

ARTIGOS ORIGINAIS

Riscos da adoção acrítica das práticas negociais penais do *Common Law* para o processo penal democrático brasileiro

Risks of the uncritical adoption of Common Law criminal negotiation practices in brazilian democratic criminal procedure

Riesgos de la adopción acrítica de las prácticas de negociación penal del Common Law en el proceso penal democrático brasileño

Renata Mota de Carvalho¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (MG - Brasil)

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1491129296280202>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-7215-3432>

Carlos Henrique Alvarenga Urquiza Marques²

Universidade Federal de Minas Gerais (MG - Brasil)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8129337318718984>

Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-0624-1177>

DOI: <https://doi.org/10.65674/rev-trf3.v37i163.781>



Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Access*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International* (CC BY), que permite o uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Os autores mantêm os direitos autorais.

¹ Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (MG - Brasil). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (MG - Brasil). Advogada.

² Pós-Doutorado em Direito Penal Econômico e Professor na Universidade Federal de Minas Gerais (MG - Brasil). Conselheiro e professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (MG - Brasil). Advogado.

RESUMO: O presente artigo analisa os riscos decorrentes da adoção acrítica de mecanismos da justiça negocial, inspirados no modelo anglo-saxônico de *plea bargaining*, para o processo penal brasileiro. O objetivo consiste em verificar se a transposição desse modelo para sistemas de *Civil Law* preserva um espaço simétrico de negociação ou representa uma promessa de ruptura com os pilares do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada é a dedutiva, com revisão bibliográfica e análise dogmático-comparativa dos institutos. Inicialmente, o estudo apresenta a sistematização do *plea bargaining* no modelo de justiça norte-americano (*Common Law*). Em seguida, expõe a tendência de adoção acrítica das práticas negociais penais em sistemas oriundos do *Civil Law*, abordando a desvantagem estrutural da defesa, sob a perspectiva da concentração do poder acusatório no Ministério Público. Por fim, examina-se a questão fundamental referente ao risco de ampliação da cultura negocial, inspirada no modelo anglo-saxônico, para o Estado Democrático de Direito. A partir da dicotomia posta em exame – política negocial *versus* devido processo legal –, concluiu-se que a incorporação de práticas consensuais oriundas do *Common Law* constitui uma realidade compatível com o processo penal democrático brasileiro, desde que sua implementação permaneça subordinada às garantias constitucionais, preservando o compromisso do Estado e de suas instituições com a efetivação da justiça acima de objetivos meramente eficientistas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal; justiça negocial; *plea bargaining*; Direito Comparado; Estado Democrático de Direito; devido processo legal.

ABSTRACT: This article analyzes the risks arising from the uncritical adoption of mechanisms of negotiated justice inspired by the Anglo-Saxon plea bargaining model in Brazilian criminal procedure. The objective is to verify whether the transposition of this model to Civil Law systems preserves a symmetrical space for negotiation or represents a promise of rupture with the pillars of the Democratic Rule of Law. The methodology employed is deductive, with a bibliographic review and a dogmatic-comparative analysis of the institutes involved. Initially, the study presents the systematization of plea bargaining within the American justice model (*Common Law*). It then discusses the tendency toward the uncritical adoption of criminal negotiation practices in systems derived from Civil Law, addressing the structural disadvantage of the defense from the perspective of the concentration of prosecutorial power in the Public Prosecutor's Office. Finally, the study examines the fundamental issue concerning the risk of expanding a negotiation-oriented culture inspired by the Anglo-Saxon model within the Democratic Rule of Law. Based on the dichotomy under examination—negotiation policy versus due process of law—it was concluded that the incorporation of consensual practices originating from Common Law constitutes a reality compatible with Brazilian democratic criminal procedure, provided that their implementation remains subordinate to constitutional guarantees, preserving the commitment of the State and its institutions to the realization of justice above merely efficiency-oriented objectives.

KEYWORDS: Criminal Procedure Law; negotiated justice; plea bargaining; Comparative Law; Democratic Rule of Law; due process of law.

RESUMEN: El presente artículo analiza los riesgos derivados de la adopción acrítica de mecanismos de justicia negociada inspirados en el modelo anglosajón de *plea bargaining* en el proceso penal brasileño. El objetivo consiste en verificar si la transposición de dicho modelo a los sistemas de Civil Law preserva un espacio simétrico de negociación o representa una promesa de ruptura con los pilares del Estado Democrático de Derecho. La metodología empleada es deductiva, con revisión bibliográfica y análisis dogmático-comparativo de los institutos involucrados. Inicialmente, el estudio presenta la sistematización del *plea bargaining* en el modelo de justicia estadounidense (*Common Law*). A continuación, expone la tendencia a la adopción acrítica de las prácticas de negociación penal en sistemas derivados del Civil Law, abordando la desventaja estructural de la defensa desde la perspectiva de la concentración del poder acusatorio en el Ministerio Público. Por último, se examina la cuestión fundamental relativa al riesgo de ampliación de la cultura negocial inspirada en el modelo anglosajón para el Estado Democrático de Derecho. A partir de la dicotomía sometida a examen —política negocial frente al debido proceso legal—, se concluyó que la incorporación de prácticas consensuales provenientes del Common Law constituye una realidad compatible con el proceso penal democrático brasileño, siempre que su implementación permanezca subordinada a las garantías constitucionales, preservando el compromiso del Estado y de sus instituciones con la realización de la justicia por encima de objetivos meramente eficientistas.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal Penal; justicia negociada; *plea bargaining*; Derecho Comparado; Estado Democrático de Derecho; debido proceso legal.

SUMÁRIO:

1 Introdução.....	4
2 Esboço geral do <i>plea bargaining</i> no sistema <i>Common Law</i> e o protagonismo do Ministério Público	5
2.1 Evolução do <i>plea bargaining</i> no sistema de justiça norte-americano	6
3 Adoção acrítica das práticas negociais anglo-saxônicas em sistemas de justiça oriundos do <i>Civil Law</i> como o Brasil.....	8
3.1 Desvantagem estrutural da defesa no modelo de justiça negocial	12
4 Risco de ampliação da cultura negocial anglo saxônica para o Estado Democrático de Direito	15
5 Considerações finais	18
Referências	21

1 Introdução

A ampliação dos espaços negociais é uma realidade no sistema jurídico brasileiro. Não se vislumbram perspectivas mínimas de uma inversão desse cenário e, tampouco, busca-se isso. Nesse contexto, analisar a evolução do *plea bargaining* e seus desdobramentos no sistema de origem parece a melhor estratégia para verificar sua conformidade com o Estado Democrático de Direito, pois, ainda que se preze pela eficácia e celeridade, é imperativo que esses objetivos se submetam aos limites constitucionais, dentre os quais o devido processo legal.

Afinal, a ampliação da cultura negocial oriunda do *Common Law* coloca em risco o Estado Democrático de Direito? Em que medida a adoção da cultura negocial pode ser compatibilizada com os princípios estruturantes do Processo Penal Democrático? São questionamentos que se pretende elucidar neste trabalho.

Sustenta-se, como hipótese, que a demanda para ampliação dos espaços de negociação no campo processual penal, sem a devida reflexão crítica, em um sistema profundamente desigual, pode fragilizar ainda o Estado Democrático de Direito, reforçando o desarranjo estrutural do sistema acusatório.

Parte-se da premissa de que a política negocial, inspirada no modelo anglo-saxônico, não é, por si só, incompatível com o processo penal democrático brasileiro. Todavia, a eventual importação de práticas consuetudinárias próprias do *Common Law* permanece subordinada às garantias constitucionais e ao compromisso do Estado e de suas instituições com a efetivação da justiça.

