

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
IZABELLA ALVES TRISTÃO**

**A BARGANHA E O PROCESSO PENAL: Uma análise acerca da importação do *plea bargaining* e o anteprojeto do novo Código de Processo Penal**

**Juiz de Fora  
2021**

**IZABELLA ALVES TRISTÃO**

**A BARGANHA E O PROCESSO PENAL: Uma análise acerca da importação do *plea bargaining* e o anteprojeto do novo Código de Processo Penal**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

**Juiz de Fora  
2021**

# FOLHA DE APROVAÇÃO

IZABELLA ALVES TRISTÃO

## A BARGANHA E O PROCESSO PENAL: Uma análise acerca da importação do *plea bargaining* e o anteprojeto do novo Código de Processo Penal

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientador: Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Ms. Cristiano Álvares Valladares do Lago  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 03 de Setembro de 2021

Dedico este trabalho aos grandes amigos do MPMG. Os meus mais gratos e sinceros agradecimentos pela amizade e aprendizados dos últimos anos.

## RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise de compatibilidade entre o sistema processual penal brasileiro e o norte-americano para verificar a viabilidade de importação do instituto do *plea bargaining* no ordenamento pátrio, bem como buscar o redirecionamento do instituto para o modelo jurídico-constitucional brasileiro.

**Palavras-chave:** processo penal, barganha, *plea bargaining*, direito norte-americano, comparação.

## ***ABSTRACT***

This work focuses into analyze the compatibility between the Brazilian and North American criminal procedure systems to verify the feasibility of importing the plea-bargaining institute into the Brazilian law, as well as to redirect the institute to the Brazilian legal-constitutional model.

**Keywords:** criminal proceedings, bargaining, plea bargaining, US law, comparison.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	7
2 BASE CONCEITUAL: JUSTIÇA NEGOCIAL X JUSTIÇA CONSENSUAL.....	8
3 O <i>PLEA BARGAINING</i> .....	10
3.1 Da Atuação Do Ministério Público .....	12
3.2 Da Atuação Da Defesa .....	14
3.3 Da Atuação Do Juiz .....	15
4 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	16
5 O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A BARGANHA...	21
5.1 Críticas à Barganha Brasileira .....	27
5.1.1 A Barganha Como Obstáculo Ao Devido Processo Penal E A Distorção De Fundamentos De Um Direito Penal Democrático .....	28
5.1.2 A Confissão E A Condenação De Inocentes .....	29
5.1.3 A Discricionariedade Do Ministério Público E O Direito De Defesa .....	30
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	32
REFERÊNCIAS .....	33

## 1 INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca da introdução de outros mecanismos de resolução de conflitos na seara criminal, em decorrência das grandes demandas existentes nas varas criminais. Nos últimos três anos essa discussão tornou-se mais evidente em decorrência da tentativa do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, de emplacar uma barganha processual junto à Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. A proposta, contudo, foi extremamente criticada e acabou sendo vetada, por não ser considerada constitucional. De fato, o modelo proposto à época empenhava-se para instituir um modelo de *plea bargaining* com estrutura idêntica ao modelo norte-americano, sem atentar-se aos princípios basilares do processo penal brasileiro.

O que se busca é um modelo simplificado de procedimento criminal baseado na autonomia de vontade do réu de confessar o delito e ter uma pena imposta sem a necessidade de se movimentar completamente a máquina estatal, mitigando o modelo clássico de persecução penal e, conseqüentemente, se obtendo a aplicação da lei penal de maneira mais célere.

Em que pese a rejeição do modelo proposto no Pacote anticrime, a tentativa de importação de um modelo de barganha não é uma discussão nova no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um instituto constante nos anteprojetos dos novos Código Penal e de Processo Penal, datados de 2012 e 2010, respectivamente. O presente trabalho, portanto, terá o objetivo de realizar uma análise de compatibilidade entre o sistema processual penal brasileiro e o norte-americano para verificar a viabilidade de importação do instituto do *plea bargaining* no ordenamento pátrio, bem como buscar o redirecionamento do instituto para o modelo jurídico-constitucional brasileiro.

Para tanto, passaremos pelos conceitos de justiça negocial e consensual, que apesar de serem utilizados como sinônimos, possuem certas particularidades em sua definição, atentando para os modelos de acordos já existentes no modelo brasileiro de persecução penal e qual seria sua classificação.

Posteriormente, analisaremos os sistemas de barganha processual dos Estados Unidos, berço do instituto do *plea bargaining* e em seguida faremos a comparação com o sistema processual brasileiro, para observar se é possível incorporar ao ordenamento pátrio o instituto norte-americano, bem como se as críticas realizadas ao modelo de barganha original ainda se mantêm, tendo por base o funcionamento das três esferas que compõe a dinâmica processual no Brasil.

Nesse contexto, analisar-se-ão as propostas dos projetos de lei do novo código penal e de processo penal verificando se sua redação é adequada ao sistema jurídico nacional, bem como se está em conformidade com os dispositivos constitucionais e as prerrogativas dos réus a um processo penal justo e imparcial.

Ao fim, disporemos de todo o conteúdo do trabalho para analisar se as críticas dos doutrinadores brasileiros estão adequadas ao modelo de barganha proposto para o ordenamento jurídico nacional ou se serão apenas meras reproduções daquelas feitas ao instituto da barganha norte-americano e concluiremos com a indagação acerca da possibilidade de a barganha se adequar a legislação e ser capaz de trazer uma maior eficiência e celeridade ao processo penal, sem deixar de observar os direitos e prerrogativas dos réus contra as arbitrariedades estatais.

## **2 BASE CONCEITUAL: JUSTIÇA NEGOCIAL X JUSTIÇA CONSENSUAL**

A discussão acerca de outros meios de se encarar o processo como um todo surge da busca pela sua efetividade. Essa preocupação se desenvolve a partir da constatação da crise de administração da justiça, tendo em vista que a justiça processual não acompanhou os critérios de celeridade e efetividade como esperado. Torna-se evidente o descompasso entre a teorização do direito processual e a sua eficiência prática, não servindo o processo para superar os gravosos problemas da justiça: sobrecarga de processos, morosidade na solução das causas e elevado custo do acesso à justiça (FERNANDES, 2010).

O apego aos formalismos e o desprezo pela instrumentalidade do processo acabaram por prejudicar a resolução do mérito resultando em grandes prejuízos para aqueles que enxergam na jurisdição a única alternativa para a resolução dos conflitos. Nesse contexto que surgirá a discussão pela justiça consensual. A partir da ideia de que é necessária a dinamização do processo no mundo pós-moderno, com vistas aos anseios da sociedade por uma resposta mais efetiva e rápida por parte das instituições passou-se a buscar outros modelos de resolução de conflitos.

Na esfera criminal a tendência para a demonstração de eficiência sempre foi o alargamento das condutas passíveis de tutela penal, ocasionando uma hipertrofia desse ramo do direito como mecanismo de controle social. Ao longo dos anos as relações sociais tornaram-se mais complexas possibilitando o surgimento de diversas condutas as quais necessitaram de

amparo legislativo e penal, como é o caso dos crimes cometidos através das redes de computação.

O direito penal passa de *ultima ratio* para a esfera de maior confiança da sociedade, onde, através da criminalização de condutas, passa-se a suprir a sensação de insegurança diante do aparecimento de novos riscos. Ao fim, o que se espera do processo penal é que atue como instrumento de proteção da pessoa acusada, preservando os valores previstos constitucionalmente, mas também que resguarde o interesse social na repressão dos delitos e no funcionamento satisfatório da justiça criminal (LEITE, 2009). Por esse motivo, mas não só, houve uma intensa resistência à abertura do procedimento penal para as esferas de negociação, sobretudo, em decorrência da gigantesca disparidade de armas entre o Estado, representado pelo Ministério Público e o réu.

