucional autoriza o legislador ordinário a regular sobre transações criminais. Assim, permanece com vigor o princípio da legalidade em detrimento do princípio da oportunidade pura. Ou seja, embora utilize-se do consenso e de sua possibilidade – e não obrigatoriedade – não se trata de ocorrência do princípio da oportunidade, já que os parâmetros e limites estipulados às partes (acusação e defesa) encontram-se pautados em lei. O legislador previu as hipóteses de quando o acusador poderá não exercer a pretensão punitiva, optando por uma alternativa, ocasião em que a defesa poderá ou não aceitar a concessão feita<sup>80</sup>. E por este motivo, a abrangência dos institutos negociais deveriam limitar-se ao âmbito da pequena criminalidade, afastando propostas de expansão.

Entretanto, não foi o observado na legislação pátria. Antes da aprovação do Projeto de Lei 156, que trata da Novo Código de Processo Penal, este espaço, antes

---

<sup>78</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 331

<sup>79</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 334

<sup>80</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 332

delimitado às infrações de menor potencial ofensivo (baixa e pequena criminalidade), passou a ecoar também em crime abrangidos pela “média” criminalidade, como o é a delação premiada e recentíssimo acordo de não persecução penal<sup>81</sup>, o qual abrange crimes com pena mínima inferior a quatro anos.

Conforme consta da Lei 12.850, a colaboração premiada consiste em uma “técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de uma dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal”<sup>82</sup>.

Trata-se de um acordo realizado entre o investigado (ou acusado) e o Ministério Público no qual é negociada a concessão de benefícios na responsabilidade ou pena do colaborador, o qual se compromete a confessar os delitos por ele cometidos, assim como cooperar voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, permitindo que os órgãos investigadores com a incumbência da persecução penal, alcancem provas propriamente ditas<sup>83</sup>.

Ou seja, a colaboração funciona como um negócio jurídico que visa coibir e infiltrar na organização criminosa como instrumento de política criminal no processo penal sendo meio de obtenção de prova, ou seja, insuficiente para embasar um decreto condenatório baseado somente nas confissões do colaborador.

Assim deve ser concebida a colaboração premiada como um benefício a favor e disposição dos acusados, no qual os corréus não poderão ser condenados com base somente nas declarações colhidas durante a colaboração, as quais, por si só,

---

<sup>81</sup> O acordo de não persecução penal já era previsto no art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), conforme apontado acima.

<sup>82</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Especial Criminal Comentada. 4ª Edição. Editora JusPodivm, Salvador, 2016, p. 520

<sup>83</sup> MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial: novos e múltiplos olhares.” Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56> Acesso em 20/06/2021

enquanto qualquer confissão, só terá eficácia *obiter dictum*, devendo ser corroborada por provas arrecadadas e provenientes a partir dela<sup>84</sup>.

O instituto da colaboração encontra-se previsto, no caso do ordenamento brasileiro, na Lei de Organizações Criminosas n. 12.850/13, a qual instituiu esta espécie de negócio jurídico em que o Ministério Público possui algumas opções de benefícios, novamente pautados pela legalidade, para que seja realizada a negociação com o colaborador, utilizadas de acordo com a importância das informações trazidas pelo beneficiário.

O colaborador, segundo a referida lei, deve ser integrante, ainda que informalmente, de uma organização criminosa, sendo esta composta por quatro ou mais indivíduos, estruturalmente ordenados, caracterizados pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter alguma vantagem, de qualquer natureza, a partir do cometimento de infração penal com pena superior a quatro anos ou de caráter transnacional.

O acordo, portanto, consiste num consenso, num negócio jurídico voluntário, no qual a confissão da conduta criminosa do colaborador é condição *sine qua non* para a sua concretude, sigiloso perante terceiros, ou seja, seu conteúdo integral somente pode ser acessado por suas partes, como forma de proteção do próprio colaborador, assim, conseqüentemente, também não poderá ser impugnado por terceiros. Ademais, o colaborador deve ser acompanhado de assistência jurídica em todos os atos que constituem o acordo, o que, segundo alguns autores, justificaria o afastamento de determinadas garantias legais do acusado.

Após sua realização, o acordo é submetido ao controle jurisdicional, à homologação do magistrado, oportunidade em que este analisará os aspectos formais do acordo, atinente ao seu conteúdo, ficando também vinculado ao mesmo. Porém, calha destacar que em havendo cláusulas abusivas, limitadoras de direitos fundamentais ou constitucionalmente previstos, as mesmas poderão ser objetadas pelo juiz, funcionando como filtro de legalidade.

---

<sup>84</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 78

E as inovações legislativas consensuais não pararam por aí. A recente aprovada Lei 13.964/2019<sup>85</sup>, denominada “Pacote Anti Crime”, trouxe, dentre outras alterações, a figura do acordo de não persecução penal ou “ANPP”.

O referido acordo terá espaço quando preenchidos os requisitos impostos no art. 28-A<sup>86</sup> do Código de Processo Penal, quais sejam: mediante a confissão do arguido, nos fatos sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 04 anos<sup>87</sup>, desde que o acusado não seja reincidente, sem habitualidade criminosa, além de não ter sido beneficiado com outro instituto semelhante no prazo de 05 anos, o Ministério Público poderá propor acordo desde que suficiente para repressão e prevenção do delito, mediante as condições dispostas no referido artigo. Ou seja, não é a pena objeto do acordo, mas sim obrigações a serem adimplidas pelo acusado.

Como nas demais transações e negociações citadas, em caso de entendimento pela não propositura do acordo, os autos deverão ser remetidos ao Procurador Geral

---

<sup>85</sup> Insta salientar que a referida lei alterou o procedimento de arquivamento de Inquérito Policial. Segundo a redação do art. 28 do CPP, determinado o arquivamento do IP, o Ministério Público comunicará à vítima, investigado e à Autoridade Policial e remeterá os autos para uma instância ministerial de revisão com o fito de sua homologação, nos termos da lei. Diferente da temática antes tratada, o juiz deixa de ser aquele que aprecia o pedido de arquivamento proposto pelo Ministério Público. Ou seja, com a vigência da Lei 13.964/2019, o pedido de arquivamento não é mais endereçado ao juiz, senão que, de fato, determina o arquivamento, sem intervenção do Poder Judiciário.

<sup>86</sup> BRASIL. Código Processual Penal. Art. 28-A: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); V - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) acesso em 09.03.2021.

<sup>87</sup> “Maior amplitude de abrangência devido a quantidade de crime que abrangerá. Segundo o levantamento da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de 23 de janeiro de 2020 (data em que a lei “anticrime” entrou em vigor) a 16 de março de 2020, somente este órgão firmou 1.043 acordos de não persecução penal. Os crimes mais recorrentes foram estelionato majorado, uso de documento falso, moeda falsa e crimes contra o meio ambiente.” Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-celebra-mais-de-2-mil-acordosde-nao-persecucao-penal> acesso em 17.03.2021.

da República para decisão. Cumpre salientar que a própria Resolução nº 181/2017 do CNMP aderiu o princípio da chamada oportunidade regrada, em que o Ministério Público poderá realizar acordos quando verificados determinados requisitos e, por isso, não haveria discricionariedade do órgão acusador, perante a objetividade exigida na Resolução.

O acordo de não persecução penal diferente do modelo norte-americano, não substitui o processo criminal, surgindo como um mecanismo extraprocessual de resolução do conflito. A partir de tal característica é possível traçar a primeira diferença entre a recente solução brasileira e o *plea bargaining*: este é realizado dentro do processo criminal, sob risco de uma sanção advinda de uma sentença condenatória, enquanto o ANPP se dá em momento pré-processual, extraprocessual, tentando apenas evitar a demanda criminal, sem qualquer automaticidade em relação à pena.

Ademais, o acordo brasileiro ora analisado, não possui coercitividade e representa espécie de acordo de não denúncia, motivo pelo qual não versa sobre penas, e sim, condições livremente pactuadas entre os acordantes. O acordo não modifica a estrutura do processo penal brasileiro, apenas oferece uma oportunidade extrajudicial de consenso na justiça criminal, que tem como consequência o arquivamento do procedimento investigativo por ausência de interesse de agir<sup>88</sup>. E por este motivo igualmente não pode embasar decreto condenatório<sup>89</sup>. Tanto é assim que, em caso de descumprimento das condições impostas no acordo, a única contrapartida contra o acusado é o oferecimento da denúncia ou continuação do processo e não sua execução<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias. Acordo de não persecução penal: confusão com o plea bargaining e críticas ao Projeto Anticrime. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, 2019. p. 235-254.

<sup>89</sup> SANTOS, Mauro Guilherme Messias. Acordo de não persecução penal: confusão com o plea bargaining e críticas ao Projeto Anticrime. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, 2019. p. 235-254.

<sup>90</sup> Assim como ocorre nas transações penais. Sobre o assunto a súmula vinculante nº 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953> acesso em 15.03.2021

Para que ocorra a realização do acordo de não persecução, deve haver o mínimo de indícios suficientes de nexos entre o fato e seu autor, formando, desta forma, a *opinio delicti* no Ministério Público, tornando a confissão do acusado somente uma das condições de se evitar a denúncia e não sua única motivação. Caso contrário, ao menor sinal de imprecisão sobre a atribuição do fato à pessoa do acusado, a via do arquivamento ou instrutória deverão prevalecer.

Assim, a confissão é “requisito para se evitar uma denúncia, e não um início de prova em desfavor do acordante a embasar uma ação penal pública, configurando violação ao princípio geral do direito *venire contra factum proprium* (vedação do comportamento contraditório) qualquer uso inquisitorial ou acusatório de uma confissão obtida para fins estritamente consensuais.” Em suma, perante a confissão do acusado, caso o acordo não se celebre por qualquer motivo, ela não poderá ser usada contra o próprio acusado em caso de futuro oferecimento da denúncia. Embora necessária a confissão para concretização do acordo, ela não será valorada como elemento probatório no acordo, nem em eventual relação processual que poderá se formar em caso de descumprimento das condições estabelecidas.

Ao optar por referir à “confissão formal e circunstanciada”, a nova lei determinou que o relato sobre os fatos deve se dar de forma completa e minuciosa acerca dos detalhes do crime. Desta forma, a confissão serviria para proteger o acusado, evitando a realização de acordos que não tenham o mínimo de embasamento fático. Porém, considerando o art. 5º, LXIII da Constituição Federal, o acusado não pode ser “obrigado” a se autoincriminar ou produzir prova contra si, justamente o que acontece na confissão exigida no acordo de não persecução penal. Disto, decorre a discussão sobre a própria constitucionalidade de tal requisito, já que não se afere o mérito desta confissão, mas somente a sua voluntariedade quando da audiência de formalização do acordo. Entretanto, isto não significa que qualquer inocente, ou um indivíduo que tenha cometido crimes de menor gravidade, confesse por receio de eventual condenação, se verificando uma confissão falsa.

Embora inaugurado em um sistema majoritariamente acusatório, o acordo de não persecução traz uma peculiaridade ao permitir que o magistrado, ainda que

distante da formulação do acordo, possa entender suas condições como “inadequadas, insuficientes ou abusivas”, podendo remeter os autos ao Ministério Público para reformulação da proposta, com a anuência do investigado e defensor. E no caso de serem mantidas, o juiz poderá entender pela não homologação do acordo. Desta decisão cabe recurso em sentido estrito, segundo preceitua o art. 581, XXV do CPP<sup>91</sup>.

Em suma, o acordo de não persecução penal em muito se assemelha à figura da transação penal, sendo esta cabível a delitos de menor potencial ofensivo e aquele à média criminalidade. Ambos se dão numa fase pré-processual. Tanto os dois institutos como a suspensão condicional do processo não geram reincidência, apenas impedem o arguido de receber o benefício novamente no prazo de 05 anos. Nucci<sup>92</sup> delimita bem a caracterização do ANPP ao sintetizar que tal mecanismo se difere da transação penal por ter como requisito a confissão do acusado e, por outro lado, se distancia também do *plea bargain* por ocorrer em fase pré-processual e possuir “sentença” de caráter homologatório com a extinção da punibilidade sem a condenação e seus efeitos observados no direito estadunidense. Ademais, não há no instituto brasileiro uma imposição de pena (já que sequer houve contraditório e ampla defesa), mas sim imposição de condições alternativas à pena.

É inegável a expansão das tentativas de implementação do consenso no processo penal brasileiro. Verifica-se uma gradação a cada instituto criado. Inicialmente com penas até 01 ano e hoje superando os 04 anos. Nesse sentido, o Projeto de Lei 8045/2010, do Novo Código de Processo Penal, em seus artigos 283 e 284, trouxe a introdução do procedimento sumário aplicado ao Processo Penal, prevendo a criação de acordo proposto pelo Ministério Público para aplicação imediata da pena, caso sejam observados alguns requisitos, dentre eles, a confissão do acusado.

---

<sup>91</sup> MASI, Carlos Velho. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA POLÍTICOCRIMINAL DE DESPENALIZAÇÃO DOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO. Revista da Defensoria Pública RS. 26ª Edição. P. 264-293.

<sup>92</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 60.



Partiremos então, neste momento, ao exame descritivo e questionador do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal<sup>93</sup> (Projeto de Lei do Senado n° 156/2009<sup>94</sup>, já aprovado na Câmara dos Deputados no PLC n° 8045/2010).

Em seu art. 283 traz, a partir da confissão do acusado, um rito abreviado que permitirá a resolução do conflito através de acordo para aplicação da pena mínima ou com a redução de 1/3. O Capítulo III do Projeto trata do procedimento sumário, com o surgimento da “aplicação imediata da pena”, nas ocasiões em que esteja presente a confissão do acusado, nos casos em que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse 08 anos. Este instituto se difere dos demais apresentados até o presente momento por se tratar de uma verdadeira condenação com dosagem (redução) da pena realizada pelo magistrado com todos os efeitos decorrentes como a reincidência, por exemplo, diferente dos demais institutos transacionais que se concluíam na extinção do processo ou da punibilidade<sup>95</sup>. Vejamos:

### CAPÍTULO III

#### DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Art. 283<sup>96</sup>. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

---

<sup>93</sup> Em que pese exista em tramitação também o Projeto de Reforma para o Novo Código Penal (PLS 236/12), o presente estudo focará somente no Projeto do Novo Código de Processo Penal, já que a temática da transação ora analisada envolve especificamente mais questões processuais.

<sup>94</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n° 156/2009. Reforma do Código Processual Penal brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645> acesso em 17.03.2021.

<sup>95</sup> Comitê de análise do projeto de novo CPP. Comissão de acompanhamento legislativo e prerrogativas institucionais Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça - CNPG 2011. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o Novo CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf> acesso em 17.03.2021

<sup>96</sup> PARECER N° 1.636 de 2010. COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Texto disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf> acesso em 18.03.2021

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

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

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

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

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

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Tal previsão vem dividindo opiniões doutrinárias entre aqueles que entendem que a inovação legislativa trará celeridade ao sistema criminal e aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do novel instituto argumentando que os direitos

fundamentais restariam feridos, como a presunção de inocência, contraditório e ampla defesa<sup>97</sup>. Defendendo a proposta, a Comissão de Juristas se posiciona:

“De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.”<sup>98</sup>

Lado outro é o posicionamento das últimas movimentações legislativas, na qual houve, inclusive, mudança na redação do relatório original pelo parecer do relator do PLS o qual, frente a tamanhas críticas tentou revisar o seu conteúdo. Desta forma, o parecer 1.576/2013 propôs a exclusão da barganha, pelo fato de ser incompatível pela alocação no Código Penal que trata de conteúdo material, bem como pela “difícil compatibilização com a cultura institucional do Brasil”<sup>99</sup>.

Além destas discussões, verifica-se no próprio texto legal algumas lacunas a serem contornadas pelo legislador a fim de se evitar equívocos quando da sua aplicação, como qual seria a espécie de confissão aceita para a aplicação imediata da pena? A confissão qualificada ou simples, total ou parcial? Apesar de parecer ser

---

<sup>97</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 207

<sup>98</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. p.21.

<sup>99</sup> “Todavia, julgamos tratar-se de um instituto de difícil compatibilização com a cultura institucional brasileira. O plea bargain funciona numa sociedade fundada como contrato social. Não é o caso do Brasil. Como repetidamente dizia o senador Nabuco de Araújo no século XIX, nossa democracia se fundou sobre o princípio da autoridade, e não do contrato. (...)Portanto, julgamos que ainda não é o momento. Além disso, é matéria processual. Estaria mal situada em um código penal.” Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516414&disposition=inline> p. 132 acesso em 01/08/2021.

incoerente que a confissão parcial resulte na aplicação imediata da pena, sendo mais prudente e coerente conceder o instituto somente ao réu confesso de forma integral.

Vinicius Vasconcellos sistematiza 06 problemáticas que deverão ser vencidas para que se “reduza os danos” de eventual publicação da nova lei. Dentre elas, cita: (a) a natureza jurídica do instituto, se será um dever do acusado ou uma possibilidade do Ministério Público<sup>100</sup>; (b) a necessidade da publicidade das negociações, evitando acordos informais, conferindo possibilidade de controle dos atos; (c) momento de efetivação da negociação, qual o momento processual propício para tanto; (d) sobre a postura do julgador se deverá ser ativa ou passiva ou se deve intervir diretamente no acordo ou permanecer equidistante; (e) quanto a homologação judicial do acordo, se deverão ser analisados requisitos somente procedimentais, objetivos, ou se haverá espaço para considerações de mérito; (f) possibilidade de interposição de recurso frente ao acordo negociado.

Outra incoerência pode ser sentida em relação ao propósito do instituto e sua aplicação. Ora, se com a reforma se pretende uma celeridade e eficácia, porque deixar transcorrer todo o procedimento, com todas as suas etapas, para somente na instrução (momento da confissão) ter-se a aplicação imediata da pena? É questionável a possibilidade de aplicação do instituto antes da instrução, porém não há esclarecimento no referido artigo sobre este ponto. Problemático ainda o é “por supor o término sumário do julgamento mediante a supressão da audiência de instrução, esse mecanismo impossibilita o correto desenvolvimento da dialética processual e, por conseguinte, viola o imperativo de que o pronunciamento judicial seja perfilhado por elementos probatórios confiáveis. (...) O que ocorre, nesse sentido, é a primazia dos elementos de informação coligidos na investigação preliminar (unilateral, discricionária e, geralmente, sigilosa), resultando, assim, num processo fundamentalmente inquisitório.”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> E vencer, finalmente, a questão que se coloca desde a discussão das transações previstas na Lei 9.099/95. 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. p. 134

<sup>101</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE

Em suma, a configuração deste novo processo sumário ou “rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida” traz uma imposição de pena sem o devido processo legal condenatório. Com o novo rito, frente a confissão do acusado será imposto decreto condenatório no limiar mínimo. Porém, para isso, exige-se a confissão e a dispensa da produção de provas. Logo, o intuito seria “agilizar o início do cumprimento de pena nesses casos em que a solução pode ser moldada pelo consenso alicerçado na admissão de culpa”<sup>102</sup>. Ou seja, a novidade legislativa tem maior valor na consequência prática da confissão, que antes (hoje) era tida como mera atenuante, ganhando status de “agilizadora” da aplicação da pena (mínima).

O que se busca com as reformas trazidas pelo projeto do novo *códex* é a construção de um Código Processual Penal “mais ágil, célere, eficaz e justo”, como forma de sanar a “necessidade de eficácia punitiva estatal”, já que “vive-se um momento de violência amplamente disseminada em nossa sociedade”, conforme a própria exposição de motivos do futuro Código traz. Desta forma, “em nome da segurança e previsibilidade jurídicas, o processo deve ser um instrumento de celeridade e distribuição de justiça, algo que não vem ocorrendo presentemente”.

