

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: *PLEA BARGAINING* À BRASILEIRA E A (IM)POSSIBILIDADE DO INSTITUTO EM UM PARADIGMA INQUISITÓRIO

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT: THE “BRAZILIAN” PLEA-BARGAINING AND THE (IM)POSSIBILITY OF THE INSTITUTE IN AN INQUISITORIAL PARADIGM

João Pedro Teixeira Transmontano¹
Michelle Girona Cabrera²

RESUMO

Objetiva-se analisar os reflexos da tendência de expansão da justiça negocial em âmbito penal, fortemente inspirados na *plea bargaining* estadunidense, enquanto forma de combater o eminente colapso do sistema de justiça pátrio. Para tanto, destaca-se o número exacerbado de ações penais em trâmite, passando-se à análise da adoção incipiente da justiça negocial no Brasil e seu desenvolvimento, culminando no acordo de não persecução penal e no procedimento sumário previsto no projeto de novo CPP, com o objetivo de analisar a coadunação ou não de ambos ao instituto estadunidense da *plea bargaining*. Após, analisa-se a barganha, buscando sua origem histórica, as diferentes concepções acerca do instituto e a sua transmutação no Chile e na Itália, paradigmas de estudo para compreender a possibilidade de incorporar institutos de *commom law* em ordenamentos jurídicos de *civil law*. Por fim, observam-se as críticas e defesas da incorporação da *plea bargaining* ao ordenamento jurídico vigente, buscando objetivar se o fato poderia resultar em abertura ao Estado de polícia e mácula aos direitos constitucionais dos cidadãos acusados através da incorporação da barganha em um ordenamento inquisitório.

Palavras-chave: Processo Penal. *Plea Bargaining*. Acordo de Não Persecução Penal. Mentalidade Inquisitória.

ABSTRACT

This work aims to analyze the reflexes of the tendency to expand the negotiable justice in the criminal sphere, strongly inspired by the American plea-bargaining, as a way of combating the imminent collapse of the national justice system. Therefore, the exacerbated number of criminal proceedings in progress stands out, with the analysis of the incipient adoption of negotiable justice in Brazil and its development,

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

² Orientadora. Doutora em Direito Socioeconômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2019). Mestre em Direito Penal Econômico pelo Centro Universitário Curitiba (2013). Pesquisadora do grupo de pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Professora de Direito Penal no Centro Universitário Curitiba e de Direito Processual Penal na Faculdade de Pinhais.

culminating in the non-criminal prosecution agreement and the “summary procedure” foreseen in the new CPP, to analyze whether or not they are in agreement with the American institute of plea-bargaining. Afterwards, the bargain will be analyzed, looking for its historical origin, as different conceptions about the institute and its transmutation in Chile and Italy, study paradigms to understand the possibility of incorporating common law institutes in civil law systems. Finally, are observed criticisms and defenses regarding the incorporation of the plea-bargaining into the current legal system, seeking to objectify whether the fact could result in an opening to the Police State and profane the constitutional rights of the accused citizens through the incorporation of the bargain in an inquisitorial system.

Keywords: Penal Process. Plea Bargaining. Non-Prosecution Agreement. Inquisitorial Mentality.

1 INTRODUÇÃO

Com a presente pesquisa, buscar-se-á analisar uma das possíveis soluções para o eminente colapso da justiça penal brasileira: a *plea bargaining*, buscando compreender se esta seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de *civil law* e sistema inquisitório.

Assim, responder-se-á ao questionamento: a *plea bargaining* é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de *civil law* e sistema inquisitório?

Para tanto, será adotado como metodologia a pesquisa e revisão bibliográfica, sendo analisada a produção já existente sobre o tema, colocando em conflito artigos, obras literárias e teses distintas para que se chegue a uma nova abordagem sobre o assunto. Serão, também, utilizados dispositivos legais, especificamente a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Penal e a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Por fim, serão analisados os números apresentados no Relatório Justiça em Números 2020, referentes ao ano de 2019.

No primeiro capítulo serão realizados aportes preliminares, com a análise dos dados do sistema de justiça atual, sendo estes o número de ações ajuizadas em contraste com o princípio da Obrigatoriedade e a utilização da justiça negociada como alternativa.

No segundo capítulo será analisada a presença já vigente da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro e as perspectivas futuras, com a ampliação através da *plea bargaining*, analisando a conceituação e a construção histórica do instituto, com a análise de suas possíveis origens, passando-se à utilização do Direito Comparado para analisar a aplicação da barganha no Chile e na Itália, a fim

de antever possíveis problemas da incorporação do instituto no ordenamento brasileiro.

No terceiro capítulo será dado enfoque às perspectivas atuais de aplicação da barganha no Brasil, analisando-se o vigente acordo de não persecução penal, buscando compreender se se trata, ou não, de uma modalidade de *plea bargaining*, bem como analisando o conteúdo do acordo. Por fim, será analisado o projeto de novo Código de Processo Penal, em trâmite legislativo, a fim de buscar compreender o Procedimento Sumário nele previsto, observando-se as semelhanças com a barganha e as críticas ao mesmo.

2 APORTES PRELIMINARES: NÚMEROS DA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL E A INCIPIENTE JUSTIÇA CONSENSUAL ENQUANTO PERSPECTIVA DE SOLUÇÃO

Segundo o relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo CNJ, em 2019 ingressaram no Poder Judiciário 2,4 milhões de novos casos criminais, sendo 1,6 milhão (58,5%) na fase de conhecimento de 1º grau. Ademais, foram iniciadas 395,5 mil execuções penais, somando-se 1,8 milhão de execuções pendentes ao final daquele ano. Ainda dentro da área criminal, a representatividade da Justiça Estadual nos litígios do Poder Judiciário soma 91,4% da demanda. (BRASIL, 2020)

O assustador contingente de ajuizamentos de ações penais é um problema complexo e que decorre de diversos problemas estruturais e legais. Entre estes, encontra-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, no sentido de que “o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação” (LOPES JR., 2019, p. 202). Conforme explicou Aury Lopes Jr. (2019, p. 202), a obrigatoriedade não está consagrada expressamente, mas é extraída da leitura do artigo 24 do Código Penal, bem como de seu caráter imperativo.

A obrigatoriedade contrapõe-se aos princípios da oportunidade e conveniência da ação penal pública que, conforme entendimento doutrinário majoritário, não são adotados no Brasil. Neste sentido, Nucci (2020, p. 90) entendeu que “não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório”.

Entretanto, é latente o consenso de que a obrigatoriedade da ação penal pública não subsiste no ordenamento de forma absoluta, haja vista as diversas formas de mitigação previstas na legislação. É o que afirmou Gabriel Silveira de Queirós Campos (2012, p. 16), segundo o qual “o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, embora seja a regra, não é absoluto, podendo ceder espaço, em prol da oportunidade, desde que razão de interesse público autorizem não-exercício da ação penal”.

Entre as formas de atenuação do princípio da obrigatoriedade, destaca-se a incipiente cultura jurídica do consenso na esfera criminal, que pode se mostrar como uma das possíveis soluções ao eminente colapso do sistema de justiça criminal brasileiro.

