

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS
DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MONOGRAFIA VENCEDORA DO 19.º CONCURSO DE MONOGRAFIAS
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

ANÁLISE DAS TENDÊNCIAS DE EXPANSÃO DOS ESPAÇOS
DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MONOGRAFIA VENCEDORA DO 19.º CONCURSO DE MONOGRAFIAS
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS



São Paulo
2015

CAPÍTULO 3 DESVELANDO A TENSÃO ENTRE A BARGANHA E OS FUNDAMENTOS DE UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO. CRÍTICAS TEÓRICAS E EMPÍRICAS AO MODELO NEGOCIAL

Assentadas as premissas básicas do modelo negocial e da barganha no processo penal contemporâneo e descritas as suas expressões no panorama brasileiro, impõe-se o aprofundamento das problemáticas que permeiam inevitavelmente a realização de acordos entre acusação e defesa para imposição de uma sanção penal baseada no reconhecimento de culpabilidade. A partir de seis críticas gerais descritas sistematicamente (item 3.1) e, posteriormente, verificadas na concretização prática da transação penal nos Juizados Especiais Criminais brasileiros (item 3.2), demonstrar-se-á a inadmissibilidade do modelo negocial em um processo penal democrático, o que fundamentará a defesa de postura de rechaço às propostas de expansão dos espaços de consenso na justiça criminal pátria.

3.1 Críticas ao modelo consensual e ao instituto da barganha no processo penal

Neste tópico empreender-se-á o exame das principais críticas direcionadas ao modelo negocial de justiça criminal e, especificamente, aos mecanismos de barganha.⁶¹⁴ Para tanto, dividiu-se tais considerações em seis problemáticas essenciais: 1)

⁶¹⁴ Em resumo, ver: ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial, cit., p. 932-937.

Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal, onde se abordará a mercantilização processual ocasionada pela autorização de acordos entre as partes e a decorrente relativização de garantias fundamentais, ambos fenômenos intrinsecamente relacionados com a instrumentalização do processo penal como meio célere de concretização antecipada do poder punitivo em resposta às demandas de uma expansão descomedida da intervenção penal estatal;⁶¹⁵ 2) *Barganhas, relações e concessões*, em que se desvelará a distorção dos papéis dos atores do sistema criminal em razão da primazia de seus interesses pessoais a partir do poder da barganha, findando por corromper completamente os fundamentos do processo democrático;⁶¹⁶ 3) *O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta*, cuja função será aclarar a pressão inerente à possibilidade de barganha, a qual, inquestionavelmente, resulta na confissão de inocentes por medo de punições mais severas em caso de exercício do direito ao julgamento;⁶¹⁷ 4) *O retrocesso processual autoritário*, onde expor-se-á a violação de preceitos fundamentais do processo, como o retorno do tarifamento de provas com primazia da confissão e a conseqüente obstaculização integral do exercício da defesa e do contraditório;⁶¹⁸ 5) *O desequilíbrio da balança entre os atores processuais*, em que se fragiliza uma das fundamentais premissas da realização da barganha, a igualdade entre as partes negociadoras, além de se expor a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena do imputado;⁶¹⁹ e, 6) *O desaparecimento do processo e da defesa*, no

615 DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relationship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 7, n. 4, p. 645-655, 2011, p. 649-655.

616 Sobre isso, ver, exemplificativamente: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 230; ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*, cit., p. 690-691.

617 DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma*, cit., p. 43-48.

618 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116-118; SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*, cit., p. 253.