Assim, em que pese a forte tendência mundial de expansão do consenso, bem como a inegável tomada de espaço pelo consenso, há de se ter em conta a necessidade de uma conjuntura legislativa demasiada técnica, bem escrita para que não se corra o risco de ferir direitos fundamentais, os quais serão apreciados no último capítulo.

Apesar de serem gritantes as diferenças entre o sistema negocial norte-americano e os institutos encontrados no Brasil, nota-se certos traços gerais que caracterizam ambos os sistemas, já analisados, como a necessidade de aceite do acusado e a renúncia ao direito de defesa, tornando gerais as críticas a serem aqui destacadas. Ademais, como tendência mundial a ser adotada pelos sistemas

---

PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. Revista Direito Em Debate 30(55). p. 215–229. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229> Acesso em: 23.06.2021

<sup>102</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 214

processuais, relevante se tornam os apontamentos críticos gerais, demonstrando os impasses e dificuldades a serem encaradas se tal expansão se concretizar<sup>103</sup>.

#### **2.4. Os institutos portugueses até o modelo de acordo sobre a sentença proposto por Figueiredo Dias**

No ano de 1987 foi aprovado em Portugal o atual Código de Processo Penal em vigor no referido país, o qual substituiu o Código de 1929. Já na tendência dos demais países europeus, adotou mecanismos de consenso criando espaços para resolução de conflitos por via alternativa à resistência defensiva, trazendo consigo a delimitação entre os espaços de consenso (abrangendo crimes de menor potencial ofensivo) e espaços de conflito (destinado a crimes mais graves).

Baseado na diversão processual, o legislador português não ficou a margem das reformas observadas no restante do mundo e decidiu ceder espaço também a outras necessidades de efetividade e eficiência do sistema criminal, tanto foi assim que no ano de 2007, com a Lei n. 48, foi realizada a reforma processual penal. Além de outras alterações, foram confirmados e expandidos os institutos de consenso penal, abrangendo a média criminalidade.

A aceleração processual também veio sanar um critério imposto pela Convenção Europeia de Direitos do Homem<sup>104</sup>, a qual estabeleceu em seu artigo 6º que toda pessoa tem o direito de que seu processo seja resolvido dentro um prazo razoável.

---

<sup>103</sup> Outro é o pensamento de Rosimeire Ventura Leite sobre as críticas tecidas de forma uníssona a ambos os sistemas, ao apontar que “há algo de impróprio nisso, uma vez que os dois institutos (transação penal e plea bargaining) são bastante díspares, assim como o regime do ministério público norte-americano e o brasileiro. Necessário, portanto, ter em vista as peculiaridades de cada ordenamento e buscar sempre a referência da Constituição Federal de 1988, que autorizou o consenso.” LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. P. 215. Em que pese tal posicionamento, o mesmo deve ser questionado, vez que como dito, a tendência de expansão do consenso ocasionaria na adoção do modelo norte-americano. Além do mais, a pressão e coação sofridas pelo acusado para aceitar à proposta negocial, frente a mercancia processual, é a mesma tanto no cenário internacional, quanto pátrio. Por fim, a previsão constitucional não exige a solução consensual de críticas.

<sup>104</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf) acesso em 18/02/2021

Segundo Figueiredo Dias<sup>105</sup>, com razão, as fórmulas portuguesas (art. 280, n. 1, n. 2, art. 281, n.1, art. 396, n.2, do Código Processual Penal português), assim como as brasileiras (transação, sursis, etc.), não seriam consideradas nomeadamente formas de consenso, mas sim de uma mera aceitação dos termos ofertados por uma das partes, já que não há comunicabilidade, negociação ou barganha sobre seus termos.

Bem como na análise da legislação brasileira, não se intenta esgotar toda a temática dos institutos portugueses, nem se pretende pormenorizar os mecanismos existentes, somente entender seus funcionamentos e analisar eventual possibilidade de ampliação, com proposto por Figueiredo Dias.

Iniciemos a análise dos mecanismos pelo arquivamento do processo.

Nos casos de dispensa da pena<sup>106</sup>, ou seja, quando diante da diminuta culpa não houver elementos justificadores para qualquer reação penal<sup>107</sup>, poderá ocorrer o arquivamento do processo, por haver uma falta de “interesse público a acautelar, pois os casos situam-se já naquele referido limiar onde deixa de ser legítima a intervenção do direito penal”<sup>108</sup>.

O artigo 280 do CPP português, que trata do instituto, dispõe que caso o pedido de arquivamento ocorra em momento pré-processual, poderá ser determinado pelo Ministério Público, com a anuência do juiz de instrução. Porém, caso já tenha sido deduzida a pretensão acusatória, o juiz poderá arquivar o processo a partir da

---

<sup>105</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 21

<sup>106</sup> A dispensa da pena é trazida pelo art. 74 do Código Penal português que ocorrerá nas seguintes hipóteses: ilicitude do fato e a culpa do agente forem diminutas; o dano tiver sido reparado; e não se opuserem à dispensa da pena razões de prevenção. Assim, presentes os requisitos de seu n. 1, nos casos de crimes puníveis com pena de prisão inferior a 6 meses, ou somente com multa que não ultrapasse 120 dias, o Tribunal poderá dispensar a pena, mesmo que o arguido tenha sido declarado culpado. Bem como necessário observar as hipóteses contempladas no art. 186 também do mesmo código.

<sup>107</sup> Logo, o arquivamento destina-se à pequena criminalidade. Conforme assevera Manuel Costa Andrade, em sua obra *Consenso e Oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo* (p. 352): “Esta espécie de arquivamento encontra fundamento em sua localização num patamar abaixo do limiar mínimo estabelecido pelos princípios de subsidiariedade, proporcionalidade e da culpa, e abaixo da linha que legitima a intervenção do Direito Penal como *ultima ratio*”.

<sup>108</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 282

concordância do *Parquet* e do arguido, caso presentes os requisitos da dispensa da pena. Para tanto, serão necessários indícios suficientes da ocorrência do crime e de sua autoria, além de o tipo penal praticado prever expressamente a hipótese de dispensa da pena. Porém, diferente dos institutos brasileiros analisados, não se condiciona o arquivamento do processo ao cumprimento de qualquer condição imposta.

Exige-se também a anuência do arguido no arquivamento processual<sup>109</sup>, já que é ele o acusado de um crime e, com o arquivamento, a dúvida sobre sua autoria perduraria. Assim, como uma alternativa a este quadro, o arguido pode optar pelo prosseguimento comum do processo a fim de que seja esclarecida sua inocência nos autos, após a devida instrução.

Realizado o arquivamento nas hipóteses de dispensa da pena, não caberá recurso sobre tal decisão, porém, poderá ser impugnada pelo assistente sob o argumento de que não foram preenchidos os pressupostos e requisitos legais.

Assim, conclui-se que o mecanismo tratado incide cirurgicamente na pequena criminalidade, nos chamados crimes de bagatela, os quais, eventualmente, poderiam ser até despenalizados, já que, como o próprio tipo penal aduz, a ilicitude perpetrada pelo arguido é irrisória, além de já ter sido o dano reparado, não subsistindo razões de oposição ao arquivamento.

Por sua vez, a suspensão provisória do processo, prevista nos artigos 281 e 282, ambos do Código de Processo Penal português, trata-se de um acordo entre as partes o qual, após homologado pelo juiz<sup>110</sup>, gera o sobrestamento do processo por um período específico de tempo, caso preenchidos requisitos e perante o cumprimento de condições impostas em lei. Nos termos de Manuel da Costa Andrade: “trata-se de

---

<sup>109</sup> Note-se que o legislador não fez qualquer menção à anuência do ofendido ou assistente ao arquivamento do processo, já que uma das condições para a concretização do instituto, será a reparação do dano, não restando qualquer motivo para que o ofendido ou o assistente impugnasse o arquivamento. Já nos crimes de acusação particular, o assistente deverá ser ouvido.

<sup>110</sup> A homologação passa a ser de suma importância para que o juiz possa fazer a análise se os requisitos estão sendo cumpridos, se foram previstas injunções para além das previstas em lei, ou averiguar se se trata de medida desproporcional ao caso concreto, bem como o juízo sobre a espontaneidade de consentimento do arguido.



uma figura de cariz acentuadamente processual, orientada para a concretização de programas de despenalização (processual) e de diversão, na tentativa de viabilizar a ressocialização do delincente”<sup>111</sup>.

O referido autor defende também que os institutos da suspensão e do arquivamentos do processo têm entre si uma relação complementar, já que ambos possuem como ponto comum a culpabilidade irrisória do agente. Vejamos:

“numa hierarquização segundo a escala de gravidade: a fenomenologia coberta pelo artigo 280.o situa-se abaixo do limiar mínimo estabelecido pelos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e da culpa, e abaixo do qual é em princípio ilegítima a intervenção da *ultima ratio* que é o direito penal. Já nas situações previstas no artigo 281.o aqueles princípios, não vedando em absoluto a intervenção do direito penal, sugerem, contudo, o recurso a meios gravosos de atingir os fins próprios do sistema penal.”<sup>112</sup>

Com a reforma do Código Processual em 2007, o mecanismo ora analisado passou a abranger infrações puníveis com pena de prisão não superior a 05 anos ou com sanção diversa da prisão, sendo que antes abrangia crimes cuja pena máxima não ultrapassava os 03 anos de prisão. Neste ponto é possível perceber a primeira diferença entre o instituto da suspensão do processo brasileiro e português, pois naquela a pena orientadora se dá pela mínima cominada ao delito, enquanto no instituto lusitano orienta-se pela pena máxima.

Outra diferença notória é que a suspensão no processo português prevê um consenso amplo, alargado, em que todos os sujeitos processuais devem estar de acordo, dentre eles: o juiz da instrução, o acusado (arguido) e, se for o caso, também o

---

<sup>111</sup> COSTA ANDRADE (Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995. p. 347

<sup>112</sup> COSTA ANDRADE (Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995. p. 351-352.

assistente<sup>113</sup>. Ainda que exista determinação legal de que o Ministério Público dispõe da suspensão, na verdade diz respeito a uma proposta, que deve ser acatada pelos demais sujeitos processuais.

Mais um ponto distingue os institutos brasileiro e português, enquanto a suspensão do processo brasileiro ocorre já com a relação processual formada (juntamente com oferecimento da denúncia), o instituto português poderá ser proposto em momento pré-processual (no Inquérito) ou durante o curso do processo. Porém, a determinação pela suspensão exige que o órgão ministerial narre os fatos apurados no Inquérito, já que sem este requisito, o juiz ficará impossibilitado de analisar a proposta.

Cumprir também a amplitude ganha pela suspensão com a inovação legislativa trazida pela Reforma de 2007, a qual afastou a exigência de ausência de antecedentes criminais, impondo somente, ausência de condenação por crime da mesma natureza. Logo, com a manutenção somente do impedimento para reincidentes específicos, abrange-se um número maior de casos, o que confirma as benesses trazidas pelo instituto, tanto o é que, além da pena aplicada ter se alterado, alterou-se também este quesito, para que pudesse se dar maior efetividade de seu uso.

Com o cumprimento das condições, ocorre o arquivamento do processo. Frente a eventual descumprimento, é realizado um juízo sobre a culpa ou a vontade de não cumprir as condições, podendo haver, inclusive, revisão das injunções. Porém, prosseguirá o processo se: “a) o arguido não cumprir as injunções ou regras de conduta; b) se durante o prazo de suspensão do processo o arguido cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado” (art. 282, 3 e 4 do Código Processual Penal português).

Avançando no tema, passamos à análise do procedimento sumaríssimo, previsto nos artigos 392 e 398 do Código de Processo Penal Português. Trata-se de um instituto voltado para o consenso sobre a pena, a partir da aceitação do acusado

---

<sup>113</sup> Segundo Flávio Andrade em *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 143: “a vítima, constituída assistente no processo, pode ter interesse na suspensão provisória do feito para garantir logo a reparação dos seus danos”.

(ou não resistência) quanto aos fatos denunciados pelo Ministério Público. É de se notar que a lei não fala em reconhecimento de culpabilidade, ainda que implicitamente pode considerá-la a partir da concordância ou não resistência à sanção, entretanto a lei não traz este elemento expressamente para a concretização do acordo.

A previsão original do instituto no Código de Processo Penal de 1987 trazia que o procedimento teria aplicação somente em crimes cuja pena máxima fosse até 06 meses de prisão. Em seguida, contou com o aumento para 03 anos com a Lei 59/1998 e, por fim, com a reforma processual penal de 2007, hoje é aplicável em crimes puníveis com pena de prisão não superior a 05 anos ou só com pena de multa.

Conforme preceitua Manuel da Costa Andrade, o procedimento sumaríssimo veio para buscar celeridade e eficácia na conclusão de processos criminais que envolvam crimes de menor gravidade. Para tanto “não há instrução probatória nem julgamento tradicional, mas solução por outra via, a do acordo de vontades firmado na esteira de uma política criminal de diversão”<sup>114</sup>, havendo uma renúncia antecipada ao exercício de direitos de defesa por parte do arguido.

O momento processual de seu cabimento se dá na conclusão do Inquérito Policial, devendo o Ministério Público formular uma proposta de sanção alternativa à privativa de liberdade, submetendo-a ao juiz.

O art. 397 do CPP, tratando da conclusão do processo, dispõe que “quando o arguido não se opuser ao requerimento, o juiz, por despacho, procede à aplicação da sanção e à condenação no pagamento de taxa de justiça.” Este despacho terá força de sentença condenatória impugnável. Assim, ao contrário do que ocorre na suspensão condicional do processo, o processo sumaríssimo não se orienta pela oportunidade, mas sim pela legalidade, levando a uma verdadeira condenação penal<sup>115</sup>. Lado outro, caso o acusado se oponha ao proposto pelo Parquet, o processo transitará no rito comum (art. 398, CPP).

---

<sup>114</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 147

<sup>115</sup> Importa ressaltar que não cabe recurso da decisão que homologa o acordo e consequentemente aplica a pena, ou seja, tem-se logo ali o trânsito em julgado da decisão. O que não parece muito adequado, pois o acordo pode estar dotado de qualquer vício que eventualmente dote-o de nulidade.

Em que pese as similaridades com o instituto estadunidense da *guilty plea*, Anabela Miranda Rodrigues<sup>116</sup> traça algumas diferenças entre os mecanismos, dentre elas: i) abrangência: enquanto a aplicação do procedimento sumaríssimo se limita a crimes de menor gravidade, a *guilty plea* não há patamares mínimos ou máximos de pena; ii) disponibilidade do objeto processual: como dito acima, o mecanismo português se norteia pro princípio da legalidade e não da oportunidade, não admitindo os moldes do *plea bargaining* norte-americano; iii) o procedimento sumaríssimo não tem viés para concessão de benesses que poderiam ensejar a condenação de arguidos inocentes, que receiam usufruir da posição de resistência, sob o temor de serem condenados por penas mais altas.

Necessário se faz, porém, pontuar sobre uma omissão na lei portuguesa que pode desfavorecer a solução consensual. Trata-se da ausência da necessidade de realização de audiência para que as partes possam discutir os termos finais do acordo, já que seria exatamente por este ato processual que seria proporcionada a elas a comunicabilidade acerca das condições do acordo. Inclusive é neste mesmo ato que o magistrado teria a possibilidade de analisar se a manifestação de vontade do arguido sobre o acordo é de fato espontânea, livre e consciente. Conforme preceitua Habermas citado por Andrade, seria através do diálogo que se possibilitaria um “verdadeiro entendimento e um acordo válido à luz das pretensões de compreensibilidade, verdade, correção e sinceridade”<sup>117</sup>, além de que, tal desobrigação do arguido em comparecer ao juízo afeta diretamente o seu direito de ser ouvido<sup>118</sup>.

No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade: “Quando é possível proceder a uma discussão conjunta do problema, em estilo dialógico, ganha-se em informação e alargam-se os horizontes. E aumentam-se as oportunidades de se encontrar uma decisão mais acertada e susceptível de superar a situação real subjacente, bem as

---

<sup>116</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v.6, n. 4, 1996. P. 525/544.

<sup>117</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 151

<sup>118</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v.6, n. 4, 1996. P. 525/544.

hipóteses de sua aceitação, mesmo porque aqueles que vêm a ser atingidos pela sanção”<sup>119</sup>.

Avançando nos mecanismos, partimos para a mediação penal, inovação legislativa trazida com a Lei n. 21/2007, que assim a define: “é um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”<sup>120</sup>.

Suscintamente, a mediação ocorrerá em fase pré-processual, sem intervenção judicial e que trata de um acordo que será celebrado entre as partes, sendo que as próprias definirão seu conteúdo, vedado cláusulas privativas de liberdade ou qualquer prestação que ofenda a dignidade da pessoa do arguido, limitado ao cumprimento por 06 meses.

Nas hipóteses de realização do acordo, este será reduzido a termo e remetido pelo mediador ao Ministério Público. A assinatura do acordo corresponde à desistência da queixa (para a vítima) e à concordância de seus termos (pelo arguido). Porém, caso descumprido pelo arguido, o ofendido poderá prestar queixa no prazo de um mês, reabrindo o Inquérito. Ainda, caso as partes não cheguem a um consenso, os autos retornam ao Ministério Público que dará andamento ao caso.

A homologação do acordo será realizada pelo Parquet, logo, caberá a este órgão a análise se seus termos estão conforme a lei. E dispensada a presença do advogado nas sessões de mediação, o que poderá refletir no aconselhamento das partes, principalmente em relação ao arguido.

O próximo instituto a ser apresentado é a colaboração processual ou arrependimento, que corresponde à colaboração premiada brasileira. Em algumas

---

<sup>119</sup> COSTA ANDRADE (Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995. P. 319-358

<sup>120</sup> PORTUGAL. Lei 21/2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/639130/details/maximized> acesso em 23.03.2021

hipóteses, o direito português prevê a diminuição ou dispensa da pena em favor do arguido que auxiliar efetivamente as autoridades na produção de provas em desfavor de outros investigados. É o caso apresentado na lei de combate às drogas (Lei 15/1993, art. 31), lei de combate à corrupção à criminalidade económica e financeira (Lei 36/94, art. 8) e lei de combate ao terrorismo (Lei 52/2003, art. 2º, 5).

Para a realização da colaboração é imprescindível a confissão do delator, que deverá apontar elementos de prova quanto à sua culpa, bem como dos demais integrantes da organização criminosa. Ressaltando que a mera declaração do delator não poderá servir de fundamento condenatório dos delatados, devendo estar em conformidade com os demais elementos colhidos ao longo da instrução.

Por fim, tem-se a confissão integral e sem reservas, prevista no art. 344, do Código de Processo Penal Português de 1987. Em suma, nos crimes punidos com pena de prisão não superior a 05 anos, frente à confissão integral do réu, em consonância com outros elementos que embasem o reconhecimento da culpa, o Tribunal poderá prosseguir com o julgamento, dispensando a fase instrutória de colheita de provas, promovendo agilidade à conclusão da causa.

Ressalte-se que mantém inalterável a lógica da análise a apreciação dos fatos e também aplicação da pena, não havendo sobre elas qualquer tipo de acordo, o que ocorre é a dispensa da produção de prova oral com o intuito de acelerar a conclusão do processo. Logo, não terá aplicação nos casos em que reste dúvida a responsabilidade do agente, bem como se sua confissão não tiver se dado sem reservas e de forma espontânea, cabendo ao Tribunal determinar diligências para esclarecimento dos fatos.