Em que se pese todas as críticas, o processo penal brasileiro não conseguiu fugir a tendência mundial de negociação e a partir de 1995 o termo justiça consensual passou a ser amplamente utilizado no Brasil ganhando especial atenção com a entrada em vigor da Lei 9.099/95 (SOUSA, 2020) em decorrência da inserção das modalidades de transação penal, composição civil dos danos e da suspensão condicional do processo – SUSPRO. Posteriormente, vieram os institutos da delação premiada, junto a Lei 12.850/2013 (Lei de organizações Criminosas) e, mais recentemente, os Acordos de Não persecução Penal – ANPP incorporados ao Código de Processo Penal através da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Ventura Leite nos ensina que, a transposição de ideias de acordo e consenso para o direito processual penal, deu origem ao que se denomina, comumente, de justiça consensual ou justiça negociada, expressões que, em regra, são tomadas como sinônimos pela doutrina. No entanto, há quem faça a diferenciação conforme estejam ou não presentes atos de negociação efetiva entre os sujeitos participantes. Nesse quesito, a justiça consensual se caracterizaria como aquela que necessita da manifestação do interessado, seja como forma de aceitação ou de recusa. Temos, assim, que o modelo de processo consensual necessita da prévia anuência do acusado não existindo uma determinação unilateral de aplicação (LEITE, 2009).

A justiça negociada, por sua vez, teria aplicação nos casos em que o acusado possui um verdadeiro “poder de discussão” acerca das propostas que lhe são feitas, interferindo no seu conteúdo, indo além das simples alternativas de aceitação ou recusa (LEITE, 2009).

De tal sorte, não fica difícil perceber que todos os modelos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro são relativos a denominada justiça consensual. Isso porque, em todos eles (transação penal, SUSPRO, delação premiada e ANPP) há a necessidade de aceitação da proposta pelo acusado, isto é, ele não negocia diretamente com o Ministério Público e, menos

ainda, com o juiz ou a vítima - a exceção da composição civil dos danos no âmbito dos juizados especiais – mas sim, se manifesta de forma positiva, no caso de aceitação, ou negativa, no caso de recusa, de ser beneficiado com o algum dos institutos.

A negociação, portanto, seria uma forma mais extrema de solução de um processo em que ocorre uma maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos, de modo a se verificar concessões recíprocas entre as partes. De um lado o órgão acusador flexibiliza o exercício da persecução penal e em outro extremo o acusado renuncia às possibilidades asseguradas pelo contraditório (LEITE, 2009).

Qualquer que seja a denominação aplicada, tem-se como marco a fase preliminar de investigações ou no momento inicial do processo. A finalidade é, exatamente, evitar a instauração do processo penal ou encerrá-lo antecipadamente com a aplicação de um tratamento jurídico mais brando (LEITE, 2009).

O maior exemplo de justiça negociada no âmbito processual penal é, sem dúvidas, o *plea bargaining* norte americano, instituto que vem sendo amplamente difundido e incorporado nos procedimentos penais dos demais países e o Brasil não foge a essa tendência.

### **3 O PLEA BARGAINING**

Os acordos pelo *plea bargaining* são os responsáveis por terminar com a maioria expressiva dos processos nos Estados Unidos, sendo uma prática de longa data no país. Para tanto, a organização não-governamental *Fair Trials* conceitua o *plea bargaining* como um acordo oferecido pelo promotor pelo qual um acusado confessa sua culpa e abdica do direito a um julgamento pelo juiz ou pelo júri, em troca de algum benefício dos órgãos judicantes, tais como, uma sentença reduzida ou o não oferecimento de certas acusações<sup>1</sup>.

Milton Heumann (1978, p.04), por sua vez, define a prática como o processo pelo qual o acusado de um procedimento criminal renuncia ao seu direito de ir a julgamento em troca de uma alteração na acusação ou redução na sentença<sup>2</sup>.

Não há uma definição oficial do instituto, mas é imprescindível notar que em qualquer tentativa de definição do *plea bargaining* estão sempre presentes alguns elementos essenciais

---

<sup>1</sup> No original “A plea bargain is a negotiated agreement offered by the prosecutor whereby a criminal defendant accepts their guilt and gives away their right to a trial, in exchange for some benefit from government, most likely a reduced sentence or dropping certain charges.”.

<sup>2</sup> No original “Plea Bargaining is the process by which the defendant in a criminal case, relinquishes his right to go trial in exchange for a reduction in charge and/or sentence”.

da prática processual, quais sejam a renúncia ao direito de julgamento e a expectativa de um benefício do promotor ou juiz (SOUSA, 2020) e o benefício sempre vem acompanhado de uma contraprestação: a confissão do acusado. Essa confissão, por sua vez, para ser válida, deve ser consciente e voluntária por parte do acusado. Não há dúvidas de que o *plea bargaining* baseia-se na promessa de uma sentença leniente ou em uma retirada de acusações em troca de confissões dos réus, seja ela parcial ou total.

Nesse ponto, nos cabe mencionar John H. Langbein (1978, p. 15), o qual afirma em seus estudos sobre o *plea bargaining* que a necessidade de confissão em troca de uma redução de pena ou mudança na acusação se assemelha à tortura medieval. Para tanto, o autor relembra das práticas de tortura física utilizada pelos que se diziam aplicadores da lei, para, assim, obter uma confissão do acusado. Todavia, muitas pessoas inocentes acabavam confessando crimes que não eram de sua autoria por medo da tortura física praticada pelos representantes do Estado. Ao traçar um paralelo com a prática do *plea bargaining*, Langbein afirma que é uma forma moderna de tortura onde a pessoa se vê compelida pelo Estado, ali representado pelo Promotor de Justiça, a confessar um crime em troca de uma redução de pena. Para tanto, o autor sustenta que o medo de ser condenado a penas absurdas, aliadas a hipossuficiência perante o promotor e a dificuldade de se passar por um processo penal acabam por condenar pessoas inocentes, tal qual ocorria na Idade Média. Tem-se, portanto, que a diferença entre o *plea bargaining* e a tortura é uma diferença não de gênero, mas de grau (LOPES JR, 2020).

A confissão é a base do *plea bargaining*, mas essa confissão não é obrigatória, conforme mencionamos, necessita ser voluntária e consciente por parte do acusado e, para tanto, é imprescindível que a defesa atue aconselhando o réu acerca dos seus direitos e das consequências da declaração de culpa, uma vez que ao realizá-la, será o consentimento para a aplicação de uma pena sem julgamento. Ao magistrado, por sua vez, restará o papel de verificação da base fática e da voluntariedade da confissão.

Feitas essas considerações, temos diferentes tipos de declaração que o réu poderá fazer após o oferecimento do acordo pela acusação. Pode ocorrer a declaração de culpa, seguindo o trâmite do acordo; poderá declarar-se inocente, ou, simplesmente, não contestar a acusação – conhecido como *nolo contendere*. - e esperar por uma sentença branda (SOUSA, 2020). Nessas situações, a persecução penal terá prosseguimento, sem prejuízo de realizar uma confissão em momento futuro.

Destarte, para que seja possível entender as demais críticas relacionadas ao *plea bargaining*, teremos que entender como funciona o sistema de julgamento dos Estados Unidos.

### 3.1 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No momento em que observamos os diferentes ordenamentos jurídicos mundiais percebemos uma diversidade marcante entre o papel desempenhado pelo órgão de acusação. A heterogeneidade é mais acentuada dentre os países que praticam o *civil law* e aqueles de *common law*, como é o caso dos EUA.

É imprescindível, para tanto, que se discuta o papel do Ministério Público quando falamos sobre a barganha. Isso porque, é sobre ele que recai a grande maioria das críticas direcionadas à aplicação do instituto.

Apesar de também ser considerado um sistema acusatório é possível traçar diversas particularidades na dinâmica processual norte-americana. A primeira delas está relacionada ao princípio da paridade de armas, ou, mais recorrentemente, conhecido como princípio do contraditório. No processo brasileiro o contraditório está inteiramente ligado a prolação de uma sentença penal decorrente de um processo penal justo. Para isso, é indispensável que acusação e defesa tenham tratamento semelhante perante a lei e igualdade de oportunidades para provar seus argumentos, devendo o réu conhecer todo o conteúdo da acusação, bem como o direito de apresentar defesa e produzir provas (SOUSA, 2020).

O sistema acusatório dos EUA, por sua vez, não preza por essa igualdade. A promotoria norte-americana possui a prerrogativa de decidir quais provas compartilhará antes do julgamento, possuindo o dever constitucional de divulgar, apenas, aquelas capazes de inocentar os réus. Apenas em alguns estados é regulamentada a apresentação de todo material probatório à defesa (SOUSA, 2020). Isso acontece pois não existe no direito norte-americano uma uniformização nacional dos direitos e prerrogativas do réu, da promotoria e da atuação dos juízes, em grande parte devido a estrutura do *common law* e do modelo constitucional adotado.

