**A EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA E AS PERSPECTIVAS PARA O
PROCESSO JUSTO: A *PLEA BARGAINING* NORTE-AMERICANA E SUAS
TRADUÇÕES NO ÂMBITO DA *CIVIL LAW***

***THE EXPANSION OF THE NEGOTIATED JUSTICE AND THE PERSPECTIVES
FOR THE FAIR TRIAL: NORTH AMERICAN'S PLEA BARGAINING AND ITS
TRANSLATIONS IN THE CIVIL LAW SYSTEMS.***

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli

Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos/RJ. Professora Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Email: marcellamascarenhas@hotmail.com Artigo recebido em 28/10/2014 e aprovado em 28/11/2014.

Resumo: O presente trabalho tem como escopo a análise do fenômeno da expansão da justiça negociada em matéria penal em uma perspectiva comparada, como produto da crise do Poder Judiciário. A explosão de demandas, a incapacidade do Judiciário de cumprir quantitativamente seu papel e a morosidade da justiça são fatores que resultaram na busca de soluções alternativas, tornando atrativos institutos como a *plea bargaining* norte-americana. Na mesma linha de países da Europa, o Brasil vem gradativamente se rendendo a esta tendência, inclusive com perspectivas mais ousadas conforme o Projeto de novo Código de Processo Penal. No entanto, soluções como esta por vezes trazem à tona diferenças substanciais entre *common law* e *civil law*, bem como, se mal administradas, atentam contra as garantias fundamentais do processo.

Palavras-chave: *Plea Bargaining*; Justiça Negociada; Processo Justo; Eficiência; *Common law* e *Civil law*.

Abstract: The scope of this essay is to analyze the expansion of negotiated justice in criminal matters in a comparative perspective, as a product of the Judicial crisis. The

increase in lawsuits, the inability of the judicial power to fulfill its role and the slowness of justice are factors that resulted in the seek for alternative solutions, making it attractive institutes like the American *Plea Bargaining*. In the same line of European countries, Brazil is gradually surrendering to this trend, including bolder outlook as designed in the new Code of Criminal Procedure. However, solutions like this often bring out substantial differences between common law and civil law, and, if mismanaged, undermine the fundamental guarantees of the judicial process.

Key words: Plea Bargaining; Negotiated Justice; Fair Trial; Efficiency; Common Law and Civil Law.

Sumário: Introdução. 1. Características dos Sistemas Processuais Contemporâneos. 2. A *Plea Bargaining* no Direito Norte-Americano. 3. A Disseminação da *Plea Bargaining* pelos Sistemas de *Civil Law*: dois exemplos de experiências europeias. 3.1. Os acordos informais ou conformidades no processo penal alemão. 3.2. O sistema processual italiano. 4. O Brasil no caminho para o consenso. 5. Notas Conclusivas: Perspectivas para a adequação da justiça negociada às exigências do processo justo. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A partir da constitucionalização e da internacionalização dos direitos fundamentais, conforme Leonardo Greco¹, revelou-se o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental por meio de uma série de regras mínimas, a que se convencionou denominar *garantias fundamentais do processo*. Esse conjunto de garantias, cujo conteúdo fora particularmente desenvolvido na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das

¹ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.225/286.

instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, pode ser sintetizado nas denominações *devido processo legal*, adotada nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição americana, ou *processo justo*, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 111 da Constituição italiana.²

É inegável a relevância dos valores atribuídos às garantias fundamentais do processo no contexto do Estado de Direito, no entanto, alguns fatores como o aumento das taxas de criminalidade, os intensos custos, carga de trabalho e demora na prestação jurisdicional inerentes ao devido processo têm levado gradualmente alguns sistemas processuais a priorizar valores como eficiência, celeridade e economia processual.

Nesse contexto, é crescente o interesse dos observadores da *civil law* na solução da justiça negociada presente no sistema norte-americano, a *plea bargaining*, que surge como opção para evitar os ônus de um trâmite processual longo e complexo, permitindo a aplicação imediata da pena àquele que se declara culpado e renuncia à sua presunção de inocência.

Embora a ideia de se adotar a *plea bargaining* possa parecer tentadora, importante é observar que as peculiaridades do sistema adversarial norte-americano em muito se distanciam das características inquisitoriais dos sistemas de *civil law*, o que pode comprometer a incorporação do modelo consensual ou, até mesmo, fazer com que o mesmo ganhe um novo significado à luz do direito interno.

Vários países já adotaram formas de negociação em seus sistemas de justiça, embora a ideia de dispensar toda a formalidade e garantias inerentes ao processo judicial não seja isenta de críticas, muitas delas de extrema relevância, como se verá a seguir. No entanto, como parece que a tendência veio para ficar, resta estabelecer alguns padrões mínimos dentro dos quais o modelo de negociação deve se enquadrar para que não haja o retrocesso e a desvalorização do conteúdo das garantias processuais já conquistadas.

Em um primeiro momento serão analisadas as principais características e pontos de afastamento entre os sistemas de *common law* e *civil law*, de modo a compreender as peculiaridades próprias de um e outro e o modo pelo qual isso influirá no modelo de *plea bargaining*. Esta, por sua vez, será analisada a seguir no contexto do direito norte-americano, seguindo-se da exposição das maiores críticas que recaem sobre a justiça

² *Idem*.

negociada.

Em seguida, passar-se-á a explorar os avanços do modelo consensual pelos países de *civil law*, dentre os quais Alemanha, Itália e as experiências brasileiras. Por fim, reconhecendo-se a força inevitável dessa tendência, algumas premissas serão estabelecidas, em caráter conclusivo, para adequar a justiça negociada aos padrões mínimos exigidos para o processo justo.

1. Características dos Sistemas Processuais Contemporâneos

É tendência comum entre os que se dedicam ao estudo comparado do direito processual se debruçar sobre a classificação dos sistemas em adversarial (típica dos países de *common law*) e não-adversarial ou inquisitorial (oriunda da Europa continental e dos países por ela influenciados). Embora seja cada vez mais distante a identificação de sistemas puros na contemporaneidade, essas denominações remetem a tipos ideais, teóricos, com características bem marcantes, que se mostram úteis para a análise de eventuais convergências ou divergências entre os modelos existentes.

Não obstante alguns críticos apontem para uma crescente inutilidade de tal distinção³ pelo perigo de se cair em um reducionismo indesejado, ou até mesmo por se verificar na prática uma progressiva aproximação entre os sistemas – como será visto mais adiante –, é certo que a distinção é necessária para um estudo comparado sobre as tendências processuais adotadas em cada modelo.

Vale ressaltar que a acepção do termo “inquisitorial”, utilizada para se contrapor ao adversarial, não é a mesma daquela empregada na classificação tripartida dos sistemas processuais em acusatório, inquisitório e misto. A confusão é comum, e leva a uma equivocada identificação entre os sistemas adversarial e acusatório.⁴ Conforme aponta Damaška, esta última é cunhada pelos próprios processualistas da família romano-germânica – de *civil law*, portanto –, para caracterizar a evolução dos sistemas processuais conforme vistos de uma perspectiva interna, dentro dos seus próprios parâmetros de

³ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 7-8.

⁴ Sobre o tema, GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999.

interesse. A classificação não oferece, portanto, um quadro conceitual adequado para estudar os contrastes entre os processos penais modernos Continental e Anglo-americano.⁵

Nesse aspecto, a denominação sistema acusatório é utilizada principalmente para se remeter a uma organização do processo em *actum trium personarum*, sendo as funções de acusar, defender e julgar exercidas por pessoas distintas, em contraposição ao inquisitório, no qual o processo se desenvolve entre o acusado e o inquisidor, a quem compete acusar, defender e julgar. O sistema misto, por fim, é comumente atribuído ao sistema francês, que reúne uma fase preliminar inquisitória e uma posterior marcadamente acusatória.

Por sua vez, o sistema adversarial é o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. O processo acaba se transformando em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida pela atividade probatória das partes. *No inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz.⁶

O sistema adversarial está ligado à cultura jurídica da *common law* que teve origem na Inglaterra e se desenvolveu posteriormente em suas colônias. A ideia central de que procede a *common law* está relacionada com a anterioridade do direito, que, conforme Garapon e Papapoulos, deve ser entendida tanto em sentido político – através da *rule of law* – como em sentido histórico⁷. A ideia de *rule of law*, usualmente traduzida como Estado de Direito, ou primazia do direito, está relacionada aos valores de uma justiça forte, independente e respeitada, oriunda da centralidade da função jurisdicional desenvolvida na história inglesa.

Os valores inerentes ao processo justo (*fair trial*) estão profundamente inseridos na cultura jurídica da *common law* – como já observou Trocker –, que desde as declarações solenes no capítulo 39 da Carta Magna de 1215, toma o cuidado de incluir regras processuais em atos normativos de caráter constitucional dando ênfase sobre os valores de

⁵ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of criminal procedure: A Comparative Study. In: *University of Pennsylvania Law Review*. Philadelphia, n. 121, 1972-1973, p. 555.

⁶ *Ibidem*.