619 LOPES JR., Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 120; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A celeridade no processo penal: uma visão de direito comparado*. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 8, n. 2, p. 233-250, Coimbra, abr.-jun. 1998, p. 240.

qual problematiza-se a possibilidade de renúncia ao direito à defesa e a suposta autonomia de vontade para a concretização do pacto.⁶²⁰

Quanto à aplicabilidade das críticas aqui descritas ao cenário brasileiro, embora sejam inegáveis as diferenças em relação aos mecanismos negociais característicos do modelo estadunidense,⁶²¹ pensa-se que os traços essenciais de tais institutos pátrios (como a transação penal e a barganha, por exemplo), quais sejam, a conformidade do acusado (normalmente com uma confissão) e a renúncia à defesa, em regra, tornam generalizáveis as objeções descritas neste capítulo.⁶²² Por certo, quantidade relevante da doutrina citada é de origem anglo-americana e, assim, há algum direcionamento de suas considerações ao seu modelo de referência. Contudo, além de também serem constantemente referidos apontamentos acerca de institutos europeus e latino-americanos, a tendência internacional de expansão dos espaços de consenso (e, até certo ponto, de convergência entre os modelos adotados) impõe o exame crítico abrangente, expondo as aporias fundamentais descritas em ambos os sistemas jurídicos.⁶²³

620 ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 284; BOVINO, Alberto. *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 80-84.

621 Afirmando a inaplicabilidade ao panorama brasileiro de certas críticas direcionadas à barganha, Ventura Leite aponta: "Diga-se ainda que, muitas vezes observa-se a tendência de transferir para a transação penal, de maneira generalizada, críticas que se aplicam mais propriamente ao *plea bargaining*, a exemplo do excesso de discricionariedade do acusador, da mercantilização e das pressões para realização do acordo. Há algo de impróprio nisso, uma vez que os dois institutos são bastante díspares, assim como o regime do ministério público norte-americano e o brasileiro. Necessário, portanto, ter em vista as peculiaridades de cada ordenamento e buscar sempre a referência da Constituição Federal de 1988, que autorizou o consenso" (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 215). Contudo, tal restrição sustentada pela autora deve ser questionada: por um lado, eventual expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro de certo modo aproximará os contornos dos institutos negociais ao modelo estadunidense; por outro, pensa-se que problemáticas relacionadas à mercantilização da justiça em razão dos acordos e a pressão imposta ao acusado para consentir são fundamentais na análise crítica do panorama jurídico, tanto estrangeiro como nacional; e, por fim, a previsão constitucional que impõe a criação de institutos transacionais (além de referir-se exclusivamente às infrações de menor potencial ofensivo) não isenta de críticas a concretização prática de tais ditames.

622 Também nesse sentido: RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar*. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 438-439, nota 17.

623 Cumprir citar a distinção traçada por Armenta Deu entre as críticas comumente opostas

Em termos gerais, duas perspectivas críticas podem ser adotadas primordialmente para o questionamento dos mecanismos negociais: 1) problemáticas envolvendo a fragilização do ideal de justiça almejado pelo sistema criminal ou a relativização de uma pretensa busca pela verdade no processo; e, 2) a violação de direitos e garantias fundamentais do acusado e a distorção da essência do processo como limitador do poder punitivo.⁶²⁴ A primeira delas se pauta essencialmente pelo rechaço à diminuição da sanção penal a ser imposta ao acusado, a qual seria excessivamente benevolente sem motivação idônea para tanto,⁶²⁵ ou seja, haveria uma injustiça que acarretaria, inclusive, a subversão da função de prevenção geral do Direito Penal.⁶²⁶ Além disso, ainda conforme tal postura, haveria uma inadmissível violação do princípio da verdade real, supostamente apontado como fundamental ao processo penal.⁶²⁷

a mecanismos negociais na doutrina de países de tradição continental (tensionamentos com princípios básicos do processo, como a obrigatoriedade da ação penal e de garantias do acusado na persecução penal) e em outros de origem estadunidense (em que se questiona a abrangência dos acordos e as pressões impostas aos acusados) (ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 135-138). Certamente, diferentes apontamentos apresentam maior relevância em cada ordenamento jurídico, conforme suas respectivas características e aporias fundamentais, mas tal constatação em nada reduz a complexidade da problemática do fenômeno da barganha em termos amplos, de modo que se impõe seu estudo crítico de modo aprofundado.

624 De modo semelhante, descrevendo duas correntes de críticas na doutrina estadunidense (que prezam pelos aspectos procedimentais da justiça e pela proteção de direitos do acusado), ver: BIBAS, Stephanos. *Harmonizing substantive-criminal-law values and criminal procedure*, cit., p. 9-10.