Outra característica que se destaca no processo penal norte-americano está relacionada a ausência de garantias que protejam os acusados dos tratamentos diferenciados das cortes dos estados americanos, independentemente da semelhança dos crimes. O sistema de precedentes abre portas para decisões alternativas aplicadas a casos análogos. Somado a isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que o início da persecução penal ocorre quando o indivíduo se torna formalmente acusado, não sendo a prisão, por si só, o início de um processo judicial<sup>3</sup>. Por consequência, a presença de um advogado só é garantida na primeira aparição em juízo, quando o suspeito se torna, efetivamente réu, marcado pela formal acusação contra o indivíduo em audiência perante o juiz, quando o réu informará a anuência ao acordo,

---

declarando-se culpado e suportando a pena aplicada contra si, de imediato, se declarará inocente ou simplesmente não contestará a acusação.

Nesse ponto, resta evidente que o órgão de acusação possui uma ampla margem de atuação dentro da persecução penal norte-americana, justamente, porque caberá a ele não só a acusação como também a investigação, acusação, recomendação de duração de punições, suspensão da acusação, dentre outros poderes (SOUSA,2020).

As maiores críticas da barganha encontram-se nesse sentido, inclusive, a crítica de Lagbein mencionada no item 3, acerca da comparação aos modelos inquisitoriais da época medieval. De certo, não é incomum se deparar com promotorias norte-americanas utilizando de sua discricção de forma inadequada, com utilização de poderes além do estabelecido legal e moralmente com o poder público, através de acusações mais rígidas do que as necessárias, bem como recomendações de penas mais altas pelo fato de o acusado não ter aceitado a proposta de barganha e, também, quando a promotoria se encontra em desvantagem no processo. Esse comportamento é o que se costuma denominar de *overcharging* (ato de sobrecarregar a acusação). Essa dinâmica, combinada com as tendências nacionais americanas dos últimos trinta anos em favor de sentenças obrigatórias longas, dá aos promotores uma influência excessiva. Se um réu considerar ir a julgamento, um promotor pode decidir por alguma acusação que acarreta uma sentença de prisão perpétua obrigatória. A confissão de culpa pode, ao invés disso, gerar uma pena de oito ou dez anos, ou simplesmente, a cargo da promotoria, escolher um número que considerar razoável (WALSH, 2017).

Todo sistema de acusação norte-americano foi construído de forma a auferir amplo destaque a atuação não do Juiz, não do réu, mas do órgão de acusação. O problema da discricção desenfreada do Ministério Público teve um efeito muito perturbador sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano desde o estabelecimento de leis que preveem sentenças mínimas obrigatórias e penas de prisão mais longas. Embora os promotores sempre tenham exercido uma quantidade desproporcional de poder no sistema de justiça criminal, o estabelecimento de leis de sentenças mínimas obrigatórias e a ameaça de longas penas de prisão mudaram o equilíbrio de poder de uma forma que ameaça perigosamente os princípios fundamentais de equidade e justiça (ANGELA J, 2005). Remetendo ao promotor de justiça toda carga probatória existente dentro do procedimento criminal o advogado de defesa não possui meios dinâmicos para aconselhar devidamente os acusados, restando, portanto, delineada mais uma das maiores críticas relacionadas ao sistema de barganha processual: a condenação de inocentes em decorrência do temor ao resultado processual, diante do desconhecimento do lastro probatório em sua integralidade.

### 3.2 DA ATUAÇÃO DA DEFESA

Uma das particularidades da barganha é a ciência, por parte do réu, dos direitos que serão negligenciados e das consequências diretas da declaração de culpa e imposição direta de pena. Para tanto é indispensável que a defesa atue no aconselhamento do acusado expondo informações precisas sobre o caso, bem como delineando as provas existentes que possam incriminá-lo ou absolvê-lo.

Contudo, quando se trata da barganha norte-americana, a vontade do réu sempre prevalecerá sobre o aconselhamento do advogado/defensor. Nesse sentido, mesmo com todas as informações e uma situação propícia para rejeitar o acordo o acusado poderá aceitá-lo, independentemente do sugerido pelo advogado de defesa. Tem-se, portanto, que o sistema de acordos gira entre acusação e defesa, com pouca participação do réu, mas a escolha de confissão está inteiramente sob o controle de sua vontade (SOUSA, 2020). Essa é uma peculiaridade marcante quando comparada a atuação da defesa no sistema processual brasileiro. Isso porque, no Brasil, em existindo conflito entre a vontade do réu e o que a defesa considera adequada ao caso, o parecer técnico do advogado/defensor prevalece sobre a vontade do réu, uma vez considerado como aquele com melhores condições para definir a estratégia jurídica de cada situação<sup>4</sup>.

Nesse viés de relevante diferença entre a atuação da defesa nos estados norte-americanos e no ordenamento brasileiro é de suma importância reiterar que o direito ao advogado/defensor público não é obrigatório antes do início da acusação nos EUA. Geralmente, o primeiro contato entre acusado e defesa ocorre poucos minutos antes da primeira aparição perante o juiz, delineando, mais uma vez como a justiça criminal norte-americana foi criada de forma a pressionar o acusado a declaração de culpa já no momento da prisão (SOUSA, 2020).

A atuação do advogado de defesa é essencial na estrutura da barganha, pois além de ser o responsável por sedimentar o entendimento do acusado acerca das consequências da confissão, seu papel é somente aconselhá-lo a essa medida quando observar, no caso concreto, que o acordo é a melhor solução para a questão, sem levar em consideração suas preferências pessoais (ALSCHUER, 1975).

---

<sup>4</sup>Apelação. Conflito de vontades entre o réu e o defensor. Desistência do réu. Recurso interposto pelo defensor (prevalência).1. Num sistema de duplo grau, é construtivo tenham os litigantes (mais no circuito em que se impõem penas do que em outros) maior garantia e maior proteção à defesa, em comemoração à princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa. 2. O duplo grau visa a que as pessoas tenham, da forma mais aberta possível, duas oportunidades. 3. Quando em confronto a vontade do réu e a do defensor relativamente à interposição de recurso, a melhor das indicações é a de que prevaleça a vontade de recorrer.4. Ordem concedida. (HC 47.680/MS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 306)

Em teoria, esses são parâmetros básicos de atuação defensiva nos processos dos Estados Unidos, mas, na prática é comum que os advogados, sem o estímulo de levar o caso a julgamento perante ao júri, aconselhem os acusados a aceitarem acordos, mesmo que não seja a opção mais vantajosa, ou até mesmo, por entender que o *plea bargaining* implique em um aumento de renda de forma mais rápida do que um julgamento integral (ALSCHUER, 1975) o que também acaba levando réus a aceitarem acordos desproporcionais e inadequados ao caso.

### 3.3 DA ATUAÇÃO DO JUIZ

Os julgamentos nas cortes norte-americanas, em sua imensa maioria, ocorrem não perante a um juiz singular que proferirá uma decisão, mas perante a um júri que declarará, com base nas argumentações da defesa e da acusação, se o réu é inocente ou culpado das acusações. Esse procedimento, que no Brasil ocorre apenas no Tribunal do Júri, limitado aos crimes contra a vida, é a praxe do processo penal norte-americano.

Quando o assunto é a barganha, os juízes são a parte final do acordo. Há sempre a necessidade de considerações judiciais sobre o negócio apresentado pelas partes para a avaliação em juízo.

Na audiência de declaração de culpa e aceitação do acordo o juiz deverá se dirigir pessoalmente ao réu, e não ao seu defensor, para verificar se houve, de fato, a vontade livre e consciente de renunciar aos direitos de ir a julgamento e de produzir provas antes de aceitar ou rejeitar o acordo feito entre a acusação e defesa. A não participação do juiz nas negociações é de clara manutenção aos princípios primordiais de imparcialidade intrínsecos a adoção de um sistema acusatório. Alguns autores, no entanto, afirmam que os juízes nem ao menos avaliam com a devida cautela as disposições dos acordos para ter a certeza de que as salvaguardas legais foram respeitadas ou, até mesmo, não demonstram preocupação com as justificativas que levaram ao oferecimento e a aceitação da barganha (HEUMANN, 1978).