Com o intuito de fomentar a ampliação dos espaços de consenso que Jorge de Figueiredo Dias em sua obra “Acordos sobre a sentença em processo penal. O fim do Estado de Direito ou um novo princípio” propôs uma nova configuração de acordos sobre a sentença, sugerindo que, com a aceitação dos magistrados, o Ministério Público passasse a propor acordos sobre a sentença, avançando para um novo espectro de solução dos conflitos criminais em Portugal.

Suscintamente, o proposto pelo referido autor trata-se de um acordo realizado entre o arguido e o Tribunal<sup>121</sup> (magistrado e Ministério Público), com a intervenção de todos os sujeitos processuais, para delimitar o máximo e mínimo da pena<sup>122</sup>, frente a confissão do imputado, que será *conditio sine qua non* para a realização do acordo, que deverá abranger “horizontalmente todo o processo penal em qualquer das suas espécies e formas, que não apenas em formas especiais abreviadas, simplificada ou sumaríssimas”<sup>123</sup>. Resumidamente, o referido alargamento consensual ocorreria nos seguintes termos<sup>124</sup>:

a) A confissão do arguido é o pressuposto essencial do acordo, como mecanismo legal já existente para simplificar e conferir celeridade ao processo penal;

b) Em conformidade, a base legal para o acordo reside precisamente no art. 344.º do Código de Processo Penal (confissão);

c) O tribunal mantém integralmente o poder/dever de aferir a credibilidade da confissão (art. 344.º, 3, al. b), do CPP);

d) No acordo não pode constar a pena em concreto, mas apenas os seus limites, pelo menos, o seu limite máximo. O autor admite que determinadas circunstâncias poderão justificar o estabelecimento de um limite mínimo, embora tal não seja condição de validade do acordo;

e) A margem entre o limite máximo e o mínimo, a funcionar como uma moldura concreta da pena no âmbito da qual o tribunal decide a pena concreta a aplicar, não pode ser tão elevada que perca qualquer efeito delimitador da pena;

f) Caso o limite máximo da pena o permita, admite-se a inclusão no acordo de vinculação a determinadas penas de substituição;

---

<sup>121</sup> Cabendo ao Tribunal fiscalizar a credibilidade, espontaneidade da confissão.

<sup>122</sup> A denominada “moldura do acordo” traz os patamares máximos e mínimos da pena a ser aplicada, sendo fixados limites, portanto, que não poderiam ser ultrapassados pelo juiz. Ressalta-se que caberá ao juiz a dosimetria final da pena, porém, dentro da moldura acordada.

<sup>123</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 23

<sup>124</sup> A proposta foi bem recebida pela Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, a partir da Recomendação 01/2012, assim como pela Procuradoria Geral Distrital de Coimbra, por meio da Recomendação 01/2012, Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html) acesso em 25.03.2021

g) Admite-se acordo sobre sanções acessórias ou perda de bens, este último desde que não implique um juízo de perigosidade do agente. Não se admite acordo sobre medidas de segurança;

h) O acordo obtido deverá constar da acta, em nome da publicidade do processo e consequente legitimidade da decisão; caso o acordo não seja obtido, não pode nenhum elemento do processo negocial ser tido em consideração no julgamento (proibição de prova);

i) O acordo deverá ter a intervenção do arguido, do Ministério Público e do Juiz, devendo ainda intervir o assistente, caso exista. Neste último caso, o autor discute se a sua intervenção deverá ser vinculativa, optando por responder afirmativamente face ao quadro legal actual, defendendo, de jure condendo, solução contrária;

j) Não pode estabelecer-se no acordo uma renúncia prévia ao direito de recurso;

k) O acordo deverá ser obtido, salvo casos excepcionais, até ao início da produção da prova, após declarações do arguido. Admite até, com maiores cautelas, a viabilidade do acordo ser obtido ainda na fase de inquérito.

A proposta apresenta controvérsias em vários sentidos, sejam doutrinários ou jurisprudenciais. A começar pelo sistema acusatório adotado expressamente pelo luso-ordenamento. O órgão julgador deveria ser uma figura diversa da acusadora, a fim de garantir a imparcialidade decisória. Ocorre que no entendimento do criador da inovação jurídica, o acordo por ele proposto seria compatível com o referido sistema penal, não padecendo, assim, de alteração no modelo de processo, o qual, inclusive, deveria se manter intacto: “o que sucede (...) é que este modelo tem agora, se quiser adequar-se à transformação ideológica, cultural e social dos tempos ditos pós-modernos e às exigências acrescidas de eficácia processual, de ser integrado num paradigma assaz diferente do que até há pouco presidiu a toda a concepção europeia continental”<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 16



Impende destacar também que não se anseia por parte do autor o transplante do modelo norte-americano à justiça portuguesa, já que não seria o intento da proposta uma barganha entre as partes, bem como exposto por ele: “não parecem compatíveis nem com o modelo europeu continental de um processo penal acusatório integrado pelo princípio da investigação oficial, nem com a ideia do Estado de Direito e os princípios jurídico-constitucionais em que ele se plasma”<sup>126</sup>. Ademais, salienta que o “processos penal europeu continental, não sendo um processo de partes em sentido material, é contrário a qualquer ideia de disponibilidade do objecto do processo, do qual faz parte tanto a questão da culpabilidade, como a questão da sanção; e não pode por isso aceitar a sua <<negociação>> entre os sujeitos do processo, ao estilo do deal próprio da plea bargaining norte-americana”<sup>127</sup>.

Porém, apesar da tentativa de fomentar a referida novidade do instituto em questão, com a chegada de processos ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal<sup>128</sup>, foi anulada sentença sob o fundamento de que não há na legislação nacional qualquer autorização expressamente desenhada para a realização de acordos para além do regido no procedimento sumaríssimo. Em que pese a discussão sobre o fato de que o art. 344 traria o embasamento jurídico para a ocorrência dos referidos acordos, a Corte Suprema entendeu que não há qualquer menção ou ligação entre o citado artigo e o instituto em tela, não subsistindo qualquer fundamento legal que dê embasamento à prática dos acordos em território português.

Com isto, foi interrompida a expansão do consenso em Portugal até que se edite norma reguladora para tanto, frente a impossibilidade de celebrar acordos em matéria penal sem a prévia disciplina da lei.

---

<sup>126</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 17

<sup>127</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. p. 31

<sup>128</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 224/06.7GAVZL.C1.S1 Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument> Acesso em 03.04.2021

Analisados os três sistemas processuais que nos importam, verifica-se que um possível transplante do modelo estadunidense total para o Brasil ou Portugal não seria o adequado.

O acolhimento da barganha de forma irrestrita automaticamente concede maiores poderes destinados ao órgão acusatório, nestes casos, o Ministério Público, sob pena de concentrar todo o poder na figura de uma única instituição. Desta forma, restaria fadado ao fracasso o sistema acusatório, já que uma partes detém poderes processuais consigo, causando desequilíbrio na balança processual. Especificamente a situação brasileira resta ainda mais problemática, pois ao lado dos citados poderes processuais demasiadamente cedidos aos magistrados nas codificações fascistas que emergiram nos Códigos Penais e Processuais Penais (ainda não reformados), criando um segundo órgão absolutamente detentor de poderes, restando prejudicada, mais uma vez, a figura do acuado acusado, destacando estruturas autoritárias já existentes.

Com tal configuração, a gestão da prova pertencente ao juiz e excessivos poderes e discricionariedade concedidos aos promotores, sem alcançar sequer a legalidade, caracteriza-se, na realidade, uma estrutura se viés inquisitória guiada para inferiorizar a posição do arguido, potencializando sua fragilidade processual ao seu grau máximo, reduzindo o cariz acusatório do sistema e aumentando as potencialidades do sistema inquisitório.

Outro ponto a ser questionado é a expansão do viés racial encontrado no modelo norte-americano que se desenvolverá nos demais países, notoriamente em relação ao Brasil: “A implementação de um modelo de ampla negociação no processo penal brasileiro constitui-se como uma farsa programada em dois tempos. Em primeiro lugar, se trata efetivamente de se punir cada vez mais pobres (e inocentes) com menores custos”<sup>129</sup>.

Noutras palavras, tornar opção o uso de direito fundamental de ser julgado por juiz natural da causa, em razão da negociação que se instala sob o estado de

---

<sup>129</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “novo” liberalismo processual penal autoritário? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P.187

inocência e o direito ao processo. Evitar o julgamento em prol de uma rápida pena adquirida através da assunção de responsabilidade, torna o caminho da condenação mais simplificado, ainda que em outra ocasião não a fosse.

Conforme aduz Aury Lopes Junior: “pretender inserir a fórceps um instituto da *common law* em um processo de matriz *civil law*, desconsiderando ainda que o Ministério Público brasileiro tem sua estrutura e limite de atuação completamente distinta do modelo americano”<sup>130</sup> causando uma “americanização” do processo penal, ainda que sob pena de se cometer erros metodológicos e sistêmicos.

Outro desdobramento que não pode ser ignorado é em relação ao pós acordo. Com a maior agilidade do processo, mais rápido a população carcerária aumentará, mas será que estamos preparados para esta nova realidade? Não se justifica a burocratização do sistema para “aliviar” o quadro do sistema carcerário, mas deve se ter em mente que este sistema não consegue absorver nem os presos que cumprem pena hoje<sup>131</sup>. As prisões atualmente já constituem violação de direitos fundamentais, protegidos constitucionalmente, o que dirá do inchaço que virá como desdobramento do acordo consensual sobre a sentença:

“Salta aos olhos a despreocupação dos juristas e dos operadores jurídicos com a execução criminal. (...) no sistema brasileiro, o abandono e o desrespeito aos direitos humanos do apenado é vergonhoso e insustentável desde todos os pontos de vista. Nem as garantias infraconstitucionais são respeitadas. Imaginem as constitucionais!”<sup>132</sup>

### **3. Justiça negociada e os sistemas processuais penais – A barganha de seus pressupostos?**

---

<sup>130</sup> LOPES JR, Aury. PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 151

<sup>131</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 300

<sup>132</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 337

Neste capítulo se intenta analisar a compatibilidade dos sistemas consensuais com cada um dos sistemas processuais<sup>133</sup>, a fim de se constatar se a barganha é decorrente do sistema acusatório, em razão da disponibilidade das partes<sup>134</sup> em relação ao objeto do processo e a conseqüente passividade do julgador ou se melhor se compatibiliza com o sistema inquisitivo em função dos retrocessos autoritários por ela empregados. Para tanto, problematiza-se em duas vertentes: a impossibilidade de disposição do Ministério Público sobre o poder punitivo estatal, visto que, na verdade, o lhe pertence é a pretensão acusatória e não a punitiva, bem como o fato de a disposição sobre o objeto processual não ser consequência imediata do sistema acusatório ou de um processo penal democrático.

O que justificaria a barganha ou consenso seria o poder dispositivo das partes sobre o processo, já que seriam elas as responsáveis por iniciar o processo e manter suas pretensões, fazendo com que ceda espaço a zonas de consenso. Entretanto, disso decorrem duas problematizações: o Ministério Público, enquanto parte, possui a pretensão acusatória, na qual se analisa os pressupostos para submeter determinados fatos à eventual punição estatal. Logo, caberia ao Estado, representado pelo julgador, a aplicação da pretensão punitiva, tarefa exclusivamente sua e não ministerial. Além disto, em que pese a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais, como a confissão em contraposição ao direito de não produzir prova contra si, nenhuma delas culmina, no procedimento atual, na aplicação instantânea de sanção se apartada de outros elementos probatórios, já que isolados, seriam insuficientes para romper com a presunção de inocência.

Os elementos que compõe cada sistema processual variam não apenas sob o ponto de vista histórico, como também sob a análise da perspectiva teórica que se faz. Conforme exposto por Mauro Fonseca Andrade em sua obra “Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores”, a caracterização dos sistemas processuais penais pode se dar de forma bastante equivocada nos diversos trabalhos que tratam do tema,

---

<sup>133</sup> O tema dos sistemas processuais e suas respectivas definições tenham sido alvo de discussões, inclusive sobre sua necessidade e legitimidade, em razão dos diversos significados e conceitos a eles rotulados. Por isso, há propostas, inclusive, de superação do debate. Por ora, serão colocados de lado tais questionamentos, já que a abordagem demanda aprofundamentos sobre o assunto que estão além das intenções ora em análise.

<sup>134</sup> Nesse sentido ver LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona.

seja pela interpretação histórica dada por cada um dos autores, seja por suas concepções pessoais político-ideológicas que acabam interferindo no estudo dos sistemas, já que estes demonstram manifestações históricas sobre a forma como o processo penal foi tido em determinado período histórico.

Em razão disto, um aspecto que se deve evitar é a busca pela conceituação pura dos sistemas. A construção dos sistemas processuais puros se deu por opções exclusivamente políticas e historicamente demarcadas. Os tipos ideais puros são caracterizados pela seletividade de aspectos positivos e benéficos, ocultando os pontos negativos do instituto. Logo, se tratando dos sistemas, parece que de forma rasa, nenhum aspecto negativo parece existir no sistema acusatório e nenhum aspecto positivo no sistema inquisitivo, refletindo a noção de pureza dos sistemas que está conectada ao ideal de perfeição buscados por cada autor que tratou do tema e que expuseram sua visão filtrada por questões ideológicas, descrevendo com toques de cunho pessoais, dando a ideia de sistemas processuais puros que majoritariamente se tem hoje.

Assim, a partir deste ponto necessária se faz entre a idealização do sistema acusatório, inquisitorial e misto do próprio objeto, dos próprios sistemas observados na realidade, com seus acertos e imperfeições. A tentativa de construção de sistemas processuais penais puros deve ser vencida com o estudo aprofundado de cada uma de suas espécies, na forma real, não ideal, o que não é a intenção deste trabalho, que unicamente busca analisar a compatibilidade ou não dos sistemas com os mecanismos negociais processuais penais.

Há uma controvérsia em relação ao surgimento dos sistemas processuais. Uma corrente de autores entende que o sistema acusatório antecede o inquisitivo<sup>135</sup>. Por outro lado, autores que defendem que o inquisitivo foi o sistema pioneiro no âmbito processual. Será adotado no presente trabalho esta última ideia, tendo em vista que a conjuntura do processo acusatório pressupunha uma estrutura mais complexa e elaborada, idealizada a partir da noção de que deveria existir uma terceira pessoa

---

<sup>135</sup> SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 413-436, dez. 2005. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/34364> Acesso em: acesso em 08.04.2021

(distante e imparcial, neste caso representado pelo juiz) que se colocasse à disposição das partes conflitantes para a solução da controvérsia. E tal constatação somente poderia ser realizada a partir da observação e críticas do modelo já existente, qual seja, o agente criminoso e indivíduo responsável por reprimir ou punir aquela violação.

A maneira como as diversas comunidades desenharam suas soluções penais vão além do binômio acusatório-inquisitório, estendendo-se a soluções consensuais como resolução de conflito. Atualmente, mais do que nunca, estas formas vem sendo exaltadas. Como visto, são vários os ordenamentos jurídicos que prestigiam o acordo entre autores do fato e vítimas e até mesmo autores do fato e Ministério Público com o intuito de findar o processo, tratando-se de uma forma de buscar a paz social sem que se faça juízo de valor<sup>136</sup>.

Nesta senda, necessária se faz a análise para se averiguar a qual dos sistemas processuais melhor se compatibiliza o consenso penal. Portanto, inicialmente se tentará descobrir se os moldes inquisitivos sustentariam tal hipótese ou se a evolução histórica que levou ao surgimento do sistema acusatório seria o responsável por tal perspectiva, conseguindo dar força e amparo ao consenso.

### **3.1 Inquisitivo ou Inquisitório**

Em suma, o sistema inquisitório surge no âmbito da Igreja Católica e tem como marco histórico o IV Concílio de Latrão, remontando ao ano de 1215. Seu modelo nasce em razão do crescimento e desenvolvimento dos burgos e corporações de ofício, em contraposição à Igreja Católica que não mais consegue dominar e manter seu poder sobre a sociedade, o que representava uma ameaça à sua autoridade. Aliado a isto, a criação de Universidades igualmente demonstravam a fragilidade do domínio do pensamento católico<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>137</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa: v. 46, n. 183. 2009. p. 103-115.

Diante deste quadro, o Papa Inocêncio III opta por utilizar meios não convencionais, substituindo os “Juízos de Deus”. No IV Concílio de Latrão é imposta a confissão pessoal obrigatória, configurando o marco do novo sistema. Assim, com Inocêncio IV em 1252, expandido ao mundo no ano de 1254, emerge o espaço para os métodos utilizados na Inquisição, ampliando a barbárie anteriormente criticada quando os próprios católicos foram perseguidos, torturados e mortos, como forma de reafirmar o poderio da igreja católica.

Nesta espécie de processo, o indivíduo antes de qualquer característica, é visto como um pecador, que detém a verdade absoluta, real, a ser obtida, por qual meio fosse. Mais relevante do que o pecado, do que o “crime” em si, é o objeto ou alvo da investigação. Eis o motivo pelo qual a confissão se caracterizou como *regina probationum*. Logo, aquele que optava pela confissão durante o processo, era tido como vitorioso e como recompensa, recebia alguma espécie de benesse, numa clara cultura retributiva, configurada pelas absurdas inversões de carga probatória, gerando desequilíbrio entre os sujeitos processuais, submetidos à tarifação legal da prova.

Segundo Nicolau Eymerich, em sua obra *Manual dos Inquisidores*<sup>138</sup>, durante o período em que sobressaiu o sistema inquisitório, haviam procedimentos em que se prometiam a redução de pena através da barganha: “o inquisidor dirá ao acusado que se mostrará misericordioso com ele, se confessar com clareza e rapidez”. Desta forma, parece ter sido retomada a prática mais característica do sistema inquisitório: forçar a confissão do acusado.

Entre os elementos caracterizadores está também a prescindibilidade do acusador. Temos que a sua presença, distinta da figura do juiz, sempre foi permitida, ou seja, em que pese sua prescindibilidade para processo, já que o juiz poderia funcionar como juiz-perseguidor/acusador, sua possibilidade de comparecimento no processo não era prontamente descartada.

---

<sup>138</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. RT 953. 2015. P. 272.

Essa possibilidade de cumulação de funções seria o que fundamentadamente constituiria o sistema inquisitivo. Como consequência dessa ausência, poderia se desdobrar na noção de que no sistema inquisitivo não haveria, de fato, um processo, pois não estaria constituída uma relação processual *actum trium personarum*. A figura do acusador, embora não obrigatória, era permitida, ainda que o processo pudesse ser iniciado pelo julgador, independente de sua acusação. Logo, não há distinção entre acusação e julgador, entretanto isso não é o mesmo que dizer que a acusação e sua possibilidade de comparecimento no processo era inexistente.

Em contrapartida, o sistema acusatório, regido pelo princípio de mesmo nome, que nada mais é que distinção entre acusador e julgador, sendo a característica fundamental de distinção entre os dois sistemas. Assim, não é a presença do acusador que será definitivo para caracterizar um ou outro sistema, mas sim, a prescindibilidade dele para a sua constituição, sendo indispensável no sistema acusatório e dispensável, que não ser dizer excluído ou inexistente, no sistema inquisitório<sup>139</sup>.