625 Nesse sentido, argumenta-se que a barganha viola a retributividade da sanção penal, ao passo que a punição deveria ser determinada pela culpa do agente (COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 47). Afirma-se que: “[...] na hora de determinar a pena a ser imposta não se levam em consideração elementos como a gravidade do delito, a personalidade e circunstâncias do acusado ou exigências de prevenção geral e especial, mas simplesmente se gratificam aqueles sujeitos que aceitam a responsabilidade pela conduta cometida [...]” (RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *A justiça penal e as formas de transação no direito norte-americano*, cit., p. 91).

626 “Para que o acusado seja movido à realização de um *guilty plea*, a prometida atenuação de sua pena tem que ser considerável em comparação à pena que seria de se esperar em caso de uma condenação após a realização da audiência de instrução e julgamento. Isso significa, no entanto, em termos práticos, que a pena imposta será não aquela que, por motivos de prevenção geral, seria necessária para a proteção dos bens jurídicos, mas sim uma pena muito menor. Com isso, subverte-se a longo prazo a função protetiva do direito penal” (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 253). Sobre isso, ver também: LIPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 180-183.

627 Schünemann, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 244-245.

Este trabalho, contudo, pautará suas considerações fundamentalmente a partir da segunda postura descrita, ou seja, com base na necessidade de proteção a direitos fundamentais do acusado e de consagração da função limitadora do processo frente ao poder punitivo estatal.⁶²⁸ Por exemplo, sem ingressar no complexo debate acerca da busca da verdade,⁶²⁹ pensa-se que a barganha macula as premissas do processo penal democrático ao afastar a imposição da carga probatória do acusador, pressuposto necessário ao rompimento da presunção de inocência.⁶³⁰ Portanto, apresentar-se-á a descrição crítica dos acordos entre acusação e defesa em sua expoente como causa de violações de garantias processuais em termos amplos.⁶³¹ Além da fragilização dos benefícios supostamente almeçados pela introdução de mecanismos negociais no processo, ao passo que a redução da carga processual na justiça seria ilusória,⁶³² expõe-se a “aniquilação do modelo garantista”.⁶³³

Exemplificativamente, uma vez que tais objeções serão aprofundadas nos tópicos a seguir, cumpre citar três capitais tensionamentos a princípios fundamentais da justiça criminal. Primeiro, a presunção de inocência, uma das pedras de toque da configuração de um processo penal democrático,⁶³⁴ dissipa-se e inverte-se em um

628 GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*, cit., p. 79.

629 Novamente, sobre a verdade no processo penal, remete-se a: BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013; MARTINS PINTO, Felipe. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

630 RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar, cit., p. 442-444.

631 “Já se disse, acertadamente, que este paradigma de consenso é mais ingênuo, menos convincente e menos seguro no plano das garantias processuais, pois o reino do sentido comum, tão desvanecente como facilmente manipulável com os atuais meios de criação de opinião, conduzirá a resultados jusnaturalistas e voláteis” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 101).

632 “Por outro lado, pelo menos na experiência espanhola – convém insistir –, esse tipo de expedientes propicia uma inércia de escassíssima utilidade real do ponto de vista de uma efectiva deflação do processo penal, para cuja degradação objectiva contribui, contudo, sensivelmente, sem sequer uma contrapartida de redução das estatísticas de entradas” (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade, cit., p. 30-31).

633 DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 256.

634 Sobre isso, ver fundamentalmente: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a*

campo jurídico-penal pautado pela barganha.⁶³⁵ Somada à problemática renunciabilidade,⁶³⁶ tal garantia acaba distorcida com a consagração de uma presunção de culpa⁶³⁷ ou até de um “dever de confissão”.⁶³⁸ Embora se tente afastar tal violação com argumentos teóricos, como um suposto não reconhecimento da culpabilidade (na transação brasileira) ou obscurecendo eventuais pressões impostas ao acusado,⁶³⁹ como exposto, há inescapavelmente o tensionamento do ditame da presunção de inocência na concretização dos mecanismos negociais no campo jurídico.⁶⁴⁰

Em segundo lugar, há cristalina problemática envolvida ao direito a não autoincriminação.⁶⁴¹ Especialmente intrincada em razão da coação inerente à proposta de barganha,⁶⁴² tal aporia desvela que esse mecanismo “não foi projetado para ser utilizado aos réus

elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-261; FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção da inocência e a construção da verdade*. Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 45-100; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 31-45.