A relevância do tema decorre da crescente influência de institutos oriundos do *Common Law* em um contexto de fortalecimento das soluções consensuais no processo penal. Embora essa tendência possa ser percebida como resposta célere à sobrecarga estrutural do sistema de justiça criminal, ainda não se identificam delineamentos normativos suficientemente completos nem critérios objetivos capazes de assegurar uma recepção plenamente compatível com a tradição jurídico-constitucional brasileira.

Nesse cenário, o presente estudo objetiva verificar se a transposição do modelo negocial oriundo do *Common Law* para sistemas de *Civil Law* preserva um espaço efetivamente simétrico de negociação ou se representa uma promessa de ruptura com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, inicialmente apresenta-se a sistematização do *plea bargaining* no modelo de justiça criminal norte-americano, característico do *Common Law*. Em seguida, discute-se a adoção acrítica dessas práticas negociais em sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, com especial atenção à desvantagem estrutural da defesa diante da concentração do poder acusatório no Ministério Público. Por fim, examina-se a questão central relativa aos riscos da expansão da cultura negocial, inspirada no modelo anglo-saxônico, para a preservação das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Adota-se, para esse fim, o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais para verificar a adequação e a eficácia do instituto na situação particular em análise. O procedimento metodológico apoia-se em revisão bibliográfica de fontes doutrinárias clássicas e contemporâneas. Complementarmente, utiliza-se a análise dogmático-comparativa, mediante o confronto do instituto nos diferentes sistemas

jurídicos, com o objetivo de identificar suas potencialidades e fragilidades quanto à aplicação em contextos de *Civil Law*.

Dessa forma, o presente trabalho busca contribuir para o debate doutrinário acerca das transformações do processo penal brasileiro, ao examinar a expansão da justiça penal negocial e a necessidade de compatibilizar a busca por celeridade e eficiência com a legitimidade da prestação jurisdicional, em estrita observância aos limites constitucionais estabelecidos.

2 Esboço geral do *plea bargaining* no sistema *Common Law* e o protagonismo do Ministério Público

Ao analisar os sistemas de justiça criminal, depara-se, entre outras correntes jurisdicionais, com os modelos oriundos da tradição britânica (*Common Law*) e romano-germânica (*Civil Law*)³. O *Common Law* se consolidou nos países de língua inglesa a partir do processo de colonização e, ordinariamente, faz referência ao “direito costumeiro”, vinculando-se aos precedentes dos tribunais. Contrapõe-se, na essência, ao *Civil Law*: o Direito em que predomina a lei escrita.

Ad initio, as circunstâncias em que emergiram esses sistemas inspiraram formações jurisdicionais dotadas de conceitos e institutos próprios, destacando-se, num contexto de elevada criminalidade e sobrecarga no sistema penitenciário norte-americano, o *plea bargaining* (Cabrera; Ribeiro, 2021, p. 13).

Esse instituto nasceu de uma tradição adversarial que concebe ampla autonomia às partes, em contrapartida a uma atuação radicalmente limitada do julgador, de modo que se orienta à otimização das demandas judiciais com o propósito de desafogar as cortes estadunidenses.

Historicamente, passou a ser percebido de maneira sólida nos Estados Unidos no início do século XIX, notadamente no estado de Massachusetts, onde os acusadores tinham o poder de negociar as acusações sem a participação do juiz (Fisher, 2000, p. 864).

Esses acordos eram promovidos, sobretudo, nos casos de homicídio e naqueles que envolviam a *Liquor Law*⁴, permitindo a barganha da acusação na modalidade conhecida como *charge bargaining*. Nessa espécie, as partes negociam a acusação a ser imposta ao réu, podendo o Ministério Público reduzi-la para uma imputação mais branda ou, havendo vários crimes, abrir mão de o acusar dos demais (Rapoza, 2013, p. 212-213).

Posteriormente, no último quarto do século XIX, evidenciou-se como forma mais comum o *sentence bargaining* (Fisher, 2000, p. 864). Traduz-se na

³ “O direito inglês, proveniente dos processos da *Common Law*, é essencialmente um Direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram *na ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra”, e “a língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *Common Law*”. (David, 2002, p. 408).

⁴ *Liquor Law* é a expressão usada para designar o conjunto de leis e regulamentos que disciplinam a produção, venda, transporte, posse e consumo de bebidas alcoólicas em determinada jurisdição. O termo popularizou-se na segunda metade do século XIX, impulsionado pelo crescimento do movimento de temperança nos Estados Unidos e na cultura anglo-saxônica. (FEDERAL JUDICIAL CENTER, s.d.).

negociação da sentença, em que o arguido assume a culpa relativamente às acusações originais e o Ministério Público, em troca, recomenda a redução da pena esperada se houvesse uma condenação em sede de julgamento.

Este modelo de política negocial envolve ainda outras modalidades: i) *fact bargaining* e ii) *count bargaining*.

O *fact bargaining* (ou negociação dos fatos) é como uma negociação de confissão. Refere-se a um acordo entre um promotor e o réu sobre qual versão será apresentada no tribunal. Há então um consenso em relação aos fatos expostos ao juiz, em troca de concessões por parte do Ministério Público. É particularmente importante para crimes relacionados a drogas, em que negociar sobre a quantidade de entorpecentes pode levar a uma condenação mais branda.

Por sua vez, o *count bargaining* configura uma negociação em relação à quantidade de acusações. O réu concorda em se declarar culpado de um subconjunto delas a fim de que possam ser retiradas as acusações restantes pelo Ministério Público.

Em suma, o sistema de *pleas* envolve trocas de concessões entre o Ministério Público e o arguido, em que ambos procuram evitar os riscos associados ao processo. O Ministério Público preserva tempo e recursos públicos, ao passo que o arguido se esquia de penas mais elevadas, o que pode incluir, em alguns estados americanos, a pena de morte (Rapoza, 2013, p. 213). O que faz da interação uma “*bargain*” reside naquilo que cada parte está disposta a abdicar, em troca do que considera ser um resultado satisfatório.

Nesse ponto, necessário esclarecer que a formação estrutural do Ministério Público nos Estados Unidos se difere do Brasil. A nível federal, o *Attorney General* (procurador-geral federal) é indicado pelo Presidente e aprovado pelo Senado, tendo como função principal a de chefe do Departamento de Justiça, supervisionando administrativamente os *United States Attorneys* (94 promotores distritais federais), também escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado (Carneiro, 1986, p. 73).

A nível estadual, o *State Attorney General* (procurador-geral do estado) é eleito pelas respectivas comunidades pelo período de quatro anos. É ele quem define as diretrizes e tarefas que serão cumpridas no âmbito do seu estado, representando o povo e agindo em nome dele, o que lhe confere uma maior autonomia. Suas ideias refletem-se na política criminal de diversas maneiras: os crimes que serão priorizados pelos procuradores, quais delitos a procuradoria deixará de denunciar e em quais casos será ofertado o *plea bargaining*.

A autonomia dada aos promotores acaba concentrando neles o poder de decidir quais casos serão julgados pelo Judiciário e quais serão passíveis de acordos penais. Permite inclusive que “construam” sentenças na modalidade *sentence bargaining* (Kerche, 2018, p. 573).

2.1 Evolução do *plea bargaining* no sistema de justiça norte-americano

Embora nem sempre prevalente nos Estados Unidos – onde, historicamente, os processos criminais eram julgados por *jury trials* (jurados) e não por *plea bargaining* (Alschuler, 1979, p. 33) –, atualmente, a Suprema Corte descreveu a

prática como “inerente ao direito criminal e à sua administração” (United States, 1970a). Assim, o que era antes uma parte acessória do direito processual penal norte-americano, hoje é reconhecidamente o próprio sistema de justiça criminal (United States, 2012b).