Surgem, portanto, as críticas relacionadas a renúncia de direitos dos réus quando dos acordos de *plea bargaining*. A renúncia a um julgamento perante o júri, a de produzir provas e encarar um devido processo legal, são inerentes a natureza do instituto. O juiz, contudo, passa a ser o último recurso dos acusados contra a atuações ilegais e coercitivas da acusação, bem como ineficácia e atecnia da defesa e se, nem mesmo diante desse papel, são verdadeiramente salvaguardadas as garantias do acusado, até que ponto seria correto a disposição de direitos constitucionais para um processo penal mais célere? Na justiça penal negocial não há uma apuração detalhada do fato criminoso e de sua autoria. As informações colhidas ao longo das

investigações preliminares, juntamente com o acordo são o suporte para a aplicação da pena (LEITE, 2009). Preza-se pela manifestação volitiva de confissão do acusado, mas poderia ser considerado um procedimento justo, ou seria apenas mais uma forma moderna de tortura (LANGBEIN, 1978) ao impor ao réu uma escolha de uma pena menor e uma possível benesse do promotor de justiça ou enfrentar um julgamento que pode levá-lo a uma condenação mais rígida simplesmente por ter contrariado o sistema de acordos processuais?

Existem críticas ao sistema de barganha quanto a atuação de todas as esferas que compõe a dinâmica processual, bem como aos motivos e as formas pelas quais os réus são levados a confessar e, principalmente, acerca da constitucionalidade da renúncia dos direitos inerentes a um devido processo legal. As críticas a barganha norte-americana são extremamente válidas, mas, conforme será observado, é preciso ter cautela ao trazer os mesmos argumentos críticos quando o assunto é a instituição de uma barganha no ordenamento jurídico brasileiro, pois não são raras as diferenças nos tramites processuais.

#### **4 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Sendo o Brasil um país que segue a tradição romano-germânica, as bases do sistema legal são a Constituição e as legislações vigentes, isto é, diferentemente dos EUA, o ordenamento jurídico nacional segue a dinâmica do *civil law*, cujas premissas sustentam a atuação das instituições de julgamento. Essa é uma diferença primordial que não pode ser negligenciada quando o assunto é a barganha processual, pois, de forma oposta do que acontece nos estados norte-americanos, por maior que seja a discricionariedade dos órgãos de julgamento, estarão sempre vinculados às premissas constitucionais e legislativas.

Delineadas as particularidades dos processos criminais norte-americanos, bem como o modo de atuação das três esferas da estrutura processual (juiz, acusação e defesa), podemos observar consideráveis diferenças quando comparadas ao sistema criminal brasileiro.

A começar pelo modelo de persecução penal. A grande maioria dos delitos criminais é julgada por um juiz singular, estando reservada à competência do júri apenas para processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A Constituição Federal traz o tribunal do Júri no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos, funcionando como uma garantia de defesa do cidadão contra arbitrariedades dos representantes de poder além de ser um importante instrumento de participação do povo na administração da justiça (LIMA, 2020). Esse é um traço importante quando o assunto é a comparação entre os procedimentos penais, tendo em vista que nos EUA há a prevalência do sistema do Júri para quase todos os delitos.

O segundo ponto de comparação está na atuação do Ministério Público. É mister que a ele pertence a legitimidade constitucional da ação penal pública (JAHATY, 2008) da grande maioria dos crimes, reservando, o atual código penal e legislação extravagante, poucos delitos direcionados a acusações da vítima representada por um advogado e, mesmo nessas circunstâncias, o MP deverá emitir um parecer após cada etapa processual. Embora se configure um enorme poder nas mãos do Ministério Público, a titularidade da ação penal está cercada por limitações legais e constitucionais, tais como a obrigatoriedade e indisponibilidade. O primeiro está referendado no artigo 24 do atual CPP<sup>5</sup>, o qual prevê que, a partir do momento em que o órgão de acusação identifica a ocorrência de um crime e em existindo lastro probatório suficiente, o Ministério Público tem o poder-dever de ofertar a denúncia contra o indivíduo. Ainda que tal obrigatoriedade tenha sido mitigada pela atual instituição dos Acordos de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A do CPP) com o advento da lei 13.964/2019, a acusação não tem o poder discricionário para escolher entre oferecer a acusação ou rejeitar o caso por si só (PACELLI, 2021). A indisponibilidade da ação penal, por sua vez delineada no artigo 42 do CPP<sup>6</sup>, versa que o Ministério Público não poderá abdicar da ação penal depois de apresentada a denúncia. No curso do processo, contudo, em não existindo provas suficientes para comprovar o ato criminoso e a verdadeira crença por parte do promotor de justiça que o réu não cometeu o crime, poderá pedir a absolvição e uma vez prolatada a sentença de absolvição, mesmo que existam novas evidências após o julgamento, não poderá o réu ser levado a julgamento pelo mesmo fato em consagração ao princípio do *non bis in idem*.<sup>7</sup>

Ainda sobre a atuação do MP, o sistema jurídico brasileiro possui um método eficaz de controle contra as *overcharges*. Em um primeiro ponto, convém ressaltar que o sistema de política criminal brasileiro não é focado nos órgãos de acusação, isso significa que o Ministério Público não tem poderes para recomendar penas exacerbadas, e, nem mesmo atuar fora dos limites legais a ele impostos, como, por exemplo, métodos coercitivos de confissão através de ameaças com imputação de crimes mais graves e, menos ainda, a escolha de que provas serão divulgadas. O processo penal brasileiro é público e visa a paridade de armas. Isso significa que

---

<sup>5</sup>Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

<sup>6</sup>Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

<sup>7</sup>Vedação a dupla incriminação ou punição pelos mesmos fatos. Após transitada em julgado a sentença de absolvição, o caso não poderá ser reaberto ainda que eventualmente surjam novas provas incriminadoras.

todas as provas de posse da acusação também estarão em posse da defesa,<sup>8</sup> mesmo porque, não haverá um julgamento justo ou um acordo de barganha processual adequado se a acusação puder escolher a evidência a ser disponibilizada à defesa (SOUSA, 2020), esse é um ponto comparativo primordial quando ressaltamos as diferenças entre o processo penal brasileiro e o norte-americano.

Como mecanismo de controle, o artigo 395 do CPP dá ao magistrado o poder de rejeitar as acusações caso entenda inepta a denúncia – ou queixa-crime – ou compreenda pela ausência de requisitos de admissibilidade mínimos para a ação penal.<sup>9</sup> Logo, em sendo observada alguma acusação por fato atípico ou diante de ausência de lastro probatório mínimo para atribuir o crime ao indivíduo o caso deverá ser prontamente rejeitado pelo juiz. A avaliação ativa por parte do poder judiciário em relação aos requisitos da ação penal acaba oferecendo uma significativa diferença no resultado dos processos criminais brasileiros quando comparados a supervisão feita pelos juízes norte-americanos sobre o trabalho da acusação (SOUSA, 2020). Assim, o controle jurisdicional da atuação do Ministério Público tem uma dupla perspectiva: a de caráter pedagógico acerca de situações semelhantes e a de controle externo na avaliação da precisão das acusações. Quando o assunto é a barganha, esse controle fará imensa diferença na análise de um instituto brasileiro.

Outra questão que merece destaque é relacionada à prisão do indivíduo. Conforme foi abordado, no sistema criminal dos EUA, ao ser preso pela prática de um delito, não é concedida a presença de um advogado/defensor público, permanecendo o réu preso até o momento de formalização das acusações, sem que tenha contato com a defesa técnica. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabeleceu que em sendo um suspeito preso, os policiais devem comunicar imediatamente a prisão a um juiz, à família do preso e a seu advogado ou defensor público. A desobediência a qualquer desses preceitos sem devida justificativa acarretam a anulação da prisão.<sup>10</sup> Para tanto, a nova redação do artigo 310 do CPP instituiu o prazo de 24

---

<sup>8</sup>Não pretendo aqui adentrar no mérito da paridade de armas quando voltamos o assunto para a investigação preliminar, mas tão somente analisar a atuação do Ministério Público e da defesa ao longo do processo penal, isto é, após finalizadas as questões pré-processuais.

<sup>9</sup>Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

<sup>10</sup> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão

horas <sup>11</sup> para a realização de audiência de custódia, mas independentemente do prazo, a referida audiência deverá ser realizada em momento mais breve possível após a prisão, para que o juiz ateste a legalidade do procedimento verificando se não houve nenhum tipo de força excessiva, agressão, coerção ou tortura do preso, bem como qualquer outra ação ilegal para extrair confissão ou evidência contra o suspeito (PACELLI, 2021). Tem-se, portanto, que a presença de advogado ou defensor público a audiência de custódia é extremamente importante para assegurar ao réu a fiscalização de seus direitos constitucionais.<sup>12</sup>

Observamos após breves comentários sobre a dinâmica pré-processual do ordenamento nacional, portanto, que o sistema brasileiro já se difere em inúmeras partes do procedimento penal norte-americano. Finalizamos o tópico anterior abordando a necessidade de cautela quando da importação também das críticas ao instituto da barganha, pois, tendo em vista o exercício do processo penal brasileiro resta bastante evidente que não há possibilidade de se instituir o mesmo modelo de barganha dos Estados Unidos, por clara incompatibilidade com as instituições de direito nacionais.