⁷ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

justiça processual e equidade no processo com o intuito de assegurar a proteção da pessoa humana por meio da justiça.⁸

Na *common law*, o declínio dos juízos de Deus teve como consequência a afirmação da instituição do júri, que até hoje domina o sistema de justiça anglo-americano. Assim, a solução das questões discutidas no processo, antes confiada à divindade, passou a ser atribuída a doze homens de boa reputação e sem antecedentes criminais. São as particularidades desse tipo de julgamento que determinam a estruturação do sistema probatório anglo-americano, preocupado em selecionar o material informativo a ser submetido aos jurados.⁹

Nesse contexto situa-se o conhecido rigor no estabelecimento de regras probatórias, as tradicionais *rules of evidence*. Essas regras são para a *common law* como uma garantia para se atingir a verdade, o que reflete uma grande fixação pelo método, pela fidelidade ao *due process of law*, segundo Garapon.¹⁰ O autor, comparando o sistema francês com o anglo-americano, ainda destaca que nesse último há uma menor preocupação com a descoberta da verdade do que com o método certo de se chegar a ela.¹¹

Por sua vez, o sistema inquisitorial é o adotado pela cultura jurídica dos países de *civil law*, de tradição romano-germânica, cuja origem remonta ao direito canônico, já que o método inquisitivo se aperfeiçoou no seio das jurisdições eclesiásticas diante da necessidade de repressão da heresia, cujo fundamento era o poder papal e o direito de vigilância sobre os fiéis que o mesmo compreendia – o que harmonizava-se com o propósito dos monarcas em submeter a sociedade a seu controle.¹²

⁸ Citando Goodhardt, o autor mostra a influência da *common law* para a formação do direito processual europeu no que diz respeito ao processo justo: “*In tre parole, the fair trial può essere sintetizzato il grande contributo della common law alla civiltà del diritto.*” In: TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 269.

⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 36-37.

¹⁰ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França...*, p. 105. Sobre as origens dessa formalização, os autores associam à religião: “De acordo com a doutrina calvinista da predestinação, o crente, sabendo que não pode esperar a salvação por suas obras, se esforça, através de um exame regrado e minucioso de si próprio, de discernir os signos que o colocam entre os eleitos de Deus. Para isso, ele deve ter regras, um código de boa conduta, ou melhor, um método que deverá observar escrupulosamente para resolver os dilemas da vida. Dessa experiência religiosa nasce uma disposição para colocar todo o contexto de incerteza ou de dúvida sobre o domínio de regras de procedimento às quais será preciso conformar-se, não importa o que aconteça. A salvação da alma não passa pelas boas ações imediatas, mas pela observação de protocolos que intermedeiam todo o contato com o mundo. Essa talvez seja uma das razões pelas quais a *common law* sempre teve regras de provas (*rules of evidence*) muito estritas”

¹¹ *Ibidem*.

¹² GOMES FILHO, ob cit., p. 21.

O método inquisitivo, que se tratava de um jogo desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado, tinha como premissa a obtenção da verdade a qualquer custo, inclusive por meio de tortura. O que se seguiu à influência do direito canônico foi a gradativa adoção do sistema de prova legal, na busca por uma maior racionalidade na decisão sobre os fatos. Por meio desse sistema, o juiz ficava adstrito a um rígido esquema de valores pré-fixados para cada prova, crendo-se ser possível estabelecer uma verdade objetiva a fim de evitar indevida intromissão de valores subjetivos na formação do convencimento. No entanto, com a reação iluminista, o sistema de provas legais deu lugar à adoção do livre convencimento, apoiada na confiança na capacidade técnica e no desinteresse dos juízes e diante da constatação de que a livre apreciação das provas era o melhor meio para a eficácia do aparato repressivo.¹³

O sistema inquisitorial apresenta um grande apego à busca da verdade, o que não deixa de ser uma inevitável herança da inquisição canônica. Diante desse fim, ganha relevância o protagonismo do juiz na colheita do material probatório, uma vez que se tem como premissa que a verdade é de domínio público, deve ser buscada pelo juiz, não podendo os fatos serem relegados ao arbítrio das partes. O impulso oficial é a base do sistema inquisitório. O sistema adversarial, a seu turno, tem as partes como protagonistas, cabendo a elas a escolha do material probatório que será levado ao processo dentro dos critérios de relevância.

Sob uma ótica externa, vista da perspectiva anglo-saxônica, o processo penal inquisitório é, na verdade, um veículo de execução de políticas estatais. Isso ocorre na medida em que o juiz, representante do Estado, controla e conduz a investigação, intimando testemunhas, fixando a linha de inquirição adotada e o conteúdo das indagações, restando às partes o papel de propor questões adicionais que serão filtradas, uma vez mais, pelo juiz.¹⁴

Vale lembrar que as concepções sobre o papel mais ou menos dirigente do juiz na condução do processo – e especialmente em relação à prova – está intimamente relacionado com a configuração do Estado, como já observou Damaška. Desta forma, em um Estado que tenha o intuito de organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade,

¹³ *Idem*, p. 26-27.

¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

os reflexos serão visualizados no procedimento probatório, que tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; por outro lado, em um aparelhamento estatal que tem como escopo a manutenção do equilíbrio social tão somente, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo acabará se restringindo à disciplina do confronto entre as partes e, como consequência, a atividade probatória se mostrará mais afastada dos interesses do próprio Estado.¹⁵

A essência da distinção entre os dois sistemas se situa, principalmente, na gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitorial o papel dominante é desempenhado pelo juiz, no adversarial são as partes as protagonistas. Neste último, o juiz é um mero espectador passivo das provas produzidas pelas partes, que preparam seus casos, decidem quais provas serão levadas ao juízo e em qual ordem, além de inquiri-las segundo seus propósitos. Se ambas as partes concordam em desistir de ouvir uma testemunha, normalmente a Corte não interfere. Por outro lado, no sistema inquisitorial o juiz chama as testemunhas e as inquire, enquanto as partes desempenham um papel subsidiário.¹⁶

Nos últimos tempos pode-se perceber um notável crescimento entre os juristas da família romano-germânica do interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos, como já observou Barbosa Moreira.¹⁷ De acordo com o autor:

Na esfera doutrinária, vozes robustas apregoam a conveniência, senão a necessidade, de redesenhar sistemas processuais, com os olhos fitos em modelos ingleses e sobretudo norte-americanos, mesmo ao preço de cancelar ou relegar a nível mais modesto o papel de antigas tradições, cultivadas na Europa continental e transmitidas aos países dela tributários no resto do planeta. Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios.

¹⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71-73 .

¹⁶ ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 378.

¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155.

Através das recentes reformas processuais ocorridas na Europa pode ser observada uma atenuação das diferenças comumente atribuídas aos dois modelos processuais.

Conforme apontou Trocker, “*l’osservatore oggi si trova di fronte ad una realtà che vede profondamente modificato il tradizionale ordine dei sistemi processuali basato sulla distinzione tra civil law e common law*”.¹⁸

Não somente se observa a incorporação de institutos da *common law* pelos sistemas romano-germânicos. Sistemas processuais como o anglo-saxônico, tipicamente adversariais, centralizados no jogo de poderes entre as partes, passam também a se caracterizar pela presença de poderes significativamente maiores do juiz, sobretudo no plano da gestão do procedimento. Essa tendência pode ser observada na Inglaterra a partir de 1998, com a reestruturação de seu processo civil por meio da edição das *Civil Procedure Rules* (CPR).

No entanto, de forma mais marcante se mostra o movimento dos países de *civil law*, por meio de reformas processuais, a adotarem institutos típicos da *common law*, seja em matéria de prova, como o *cross-examination*, seja pela incorporação da obrigação de informação recíproca através o mecanismo da *discovery*, e até se aproximando da organização dos próprios modos procedimentais por meio da clássica divisão do processo entre as duas fases: *pre-trial* e *trial*. Além do mais, institutos como o *plea bargaining* também se mostram atrativos no contexto de sistemas de justiça marcados pela morosidade.

Como já profetizara Schünemann¹⁹ no início da década de 90, estar-se-ia diante de uma marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo. De fato, segundo ele, a tendência veio a se confirmar porque, não só o instituto da *plea bargaining* teve uma expansão cada vez maior pelo continente europeu, como também, as reformas na América Latina tiveram grande influência do sistema processual penal norte-americano, o que recentemente também se espera acontecer na China.

A tendência acima se justifica pela gradativa constatação da doutrina processual de que o sistema da *common law* se mostra muito mais eficaz na busca da verdade e da

¹⁸ TROCKER, Nicolò. ob. cit., p. 311. Ver também TROCKER, Nicolò. VARANO, Vincent. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, ed. Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

produção de provas que o continental-europeu.²⁰ Essa constatação possibilitou a ocorrência de uma espécie de diálogo de longa distância entre os legisladores, prontos a apreender as tendências de outros sistemas e utilizar a experiência alheia com vistas a responder aos seus próprios anseios.