Entretanto, parece evidente que o interesse estatal na busca da eficiência não pode, jamais, sobrepujar direitos e garantias individuais, sob pena de o Estado perder a sua finalidade primordial. Desta forma, ainda que se observe com boa estima a busca por soluções ao sistema de justiça visando conciliar as ideias de garantismo e eficiência, esta deve ser realizada com cautela, razão pela qual cumprirá se analisar certos aspectos da justiça negocial já presente no ordenamento pátrio, com maior ênfase na análise dos novos passos da justiça negocial através de institutos como a *plea bargaining* e suas adaptações.

Aury Lopes Jr. (2020a, p. 821) observou que o sistema de justiça negociada foi introduzido no ordenamento jurídico penal brasileiro pela Lei 9.099/1995, responsável pela criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim). A autorização para a criação destes decorre do artigo 98, I da Constituição, “que previu a possibilidade de criação dos Juizados Especiais Criminais para julgamento das *infrações penais de menor potencial ofensivo*”. [grifo do autor]

Observa-se que o próprio texto constitucional determina a criação destes juizados com a finalidade de realizar “a conciliação, o julgamento e a execução de [...] infrações penais de menor potencial ofensivo” (BRASIL, 1988). Assim, a tendência à conciliação penal no ordenamento jurídico brasileiro remonta à própria Carta Magna, demonstrando a importância do instituto. Apesar da criação legislativa ter ocorrido apenas em 1995, desde 1988 já era observado o apontamento de novos rumos ao processo penal.

Entretanto, este espaço consensual no processo penal restringia-se ao que se denomina de infrações penais de menor potencial ofensivo, estipuladas no artigo 62

da Lei 9.099/95, sendo “as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa” (LOPES JR., 2020a, p. 822).

A despeito da inicial aplicação restrita do consenso na justiça penal, a mudança ideológica no ordenamento é extremamente relevante, visto que rompe com a lógica do poder punitivo clássico. Zaffaroni (2013, p. 14) observou que “a característica do poder punitivo é, pois, o confisco da vítima, ou seja, é um modelo que não resolve o conflito, porque uma das partes (o lesado) está, por definição, excluído da decisão”.

A incorporação de institutos consensuais, como a composição dos danos civis (art. 72 e seguintes da Lei 9.099/95), a ser executada no juízo civil (art. 74), parece ser, *a priori*, benéfica, vez que retiraria a ânsia estatal punitiva e permitiria a verdadeira resolução de conflitos sociais.

Já Vasconcellos (2020, p. 154) chamou atenção para a colaboração premiada, mecanismo amplamente discutido em momentos recentes, ocorrendo quando “o Estado oferece incentivos ao imputado para que ocorra uma facilitação à atuação dos órgãos de investigação e acusação de casos penais. Em troca de benefícios, como a redução da pena, o acusado colabora com a persecução penal”.

Este instituto probatório vem sendo defendido por parcela da doutrina e da jurisprudência, sob a bandeira do eficientismo penal. No entanto, a despeito de todas as benesses que poderia trazer ao sistema de justiça, como a maior celeridade, não deixa de ser preocupante a semelhança que o instituto guarda com práticas inquisitórias.

A despeito da ideia de um “negócio jurídico processual” remeter ao sistema adversarial e de uma suposta paridade de armas, a delação é prática que remonta à caça às bruxas descrita no *Malleus maleficarum*, a perversa obra de Heinrich Kramer e Jakob Sprenger, produzida em 1494. (KRAMER; SPRENGER, 1991)

Zaffaroni (2013, p. 28) observou que o *Malleus* garantia a reprodução da clientela, visto que “a mulher não era torturada para que confessasse, mas para que revelasse os nomes de seus cúmplices e a mera menção de um nome sob tortura autorizava que a pessoa nomeada também fosse torturada”, descrição que se aproxima fortemente da delação premiada, guardadas as devidas proporções.

A despeito das críticas, o que se observa, portanto, é que, inicialmente, em meados dos anos 1990, o consenso na justiça criminal brasileira restringia-se às

infrações penais de menor potencial ofensivo, aplicando-se a elas medidas despenalizadoras e descarcerizadoras. Em um momento posterior, a justiça negocial se expandiu e passou a centrar-se, também, em aspectos probatórios, como é o caso da citada colaboração ou delação premiada.

Contudo, passando-se à análise de um cenário global, Vasconcellos (2020, p. 155) observou que as tendências internacionais atualmente “apontam para um panorama mais abrangente, que engloba mecanismos negociais que vão além do escopo probatório, buscando não a produção de provas contra terceiros, mas a própria condenação do imputado que negocia o acordo”.

Assim, esta tendência mundial de expansão do consenso penal, ocorrida a partir dos anos 2000, expande-se para além do que já se observava no Brasil, deixando de se restringir às infrações de menor potencial ofensivo, e atinge uma nova criminalidade.

Para tanto, “o exemplo estadunidense se destaca como fonte de “inspiração” a diversos operadores, por diversas razões de ordem política e utilitarista” (VASCONCELLOS, 2020, p. 155), através do instituto da chamada *plea bargaining*, o que, segundo Vasconcellos (2020, p. 155), “fomenta o desvelamento de uma “americanização” do processo penal mundialmente”.

No Brasil, o debate acerca da expansão da justiça negocial em âmbito penal enquanto alternativa para o eminente colapso do sistema judiciário ganhou notória acentuação com o chamado “Pacote Anticrime”, aprovado com modificações sob a Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019). Neste contexto, o instituto da *plea bargaining* ganhou relevo, tendo em vista as diversas opiniões contrastantes acerca de sua adequação ao modelo de *civil law* e ao sistema jurídico brasileiro, razão pela qual cumpre analisar o instituto em si, visando verificar a sua eventual adequação ao ordenamento normativo nacional.

3 PLEA BARGAINING: ORIGENS, TRANSMUTAÇÕES PARADIGMÁTICAS E POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Inicialmente, cumpre destacar a observação realizada por Nereu José Giacomolli e Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 1110-1111) que, ao tratarem da definição da barganha, alertaram que “a definição de um conceito de tal

mecanismo é complexa, devido às particularidades assumidas pelo instituto em cada ordenamento jurídico”.

Vasconcellos (2015, p. 263) afirmou que a barganha é um dos grandes exemplos de mecanismo negocial, sendo o ato “em que o imputado aceita a punição proposta e renuncia à defesa, ou seja, consente com o julgamento imediato do seu caso (e com o resultado condenatório)”.

De forma crítica, John Langbein (1978 apud GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1111), afirmou que o *plea bargaining* se realiza “quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpa e a renunciar ao seu direito a um julgamento em troca de uma sanção penal mais branda do que poderia ser imposta se o acusado fosse julgado culpado ao fim do processo”.

Entre os pontos convergentes das mais diversas conceituações, pode ser destacado o ponto nevrálgico do instituto processual: uma negociação entre as partes, em que ambas devem ceder em determinados aspectos, haja vista que o réu deve confessar a culpa pelos fatos a ele imputados, abrindo mão de um processo penal e de sua posição de defesa e resistência, em troca de concessões do Estado, que deverá reduzir o número de acusações, a gravidade das mesmas ou a pena aplicável ao imputado.

Ainda, existe amplo debate doutrinário acerca da origem do instituto da *plea bargaining*, bem como de sua intrínseca acusatorialidade ou inquisitorialidade. Não há entendimento pacífico. No entanto, existe um posicionamento majoritário de que a *plea bargaining* foi introduzida no sistema de justiça criminal estadunidense no século XIX. Segundo Ribeiro e Chemin (2020, p. 862), mais especificamente em 1804, quando “John Battis, um negro de vinte anos de idade, declarou-se culpado (*plea guilty*) da acusação de homicídio de uma menina, pele branca, de 13 anos de idade”. Esta data é considerada por muitos como o nascimento mais provável do instituto.