Nesse viés, quando os acadêmicos e processualistas penais brasileiros se remetem ao instituto da barganha, tendem a trazer todos os argumentos utilizados pelos críticos da barganha norte-americana, que, como já dito, são extremamente válidos, mas muitas das vezes perdem seu peso quando analisada intrinsecamente considerando a máxima processual do direito brasileiro.

---

em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

<sup>11</sup>A nova redação do artigo dada pela lei 13.964/2019 instituiu o prazo de 24 para a realização de audiência de custódia. A impressão que nos dá é a de que o legislador não possui um mínimo de conhecimento das varas criminais de todo o Brasil. Em sua realidade, são locais com grandes demandas e pautas de audiências lotadas, muitas vezes sendo impossível a designação de audiência de custódia em 24 horas. Outrossim, o §4º que determina o relaxamento da prisão em caso de não realização da audiência de custódia no prazo determinado foi suspenso, junto com outros artigos alterados pela mesma lei, por decisão liminar do Ministro do STF Luiz Fux (ADI 6.305)

<sup>12</sup>Relembramos que nas audiências preliminares dos EUA a presença da defesa não é um direito constitucional.

Como todo novo instituto, principalmente na seara penal, a primeira manifestação é sempre preocupante e receosa. Não foi diferente quando da instituição da Lei 9.099/95 que trouxe os juizados especiais e com eles as dinâmicas consensuais de resolução de conflitos como a transação penal e a suspensão condicional do processo e, posteriormente, com as expansões através da delação premiada e, mais recentemente, com o acordo de não persecução penal (LOPES JR., 2020).

A flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal vem ocorrendo há várias décadas, mediante a introdução, nos países de *civil law*, de mecanismos alternativos que concretizam a ideia de oportunidade na persecução penal. Essa expansão está relacionada aos crimes de menor potencial ofensivo, cujo processamento e julgamento de todas essas pequenas infrações seria inviável. Com as experiências já existentes no procedimento penal brasileiro, temos que é plenamente possível coexistir critério de oportunidade que permitam saídas alternativas ao processo, consensuais ou não, sem que isso signifique a perda do sistema jurídico-penal. (LEITE, 2009).

Percebemos que a expansão do consenso promove uma mudança na estrutura de atuação do magistrado e do órgão de acusação. Conforme demonstrado, no procedimento comum o juiz é a figura central do processo, porém quando passamos ao procedimento negocial, acusação e defesa ganham maior destaque. Tal fator não significa, contudo, um abandono da jurisdição e do poder punitivo. Na realidade, constata-se que os poderes do magistrado são exercidos de modo diferenciado, nas palavras de Ventura Leite, para além da atribuição de dizer o direito de forma impositiva, o juiz passa a ter um papel de incentivar o acordo, a participação e a proximidade dos sujeitos envolvidos no processo, permanecendo com participação de notória relevância uma vez que caberá a ele a análise da legalidade dos acordos, evitando negociações que sejam danosas aos propósitos da prestação jurisdicional. Portanto, embora seja possível auferir uma diminuição das atividades do magistrado, a adoção do consenso ou negociação não representa necessariamente redução dos poderes ou da importância da autoridade judicial.

Em que pese a utilização da barganha ser intrinsecamente acompanhada pela renúncia de direitos optar pelo procedimento, pelo menos, no que se visualiza em uma barganha brasileira, não significará renunciar de forma total ao direito de julgamento, porque será um procedimento criminal e não um instrumento pré-processual. O direito de defesa também não pode ser tido como renunciado em sua integralidade, uma vez que os réus terão a prerrogativa de discutir com a defesa técnica as provas, após o início do processo criminal, e decidir se a barganha será o melhor procedimento a ser adotado.

## 5 O ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A BARGANHA

Diferentemente da prática geral de *plea bargaining* utilizada nos Estados Unidos, o modelo proposto pelo anteprojeto do novo CPP estabelece disposições no capítulo acerca do procedimento sumário, podendo-se classificar a atuação como uma definição mais ampla de barganha. Seria, portanto, uma parte de um julgamento (SOUSA, 2020) e não um procedimento pré-processual como a barganha dos EUA.

Versa a atual redação do Projeto de Lei nº 8.045/2010 ao mencionar o procedimento sumário:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que não tenha sido utilizada a expressão “barganha” no anteprojeto do novo CPP, é claro, após todo o discutido no presente trabalho que o instituto se trata de um modelo de justiça negociada, ou dispendo de um preciosismo conceitual, um modelo de barganha, mais adequado às estruturas legais brasileiras, através de uma proximidade maior da justiça consensual do que precisamente da justiça negociada pura.<sup>13</sup>

Apesar de não mencionado no CPP, o projeto do novo Código Penal faz a menção expressa a barganha em seu artigo 105 ao tratar, no título VII da “Barganha e da colaboração com a justiça”:

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

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

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

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

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

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

Resta claro, portanto, que o novo procedimento mencionado no CPP é a barganha qualificada pelo artigo 105 do anteprojeto do Código Penal.

Ao tratar a barganha como um procedimento criminal e não como um instrumento pré-processual aproximamos o instituto dos modelos de justiça consensual já existentes no ordenamento jurídico brasileiro – SUSPRO, transação penal e o ANPP – já considerados como práticas constitucionais pelos tribunais superiores. Com uma legislação voltada aos aspectos constitucionais brasileiros é mais provável que os perigos da justiça negociada ou consensual sejam reduzidos, bem como ocorra a limitação de poderes dos promotores e uma exigência de atuação mais eficaz por parte dos magistrados. Dessa forma, tem-se que a ideia é o incentivo das partes a encontrar uma solução mais rápida e satisfatória para as demandas criminais de forma a tornar a reabilitação do réu mais rápida e atender de forma mais eficaz às demandas sociais.

---

<sup>13</sup> Vide item 2 deste artigo.

Contudo, as disposições acerca da barganha nos novos códigos brasileiros ainda merecem alguma adequação. Isso porque não é possível dizer que refletem uma real esfera de respeito aos direitos e prerrogativas fundamentais dos réus, não incluindo certos aspectos importantes do ponto de vista de política criminal nacional.

Em um primeiro ponto, baseado na legislação processual penal atualmente em vigor, é de extrema importância que seja caracterizado o momento da barganha. Nesse ínterim, relembremos que, apesar de ser um artigo suspenso atualmente, a lei 13.964/2019 trouxe a figura do juiz das garantias no artigo 3º-B do Código de Processo Penal<sup>14</sup> que, em resumo, será o responsável por conhecer o processo, até o recebimento da denúncia ou queixa, sendo, portanto, sua atribuição a decisão sobre todos os instrumentos relacionados à comunicação da

---

<sup>14</sup> Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. § 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. § 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

prisão, audiência de custódia<sup>15</sup>, relaxamento ou conversão da prisão em preventiva, análise de quebras de sigilo e interceptação telefônica, produção antecipada de provas, trancamento do inquérito policial, dentre outras medidas da fase inicial do procedimento criminal.

A figura do juiz das garantias foi criada sob a ideia de distanciar o juiz da instrução do juiz da investigação, dando ao processo penal uma maior imparcialidade de julgamento. Logo, será a figura responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (CUNHA, 2020). Para assegurar a imparcialidade do magistrado que irá julgar a instrução criminal é de suma importância que o juiz que fiscalize o acordo e suas nuances não seja o mesmo juiz que irá julgar o processo em caso de eventual inaplicabilidade do acordo. Sendo assim, podemos observar pelos artigos colacionados dos anteprojetos do CP e do CPP que o momento da barganha ocorrerá após o recebimento da denúncia e, em se tratando de um procedimento criminal nos moldes da legislação atual, por óbvio que, para a instituição da barganha, a competência para fiscalização do acordo será a cargo dessa nova figura legislativa. Até mesmo porque, caso reste frustrada a dinâmica negocial, o procedimento penal seguirá o rito comum com o prosseguimento da persecução penal, não sendo possível que se utilize de informações constantes da tentativa de acordo no curso da persecução penal no caso em que não se concretize.