Outro desdobramento do caráter prescindível do acusador no processo, está na forma de seu início que poderá, muito bem, se dar sem o oferecimento de acusação. Porém, considerando que tanto o acusador, quanto a acusação poderão estar ausentes<sup>140</sup>, não se delimita as demais formas que o processo poderá ser iniciado, que poderá ser de ofício pelo julgador ou por ato do informante refletindo efeitos semelhantes no sistema. A ânsia punitivista leva à flexibilização da forma como o processo poderá ser iniciado. Desta forma, “a abertura de qualquer processo onde o princípio acusatório esteja ausente poderá se dar de três maneiras diferentes: a) por acusação, por *notitia criminis* ou de ofício; b) somente por acusação; c) por *notitia criminis* ou de ofício”.

Quanto às demais características comumente citadas para descrever o sistema inquisitório, interessante é a visão adotada por Mauro Fonseca Andrade. Vejamos: quanto ao segredo processual, o autor entende que tal elemento não seria

---

<sup>139</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema Processuais Penais e seus Princípios reitores. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2013. p. 367

<sup>140</sup> A distinção entre acusador e acusação é realizada por Mauro Fonseca Andrade, no sentido de que a acusação seria um documento, a formalização da denúncia realizada pelo órgão acusador.



caracterizador do sistema inquisitório, pois haveria traços de publicidade neste sistema e hipóteses de sigilo no modelo acusatório, ainda que como regra e exceção e vice-versa. Os julgamentos realizavam-se de forma pública no sistema inquisitivo romano, justamente para servir de lição para outros hereges. Logo, o autor questiona como tal característica poderia determinar o que seria um sistema inquisitivo ou acusatório se está presente em ambos? Concluindo que, apesar de dominante em um deles, não basta para caracterizá-lo.

Outro ponto demasiadamente utilizado para caracterizar o sistema inquisitório, seria a ausência de contraditório. Tal ausência, segundo Mauro Andrade, não se manifestava de forma absoluta, já que havia a possibilidade, nos ordenamentos católicos, de o imputado arrolar testemunhas, além de autorizar a presença de Defensor, cabendo recurso das decisões prolatadas. Evidentemente, o contraditório ocorria de modo relativo, mas não de forma absoluta, dependendo do momento histórico analisado.

Como ápice caracterizador do sistema inquisitivo, tem-se o princípio que leva o mesmo o qual é definido, pela maioria dos autores, como a possibilidade de o juiz atuar de ofício, sem provocação da vítima ou cidadão, acumulando em si todas as funções de acusar e julgar (quijá também defender)<sup>141</sup>. Entretanto, se levada em consideração as anotações de Mauro Fonseca Andrade, tal disposição não seria possível, tendo em vista que, segundo o referido autor, o sistema inquisitório sempre permitiu a presença de acusadores, ainda que de forma prescindível: o “sistema processual será considerado inquisitivo sempre que possuir dois elementos fixos: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz”<sup>142</sup>.

Segundo Prado, o modelo inquisitório poderia assim ser conceituado: “Proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do

---

<sup>141</sup> ANDRADE, Fonseca Mauro. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Curitiba: Juruá Editora. 2ª Edição, 2013. P. 389-390

<sup>142</sup> ANDRADE, Fonseca Mauro. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Curitiba: Juruá Editora. 2ª Edição, 2013. p. 395

material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar de livre convencimento”<sup>143</sup>.

A mentalidade inquisitiva vem sendo alterada nos Códigos Processuais, especificamente na transição para o sistema acusatório. Em que pese inicialmente estar diante de uma evolução processual, como bem pontua Prado, a alteração nos sistemas processuais vem se aperfeiçoando para limitar sistemas demasiadamente punitivistas, criando elementos básicos, como um órgão acusador distinto do juiz.

Porém, nota-se, lado outro, que as mudanças foram aceitas somente com o intento de manter este sistema punitivo, atribuindo ao “novo” sistema adotado a “eficiência da justiça”, com maior número de casos julgados e réus condenados, atribuindo aos Novos Códigos o aumento maior de crimes, conseqüentemente o número maior de casos e réus condenados. Como bem acentua o referido autor “a mentalidade inquisitória, ainda forte, só compreende alterações na estrutura do processo penal quando enxerga o aperfeiçoamento do sistema punitivo”. Em que pese tal assimilação, há que se destacar que as alterações processuais não pretendem gerar um aumento no número de casos julgados e réus sentenciados, mas tão somente viabilizar o gozo de garantias declaradas em textos constitucionais e convenções internacionais de direitos humanos.

Assim, pelo exposto e suficiente para o âmbito que intenta o presente trabalho, pode-se concluir que “é essencial ao sistema processual inquisitório a concentração das funções processuais no juiz (inclusive as investigatórias ou instrutórias), inexistindo uma relação dialética que garantia o efetivo exercício do contraditório. Tanto a iniciativa como a gestão da prova estão a cargo da mesma pessoa que será responsável por acertar o caso penal, de forma que a parcialidade (e o agir de ofício) é intrínseca a esse modelo”<sup>144</sup>.

### **3.2. Acusatório**

---

<sup>143</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>144</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

Brevemente, explica Jacinto Miranda, que na Inglaterra, ainda com Henrique II, são criados o *grand e petit jury* nos quais ocorria uma verdadeira disputa entre acusação e defesa, pautada na paridade entre as partes. Por serem regidas por regras gerais, geravam um sistema comum, que posteriormente foi denominado de *common law*. Nele, os juízes proferiam suas decisões baseados em fatos e informações exclusivamente trazidos pelas partes, implicando em um “disputa dialética” entre elas. Mais tarde, este sistema foi denominado de sistema acusatório<sup>145</sup>.

O sistema acusatório, em contrapartida ao seu modelo antecessor (inquisitório), propõe a clara separação entre as funções daquele que acusa, defende e julga o acusado, cabendo às partes do processo, neste modelo, guiadas pelo princípio da paridade de armas, com tratamento igualitário pelo julgador, a iniciativa e produção probatórias, garantindo a imparcial conduta do julgador<sup>146</sup>.

Tanto é assim que o princípio que leva o nome do sistema, rege a indispensabilidade de se distinguir a figura do acusador daquele que atuará como julgador da causa, devendo tal distinção se dar de modo efetivo, com um julgador proibido de interferir na conduta tomada pelo acusador, correndo-se o risco de este ser utilizado como mero fantoche pelo julgador, a fim de esconder sua intenção acusatória e punitivista em um processo por ele mesmo presidido, gerando a quebra completa de sua imparcialidade e de separação das figuras acusatória e de julgamento. Vejamos:

“No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação

---

<sup>145</sup> Na visão de Ferrajoli, o sistema acusatório seria aquele no qual o juiz atua como sujeito passivo da relação processual, alheio das partes, sendo o juízo iniciado a partir de um órgão independente que caberá o ônus da prova, enfrentando em juízo pautado pelo contraditório, a defesa, sendo a conclusão resolvida pelo livre convencimento do juiz.

<sup>146</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo. (...) Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais.”<sup>147</sup>

Analisando certa doutrina<sup>148</sup> nota-se determinados elementos em comum que se encontram presentes para caracterizar o sistema acusatório. São eles: i) impossibilidade de o órgão julgador iniciar de ofício o processo, bem como buscar e determinar produção probatória depois da instauração da ação; ii) necessidade de que sejam distintas as figuras do acusador e julgador; iii) presença dos princípios da igualdade, contraditório, publicidade e oralidade; iv) passividade e imparcialidade do julgador<sup>149</sup>.

Assim, como definição do sistema acusatório, temos: “Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre a figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório

---

<sup>147</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> acesso em 23.06.2021

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi em Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa em Processo Penal. LOPES JÚNIOR, Aury em Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).

<sup>149</sup> Em suma, tais diretrizes representam a possibilidade de atuação do juiz somente diante de provocação das partes, não podendo praticar atos de ofício durante a persecução penal. Como desdobramento, tem-se que o magistrado não poderia buscar produzir provas, sejam acusatórias ou defensivas, bem como decretar prisões, ou outras medidas cautelares de ofício. Isto se daria com o intuito de que o juiz profira decisões somente com base no acervo probatório produzido exclusivamente pelas partes, na tentativa de preservar sua imparcialidade.

significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas.”<sup>150</sup>

Segundo Giovanni Leone<sup>151</sup>, o sistema acusatório seria caracterizado pelo poder de decisão do fato entregue a órgão estatal, diferente daquele que no qual foi confiado o início do processo, podendo o magistrado, sob a ótica do autor, após o oferecimento da denúncia, dar impulso ao processo de forma autônoma.

Por sua vez, Julio Maier<sup>152</sup> pondera sobre os sistemas inquisitivo e acusatório, no sentido de que o primeiro busca a persecução penal a todo custo, visando garantir a punição sem distinção dos acusados, com a intenção de excluir favorecimentos reais e pessoais. Já no sistema acusatório aparecem meios de contenção dessa perseguição a qualquer custo, estipulando medidas basilares para o justo julgamento.

Nessa esteira, discorre Ferrajoli que “pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa”<sup>153</sup>.

Afirmar que um país adota um modelo acusatório significa que “para ser legitimamente condenado, ao réu deverá ser garantido um devido processo legal que

---

<sup>150</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 269

<sup>151</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>152</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>153</sup> MACÊDO Ribeiro, M. H., SAMPAIO, A. R., & MELO, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. *Revista Direito Em Debate*, 30 (55), p. 215–229. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229> Acesso em 13.05.2021.

seja adequado ao sistema acusatório, vale dizer, uma apuração de responsabilidade na qual seu direito ao contraditório substancial e à ampla defesa estejam garantidos, na qual seja acusado e julgado por órgãos totalmente distintos e a partir de um juiz verdadeiramente imparcial.”<sup>154</sup>

A previsão legislativa do sistema acusatório tem como intuito extirpar definitivamente a sobreposição de funções entre os atores judiciais. Não é desejável que, dentro de um processo que tenha por base o sistema acusatório, que um órgão que julga exerça tarefas e funções daquele que acusa, nem vice-versa, seja no que diz respeito à produção probatória, seja em relação à escolha pelo Ministério Público da pena a ser aplicada ao acusado mediante um acordo<sup>155</sup>.

Impende destacar a necessária distinção entre o princípio acusatório do sistema acusatório. Tanto é necessária a distinção entre sistema e princípio acusatório que este último é encontrado em outro sistema, no sistema misto, como se verá adiante. Assim, não necessariamente o princípio acusatório incidirá somente no sistema acusatório. No sistema acusatório temos a validade de vários princípios, entre eles: contraditório, ampla defesa, etc, sendo o princípio acusatório um dos elementos contidos no sistema, mas não característico somente dele.

Segundo Geraldo Prado, o princípio acusatório “funde acusação e ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem iniciativa da parte autora (...) e, em vista dele, somente se a ação penal for proposta e desenvolvida ao longo do processo haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação do decreto condenatório”<sup>156</sup>. Ainda, segundo o autor, o princípio acusatório “consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz”<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

<sup>155</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

<sup>156</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>157</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

Segundo o referido autor, o princípio acusatório seria caracterizado diferente do sistema inquisitório, que se contenta com o resultado processual obtido de toda e qualquer forma, já que nele predomina o intento central de realização do direito penal material, enquanto o processo acusatório prevalece a defesa dos direitos fundamentais do arguido contra a possibilidade de decretação de punição que direciona o processo.

Logo, o próprio princípio acusatório garante o embate entre as partes, frente a um terceiro imparcial julgador, sem que estas detenham o poder de disposição sobre o objeto do processo. Ou, ainda, dependendo de quem detenha o poder de gestão da prova o princípio será inquisitivo (destinado ao juiz) ou acusatório (destinado às partes).

Outra desdobramento desta característica do princípio acusatório diz respeito à presença de um acusador distinto do juiz<sup>158</sup> (“*nemo iudex sine actore*”), definindo o princípio acusatório como a diferenciação entre as funções de acusar, julgar e defender, pois não haveria (não poderia haver) exercício de atividade que não fosse a sua fim.

O princípio acusatório se traduziria, ainda, na impossibilidade de o juiz determinar provas *ex officio judicis* ou na inércia do juiz durante a produção probatória. Desta forma, identificado como a necessidade de distinção entre as identidades do julgador e do acusador, bem como o fato de somente a acusação dar início ao processo, distinguindo, inclusive a acusação (criação) e acusador (criador)<sup>159</sup>.

Em outras palavras, temos que inserido no sistema acusatório, está o princípio acusatório que pode ser traduzido na necessidade da presença de um acusador distinto do juiz no processo, o qual somente poderá ter início a partir da

---

<sup>158</sup> Ou de um juiz que não pode acusar, conforme NIEVA FENOLL, Jordi. La Incoación de Oficio de la Instrucción Penal. Barcelona: J.M. Bosch, 2001, p. 46 (ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 256). Porém Nieva, ao colocar o juiz anteriormente à acusação, está na verdade se referindo ao sistema misto em que não há acusação formal. Logo, é válido e possível colocar a figura do juiz antes do acusador pois em determinados casos sequer haveria a acusação em si.

<sup>159</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 265

acusação, a qual iniciará um processo a ser julgado por terceiro imparcial, mediante a apresentação de provas produzidas exclusivamente pelas partes.

Por estas razões, “se distinguirá do inquisitivo não somente em virtude da diferenciação forçada entre acusação e julgamento, portanto, entre acusador e juiz, tarefas a cargo de sujeitos que não se confundem, entrará em cena aí a problemática derivada das novas maneiras de o imputado participar do processo”<sup>160</sup>, como questionaremos adiante.

A possibilidade de acordar, via consenso, sem o comparecimento do juiz ao processo, confere ao Ministério Público a posição de julgador, sendo ao mesmo tempo, acusador e juiz, em ofensa ao princípio acusatório. Assim, nas oportunidades em que se deixa a cargo do órgão ministerial a discricionariedade sobre o processo, sobre sua suspensão, sem chance de observar os requisitos objetivos, formais e substanciais, o *Parquet* passa a ocupar a figura de um julgador, emitindo um juízo sobre a culpabilidade do acusado, sobre a “verdade real” alcançada, sendo que o próprio órgão não é dotado de tais competências, violando claramente o princípio do acusatório<sup>161</sup> ou, conforme Armenta Deu, uma “involução para o sistema inquisitivo, onde se confundiam as funções acusadora e julgadora”<sup>162</sup>.

Ocorre que a determinação da sanção e estipulação de pena da punição estatal não é tarefa das partes, pois o que lhes pertence, na realidade, é a pretensão acusatória, através da qual se dá cabo para concretizar o poder punitivo destinado ao Estado, representado na figura do magistrado. Logo, o raciocínio, que inclusive vai contra toda a ordem consensual, é de que o Ministério Público detém a pretensão acusatória para que possa ser aplicada a pretensão punitiva pelo juiz.

---

<sup>160</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>161</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2006. P. 102-103

<sup>162</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha – Itália – Portugal – Brasil. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2006. P. 103



O que se tem é uma suposta disponibilidade das partes sobre o objeto do processo. Aliás, ainda que o sistema acusatório seja caracterizado pelo afastamento da ação do julgador e a sobreposição das partes, até sobre a própria condução do processo, a elas não cabe, ou ao menos não deveria caber, a disposição plena sobre o objeto do processo, como ocorre no modelo norte-americano. Inviável sendo, se concluir, que o sistema acusatório se caracteriza pela disposição das partes, seja controlando ou até mesmo renunciando ao processo, e por este motivo legitimada estaria a negociação criminal<sup>163</sup>.

A disponibilidade das partes sobre o processo não está relacionada ao seu objeto, mas sim à produção probatória, na qual estas terão de agir de forma incisiva (sem mencionar a evidente contradição – dar às partes esta “parte” processual, sendo esta a primeira a ser excluída quando dos acordos, deixando claro a incompatibilidade do consenso com o sistema acusatório), cabendo a ela determinar quais os meios de prova legais que melhor se adequam às suas respectivas estratégias. Sem que isso signifique que o objeto processual esteja a cargo das partes, visto que no processo penal, diferente do processo civil, estão em pauta direitos e garantias indisponíveis<sup>164</sup>.

A disponibilidade percebida no sistema acusatório não seria do objeto ou do conteúdo processual, mas sim à posição passiva do julgador, afastando-o da produção probatória e conferindo esta a cargo das partes<sup>165</sup>. Reforçando que o *ius puniendi* pertence ao Estado, restando a atuação das partes acusadoras públicas sujeita ao princípio da legalidade.

---

<sup>163</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 268

<sup>164</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 269

<sup>165</sup> “O princípio dispositivo que funda o sistema acusatório não pode ser confundido com disponibilidade do objeto processual (pretensão acusatória) e de seu conteúdo (caso penal). Por disponibilidade se concebe a faculdade de renúncia do prosseguimento processual, ligada via de regra ao princípio da oportunidade, que, por seu turno integra o conceito de sistema acusatório em seus primórdios, como acentua a doutrina. O princípio dispositivo significa a posição do juiz e nada tem a ver com interesses disponíveis.” GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. P. 187. Diferente, ainda, é o entendimento esboçado por Gustavo Badaró e Geraldo Prado, os quais entendem que o princípio dispositivo gera a possibilidade das partes fazerem surtir efeitos no processo, por exemplo, como a renúncia ao direito, dispondo sobre o objeto do processo em trâmite. (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 270)

E é por isso que a mera distinção entre acusação e julgador não seria suficiente para garantir decisões justas ao juízo, mas somente o será caso a Defesa integre e balanceie, através do contraditório, a relação processual. O que gera outra problemática ao sistema acusatório e os modelos consensuais, nos quais há supressão da fase probatória e instrutória, culminando no afastamento de uma decisão justa, fundamentada nos caderno probatório trazido exclusivamente sobre as parte.

Conforme acentua Prado, o juiz que antecipadamente está pronto para prolatar um decreto, seja ele de qual natureza for, torna o processo e sua instrução dispensáveis<sup>166</sup>. Por isso, a instrução se mostra tão pertinente e necessária para o convencimento do julgador, com a prolação de respectiva sentença justa, completamente distinto do que ocorre nas soluções consensuais. Não que nestas haverá um juízo realizado pelo magistrado, entretanto, necessário se faz a instrução com a devida constituição probatória processual. Logo, somente haverá o processo penal real das partes, ainda no início do processo, se tiverem condições de convencer o juiz de suas afirmações.

Há de se consignar também sobre a posição da Defesa no sistema acusatório, traço umbilical do referido sistema, o qual, diante da implementação de soluções consensuais, perde seu espaço. O local antes ocupado pela resistência dá espaço aos comportamentos processuais do acusado, aos quais se injeta eficácia quando da resolução do conflito. Com isto, fere-se uma das principais distinções entre os sistemas processuais que é exatamente a previsão da Defesa e sua participação no processo a partir do contraditório e ampla defesa. Desta forma, ao adotar institutos que independem de funções defensivas clássicas – como a resistência à pretensão condenatória -, ocorre um verdadeiro retrocesso, fazendo ressurgir o modelo inquisitório.