635 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais, cit., p. 71; TULKENS, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 710.

636 “Por outro lado, a presunção de inocência, visto que consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser renunciada pelo imputado” (RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar, cit., p. 444) (tradução livre).

637 “Gradualmente os juízes começam a encontrar dificuldade para presumir que a maioria dos acusados é inocente. Certamente, há casos em que o julgador tem dúvidas sobre a culpabilidade fática do réu, mas com o tempo ele tende a acreditar que a maioria dos imputados é realmente culpada do crime, ou de alguma ofensa aproximada” (HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 138) (tradução livre).

638 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 183-186.

639 LEITE, Rosimeir Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 209-212; FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 271.

640 LOPES JR., Aury. Justiça negociada, cit., p. 118.

641 Sobre os contornos do *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro, ver: QUEIRO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-105; GUEDES, Gabriel P. *O direito a não produzir prova contra si mesmo*: aproximações entre os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 250-251.

642 MARTÍNEZ, Santiago. Confesión en el juicio abreviado, cit., p. 380. Sobre isso, ver item 3.1.3 deste trabalho.

confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-lo”.⁶⁴³ Por fim, fundamental perceber o esvaziamento completo do dever de motivação judicial, pois o ato de homologação impõe a análise meramente formal dos pressupostos para a condenação, o qual, em realidade, é geralmente desvalorizado na prática pela “atuação burocrática do juiz”.⁶⁴⁴ Portanto, sem adentrar profundamente nas inúmeras violações ocasionadas, mas já pela simples exposição introdutória, percebe-se a patente ruína dos paradigmas procedimentais mínimos de um processo penal adequado às premissas do Estado Democrático de Direito.⁶⁴⁵

Ademais, frisando as raízes intrigantes das problemáticas relacionadas aos acordos negociais, duas considerações devem ser advertidas desde já para ressaltar o tensionamento ocasionado. Como destacado por **Albert Alschuler**, a barganha origina a supervalorização de escolhas táticas durante o jogo processual, ou seja, afasta a determinação da sanção penal do fato criminoso praticado e aproxima seus critérios à postura do acusado no transcorrer do seu julgamento e de suas decisões relacionadas ao exercício da defesa.⁶⁴⁶ Assim, diante das inúmeras críticas possíveis, chega-se a comparar as características de tal instituto com a tortura

643 BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 77 (tradução livre).

644 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais, cit., p. 72. Assim também: LOPES JR., Aury. Justiça negociada, cit., p. 118.

645 “Sob o argumento de que a justiça lenta e formalista não garante a cidadania, não se podem sepultar princípios conquistados a duras penas pela doutrina processual penal, como o *in dubio pro reo*, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o *due process of law*, o direito a um juiz predeterminado, v.g. Estes princípios basilares restam eliminados ou enfraquecidos com um acordo a respeito de uma sentença criminal, de uma pena criminal, sobre o requerimento de prova, a respeito da utilização dos meios de impugnação e outras disposições à margem da legalidade” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 111-112).

646 “Uma característica dos sistemas jurídicos justos é que há uma minimização dos efeitos das escolhas táticas no resultado do processo. Em casos criminais, a extensão da punição de um acusado deve ser determinada pelo fato cometido e, talvez, por suas características pessoais, mas não por decisões após o fato e pela pressão de exercer ou não uma opção procedimental” (ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*, cit., p. 657) (tradução livre). Também nesse sentido: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116-117. Sobre os determinantes estratégicos no jogo processual, ver: ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 36-46.