Em termos de marcos históricos, vale mencionar que:

[...] Na década de 1920, à medida que as violações da proibição federal de bebidas alcoólicas inundavam os registros judiciais, 88% dos casos na cidade de Nova York e 85% em Chicago foram resolvidos por meio de acordo. Quando a Suprema Corte, em 1969, finalmente analisou um caso sobre a legalidade da questão, decidiu, por unanimidade que os pedidos são constitucionalmente aceitáveis. Eles são “inerentes ao direito penal e sua administração”, declarou o Tribunal. (Walsh, 2017, tradução livre)

Mesmo havendo recomendações para se evitar o *plea bargaining*⁵, qualquer que seja a situação num mundo ideal, o *guilty plea*⁶ e o *plea bargaining* constituíram importantes componentes do sistema de justiça criminal daquele país (United States, 1978), de tal modo que, no início do século XX, já era o método prevalente de resolução das demandas criminais nos Estados Unidos.

À medida que a população crescia, o recurso ao *guilty plea* desenvolveu-se como resposta natural a expansão dos casos criminais e aos recursos limitados disponíveis para lidar com eles (Fisher, 2000, p. 860). A ampliação da cultura negocial não se apoiou assim no fato de ser um mecanismo melhor do que o *jury trials* para a efetivação da justiça, sua predominância decorreu do desejo de resolver processos de natureza criminal de forma célere e eficiente.

Em 1970, nos Estados Unidos, acordos assim já superavam 90% dos meios de resolução de casos penais (Warren, s.d.), destacando-se seu aperfeiçoamento no ano de 1987, com a promulgação das Diretrizes Federais de Sentença (United States, 1987, p. 6.5) pela Comissão de Sentenças dos EUA (*U.S. Sentencing Commission*), incorporando também o *plea bargaining*.

Conforme a análise estatística apresentada por Stith (2008, p. 1453-1454, tradução livre), as *Guidelines* e a concomitante imposição de sentenças mínimas ocasionaram uma redução substancial na frequência dos julgamentos criminais federais: “Antes das *Guidelines*, mais de 12% dos acusados por crimes federais eram condenados mediante julgamento; em 1996, esta percentagem chegou a 8%; e desde 2000 tem sido inferior a 5%”.

A resolução dos casos por acordo chegou a 97% no governo federal em 2015 (Walsh, 2017), e até 99% em Detroit, em 2017 (Devers, 2011). Significa dizer que mais de 90 a cada 100 casos criminais foram dirimidos com a aplicação de uma pena sem o devido processo, sem contraditório e sem produção de provas naquele estado.

⁵ O *Thornburgh Memorandum* de 1989 foi uma iniciativa do então Attorney General Richard Thornburgh, de fazer com que os prosecutors somente se valessem do *plea bargaining* como *ultima ratio*.

⁶ O *guilty plea* é a declaração formal de culpa, feita pelo acusado em um processo, em troca de benefícios penais. Diferente do *plea bargaining*, que é um mecanismo de negociação, o *guilty plea* é um ato processual que pode ocorrer com ou sem negociação (Tata; Gormley, 2016).

Estatisticamente, se apenas 5% dos casos penais vão a júri, a porcentagem de absolvições naquele país é muito próxima do zero, oscilando entre 1%, quando atua um defensor público e 1,6% quando atua um defensor contratado pelo acusado (United States, 2000). Nesse contexto, pode-se inferir que essa é uma das razões para os Estados Unidos figurarem como o país com a maior população carcerária do mundo.

Como Fisher (2000, p. 859) descreveu, o *plea bargaining* substitui uma “nobre disputa pela verdade por uma resolução atingida sob uma bandeira de tréguas”. Não existe, e nem teria como existir, sistema judicial no mundo que condenasse 9 a cada 10 acusados, não se olvidando a importância do contraditório e do direito de defesa, enquanto mecanismos de desconstrução da versão unilateralmente construída pelo Ministério Público.

Em grande medida, o sistema de justiça criminal, originalmente concebido para determinar quem é culpado e quem é inocente, opera agora a partir de uma premissa muito diferente, em que a única questão significativa é o grau de “sancionamento” a ser imposto.

Seu sucesso, pelo menos na perspectiva do Ministério Público, depende de as possíveis sanções criminais serem suficientemente severas, de maneira que se pareça mais interessante assumir a culpa, ao invés de correr o risco de uma pena mais alta como sequência de julgamento (Oppel Jr., 2011).

Não obstante, se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelos atos arbitrários, de modo que a presunção da inocência não é apenas uma garantia da liberdade, mas uma garantia de segurança, que se expressa na confiança dos cidadãos na justiça.

O temor em relação ao juiz – ou ao acusador – está fora da lógica do Estado de Direito, porque o medo e a desconfiança na segurança do inocente indicam a quebra da função da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (Lopes Junior, 2007, p. 188).

Conforme Ferrajoli (*apud* Lopes Junior, 2007, p. 188) ressalta “o medo que a justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda de legitimidade política da jurisdição e ao mesmo tempo de sua involução autoritária e irracional”.

3 Adoção acrítica das práticas negociais anglo-saxônicas em sistemas de justiça oriundos do *Civil Law* como o Brasil

Até a década de 1970, predominava a visão de que a ampla discricionariedade atribuída ao Ministério Público e a dependência generalizada de confissões de culpa, características do sistema norte-americano, seriam evitadas em países como França, Alemanha e Itália (Langbein, 1978, p. 1549), onde subsistia um maior controle e fiscalização do Poder Judiciário.

Contudo, de forma gradual – especialmente ao final da Guerra Fria, com a crescente disseminação do modelo jurídico dos Estados Unidos (Langer, 2017, p. 21) – diversos ordenamentos passaram a incorporar o instituto do *plea bargaining* ou mecanismos análogos de negociação de confissão.

No Brasil – adepto historicamente e culturalmente ao sistema *Civil Law* – a justiça consensual começou a se consolidar a partir de 1995, com a criação dos Juizados Especiais Criminais. Ali, buscou-se a desburocratização do processo penal, mediante estímulo à resolução rápida de conflitos de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, ganhou destaque o instituto da colaboração premiada, com a promulgação da Lei nº 12.850/2013, que regulamentou os meios para investigação e combate ao crime organizado, introduzindo-se um mecanismo de obtenção de provas mediante a cooperação do investigado.

Mais recentemente, o acordo de não persecução penal (ANPP) tem sido o foco central das discussões, após formalmente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/2019.

Entretanto, a tentativa mais fidedigna de implementação da justiça consensual, do mesmo modo como existe no direito norte-americano, veio com o Projeto de Lei nº 882/2019⁷, o qual propôs uma série de alterações na legislação penal brasileira, dentre as quais a incorporação de alguns institutos internacionais, incluindo-se o *plea bargaining*.

O artigo 395-A do Projeto de Lei nº 882/2019, idealizado pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro, foi uma tentativa de introduzir o mecanismo de acordo de pena norte-americano ao processo penal brasileiro. O dispositivo previa que, no intervalo entre o recebimento da denúncia ou queixa e o início da instrução, o órgão acusador ou o querelante e o acusado, juntamente com sua defesa, poderiam requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata da pena. Entretanto, em Sessão Legislativa Ordinária, no dia 06 de agosto de 2019, deliberou-se pela rejeição do dispositivo de Lei (Brasil, 2019a).

O Grupo de Trabalho da Câmara de Deputados, em relatório geral, apontou a necessidade de se avaliar, de forma mais profunda, os riscos que poderiam vir a surgir para o sistema penal brasileiro, a partir da implementação isolada do *plea bargaining*, uma vez que cada sistema de justiça possui suas particularidades na forma de exercício da jurisdição.