Com os institutos consensuais, anula-se a atuação da Defesa em busca da efetiva contraposição, contrariedade, dialética no processo, caracterizador do sistema acusatório. Vejamos: a Defesa se caracteriza exatamente por participar do processo no

---

<sup>166</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

interesse do acusado, rebatendo a tutela requerida pelo órgão acusador em sua acusação, sob pena de o processo se tornar meio de manipulação política, social, de indivíduos e ocasiões<sup>167</sup>. Tendo em vista isto, Geraldo Prado<sup>168</sup> sugere alguns pontos a serem minimamente observados no consenso, a fim de evitar prejuízo ao acusatório. São eles:

1. publicidade interna do procedimento – garantindo ao acusado acesso a todas as informações para que não reste prejudicada a ação do indivíduo (a limitação da publicidade interna do procedimento afeta primordialmente o contraditório e deste modo atinge as posições defensivas, impedindo o imputado-acusado e seu Defensor de terem acesso a informações importantes, de poderem contrariá-las e, destarte, de contribuírem para a formação da convicção do juiz)

2. disposição de todas as informações, esclarecendo as consequências do caminho a ser adotado

3. possibilidade de o próprio acusado apresentar informações relevantes ao caso

4. que não haja redução ou eliminação da presunção de inocência, com inaceitável inversão do ônus da prova mediante pressão sobre o imputado para que aceite soluções consensuais, muitas vezes orientadas ao fim de desafogar os serviços judiciários, com independência da justiça das composições

A compatibilidade entre as soluções consensuais e o sistema acusatório dependerá de a Defesa estar possibilitada de exercer o contraditório. Em que pese a importância e a relevância da vontade do acusado para a conclusão do processo penal de natureza acusatória, há de se consignar que deve haver certo limite para tal autodeterminação, uma vez que outra garantia básica do arguido pode ser afetada, qual seja, sua liberdade. Assim, necessária se faz, além da intervenção da Defesa, o interesse técnico desta sobrepor aos interesses do acusado, assim como ocorre nos graus de recurso, a fim de garantir ao imputado direitos e garantias processuais, previstas constitucionalmente e constantes do sistema processual eleito.

---

<sup>167</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>168</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

E assim, o mesmo deveria ser no consenso, entretanto, perderia sua razão de ser (rapidez, agilidade). Afinal de contas, não é difícil notar a ilegalidade de acordos firmados pelo Ministério Público, ainda que homologados judicialmente. Como aduz Prado “o afastamento do paternalismo no tratamento dispensado ao acusado não pode levar a supor que as condições concretas de funcionamento do Sistema Penal proporcionem igualdades de toda natureza, a ponto de ser sempre considerada válida a decisão pessoal de não se defender!”<sup>169</sup>.

O denominado processo penal consensual se empenha para alcançar esta tarefa inalcançável de superar desigualdades processuais, firmando-se no princípio da autodeterminação do acusado, tida como absoluta, proporcionando ao réu a oportunidade não se defender e aceitar prontamente a sanção penal.

A problemática se desenha no tocante ao fato de que o réu possui mínimas chances de não ser condenado, isso desde a criminalização primária que escolhe condutas e comportamentos que, na maioria dos casos, se encontram mais adstritos à punição de determinadas classes sociais do que a conduta em si. Basta olhar a discrepância entre as penas culminadas, no Brasil, a um furto (1 a 4 ou 2 a 8 anos) (geralmente de pequenos valores, ou bens de pequena importância) e a lavagem de dinheiro (3 a 10 anos) (que geralmente envolve montantes consideráveis). O que se pretende punir, essencialmente? Repercutindo até mesmo na hora e pressão sobre o tempo e o ambiente recaem sobre o imputado para que aceite soluções consensuais, desprovidas de defesa e contraditório, em nome do melhor andamento do sistema, sob pena de incorrer em um processo comum com penas mais rígidas, punindo-o, mais uma vez, somente por exercer seu direito de ser processado, retroagindo à práticas inquisitoriais.

Por óbvio que as escolhas pessoais do acusado são importantes no curso do processo penal (entre elas, confessar, recorrer, se manter em silêncio, não produzir prova contra si), porém não podem e não devem ser confundidas com as do processo consensual que devem surgir oportunamente, funcionando como possível redução e

---

<sup>169</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

abrandamento de pena, entretanto, aos poucos levam ao ressurgimento do modelo inquisitório que mira no próprio acusado a ação estatal<sup>170</sup>.

Colocados tal posicionamentos, importa trazer os ensinamentos de Figueiredo Dias de que o sistema ideal penal seria uma “estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário de investigação oficial, como sendo aquele que melhor se adequa à concepção do Estado de Direito.”<sup>171</sup> O autor cita um modelo acusatório com princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial, conforme se expressa:

“filho do paradigma iluminista da função penal no seio de uma sociedade regida pelo princípio do Estado de Direito, herdeiro de uma concepção mista ou reformada (acusatória/inquisitória) do processo penal – que permitiu a recepção do formidável movimento dos direitos humanos, que estabeleceu um criterioso equilíbrio entre os direitos da comunidade (que quando se querem depreciar se fazem equivaler aos meros interesses do Estado) e os direitos das pessoas e se apresenta, por isso, como sinal distintivo de civilização e humanidade.”<sup>172</sup>

E é justamente este modelo que vem sendo alvo de críticas e apontado como fomentador da tão falada “crise do processo penal”, quando na verdade somente representou um avanço após anos de ditadura, prevendo maiores garantias aos acusados, tanto é assim que foi o Código Processual Penal Português de 1987 é modelo, copiado e traduzido para inspiração em nível mundial<sup>173</sup>.

A superação e abandono deste modelo (acusatório com princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial), recorrendo a um modelo como o norte americano,

---

<sup>170</sup> PRADO, GERALDO. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>171</sup> DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 14

<sup>172</sup> DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 14

<sup>173</sup> DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 14-15

ou “inquisitório mitigado” ou “acusatório formal”, levaria o processo penal a um pântano movediço – conforme o próprio autor se expressa<sup>174</sup> – que obrigaria a uma reforma, em âmbito global, sem que isso levasse, obrigatoriamente, a qualquer “evolução”, sem que resolvesse efetivamente os problemas ora delineados.

Ainda segundo Figueiredo Dias, deve haver uma evolução deste sistema (entendido por ele como “perfeito”), mantendo suas noções básicas, entretanto, evoluindo e acompanhando as alterações sociais, ideológicas, culturais, etc., devendo ser incorporado, em todo âmbito possível, o consenso ao invés de manter a estrutura conflituosa, fornecendo uma certa dose de efficientismo e funcionalidade, tão aclamados hoje em dia, sem que isso signifique, obrigatoriamente, a perda dos direitos e garantias adquiridos ao longo dos anos<sup>175</sup> e mais, o distanciamento cada vez maior do sistema acusatório.

Assim, os institutos consensuais encontram-se em um meio termo entre os sistemas ora analisados. De um lado, guardam resquícios das práticas inquisitoriais a fim de tornar o processo célere, dependente do consentimento e confissão do acusado que, caso fornecidos, limitam as garantias processuais e constitucionais previstas a partir do esforço do sistema acusatório a fim de evitar aplicação de pena cheia<sup>176</sup>, em troca de somente parte dela, tornando a confissão novamente a rainha das provas no sistema penal, conforme se acompanha das tendências consensuais que atravessam o mundo. Quanto ao magistrado, cabe seu papel residual devendo se contentar com a análise das condições para gerar a proposta e homologar o acordado entre as partes, ficando o convencimento limitado ao consensualmente gerado pelas partes ou minimamente produzido em um processo extraprocessual unilateral e inquisidor, o Inquérito Policial.

---

<sup>174</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 15

<sup>175</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 16

<sup>176</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

Desta forma, para a aplicação do *plea bargaining* em seus termos exatos é necessário refletir se o sistema continental está disposto a adaptar seu conceito de justiça àquele de completa passividade judicial, independentemente de quem venha a se beneficiar da iniciativa probatória, buscando respeitar única e exclusivamente a regra processual ao invés da verdade processual e garantias processuais, seja ela qual parte for.

Outrossim, a ideia de que a barganha processual e seu respectivo acordo são decorrentes de uma lógica do modelo acusatório e do processo das partes, é ficta. O que ocorre, na verdade, é uma confusão entre o modelo teórico acusatório – retomando, conforme já explicitado, se baseia na separação entre julgador, acusação e defesa, igualdade entre as partes, oralidade e publicidade – e os aspectos concretos do sistema americano, regido pela discricionariedade da ação do penal e do acordo, que não possuem qualquer relação com o modelo teórico<sup>177</sup>. O modelo acusatório pressupõe a existência de um juiz imparcial e alheio à produção probatória, que fica a cargo das partes.

Necessário é ressaltar que tanto o adversarial system, quanto o inquisitorial system fazem parte do sistema acusatório, não se confundindo o segundo com o sistema inquisitório<sup>178</sup>. O primeiro é encontrado na cultura anglo-saxônica, enquanto o inquisitorial system tem vigência preponderante em países do modelo continental do Direito. A diferença entre os dois sistemas se dá na medida em que o adversarial as

---

<sup>177</sup> LOPES JR, Aury. PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? Artigo publicado no livro “Plea Bargaining”. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. P. 152

<sup>178</sup> É por este motivo que Schüneman, debruçando-se sobre o aparente paradoxo existente entre o modelo processual penal historicamente adversarial – como aquele tradicionalmente atribuído aos países anglo-saxônicos –, por um lado, e a ressignificação inquisitiva verificada na aplicação prática dos mecanismos de consenso, por outro, assevera que “neste sistema, por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo do processo inquisitorial”. Isso acontece, explica o autor, haja vista que os dispositivos negociais – notadamente o plea bargaining – resultaram em “uma radical revolução no processo penal: a audiência de instrução e julgamento fora amplamente abolida e substituída por um guilty plea do acusado, que dele é praticamente comprado através de uma suposta diminuição da pena [...] Neste ponto faz-se notória uma outra debilidade do tribunal do júri. Este, por conta de seus inconvenientes e suas complicações, exigiu do ponto de vista da práxis uma correção. O fato de que esta correção conduziria de um modo geral a uma vasta abolição da audiência de instrução e julgamento resultou no seguinte paradoxo: o modelo processual adversarial [...] não mais conseguia responder às exigências da práxis [...] originando-se um resultado absolutamente oposto ao almejado, qual seja, a ampla extinção da audiência de instrução e julgamento através da aceitação do resultado da investigação preliminar por meio de um mero plea bargaining”. SCHÜNEMAN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Marcial Pons: São Paulo. P. 240-261

partes são encarregadas de ditar o andamento processual e produção probatória, enaltecendo a passividade do julgador durante o período probatório. Este modelo despreocupa-se com o reflexo que suas “decisões” judiciais possa ter, já que o que prevalece é a ideologia privada e liberal embutida dentro do processo penal<sup>179</sup>.

Segundo Andrade: “consiste em um modelo de processo em que sua marcha e a produção probatória são confiadas exclusivamente às partes, cabendo ao juiz tão-só figurar como um árbitro ou mediador”<sup>180</sup> e, ainda, “a iniciativa da atividade probatória incumbe preponderantemente aos próprios litigantes, daí decorrendo o papel de mero moderador e mediador, desempenhado pelo juiz que preside o julgamento, o qual raramente intervém, como os jurados”<sup>181</sup>

Já o inquisitorial system conta com a participação do juiz na fase instrutória, não sendo confiada às partes de forma integral a produção da prova, o que evita deixar a cargo destas certa conveniência ou omissão intencional neste momento. O processo penal, diferente do modelo acima, diz respeito à toda sociedade, e o juiz voltado a aplicação da justiça, nestes casos, representada pela busca da verdade material. Como assevera Andrade: “Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a deles dispor, sobre um tema que é de interesse público”<sup>182</sup>.

E complementa, “para a cultura da Common Law, a justiça é um valor que está ligado às regras do processo, ao invés de estar direcionada ao próprio fato que originou o processo. Ou seja, o fato, em si, perde importância, pois o que está em jogo ou sob julgamento é o desempenho das partes, independentemente de o tema tratado no processo poder dizer respeito a algo de interesse de toda uma comunidade ou mesmo de todo um país”<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 228

<sup>180</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 211

<sup>181</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>182</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 229

<sup>183</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 213



Ademais, nota-se “uma confusão entre um modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juízo e acusação, na paridade entre acusação de defesa, na moralidade e na publicidade do juízo – e os concretos caracteres do processo acusatório estadunidense, dos quais alguns, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não tem com o modelo teórico qualquer nexó lógico”<sup>184</sup>.

Em suma, por todo o exposto, nota-se que os países devem antes de aderir ao consenso, repensar seus próprios sistemas processuais, seu modelo escolhido e adotado para não entrarem em conflito com suas próprias intenções. Afirmar que o consenso representa uma evolução do sistema acusatório, na medida em que confere às partes a devida autonomia probatória, em nada tem a ver com o que verdadeiramente este sistema representa. Ao designar ao Parquet a possibilidade de instruir e determinar a conclusão do caso penal a partir da confissão do acusado, vê-se claramente traços do sistema inquisitorial, notoriamente tão repudiado na atualidade, trazendo na figura do representante do Ministério Público a aglutinação das funções de acusar e julgar.

### **3.3 Misto**

Ainda quanto aos sistemas, não pode se negar a existência do modelo misto, ou seja, aquele caracterizado pela união dos dois outros sistemas ora apresentados e que se divide em duas fases: pré-processual e a processual.

A primeira mais parecida com o sistema inquisitório, regida por uma investigação unilateral, sigilosa, indisponível na qual não se observa o contraditório. Já a segunda fase, aproximando-se mais do modelo acusatório, distingue as figuras do julgador e acusador, com o escopo de garantir a imparcialidade do magistrado da causa conferindo, ainda, o devido processo legal, contraditório e publicidade do feito. Noutras palavras:

---

<sup>184</sup>VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 267

“[a primeira fase] secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração de infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade”<sup>185</sup>.

Ademais, a ação penal no sistema misto caracteriza-se por ser indisponível, exercida pelo seu respectivo titular de acordo com os ditames do juízo de acusação ao qual chegam os integrantes da câmara ou tribunal de acusação, depois de apresentado, pelo juiz-instrutor, o resultado das suas investigações:

“A etapa preliminar atende ao propósito declarado de otimizar os meios de apreensão dos elementos que constituirão o núcleo do trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte, e ao objetivo implícito, de realização pública e obrigatória do direito penal, ou, como prefere Maier, de indisponibilidade na atuação do preceito e das sanções penais, nem bem verificada a infração penal, fazendo operar “de ofício” o direito penal, conforme as reservas de direitos fundamentais, motivo pelo qual, nesta perspectiva, pode ser compreendido como sistema inquisitorial garantista.”<sup>186</sup>

Em razão de tal sistemática, alguns autores como Aury Lopes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defendem que, na realidade, o sistema brasileiro seria misto e não acusatório<sup>187</sup>. Na mesma medida em que, “todos os sistemas processuais penais existentes na contemporaneidade são mistos diante da impossibilidade de se concebê-los com a mesma pureza que apresentavam nos primórdios de suas

---

<sup>185</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>186</sup> PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>187</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021 e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa : v. 46, n. 183. 2009. p. 103-115.

existências, motivo pelo qual a afirmação doutrinária sobre o sistema processual penal brasileiro se torna, sob essa perspectiva, um pouco tautológica.”<sup>188</sup>

### 3.4 Consenso e os Sistemas Processuais

O sistema inquisitório se regeu pelo princípio da eficiência, celeridade e economia processuais, com o intuito de combater a criminalidade sem que houvesse arbitrariedade ou pessoalidade em suas punições, as quais, por sinal, se demonstravam demasiadas autoritárias, desprovidas do devido processo legal. Em razão disto, o réu não figurava como sujeito de direitos ou como sujeito processual, mas sim como mera fonte de prova no processo penal, “mais do que isso, era um ideal, um objetivo a ser perseguido, para além da busca do esclarecimento do fato e da responsabilidade, que o réu confessasse o cometimento do delito que lhe fora atribuído”<sup>189</sup>.

Logo, se nos atentarmos às soluções consensuais atualmente tão aclamadas, nada mais vimos senão a obtenção da confissão a todo custo, inclusive privilegiando o réu, sob pressão, com penas mais baixas em troca da exclusão do seu direito de devido processo legal. Enfatizando tal paralelo está a posição de Langbein<sup>190</sup>, o qual ressalta a coação feita contra o acusado, a fim de que o mesmo confesse sua culpa, ameaçando-o com penas mais altas, caso faça uso de seus direitos em quase nada se distinguiria da tortura ocorrida no período inquisitório, diferenciando-as somente quanto ao grau.

Com isso, a tortura aplicada durante o período inquisitório e os moldes do *plea bargaining* não seriam diferentes em relação ao tipo, já que ambos estimulam o acusado a confessar e admitir sua culpa, que talvez nem seja, de fato, sua. No primeiro sistema analisado, com alguns dedos esmagados e pingos de sangue, noutro,

---

<sup>188</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

<sup>189</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. PARA ALÉM DO REDUCTIONISMO ACUSATÓRIO-INQUISITÓRIO: A INSERÇÃO DO JUSTO PROCESSO NO ESTUDO DOS TEMAS DO PROCESSO PENAL. Revista dos Tribunais 2016 RT VOL.964 (FEVEREIRO 2016). Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.964.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.13.PDF) Acesso em 03.04.2021

<sup>190</sup> LANGBEIN, John H. Tortura e Negociação Judicial. Yale Law School Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/543/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543/) Acesso em 02.02.2021

anos a mais de reclusão. E, tudo isto em razão de se elevar a confissão à posição de rainha das provas, ou *confessio est regina probationum*<sup>191</sup>.

Por óbvio que o referido autor os diferencia, inclusive afirma que a confissão obtida mediante tortura é menos confiável do que aquela obtida mediante negociação, pois variam os graus de coerção, porém, pontua que o dilema moral e social resultante entre os duas é o mesmo.

Além de tais colocações, ressalva, ainda, o fato da concentração no juiz (no período inquisitório) e no Ministério Público (hoje) as funções de acusar, investigar, torturar/negociar e condenar. Assim, o órgão acusador usurpa sua função, sentenciando o feito, fazendo seu próprio juízo sobre a causa. Sobre isto, não há como defender que o consenso se enquadre nos moldes do sistema acusatório, o qual dispõe exatamente sobre a distinção entre as figuras de acusador e julgador. Em nada adiantaria retirar o acúmulo de funções do magistrado e entregá-las ao órgão acusador.

Impossível seria, ainda segundo Langbein, calcular o quão prejudicial tal disposição poderia trazer ao sistema processual criminal, com uma promotora detentora de recursos estatais para instruir feitos e coletar provas para sua acusação, permitindo a ela, ainda, o julgamento do caso, o que, antes, respeitando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, possuía o mínimo de salvaguarda contra a possibilidade de o Parquet utilizar de todo este aparato contra um cidadão, que talvez seja até inocente. Infelizmente, assiste-se a dissolução de toda esta garantia em nome da conveniência, aliás, da celeridade, da economia de recursos ou, nas palavras do autor, em nome da preguiça que sustenta a barganha criminal.

Ainda em um paralelo entre o sistema inquisitório e o consenso, está a desigualdade das partes: enquanto no primeiro o próprio magistrado duelava diretamente com o arguido, coloca-se, no consenso, como partes antagônicas o

---

<sup>191</sup> “ao se buscar a confissão, se valida esta como probatio probatissima, substituindo a atividade probatória. Isto é a base do sistema inquisitivo. Significa um retorno ao sistema inquisitivo se quem pactua é o Estado, que coage o imputado com uma ameaça penal maior para que este colabore evitando o julgamento em contraditório (...) O caráter inquisito do juízo abreviado verifica a intenção de condenar sobre a base da confissão obtida coativamente”. (ANITUA, 2017, p. 369).

Ministério Público e o arguido, aguardando somente a cessão do réu quanto a sua própria confissão e produção de prova contra si mesmo.