corriqueiramente utilizada nos processos da Idade Média. Conforme **John Langbein**, a consagração da confissão como prova plena e a coerção imposta ao acusado para sua realização são semelhantes em ambos os panoramas (embora se reconheça a distinção em relação à intensidade):⁶⁴⁷ a ameaça de sofrimento físico agressivo foi substituída pela intimidação de uma sanção penal mais grave em caso de exercício do direito ao processo.⁶⁴⁸ Nesse sentido, acerca do modelo germânico, afirma Bernd Schünemann: “a versão alemã do acordo se vale do paradigma do mercado apenas como espécie de mímica invertida, atrás da qual se esconde uma situação de coação estrutural e com ela o renascimento bastante sublimado, é verdade, da sentença coagida por meio da tortura física”.⁶⁴⁹

3.1.1 Expansão do Direito Penal e o empecilho do devido processo legal. Políticas utilitário-economicistas, mercantilização processual e relativização de garantias fundamentais

Desde a primeira edição do livro descrito como marcante em matéria de expansão do Direito Penal, em 1999, **Silva Sánchez** desvela o fenômeno que é uma expressão indiscutível do poder punitivo nas sociedades contemporâneas. Mais de dez anos após, na terceira edição desta obra, publicada em 2011, o autor continua categórico ao afirmar no seu inédito epílogo: “não se discute a constatação fundamental de que o Direito Penal cresce por todas as partes”.⁶⁵⁰ Certamente, o Brasil é um exemplo desse panorama, atualmente com mais de meio milhão de presos, em que expressiva quantidade não possui condenação definitiva, e uma crescente

647 LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 12-15.

648 DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho, cit., p. 253.

649 SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 321.

650 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011. p. 189 (tradução livre). Nesse sentido, também: KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 1-44; HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limites of the criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 3-54.

produção legislativa repressora, geralmente pautada por ditames de “lei e ordem”⁶⁵¹ e de tolerância zero,⁶⁵² por meio da qual se introduzem novos tipos penais, se agravam penas e se relativizam garantias fundamentais do processo.⁶⁵³

Por certo, há uma evidente relação entre tal ostentação punitiva⁶⁵⁴ nas relações sociais hodiernas e a percepção de dois fenômenos que impactam diretamente o campo jurídico-penal: a ideia de risco e a construção da figura do inimigo.⁶⁵⁵ Por um lado, o panorama fundamentalmente descrito por **Ulrich Beck**⁶⁵⁶ acarreta consequências à dogmática penal – por exemplo, conforme **Marta Machado**, com a desmaterialização de bens jurídicos,⁶⁵⁷ o aumento nas incriminações de perigo ou a previsão de delitos de acumulação⁶⁵⁸ – e também processual penal – a partir de mecanismos de aceleração

651 “Esta política criminal fundou-se na tradição hegeliana de direita cuja tese consiste em considerar realizado ou consumado o projeto da modernidade (ficção da modernidade consumada). Desse modo, encontrando-se o estado racional realizado, o poder não possuiria elementos criminosos. Portanto, o delito deveria ser encarado como fruto de uma decisão individual que, no mínimo, implicaria sua retribuição” (ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático*. Crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32).

652 Sobre isso, ver: WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 9-46; WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25-75.

653 CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCrim, 2010. p. 125-206. Sobre a influência dos discursos de defesa social no direito penal e processual penal, ver: SANTOS, Bartira M. de Miranda. *Defesa Social – uma visão crítica*. São Paulo: Estúdio, 2015.

654 ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*. A ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 43-71.

655 SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Expansão do Direito Penal e Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, nº. 42, p. 123-142, jul./set. 2011. p. 133-138.

656 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-93.

657 Sobre os contornos da teoria do bem jurídico, ver, exemplificativamente: SANTOS, Daniel Leonhardt. *Crimes de Informática e Bem Jurídico-Penal*: contributo à compreensão da ofensividade em Direito Penal. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Capítulo 2; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57-79.