Segundo Phillip Rapoza (2013, p. 210), “o *plea bargaining* tornou-se progressivamente comum em meados do século XIX e, no início do século XX, era o método dominante de resolver processos criminais”. Tal situação decorreria de necessidades práticas, como o crescimento populacional estadunidense no período, o acentuado aumento de crimes ocorrido nos anos de 1960 e 1970, e a grande repressão legislativa ocorrida posteriormente, em que “os legisladores de todo o país

expandiram enormemente o alcance da lei, criminalizando condutas que não eram anteriormente alvo de perseguição criminal” (RAPOZA, 2013, p. 211).

Este entendimento majoritário, que coloca a *plea bargaining* enquanto instrumento acusatório oriundo do início do século XIX, não é unânime. Parcela da doutrina entende que o instituto possui origem inquisitória, como é o caso de Chemin e Ribeiro (2020, p. 848), que alegaram que “há indícios que o *plea bargaining* tenha sido introduzido nos Estados Unidos pelos puritanos, em Massachusetts, no século XVII, revelando-se no famoso caso das “bruxas de Salem”, evento este que, em modo de julgamento, “seria tachado de “inquisitório”.

O estudo realizado por John Harris Langbein, sobre as semelhanças dos métodos coercitivos exercidos no *plea bargaining* e na inquisição medieval, confirma a hipótese de, nos termos da dicotomia doutrinária, ser catalogado como “inquisitório” aquele instituto. Segundo Langbein, a barganha é utilizada como instrumento de negociação no *plea bargaining* entre o promotor e o acusado. Com uma vantagem sobre o acusado, o agente público o induz a confessar a sua culpa e renunciar os seus direitos a um julgamento em troca de atenuação da pena, ou seja, há uma clemência por parte do promotor de Justiça na redução da pena e convencimento do juiz para homologação do acordo. (RIBEIRO; CHEMIM, 2020, p. 862-863)

Neste sentido, teria ocorrido apenas a substituição da forma de coação: passou-se de torturas físicas corporais às torturas psicológicas “por sentenças que impõem penas elevadíssimas, inclusive de morte” (RIBEIRO; CHEMIM, 2020, p. 863). O medo gerado pela suposta duração da pena de prisão, ou até mesmo pela pena de morte, seria tortura tal qual o medo da força, e a confissão estaria eivada de vício em ambas as situações.

A análise da origem do instituto é necessária, haja vista que um sistema penal inquisitório é propício a um Estado de Polícia, vez que concede amplo espaço ao poder punitivo. Desta forma, tratar da dicotomia entre os sistemas acusatório e inquisitório não é mero academicismo, mas é falar diretamente da saúde e da existência de um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o modelo acusatório seria típico do Estado de direito ideal descrito por Zaffaroni (2011, p. 169), e ambos serviriam como bússola e farol ao poder jurídico, sendo elemento orientador para o aperfeiçoamento do Estado de direito concreto.

Entretanto, a análise teórica deve ser acompanhada da observância da aplicação prática do instituto, visto que, ainda que o entendimento doutrinário

majoritário entenda a *plea bargaining* enquanto instituto tipicamente acusatório, a inserção do mesmo em diferentes ordenamentos jurídicos, com atores judiciais de distintas mentalidades, pode resultar em aplicações completamente díspares. É o que a análise dos exemplos chileno e italiano demonstram.

A realidade do processo penal chileno traz alento àqueles que temem a introdução de institutos da *common law* em um modelo tipicamente de *civil law*. Ainda, observa-se que o Chile possuía um sistema inquisitivo quando se tratava de processo penal, o que se coaduna ao observado no Brasil atualmente. No entanto, foi aprovado, no ano 2000, o novo *Código Procesal Penal Chileno*, responsável por romper com a lógica inquisitiva até então vigente.

Segundo Cristián Riego (2017, p. 826), o novo Código Penal chileno “introduziu como grande inovação o estabelecimento do juízo oral e público como expressão central e paradigmática das garantias do devido processo” [tradução nossa]³. A este respeito, Riego (2017, p. 836) sustentou, em 2017, que “o juízo oral já tem dezessete anos de presença no Chile e parece razoável sustentar que, apesar de inúmeros defeitos em sua prática, seus procedimentos básicos se encontram bastante assentados no país”. [tradução nossa]⁴

Além disso, o Código estabeleceu a possibilidade de evitar esta forma de julgamento através da adoção do procedimento abreviado, constituindo “a renúncia ao juízo oral e sua substituição por uma forma de julgamento simplificada, baseada no reconhecimento dos atos por parte do imputado” (RIEGO, 2017, p. 836) [tradução nossa]⁵

É latente que este procedimento abreviado introduzido pelo novo diploma processual chileno encontra fundamentação na *plea bargaining* estadunidense. Porém, inicialmente tal modalidade procedimental possuía incidência limitada, “admitida apenas para penas não superiores a cinco anos” [tradução nossa]. Assim, a justiça consensual chilena era bastante limitada⁶ e seu uso parecia ser

³ “El nuevo Código Procesal Penal Chileno dictado el año 2000 introdujo como gran innovación el establecimiento del juicio oral y público como expresión central y paradigmática de las garantías de debido proceso”.

⁴ “El juicio oral tiene ya diecisiete años de presencia em Chile y parece razonable sostener que más allá de innumerables defectos em su práctica, sus ritualidades básicas se encuentran bastante asentadas em el país”.

⁵ “La renuncia al juicio oral y su reemplazo por una forma de juzgamiento simplificada basada em el reconocimiento de los hechos por parte del imputado”.

⁶ Observa-se que a menor incidência das possibilidades de consenso, em momento inicial, se assemelha à implementação do consenso no ordenamento jurídico brasileiro, que se restringia às hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo.

desestimulado, haja vista a existência de um temor acerca da possibilidade de que tal caminho poderia se converter em “uma fórmula extorsiva destinada a pressionar os imputados para obter a renúncia ao juízo e gerar, assim, a possibilidade de uma violação das garantias básicas que o Código pretendia estabelecer” (RIEGO, 2017, p. 832). [tradução nossa]⁷

Porém, com o advento da Lei 20.931 de 2016, as possibilidades de barganha no processo chileno foram consideravelmente ampliadas. Riego (2017, p. 842-843) observou que a Lei aumentou as penas previstas aos crimes de furto e roubo, mas compensou tal elevação através do incentivo à adoção do procedimento consensual, que passou a ser aplicável também aos casos de penas que não comportam medidas substitutivas.

Desta forma, ainda que não isento de críticas, o sistema penal chileno passou a ampliar o consenso de forma gradativa e cautelosa, o que serve de alerta ao Brasil, que, ao que tudo indica, encaminha-se à adoção da mesma tendência de expansão da justiça negocial criminal.

O exemplo chileno demonstra que a efetividade das mudanças implementadas se deve a um importante fator: a reforma global do sistema, da qual são espécies a completa reforma normativa, através da adoção de princípios acusatórios e de novos procedimentos que promovem a aplicação de tal principiologia, bem como a mudança de mentalidade dos atores do sistema, que gradativamente deixaram práticas punitivas de cunho inquisitório para adotar práticas que se coadunam a uma realidade democrática pautada no sistema acusatório.