Isto posto, nota-se, como dito, a dissolução de todo o arcabouço de direitos fundamentais conquistados ao decorrer de séculos pelo acusado, o que retomará à estaca zero frente à expansão do consenso. Complementa-se:

“As mudanças no processo penal ao longo dos anos, e os contornos visualizados nos institutos processuais, decorreram do reconhecimento primário dos direitos do homem; questões fundamentais com influência sobre produção e ônus probatório, papel do julgador, formas dos atos processuais, e, mais recentemente, a preocupação sobre a duração do processo, são decisivamente influenciadas pelos direitos que foram sendo reconhecidos e outorgados ao homem no decorrer do século passado pelo movimento de constitucionalização das garantias de defesa.”<sup>192</sup>

Quanto ao modelo acusatório, nota-se que este está pautado, fundamentado e delimitado pelos direitos fundamentais. Surge com o intuito de reprimir e limitar o poder exacerbado antes percebido pelo Estado em relação ao acusado, conferindo a este último o direito a uma defesa digna, reconhecendo-o como sujeito de direitos. Assim, os direitos fundamentais não são limitados em nome do binômio segurança e liberdade. Neste sistema prevalece direitos como a integridade física, contraditório e ampla defesa.

Nesse diapasão, o processo dever ser visto como meio de proteção de garantias fundamentais ofertadas ao acusado e, em razão disso, a justiça consensual não parece ser o melhor instrumento para tanto, já que extingue por completo a instrução processual e até mesmo o processo em si, sacrificando os direitos mais relevantes do acusado.

---

<sup>192</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. PARA ALÉM DO REDUACIONISMO ACUSATÓRIO-INQUISITÓRIO: A INSERÇÃO DO JUSTO PROCESSO NO ESTUDO DOS TEMAS DO PROCESSO PENAL. Revista dos Tribunais 2016 RT VOL.964 (FEVEREIRO 2016). Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RTrib\\_n.964.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RTrib_n.964.13.PDF) Acesso em 03.04.2021.

Com razão, Anabela Miranda de Rodrigues<sup>193</sup>, comentando a celeridade e o consenso no direito processual penal português, defende a simplificação processual limitada à pequena e média criminalidade, sempre visando os limites impostos pelas garantias do acusado.

Assim, conclui-se por ora que os pressupostos e características dos institutos consensuais mais se aproximam de técnicas do sistema inquisitivo, em clara oposição ao modelo acusatório adotado expressamente nas inovações legais. A barganha usufrui da coação para tirar do acusado a sua confissão, em evidente rompimento com o princípio do devido processo legal e do direito a não autoincriminação, utilizando-se de elementos colhidos somente em fase extrajudicial, sem qualquer filtro ou controle, além de inexistir a manifestação da defesa técnica para embasar o contraditório e garantir uma justa sentença. Se trata claramente de uma alternativa do sistema inquisitivo, legitimada pela conformidade cega e coagida do acusado.

Todo o procedimento e sua conclusão (condenação) ocorre sem que haja o mínimo de publicidade, rompimento da presunção de inocência com o devido arcabouço probatório, sem contraditório e sob pressão para confessar. Qual seria o nexos, a ligação entre este procedimento o sistema acusatório? Nenhuma. A versão atualizada da inquisição garante a eficiência, derrama menos sangue<sup>194</sup> e basta a promessa de uma pena muito mais grave para se tornar realidade, tornando a confissão prova fundamental – quiçá única – para a condenação. Além da problemática de o Direito Penal não ser aplicado por Tribunais, nem através do processo, com as suas devidas fases, sem qualquer tutela aos direitos fundamentais do acusado, impondo-se apenas a cadeia produtiva (e lucrativa)!

---

<sup>193</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, n.º4, Outubro-Dezembro de 1996, p. 543. Da mesma autora, cfr. também: RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia – uma opção político-criminal. In: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 48-49.

<sup>194</sup> Ricardo Gloeckner acertadamente caracteriza o procedimento como “soft inquisition”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. P. 230

Os mecanismos de barganha contradizem mais do que as premissas do modelo acusatório, mas os contornos do processo penal como um todo<sup>195</sup>, caracterizando-se como verdadeira aberração que decorre da necessidade prática e mentalidade capitalista, que demanda menos gasto e mais agilidade, ainda que para isso, o acusado abra mão de garantias que lhes foram concedidas ao longo de dolorosos tempos<sup>196</sup>.

Nesse sentido, impende destacar que a tendência de expansão do consenso ora em apreço se demonstra demasiada nociva, ao passo em que torna possível flexibilizar garantias e direitos fundamentais do indivíduo, as quais constituem o próprio sistema processual acusatório. O que se constata é que a expansão do consenso debilita a figura do acusado como sujeito de direitos, movendo-o à mera posição de alvo para obtenção da verdade, tal qual se via no processo inquisitório, se aproximando, por conseguinte, a este modelo autoritário.

#### **4. Os contrapontos existentes entre a barganha e os alicerces do processo penal no Estado Democrático de Direito: Considerações Gerais**

O processo penal operante em um Estado Democrático de Direito deve objetivar a limitação dos poderes estatais sobre os indivíduos e para tanto deve, além consolidar os direitos e garantias fundamentais, por meio de suas Constituições ou por texto legais, fomentá-los. É indispensável que o indivíduo usufrua de suas garantias para que se tenha o mínimo de democracia dentro do processo, sob pena de se tornarem letra morta de lei. Para isso, deve-se ter uma forte edificação dos princípios, abrangendo garantias fundamentais que trabalhem de forma dependente, quer dizer, ao se ferir uma delas, conseqüentemente, haverá o desrespeito a outras garantias também determinantes<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 276

<sup>196</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. Revista dos Tribunais. RT 953. Março de 2015. P. 274

<sup>197</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE

Com o fomento do consenso como solução ao processo penal, além de toda problemática já analisada, da incompatibilidade com o sistema processual adotado, há também um fenômeno demasiado problemático e talvez o mais grave reflexo causado pela barganha: trata-se da relativização de garantias fundamentais que constituem o sistema epistemológico garantista, reforçando o caráter inquisitorial do consenso, notadamente “em razão de violações ao devido processo, ao direito à defesa, à presunção de inocência, dentre outras premissas de limitação do poder punitivo estatal”<sup>198</sup>.

Sobre tal debate, a dignidade da pessoa humana pode ser analisada sobre uma dupla perspectiva. Ao mesmo tempo que a demora para conclusão processual pode representar um estigma para o acusado, como a fadiga de uma possível condenação, comparecimento à audiências, fatos que podem ser mais prejudiciais e danosos do que a sanção final, quer dizer, ainda que se defenda o consenso sob a ótica da dignidade da pessoa humana, é necessário observar este mesmo princípio quando em prática o consenso, já que não é possível ou aceitável a redução de qualquer garantia ou direito baseando-se somente na celeridade e eficácia do sistema processual<sup>199</sup>. E ainda:

“A doutrina constitucional segundo Costa Andrade, na linha de Amelung, Luhmann, Gomes Canotilho e Vieira Andrade, afirma que os direitos fundamentais vão além da titularidade de poderes e de faculdades individuais (dimensão subjetivo-individual), inserindo-se numa escala valorativa e finalística da sociedade (dimensão objetiva), de modo que o reconhecimento coletivo legitima seu exercício. Assim, deixam a esfera meramente individual e passam a valer como elementos estruturais de ordenação social, necessitando de proteção. Dentro desta concepção Bobbio afirma que o

---

PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. *Revista Direito Em Debate*, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

<sup>198</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. RT 953. Março de 2015. P. 263

<sup>199</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 79



problema mais grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas o de protegê-los.”<sup>200</sup>

Com o afastamento do juiz do acordo, fadado à mera homologação das cláusulas, é aberto espaço para o aparecimento de objetos que não serão alvo de fiscalização judicial por um terceiro imparcial. É função do juiz garantir que o acusado goze de todas as prerrogativas que lhes são garantidas na Constituição Federal<sup>201</sup>. Nesse sentido, notou-se que os institutos negociais geram em primeiro plano o esgotamento teleológico da jurisdição, ao passo que coaduna para a fixação de uma sanção a partir da inexistência do devido processo legal, através de um feito que sequer foi devidamente instruído.

Os institutos negociais são mecanismos jurídicos que objetivam principalmente a simplificação do processo, intentando torna-lo mais eficaz. Entretanto, a partir de tal justificativa, tais institutos acabam relativizando, ou melhor, suprimindo por completo certos direitos fundamentais, ainda que previstos constitucionalmente, logo deveriam requerer proteção maior a ponto de não serem suscetíveis a modulações que permitissem a redução de sua carga axiológica-normativa, como se observa.

#### **4.1. CONTRADITÓRIO/AMPLA DEFESA/PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA/DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O princípio da presunção de inocência é marca do sistema acusatório, o qual somente deve ser ultrapassado após um processo público que respeite todas as garantias e direitos conferidos ao condenado, bem como na medida em que “se o modelo acusatório privilegia a presunção de inocência, a parte autora deve desconstituí-la sob pena de aplicação do princípio *in dubio pro reo*. A presunção da inocência do investigado e eventual réu da ação penal exige que sua culpa seja reconhecida acima de uma dúvida razoável. Dentro do sistema acusatório, é do

---

<sup>200</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 110

<sup>201</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 111

Ministério Público (ou do querelante) o dever processual de desconstituir a presunção de inocência que recai sobre o réu.”<sup>202</sup>

O referido princípio, consagrado no Estado Democrático de Direito, é posto como limitador do poder punitivo estatal, o qual somente poderá se instalar após a devida quebra da inocência. Sintetizando, trata-se de considerar o acusado como inocente até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, garantindo a ele durante o processo, um *status quo ante*, de forma que a pena poderá apenas ser imposta após superada tal presunção, garantindo às partes a possibilidade de contribuir, a partir do contraditório, na conclusão do magistrado.<sup>203</sup>

Tal é a importância do referido princípio que alguns autores afirmam sequer ser necessária sua positivação para ser respeitado, já que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, neste momento histórico, da condição humana”<sup>204</sup>. Em que pese a elevação a tal patamar, a Constituição Federal brasileira reconheceu a necessidade do princípio ao processo, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. E, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH ou “Pacto San José da Costa Rica”), recepcionada pela legislação brasileira, em seu artigo 8º, diz respeito às garantias e direitos fundamentais que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Por ser um princípio tão genuíno, torna-se mais do que necessário que a prova incriminadora seja robusta o suficiente para quebrá-lo definitivamente, restando comprovada a autoria e materialidade do crime.

---

<sup>202</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

<sup>203</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. Revista Direito Em Debate, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

<sup>204</sup> GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> Acesso em 23.06.2021

Em que pese, em tese, o acusador deva ultrapassar o princípio *in dubio pro reo* e “demonstrar cabalmente a veracidade de sua acusação”<sup>205</sup>, servindo como obstáculos para que uma mera acusação, destituídas de provas possa levar a uma condenação até imodificável, com a supressão da instrução processual, não há sequer fase no processo para elaborá-la, visto que, caso houvesse, razão não haveria para a existência das soluções consensuais, ficando o próprio Estado incumbido de demonstrar a responsabilidade e culpa do indivíduo para que, só então, possa ser condenado, pressupondo de um processo justo pelo qual restará comprovada a responsabilidade<sup>206</sup>.

No mesmo sentido o direito de se manter em silêncio: “essa garantia é a manifestação dos princípios *nemo tenetur se detegere* e *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou seja, ninguém é obrigado a se acusar), criados para servirem de freio ao ímpeto estatal de descobrir a verdade, seja a que preço for, em razão do rastro de sangue deixado pelo Estado ao longo da história da civilização, sempre que atuou nesse sentido. Todavia, como bem observa Roxin, essa garantia somente tem sentido se o silêncio não é interpretado contra o acusado, pois, “*de lo contrario, sería un silencio auto-inculpatório*”<sup>207</sup>. E veja, ainda que o silêncio não seja utilizado contra o acusado, a não confissão culmina em penas mais graves, desequilibrando acusados supostamente na mesma posição.

E ainda como desdobramento do direito de permanecer em silêncio, sem que isto prejudique a situação do acusado, está seu direito a não autoincriminação, ou seja, a não contribuir com a prova do fato punível: “ele se refere à possibilidade de o acusado não auxiliar o juiz e o acusador, seja do modo que for, na obtenção de informações sobre os fatos que constam na acusação”<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 187

<sup>206</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. P. 29

<sup>207</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 188

<sup>208</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 188

Posto isto, se alocarmos tal assertiva dentro do contexto do consenso, razão não há para compatibilizar o sistema acusatório, o consenso e a presunção de inocência, visto que não há qualquer rompimento da inocência realizado pela acusação, a não ser se basear na confissão do acusado ou em indícios colhidos em sede policial, os quais culminaram no Inquérito Policial. Não há produção de caderno probatório suficiente para romper com a presunção de inocência.

Necessário pontuar que a fórmula utilizada pelo consenso, atribuindo demasiada importância à confissão incriminatória do acusado, gerando um verdadeiro retrocesso ao tarifamento de provas, como já dito, posicionando a autoincriminação como *regina probatium*. Vejamos:

“Nesse diapasão, tem-se que a presunção de inocência – notadamente em sua perspectiva probatória – resta largamente fragilizada, porquanto, ao se promover o afastamento da fase instrutória processual, mediante a simples homologação de uma declaração autoincriminatória, não se queda possível confrontar a conformidade dos elementos informativos preliminarmente coligidos (num procedimento fundamentalmente inquisitório, consoante já se observou) em relação às normas processuais que efetivamente condicionam o desenvolvimento do raciocínio jurisdicional. O efeito disso nada mais é do que um “evidente retorno ao passado, que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas sólidas e lícitas para a fragilização da presunção de inocência”. Ademais, calha asseverar que, ao se proceder às negociações, costuma-se oferecer ao acusado duas alternativas: ou ele aceita a proposta de acordo, declarando-se culpado e renunciando ao direito de ter um devido processo legal, tudo em troca de uma sanção mais leniente, ou ele recusa o acordo e se sujeita ao risco de ter de cumprir, caso condenado, uma pena muito mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta caso aceitasse a proposta.”<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. *Revista Direito Em Debate*, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

Com isto, seria possível acarretar condenações que não se concretizariam através de um julgamento realizado de acordo com o devido processo legal, pois a coerção sofrida pelo acusado é tamanha que este admite fatos com o fito de finalizar o processo e ter logo a punição estatal, por mais que não seja ele o autor do crime em apuração<sup>210</sup>.

O ápice da tensão da barganha trata dos entraves criados a fim de obstacularizar o direito à defesa. Inicialmente quanto à manifesta oposição entre os interesses do acusado e de sua própria defesa, ao manipulá-lo a aceitar acordos em nome de sua satisfação pessoal e profissional, poupando-lhe tempo e recursos. E quando assim não se configura, ainda que seus defensores possuam boas intenções, se demonstram manifestamente temerários frente a eventual possibilidade de prejuízo ao acusado, caso optem pelo prosseguimento do processo<sup>211</sup>, configurando, como colocado por Albert Alschuler uma “*certain schizophrenia*”<sup>212</sup> na relação advogado-cliente.

Desta forma, se demonstra ilegítimo o argumento de que, pelo fato de estar acompanhado por defesa técnica como colocado por Rosimeire Leite<sup>213</sup>, o acordo seria realizado de forma livre e espontânea, desprovido de qualquer pressão ou prejuízo ao acusado, pois a mera presença de seu advogado seria suficiente para suprir qualquer deficiência proveniente do acordo, entretanto, seu próprio defensor as sofre, ou seja, há obstáculo para o acusado até com sua própria Defesa, que não presta uma efetiva assistência frente à pressão natural do sistema<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> 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. p. 172

<sup>211</sup> SCARANCA, Antonio Fernandes. ob. cit. P. 267 e ALBERGARIA, Pedro Soares de. ob. cit. P. 41

<sup>212</sup> ALSCHULER, Albert W. The defense attorney’s role in plea bargaining. P. 1312. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal_articles) acesso em 14/06/2021.

<sup>213</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. P. 34-35

<sup>214</sup> ALSCHULER, Albert W. The defense attorney’s role in plea bargaining. P. 1313. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal_articles) acesso em 14/06/2021.

A proposta mais benéfica ao acusado que opta por realizar o acordo em nome da renúncia aos seus direitos fundamentais e fundamentado em uma confissão (até mesmo esvaziada de outros elementos probatórios), não caracteriza um prêmio a este, mas sim uma sanção àqueles que optam por exercer suas garantias constitucionais, não sendo legítimo piorar a situação daquele que opta por fazer uso de um direito, o direito de permanecer em silêncio. Logo, tal vantagem obtida por aquele que confessa, se configura mais como ameaça do que propriamente uma benesse, ocasionando na violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo, gerando uma autoincriminação decorrente da pressão<sup>215</sup>.

Ainda, em relação ao contraditório, importante ressaltar que não basta, para sua observância, que seja oportunizado às partes ter conhecimento dos elementos de fato e de direito pertinentes ao caso. Mais do que isso, é necessário possibilitar a elas o direito de resistência ao exposto nos autos, não sendo suficiente oportunizar o conhecimento do feito, deve ser garantido o direito de influir na convicção do juiz.

Por sua vez, o direito à ampla defesa surge do direito do acusado de conhecer o processo e sua possibilidade de reação. Difere-se do contraditório na medida que este deve ser garantido tanto à acusação, quanto à defesa, já a ampla defesa diz respeito principalmente a esta última, em duas vertentes: técnica e pessoal.

A simplificação processual através do consenso, gera a renúncia, acobertada de intensa coerção, de direitos fundamentais de defesa do acusado. Ou seja, para que possam ser observadas as “vantagens” a serem obtidas pelo acordo, o acusado precisa expressamente renunciar ao seu direito de defesa, abrindo mão da oportunidade de produzir provas e, em último caso, consentindo a dispensa do principal meio de sua defesa perante o poder punitivo estatal, que deveria assegurar um procedimento justo, igualitário e democrático, “conformador de uma episteme processual fundamentalmente garantista e acusatória – o devido processo legal.”

---

<sup>215</sup> 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. p. 192-193

Desta forma, em relação à ideia de que o consenso não fere, obrigatoriamente, o direito da não autoincriminação, em razão do direito de não produzir prova contra si, cai por terra e torna-se letra de lei morta ao premiar-se com benefícios, redução da penalidade, gerando um agravamento da pena daquele que optar por fazer uso de um direito que a própria Constituição lhe assegura. Ou seja, afirmar que ninguém é obrigado a produzir prova contra si, mas aquele que optar por fazer, será beneficiado com redução de sua sanção, quer dizer que, indiretamente, piora-se a situação daquele que exerce seu direito de não confessar ou até mesmo permanecer em silêncio, emergindo na coação da autoincriminação.

A falta de controle jurisdicional resulta, ainda, em acordos que extrapolam os limites legais. E nem é necessário ir muito longe para constatá-los, basta analisar as aberrações jurídicas observadas durante a Operação Lava Jato<sup>216</sup>, com a criação até de regimes que sequer estão previstos na legislação. Isto porque há excessivo controle do órgão acusador, orquestrando além da própria acusação, também a condenação, em evidente desequilíbrio processual das partes, ferindo o Estado Democrático de Direito, visto que permite a celebração de acordos, punindo acusados a partir da inexistência de processo, sem dizer de todas as infrações às garantias do devido processo legal<sup>217</sup>.

#### **4.2. BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL**

Outra problemática encontrada, principalmente no que diz respeito ao sistema acusatório, é a vedação imposta ao juiz de suprir eventuais “falhas” ou lacunas não enfrentadas pela acusação no decorrer da instrução. Ou seja, caso o órgão acusador não trazer ao processo a ínfima prova necessária para compor sua acusação

---

<sup>216</sup> Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr. (2018, p. 27) aludem a uma sentença penal condenatória prolatada no âmbito da operação Lava Jato, em que o sujeito fora condenado a 15 anos e 10 meses de prisão a ser cumprida em “regime de reclusão doméstica”, ao que, passado algum tempo, progrediria ao regime “semiaberto diferenciado” e, finalmente, depois de dois anos, a regime aberto. Evidentemente, esse sistema atípico de cumprimento de pena não encontra amparo no diploma que recepcionou o instituto da colaboração, representando, portanto, indevida “execução penal à la carte”.