658 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*. Uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 91-152.

procedimental e flexibilizações de garantias.⁶⁵⁹ Ademais, o constante ressurgimento (ou reconstrução) da figura do inimigo, não pessoa,⁶⁶⁰ a quem o poder estatal pode direcionar toda a sua força repressiva sem maiores preocupações, rompendo-se com as limitações do processo.⁶⁶¹ Portanto, pode-se afirmar que o modelo de justiça penal contemporâneo está fundamentalmente pautado pela concepção de “emergência”,⁶⁶² sendo determinado por posturas punitivistas dos atores internos ao campo jurídico penal e diretamente influenciado por influxos sociais autoritários, resultando, assim, em uma sociedade do controle⁶⁶³ retroalimentada por uma cultura do medo⁶⁶⁴ em que se utiliza o sistema penal como instrumento de governamentalidade.⁶⁶⁵

Seguramente, trata-se de tema complexo, que carece de análise específica e profunda, a qual vai além das possibilidades deste trabalho. Contudo, a partir de tais apontamentos introdutórios almeja-se neste tópico desvelar a simbiótica relação entre a expansão do Direito Penal e a ampliação de espaços de consenso no processo penal, especialmente por meio de mecanismos negociais como a barganha.⁶⁶⁶ Em que pese o desvelamento criminológico da ferida

659 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal*, cit., p. 203-284.

660 JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André; GIACOMOLLI, Nereu (org.). *Direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Reificação vs. dignidade. In: TEIXEIRA, Anderson; OLIVEIRA, Elton (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010. p. 133-151.

661 MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 59, p. 223-259, São Paulo, mar.-abr. 2006, p. 230. Sobre as consequências da concepção de inimigo no combate ao terrorismo nos Estados Unidos e seus reflexos na relativização de garantias processuais, ver: GALICIA, Caíque Ribeiro. Direitos Processuais Penais Fundamentais: um jogo de conveniência? *Boletim IBRASPP*, ano 03, n. 05, p. 16-18, 2013/02. p. 17-18.

662 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-9.

663 GARLAND, David. *Culture of control*, cit., p. 167-192.

664 GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. Nova Iorque: Basic Books, 2009. p. 21-49; PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*. São Paulo: IBCCrim, 2003. p. 91-128; WERMUTH, Maiquel A. D. *Medo e direito penal*. Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25-89.

665 SIMON, Jonathan. *Governing through crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 3-31; ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*, cit., p. 19-43.

666 “Na verdade, esse artigo argumenta que existe uma relação de simbiose entre a barganha e a expansão do direito penal porque esses fenômenos legais não só ocupam

narcísica do Direito Penal com suas impossibilidades práticas de cumprir os pretensos objetivos de controle social integral,⁶⁶⁷ a exponencial ampliação de seus âmbitos de intervenção nas relações sociais acarreta a necessidade de instrumentalização de mecanismo funcionalmente célere e eficaz para suprir a demanda por punições rápidas.⁶⁶⁸ Nesse sentido, importante notar o crescente domínio de ideias propositoras da busca por eficiência a partir da relativização de direitos fundamentais,⁶⁶⁹ essencialmente pautadas por posturas mercantilistas e utilitaristas, as quais também serão analisadas criticamente neste item.⁶⁷⁰

Costuma-se afirmar que uma das principais causas do triunfo dos mecanismos negociais no processo é a expansão do Direito Penal material.⁶⁷¹ Nos Estados Unidos, por exemplo, sua

o mesmo espaço no nosso sistema de justiça, mas também dependem um do outro para sua respectiva existência” (DERVAN, Lucian E. *Overcriminalization 2.0*, cit., p. 645) (tradução livre). Nesse sentido, também: ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 137-160.

667 CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-105.

668 “Esta reforma processual diz se orientar, com critérios ‘eficientistas’, para facilitar a economia no processo. Se afirma que o processo legal (tanto o vigente legalmente quanto o ordenado pela Constituição) não podem dar resposta, ao menos não em tempo razoável, à quantidade de causas que se mostra necessário atender. É para cumprir tais objetivos que se tenta regular um procedimento mais simples de imposição de condenações” (ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 142) (tradução livre). Sobre a postura funcionalista na delimitação do fundamento do direito penal, a qual acarreta consequências também ao processo penal, ver: SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e Pena*. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: GZ, 2013. p. 41-72.