Outro paradigma de estudo necessário é a Itália. O caso italiano serve como paradigma interessante de análise, haja vista se tratar do berço da *civil law*, o direito continental oriundo do direito romano, bem como berço do sistema inquisitório, originado do direito canônico e que estava fortemente presente na história italiana durante o medievo.

A esse respeito, Nardelli (2014, p. 354) observou que “o sistema italiano foi alvo de reformas que intentaram implementar uma estrutura adversarial, alterando

⁷ “Se tuvo en cuenta la información disponible que llamaba la atención acerca de los riesgos involucrados en permitir la renuncia al juicio oral y sus garantías e cuanto este camino se pudiera convertir en una fórmula extorsiva destinada a presionar a los imputados para obtener su renuncia al juicio y generar así la posibilidad de una vulneración de las garantías básicas que el Código pretendía establecer”.

sua essência inquisitória derivada das raízes de *civil law*". Quanto à referida "essência inquisitória", cumpre observar que a reforma processual penal mencionada ocorreu apenas em 1988, sendo que até tal data vigorava a legislação conhecida como "Código Rocco", de 1930. Importante destacar que tal codificação advém do período fascista e, por óbvio, fortemente balizado em uma mentalidade inquisitória e punitiva.

A nova legislação consagrou, em um plano abstrato, aspectos do sistema adversarial, sendo o juiz um árbitro imparcial, o que relativizou a busca da verdade que o movimentava no modelo anterior. Porém, a aplicação prática do novo Código demonstrou-se problemática.

Inicialmente, percebeu-se o fenômeno da inércia na interpretação das alterações, o que se expressava pela permanência nas atitudes dos juízes, que, por meio das exceções previstas legalmente, expandiram seus espaços para, por exemplo, violar a separação entre as fases investigatória e de julgamento, introduzindo indevidamente atos daquela nos autos de debate. (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 440-441)

O Código de 1988, além de implementar o modelo acusatório em um plano legal, introduziu mecanismos que visavam a aceleração dos julgamentos, com destaque ao mecanismo da aplicação da pena por requisição das partes (*applicazione dela pena su richiesta dele parti*), conhecido como *patterggiamento*, sendo aquele que consagra a barganha no processo italiano. Este é o acordo sobre a pena definido entre acusação e defesa, conceituado abaixo por Nardelli:

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. (NARDELLI, 2014, p. 355)

Com relação aos números, Capparelli e Vasconcellos (2015, p. 444) observaram que, com base em dados apontados por Máximo Langer, "entre os anos de 1990 e 1998, o número de processos dispostos somente pelo *patterggiamento* (barganha) foi entre 17 e 21% nas cortes inferiores e 34 e 42% naquelas com jurisdição sobre delitos mais graves". Assim, ainda que os números sejam menos expressivos do que aqueles oriundos da realidade estadunidense, é inegável a expansão dos mecanismos negociais no processo penal italiano.

A aplicação do instituto, no entanto, não é isenta de críticas. Segundo Capparelli e Vasconcellos (2015, p. 447), existem “fundadas críticas doutrinárias às possibilidades de barganha entre acusação e defesa, especialmente em razão do retrocesso inquisitivo ocasionado por sua prática, que acaba desvirtuando o modelo acusatório constitucionalmente traçado”.

Os autores alertaram, ainda, que, “o exemplo italiano é profícuo ao desvelar a resistência dos atores do campo jurídico-penal diante de tentativas de avanço em vistas de uma adequação acusatória do processo penal” (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 449).

Desta forma, ainda que reformas legislativas a fim de encaminhar o sistema jurídico brasileiro a uma maior aproximação com o modelo acusatório de um Estado democrático de direito sejam vistas com bons olhos, a mudança de mentalidade dos atores do sistema é medida impositiva para o verdadeiro sucesso das modificações, conforme os exemplos chileno e italiano puderam demonstrar, vez que partiram de um mesmo ponto comum: um sistema inquisitório e de ordenamento *civil law*, passando por modificações legislativas completas com a adoção de um sistema normativo acusatório, mas chegaram em pontos distintos: o Chile obteve sucesso, enquanto a Itália fracassou em sua tentativa de modificação do sistema criminal.

O que se obtém de ambos os paradigmas é que qualquer modificação abstrata na legislação pode ser utilizada como um instrumento inquisitório se a mentalidade dos aplicadores da lei permanecer a mesma, haja vista que a aplicação concreta das normas depende da interpretação dos sujeitos do processo. Não há como se inserir um instituto tipicamente acusatório em uma legislação inquisitória, aplicada por sujeitos de mentalidade inquisitória, e esperar que o mecanismo seja, de fato, adversarial e democrático em sua concretização.

Nesse sentido a doutrina majoritária critica a incorporação da *plea bargaining* ao ordenamento jurídico brasileiro. Coutinho (2008, n.p.) alertou que “reformas parciais não mudam o sistema porque não vão no núcleo do problema, ou seja, no princípio inquisitivo, que permanece intacto”. Afirmou, ainda, que

Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus – tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos. (COUTINHO, 2019, p. 4)

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) (2019, p. 1-2), em análise ao à época projeto de lei denominado “pacote anticrime” e atualmente Lei 13.964/2019, teceu fortes críticas à possibilidade de implantação da *plea bargaining* no ordenamento jurídico brasileiro vigente, reconhecendo a possibilidade de utilização do acordo como instrumento de pressão, transformando o processo “em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos de sofrer a aplicação de penas duríssimas”, o que seria um problema, pois, “o processo penal constitucional deve ser uma garantia para o cidadão e não uma aventura perigosa”.

Outro ponto criticado pela doutrina quando observa a incorporação da barganha no ordenamento jurídico brasileiro vigente é que este se encontra sob o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que tornaria incompatível a aplicação plena e eficaz de instrumentos de barganha no ordenamento jurídico, vez que a *plea bargaining* é oriunda de um sistema acusatório, sob o primado do princípio da oportunidade, que possui relação direta com a ampliação da justiça negocial.

A implementação do primado da oportunidade poderia contribuir para a ampliação do consenso no sistema jurídico-penal brasileiro, vez que corroboraria a contenção à ânsia punitiva estatal, além de participar de um processo de seleção formal⁸. Estas mudanças devem contribuir de maneira significativa para a maior eficiência do sistema de justiça pátrio ao conter o número de demandas ajuizadas.

Entretanto, para além das mudanças legislativas abstratas, cumpre-se vencer a lógica inquisitorial de maneira fática e concreta, através da atuação dos atores do sistema de justiça. A mudança da mentalidade inquisitória é uma necessidade impositiva. Exemplo disso é o recebimento de denúncias pelos juízes mesmo quando não há justa causa para tal. O artigo 395 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prescreve situações em que a denúncia ou queixa deverá ser rejeitada pelo magistrado, incluindo a hipótese de faltar justa causa para o exercício da ação penal (inciso III).

Além disso, o artigo 397 (BRASIL, 1941) expõe hipóteses de absolvição sumária do acusado, quando, após recebida a denúncia, o juiz extinguirá a punibilidade. Desta forma, ainda que o Ministério Público apresente a denúncia, o

⁸ Neste sentido, Matosinhos (2019, p. 126) afirmou que “a oportunidade não se traduz em discricionariedade, sendo seus critérios estabelecidos de forma clara e objetiva, em consonância com a política institucional do Ministério Público”, havendo grande contenção de condutas subjetivas, que ocorrem no modelo atual. Desta forma, Souza (2019, p. 115) complementa que “pode ser uma ferramenta eficiente do princípio da isonomia, ao corrigir o efeito seletivo e classista de um sistema formal que, aderindo à obrigatoriedade, ignora por completo a seletividade real”.

juiz não é obrigado a aceitá-la. Ou seja, o princípio da obrigatoriedade vincula somente o *Parquet*, não o magistrado, razão pela qual o recebimento de denúncias carentes de justa causa é prova cabal da primazia inquisitória nos atores do processo.