Apesar de promissora, a tendência de importar institutos entre *common law* e *civil law* tem seus custos. Como ponderou Damaška, o sucesso da maior parte das inovações processuais depende menos da excelência das normas do que os juristas gostam de pensar. Isso porque, conforme o autor, o sentido e o impacto da norma se altera em condições externas, de acordo com o contexto institucional na qual a justiça é administrada. Até mesmo redações idênticas podem adquirir sentidos distintos e produzir consequências diversas quando alterado o contexto institucional. Em outras palavras, “*the music of the law changes, so to speak, when the musical instruments and the players are no longer the same.*”²¹

Embora a análise do autor se refira aos transplantes de institutos probatórios entre os sistemas de *common law* e *civil law*, as observações também são relevantes para a tendência, sob um ponto de vista mais amplo, de intercambiar institutos processuais de modo geral. O presente trabalho se destina a analisar os acordos sobre a sentença penal – ou justiça negociada, como vem sendo tratado o mecanismo da *plea bargaining*, tipicamente norte-americano e oriundo da *common law* – que vêm gradativamente ganhando espaço na Europa continental e ameaçam se instalar definitivamente no Brasil.

2. A *Plea Bargaining* no Direito Norte-Americano

O sistema processual penal norte-americano, fruto da *common law*, é a melhor expressão do que se caracteriza por processo de partes, onde o acusador de um lado e, de outro, o acusado e seu defensor se enfrentam em igualdade de condições perante um tribunal, representado por um banco de jurados espectadores e com a presidência de um juiz, a quem cabe manter a ordem, decidir os incidentes e, se for o caso, fixar a pena.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ DAMAŠKA, Mirjan. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. (1997). 45 *American Journal of Comparative Law*. p. 839-840. Sobre o tema, ver também WATSON, Alan. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*, 2nd ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

Na verdade, como já observou Amodio²², nem se poderia falar em verdadeiro “sistema” processual norte-americano, a não ser pela organicidade e coerência de regras de conduta. Segundo o autor, no processo penal estadunidense, a afirmação desses valores é contida por dois fatores desconhecidos pela moderna experiência do processo continental: a pluralidade de ordenamentos e a heterogeneidade de fontes. De fato, a existência de diversos ordenamentos distintos federal e estaduais que por vezes se mostram até mesmo conflitantes, além do papel marcante da Suprema Corte como intérprete da Constituição, saltam aos olhos do observador habituado aos padrões de *civil law*.

Porém, o que realmente vem já há muito tempo intrigando os atentos observadores do continente é a amplíssima disponibilidade do objeto do processo penal norte-americano e a aparente eficácia de um sistema penal baseado no consenso. É certo que esse pragmatismo, ao mesmo tempo que vem ganhando fiéis admiradores que buscam otimizar seus sistemas de justiça (supostamente falidos e morosos), possui também seus críticos efusivos, defensores do processo justo como único meio de legitimar o exercício de poder do Estado através da pena.

De acordo com a lógica do funcionamento do processo penal norte-americano, a declaração judicial de culpa do acusado – que encerra o trâmite processual visando a descoberta da verdade – pode ser substituída pela simples declaração formal de culpa do próprio suspeito durante seu comparecimento inicial em juízo na acusação que lhe é movida, o chamado *guilty plea*. Essa declaração de culpa já é hábil, por si só, a ensejar uma condenação e permitir a aplicação da pena pelo juiz, o que ocorrerá após uma audiência para discutir a dosimetria.

Assim, após uma fase inicial investigatória perante a polícia e a promotoria de justiça, esta oferece formalmente a acusação contra o imputado, que deve comparecer em juízo para formalizar o *plea*, que nada mais é do que sua declaração formal acerca das acusações formuladas. O acusado pode, então, declarar-se culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*). Ressalte-se que em certas jurisdições é admitida a manifestação do acusado pelo desinteresse em impugnar a acusação, sem que isso signifique a assunção da culpa (*nolo contendere plea*). Os efeitos dessa manifestação no tocante à condenação,

²² AMODIO, Ennio. *apud* ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11.

todavia, equiparam-se aos de um *guilty plea*, estando a distinção relacionada aos efeitos em relação a eventuais ações civis baseadas nos mesmos fatos.

A declaração de inocência (*not guilty plea*) levará o processo ao *trial* e pode ser vista como uma expressão do direito do acusado à presunção de sua inocência. Por ela, todo o procedimento se desenvolverá perante o júri popular e a promotoria deverá provar a acusação *beyond a reasonable doubt*. Por outro lado, caso a declaração seja de culpa ou de *nolo contendere*, passa-se diretamente à fase de aplicação da pena.

Apenas para que fique claro, o *guilty plea* norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da *civil law*. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes.

É justamente essa ampla disponibilidade do objeto da ação no sistema anglo-americano que vem já há tempos intrigando os processualistas do continente, já que representa uma solução encontrada para evitar todo o desgaste de um processo longo, caro e complexo que se desenvolveria perante o júri. Estima-se que mais de 90%²³ dos processos penais no sistema norte-americano resultem em uma *guilty plea* com aplicação imediata de pena. Alguns autores²⁴ chegam até mesmo a considerar que o sistema norte-americano iria à falência se todos os processos chegassem ao *trial*, por total falta de estrutura das Cortes.

²³ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining... cit.*, p. 12. Embora em menores proporções, situação semelhante também é vista no sistema inglês. Como analisou Zander, “*the guilty plea plays a critical role in the criminal process since the great majority of defendants do plead guilty. In the Crown Court the proportion is current around 60 per cent. In the magistrates’ courts the proportion is higher. Even in categories of more serious offenses, most plead guilty.*” (ZANDER, Michael. *Cases and Materials... cit.*, p. 322).

²⁴ Conforme Barbosa Moreira, “há quem pense que, se todos os processos penais tivessem de chegar até o *trial*, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso. À vista de tudo isso, por mais chocante que possa soar, chega a ser compreensível a afirmação, contida em acórdão da Suprema Corte, de que o *plea bargaining* é instrumento essencial ao funcionamento da Justiça Penal nos Estados Unidos. (O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. *In: Revista de Processo*. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.) No mesmo sentido, John FERDICO, Henry FRADELLA e Christopher TOTTEN afirmaram que “*if every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.*” (*Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*. 11th ed. Belmont: Wadsworth, 2013, p. 65).

Dessa forma, em vista do fato da quase totalidade dos casos criminais terminarem precocemente, a admiração crescente pela suposta efetividade do sistema de justiça norte-americano se deve, em maior parte, não por sua conformidade com os valores do estado de direito, como pontua Schünemann, mas por suas debilidades. Segundo o autor, por trás do disfarce adversarial e equitativo do procedimento do tribunal do júri, a prática mostra nada mais do que o velho modelo de processo inquisitorial²⁵, como se verá adiante.

As mais sérias críticas a essa prática da substituição do processo por uma declaração de culpa residem não apenas no fato de se primar por um eficientismo na resposta estatal por meio da aplicação imediata da pena em detrimento de uma busca processual e legítima da verdade, mas principalmente pelo que ocorre nos bastidores dessa declaração. Nesse contexto se desenvolve o chamado *plea bargaining*.

O predomínio do *guilty plea*, conforme já observou Barbosa Moreira²⁶ deve-se, em máxima parte, “ao êxito muito frequente de uma negociação entre acusação e defesa, na qual o prosecutor, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração, ou de pleitear a aplicação de pena mais branda.”

Em linhas gerais e antecipando o problema que será apresentado, é interessante para o Estado, aqui representado tanto pelo órgão acusatório, como pelo juiz, que os índices de resolução antecipada dos processos se mantenham os mais altos possíveis. Ainda com Barbosa Moreira:

Entra pelos olhos que ele atende a interesses poderosos. De um lado, o prosecutor, em geral provido no cargo mediante eleição popular, não raro faz do respectivo exercício trampolim para novas conquistas políticas, e precisa convencer o eleitorado de que desempenhou eficazmente sua função; excelente credencial nesse sentido será o alto número de condenações obtidas, o que a via consensual lhe proporciona com maior facilidade e segurança, sem os riscos e as delongas do julgamento por júri. Por outro

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *op. cit.*, p. 242.

²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. In: *Revista de Processo*. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.

lado, os juízes criminais não podem deixar de ver com bons olhos um expediente que lhes reduz a carga de trabalho. O mesmo se dirá de advogados que se sentem mal preparados para enfrentar os ásperos embates do trial e preferem induzir os clientes a aceitar solução em seu entender menos perigosa.²⁷

Além do mais, tal mecanismo é perfeitamente amoldado no sistema adversarial anglo-americano, encaixando-se no ideal de batalha travada entre as partes adversárias: acusação e defesa. Como considera Albergaria²⁸, “na lógica de um processo de adversários seria incongruente a prosecução dele contra uma parte que já se deu por ‘vencida’”. Aludindo a Griffiths, o autor completa: “um processo penal sem a instituição das *guilty pleas* é aparentemente tão impossível de conceber como uma guerra sem o instituto da rendição”.