<sup>217</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. *Revista Direito Em Debate*, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

ou até mesmo a proposta do acordo, caso este tenha sido aceito, restará ao juiz a mera homologação, ficando prejudicada a busca pela verdade desejada no processo penal, qual seja, a verdade material.

Se por um lado a acusação busca uma condenação sem o mínimo de esforço, por outro o acusado luta para conseguir a tal almejada absolvição e, em último caso, uma condenação menos gravosa. Nota-se, em suma, prevalecer não a busca pela verdade, sobretudo no consenso em que o acordo entre as partes, homologado judicialmente, vale como suficiente para embasar uma sanção, mas sim a decisão que parece mais favorável a cada uma das partes, dispensando a necessidade de se provar a verdade real<sup>218</sup>.

Ressalta Nereu Giacomolli que não é possível falar em qualquer verdade, seja ela real ou processual, visto que não há nenhuma busca por verdade sem que seja possibilitado às partes o contraditório no processo penal. Ocorrem uma conclusão inócua, “um simulacro fantasmagórico de sentença, sem motivação e sem razões lógicas ou científicas, em afronta à garantia insculpida no art. 93, IX, da CF”<sup>219</sup>.

Essa renúncia à descoberta da verdade material como finalidade do processo é inaceitável pelo nosso ordenamento jurídico porque coloca em causa o princípio da culpa, visto que, ao se aceitar o consenso, se renuncia expressamente à verdadeira finalidade do processo, que é a busca da verdade material, sendo alcançada uma forjada verdade processual que não é suficiente para violar a presunção de inocência e, logo, a culpa do indivíduo.

A problemática que se coloca entre as finalidades do processo se relaciona, sobretudo, com a descoberta da verdade e construção da justiça e a demasiada proteção de garantias fundamentais que tornam necessária a busca por “soluções de concordância prática, que, precisamente por o serem, nem sempre permitem que se

---

<sup>218</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 99

<sup>219</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 117



cumpra de forma plena, exaustiva, qualquer uma das finalidades”<sup>220</sup>. Por isso, a existência de contradição entre ultragarantistas e defensores da celeridade, já que ou restará afetada a descoberta da verdade para os efficientistas, ou morosidade processual, pelos ultragarantistas<sup>221</sup>. Assim, trata-se de compatibilizar e dar maior agilidade à descoberta da verdade sem que isso signifique a completa desproteção de direitos fundamentais do arguido.

Sem a intenção de se perquirir profundamente aos estudos de cunho epistemológico, é necessário que ocorra um afastamento da visão da verdade real, relacionada a como os fatos exatamente ocorreram no mundo físico, a qual, em sua totalidade é impossível de se alcançar, seja em razão das diferentes perspectivas pessoais criadas a partir dos fatos, seja pela restrição que o processo encontra no ordenamento em reproduzi-la fielmente<sup>222</sup>. Desta forma, frente a tal impossibilidade, necessário se faz, para adequação ao devido e justo julgamento, “adaptá-la” aos fins processuais jurídicos, ou seja, a partir da construção de uma verdade que pode ser levada ao processo, sem que com isso signifique sacrificar direitos do acusado.

Resulta, então, da análise do juiz ou tribunal dos fatos apresentados e esclarecidos no decorrer dos autos, uma verossimilhança, uma ideia admissível e crível do que ocorreu. Assim, a verdade aqui em pauta é separada da ilusória desejada verdade em conformidade com a realidade, sendo atribuída uma relação restrita com a verdade construída a partir de uma reconstrução da certeza jurídica, englobando todas as incertezas provindas de qualquer reconstrução ou reconstituição de qualquer situação, sobretudo que no que diz respeito às restrições direcionadas, a partir da legislação, às provas<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. P. 26

<sup>221</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. P. 26

<sup>222</sup> 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. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/32> acesso em 04/08/2021

<sup>223</sup> KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passividade. 2011. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2011. p. 145. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1861> acesso em 27/07/2021

Entretanto, o impedimento de se reconstruir a verdade “verdadeira” não impossibilita a conclusão de um desfecho. A busca pela verdade material existente das provas constantes dos autos, integra uma das principais finalidades do processo, tendo em vista o anseio por decisões judiciais justas e verdadeiras. Nesse sentido, deve haver uma integração entre as verdades, já que não seria possível a realização de uma justa justiça sem antes apreciar a verdade.

Lado outro, ainda que se tenha a busca da verdade como finalidade processual, esta possui certos parâmetros e limites estabelecidos pelo próprio legislador, no que diz respeito a produção de provas, visando não ferir os direitos fundamentais dos arguidos, fazendo com que o magistrado ou tribunal receba as informações a partir de um “filtro”, configurando a não absolutariedade das provas<sup>224</sup>. Além da filtragem da licitude das provas, a verdade material vem delimitada pela produção daquilo constante do processo, excluindo os conhecimentos tidos pelo magistrado fora do ali registrado, existindo somente os fatos que ali forem provados, dentro de todos estes contornos. Em que pese estas restrições à obtenção da verdade para que não se configure uma verdadeira perseguição, não são suficientes para excluí-la como finalidade do processo<sup>225</sup>.

Paralelamente à busca da verdade material como finalidade do processo, encontra-se o almejado efficientismo e celeridade, levando ao progresso da verdade consensuada. Não se pode negar a existência dos fatores que levam a esta tendência, a busca pela verdade pode gerar uma certa lentidão à conclusão do processo, assim como interfere nos gastos, custos e até o próprio papel dos agentes processuais<sup>226</sup>. Porém, não se justifica abandonar o alcance da verdade material em nome da verdade negociada estabelecida pelas partes. Ao mesmo passo que a completa desconfiguração de direitos fundamentais não podem ser colocada em risco em nome da busca da verdade.

---

<sup>224</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. P. 41

<sup>225</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020. P. 42

<sup>226</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 58

Mesmo que as soluções consensuais venham demonstrando impacto nos ordenamentos ao redor do mundo, além de destaque fazendo frente a verdade material, esta não pode ser pura e simplesmente descartada. Não é sustentável ou sequer ético que qualquer sistema jurídico torne possível a imposição de pena privativa de liberdade ao arguido através de um processo que não leva em consideração a verdade como finalidade, ou como objeto a ser apreciado, alimentando-se de uma culpa ilusória e ficta<sup>227</sup>. Qualquer decisão emanada deste tipo de sistema, independente de qual critério tenha se levado em consideração para aferir a culpabilidade, não poderá ser considerada justa quando oriunda de um processo sob o qual a necessária verificação dos fatos sequer aconteceu, que simplesmente ignora o princípio da culpa, além do exercício de coação sob o arguido, que leva inclusive inocentes a se declararem culpados.

#### **4.3. CONFISSÃO/VOLUNTARIEDADE**

A confissão, ou “admissão da culpabilidade” como única prova fundamentadora de um decreto condenatório, representa um verdadeiro retrocesso na evolução do Direito Processual Penal. Por anos houve a luta contra a estigmatizada “confissão como rainha das provas”, a fim de que ela não pudesse ser, sozinha, a maestra de uma condenação. Porém, o que se assiste é justamente o contrário: a prescindibilidade das demais provas para uma condenação, evitando o contraditório, o devido processo legal, unicamente por motivos utilitaristas e eficientistas, dando ensejo, ainda, à condenação de inocentes.

A busca pela confissão, validada e taxada como principal fonte de prova, em substituição inclusive à atividade probatório, remonta ao sistema inquisitivo, significando um regresso ao pacto realizado pelo Estado, que coage o acusado ameaçando-o com uma pena maior caso não colabore a fim de se evitar um processo embasado no contraditório. O âmago inquisitivo da abreviação processual reforça a

---

<sup>227</sup> 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. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/32> acesso em 04/08/2021

verdadeira intenção de se condenar somente se fundamentando na confissão tida coativamente<sup>228</sup>.

Ainda, como anteriormente citado, conforme John Langbein, há uma aproximação evidente entre a tortura e a coação sofrida pelo acusado durante negociações penais, além de pressuporem a confissão e ter nesta o fomento de uma sanção, ambas são mecanismos de intimidação que variam apenas em seu grau de intensidade, já que na tortura, característica do período inquisitório, como visto, prezava-se pelo sofrimento físico, já no acordo há ameaça de incorrer em uma sanção mais grave caso opte por seu direito à defesa e devido processo legal<sup>229</sup>.

Assim, pode-se concluir que “a desconfiança diante de confissões apresentadas em troca de tratamento benevolente é evidenciada inclusive no período da Inquisição, em que tal meio de prova era reconhecido como superior e obtido por meio de tortura”<sup>230</sup>. Semelhantes, portanto, quanto ao fato de colocar-se, novamente, o réu na situação encarada por tantos, como Joana Darc e Galileu Galilei, ressaltando-se traços evidentemente inquisitoriais em um sistema, mais do que nunca, acusatório: “esperar passivamente a confirmação da sua presunção de inocência, ciente dos riscos que isso implica em um meio coercitivo por natureza, ou aceitar uma dessas regras e decidir resolver a questão do modo mais rápido e econômico possível”<sup>231</sup>.

Desta forma conclui, também, Vinícius Vasconcellos: “o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos

---

<sup>228</sup> Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRÁGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. *Revista Direito Em Debate*, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229>

<sup>229</sup> LANGBEIN, John H. Tortura e Negociação Judicial. Yale Law School Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/543/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543/) Acesso em 02.02.2021

<sup>230</sup> 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. p. 165

<sup>231</sup> 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. p. 165

mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa”<sup>232</sup>.

O ressurgimento da confissão como rainha das provas a confissão do acusado, pautado nos moldes inquisitórios, incitando traços autoritários em pontos primordiais do processo penal<sup>233</sup>, afastando o indivíduo da posição tal almejada e combatida pelo Direito Processual Penal de sujeito de direitos, sendo sua confissão o embasamento fundamental, se não o único a se argumentar em uma condenação, relativizando inclusive a produção de provas ilícitas, além do sumiço do contraditório como consequência da extinção do processo, baseando preeminentemente em investigações extrajudiciais. Sobre estes aspectos, quanto a valorização descabida da confissão, deve se reconhecer sua ilegitimidade, já que, como regra, fundamentalmente embasa sentença condenatória, em troca de benesses ofertadas pelo órgão acusador, em um ambiente propício a pressões e coações<sup>234</sup>.

Esta reconstrução dos moldes inquisitoriais se demonstra completamente inadequada ao processo penal democrático, pois somente pode ser condenado aquele que tiver sua presunção de inocência rompida por forte lastro probatório em seu desfavor, o qual deve ser produzido a partir do devido processo legal e submetido ao contraditório. Segundo Casara, “afastando-se assim a dimensão probatória do princípio constitucional da presunção de inocência. Têm-se pena sem prova (sem necessidade do Ministério Público fazer prova) e, em consequência, sem contraprova (sem a possibilidade da defesa reagir)”<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Interessante é o exemplo trazido por Richard Lippke, citado por Vinícius Vasconcellos, comparando a coação da barganha com a coação presente em um crime de roubo. Vejamos: considerando que ladrões armados intimidem as vítimas, prometendo não lhes agredir, caso entreguem o objeto do roubo “voluntariamente”. Diante desta situação seria improvável afirmar que estas vítimas teriam a opção de recusar tal proposta diante das opções que lhes restam. Ou seja, aceitariam “voluntariamente” realizar atos que, em situação comum, não fariam definitivamente. 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. p. 168

<sup>233</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais. P. 116-118

<sup>234</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 116

<sup>235</sup> CASARA, Rubens R.R. O acordo para aplicação da pena, p. 152 in 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. p. 178

#### 4.4 MERCANTILIZAÇÃO DO PROCESSO

Apesar de tais críticas, como se viu, o modelo anglo saxônico vem sendo adotado cegamente por outros países, ainda que incompatíveis com seus modelos e sistemas, guarnecido de todos os defeitos e empecilhos experimentados na sua forma originária<sup>236</sup>.

Critica-se a relativização de direitos e garantias fundamentais do acusado, frente à deturpação da principal função do processo, que é delimitar o poder punitivo estatal, baseando exclusivamente em uma lógica economicista, de aceleração e agilidade, independente de quão mal podem fazer ao indivíduo e ao sistema como um todo. Em razão disto, nomeou-se tal fenômeno como “fast food jurisdicional” ou “Mc Justice”<sup>237</sup>, em alusão à “uma compulsão por eficiência que transforma o cidadão em consumidor”<sup>238</sup>. Com isto, busca-se o máximo de condenações, com o mínimo de recursos e tempo possíveis, no qual os direitos dos indivíduos são verdadeiras moedas de troca a serem transacionados, fomentando a banalização do direito penal<sup>239</sup>.

Ou seja, cada vez mais nota-se a utilização da filosofia atuarial, “que se caracteriza por adotar abordagens estatístico-mecânicas a partir de dados com comparações de valores numéricos e prognósticos de riscos de suspeitos, ou seja, a substituição de doutrinas complexas por técnicas de gerenciamento eficientes, do pensamento-que-medita para o pensamento-que-calcula”<sup>240</sup>. Tal pensamento não tem como finalidade o combate à criminalidade, mas sim gerenciar grupos, identificando-

---

<sup>236</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 113

<sup>237</sup> BOHM, Robert M. McJustice: on the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v.23, n.1, p. 127-146, março 2006, p. 127-129. In 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. p. 156

<sup>238</sup> CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do processo penal brasileiro, p. 152. in 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. p.156

<sup>239</sup> LOPES Jr. Aury. Justiça negociada. P. 110 in 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. p. 157. No mesmo sentido, Malcolm Feeley, ao comparar as transações com supermercados no qual apesar da pechincha, raramente consegue-se uma real e valoriza redução. (FEELEY, Malcolm M. The process is the punishment. 187-188.)

<sup>240</sup> BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCRIM*, n. 57, ano 22, São Paulo. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5995/> acesso em 11/08/2021

os e administrando as classes sociais não desejáveis na ordem social da maneira mais branda possível, obtendo-se um maior número de condenações com o menor gasto econômico e temporal possível.

Assim, o discurso de que os institutos de consenso gerariam economia processual ou até redução da carga laboral da justiça, além do aumento ao combate da criminalidade, é pernicioso visto que seu principal intuito é somente senão atuar de forma legitimada para controlar a ordem social através de um poder punitivo estatal.

Observa-se, assim, que “a sociedade chegará ao ponto em que o homem perderá sua devoção ao Estado e a entregará à Empresa. O Estado abandonará a tutela dos direitos humanos, já outrora fracionados em gerações fictícias ou simplesmente executará o seu papel na denominada proteção de “fachada”<sup>241</sup>, causando irreparáveis danos aos direitos humanos, primando pela razão mercadológica em detrimento da racionalidade jurídica. A liberdade não pode estar à disposição de ser negociada, como se faz com coisas no direito privado.

#### **4.5 AUSÊNCIA DE IGUALDADE ENTRE AS PARTES COMO CONSEQUÊNCIA DO AFASTAMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Em que pese a afirmação de Figueiredo Dias, de que “é da essência do processo de consenso que todos os participantes intervenham em posição paritária, livres de toda coacção e constrangimento”<sup>242</sup>, o que se vê pelos desenhos deste procedimento é a superioridade ministerial sobre o acusado, fazendo com que este aceite uma pena por receio e por segurança do mal menor de confessar sua culpa, ainda que ficta.

O processo teria como um de seus pilares justamente a busca pelo equilíbrio entre as partes, na medida do possível, como assevera Andrade, ele seria um “meio

---

<sup>241</sup> WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos e Informalização e Privatização da Justiça Penal. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2002.p. 16.

<sup>242</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001. P. 83

para a máxima eficácia de garantias constitucionais, visa exatamente a criar uma ‘situação ideal de fala’, um espaço dialógico ou comunicativo com chances iguais de manifestação das partes”<sup>243</sup>, o que, com o consenso não é observado, visto que o processo é completamente suprimido e reduzido a uma sessão de acordo, impossibilitando a atuação dialética da Defesa frente ao Parquet.

Sobre a atuação do magistrado, ainda o referido autor: “É admissível até uma postura mais ativa do magistrado para buscar moldar o acordo a parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade. Se o magistrado se omite no seu papel, permitindo coações, ou se o próprio órgão judicial força um ‘consenso’ num atuar disparatado, haverá um quadro patológico gerador de descrédito institucional e passível de punição ético-disciplinar”. Ora, como já exposto, esta tentativa de intervenção do juiz, ainda que seja a favor do equilíbrio, a favor da paridade entre as partes foge à lógica do sistema acusatório. Como será possível afastar a atuação do juiz e, em seguida, pretender que tenha uma “postura mais ativa” para a defesa do acusado ou da paridade entre as partes?<sup>244</sup> O princípio da igualdade pressupõe o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais no âmbito do enfrentamento da criminalidade. Nesse sentido, restaria proibida qualquer espécie de arbitrariedade que não fosse de caráter objetivo.

A mera chance de se optar por quais indivíduos, ou quais crimes devem ser objeto de persecução penal cria uma sensação de desigualdade, impunibilidade e inconsequência. O princípio da legalidade, novamente surgindo como contraponto, protege o tratamento igualitário dos indivíduos, diferente do que ocorre com o princípio da oportunidade, que não garante este tratamento, sendo suscetível de influência econômica, política, partidária, sobre o espectro da aplicação da lei. E além destas influências, atenta-se, ainda, sobre a possibilidade, em um caso de acordo, da possibilidade econômica da pessoa de contratar melhores advogados, privando, ou

---

<sup>243</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2013. P. 107

<sup>244</sup> Sobre a possibilidade de atuação do juiz para proteção dos direitos do acusado, Prado defende a figura do “juiz defensor”, o qual poderia somente intervir em caso de beneficiar o acusado, o que também vai contra os moldes acusatórios que intenta por completo a figura passiva do julgador, seja para beneficiar quem quer que fosse, sob pena de novamente incutir no sistema adotado. No mesmo sentido Flávio Andrade que defende o “papel garantidor do magistrado”. E ainda, defende que o “magistrado deve conter excessos, exercendo o controle necessário para que sejam atendidos os ideais de justiça”, novamente em contradição ao disposto no próprio sistema acusatório.



melhor, sucumbindo em um desdobramento de outra essência: a qualidade da defesa para trazer as melhores possibilidades de negociação aos seus clientes. Possibilitar diferentes atuações em casos similares representa uma gravíssima desigualdade entre os cidadãos, servindo os acordos para beneficiar brancos, ricos, primários, assim como a lei já faz:

“É no processo penal onde emergem, cristalinamente, as desigualdades sociais, tais como a discriminação, a miséria econômica e intelectual, bem como as jurídicas. O cidadão já ingressa no sistema criminal em desvantagem, por situação social e pela disparidade de preparação do defensor em relação ao órgão acusador. Esta desigualdade não pode ser mantida na justiça criminal, que exige um tratamento equilibrado entre os sujeitos processuais. Por isso não se justificam as negociações diretas entre o órgão acusador e o imputado, sem um controle jurisdicional direto.”<sup>245</sup>

Albert Alschuler afirma que, ao se optar pela barganha, retira-se da norma material, principalmente no que diz respeito à pena, sua exata determinação, sendo esta aliada exclusivamente ligada à forma como a qual o indivíduo se porta durante as negociações. A sanção percebida pelo acusado deve ser medida pelo fato criminoso a ele imputado, após o devido processo legal com a consequente condenação e não tão somente por decisões tomadas após o exercício de pressões e coações sobre ele, deixando de optar por um acordo ou não<sup>246</sup>.