A esse respeito ensinou Marcelo Semer (2019, p. 291) que, ao analisar diversas sentenças proferidas em julgamentos envolvendo tráfico de drogas, percebeu uma “tradicional baixa exigência probatória dos promotores para requerer e dos juízes para acolher o pedido de condenação”.

O reconhecimento da ausência de indícios é tão contundente na sentença que, de fato, é o caso de indagar-se o que teria levado tais denúncias a serem recebidas – ao menos em relação a estes réus. Conjugado ao fato de que, nas 800 sentenças não foi indicada uma só denúncia que tenha sido rejeitada (e posteriormente recebida pelo tribunal, por exemplo) dá uma pista de que controle de admissibilidade das acusações pode estar sofrendo o mesmo reflexo do pânico moral e estado de negação que se vislumbra nas condenações e penas excessivas: a dificuldade de rejeitar a denúncia correlacionada com a suposta gravidade do delito como *flagelo da humanidade* e o respeito excessivo às informações policiais, como únicos repositórios dos indícios atribuídos aos réus. (SEMER, 2019, p. 294)

Assim, ainda que se adote uma legislação de fato acusatória, balizada no princípio da oportunidade e com ampliações à justiça negocial, sem a mudança de mentalidade dos sujeitos não parece possível qualquer alteração efetiva no sistema, haja vista que a lei é abstrata e necessita ser aplicada por seres humanos. Caso estes não modifiquem gradualmente suas condutas, o sistema parece fadado à manutenção do *status quo*.

A despeito das críticas, existem posicionamentos favoráveis à implementação da barganha no atual ordenamento jurídico pátrio. Neste sentido, René Ariel Dotti e Gustavo Britta Scandelari (2019, p. 5-8) não entenderam a aplicação do instituto como um desastre no ordenamento jurídico brasileiro vigente, como afirmou Coutinho (2019, p. 4).

Dotti e Scandelari (2019, p. 5) afirmaram que “a principal vantagem ao jurisdicionado é a possibilidade de que a sanção seja menor do que a que seria aplicada caso houvesse sentença de conhecimento após a regular produção de provas”. Assim, a adoção ou não do acordo seria “no fundo, uma análise de riscos a ser feita pelo investigado em conjunto com sua assistência jurídica” (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5). Tal ideia é diametralmente oposta ao que afirmou o Editorial do Boletim IBCCrim (2019, p. 2), que observou o processo penal e seus

componentes enquanto garantia do acusado, não podendo ser observado enquanto “uma aventura perigosa”.

Ademais, observaram que, apesar das críticas que o instituto recebe tanto na literatura estadunidense quanto na brasileira, “nenhum sistema de justiça criminal é perfeito”, já havendo defeitos na realidade brasileira. Desta forma, “o que se busca com a inovação é resolver outro mal crônico: o altíssimo custo público e social com um número excessivo de processos” (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5).

Ou seja, os defeitos que a mudança possivelmente trará não justificam a permanência do atual sistema criminal brasileiro, que obriga à litigiosidade exacerbada em centenas de milhares de situações que poderiam ser rapidamente encerradas de forma satisfatória pelas partes. Por ora, não há razões fortes o suficiente para que se impeça o avanço dessa proposta e a instauração dos indispensáveis debates. (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5-6)

O posicionamento dos autores revela, *a priori*, um entendimento voltado ao efficientismo, visando a redução de custos públicos e a maior celeridade do sistema de justiça. No entanto, afirmar que, em razão de nenhum sistema de justiça ser perfeito e defender que possivelmente haverão defeitos com a incorporação da barganha ao atual sistema normativo brasileiro, porém estes não justificariam o rechaço ao mecanismo processual, parece uma justificativa, no mínimo, duvidosa.

A maior eficiência é algo que deve ser perseguido por todos os atores do sistema de justiça. No entanto, a busca não pode se tratar de um lançamento de dados em que se espera que o resultado seja positivo. Em se tratando de processo penal, tal argumento não merece prosperar, vez que estão em disputa questões tão importantes como a liberdade dos cidadãos e a contenção do anseio punitivo estatal.

Assim, não é possível conceder espaço a um mecanismo processual que pode ser utilizado para retirar direitos e garantias processuais caso mal utilizado, como a experiência italiana revela, e torcer para que seja bem empregado. Portanto, a análise criteriosa e anterior à implementação do instituto é medida impositiva.

Ainda, faz-se necessária a análise das perspectivas atuais de incorporação da barganha à legislação brasileira, começando pela recente positivação do acordo de não persecução penal, espécie de *plea bargaining* segundo a posição doutrinária mais coerente, passando, ao final, à análise do Procedimento Sumário, previsto no Projeto de Lei de Novo CPP, em trâmite legislativo.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS PERSPECTIVAS FUTURAS DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL

4.1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A recente positivação do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, pela inclusão do artigo 28-A no diploma através da Lei 13.964 de 2019, encerrou antiga discussão a respeito da constitucionalidade ou não do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A este respeito, cumpre observar que o instituto foi instituído no ordenamento através do artigo 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente modificado através da Resolução CNMP 183/2018 (BRASIL, 2018). Desta forma, ausente qualquer lei em sentido estrito a fim de regulamentar o acordo, em frontal ofensa ao princípio da reserva legal (artigo 5º, II, da Constituição Federal), e à competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal e processual penal (artigo 22, I, da Constituição Federal), conforme apontado nas ADI 5.790/DF e 5.793/DF.

A este respeito, Lopes Jr. (2020a, p. 220) afirmou que “outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada”, fazendo referência direta à Lei 13.964/2019.

Assim, parece encerrada a discussão acerca da constitucionalidade formal do acordo, vez que previsto em Lei, aprovada após o devido trâmite legislativo. Entretanto, persiste o debate acerca da coadunação ou não do instituto com a *plea bargaining* estadunidense, razão pela qual cumpre conceituar o acordo brasileiro.

Mauro Guilherme Messias dos Santos, assim conceituou o acordo de não persecução penal:

Consiste no ajuste, em procedimentos que apurem crimes de média gravidade [...], entre o Ministério Público e o investigado, no qual sejam pactuadas obrigações (e não penas), com a homologação do acordo pelo Poder Judiciário ou, subsidiariamente, havendo discordância da autoridade judicial, com a manutenção do acordo pelo Procurador-Geral de Justiça ou órgão superior interno do *Parquet* [...]. Descumprida a tratativa por parte do investigado, restará ao membro do Ministério Público o oferecimento de denúncia. (SANTOS, 2019, p. 235-236)

Já Vítor Souza Cunha afirmou que:

[...] é possível entender o acordo de não persecução como o negócio jurídico bilateral, de natureza mista, firmado na fase pré-processual, que busca evitar a propositura da ação penal em razão da confissão do investigado e de sua submissão voluntária a determinadas condições. (CUNHA, 2020, p. 179)

Da leitura conjunta das conceituações se extrai o substrato do instituto: consiste em um acordo entre a acusação e a defesa, a fim de pactuar obrigações a serem impostas ao acusado que confessar a prática delitiva. Tais obrigações seriam, em teoria, mais brandas do que as possíveis sanções impostas através de uma sentença condenatória decorrente de um processo penal. Assim, imposta em momento pré-processual, o cumprimento da obrigação evitaria o oferecimento da denúncia e a decorrente utilização das vias judiciais.