Rebecca Shaeffer (*apud* Brasil, 2019b) destacou que “a maioria dos países adotam o *plea bargaining*, sem pensar muito” sobre suas repercussões e que aquele projeto de lei apresentado não estava suficientemente claro, em especial em relação aos direitos da defesa, incluindo-se o compartilhamento prévio das provas e a possibilidade de recusa do acordo. Afirmou que a norma não delimitou a extensão de aplicação do *plea*, inexistindo critérios objetivos de negociação, o que conduz a falta de confiança no sistema, violando-se a isonomia.

Concomitantemente, Maurício Stegemann Dieter (2019), professor da Universidade de São Paulo, em parecer técnico-jurídico apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, teceu diversas críticas ao mencionado artigo 395-A do Projeto de Lei nº 882/2019, podendo-se citar a violação ao princípio da legalidade e da proporcionalidade concreta, por permitir que o juiz fixe

⁷ Em 19/02/2019, foi apresentado ao Congresso Nacional. Em 04/12/2019, foi declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 10.372/2018, que ensejou a aprovação da Lei nº 13.964/2019.

o regime de cumprimento de pena sem o devido processo, em um ambiente com total discrepância entre a acusação e o acusado.

Dentre outras razões, a expansão da justiça negocial é explorada pela literatura, como resultado da demanda por eficiência do sistema de justiça, destacando-se o combate ao crime organizado (Langer, 2019). Contudo, é preciso compreender que subsistem particularidades, de modo que o atual sistema jurídico brasileiro não comporta a importação acrítica de uma negociação tão ampla e ilimitada como o *plea bargaining* norte-americano, máxime sob a perspectiva do devido processo legal.

Diz-se importação acrítica porque a incorporação desse modelo ao Direito brasileiro não parece vir acompanhada de uma adaptação de forma a torná-lo coerente com as normas do país. Identifica-se a incorporação de institutos e ferramentas que maximizam as possibilidades de punição, sem, em contrapartida, adotar os mecanismos de controle associados no sistema de origem.

Nesta senda, há um desequilíbrio, que afeta a premissa do *fair trial*⁸, de modo que não há a reprodução fidedigna do *american model of criminal procedure*, tampouco, efetiva aproximação com o sistema de justiça acusatório ou adversarial. Longe disso, parece que a adoção acrítica de um sistema de justiça sem a devida adaptação contribui para um processo ainda mais inquisitivo (Vieira, 2019, p. 277).

Não se está a dizer que aquele modelo de justiça é o ideal, mas que, naquele país, as práticas negociais estão imersas em contexto de maior atribuição de poderes de atuação às partes. Assim, mitiga-se eventuais efeitos indesejáveis decorrentes de um reduzido espaço assimétrico de barganha, o que não ocorre no Brasil.

Diferente do que previa o Projeto de Lei nº 882/2019, o Direito processual penal norte-americano faculta a formalização do *plea* em qualquer fase da instrução e até o momento da sentença, viabilizando, a depender das provas produzidas em juízo, a formulação de uma nova proposta de acordo mais vantajosa à defesa em momento posterior.

Essa garantia é de suma importância, pois a negociação prévia à instrução não permite que se conheça todo o escopo indiciário, nem mesmo havendo tempo hábil a perquirir possíveis provas que pudessem inocentar o acusado⁹. Lá, se impõe ao Ministério Público o dever de apresentar à defesa todas as provas que possui, especialmente, as que lhe possam ser favoráveis (*full disclosure*), podendo, a

⁸ O *fair trial* consiste em um processo justo, no qual se garante a participação equânime, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. (Brasil, STF, 2006, p. 1177).

⁹ Na experiência brasileira, o ANPP, em regra, é proposto e “negociado” em um único ato: seja num encontro presencial ou por videoconferência, seja por meio de uma troca de documentos com a minuta do acordo. Num caso ou noutro, o ideal é que a defesa tenha tempo hábil para se encontrar com a pessoa investigada com bastante antecedência com o objetivo de pensar sobre o caso, ponderar estratégias, medir riscos, verificar de modo pormenorizado a qualidade dos elementos de informação que constituem a base fática para a propositura do acordo, elaborar contraproposta, dentre outros fatores. Esse tempo hábil não existe para todas as pessoas. O fator (falta de) “tempo” na análise prévia do acordo é apontado na literatura estrangeira (Helm et al., 2018) como uma queixa comum das pessoas que realizam acordos. Trata-se do que se cunhou como “meet and plead system”, isto é, quando o encontro entre o advogado e a pessoa acusada se dá apenas instantes antes das negociações e da declaração de culpa. (Valença; Santos; Sales, 2024, p. 33)

ocultação de provas, gerar a nulidade do julgamento (Melo, 2012). Assim, a partir do *full disclosure*, impõe-se a obrigação ao acusador de apresentar todas as provas que possui e que possam condenar ou absolver o indivíduo (United States, 1970a).

Essa garantia foi reconhecida no caso *Brady vs. Maryland* (United States, 1970a), ocasião em que a Suprema Corte entendeu que a retenção pelo Governo de evidências relevantes para o curso do processo viola o direito constitucional do acusado ao devido processo legal. A ideia é garantir que as negociações sejam feitas de forma transparente, obstando à acusação barganhar a partir de provas inexistentes e dando à defesa a possibilidade de tomar sua decisão com a ciência de todos os elementos que possam resultar em uma condenação.

Afinal, não há como se chegar a uma negociação justa feita entre partes desiguais. E essa igualdade deve, necessariamente, incluir a ciência das informações e o poder de produção de provas. Não há *plea bargaining* minimamente justo sem o *full disclosure*.

No Brasil, a garantia do *full disclosure* não foi considerada ao se propor o *plea bargaining* no anteprojeto do pacote anticrime, mas não há qualquer possibilidade de implementação desse instituto negocial sem assegurar também as suas garantias essenciais.

Impõe-se compreender que o *plea bargaining* requer, para sua real implementação, uma perspectiva de vantagens consistentes para as partes, sobretudo no pertinente à aferição do binômio abdicar do processo pela acusação/pena inferior à que seria possível para o acusado.

Nesse aspecto, deve-se considerar que a cediça expressividade das penas criminais, nos Estados Unidos, contribui para a numerosidade dos casos resolvidos por negociação. O risco de eventual condenação à prisão perpetua ou ainda pena de morte em alguns estados confere relevante poder de barganha para a assunção de responsabilidade.

Nossa cultura nacional não se forjou do mesmo modo. As penas criminais em nosso país estão balizadas em patamares significativamente inferiores e, ainda que assim não fosse, as frações relacionadas ao sistema de progressão de regime carcerário podem despontar uma percepção geral de brandura (Faccini Neto, 2020, p. 178), que é fator dissuasório à celebração das avenças.

Sem avaliações sobre as virtudes ou vícios deste modo de atuação, certo é que o acatamento do *plea bargaining* imporá, antes de tudo, uma reflexão sobre o desiderato que se pretende alcançar, a partir dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, a situação brasileira ainda está longe dos percentuais altíssimos de condenações obtidas por acordos que ocorrem no modelo estadunidense; contudo, a tendência de expansão dos espaços de consenso no nosso processo penal é marcante (Cabrera; Ribeiro, 2021, p. 12).

Assim, como resguardar um conteúdo mínimo de direitos e garantias individuais quando o processo – no seu papel de forma e garantia – passa a dar espaço à flexibilidade procedimental sob o viés da eficiência? Mais do que isso, como assegurar que não haverá risco para o Estado de Direito a partir da ampliação dessa cultura negocial anglo-saxônica no Brasil? Sem uma abordagem crítica institucionalmente sólida e adaptada à realidade jurídica nacional parece uma tendência impraticável.

Deve-se pensar o *plea* como uma via alternativa, quando não parecer razoável o ônus decorrente de um processo penal, desde que se considere como mitigar previamente os efeitos indesejáveis de um reduzido espaço de barganha, hoje prevalente no sistema penal brasileiro, a partir da discricionariedade conferida ao Ministério Público.