É certo que a aceleração do resultado final do processo através do mecanismo do *plea bargaining* possui algumas vantagens indubitáveis. A economia processual e a resposta célere e efetiva às transgressões penais pode ser hábil a restaurar a confiança da sociedade na justiça penal. Além do mais, por ser orientada para o consenso, a ideia de retribuição inerente à pena seria substituída por um ideal de prevenção e pareceria possível um fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização. Enfim, essa legitimação proveniente de um acordo não se poderia obter por meio do processo penal tradicional.²⁹

A despeito dos pontos positivos acima, resta saber se é válido arcar com os custos do abandono do processo tradicional para abraçar um modelo comodista que aposta na eficiência de uma verdade fruto do consenso. Alguns argumentos críticos relevantes em

²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *op. cit.* No mesmo sentido, Schünemann: “*Junto a estas ventajas se puede constatar, en el ámbito subjetivo de los intereses ligados a los papeles desempeñados por distintos participantes del proceso y, en todo caso, para los profesionales, una utilidad paralela, masiva, múltiple y evidente. Esta utilidad adicional se manifiesta en forma de una enorme disminución de las exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo, en el sentido de una reducción del estrés por los conflictos y las frustraciones. La utilidad se manifiesta también en el aumento de las probabilidades de tener éxito profesional, que para los jueces consiste en tener mejores posibilidades de ascenso por el aumento de la cantidad de sus sentencias y la disminución de la cuota de suspensión de juicios, y para los abogados consiste, entre otras cosas, en poder acordar los honorarios en caso de éxito.*” SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 402-403.

²⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *op. cit.*, p. 64.

²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 402.

relação à experiência prática norte-americana costumam ser pontuados quando se discute os prós e contras da implementação da *plea bargaining* nos sistemas de *civil law*.

Em primeiro lugar, aponta-se o jogo de poder e ameaça que acabou por se tornar a negociação entre acusação e defesa pela declaração de culpa. Explica-se.

As negociações acontecem, normalmente, após a formalização da acusação e, principalmente, entre esta e a audiência prévia ao julgamento, momento em que o acusado deve se posicionar formalmente em relação àquela acusação declarando-se culpado ou inocente.

O promotor, a partir de uma análise das provas colhidas durante a fase investigatória e ponderando suas chances de êxito em um eventual *trial* perante o júri, além de uma verificação da complexidade da causa e de seu volume de processos acumulados, se verá em posição mais ou menos confortável para dissuadir a defesa a aceitar um acordo e declarar a culpa.³⁰ Essa posição mais ou menos confortável determinará o que será oferecido ao acusado em troca da declaração, como a porcentagem de redução da pena, o regime inicial de cumprimento, a acusação por crime menos grave ou até mesmo a desistência de imputação de crime conexo. Da mesma forma, dependendo das chances concretas de obter uma absolvição perante o júri, o acusado se verá mais ou menos tentado a aceitar o acordo e declarar-se culpado.

Seguindo essa lógica, a situação se mostra problemática justamente nos casos mais fracos para a acusação do ponto de vista probatório, ou naqueles em que a defesa não se apresenta aberta a negociar, momento em que o promotor precisa ser mais incisivo na barganha para obter o acordo. E é aí que entram em cena algumas práticas censuráveis de constrangimento e ameaça de sobreimputação (*overcharging*), seja sobrecarregando a imputação com uma pluralidade de condutas (*horizontal overcharging*), seja pela elevação do *quantum* da pena pretendida (*vertical overcharging*) ou, até mesmo, ameaçando pleitear a aplicação de pena capital, nos estados em que é admitida.

Isso mostra que o aparente inofensivo oferecimento de benesses pela acusação em troca da extinção precoce do procedimento pela assunção da culpa pode se converter em

³⁰ Como bem explica Albergaria, a preocupação central do Ministério Público está relacionada principalmente à maior ou menor consistência probatória do caso em questão, de modo que é nesse particular que ele assentará a reflexão e definirá os parâmetros da negociação. A substância das concessões crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua, ou em outras palavras, nos casos fracos tenderá a ser mais generoso enquanto nos fortes tenderá a conter essa generosidade. *op. cit.*, p. 66.

um mecanismo de pressão. Ao mesmo tempo que se oferece uma redução de pena, automaticamente se está ameaçando a aplicação de outra mais grave em face da recusa. Esse panorama acaba por fazer com que os imputados que queiram se valer de seus direitos constitucionais ao devido processo legal e à presunção de inocência sejam penalizados e mal vistos pela justiça.

Como bem avaliou Schünemann, não há, na prática, um consenso, mas sim um compromisso perante o qual a parte mais fraca deve aderir, por necessidade, ao ponto de vista da mais forte.³¹ O medo de submeter-se a uma pena mais grave, a ampla discricionariedade do promotor para delimitar a acusação e o *quantum* da pena pleiteada, o desinteresse do magistrado em elevar os casos que vão a julgamento e, como já anteriormente frisado, até mesmo dos advogados pela complexidade do trabalho e esforços exigidos no processo propriamente dito, são fatores que contribuem para pressionar o acusado a declarar-se culpado.

Como aponta Damaška, deve-se considerar as posições assimétricas das partes negociantes, o que frequentemente ocasiona desigualdades financeiras, informativas e quase sempre ônus psicológicos: as autoridades processuais se engajam na negociação e na análise dos riscos que dela decorrem sem o intenso estado de ansiedade e pressão a que é submetido o acusado durante as negociações. Segundo o autor, quanto maior o rigor da ameaça das penas e a relativa magnitude das concessões oferecidas, mais provável que até mesmo o inocente acabe admitindo a culpa por motivos que até os especialistas em tomada de decisões iriam considerar inteiramente racionais.³²

Isso tudo sem falar na falta de isonomia entre as penas aplicadas quando se compara o que se declara culpado antecipadamente (normalmente sujeito a penas brandas) e o que eventualmente se vê condenado após o *trial* (sujeito a penas excessivamente severas) em relação à prática de infrações semelhantes. Esse ponto específico acaba por se traduzir em descrédito no sistema e sensação de impunidade por parte da visão da vítima, já que o influxo atenuante do produto das capitulações da acusação após o acordo firmado não permite que se possa falar em uma determinação séria da pena.

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras... cit.*, p. 410.

³² DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*. In: THAMAN, Stephen C. *World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina University Press, 2010, p. 92.

Mesmo que se defenda que a redução de pena é uma recompensa por um ato de arrependimento e confissão, deve-se ter em mente que recompensa e punição são dois lados da mesma moeda. Assim, não se trata de saber, a rigor, se o indivíduo que opta pelo julgamento é penalizado ou se o que emite a declaração de culpa é recompensado. O importante é questionar um sistema estruturado sobre penalidades tão extraordinariamente gravosas (para não se dizer perpétuas ou capitais) para o indivíduo que decide ir a julgamento e sobre atenuações de pena tão extraordinariamente relevantes para quem confessa, renunciando àquele direito.³³

O panorama acima apresentado será útil para a demonstração da segunda grande crítica tecida ao modelo da *plea bargaining* pela doutrina processual: por trás da estrutura adversarial construída sobre uma ideia de disputa leal entre partes equilibradas, o processo penal norte-americano mostra, na prática, feições inquisitoriais. E isso se deve a alguns aspectos em particular.

O primeiro aspecto está ligado ao incremento do poder do Ministério Público já que, tendo em vista a grande discricionariedade que possui o órgão no sentido de determinar as infrações imputadas e de determinar a pena a ser pleiteada ao Tribunal, chegam alguns a dizer que os promotores se tornaram, com a negociação, os *key sentencing decisionmakers*.³⁴

Com a entrada em vigor das *Federal Sentencing Guidelines*, criadas com o propósito de limitar a discricionariedade do juiz ao sentenciar com o fim de evitar esse tratamento desigual entre imputados em situação semelhante, a situação acabou se acentuando. O instrumento estabeleceu parâmetros para fixação da pena para cada hipótese

³³ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *op. cit.*, p. 119. Referindo-se aos *fast-track programs* e alertando para a real dimensão do problema, Frank Bowman aponta: “So rather than setting sentences at levels commensurate with the seriousness of offenses and then letting justice take its course (...), what we’ve done is to set penalties at unsupportably high levels and then use those high penalties as the starting point for a program of huge sentencing discounts. A program consciously designed to ensure that any sane, competently advised, defendant against whom an even minimally credible case exists will plead guilty and plead guilty immediately, and if humanly possible will also cooperate against others. The result is that, at least as to drug and immigration offenses, in the districts where these offenses are most common and the allegedly essential deterrent effect of high sentences is most urgently required, virtually nobody is ever sentenced to the sentence the law says is the correct one. Putting it in commercial terms, the federal criminal justice system, particularly along the border has now become the legal analog of a vast used car dealership in which only complete suckers ever pay the sticker price.” (*Only Suckers Pay the Sticker Price: The Effect of “Fast Track” Programs on the Future of the Sentencing Guidelines as a Principled Sentencing System*. Disponível em: http://www.sentencingproject.org/doc/publications/sl_testimony_frankbowman.pdf. Acesso em 13 de março de 2014.