Parece não restar dúvidas de se tratar de modalidade de *plea bargaining*, ainda que adaptada à realidade brasileira. No entanto, o entendimento não é pacífico, apesar de majoritário.

Sauvei Lai (2020, p. 179) entendeu pela consonância do acordo brasileiro ao instituto estadunidense, com inspirações em suas adaptações europeias. Segundo o autor, “a Lei nº 13.964/2019 inseriu o acordo de não persecução penal (ANPP) no novel art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inspirado no *plea bargaining* norte-americano e em institutos europeus semelhantes”.

Dotti e Scandelari (2019, p. 6) também acreditaram ser uma modalidade de *plea bargain*. Segundo os autores, “de início, evidencia-se o nome escolhido para batizar essa modalidade de *plea bargain* em nosso país [...]: é o *acordo de não persecução penal*”. [grifo dos autores]

Contrapondo-se a este entendimento, Renee do Ó Souza e Rogério Sanches Cunha (2018, n.p.) entenderam que “o Acordo de Não Persecução Penal não caracteriza, em nenhum aspecto, o *plea bargaining* norte americano”, em decorrência da ausência de sentença penal condenatória após o cumprimento das obrigações.

De igual forma, Mauro Guilherme Messias dos Santos (2019, p. 238) afirmou não se tratar o acordo de não persecução penal de uma espécie de *plea bargaining*:

Portanto, embora o *plea bargaining* norte-americano, tal como o acordo de não persecução penal, consista em um mecanismo de resolução pactuada

de casos penais, o primeiro se dá no curso de um processo penal sob a ameaça da sanção pelo Estado-juiz, ao contrário do último, que busca justamente evita-lo, conferindo primazia à não coercitividade. (SANTOS, 2019, p. 238)

No entanto, o entendimento de Dos Santos não parece se sustentar, haja vista a existência de mecanismos conciliatórios pré-processuais no ordenamento jurídico estadunidense que também estão sob o escopo da barganha. A eles bem se referiram Dotti e Scandelari (2019, p. 6), quando lembraram os chamados *deferred/ adjudication prosecution agreement* e *non-prosecution agreement*.

Desta forma, a doutrina majoritária entende que a realização de acordos que versem sobre a aplicação de sanções ao acusado pelo cometimento de atos típicos, seja ao longo de um processo penal, seja em fases pré-processuais, compreendem o que se convencionou chamar de *plea bargaining* enquanto gênero detentor de inúmeras espécies, cada qual com suas respectivas variações e características.

Neste sentido, interessante resgatar a lição de Vinicius de Vasconcellos (2020, p. 156), quando afirmou que o “sistema norte-americano se consagrou internacionalmente como uma das principais referências” quanto à disseminação do consenso. No entanto, destacou que “não há uma reprodução integral do sistema estadunidense” (VASCONCELLOS, 2020, p. 161), havendo a adaptação dos institutos à realidade concreta de cada país que incorporou os mecanismos de barganha.

Desta maneira, ainda que não tenha ocorrido um transplante do instituto estadunidense ao ordenamento brasileiro, não há como se afastar a origem do acordo de não persecução penal na *plea bargaining*. Adaptações são necessárias em qualquer ordenamento, haja vista as diferentes realidades fáticas de cada nação.

Com relação ao conteúdo material do acordo positivado no CPP, Roberta Schaun e William da Silva (2020, p. 102) afirmaram que o teor do artigo 28-A “é quase idêntico à redação da versão atualizada do art. 18 da Resolução nº 181/2017/ CNMP, mas com sutis mudanças”.

Analisando o instituto em seus pormenores, observa-se que a legislação é lacunosa, razão pela qual a doutrina diverge em certos pontos. A divergência, no entanto, não se restringe à aplicação e interpretação do instituto, mas ao acordo em sua totalidade.

Guilherme Augusto Souza Godoy, Amanda Castro Machado e Fabio Machado de Almeida Delmanto (2020, p. 5) afirmaram que o instituto apresenta “inúmeros problemas de natureza constitucional – como é o caso das controvertidas exigência de confissão e aplicação de condições que mais se afiguram como verdadeiras penas sem processo”.

Entretanto, observaram uma possibilidade de interlocução entre o acordo e a justiça restaurativa, alertando que, para que haja efetiva aplicação da justiça restaurativa através do novel acordo, “é necessário mudar a mentalidade dos operadores do direito, migrando-se de um sistema punitivista para um sistema restaurativo” (GODOY; MACHADO; DELMANTO, 2020, p. 5-6).

Ribeiro e Toledo (2019, p. 33) são veementemente contrárias ao instituto, tendo sustentado que seria inconstitucional, vez que “seria o retorno do *status* da confissão como ‘rainha das provas’”.

Leonardo Augusto Marinho Marques (2020, p. 12) criticou a necessidade de confissão formal e circunstanciada da prática da infração. Segundo o autor, “o acordo de não persecução seguiu a lógica das barganhas anglo-saxãs, ao exigir a declaração de culpa, mas manteve o velho fetiche inquisitório de registrar as minúcias do pecado”.

Desta forma, novamente o texto da novel legislação se mostra lacônico e impreciso, vez que abre margem ao arbítrio estatal. Interessante notar como um artigo extenso, que compreende diversos incisos e quatorze parágrafos, consegue mostrar-se lacunoso. Ainda mais curioso o fato de, ainda que contenha omissões significativas quanto ao procedimento do acordo, a legislação faz questão de especificar pontos específicos que denotam o cunho punitivista do instituto.

Neste sentido, com destaque para a necessidade de confissão formal e circunstanciada, a previsão de aplicação de uma sanção necessária e suficiente para reprová-lo e prevenir o crime e a clara positivação de um direito penal de autor e da aplicação da teoria do etiquetamento social⁹.

Por outro lado, o acordo é omissivo naquilo que se propõe: delinear um processo a ser seguido para aplicação do acordo de não persecução penal. A

⁹ A este respeito, Ribeiro e Toledo (2019, p. 33) observaram: “no inciso II do artigo 28-A, § 2º, tem-se a positivação da Teoria do Etiquetamento Social, também conhecida como *Labeling Approach Theory*, ao reforçar o estigma de outsider daquele que praticou uma conduta desviada, ao invés de se preocupar em interromper a carreira criminal do indivíduo. Nesse contexto, as condutas desviantes parecem ser alimentadas pelas agências de controle designadas para inibi-las”.

existência de lacunas quanto à aplicação do instituto abre margem ao poder decisório dos atores processuais, levantando-se o velho problema das reformas legislativas: a necessidade de mudança da mentalidade inquisitória. Assim, ainda que a legislação não possuísse falhas, o que não é o caso do artigo 28-A, sua plena aplicação dependeria dos atores de justiça. Se nem mesmo uma legislação bem redigida está apta a se sustentar sozinha, muito menos uma redação mal construída o fará.

Assim, o artigo 28-A reacende o alerta de Miranda Coutinho (2019, p. 4) “a necessidade de se aplicar todo o sistema acusatório ao Brasil, não apenas os institutos que melhor aprouverem ao Estado, notadamente aqueles de cunho eficientista”.