3.1 Desvantagem estrutural da defesa no modelo de justiça negocial

Não há, ainda, em nosso sistema processual penal plena igualdade no trato entre as partes¹⁰ e, no campo da justiça negocial, a norma processual penal não parece ter preenchido espaços suficientes a abrandar esses efeitos.

Explica-se: o art. 28-A, incorporado à norma processual penal pela Lei nº 13.964/2019, prevê que, respeitados os requisitos formais, poderá o Ministério Público “propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Brasil, 2019c). Entretanto, essa “suficiência para reprovação” não foi devidamente descortinada pelo legislador, inexistindo critérios objetivos de adequação e razoabilidade no que tange à imposição das medidas pelo membro do Ministério Público.

Essas aberturas semânticas do texto legal conferem um preocupante grau de subjetividade à atuação do órgão acusatório na propositura do acordo, tanto para escolher quando ofertá-lo, como ao analisar qual a medida e em que grau ela é adequada e proporcional. Tais questões configuram dificuldade concreta no que toca à ação de barganha da defesa técnica.

Em levantamento para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), defensores públicos brasileiros sinalizaram que os representantes do Ministério Público costumemente apresentam “propostas engessadas” e demonstram “pouca disposição para remodelá-las”, o que culmina em poucos espaços de barganha (Brasil, 2023, p. 125).

Dessa maneira, ao invés do cenário em que acusação e defesa compõem uma relação de negociação, fala-se numa espécie de “contrato de adesão”: ou se aceita ou se declina da proposta. Mas, se a justiça é negociada, deve haver espaço para negociar de fato.

Soma-se a isso à padronização das obrigações impostas, já que há uma prevalência significativa da medida de prestação pecuniária, sugerindo pouco espaço para individualização e adequação das medidas, novamente reduzindo a possibilidade de barganha por parte da defesa.

A principal justificativa para o vasto uso da prestação pecuniária é a fácil verificação do seu cumprimento (Cabrera; Ribeiro, 2021, p. 123). Porém, a imposição generalizada desse tipo de medida apresenta um embaraço: muitas das pessoas que realizam o ANPP estão em situação de vulnerabilidade socioeconômica, obstando o pagamento dos valores impostos.

¹⁰ Isso é especialmente verificável a partir do espectro de ferramentas que dispõe o Ministério Público, incluindo o poder de investigação.

Ademais, não existem critérios objetivos para a fixação do *quantum* a ser arbitrado, abrindo margem à violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade (Cabrera; Ribeiro, 2021, p. 125). Esses riscos se elevam diante da renúncia a garantias processuais penais, o que pode vir a ser minorado se existir efetivamente acesso a uma defesa técnica de qualidade¹¹.

A exigência da confissão também parece um pré-requisito controverso para a realidade legislativa atual. Ela confere uma nova dimensão ao princípio da não autoincriminação no Brasil e traz consequências ainda não totalmente conhecidas. Afinal, não existe vedação legal à sua utilização no mesmo procedimento criminal, caso o acordo venha a ser rescindido, ou em outros procedimentos criminais de natureza distinta. Não por outra razão, o Ministério Público tem se orientado a flexibilização desse requisito¹².

Em todo caso, formalizar ou não o acordo deve ser uma escolha consciente e ponderada por uma defesa técnica de qualidade, que dispõe de tempo, amplo acesso aos autos e espaço para negociação, conforme se reconheceu no caso *Missouri v. Frye* (United States, 2012b) e *Lafler v. Cooper* (United States, 2012a). Em ambos os julgamentos, reafirmou-se que o *plea bargaining*, tal como o próprio julgamento, é uma fase crítica do processo penal, não se podendo negar ao arguido a efetiva representação por uma defesa técnica eficiente e de qualidade.

Um dos maiores desafios é o risco de pessoas inocentes realizarem acordos por estarem ou se sentirem em posição de vulnerabilidade, porque o sistema negocial prescinde de qualquer compromisso ético com a “verdade” – sem entrar aqui na complexa discussão sobre “que verdade é essa”, ou ainda, qual o seu “lugar” no processo penal (crítica também feita por Schünemann (2013)) – e com o valor “justiça”.

Sob essa premissa, a cultura inquisitória aplaude o ressurgimento da confissão como a “rainha das provas”¹³, oriunda de um contexto assimétrico de negociação, que faz recordar, à sua medida, os métodos de obtenção de confissão de culpa na idade média¹⁴.

¹¹ No levantamento realizado pelo CNJ, ficou claro que não há garantia de acesso universal à defesa técnica em todas as comarcas e subseções brasileiras, ficando precarizada a possibilidade de se realizar um acompanhamento com tempo e de modo individualizado. Em segundo plano, verificou-se que a defesa técnica não participa de modo efetivo da fase investigativa, não tendo como se contrapor, em regra, aos fatos apresentados pelo Ministério Público. Por fim, os acordos não são precedidos de verdadeira negociação entre as partes, restando pouco espaço para um contraponto à proposta ministerial (Brasil, 2023).

¹² “Sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.303), a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou as seguintes teses sobre o momento no qual deve ocorrer a confissão do investigado para que seja possível o acordo de não persecução penal (ANPP):

1) A confissão pelo investigado na fase de inquérito policial não constitui exigência do artigo 28-A do Código de Processo Penal para o cabimento de ANPP, sendo inválida a negativa de formulação da respectiva proposta baseada em sua ausência.

2) A formalização da confissão para fins do ANPP pode se dar no momento da assinatura do acordo, perante o próprio órgão ministerial, após ciência, avaliação e aceitação da proposta pelo beneficiado, devidamente assistido por defesa técnica, dado o caráter negocial do instituto.” (Brasil, 2025).

¹³ A máxima dos glosadores medievais agora descreve apropriadamente o direito americano: *confessio est regina probationum*, ou seja, a confissão é a rainha da prova (Langbein, 1978, p. 13-14).

¹⁴ Langbein demonstra as diversas semelhanças entre os métodos utilizados no *plea bargaining* e nas inquisições europeias, trabalhando, portanto, na linha de considerar o instituto como inerente ao que se denomina, na visão dicotômica da doutrina, de “sistema inquisitório” (Langbein, 1978, p. 18).

Não há consenso ou voluntariedade – com frequência invocados para legitimar o modelo negocial – se o acusado está em posição de submissão. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui Schünemann (2013, p. 248-249).

Langbein (2017, p. 115-126) afirma que a negociação coercitiva e as práticas de tortura não têm diferença de gênero, apenas de grau¹⁵, não se justificando ou legitimando-se a partir da “autonomia de vontade”. Trata-se de uma base excessivamente porosa e frágil, como apontou Geraldo Prado (2003, p. 224) ao falar da transação penal:

[...] os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades e, pois, posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal.

Soma-se a essa disfuncionalidade, a dura opressão e repressão sobre as camadas sociais mais vulneráveis, que não conhecem, e deixam de exercer com plenitude, o direito de defesa. Ainda que haja alguma possibilidade de defesa – como por meio da atuação da defensoria pública – fala-se, muitas vezes em uma defesa meramente formal, mas não efetiva, apenas para se evitar nulidades processuais.

Assim, dentre outras razões, pessoas vulneráveis tendem a assumir a culpa por medo, intimidação, desinformação e compreensão de que o sistema processual está direcionado a condená-los. É precisamente o desfecho do caso *North Carolina vs Alford*, de 1970 (United States, 1970b).