³⁴ *Ibidem*, p. 111.

concreta, os quais deveriam ser obedecidos pelo juiz, antes acostumado com uma significativa indeterminação. Além do mais, vinculou algumas hipóteses de fixação de pena abaixo do mínimo previsto a requerimento do MP, o que acabou por se tornar importante instrumento de barganha por parte do órgão ministerial. Assim, o protagonismo que era dividido entre as duas autoridades acabou sendo transferido integralmente ao MP, que se viu detentor do poder de manipular a imputação e vincular o juiz.³⁵ Essa concentração excessiva de poderes nas mãos do acusador desequilibra a relação entre os sujeitos processuais e remete ao sistema inquisitório.

Um outro ponto de aproximação sistema inquisitório trazido pelo *plea bargaining* é a fonte do material probatório utilizado para servir de base às negociações. Como já anteriormente discutido, o parâmetro que irá determinar os termos do acordo oferecido pelo MP é, em maior medida, suas chances de êxito no *trial* tendo em vista o material probatório colhido na fase investigatória. Isto é, se as provas contra o acusado são robustas, o promotor não fará tantas concessões em troca da *guilty plea*, pois elas falarão por si mesmas. Ao contrário, diante de um fraco material probatório mas ainda assim, presentes indícios da prática criminosa, os esforços do acusador para obter a declaração de culpa serão vistos em maior medida, tanto oferecendo penas mais leves como ameaçando com a sobreimputação. Vale lembrar que a fase investigatória é predominantemente inquisitória e se desenvolve sem a participação da defesa e nem sempre esta tem acesso total às informações. Não conhecendo totalmente as provas existentes, não é possível que a defesa possa avaliar com seriedade as reais chances de êxito na eventualidade de uma declaração de inocência, a não ser que o acusado tenha condições de arcar com os custos de uma investigação privada. Nesse contexto, fala-se na técnica fraudulenta do *bluffing*³⁶, na qual o órgão acusatório tentará dissimular as fracas possibilidades da acusação na tentativa de persuadir o imputado a declarar-se culpado.

É aí que entra em cena o mecanismo da *discovery* (ou *disclosure* no direito inglês) que prevê que as partes possam ter acesso ao material probatório que esteja sob o domínio da parte contrária antes do julgamento, sob o entendimento de que tal colaboração promove a paridade de armas e contribui para a busca da verdade. Essa lógica é conhecida como “colocar as cartas na mesa”, e visa a assegurar que as partes em uma disputa sejam

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Ibidem*, p. 67.

hábeis a conhecer tanto quanto possível o caso de seu opositor, o mais cedo possível, a fim de que não haja surpresas indesejadas.³⁷ No entanto, a *discovery* no processo penal possui algumas restrições (não sendo as partes obrigadas a revelar todo o material probatório disponível) e não é hábil a colocar acusação e defesa em situação de igualdade, já que a acusação detém todo um instrumental e apoio institucional do Estado em seu favor. O acusado, caso queira investigar, deve fazê-lo às suas expensas. Tudo isso conspira para que o réu se veja compelido a aceitar o acordo e evitar as incertezas de um julgamento.

Ainda em relação à fase investigatória que será responsável por fornecer as bases para a negociação, insta salientar a incrível potencialidade de violação do conteúdo das garantias do processo e da condenação de inocentes. Veja-se que não há qualquer possibilidade concreta de o acusado exercer o contraditório como direito de influência perante o Promotor – responsável pela decisão da imputação, já que esta será tomada com base em um procedimento sem a sua participação. As provas ali colhidas tendem a acolher apenas a versão acusatória e, dependendo da linha de investigação seguida, tende-se a buscar apenas as provas que servem para tal finalidade e, em contrapartida, ignorar os elementos que apontariam para a direção oposta (da inocência).³⁸ Esse exercício do contraditório somente seria possível por meio do processo, o que nem chega a ocorrer devido às pressões pela confissão dos fatos. Daí surgem as especulações acerca do alto número de inocentes que se declaram culpados e aceitam as ofertas da acusação para evitar uma pena superior perante o júri, mormente pela hipossuficiência e falta de um aconselhamento eficaz.³⁹

Mas não é apenas o contraditório que fica vulnerado pela prática da *plea bargaining*. Outra crítica relevante ao instituto é justamente acerca da violação, no

³⁷ CHASE, Oscar G., HERSHKOFF, Helen. (eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 208.

³⁸ Sobre tal ponto, interessante o entendimento de Cordero acerca do “*primato dell’ipotesi sui fatti*”, no sentido de que o juiz que investiga tende a fazer “*quadri mentali paranoidi*”, já que ele primeiro cria uma hipótese mental para, então, buscar elementos que venham a comprovar uma decisão já tomada. Em contrapartida, acabaria por ignorar os elementos que seguiriam no caminho oposto. (CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51). Tal observação, embora se direcione à crítica da iniciativa instrutória do juiz, também se amolda na atuação do Ministério Público como evidenciado acima, já que caberá a ele a decisão sobre a imputação e sobre a inevitável pressão para uma declaração de culpa, o que não aconteceria se ele se convencesse pela inexistência de indícios para tanto.

³⁹ Acerca dos problemas éticos que envolvem advogados aconselhando clientes inocentes a aceitar os acordos, ver BRIDGES, Lee. *The Ethics of Representation on Guilty Pleas*. In: *Legal Ethics*, Volume 9, n. 1, 2006, pp. 80-100. Para uma análise das razões que levam os inocentes a se declararem culpados no sistema inglês, ver ZANDER, Michael. *op. cit.*, p. 322.

procedimento do acordo, ao conteúdo material das garantias do processo. Grande parte dessas negociações ocorre fora do juízo oral e sem a participação do acusado, já que o diálogo ocorre entre o promotor e o advogado. Daí já se extrai a violação da publicidade, imediação, oralidade e da própria posição do acusado como sujeito de direitos. Quando se volta à questão já mencionada dos interesses próprios do advogado na efetivação do acordo a situação se agrava, pois o acusado somente recebe as informações pelo defensor e sob o arbítrio deste, se tornando simplesmente objeto do procedimento. A presunção de inocência também se mostra vulnerada, pois ao invés de ser esta um direito de todo e qualquer acusado, acaba por se tornar indesejável e dispensada por meio dos esforços para evitar o juízo oral. A não autoincriminação também é acessória, já que as confissões são praticamente forçadas, pelos motivos já discutidos. Enfim, a tese de que a justiça negociada é resultado lógico do modelo acusatório é “totalmente ideológica e mistificadora”, como aduziu Ferrajoli.⁴⁰ Ademais, como continua o autor, o sistema negocial viola os cinco princípios do processo penal garantista.

Quanto à afirmação de que os juízes estariam bem posicionados para salvaguardar os interesses públicos – e as garantias fundamentais – de serem afetados por um acordo inter-partes, isso é questionável. Os juízes também, como apontou Damaška, possuem razões a preferir os resultados da negociação ao invés do julgamento: evitar o trâmite processual alivia sua carga de trabalho e torna sua vida mais fácil.⁴¹

Daí se pode concluir com Alshuler⁴² que “parece quase certo que um processo que está desenhado para determinar quem é culpado e quem é inocente é mais seguro para cumprir essa tarefa do que um processo deliberadamente desenhado para fugir dessa questão.”

3. A Disseminação da *Plea Bargaining* pelos Sistemas de *Civil Law*: dois exemplos de experiências europeias.

Até alguns anos atrás o sistema continental europeu era considerado o mais moderno, mais adequado para combater a criminalidade e compatível com os fundamentos

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2011, p. 747.

⁴¹ DAMAŠKA, Mirjan. *Negotiated Justice... cit.*, p. 93.

⁴² ALSHULER, Cal. *apud* ALBERGARIA, Pedro Soares de. *op. cit.*, p. 121.

da jurisdição penal do Estado. Por outro lado, o anglo-americano era considerado pouco adequado para combater a criminalidade organizada, e a verdade formal por ele garantida não tratava de modo igualitário autores penais de similar culpabilidade. No entanto, surpreendentemente, a evolução fez com que o continental europeu caísse em crise existencial profunda e, segundo os legisladores italianos e espanhóis, a solução seria adotar o procedimento norte-americano ou, pelo menos, parte dele.⁴³

De fato, diante do aumento da criminalidade organizada e da necessidade de se apresentar respostas céleres para restaurar a confiabilidade do sistema penal, o ideal de levar a cabo uma cognição probatória exaustiva em juízo oral e público como único fundamento de uma sentença começou a gerar uma sobrecarga nos tribunais.