4.2 PERSPECTIVAS FUTURAS DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL: O PROCEDIMENTO SUMÁRIO NO PLS 156/2009

Conforme já observado, “a expansão dos espaços de consenso é cristalina tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro” (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1112). Assim, faz-se necessária a análise não apenas do já aprovado acordo de não persecução penal, mas também dos projetos em tramitação, observando-se o horizonte futuro dos rumos do processo penal brasileiro.

Destacam-se as previsões contidas no atual PL 8.045/2010, anteriormente projeto de lei do Senado Federal 156 de 2009, que compreende o possível novo Código de Processo Penal. Entre as novas disposições do possivelmente vindouro código, é de se ressaltar o denominado “procedimento sumário”, previsto no artigo 283 do PL 8.045/2010 e claramente inspirado na *plea bargaining*.

Vasconcellos e Lippel (2016, p. 1745-1746) observaram que “o PLS 156/09 aprofunda a previsão de instituições processuais que aplicam o consenso em matéria penal, institucionalizando soluções negociadas nos conflitos penais de um modo mais amplo”. Esta ampliação da justiça negocial decorre da previsão contida no caput do artigo, que dispõe que o procedimento sumário alcançaria crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapassar os 8 (oito) anos. Tal limite legal supera consideravelmente os atualmente praticados, sendo aplicados os institutos

despenalizadores para os crimes cuja pena máxima cominada não ultrapassar os 2 (dois) anos.

Esta ampliação dos espaços de consenso para abranger uma nova gama de delitos está em conformidade à mencionada tendência mundial de expansão da justiça negocial, que encontra fundamento no *plea bargaining* estadunidense. A este respeito, Lidiane Mauricio dos Reis (2019, p. 145) afirmou que “esse novo modelo procedimental, inserido sem nenhuma cautela no ordenamento jurídico brasileiro, estrutura-se a partir do modelo norte-americano, já utilizado a partir do final do séc. XIX, denominado *plea bargaining*”.

Entretanto, ainda que a incorporação deste novo mecanismo negocial ao ordenamento jurídico pátrio esteja inserida dentro de uma reforma global da legislação processual penal, não sendo uma mera reforma pontual que implique em uma colcha de retalhos legislativa ao incorporar institutos acusatórios em legislações inquisitórias, permanecem fortes críticas ao vindouro procedimento.

Segundo Vinicius Vasconcellos e Mayara Lippel (2016, p. 1746), “declarou-se que o objetivo do PLS 156/09 seria a adequação do sistema processual penal ao modelo acusatório adotado pela Constituição Federal”. No entanto, segundo eles, a adoção do procedimento sumário “privilegia o utilitarismo processual, relacionando-se à ideia do combate à criminalidade a qualquer custo” (VASCONCELLOS; LIPPEL, 2016, p. 1746-1747), o que seria contrário aos ditames constitucionais.

Afirmaram, ainda, que “o procedimento sumário previsto pelo PLS 156/09 é vastamente criticável, ignorando a inexistência de provas ou a existência de confissões absurdas, de forma que se justifica tão somente pelo acordo entre as partes” (VASCONCELLOS; LIPPEL, 2016, p. 1747).

O momento em que a confissão seria realizada é outro ponto bastante criticado. Sobre o tema, Diogo Malan afirmou:

Interpretação lógico-sistemática do texto do Projeto revela que tal confissão sequer precisa ser **judicial**, pois o “consenso” entre as partes processuais precisa ocorrer até o início da audiência de instrução e julgamento, portanto **antes** do interrogatório do acusado em juízo. (MALAN, 2010, p. 3) [grifou-se]

Outra crítica que possui ligação direta com o momento em que seria realizada a confissão é o lastro probatório que embasaria o acordo. Haja vista que o consenso entre as partes ocorreria até o momento da audiência de instrução e julgamento,

este seria anterior à produção de provas em juízo. Desta forma, o consenso estaria baseado completamente nas provas obtidas na fase de inquérito judicial, na qual o contraditório e a ampla defesa são fictícios.

Segundo Lopes Jr. e Josita (2020, p. 155), haveria uma “supervalorização da investigação preliminar, do superado, híbrido e malformado inquérito policial, pois o acordo é feito exclusivamente com base nele, já que nenhuma prova é produzida”. Ademais, conforme expõe o artigo 283, §1º, III do PL 8045/10, é requisito para o acordo que as partes renunciem à produção probatória solicitada. A este respeito, entendeu-se que “o Ministério Público acaba se desincumbindo da carga probatória quanto aos fatos alegados na denúncia, retirando do acusado a garantia que lhe era conferida pelo manto do princípio da presunção de inocência” (BRASIL, 2010).

Desta maneira, resta evidente que o modelo proposto no PLS 156/2009 é imperfeito. A adoção de uma nova legislação processual penal é bem vista, vez que a atual lei é uma colcha de retalhos baseada em um modelo fascista. No entanto, perpetuar erros é inviável para o encaminhamento a um modelo acusatório, razão pela qual as críticas devem ser observadas.

O ponto nevrálgico das mesmas encontra-se na provável coação do acusador frente ao acusado, em razão da inerente disparidade de armas que possuem. O Estado evidentemente possui um aparato e poderio muito superior à defesa, razão pela qual caberia à acusação atuar de forma positiva e fornecer todas as provas obtidas, colocando todos os pontos em discussão de maneira clara e precisa ao acusado e seu defensor. Este é o chamado *discovery* estadunidense, em que existe a transparência da informação. Na ausência desta, acordos realizados estão sendo desfeitos pelas cortes superiores nos Estados Unidos, vez que o compartilhamento de informações seria obrigatório.

Uma menção expressa acerca da necessidade de transparência e compartilhamento de provas entre acusação e defesa, a fim de evitar a coação e a disparidade de armas, poderia ser adição bem-vinda ao texto do projeto. Porém, não parece solução completamente satisfatória *de per se*, haja vista que novamente dependeria da atuação dos acordantes.

A crítica com relação ao momento da obtenção da confissão, anteriormente à audiência de instrução e julgamento, deveria balizar uma alteração na redação do projeto. Esta funda-se no próprio projeto de lei, e não em sua aplicação prática pelos atores judiciais, como ocorre com a crítica à provável coação nos acordos.

A restrição imposta claramente dá primazia à prova obtida no inquérito judicial e à confissão, violando não somente os direitos constitucionais do acusado, mas também a própria ideia de um modelo acusatório, justamente o que se busca com o novo código processual.

Permitir a solução consensual em qualquer momento do processo, mesmo após a instrução probatória, permite ao acusado utilizar o seu direito constitucional à ampla defesa e faz com que o Ministério Público tenha o dever de produzir provas judiciais, à luz de todas as garantias processuais.

Desta forma, o acordo estaria balizado em lastro probatório apto a demonstrar a culpa do acusado, além de reduzir eventual coação à adesão ao acordo. De um ponto de vista eficientista, o acordo posterior à instrução processual não resultaria em tamanha economia aos cofres públicos, vez que a máquina judicial já teria sido movimentada.

No entanto, ainda assim permaneceria desafogamento do Poder Judiciário, ante a ausência de recursos e movimentações em esferas superiores, bem como economia financeira, justamente pelo encerramento anterior do processo em virtude do acordo realizado. Além disso, ainda assim seria possível ao acusado aderir ao acordo antes da audiência de instrução, restando a ele o poder de escolha.