Naquele julgamento, o acusado, a fim de evitar a condenação à pena de morte, celebrou o *plea bargaining*, afirmando que era inocente. Ele insistia que não poderia admitir ter matado alguém quando não o tinha feito, embora seu advogado – nomeado pelo Tribunal – houvesse lhe recomendado a confissão. O promotor do caso ofertou-lhe a possibilidade de cumprir 30 anos de pena privativa de liberdade. Para tal, não precisava admitir ter matado a vítima, mas precisava se declarar culpado no caso para que os termos propostos fossem cumpridos, evitando-se a pena de morte. Essa forma híbrida de assunção de culpa foi aceita pelo juízo e o acordo foi homologado.

Desse caso, derivou o termo *Alford Plea*, que designa uma admissão formal de culpa em relação às acusações enquanto, simultaneamente, o acusado declara sua inocência. Essa premissa não é harmônica com o *rule of law* anglo-saxônico e tampouco conciliável com os preceitos do Estado de Direito no Brasil.

¹⁵ Na Europa Medieval, a tortura foi exercida como uma prática constante, de modo que se tornou um instrumento disponível e constituído na legalidade do sistema processual penal, fazendo qualquer pessoa confessar um crime, fosse ou não culpada. No entanto, o que conformava a probabilidade de um indivíduo ser culpado estava envolto no preenchimento de uma escala de natureza subjetiva, de modo que não havia como proteger o inocente da tortura. Esse subjetivismo abria espaço para toda sorte de fundamentação validar a tortura, mesmo diante de algumas regras a serem observadas. Assim, a tortura se tornou um procedimento contínuo, exercido sob as mais variadas exteriorizações de preconceitos.

4 Risco de ampliação da cultura negocial anglo saxônica para o Estado Democrático de Direito

O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (Brasil, 1988) garante que nenhum indivíduo será privado de liberdade ou bens sem que submetido ao devido processo legal, com todas as fases e garantias previstas em lei. A presunção da inocência, a seu turno, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reconhecendo a necessidade do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, Capez (2013, p. 82) explica que sua garantia abarca, no âmbito processual, o direito de o acusado defender-se, incluindo a garantia de ser ouvido, de ser informado dos atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de lhe ser possibilitado o duplo grau de jurisdição e de se manifestar posteriormente à acusação.

É ínsito ao mencionado princípio a garantia da *nulla poena sine judicio*, premissa interpretada como a necessidade da existência de um processo prévio para que se possa aplicar uma pena. Assim, a estipulação de uma sanção penal deve ser precedida de um processo, a ser analisado por um juiz equidistante das partes que formará seu convencimento de forma fundamentada a partir dos elementos que lhe são apresentados no decorrer da demanda processual.

Desse modo, pressupõe-se que o sistema de justiça brasileiro veda acordos que ensejem a privação da liberdade sem o devido processo legal. Entretanto, essa premissa foi outrora mitigada na proposta de transação penal, realizada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, nos moldes da Lei nº 9.099/1995.

Contudo, ali não se restringe a liberdade do acusado. Como as sanções adotadas na transação penal em regra são menos agressivas (penas restritivas de direitos), a relativização do paradigma constitucional aqui parece não exceder a razoabilidade, na ponderação principiológica respectiva.

Já a adoção do *plea agreement* ou qualquer ampliação irracional do espaço negocial na sistemática normativa brasileira implicaria em uma flexibilização muito maior, porque admitiria a aplicação de uma pena privativa de liberdade sem o devido processo, não se olvidando o risco de responsabilização penal de pessoas inocentes.

Ademais, na medida em que o devido processo legal foi eleito como princípio limitador do arbítrio punitivo do Estado, notadamente no âmbito da liberdade de ir e vir, não se concebe a supressão da liberdade de locomoção sem as devidas garantias, visando apenas critérios de economia e/ou celeridade processual.

Não por outra razão, o *plea bargaining* norte-americano é duramente criticado, porque as justificativas éticas de que os acordos de barganha penal consideram as individualidades de cada caso servem, muitas vezes, para mascarar a realização de acordos mais brandos que levam em consideração aspectos subjetivo do acusado, incluindo-se desde a capacidade socioeconômica até aspectos e interesses políticos (Brunk, 1979).

A mitigação do devido processo legal poderia dar azo a decisões obscuras, concebendo-se mais privilégios e penas menos severas aos que tiverem melhor

capacidade de barganha nas intermediações, levando-se em consideração condições exteriores aos elementos presentes na demanda processual.

A noção de verdade consensual adotada nos Estados Unidos também não é a mesma em comparação ao Direito brasileiro. Não obstante a prevalência da busca pela verdade real, a admissibilidade do consenso no âmbito dos Juizados Especiais Criminais não implica a admissão de culpa ou alteração das circunstâncias fáticas na formulação da denúncia.

Não é o que ocorre nos Estados Unidos. Lá, viabiliza-se a negociação sobre os fatos e a qualificação jurídica do ilícito, conduzindo a formação de uma verdade consensual, que dispensa a atividade jurisdicional (Grinover, 2002, p. 242). Significa dizer que as próprias particularidades do sistema penal norte-americano conferem maior maleabilidade ao devido processo legal por meio, inclusive, de alteração da qualificação jurídica do delito anteriormente à análise do pedido por um órgão jurisdicional, não encontrando exata correspondência jurídica na sistemática brasileira.

De igual modo, viola a presunção de inocência considerar a manifestação de culpa do réu como prova cabal de sua responsabilidade penal antes da prolação de uma decisão judicial¹⁶. A culpabilidade só pode ser aferida mediante o confronto dos elementos probatórios, o que inexistente no modelo negocial de resolução de conflitos penais norte-americano.

Nessa equivalência, o emprego das negociações estadunidenses é inconciliável com a garantia constitucional brasileira de preservação do *status* de inocência do acusado. E aí poder-se-ia incorrer na mesma problemática da barganha existente nos Estados Unidos: indivíduos que se declaram culpados apenas para diminuir suas chances de, no processo, receberem penas muito mais elevadas.

Se o *plea bargaining* costumeiramente implica na fixação de uma pena mais branda do que aquela imposta ao final, adentra-se numa dura lógica que leva o imputado a questionar-se: “de que modo tenho mais a ganhar”? especialmente válida para réus que efetivamente tenham praticado a infração; ou “menos a perder?”, verificável para acusados inocentes, que precisam decidir sob qual injusto se submeter.

Afinal, qual a possibilidade de se provar a inocência num sistema tendente a condenação daquele perfil de acusado? Essa concepção é especialmente verificável naqueles crimes de maior repugnância, como em delitos sexuais, que confere maior relevância a palavra da vítima ou ainda quando é traçado o perfil que o judiciário qualifica como “criminoso contumaz”, como ocorre na hipótese de reincidência.

¹⁶ A confissão no Direito brasileiro possui efeitos probatórios relativos, não sendo considerada prova apta a encerrar o processo penal de modo sumário. Mesmo que um acusado confesse ter cometido um crime, sua manifestação não é um meio probante hábil a desconsiderar as demais provas na formação do convencimento do julgador. A exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro exime eventuais indagações ao destacar que “a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova de sua culpabilidade”, realçando a relatividade dos meios de prova no processo penal brasileiro.

Contudo, há uma questão muito mais complexa por detrás da assunção de culpa de um inocente, envolvendo cenários de prováveis violações de direitos na persecução penal.

O primeiro ponto é compreender que o sistema jurídico brasileiro, estruturado a partir do *Civil Law* e pautado no Estado Democrático de Direito, encontra limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada como o *plea bargaining* norte-americano (*Common Law*). Da forma como se desenvolveu nos Estados Unidos, a ampliação da justiça negocial representaria o fim do processo penal brasileiro, porque lá se legitimou, em larguíssima escala, a “aplicação de pena sem processo”, o que, aqui, é absolutamente inconstitucional.