O anteprojeto prevê que as partes teriam até o início da instrução para apresentar o acordo. É necessário, contudo, adequar a limitação do artigo acerca do momento do oferecimento da barganha, para delimitar a competência ao juiz das garantias e não o juiz da instrução criminal. As informações adquiridas com base na tentativa de acordo, não podem, de maneira alguma, serem utilizadas em eventual julgamento pelo rito comum como forma de assegurar ao réu a lisura do procedimento de barganha. Nesse ponto, defendemos ainda mais a necessidade de se instituir o rito sumário como um procedimento de competência do juiz das garantias.

Outro ponto de relevante discussão é a quem caberá o requerimento de barganha. De acordo com as previsões do novo CPP a acusação e o réu poderão requerer a aplicação imediata da pena, dispensando qualquer outro procedimento. A escolha pelo procedimento de barganha terá os mesmos efeitos de uma condenação penal, mas ao analisar o modelo proposto pelos novos códigos percebemos que não há uma ampla margem de abertura no âmbito das negociações, isto é, em se optando pela adoção do procedimento, a única opção das partes será

---

<sup>15</sup> Vide item 4 deste trabalho

o oferecimento da pena limitada ao mínimo legal, podendo ser diminuída em até 1/3 nos casos em que as circunstâncias do crime e as condições pessoais do agente permitirem.

Marllon Sousa defende que seriam necessárias normas específicas sobre como o réu poderia participar das negociações interagindo diretamente com o Ministério Público, através do advogado/defensor público (SOUSA, 2020). Contudo, entendemos que, em se tratando de um procedimento de barganha adequado aos moldes legislativos brasileiros não há muito com que se possa efetivamente “barganhar” no quesito imposição de pena. A previsão legislativa, ao determinar, muito acertadamente, que a proposta se limita a imposição da pena no mínimo legal, limita a atuação do Ministério Público não abrindo margens para aplicação de penas diferenciadas e majoradas, caracterizando uma barreira extremamente adequada à barganha processual. As partes, portanto, não terão a prerrogativa de negociar a duração da pena, mas, tão somente, como ela será cumprida (questões relativas ao montante da multa, as condições de pagamento, se o tempo de pena privativa de liberdade poderá ser cumprido em prisão domiciliar, prestação de serviços à comunidade etc.), bem como a aplicação da diminuição de até 1/3 a depender das circunstâncias. Resta claro os moldes utilizados pela legislação para os acordos entre acusação/defesa.

O que não está claro nos modelos apresentados é a forma como poderá ser feita a barganha processual, isto é, a quem caberá o requerimento de barganha? Será uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público, uma atuação exclusiva da defesa ou um requerimento em conjunto das partes? Poderá ser feita de forma oral ou apenas por petição? Os projetos de lei não esclarecem acerca da legitimidade para o requerimento da barganha. Nesse viés, alguns autores defendem que deve ser uma prerrogativa exclusiva do acusado que deveria solicitá-la logo após o recebimento da denúncia (VASCONCELLOS, 2015). Todavia, tendo em vista que o Ministério Público é titular quase exclusivo da ação penal, é uma decorrência lógica a de que caberá a ele a prerrogativa de oferecer ou não o acordo com vistas a análise do caso concreto. A barganha é apenas uma alternativa ao réu para se evitar, através da confissão imediata, todo o trâmite de um processo penal árduo, não sendo, portanto, um direito subjetivo do acusado. Essa afirmação, não obsta, contudo, a possibilidade de que a defesa possua a legitimidade complementar para a solicitação de aplicação do rito sumário em caso de inércia do Ministério Público, nos casos em que exista a possibilidade de aplicação do instituto, seguindo o mesmo padrão adotado nos institutos da Lei 9.099/95.

Seguindo a mesma lógica, a solicitação de aplicação da barganha deve ser feita por escrito e mesmo se requerida em audiência deverá constar em ata.

É de suma importância, ainda, que para a aplicação da barganha ambas as partes renunciem seu direito de produção de provas. A avaliação das provas existentes no processo é um fator que definitivamente influenciará na decisão do réu de aceitar ou não o acordo proposto. Com vistas ao modelo de paridade de armas constante no processo penal brasileiro, não existirá nenhuma insídia, considerando que a acusação é obrigada a compartilhar todo o arcabouço probatório disponível antes de apresentar o acordo (SOUSA,2020). O projeto também apresenta uma prerrogativa ao acusado de que os detalhes do acordo sejam apresentados para avaliação judicial em audiência<sup>16</sup> Os juízes, portanto, deverão atuar se certificando que o réu demonstrou a clara e necessária compreensão dos termos e consequências de aderir ao acordo, optando de forma voluntária e consciente em confessar o crime e ter imposta contra si a pena.

O procedimento da confissão é outro ponto nevrálgico a ser analisado. Conforme já abordado neste trabalho a confissão dos fatos pelo réu é inerente ao instituto que se pretende importar, não se diferenciando, nesse ponto, o *plea bargaining* estadunidense da barganha brasileira. Sabemos que caberá ao juiz a fiscalização da confissão volitiva por parte do acusado, mas os projetos de lei não são claros sobre os meios fiscalizatórios e as normas reguladoras da confissão para que obtenha os efeitos legais desejados. Para tanto, tomando por base os direitos fundamentais do réu e o entendimento de que a confissão para ser válida deve ser feita perante um juiz para serem válidas (LOPES JR., 2020), o novo CPP deveria incluir normas acerca do momento adequado para a confissão, preferencialmente antes de o juiz iniciar a avaliação do acordo, uma vez que, em sendo o fator mais importante, a confissão deverá ser analisada antes de outros requisitos. Ressalta-se que não será possível no Brasil a aplicação da barganha sem que haja a confissão, não cabendo a nenhum caso, o *nolo contendere* como fator condutor do acordo, tendo em vista que a legislação brasileira não permite que o silêncio do acusado seja utilizado em seu desfavor.

Ao fim, caberá ao magistrado a efetiva fiscalização ativa das condições do acordo, uma vez que equivalerá a condenação do réu, se homologado, restando configurados todos os efeitos de uma condenação regular, tais como: suspensão dos direitos políticos, obrigação de reparar o dano, caracterização da reincidência, dentre outros. Caso não ocorra a homologação do acordo, o juiz deverá justificar os motivos de sua decisão, situação em que as partes poderão adequar o

---

<sup>16</sup>Mais uma vez reiteramos a necessidade de se adequar as imposições do projeto de lei para abarcar a competência do juiz das garantias para a fiscalização do acordo de forma a assegurar ao réu a imparcialidade caso o acordo não venha a ser aderido.

acordo com os apontamentos feitos pelo juiz ou recorrer da decisão para o tribunal, configurando uma nova matéria a ser recorrida por agravo <sup>17</sup>.

Por derradeiro, a limitação dos acordos a crimes cuja pena máxima não ultrapasse 08 (oito) anos nos parece acertada como forma de limitar a atuação do órgão de acusação, bem como aos crimes em que será cabível a aplicação da barganha, deixando os crimes considerados como graves, hediondos e aqueles conhecidos como de “colarinho branco”, a cargo do rito ordinário do processo penal. Ao fim, a barganha terá impacto apenas naqueles casos em que não são cabíveis a suspensão condicional do processo e os acordos de não persecução penal, limitados à pena mínima não superior a 01 ano e pena máxima de 04 anos, respectivamente.

Analisando brevemente as disposições dos projetos de lei que visam a instituição da barganha no processo penal brasileiro, percebemos que há a tentativa de manter a estrutura já existente nos institutos do SUSPRO e ANPP, elegendo um procedimento mais adequado às regras constitucionais. Por mais que as legislações em comento ainda necessitem de adequações, é possível observar que o que se pretende é um modelo diferente do norte-americano. Por óbvio que a base conceitual do instituto permanece, bem como a sua finalidade, mas, é impossível a importação do procedimento norte-americano em sua integralidade devido a sua clara incompatibilidade com os critérios nacionais de legislação e princípios constitucionais do processo penal brasileiro.

Por todo aqui delineado percebemos que a instituição da barganha no processo penal brasileiro é uma realidade que tende a ser cada dia mais concreta e inevitável. Para tanto, é preciso atenção para que se adeque, verdadeiramente, aos princípios basilares do processo penal brasileiro de forma a resguardar os direitos fundamentais dos réus e ao mesmo tempo conferir uma maior efetividade nas dinâmicas processuais.