Observa-se que a busca por maior eficiência do sistema não pode ocasionar redução de garantias e restrições maléficas, sob pena de permitir a ascensão de um Estado de polícia. O binômio “garantia x eficiência” não deve ser rivalizado, mas harmonizado.

5 CONCLUSÃO

Nesta realidade brasileira de saturação e morosidade do sistema de justiça ante ao ajuizamento patológico de ações, respostas passaram a surgir. Entre elas, destaca-se a justiça negocial em âmbito penal, iniciada de maneira restrita através da previsão constitucional e da Lei 9.099/1995, posteriormente ampliada para aplicar-se em institutos probatórios como a colaboração premiada e, atualmente, com o advento do acordo de não persecução penal e das discussões envolvendo o PL 8.045/2010, orientada à uma nova expansão, com inspiração no ordenamento jurídico estadunidense.

Com relação aos problemas envolvendo a incorporação de um instituto típico de *commom law* em um ordenamento de estrutura *civil law*, ainda que parcela da doutrina se mostre contrária a tal possibilidade, a análise do Direito Comparado demonstrou a plausibilidade do fato, vez que a adoção destes institutos vem sendo realizada em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, com especial destaque ao Chile e à Itália, que foram paradigmas do estudo.

De outro lado, demonstrou-se problemática a incorporação da barganha ao ordenamento jurídico pátrio vigente quando analisado do ponto de estudo da sistemática divergente de ambos, em que a barganha, segundo posicionamento majoritário, é instituto acusatório, colidindo-se com o sistema inquisitório aplicado no Brasil.

É necessária uma anterior reforma global do sistema, com a adoção dos princípios acusatórios, para a devida adaptação da *plea bargaining* à realidade brasileira. Além disso, o Direito Comparado denunciou que a reforma legislativa, ainda que global, quando não acompanhada de uma mudança de mentalidade dos protagonistas do sistema, demonstra-se inócua.

A análise do caso chileno demonstrou que o país possuía um sistema penal inquisitivo, de modo similar ao Brasil, tendo aprovado o novo *Código Procesal Penal Chileno*, no ano 2000. Este, foi responsável por estabelecer o sistema acusatório em âmbito normativo, prevendo, ainda, o chamado procedimento abreviado, inspirado na *plea bargaining*.

Em um momento inicial, os juristas chilenos trataram de assentar práticas acusatórias através do juízo oral, abandonando práticas inquisitórias até então vigentes. Posteriormente, ampliou-se o consenso no ordenamento jurídico chileno através da Lei 20.931/2016, responsável por implementar a barganha em maior escopo e de maneira mais efetiva.

Desta forma, a efetividade das mudanças decorreu da reforma global do sistema, conglobando o aspecto normativo e, principalmente, a mudança de mentalidade dos aplicadores das normas abstratas.

Diametralmente oposta se mostrou a realidade italiana, que promoveu uma reforma legislativa completa em 1988, que buscou implementar uma estrutura acusatória e previu o instituto conhecido como *patterggiamento*, sendo aquele que consagra a barganha no processo italiano.

A despeito das mudanças legislativas, não houve concreta aplicação prática das mesmas, permanecendo perpetuadas práticas inquisitórias anteriores ao novo regramento. Foram utilizadas brechas e exceções à novel legislação para a manutenção do *status quo*, o que demonstrou a ineficiência de uma mudança legislativa desacompanhada de uma mudança da mentalidade inquisitória dos atores do sistema.

Assim, a incorporação da *plea bargaining* ao ordenamento jurídico brasileiro parece ser uma certeza, a questão que permanece em dúvida é se haverá a efetiva aplicação do instituto de maneira acusatória, acompanhada de uma reforma legislativa global e da mudança na mentalidade dos atores do sistema, ou se o instituto será desnaturado e aplicado como forma de coerção, pautada unicamente em ideais eficientistas.

Em havendo a aplicação desnaturada do instituto, este poderá ser utilizado para a perpetuação de um Estado de polícia, que está encapsulado em todo Estado de direito. A má aplicação do instituto diz respeito não apenas ao processo penal, mas à saúde de um verdadeiro Estado democrático de direito, do qual não se pode abrir mão.

Necessária, assim, a devida cautela, a fim de respeitar a ordem natural do sistema. Não se pode incorporar a barganha antes de modificar-se toda a legislação e a mentalidade dos sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8045/10**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0mupos3geqm5d1njsxv8krcjjh144455.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. **Conselho Nacional de Justiça**, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis - Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012. p. 1-26. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012Penal_ProcessoPenal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CAPPARELLI, Bruna. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha no Processo Penal Italiano: Análise crítica do Patterggiamento e das alternativas procedimentais na Justiça Criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, [s.l.], v. 15, p. 435-453, jan./ jun. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **IBCCRIM**, 2008. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/4593>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 27, n. 317, p. 2-5, abril. 2019.

CUNHA, Vítor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, **MPF**, Brasília, v.7, p. 290-312, 2020. p. 301.

DOTTI, René Ariel. SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 27, n. 317, p. 5-8, abril. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 20, n. 3, dez. 2015, p. 1108-1134. Disponível em: . Acesso em: 16 abr. 2021.

GODOY, Guilherme Augusto Souza. MACHADO, Amanda Castro. DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 28, n. 330, p. 4-7, maio. 2020. p. 5.

IBCCRIM. Pacote anticrime: remédio ou veneno? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 27, n. 317, abril/2019.

KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras: *Malleus maleficarum***. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 75, jan. /mar., p. 179- 186, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

LOPES JR., Aury. JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

MALAN, Diogo. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº. 156/09). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 207, p. 2-3, fevereiro. 2010.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era (?). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 28, n. 331, p. 09-12, junho. 2020.

MATOSINHOS, Izabella Drumond. Falência do princípio da obrigatoriedade da ação penal no sistema jurídico brasileiro: importância da aceitação do princípio da oportunidade. In: BALLESTEROS, Paula R. (org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2019. v. 3.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAPOZA, Phillip. **A experiência americana do *plea bargaining*: A exceção transformada em regra**. Coimbra: Coimbra Editora, n. 19, p. 207-220, jan./br. 2013.

REIS, Lidiane Maurício dos. O fortalecimento do consenso no Projeto do Novo Código de Processo penal e a mitigação da oralidade. In: BALLESTEROS, Paula R. (org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2019. v. 3.

RIBEIRO, Natália Pimenta. TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e. *Plea bargain* à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal. **Boletim**, São Paulo, ano 27, n. 317, p. 32-34, abril. 2019.

RIBEIRO, Sarah. CHEMIM, Rodrigo. O caso das Bruxas de Salem e a origem do *plea bargaining* norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 835-872, mai./ago. 2020.

RIEGO, Cristián. *La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado em Chile*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 825-847, set./dez. 2017. p. 826.

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

SCHAUN, Roberta. SILVA, William de Quadros da. Do acordo de não persecução penal (art. 28-A, CPP): algumas considerações iniciais. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 98-113, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: O papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SOUZA, Bruno Cunha. Oportunidade no processo penal brasileiro: exigência democrática ou arbítrio? In: BALLESTEROS, Paula R. (org.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2019. v. 3.

SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu Site Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

_____. Barganha no processo penal e o autoritarismo 'consensual' nos sistemas processuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 953, março/2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 03, p. 1737-1758, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **O inimigo no direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.