669 “O resultado de uma tal mutação é a progressiva desjurisdicionalização (ou, se se quiser, a administrativização) e informalização do processo penal, agora obcecadamente reduzido a instrumento de gestão eficiente de problemas, numa sociedade em que a que a ideia do direito penal como *ultima ratio* da política social há muito ganhou foros de mera proclamação vácuca, tudo enquadrado num pano de fundo mais vasto de uma ‘cultura do controlo’, onde o valor da segurança, em detrimento da igualdade, da verdade e da justiça, assume acentuada, quando não exclusiva, proeminência” (ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 110).

670 Abordando a “mercantilização utilitária do processo penal”: GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 112-114.

671 ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and its history*, cit., p. 234; BINDER, Alberto M. *Legalidad y oportunidad*, cit., p. 209; GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 23.

consolidação determinante se deu com a promulgação da Lei Seca, que expandiu o controle social por meio da proibição de bebidas alcoólicas penalmente tutelada.⁶⁷² Contudo, por outro lado, **Lucian Dervan** desvela que a utilização generalizada de barganhas com a corriqueira coerção empreendida aos acusados para renunciar ao direito de defesa conduz à obstaculização do controle judicial sobre a legalidade/constitucionalidade de novos tipos incriminadores ou de procedimentos investigatórios realizados, visto que os réus consentem em submeter-se à sanção penal sem uma análise judicial adequada.⁶⁷³ Ou seja, a expansão do Direito Penal também depende e, de certo modo, é causada pela generalização da barganha, ao passo que por meio desta a justiça criminal consegue responder parte das demandas punitivistas sociais (sem o controle e a limitação do Judiciário), evitando possível colapso que desvendaria a insustentabilidade de tal postura e, assim, poderia ensejar discussões acerca da necessidade de redução do poder punitivo.⁶⁷⁴

Assim, no cenário contemporâneo legitimam-se inúmeras reformas legais sob o argumento da busca por *eficiência*,⁶⁷⁵ o qual propõe o máximo de celeridade na persecução penal para, em regra, responder às demandas sociais punitivistas.⁶⁷⁶ Importante notar aqui a confusão terminológica empregada: eficácia, efetividade e eficiência. Em estudo específico acerca da questão, **Scarance Fernandes** sustenta que “eficaz é o ato que produz o efeito esperado”, “eficiência é, em síntese, a capacidade de algo de produzir um determinado efeito” e a efetividade se determina “em razão dos efeitos positivos produzidos

672 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 19-27.

673 DERVAN, Lucian E. *Overcriminalization 2.0*, cit., p. 648-651.

674 “Como essas considerações demonstram, a barganha e a expansão do direito penal se perpetuam reciprocamente: a barganha protege a expansão do direito penal do questionamento e a expansão do direito penal cria incentivos para tornar a barganha tão persuasiva” (DERVAN, Lucian E. *Overcriminalization 2.0*, cit., p. 646) (tradução livre).

675 Sobre a relação entre barganha e busca por eficiência na justiça criminal: FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 175. No cenário brasileiro, exemplo marcante de tal postura eficientista é a tendência de restrição ao acesso a cortes superiores por meio de habeas corpus substitutivo de recursos, o que se justifica exclusivamente no suposto sobrecarregamento dos tribunais; sobre isso, ver: BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus nos tribunais superiores: pontos para reflexão e debate*. *Boletim IBCCrim*, n. 262, ano 22, p. 2-4, São Paulo, set. 2014.

676 BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 163.

no meio social, dependendo do que se espere do processo criminal”.⁶⁷⁷ Por outro lado, há quem aponte uma carga negativa no conceito de “eficiência”, pois ele se vincularia a uma análise de meios,⁶⁷⁸ com a pretensão de determinar ações direcionadas à obtenção de resultados previsíveis, o que, diante das incertezas inerentes ao processo penal, acarretaria problemáticas relacionadas ao contexto de exclusão e desigualdade na aplicação do poder punitivo estatal.⁶⁷⁹ Por certo, o que necessariamente deve ser criticado é a relativização de direitos fundamentais do acusado a partir da distorção da função primordial do processo penal como limite do poder punitivo.⁶⁸⁰ Ou seja, rechaça-se a consolidação do império da economia processual,⁶⁸¹ pautado por uma tirania da urgência e da aceleração,⁶⁸² que, em regra, implementa-se

677 FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio S.; ALMEIDA, José R. G. de; MORAES, Maurício Z. (coord.). *Sigilo no processo penal*. Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008. p. 25.