## **5.1 CRÍTICAS À BARGANHA BRASILEIRA**

Apesar de ser uma tendência mundial e uma prática que tende a ser aceita entre os juízes e promotores, entre os acadêmicos, os autores e os advogados existe uma resistência considerável na adoção de um modelo de barganha.

No ano de 2015, Vinícius Vasconcellos (VASCONCELLOS, 2015), em sua dissertação de mestrado escreveu um dos maiores estudos sobre a incorporação do *plea bargaining* na dinâmica processual brasileira, onde critica, de forma ferrenha, a adoção do instituto como meio

---

<sup>17</sup>Art. 473. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão que: (...) VIII- recusar a homologação do acordo no procedimento sumário.

de resolução dos problemas da justiça criminal. Para tanto o autor divide seu estudo em seis partes onde discutirá: a barganha como um obstáculo ao devido processo penal; a distorção de fundamentos de um direito penal democrático; a condenação de inocentes em decorrência das confissões e conseqüentemente condenações injustas; a regressão para um passado onde a confissão era a prova mais importante em detrimento do direito de defesa e igualdade de tratamento entre as partes; a discricionariedade da acusação e o poder de influência sobre o princípio da paridade de armas, bem como as atribuições judiciais ao Ministério Público; o julgamento e o direito de defesa seriam extintos com base na alegada autonomia das partes para renunciar esses direitos.

Ao longo do presente trabalho algumas dessas críticas já foram discutidas e analisadas, mas trazemos à baila, novamente, alguns desses pontos.

### **5.1.1 A Barganha como Obstáculo ao Devido Processo Penal e a Distorção De Fundamentos De Um Direito Penal Democrático**

Argumenta-se, neste ponto, que a instituição da barganha impossibilitaria o devido processo penal e propiciaria um entrave à promoção dos direitos fundamentais por obstar o direito dos réus a um julgamento justo em prol de um processo penal mais célere.

Em sendo dever do Estado de respeitar e zelar pelas prerrogativas dos acusados, o direito a um julgamento caracterizaria uma cláusula inerente ao devido processo penal que não poderia ser sobrestada pela utilização da barganha sob pena de promover uma inconstitucionalidade sob a roupagem de se aumentar a legitimidade dos processos penais.

O número excessivo de condutas criminalizadas no Brasil são uma questão de política criminal e fazem parte do raio de atuação do Direito Penal. A introdução da barganha busca, somente, uma alternativa à resolução dos inúmeros casos processuais nos tribunais de justiça brasileiros, cujo objetivo é conceder uma alternativa ao réu, através de uma diminuição do rito processual.

O processo penal é uma situação árdua para todos aqueles que o enfrentam. Não é incomum acusados perguntarem a juízes e promotores quanto tempo de pena receberão ao final do procedimento. Toda a incerteza, mazelas e inseguranças de responder a um processo criminal, capazes de afetar ao acusado e todos em sua volta, por vários anos, bem como todo o movimento da máquina estatal, poderiam ser evitadas com a possibilidade do acordo. Frise-se que essas condutas já ocorrem no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Destarte, a possibilidade de celebração do acordo entre as partes surgirá depois de iniciada a ação penal, ou seja, no curso do processo, de modo que não há dispensa do devido

processo legal. Acaso haja interesse das partes, sobretudo da defesa, a formalização do acordo se dará no bojo de um processo judicial, diante do juiz e das partes (ANDRADE, 2020). Trata-se, portanto, de um procedimento penal simplificado e célere com base na confissão do acusado, não eliminando necessariamente a cláusula do devido processo penal.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (MENDES, 2016) nos trazem uma boa avaliação acerca do âmbito de abertura dos direitos fundamentais ao afirmar que nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. Andrade (ANDRADE, 2020) defende que não existe renúncia aos direitos constitucionais se o acusado, devidamente amparado por um advogado, possuindo conhecimento sobre as questões relativas à imposição imediata da pena, bem como devidamente informados por um juiz de que abrirá mão ao direito de contraditório e de produção de provas, decide por aderir ao acordo. Isso porque, em sendo titular desses direitos, caberá a ele decidir acerca de sua disposição. Os direitos a um devido processo legal, ao contraditório e a produção de provas existem para resguardar o acusado das arbitrariedades do Estado, mas, em sendo seu titular, nada impede que os renuncie quando acreditar ser mais favorável para si.

Deve-se ter em mente que o disposto nos novos códigos brasileiros, apesar de conterem influências do sistema penal norte-americano, não caracterizam o mesmo instituto, uma vez que almejam uma adaptação necessária entre as vantagens do modelo estadunidense com as prerrogativas de proteção do direito constitucional pátrio.

### **5.1.2 A Confissão e a Condenação De Inocentes**

Quando mencionamos a confissão, por diversas vezes ao longo deste trabalho, afirmamos ser o fator essencial à barganha. As críticas a necessidade de confissão já eram feitas desde a instituição do *plea bargaining* norte-americano, não ao acaso Langbein considera a necessidade de confissão como uma espécie atual de tortura (LANGBEIN, 1978), retornando aos modelos inquisitoriais nos quais se buscava como finalidade precípua a confissão, tendo em vista o poder do estado perante o acusado, pensamento este endossado por diversos acadêmicos e doutrinadores.

De fato, quando olhamos para a barganha estadunidense nos deparamos com uma enorme discricionariedade dos promotores de justiça e o descaso dos juízes para com os acordos feitos, havendo, realmente, uma coerção para que o acusado aceite a confissão e realize o acordo, sobretudo por receio de todas as imputações que o promotor poderá lhe impor e que provavelmente não serão fiscalizadas pelo juiz. Mas essa coerção poderá ser analisada da mesma forma quando abordamos a barganha no processo penal brasileiro?

Ao pensarmos em toda persecução penal como já a conhecemos e uma barganha adequada aos moldes legislativos brasileiros, conforme, brevemente exposto, a coerção e as pressões para se aderir a um acordo não se mantêm, pois estará limitada a uma única hipótese: a aplicação da pena no mínimo legal. Esse fator, conforme já abordado, é crucial para a limitação dos poderes do Ministério Público, não sendo possível se falar em algum tipo de coerção, fora do já esperado entre representante do Estado e acusado, para realização do acordo. Basicamente, funcionará como já ocorre com a praxe da transação penal: em estando presente os requisitos, a proposta será oferecida pelo Ministério Público e ficará a critério do réu aceitar o acordo e ver contra si uma pena imposta no mínimo legal, ou recusá-lo indo a julgamento regular devidamente assistido por advogado, não se assemelhando, de nenhuma forma aos fatores de tortura.

Se observarmos o ordenamento brasileiro, percebemos que a confissão sempre foi um fator importante na persecução penal. Não à toa o código penal beneficia réus confessos com a atenuação da pena<sup>18</sup>, sendo inclusive uma circunstância preponderante quando da realização da dosimetria. Não é coincidência a prática comum de juízes, promotores e advogados de dispensar testemunhas quando o réu confessa em audiência. Ademais, não existem dados concretos – ao menos não na literatura jurídica nacional – que comprovem a porcentagem de confissões de inocentes em transações penais e suspensões condicionais do processo, institutos um pouco mais antigos, por receio do procedimento penal.

Frise-se que condenações injustas são inaceitáveis em qualquer sistema penal, mas podem ocorrer devido a falibilidade dos seres humanos (SOUSA, 2020) e em grande parte das vezes ocorre não com réus confessos, mas com réus que negam veementemente a autoria do crime durante toda a instrução criminal e mesmo assim são erroneamente condenados.

Fatores que levam a este tipo de erro devem ser identificados e melhorados, para tanto, é indubitável o olhar para o local seio do *plea bargaining*, identificar suas falhas e buscar corrigi-las quando da sua adequação ao modelo processual brasileiro.

### **5.1.3 A Discricionariedade Do Ministério Público E O Direito De Defesa**

Os últimos contrapontos que temos estão relacionados à atuação do Ministério Público e o direito de defesa do réu. Muito se argumenta acerca do poder jurisdicional posto a cargo dos promotores de justiça e a invasão aos poderes do magistrado.