Sobre a atuação dos atores processuais durante o consenso, sabe-se que todos eles, por se beneficiarem de uma forma ou de outra com os mecanismos, acabam por acolher sua aplicação<sup>247</sup>. Além da problemática do benefício pessoal, observa-se uma sobreposição de interesses e até reconhecimentos pessoais à função processual, a

---

<sup>245</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 106

<sup>246</sup> Mesma opinião é encontrada em ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 116-117 e 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. p. 149

<sup>247</sup> Sobre os benefícios aos autores processuais (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. p. 160-163): “linha de produção em que acusados são coagidos, privados do devido processo, e valorados como menos importantes que a eficiência”.

depende da classe social do acusado, nível de compatibilidade do acusado com o acusador, como bem já ocorre nos Estados Unidos.

Observa-se, ainda, a completa distorção das funções desempenhadas pelos atores processuais, na qual há primazia do Ministério Público sobre os demais, já que lhes são confiadas as tarefas de acusar e até selecionar a pena a ser aplicada pelo juiz homologador. Percebe-se, conforme outrora analisado, uma clara violação à tão idealizada separação da atuação dos sujeitos processuais, a partir da acumulação no promotor de justiça das figuras de acusador e julgador, pois este é o incumbido de decidir sobre a culpabilidade do acusado, embasado nos elementos colhidos em sede extrajudicial, em evidente detrimento de princípios basilares do Direito Penal, como *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*<sup>248</sup>.

Em que pese o argumento de que a atuação ministerial encontre alguma limitação ou controle por meio da mera homologação judicial do acordo, seu poderio rompe o espaço a ele confiado num processo democrático, sobretudo em sistemas processuais acusatórios, cabendo a ele decidir pela “pertinência do processo, da culpabilidade do acusado e da sanção penal a ser imposta”, esvaziando até mesmo o papel do próprio Poder Legislativo<sup>249</sup>, que editará leis impondo sanções que podem muito bem não ser acatadas durante um acordo.

E em razão disto, tal poder “discricionário” deve ter seus limites inseridos em lei, tornando-os submissos ao princípio da legalidade, satisfazendo não o princípio da oportunidade (puro) mas sim o da legalidade, ainda que haja resquícios de oportunidade (nos limites impostos pela lei). Deve haver, portanto, uma ingerência legal, de quais as situações e requisitos poderão ficar a disposição das partes, conferindo segurança jurídica e tratamento igualitário aos réus<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> 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. p. 181

<sup>249</sup> Caberia ao Ministério Público eleger os fatos que pudessem ser objeto de pena, inclusive a medida desta sanção, conforme aduz ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 110

<sup>250</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 104

O que verdadeiramente ocorre na barganha é a transferência da responsabilidade da persecução penal a qual, diante da escassez do Estado em servir a devida prestação jurisdicional, transfere esta responsabilidade ao indivíduo, coagindo-o a renunciar seu direito a um devido processo legal. Assim, frente a incapacidade estatal de se condenar devidamente o acusado, logo após sua prisão, é realizada a negociação sobre a pena, diante de toda desigualdade estrutural do processo penal, pagando pela ineficiência do Estado que não lhes oferece um justo processo, fazendo com que abra mão de direitos constitucionais.

Há, portanto uma suposta paridade de armas na qual “a plea bargaining não constitui uma negociação autêntica entre duas partes no mesmo plano. Não existe igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório”. Neste sentido “no âmbito de uma estrutura autoritária de processo como é de sua natureza a do processo penal, o arguido encontra-se necessariamente em uma posição de inferioridade em relação aos actores judiciários, cujo papel social que desempenham os coloca numa posição de superioridade. Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, os processos negociados reforçam a desigualdade, já que ‘o contrato é também instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco’”<sup>251</sup>.

Observa-se, com base em todo o exposto, que o consenso no processo penal fere diversos direitos e garantias dos réus e que estes ficam sujeitos à condenação mesmo sem terem sido processados e sem terem usufruído da possibilidade de produzir provas em pé de igualdade com a acusação, em um processo de partes dirigido por um juiz imparcial.

Assim, a ampliação de espaços de consenso não pode ser considerada uma solução para os problemas enfrentados no processo penal como ele se encontra hoje. Representa, desse modo, uma maneira de, disfarçadamente, burlar a exigência feita por um sistema com características acusatórias de que haja de fato uma acusação a ser combatida pelo indivíduo.

---

<sup>251</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. P. 240.

À semelhança de um sistema inquisitivo, o consenso penal tira o contraditório do indiciado ou do réu, juntamente com sua possibilidade de influir de forma efetiva no que lhe será imposto. Removendo o processo, exclui-se do réu a chance de provar sua inocência a um juiz imparcial, bem como a possibilidade de não ser prejudicado por provas ilícitas e, conseqüentemente, de acusar a ocorrência de nulidades. Eliminar a etapa processual, subtrair do juiz a função de julgador e colocá-lo como mero fiscal de legalidade de um negócio jurídico processual é o mesmo que desvirtuar por completo o que caracteriza um sistema como acusatório.

## **5. CONCLUSÃO**

De modo geral, intentou-se ao longo do presente trabalho analisar o consenso aplicado ao Direito Processual Penal, notadamente sobre a perspectiva dos sistemas processuais e das garantias do acusado. O estudo teve por objeto verificar as possibilidades de introdução das soluções consensuais para além daquelas previstas para a pequena e média criminalidade, sobretudo nos moldes norte-americanos.

Diante de todo o exposto, pôde-se concluir:

i. A justiça consensual é aquela pautada pelo acordo realizado entre as partes, com o distanciamento do acusado da sua posição de resistência, com a conclusão antecipada do processo, acarretando a supressão de alguma ou todas as fases processuais, com o escopo de agilizar a imposição da sanção, sendo que esta será diminuída em benefício do acusado que renunciou a direito fundamental no transcorrer do processo. A barganha está entre uma das vertentes das soluções consensuais, instituto este que após o acusado renunciar ao seu direito de defesa, a partir da anuência à acusação, geralmente por meio da confissão dos fatos, recebe um benefício anteriormente acordado entre as partes.

ii. Podem ser elencados como elementos essenciais do consenso: a renúncia à defesa, fixação de sanção anterior à instrução do processo, já que esta sequer existe, e algum benefício observado pelo acusado, geralmente de redução de pena.

iii. A barganha é defendida por ser uma “inevitável” necessidade frente ao abarrotamento da justiça criminal pela extravagância quantitativa e de complexidade de seus feitos. Nota-se que a mesma se desenvolveu em razão da atuação e aceitação imediata dos atores processuais, devido às conveniências que se desvirtuam da essência da justiça criminal existente em um Estado Democrático de Direito.

iv. Tanto é assim que em análise aos institutos existentes em cada um dos países elegidos para o trabalho (Estados Unidos, Brasil e Portugal), foi possível perceber a tendência global de adoção do consenso, cedendo cada vez mais espaço de oportunidade em contraposição à obrigatoriedade e legalidade da ação penal pública.

v. Em todo sistema há necessidade de celeridade e poupança de meios, já que são limitados em qualquer deles. O problema está em descobrir qual seria o limite do consenso em nome da descoberta da verdade. O que prevalece em situação de conflito? Economia de meios ou preocupação com a descoberta da verdade? O direito continental entende que deve prevalecer a descoberta da verdade. Já o entendimento da justiça norte-americana, não. É importante sublinhar a existência dessa divergência, mesmo sob o ponto de vista da fundamentação.

vi. Entretanto, há de se convir que os sistemas processuais adotados por cada um dos países, diferem-se. Em que pese as tentativas de se conceituar com rigidez cada um dos sistemas processuais, é notável que seus elementos variaram e variam de acordo com a época, povo e a importância dada a cada um dos delitos e sua respectiva forma de controle, de forma que talvez não serão compatíveis os modelos teóricos e as experiências práticas.

vii. Porém, em que pese tal inexatidão conceitual, adotar mecanismos idênticos em sistemas processuais incompatíveis entre si resultaria na importação de institutos alienígenas sem qualquer filtro ao seu próprio sistema processual. Os mecanismos negociais geram a supressão teleológica das garantias da jurisdição, ao passo que admite a aplicação de uma sanção completamente destituída de um processo penal devidamente percorrido, o que leva a um retrocesso inadmissível ao

processo de estrutura inquisitorial, caracterizada pela busca da confissão a qualquer custo, sendo esta prova basilar de eventual condenação e, ainda, cabendo ao juiz as tarefas de investigar, acusar e julgar.

viii. Por outro lado, adotar um sistema processual penal de base acusatória significa que, para um indivíduo ser devidamente condenado, deverá ser assegurado o devido processo legal, através da investigação de responsabilidade na qual estejam inseridos o contraditório e a ampla defesa e, para tanto, que o órgão acusador e o julgador sejam distintos, garantindo a este último sua imparcialidade, bem como a democracia processual. Ademais, a disposição apartada de tais figuras garante ao processo sua democracia processual.

ix. Colocadas as características de ambos os sistemas processuais, intentou-se demonstrar que os elementos que compõe institutos negociais geram um inadmissível e incompatível ressurgimento e fortalecimento da estrutura processual inquisitória, através da emergência da confissão, somada a aglutinação de funções pelo Ministério Público, resultando na aplicação de pena imediata, sendo esta determinada pelo Parquet.

x. Outras são também as problemáticas de suas futuras implementações, como o desrespeito ao devido processo legal, a distorção das figuras dos atores processuais, o esvaziamento da presunção de inocência, o retrocesso penal inquisitorial, o desaparecimento da resistência defensiva no processo e a prescindibilidade de motivação das decisões.

xi. Com o intuito da simplificação do processo, os referidos institutos tendem a relativizar e até mesmo suprimir garantias e direitos fundamentais, os quais, por estarem previstos constitucionalmente, exigiriam uma compreensão mais rígida sobre sua modulação, a fim de evitar medidas que diminuíssem sua carga axiológico-normativa. Sobre tal dinâmica, constata-se o desrespeito a algumas premissas fundamentais do processo, com previsão inclusive constitucionais: presunção de inocência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, igualdade entre as partes.

xii. O direito ao devido processo, com todas as suas fases, é próprio do Estado Democrático de Direito, visto que a presunção da inocência somente pode ser rompida após toda a persecução processual, com respeito a todas as garantias asseguradas ao indivíduo, a fim de se comprovar por seguro caderno probatório produzido por meios lícitos, observando-se também o contraditório.

xiii. Além de tais desdobramentos, observa-se ainda inaceitáveis possibilidades de condenação de inocentes, os quais, devido ao receio, coação e posição inferior no processo, cedem às pressões dos demais atores processuais. E, ainda, o fortalecimento de condenações de indivíduos com traços característicos marcados pela seletividade e desigualdade durante a execução do poder punitivo estatal, visto que não estará mais adstrito às penas previstas na legislação, mas sim aos ímpetus pessoais de promotores que poderão escolher a pena a ser fixada ao acusado.

xiv. Ressalte-se também o caráter mercantilista, empresarial e capitalista dado ao processo a partir da imposição da barganha como meio de aplicação da pena de forma mais econômica (financeira ou temporal) a partir do esvaziamento dos direitos fundamentais do arguido, a pretexto de reduzir sua pena e tê-la aplicada de forma mais ágil, desconstruindo a função limitadora do poder punitivo estatal que tem o processo.

xv. Negociações que permitem alteração dos fatos, assim como os crimes imputados, como forma de coação e tática de negociação constituem, nos sistemas de tradição germânica, práticas incompatíveis e inconstitucionais, já que perquirir a verdade continua sendo finalidade do processo, como requisito fundamental à concretização da justiça, através da medida exata da culpabilidade do arguido, que somente poderá existir com a busca e apresentação da verdade material.

xvi. Inaceitável é se contentar com uma verdade compactuada pelas partes em acordo, sem a devida materialidade demonstrada e suficiente para embasar qualquer decreto condenatório. Ainda que sustentada na confissão do arguido, esta

não pode ser colocada como absoluta, principalmente devido ao cenário de pressão exercida sob ele, cabendo ao tribunal ou magistrado analisá-la juntamente com todo o acervo probatório produzido no decorrer do feito, evitando condenações extremamente descabidas e a condenação de inocentes.

xvii. As explanações feitas acerca da verdade nos leva a crer que qualquer conhecimento absoluto sobre os fatos na exata forma em que ocorreram possuem certas deficiências de plena verificação, no sentido que a solução do caso não depende da certeza sobre o total acontecimento dos fatos. Desta forma, conclui-se que para o processo comum basta a produção de uma verdade capaz de colocar de lado a utilização da presunção de inocência do arguido. O que se pretende evitar é que ocorra como no sistema plea bargaining: exclusão do protagonismo da verdade.

xviii. Com o advento da negociação penal, o “novo” rito delimita a produção de provas e faz com que os indícios observados quando da investigação preliminar, sejam os motivadores e fundamentadores da decisão proferida. Em que pese sua difusão ao redor do mundo, o instituto deve ser observado com cautela para, então, a partir de uma análise crítica, reforçar os pontos positivos e reinventar os negativos, no sentido de se aumentar as garantias fundamentais dos arguidos, zelando por seus interesses, através de uma maior, ativa e igualitária participação da defesa, que deve ser fortalecida tecnicamente com o escopo de que a negociação não ocorra entre partes desiguais.

xix. Ainda que se sustente que a diminuição da pena possa servir como retribuição à declaração de culpa, é necessário refletir sobre os dois efeitos que ela gerará: punição e recompensa. Importante salientar que se trata não da análise se o julgamento levará a uma sanção ou se, perante a declaração de culpa esta será abonada, mas sim questionar um sistema que gera tamanha desigualdade de suas sanções a depender do procedimento pretendido pelo arguido (que, ressalte-se, possui este direito)<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 119



xx. Conforme Albergaria prevê, a prática da plea bargaining levará a um problema ainda mais estrutural, que é a “progressiva desjurisdicionalização (ou, se se quiser, a administrativização) e a informalização do processo penal, agora obcecadamente reduzido a instrumento de gestão eficiente de problemas, numa sociedade em que a ideia do direito penal como ultima ratio da política social há muito que ganhou foros de mera proclamação vácuca (...)”<sup>253</sup>

xxi. Por todo o exposto, conclui-se que os institutos negociais penais se demonstram como empecilhos ao efetivo gozo de garantias e direitos fundamentais do acusado. Nesta senda, verifica-se que, caso efetivamente disciplinado nos termos legais que hoje se conhece, sobretudo *lege ferenda*, tais propostas de simplificação do processo penal e ampliação dos espaços consensuais serão potenciais agravamentos ao sistema já existente, o qual já é bastante falho, calcado numa ideologia punitivista, que se mostra na medida em que são praticados atos inquisitoriais capazes de ferir o próprio texto constitucional e o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>253</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. "Plea bargaining": aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Almedina, 2007. P. 110

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal_articles) acesso em 14/06/2021.

ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3606&context=uclrev> acesso em 01/07/2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistema Processuais Penais e seus Princípios reitores. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Código Processual Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) acesso em 09.03.2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277> Acesso em 16/05/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 08/05/2021.

BRASIL. Lei Nº 9.099/95. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) acesso em 09.03.2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Ofício SRI/PGR/Nº 205/2017. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica\\_SRI0962017\\_PL8045\\_NovoCPP.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica_SRI0962017_PL8045_NovoCPP.pdf) Acesso em 08.05.2021.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156/2009. Reforma do Código Processual Penal brasileiro. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645> acesso em 17.03.2021.

BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. Boletim IBCCRIM, n. 57, ano 22, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5995/> acesso em 11/08/2021

CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos e Informalização e Privatização da Justiça Penal. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2002.

COSTA ANDRADE Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

Council of Europe, RECOMMENDATION No. R (87) 18. Disponível em: <https://rm.coe.int/16804e19f8> Acesso em 08/06/2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Conselho Distrital do Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2001.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. FGV Direito – Rio de Janeiro, 2011. I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312> Acesso em 18.03.2021

FALCÃO, Joaquim. HARTMANN, Ivar, CHAVES, Vitor. III Relatório Supremo em Números : o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12055> Acesso em 18.03.2021

Federal Rule of Criminal Procedure 11(e). Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule\\_11](https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11) acesso em 04/08/2021.

FEELEY, Malcolm M. Plea Bargaining and the structure of the criminal process. The Justice System Journal, v.7, n.3, (1982).

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

GARCEL. A., FOGAÇA A., & NETTO J. L. Lei anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório. Revista Da Faculdade De Direito Da FMP, 15(1), 8-20. 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170> acesso em 06.08.2021.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Plea Bargaining. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. 1ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

GRAHAM, Kyle. Overcharging. Santa Clara University School Of Law. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1609&context=facpubs> acesso em 01/07/2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passividade. 2011. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2011. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1861> acesso em 27/07/2021.

LANGBEIN, John H. Tortura e Negociação Judicial. Yale Law School Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/543/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543/) Acesso em 02.02.2021.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. In Harvard International Law Journal. V. 45. n. 01, 2004. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38> acesso em 01/08/2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

Macêdo Ribeiro, M. H., Sampaio, A. R., & Melo, M. E. V. (2021). JUSTIÇA NEGOCIAL E GARANTISMO PENAL: A FRAGILIZAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA A PARTIR DA EXPANSÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: NEGOTIAL JUSTICE AND CRIMINAL GUARANTEEISM: WEAKENING OF THE DUE PROCESS OF LAW ACCORDINGLY THE EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS. Revista Direito Em Debate, 30(55), 215–229. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2021.55.215-229> Acesso em 23.06.2021

MASI, Carlos Velho. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA POLÍTICOCRIMINAL DE DESPENALIZAÇÃO DOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO. Revista da Defensoria Pública RS. 26ª Edição.

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial: novos e múltiplos olhares.” Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56> Acesso em 20/06/2021.

Métodos de Abordagem e de Procedimento. Disponível em: <http://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/14017.pdf> Acesso em 12 de setembro de 2021.

MEZZARROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição. 2ª edição. Coimbra Editora. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARECER Nº 1.636 de 2010. COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Texto disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf> Acesso em 18.03.2021.

PEREIRA, Frederico Valdez. PARA ALÉM DO REDUCIONISMO ACUSATÓRIO-INQUISITÓRIO: A INSERÇÃO DO JUSTO PROCESSO NO ESTUDO DOS TEMAS DO PROCESSO PENAL. Revista dos Tribunais 2016 RT VOL.964. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.964.13.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.13.PDF) Acesso em 03.04.2021.

PORTUGAL. Lei 21/2007. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/639130/details/maximized> acesso em 23.03.2021.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n. 224/06.7GAVZL.C1.S1 Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f-003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument> Acesso em 03.04.2021

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª Edição. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v.6, n. 4, 1996.

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. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/32> acesso em 04/08/2021.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 413-436, dez. 2005. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/34364> Acesso em: acesso em 08.04.2021.

SANTOS, Cláudia Cruz. O Direito Processual Penal Português em Mudança – Rupturas e Continuidades. Almedina, 2020.

SANTOS, Mauro Guilherme Messias. Acordo de não persecução penal: confusão com o plea bargaining e críticas ao Projeto Anticrime. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, 2019.

SCHÜNEMAN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Marcial Pons: São Paulo, 2017.

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. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*. RT 953. Março de 2015.

WINTER, Lorena Bachmaier. Justicia Negociada y Coerción: reflexiones a la luz de la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Processual*. N. 44, 2008.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos e Informalização e Privatização da Justiça Penal. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2002.