A Recomendação R (87) 18, de 17 de setembro de 1987, do Conselho de Ministros da Justiça da Europa, que versava sobre a simplificação da justiça criminal certamente exerceu um papel decisivo para disseminar a justiça negociada dentre os países europeus. Ela recomenda a adoção do procedimento de assunção de culpa com vistas a uma aceleração da justiça. Assim, na medida em que o acusado voluntariamente assume a culpa, as regras processuais deveriam ser simplificadas.⁴⁴

É certo que vários países europeus que adotaram os mecanismos de justiça consensual inspiraram-se no modelo norte-americano de *plea bargaining*. No entanto, a importação do modelo para tais jurisdições não resultou em uma reprodução do padrão norte-americano de processo penal adversarial, o qual se revela intensamente antagônico ao modelo inquisitorial predominante nos países de *civil law*. Essa falta de identificação entre os contextos processuais destinados a receber o instituto do *plea bargaining* fez com que cada um adotasse um modelo distinto de justiça consensual, contendo características e procedimentos próprios, distintos entre si e do original que inspirou a importação.⁴⁵

Nesse sentido, Langer⁴⁶ relembra a ideia dos transplantes legais, expressão comumente utilizada pelos comparativistas para fazer menção à importação de institutos típicos de um sistema para outro. Essa tendência a transplantar institutos tem sido muito comum entre os sistemas de *common law* e *civil law*, como apontado acima. O autor

⁴³ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras. cit.*, p. 397.

⁴⁴ TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 695-696.

⁴⁵ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. In: THAMAN, Stephen C. *World Plea Bargaining... cit.*, p. 5-6.

⁴⁶ *Idem*, p. 8.

ressalta, no entanto, que o termo “transplante” é insuficiente para a análise mais aprofundada da questão dos efeitos gerados pela importação, já que ela transmite a noção de que institutos jurídicos podem ser simplesmente recortados e colados entre sistemas legais. Langer propõe, então, a noção de “tradução” ao invés de “transplante”, já que assim pode-se compreender os sistemas jurídicos como produtores de significados e, assim, intercambiando os institutos entre os sistemas gera a noção de que cada um irá lhe atribuir um significado particular.

Sendo assim, as transformações verificadas no instituto do *plea bargaining* quando transportado para cada um dos sistemas a serem analisados a seguir podem ser compreendidas tanto como decisões feitas pelos “tradutores” (legisladores ou aplicadores), ou como produto das diferenças estruturais existentes entre os “idiomas” dos sistemas adversarial e inquisitorial.⁴⁷

3.1. Os acordos informais ou conformidades no processo penal alemão

O sistema processual penal alemão, orientado tradicionalmente pelo princípio da instrução como oposto ao princípio da negociação, impõe que todas as autoridades envolvidas na persecução penal se empenhem no dever de busca da verdade. Como uma das jurisdições onde o modelo oficial de investigação sempre prevaleceu, o sistema alemão não se permitiu adotar formalmente pela possibilidade de barganha entre acusação e acusado.⁴⁸

A prática, no entanto, levou a resultados distintos. Após cerca de 80 reformas da lei processual penal em um período de 30 anos, que inclusive adotaram ampliações do princípio da oportunidade e medidas distintas aceleratórias que não se mostraram suficientes, a prática alemã encontrou uma solução radical própria. Por volta da década de 70, juízes, promotores e defensores começaram a realizar acordos (*Absprachen*), de forma oculta, tanto antes quanto durante o julgamento. Esta solução se manteve muitos anos em silêncio mas recentemente surgiu à luz da opinião pública.⁴⁹ Esses acordos informais acabaram por se tornar recorrentes, embora sem qualquer previsão legal.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ *Idem, p. 50.*

⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras. cit.*, p. 399

Embora se assemelhem, na prática, à *plea bargaining*, os acordos ou conformidades do processo penal alemão são informais, baseados na confiança. O que ocorre não é a declaração formal de culpa como no anglo-americano, mas sim uma confissão do acusado, formalizada e valorada no tribunal como prova suficiente de sua culpabilidade. Em troca dela, o juiz se compromete a não exceder a pena além de certo limite ou, por outro lado, o promotor pode se comprometer a retirar uma ou outra acusação. O número crescente de casos que demandavam maior complexidade e demora, como crimes econômicos, ambientais e de drogas, contribuiu para o desenvolvimento e consolidação dessa prática.

A prática dos acordos informais ou conformidades no sistema alemão foi mantida em silêncio até o início da década de 80, quando em 1982 o primeiro artigo sobre o tema foi publicado, sob um pseudônimo, que indicava a relevância da necessidade de maiores discussões sobre o tema, já que a prática se mostrava contrária ao ordenamento alemão. O debate que surgiu a partir daí levantou a crítica de vários opositores enquanto, por outro lado, as cortes se mostraram favoráveis, embora impondo certos limites à prática.⁵⁰

A controvérsia deu origem a uma série de pareceres e projetos de lei sobre o assunto, da Câmara dos Juízes, do Ministério Fiscal, da Ordem dos Advogados, do Governo e do Parlamento Federal. Este, após discussões aprofundadas, levou à alteração da StPO.⁵¹ Os acordos no processo penal alemão, que surgiram com a prática, foram então incorporados definitivamente à legislação em agosto de 2009, com a *Urteilsabsprachen*.

Da forma como foi implementado no processo penal alemão, o *plea bargaining* fugiu de sua configuração original tipicamente adversarial para se acomodar nas molduras de uma estrutura inquisitorial e que se baseia na busca da verdade como forma de legitimar a resposta estatal. Assim, o resultado foi a criação de uma lógica própria, proveniente da prática alemã, como alternativa ao modelo tradicional. Estima-se que cerca de 50% das soluções dos casos penais sejam produto dos acordos informais.⁵²

3.2. O sistema processual italiano

⁵⁰ LANGER, Máximo. *op. cit.*, p. 51.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 24.

⁵² Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras. cit.*, p. 400.

O sistema italiano foi alvo de reformas que intentaram implementar uma estrutura adversarial, alterando sua essência inquisitória derivada das raízes de *civil law*. Daí se pode observar que o modelo de *plea bargaining* encontrado na Itália se mostra muito mais fiel ao americano que o alemão, já que inserido em um sistema que almejava equilibrar e elevar os poderes das partes no processo.

A reforma italiana extinguiu a figura do juiz instrutor na fase preparatória e transformou as partes, acusação e defesa, nos verdadeiros responsáveis pela colheita de provas, permitindo que ambos conduzam suas próprias investigações. Durante a fase de julgamento, igualmente, as partes são as protagonistas na iniciativa e produção de prova, ficando o juiz adstrito aos elementos trazidos aos autos e podendo, apenas em casos excepcionais, determinar a introdução de algum elemento. Além disso, fora adotada a *direct* e *cross-examination* como forma de inquirição de testemunhas no juízo oral.

A despeito da aproximação ao sistema adversarial, não fora acolhido o princípio da disponibilidade da ação penal, como é característico na *common law*. “No Código Italiano de 1988 vem reconfirmado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, solução deduzida de um sistema que atribui a esta regra valor de natureza constitucional (art. 112, Const.)”, como explica Amodio⁵³. Apesar disso, em virtude dos amplos poderes às partes que foram concedidos pelo legislador, o que parece estar ocorrendo é uma redefinição do princípio da obrigatoriedade, como aponta o autor italiano. A ideia que vem sendo difundida na cultura jurídica italiana é a de que o princípio constitucional não exige a instauração do processo para todas as notícias de delito, “mas sim, exige a transparência e o controle jurisdicional dos critérios com base nos quais o promotor de justiça faz a escolha entre pedido de arquivamento e formulação da acusação”.⁵⁴

Ainda segundo Amodio, dois fatores são determinantes para essa releitura da obrigatoriedade da ação penal, o primeiro deles seria “a consciência que o infindável aumento do volume das ‘causas penais’ torna o processo cada vez menos capaz de satisfazer a totalidade dos pedidos de justiça, tendo em conta os limitados recursos da estrutura judiciária”; o segundo fator seria “a tomada de consciência de que não são poucos os acontecimentos descritos na norma incriminadora que, em concreto, assumem

⁵³ AMODIO, Ennio. O Modelo Acusatório no Novo Código de Processo Penal Italiano. In: *Revista de Processo*. vol. 59, p. 35, jul. 1990.

⁵⁴ *Idem*.

lesividade pouco acentuada, não merecendo a movimentação dos mecanismos processuais destinados a terminar em uma sanção”.⁵⁵ Além do mais, a ideia de acelerar o procedimento não pareceu má ideia tendo em vista as recorrentes condenações da Itália pela Corte Europeia de Direitos Humanos em virtude da violação da exigência de um julgamento no prazo razoável como corolário de um processo justo.⁵⁶

Sendo assim, o legislador italiano adotou alguns procedimentos simplificados, como o *giudizio abbreviato*, que se desenvolve perante o juiz da audiência preliminar com base nos elementos produzidos na investigação preliminar. Assim, caso haja o requerimento do acusado e o consenso da acusação, pode-se adotar esse procedimento que, em caso de condenação, terá a redução da pena em um terço. Basicamente, nesse procedimento, renuncia-se ao juízo oral de produção de provas, sendo que o material utilizado para a decisão será o produto da fase de investigação preliminar e o juiz que o preside sentenciará de acordo com o estado das coisas até o momento.