---

<sup>18</sup>Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Ao longo do presente, contudo, demonstramos, diversas vezes que a própria legislação pátria impõe limites legais e constitucionais à atuação do Ministério Público. Ademais, quando analisamos os projetos dos novos códigos, refletimos sobre às condicionantes da barganha no processo penal brasileiro, sendo a principal delas a limitação do acordo a pena mínima abstratamente cominada ao tipo legal. Mencionamos, também, a necessidade de atuação ativa da defesa e do magistrado, como figura mais importante do procedimento da barganha pela função fiscalizatória e somado a isso defendemos a necessidade de se atribuir ao juiz de garantias a competência de fiscalização dos acordos firmados justamente para resguardar a imparcialidade em caso não ocorra a aderência ao acordo.

Por óbvio, o Ministério Público nacional não possui as mesmas prerrogativas do órgão de acusação norte-americano. O promotor de justiça não poderá realizar acusações fora dos fatos, imputando condutas mais graves ao acusado por mera retaliação, como também não poderá recomendar penas mais graves pela simples escolha do réu em não aderir ao acordo.<sup>19</sup> Além disso, todas as provas existentes no processo serão de conhecimento de todas as partes não possuindo a acusação a prerrogativa de escolha entre compartilhar ou não o lastro probatório do processo. O réu também não estará desamparado, uma vez que conforme abordamos, é extremamente necessário o papel do defensor para elucidar os fatos e analisar junto ao acusado se o acordo é a melhor opção, bem como atuar ativamente nas discussões para com o Ministério Público, buscando tutelar os direitos do réu.

Caberá à defesa técnica e ao juiz prestarem ao réu os esclarecimentos e informações necessários e suficientes para a tomada da decisão. Ressalte-se que a negociação da pena ou barganha não ocorrerá em segredo, mas em audiência pública, diante do juiz (ANDRADE, 2020). Deve-se considerar a diferença de atuação e participação de todas as esferas que compõe o processo, em especial o envolvimento mais efetivo e ativo dos magistrados na instrução penal, até mesmo porque os julgamentos no Brasil ocorrem por um juiz singular em sua grande maioria.

Ao fim, percebemos que as críticas feitas a barganha processual no Brasil são basicamente as mesmas utilizadas no modelo vigente nos Estados Unidos, ponto que reforçamos desde o início de nossa análise.

---

<sup>19</sup> Vide item 4 deste trabalho

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas palavras de Aury Lopes Jr. (LOPES JR. 2020) a expansão dos espaços de consenso é uma tendência inexorável. A atualidade clama por uma maior velocidade na resolução das demandas processuais, principalmente na seara criminal. Entretanto esbarramos na dicotomia da celeridade *versus* os direitos e garantias dos réus dispostos na Constituição Federal.

A possibilidade de se instituir uma barganha brasileira deve ser compatível com o ordenamento jurídico nacional e, dessa forma, algumas críticas não mais se mantêm, ao menos, não em sua integralidade. A questão, portanto, está em equacionar a tendência de expansão com o devido processo legal, evitando a supremacia da investigação preliminar e os efeitos equivocados na decisão penal. (LOPES JR., 2020).

A proposta do anteprojeto novo código de processo penal se difere, em muito, da barganha norte-americana. Em verdade, os juristas responsáveis criaram um modelo de barganha com uma inspiração maior em países europeus que também adotam o *civil law* do que no *plea bargaining* norte-americano puro, tentando harmonizar o modelo negocial ao ordenamento pátrio, aproximando-o das estruturas da justiça consensual.

Abordamos incansavelmente ao longo deste trabalho, os limites do Ministério Público dentro do processo penal e a diferença na sua atuação para com a promotoria estadunidense. Nesse sentido, percebemos que a crítica relacionada à discricionariedade do órgão acusatório perde um pouco sua eficácia em decorrência da própria legislação nacional que impõe limites legais e constitucionais à atuação do Ministério Público. Somado a isso, o papel do juiz que passa a ser a figura principal do acordo, cabendo a ele a devida fiscalização de adequação do procedimento à lei e aos princípios constitucionais. Para tanto, há a extrema necessidade de se adaptar a legislação em trâmite para abarcar ao juiz de garantias a competência para a inspeção da proposta, de forma a salvaguardar o direito do réu de gozar de um julgamento imparcial caso o procedimento de barganha não seja concluído.

O processo como um todo deve possuir uma dinâmica eficiente para atender aos anseios da sociedade através de resultados mais proveitosos e com menores custos para todos os indivíduos envolvidos. Os conceitos de eficiência e garantias não precisam ser necessariamente antagônicos, bastando que se busque uma média entre as garantias individuais dos réus e a celeridade processual. Os institutos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 9.099/95 conferiram maior efetividade ao procedimento penal, sem, contudo, obstar o devido processo legal.

Não se deve, contudo, limitar aos Juizados Especiais a opção consensual, tendo em vista o considerável número de ações criminais existentes nas varas federais e estaduais que, mesmo em casos de réus confessos e primários, possuem soluções bastante demoradas, fator este, razão da sensação de impunidade gerada na população.

Ao fim, corroboramos com o pensamento de Ventura Leite (LEITE,2013) acerca da instituição da barganha no processo penal. Segundo a autora o confronto entre os acordos no processo penal e os direitos fundamentais têm desdobramentos bastante polêmicos. Entretanto, ao invés de negar ao imputado os benefícios que podem advir da solução consensual, retirando-lhe por completo a autonomia da vontade e o poder de disposição, é mais adequado aprimorar os institutos consensuais, pautando-os pela boa-fé, pela defesa técnica efetiva, pela clareza das consequências da manifestação volitiva e por um controle jurisdicional que não seja mera ficção. Além disso, há de se estabelecer critérios legais que tornem a limitação voluntária de direitos fundamentais instrumento compatível com o estado de direito e a dignidade da pessoa humana.

Nenhum instituto chegará ao ordenamento livre de críticas, mas é imprescindível que se busque uma solução para a grande demanda processual criminal existente no Brasil. A proposta de barganha que atente aos quesitos ora analisados pode ser uma saída para os grandes contingentes de processos que atolam as varas criminais de todo o país, equacionando efetividade e celeridade com a tutela dos direitos dos réus.

## REFERÊNCIAS

ALSCHUER, Albert. **Defense Attorney's Role in Plea Bargaining**. Yale Law Journal v. 84 n. 6 1975 Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1981&context=journal_articles). Acesso em: 09 de Agosto de 2021.

ADI 6305. Rel. Ministro LUIZ FUX. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 10 de Agosto de 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. **O consenso no processo penal e o rito abreviado fundado na admissão de culpa: (in)compatibilidade constitucional, vantagens, desvantagens e perigos**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 3. Setembro a Dezembro de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 de Agosto de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941.** Institui o Código de processo penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 05 de Agosto de 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 236/2012.** Novo Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1624915401864&disposition=inline>. Acesso em: 10 de Agosto de 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045/2010.** Novo Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010). Acesso em: 10 de agosto de 2021.

DAVIS, Angela J., **The Power and Discretion of the American Prosecutor**, Droit et cultures [Online], 49 | 2005-1 Disponível em <https://journals.openedition.org/droitcultures/1580?lang=en>. Acesso em: 09 de Agosto de 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 6ª ed. Rec., atual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

HC 47.680/MS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2006, DJ 10/04/2006. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200501487145&dt\\_publicacao=10/04/2006](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501487145&dt_publicacao=10/04/2006). Acesso em: 12 de Agosto de 2021.

HEUMANN, Milton. **PLEA BARGAINING The experience of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys.** University of Chicago Press, 1978. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/468865421/Plea-Bargaining-The-Experiences-of-Prosecutors-Judges-and-Defense-Attorneys>. Acesso em: 09 de Agosto de 2021.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público** – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, E-book.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining** University of Chicago Law review The University of Chicago Law Review, Vol. 46, No. 1 (1978), pp. 3-22.

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

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e Efetividade no Processo Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: Volume Único – 8ª ed. Ver., ampl. E atual.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica – 6ª edição – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.**

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. 11ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal – 25ª ed.** - São Paulo: Grupo GEN, 2021 E-book.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil: O processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu.** Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

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

WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining.** The Atlantic 2 de Maio de 2017 Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 01 de Agosto de 2021.

**WHAT IS PLEA BARGAINING? A SIMPLE GUIDE.** FAIR TRIALS, DEFENDING THE HUMAN RIGHT TO A FAIR TRIAL. Disponível em [HYPERLINK "https://www.fairtrials.org/node/848"](https://www.fairtrials.org/node/848) <https://www.fairtrials.org/node/848>. Acesso em: 13 de Julho de 2021.