Em segundo lugar, o *plea* não deve tomar espaço do próprio sistema de justiça, mas permanecer como um método subsidiário de resolução de conflito, sob premissas mais bem modeladas que propiciem a eficácia da negociação sob o prisma da dicotomia eficácia *versus* paridade de armas. O avanço do espaço de negociação não pode acarretar um achatamento das garantias individuais, tampouco do poder da jurisdição e do devido processo legal.

O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem prejuízo para o Estado Democrático de Direito e para a administração da justiça? A adequação constitucional do *plea* parece condicionada a um processo abreviado ou sumário, aptos à salvaguarda dos bens jurídicos tutelados pela Constituição e pela legislação processual penal brasileira, que projete um espaço amplo de barganha.

Não é que o Ministério Público não deva possuir discricionariedade alguma, mas devem existir parâmetros de razoabilidade a tornarem não apenas mais isonômicos os critérios de aferição da viabilidade dos acordos, como, conforme já se expôs, mais equânime o espaço de negociação, o que inclui a uniformização dos precedentes que orientem a admissão dos acordos, mesmo após o oferecimento da denúncia.

Partindo dessa premissa, talvez a primeira e mais adequada proposta a ser importada da tradição norte-americana seja o *full disclosure*, aliado ao rigor de uma defesa técnica efetiva. Afinal, diante da potencial renúncia de direitos do imputado, é imprescindível a mais ampla compreensão dos termos acusatórios. Inclui-se aí o acesso às provas e diligências já documentadas, conhecimento dos direitos e garantias que possui, opções e estratégias processuais possíveis, e as renúncias que realiza ao pactuar com a persecução penal.

Não se pode admitir que a acusação se utilize de meios abusivos ou “blefes” para influenciar o réu a confessar por acreditar indevidamente que existem provas em um determinado sentido. Trata-se de uma decisão estratégica que envolve a ponderação de riscos, de modo que a ausência de conhecimento real dos elementos de convicção colhidos durante as investigações pode incutir no colaborador o temor de ser alvo de acusações que nem se sustentariam por ausência de justa causa à ação penal, obstando a constituição de um prognóstico sobre a viabilidade da própria defesa em caso de recusa à colaboração. Isso só será viável mediante a constituição de uma defesa técnica efetiva desde o início dos trâmites do acordo como uma garantia inegociável (Steffen, 2024, p. 212).

Há um dever de zelar pela voluntariedade do acordo penal. E essa voluntariedade deve compreender o conhecimento prévio de todos os elementos de prova e as repercussões decorrentes de eventual homologação. O *plea*

bargaining ou os mecanismos decorrentes dele não devem ser senão um arbítrio imparcial, decorrente da expressão livre e consciente da vontade.

Soma-se a isso a necessidade de rever a exigência formal e circunstancial de confissão, especialmente quando a norma não delimitou os efeitos endoprocedimentais e demais repercussões do acordo. Aqui coloca-se em risco o direito à não autoincriminação (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Por derradeiro, adota-se a concepção de que esses efeitos devem estar melhor delimitados pela norma penal e extrapenal, evitando-se implicações futuras indesejáveis e não previstas no ordenamento jurídico.

O espaço de consenso deve ficar limitado a penas iguais ou inferiores a oito anos, vedada a aplicação da pena privativa de liberdade sem prévio processo¹⁷. Essa disposição guarda consonância com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (Brasil, 1988), que assegura ao indivíduo que só haverá a privação da liberdade ou restrição de direitos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Parafraseando Carnelutti (1950, p. 75), a conclusão sobre os acordos é a mesma a que o jurista italiano chegou ao tratar da prisão cautelar: “a negociação sobre a pena é como um remédio muito forte: se bem utilizado, pode salvar o paciente, mas, se houver abuso dela, vai matar o processo penal”.

Nas palavras do Presidente da Suprema Corte Americana Warren Burger, em 1971, “uma sociedade próspera não deve ser miserável no apoio à justiça, pois a economia não é um objetivo do sistema” (Walsh, 2017).

5 Considerações finais

Não obstante eventuais críticas, a ampliação dos espaços negociais é uma realidade no sistema jurídico brasileiro.

No decorrer desse estudo, demonstrou-se que os métodos de negociação oriundos do sistema de justiça norte-americano e o devido processo legal brasileiro podem coexistir, mas o *plea* não deve se confundir com o próprio sistema, tampouco cumprir seu papel.

O risco de ampliação da justiça negocial reside exatamente aí: permitir que aqui, assim como nos Estados Unidos, o *plea* – e métodos adjacentes – substituam a instrução, ou mais ainda, que projetem a ideia de que a restrição da liberdade sem o devido processo alimenta a eficácia do sistema.

Um dos primeiros cuidados ao se pensar na importação de um instituto processual é em qual realidade fática (social, política, jurídica, cultural e sistêmica) ele nasce e se desenvolve, assim como a que ele se destina, o que ele efetivamente reafirma num contexto local e que resultados ele produz.

¹⁷ Conforme regime inicial de cumprimento da pena disciplinado pelo artigo 33 do Código Penal (Brasil, 1940).

Na estrutura jurídica e constitucional brasileira, não se pode conceber a imposição de uma pena privativa de liberdade sem prévio processo. O papel de reconstrução dialética das verdades é simultaneamente um ônus do Estado e uma garantia do cidadão. É o processo que impede a imediata e desmedida aplicação da violência estatal mediante a apreciação fugaz das realidades potencialmente criminológicas, levadas ao conhecimento do Poder Público.

Tem-se no procedimento, com a demora e os recursos que lhe são inerentes, o custo para que a liberdade não seja banalizada. É o autêntico preço da justiça.

Ademais, se a experiência norte-americana aponta que não são raros os episódios de assunção de culpa sem lastro probatório mínimo, pelo medo do suspeito sofrer condenações injustas, então o instituto apresenta uma falibilidade intrínseca já identificável em seu nicho de origem.

Por isso, as razões de sua implementação no panorama brasileiro, se justificáveis no contexto dos crimes de menor potencial ofensivo, pela contribuição com o sistema processual, não podem ser ponderadas da mesma forma em relação ao alto custo simbólico da liberdade, constitucionalmente estabelecido

O *plea* não deve então se portar como um substituto da instrução, mas uma alternativa a determinadas hipóteses compreendidas pela norma, desde que verificáveis os pressupostos necessários a convergir numa justa negociação, a partir da ampliação do espaço de barganha.

Como não parece provável que o Ministério Público, por iniciativa própria, viabilize essa ampliação do espaço negocial – o que poderia significar uma perda significativa de poder – parece conveniente uma reformulação da lei penal no intuito de preencher as aberturas semânticas da norma.

Sem esse exercício hermenêutico e as devidas reflexões, a adoção acrítica do *plea bargaining* mostra-se uma clara medida efficientista, compreendida, em última análise, como medida de cunho autoritário e inquisitorial, que exacerba as desigualdades entre as partes.

Na verdade, irá redundar a longo prazo em um dispêndio de recursos ainda maior, se parar para considerar que o *plea*, dentre outras razões, contribuiu para a crise do sistema carcerário estadunidense. Mas não é preciso repetir esses mesmos erros, nem a mesma dosagem.

Não se defende aqui o abandono da justiça consensual, cujo valor para o sistema de justiça é inquestionável. Contudo, isso não equivale a um aval para a autoincriminação, muito menos para legitimar o uso desmedido da pena privativa de liberdade.

O encarceramento em massa está longe de constituir um sinal de eficiência estatal; ao contrário, revela uma profunda crise estrutural do sistema de justiça criminal, orientada por uma lógica punitivista de mera contenção de danos.

Sob essa perspectiva, apresenta-se como manifestação de um modelo de justiça que, ao relativizar direitos e garantias fundamentais, converte o processo penal em instrumento de gestão das populações socialmente indesejadas e de favorecimento de interesses privados.