Uma outra possibilidade de procedimento simplificado é a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, que é o acordo sobre a pena entre acusação e defesa, também chamado de *patteggiamento*. De acordo com o Código de Processo Penal italiano, o acusador, com o consentimento do acusado (ou vice-versa), propõe ao juiz a aplicação antecipada de pena alternativa à prevista ou mesmo da própria pena prevista acrescida de uma redução de um terço, desde que não ultrapasse dois anos de prisão.

Como se pode observar, no processo penal italiano, identifica-se uma “parcial erosão do princípio que faz do Juiz penal o verdadeiro dominus do processo”⁵⁷. Na nova configuração processual, embora não se tenha chegado em um radicalismo em relação à disponibilidade da pretensão punitiva, as partes contam mais, como bem ressaltou Amodio.

4. O Brasil no caminho para o consenso

Pode-se dizer, com Aury Lopes Jr., que a Lei 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, pois, rompendo com a estrutura tradicional de solução de conflitos, proporcionou uma grande revolução na sólida ideologia até então vigente. A

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Artigo 6º - 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

⁵⁷ AMODIO, Ennio. *op. cit.*

adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência.⁵⁸

Junto com a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, autorizados constitucionalmente pelo artigo 98, I da Constituição, veio a inovação com a incorporação de alguns institutos orientados para o consenso, como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A competência dos Juizados é para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, compreendidos como os de pena máxima não superior a dois anos e as contravenções, em virtude da ampliação dada pela Lei que instituiu o JECrim no âmbito da Justiça Federal e da alteração pela Lei 11.313/06.

Vale ressaltar que o modelo introduzido no Brasil não se confunde com a *plea bargaining* do sistema norte-americano, mas apenas se aproxima de sua lógica. A *plea bargaining* é mais ampla, permite que acusador e acusado façam amplo acordo sobre os fatos, sua qualificação jurídica e as consequências penais.

Em linhas gerais, são a transação penal e a suspensão condicional do processo formas de mitigação dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, mas sendo a primeira a que mais se assemelha aos institutos negociais com aplicação imediata de pena. De acordo com o instituto da transação penal, permite-se ao Ministério Público o oferecimento de proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, hipótese em que haverá a renúncia pelo acusado ao seguimento do processo. Vale dizer que não há uma assunção formal de culpa, funcionando o instituto à semelhança no *nolo contendere* norte-americano.

A adoção das formas de consenso no sistema brasileiro suscitou inúmeras reflexões e críticas⁵⁹ dentre os processualistas mais conservadores e defensores das garantias do processo.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 956.

⁵⁹ Ver PRADO, Geraldo. *Justiça Penal Consensual*. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficácia Antiguarantista*. In: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Mais recentemente, voltou-se a discutir o tema da negociação a partir da edição da Lei 12.850/13, que trata das organizações criminosas. Nessa lei, há a previsão da adoção de formas de consenso e de disponibilidade da ação penal nos casos de colaboração premiada. A lei prevê a aplicação de benefícios para o corréu que colabora com a justiça (benefícios que já existiam para os casos de colaboração, mas que se mostram em maior grau na nova lei), que vão desde a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou de sua substituição pela restritiva de direitos, até à concessão do perdão judicial. Além do mais, a lei prevê até mesmo a possibilidade de o *parquet* deixar de oferecer a denúncia em certos casos, em uma máxima expressão de disponibilidade do objeto da ação penal.

O acordo de colaboração é, nos termos da lei, realizado entre acusação e defesa e homologado pelo juiz, sendo que, para isso, o acusado deverá dispor de seu direito ao silêncio e prestar compromisso legal de dizer a verdade. O acordo será, por fim, homologado pelo juiz.

Não se pode negar que a Lei 12.850/13 acabou por instituir modalidade de negociação penal com flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, guardando pequenas semelhanças ao instituto do *plea bargaining* norte-americano. Por certo, se mostra mais complexo que a já conhecida transação penal o que, segundo Pacelli, é perfeitamente explicável: “esta última cuida de infrações de menor potencial ofensivo, enquanto a outra, a primeira, trata de organizações criminosas, associadas, em regra, a crimes de maior relevância jurídico-penal.”⁶⁰

Todavia, parece que a verdadeira abertura de portas para a justiça negociada virá com a aprovação do novo Código de Processo Penal, de acordo com a atual redação do artigo 271 do atual PL 8.045/2010 (PLS156/09). Nele, há a previsão de aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima não ultrapasse 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade.⁶¹ As condições para tanto são a confissão do acusado e que a pena seja aplicada no mínimo legal, além, claro, do requerimento, que pode ser da acusação ou da defesa.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶¹ “Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, 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, desde que: I – Haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – A pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal; §1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código; §2º A pena poderá ser diminuída em até

A solução da justiça negociada é, de fato, um tanto quanto tentadora, eis que, em um modelo processual penal comprometido com a concretização das garantias fundamentais, com a produção das provas sob o crivo da oralidade e tendo como princípio norteador o da busca da verdade, parece muito mais eficiente adotar o meio abreviado de resolução onde se propõe um acordo que, se aceito, implicará na sanção imediata. Isso sem contar na aparência para a sociedade e efficientismo da justiça e resposta penal imediata, se opondo à demora processual e ao apego às garantias que acabam passando, por vezes, a sensação de impunidade.

No entanto, o que se encontra nos bastidores pode ser desanimador. Conforme Aury Lopes Jr.⁶², o pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. Segundo o autor, o furor negociador da acusação pode levar ao constrangimento daquele que não quer aceitá-lo, além de se mostrar repugnante o fato de ter que decidir entre reconhecer uma culpa inexistente em troca de uma pena menor ou correr o risco de se submeter a um processo que será desde logo desigual. A situação se mostra pior diante da falta de interesse do juiz de seguir com o processo até o fim. O que agrava essa postura dos magistrados, esse apego à eficiência, é o próprio sistema que passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões⁶³. É a lógica da eficiência em detrimento das garantias fundamentais.

5. Notas Conclusivas: Perspectivas para a adequação da justiça negociada às exigências do processo justo.

Referindo-se ao processo civil, mas com reflexões pertinentes também ao processo penal, Taruffo aponta para a crise de efetividade da tutela jurisdicional, que deriva

1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. §3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais. Art. 272. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.”

⁶² LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficácia Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre. (orgs.) *Diálogos... cit.*, p. 121.

⁶³ *Ibidem*, p. 125.

essencialmente dos atrasos cada vez mais graves da justiça frente à crescente necessidade de prever soluções mais rápidas e eficazes das controvérsias. Segundo o autor, a máxima “*justice delayed is justice denied*” é, infelizmente, aplicável a um número crescente de ordenamentos, o que leva à sua consideração como um dos fatores mais graves da crise do sistema processual.⁶⁴

A consciência da existência de uma crise que permeia os sistemas processuais penais de *civil law* favorece a busca por soluções mais imediatas que primam pela celeridade e eficiência. A tão propalada crise é impulsionada pelo crescimento dos índices de criminalidade organizada – que demanda uma maior complexidade da investigação – e da consequente impossibilidade de o Estado fornecer uma resposta célere para a delinquência, o que, por sua vez, acaba gerando uma sensação de descrédito nas instituições punitivas.

Ciente de que a adoção das soluções baseadas no consenso é uma tendência crescente nos sistemas processuais desgastados pela demora na prestação da tutela jurisdicional, e que, a despeito das mais variadas críticas, tais soluções parecem ter vindo para ficar, resta procurar estabelecer alguns padrões para que tais acordos possam respeitar minimamente o conteúdo material das garantias processuais. Como ressalta Figueiredo Dias, a referida admissibilidade depara com sentidos que não podem ser descaracterizados e com limites que não podem ser ultrapassados, o que impõe uma compreensão e uma conformação que se tornem penhores da sua constitucionalidade e legalidade.⁶⁵

Em primeiro lugar, faz-se necessário reformular as bases da investigação preliminar de modo a que esta sirva para suprir, de alguma forma, a falta da etapa processual. Explicasse. Como os acordos e as negociações são feitos em sua maioria antes da produção de qualquer prova oral em juízo (em contraditório, portanto), as partes se baseiam na fase investigatória para analisar suas chances. Assim, como a etapa de investigação normalmente é oficial, presidida por órgão do Estado e a serviço da acusação, a defesa acaba por não conseguir influenciar a colheita de provas e por não vislumbrar, por conseguinte, uma boa perspectiva de êxito no processo. A fase preliminar é predominantemente inquisitória, sem a participação do suspeito para que este não ponha

⁶⁴ TARUFFO, Michele. Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal. In: _____. *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 49.

⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença... cit.*, p. 43.

em risco a apuração dos fatos, mas esta situação é remediada pelo respeito às garantias individuais na fase processual. No entanto, quando se antecipa a solução e a pena vem aplicada sem que haja o devido processo, há uma perigosa violação dos direitos do imputado.

Atento para este problema, Schünemann sugere a incorporação na fase da investigação das garantias necessárias para preservar os interesses em jogo, de modo que o acordo que venha a substituir a fase oral conduza a um resultado justo que corresponda à verdade.⁶⁶ O autor aponta para a necessidade de aumentar a participação da defesa na fase investigatória, embora concorde que na prática haja muitos empecilhos para essa maior atuação.