Tal racionalidade mostra-se incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, tampouco corresponde aos efeitos constitucionalmente

desejáveis decorrentes da ampliação dos espaços negociais no processo penal brasileiro.

Embora a eficiência e a celeridade constituam valores relevantes para o adequado funcionamento do sistema de justiça, sua concretização deve permanecer rigorosamente subordinada aos limites constitucionais.

A busca por soluções mais eficientes não pode transformar a economia processual em finalidade predominante do sistema, sob pena de esvaziar a centralidade das garantias fundamentais e comprometer a legitimidade da prestação jurisdicional.

Impõe-se, portanto, preservar o compromisso institucional com um processo penal democrático, orientado pela tutela da dignidade da pessoa humana, pelo devido processo legal e pela efetiva limitação do poder punitivo estatal.

Referências

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Law & Society Review*, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *1ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura*. Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei n. 10.372/2018, n. 10.373/2018 e n. 882/2019. Sessão Legislativa Ordinária, 6 ago. 2019a. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/56700/>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final do Grupo de Trabalho – Legislação penal e processual penal*. Brasília, 2019b. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/outros-documentos/Relatorio%20Final%20-%20GT%20Penal>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fortalecendo vias para as alternativas penais*: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/lancamento-levantamento-anpp-1.pdf>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal (2019c). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Repetitivo define que falta de confissão na fase do inquérito não impede oferecimento do ANPP. *Notícias*, 08 maio 2025. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2025/08052025-Repetitivo-define-que-falta-de-confissao-na-fase-do-inquerito-nao-impede-oferecimento-do-ANPP.aspx>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento 529.733/RS*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/10/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=393272>. Acesso em: 7 ago. 2026.

BRUNK, Conrad G. The problem of voluntariness and coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, special issue on plea bargaining, p. 527-

553, 1979. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3053267>. Acesso em: 20 set. 2025.

CABRERA, Michelle Girona; RIBEIRO, Bárbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retórica do catastrofismo: uma análise a partir do *plea bargaining* estadunidense. *Boletim IBCCRIM*, v. 29, n. 344, p. 12-14, 2021. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/727. Acesso em: 20 set. 2025.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público nos Estados Unidos da América do Norte e na Inglaterra. *Revista de direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, n. 24, p. 73-79, 1986. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2324769/Paulo_Cezar_Pinheiro_Carneiro.pdf. Acesso em: 20 set. 2025.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, v. 2. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEVERS, Lindsey. *Plea and charge bargaining: research summary*. Arlington: CSR, 2011. Disponível em: https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/pleabargaining_researchsummary.pdf. Acesso em: 20 set. 2025.

DIETER, Maurício Stegemann. *Parecer técnico-jurídico*. Câmara dos Deputados, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/outros-documentos>. Acesso em: 13 set. 2025.

FACCINI NETO, Orlando. Notas sobre a instituição do *plea bargain* na legislação brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 166, p. 175-202, 2020. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/22/74/8C/69/F2A9C71030F448C7860849A8/Notas%20sobre%20a%20instituicao%20do%20plea%20bargain%20na%20legislacao%20brasileira.pdf>. Acesso em: 13 set. 2025.

FISHER, George. Plea bargaining's triumph. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 109, p. 857-1086, 2000. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstreams/f8e9fb2e-db5f-42bc-949e-3caaa0f43d2a/download>. Acesso em: 13 set. 2025.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados Especiais Criminas*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KERCHE, Fábio. Independência, poder judiciário e ministério público. *Cadernos CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 573-590, 2018. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/kSYHDwYPgDZPZ7S7TZbRwfy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2025.

LANGBEIN, John H. Tortura e *plea bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGBEIN, John H.; WEINREB, Lloyd L. Continental criminal procedure: "myth" and reality. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 87, n. 8, p. 1549-1569, 1978. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1534&context=fss_pape/. Acesso em: 20 set. 2025.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, v. 1, n. 3, 2017. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 13 set. 2025.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, conviction without trial, and the global administratization of criminal convictions. *Annu. Rev. Criminol.*, UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 19-35, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3453576. Acesso em: 13 set. 2025.

LOPES JÚNIOR, Aury Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, João Ozório de. Promotoria esconde provas e condenação é revertida. *Consultor Jurídico*, 11 jan. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jan-11/eua-condenacao-revertida-promotoria-esconder-evidencias/>. Acesso em: 20 set. 2025.

OPPEL JR, Richard A. Sentencing shift gives new leverage to prosecutors. *The New York Times*, Nova York, 2011. Disponível em: <https://cdpsdocs.state.co.us/ccjj/Meetings/2012/2012-01-13 ToughSentences NYT-09-25-2012.pdf>. Acesso em: 20 set. 2025.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a exceção transformada em regra. *Julgar*, Coimbra, v. 19, p. 207-220, 2013. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 20 set. 2025.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

STEFFEN, Catiane. *Plea bargaining* em perspectiva. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 95, p. 203-218, 2024. Disponível em:

<https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/368>. Acesso em: 20 set. 2025.

STITH, Kate. The arc of pendulum: judges, prosecutors, and the exercise of discretion. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, n. 117, p. 1420-1497, 2008. Disponível em: <https://yalelawjournal.org/feature/the-arc-of-the-pendulum-judges-prosecutors-and-the-exercise-of-discretion>. Acesso em: 20 set. 2025.

TATA, Cyrus; GORMLEY, Jay M. Sentencing and plea bargaining: guilty pleas versus trial verdicts. In: *Oxford Handbook Topics in Criminology and Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <https://academic.oup.com/edited-volume/41333/chapter/352362929>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. *Special report: estatística do ano de 2000*. Disponível em: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/bjsag00.pdf>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Federal Judicial Center. Prohibition in the Federal Courts: a timeline. Disponível em: <https://www.fjc.gov/history/exhibits/prohibition-in-federal-courts-timeline>. Acesso em: 7 ago. 2026.

UNITED STATES. Sentencing Commission. *Guidelines Manual*, 1987. Disponível em: [https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/1987 Guidelines Manual Full.pdf](https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1987/manual-pdf/1987%20Guidelines%20Manual%20Full.pdf). Acesso em: 7 ago. 2026.

UNITED STATES. Sentencing Commission. *Guidelines 2025*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 1970a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156, 2012a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/156/>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134, 2012b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/>. Acesso em: 20 set. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. Acesso em: 20 set. 2025.

VALENÇA, Manuela Abath; SANTOS, Vitória Cristina Gomes; SALES, Felipe José Aleksy Vicente. Acordo de não persecução penal e controle de voluntariedade e legalidade: o papel da defesa técnica e do controle judicial na evitação de erros e injustiças. *Boletim IBCCRIM*, v. 32, n. 381, p. 31-34, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1114. Acesso em: 20 set. 2025.

VIEIRA, Antonio. Crítica à americanização seletiva do processo penal brasileiro: da necessária adoção de regras de *discovery* e as consequências jurídicas de sua inobservância. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; COSTA DE PAULA, Leonardo (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 5.

WALSH, Dylan. Why U.S. criminal courts are so dependent on plea bargaining. *The Atlantic*, Nova York, 2 mai. 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 20 set. 2025.

WARREN, Janet I. *Plea bargaining*. University of Virginia: Juvenile competency attainment research & development center. Disponível em: <https://juvenilecompetency.virginia.edu/plea-bargaining/>. Acesso em: 20 set. 2025.

FLUXO EDITORIAL:

- Data de submissão: 28 fev. 2026
- Data de aprovação: 08 jun. 2026
- Data de publicação: 20 ago. 2026

- Avaliação: por pares dupla-anônima
- Pareceristas: 2 (dois)
- Editor Chefe: José Carlos Francisco