É claro que algum sigilo é necessário para a eficácia da colheita de provas, evitando-se uma atuação do acusado a fim de frustrar tal atividade. Porém, apenas permitir o acesso da defesa aos elementos colhidos unilateralmente seria insuficiente. Isso porque já se demonstrou que uma simples ata de depoimento de testemunha não reproduz fielmente (e imparcialmente) o verdadeiro conhecimento dela acerca dos fatos, mas se trata de produto da interpretação de quem interroga, já que este, nessa condição, direciona as perguntas e participa na mesma medida de quem responde. Uma solução interessante trazida por Schünemann para corrigir tal impasse seria a necessidade de se registrar os depoimentos por meio audiovisual. Sendo assim, como mesmo nessa hipótese as perguntas continuarão a ser formuladas por apenas um lado, deve-se oportunizar algum tipo de investigação defensiva, a fim de que a defesa também possa inquirir a testemunha e registrar a inquirição pelos mesmos meios.⁶⁷

Nesse sentido, Albergaria ressalta a importância de fortalecimento dos *disclosure rights* do imputado. O autor compartilha da insatisfação de que o limitado acesso à informação em poder do Ministério Público é um dos fatores que mais pode prejudicar a avaliação que o acusado deverá fazer entre submeter-se a julgamento ou a declarar-se culpado. Albergaria fala, assim, em uma *pre-plea discovery*.⁶⁸

No Brasil é interessante mencionar a inovação presente no Projeto de Lei do Senado 156 (que visa a implementar o novo Código de Processo Penal) no que tange à

⁶⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras... cit.*, p. 413-414.

⁶⁷ *Idem*, p. 420-421.

⁶⁸ *op. cit.*, p. 135.

previsão da investigação defensiva. Por meio dela, a defesa poderá realizar sua própria investigação, inclusive ouvindo testemunhas e juntar o resultado aos autos de inquérito policial.⁶⁹

Assim, permitindo essa participação da defesa na investigação e possibilitando que ela mesmo investigue suas fontes de prova, é possível uma correta avaliação do resultado das investigações e estabelecem-se as bases para uma análise mais fiel das consequências jurídicas de um acordo ou das chances de êxito no julgamento.

Por outro lado, Schünemann aponta para a necessidade de limitação da discricionariedade do acusador no que toca ao oferecimento de redução de penas e outras vantagens, a fim de evitar a quebra da isonomia entre o imputado que aceita e o que não concorda e opta pelo devido processo. As margens para o oferecimento das vantagens devem ser previstas, com o intuito de evitar que a não aceitação do acordo e o desejo de se valer da presunção de inocência não se torne uma ameaça de aplicação de pena excessivamente mais gravosa.

Além do mais, segundo o autor alemão, a participação da vítima é importante na qualidade de um terceiro não movido por interesses eficientistas, Deve-se permitir que esta seja ouvida e oponha objeções para evitar que a proposta de diminuição da pena acabe em uma política de barganha inadequada. Nesse sentido também se posiciona Albergaria, ressaltando que além da função social, a vítima não irá compartilhar da visão utilitarista do MP, defensor (alguns) e juiz pela maior praticidade do acordo, no sentido de forçar o acusado a aceitá-lo através de oferecimento de penas irrisórias.

De todo modo, o juiz deve exercer uma função importante, participando mais ativamente das negociações e zelando pela preservação do conteúdo das garantias processuais – potencialmente em risco ante a supressão da fase processual.

⁶⁹ Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

Apesar dessa necessidade, não se pode deixar de lado que o juiz também pode ser tendencioso ao acordo, pelos motivos já expostos anteriormente. Essa circunstância poderia fazer com que o acusado que recusasse o acordo fosse julgado por um juiz parcial, sendo privado de um processo justo. Além do mais, a figura do juiz remete a poder, e isso poderia ser um fator de coerção e constrangimento ao imputado para aceitar o acordo. Quanto a esse particular, novamente cumpre fazer menção ao projeto de novo Código de Processo Penal no Brasil, que pode trazer uma solução para esse particular. Nele há previsão do juiz de garantias, que atuaria tão somente na fase de inquérito policial com o intuito de zelar pelas garantias fundamentais do investigado, autorizando medidas restritivas no contexto da investigação. Tendo em vista que os acordos ocorrem principalmente na fase inicial, algumas alterações poderiam ser feitas nessa dinâmica para que o juiz de garantias exercesse a função de fiscalização no procedimento da justiça negociada.

Figueiredo Dias coloca, ainda algumas outras condições importantes para a validade dos acordos sobre a sentença. Em primeiro lugar, o autor observa que a questão da verificação da culpabilidade, ou seja, o poder-dever de instrução do juiz que decorre da própria Constituição Portuguesa não pode ser subtraído. O magistrado deve, mesmo diante de uma confissão, analisar sua validade, voluntariedade, idoneidade, bem como, contrastá-la com os demais meios probatórios.

Para tanto, o autor já desde logo esclarece que o modelo norte-americano de *plea bargaining* estaria excluído de suas considerações, visto que este não respeita os princípios da investigação e da verdade judiciais, uma vez que o juiz naquela dinâmica acaba adquirindo feições de árbitro.

Em um segundo momento o autor trata da questão da aplicação da sanção já aludida acima. Nesse contexto, não seria admissível um acordo sobre a medida concreta da pena, função esta que seria exclusiva do tribunal. O que poderia ocorrer, a exemplo do entendimento da jurisprudência alemã, é a inclusão no acordo de um limite máximo de pena que o juiz se comprometesse a não ultrapassar. Figueiredo Dias ressalta que a diminuição de pena cabível seria correspondente ao comportamento processual do acusado que confessa, circunstância esta valorável para efeitos de pena e que não compromete a

igualdade de tratamento processual penal⁷⁰, visto que todos os acusados na mesma situação farão *jus* ao mesmo benefício.

Por fim, outro ponto ressaltado por Figueiredo Dias que merece atenção é a necessidade de observância da publicidade dos acordos. Um acordo entre os sujeitos processuais deve ter os termos divulgados em audiência, o que não retira a legitimidade das conversas anteriores que tenham ocorrido do lado de fora. Isso permite que seu conteúdo seja controlado por aqueles que neles participaram e até mesmo pelo tribunal de recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERGARIA, Pedro Soares. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AMODIO, Ennio. O Modelo Acusatório no Novo Código de Processo Penal Italiano. *In: Revista de Processo*. vol. 59, p. 35, jul. 1990.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *In: Temas de Direito Processual (Sétima Série)*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. *In: Revista de Processo*. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001.
- BOWMAN, Frank. *Only Suckers Pay the Sticker Price: The Effect of “Fast Track” Programs on the Future of the Sentencing Guidelines as a Principled Sentencing System*. Disponível na internet: http://www.sentencingproject.org/doc/publications/sl_testimony_frankbowman.pdf. Acesso em 13 de março de 2014.
- BRIDGES, Lee. The Ethics of Representation on Guilty Pleas. *In: Legal Ethics*, Vol. 9, n. 1, 2006.
- CHASE, Oscar G., HERSHKOFF, Helen. (eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. *In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷⁰ Figueiredo Dias discorda do posicionamento de Schönemann no sentido de que haveria uma punição mais severa para o acusado que se vale de seu direito à presunção de inocência e ao devido processo legal, o que violaria o princípio da igualdade. Segundo ele, o fato de premiar o que faz o acordo não representa uma punição mais grave ao que se submete ao processo, visto que ambos deverão ser punidos segundo o processo legal de determinação da pena, de acordo com as exigências da culpa e da prevenção. A atenuação referente à confissão estaria, nesse sentido, justificada por uma menor necessidade da pena. (*In: Acordos sobre a sentença... cit.*, p. 56.)

- DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of criminal procedure: A Comparative Study. *In: University of Pennsylvania Law Review*. Philadelphia, n. 121, 1972-1973.
- _____. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- _____. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *In: THAMAN, Stephen*.
- _____. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments. (1997). *45 American Journal of Comparative Law*.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011
- FERDICO, John; FRADELLA, Henry; TOTTEN, Christopher. *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*. 11th ed. Belmont: Wadsworth, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2011.
- GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. in *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. *In: Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999.
- JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. *In: THAMAN, Stephen C. World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina University Press, 2010.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficácia Antigarantista. *In: Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e a sua Jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. *In: Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ROSA, Alexandre Morais da. Rumo à Praia dos Juizados Especiais Criminais: sem garantias, nem pudor. *In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- _____. *Obras*. tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- TARUFFO, Michele. Racionalidad y Crisis de la Ley Procesal. *In: _____ . Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

- TROCKER, Nicolò. *La formazione del diritto processuale europeo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011.
- TROCKER, Nicolò. VARANO, Vincent. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, ed. Giappichelli, Torino, 2005
- TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- WATSON, Alan. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*, 2nd ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.
- ZANDER, Michael. *Cases and Materials on the English Legal System*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.