678 “Neste quadro, não é admissível, em hipótese alguma, considerar que efetividade é o mesmo que eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios” (COUTINHO, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, p. 687-697, 2002, p. 692).

679 “A noção de eficiência é amplamente difundida no mercado, de modo que as ações devem ser eficientes para obtenção de resultados previsíveis. Na medida em que é impossível a correta previsão dos resultados no processo – explica Coutinho – a atenção volta-se para os meios. Ou seja, as ações desenvolvidas devem ser eficientes para com isso chegarmos ao ‘melhor’ resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica” (LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 114). Conforme Jacinto Coutinho: “Poderia, claro, ser uma simples troca de palavras, mas não é. Aliada ao tempo, eficiência pode ser sinônimo de exclusão. Aqui, nas reformas processuais, carimbada pela supressão de direitos e/ou garantias, mormente constitucionais ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada [...]” (COUTINHO, Jacinto Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena, cit., p. 694). Sobre isso, ver também: MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. Corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013. p. 45-47.

680 VEZZI, Santiago. Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 343.

681 RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 329.

682 CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1, p. 152-153.

a partir de “operação de marketing” que propõe a flexibilidade e a funcionalidade frente à morosidade judicial.⁶⁸³ E, nesse sentido, inegavelmente a ideia de eficiência integra o lastro teórico primordial da sumarização de procedimentos por meio de mecanismos negociais.⁶⁸⁴ Tal intrigante panorama é descrito, inclusive, como ensejador de um “*fast food* jurisdicional” que moldou os preceitos da justiça criminal à compulsão por eficiência,⁶⁸⁵ caracterizando o fenômeno denominado de “McJustice”.⁶⁸⁶

Desse modo, há o avanço de teorias econômicas em busca de redução de custos: introduzem-se “mecanismos de eficiência”⁶⁸⁷ que pretendem possibilitar o máximo de condenações/punições com o mínimo de recursos e tempo possíveis. Conforme **Garapon** e **Papadopoulos**, a *plea bargaining* é sedimentada fundamentalmente a partir de premissas do movimento *law and economics*, “uma corrente doutrinária multidisciplinar que tenta apreender as instituições jurídicas com a ajuda da análise econômica”.⁶⁸⁸ Um dos maiores expoentes de tal

683 “Neste tipo de discurso, a parte teórica executa também uma operação de marketing, pela reiteração dos conhecidos argumentos de maior operacionalidade, funcionalidade, flexibilidade, frente à burocratização, à lentidão e ao caráter estigmatizante do processo tradicional” (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Justiça de oportunidade*, cit., p. 30).

684 “Impondo-se o corolário do paradigma da eficiência, por um lado, este valor age principalmente sobre a pequena criminalidade com uma série de dispositivos que pragmaticamente pleiteiam a culpabilidade do réu (viabilizados no caso brasileiro, por exemplo, pela deturpação negocial dos juizados especiais criminais e pelo instituto da transação penal); doutro aspecto, quanto à criminalidade ‘graúda’, aí há o processo penal de exceção, não apenas com ritos especiais; mas, sobretudo, com a possibilidade permanente e geral do rompimento da regra mediante a própria previsão aberta da legislação” (ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da punição*, cit., p. 56).

685 “A hiperaceleração conduz ao risco extremo para o Estado democrático de direito, principalmente quando não há a compreensão de que existe um tempo do direito que é desvinculado do tempo da sociedade. Nesse contexto, o que se identifica? Uma compulsão por eficiência que transforma o cidadão em consumidor de um genuíno ‘fast food jurisdicional’” (CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*, cit., p. 152).

686 BOHM, Robert M. “McJustice”: on the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006, p. 127-129.

687 “Pode-se constatar a submissão do processo a mecanismos de controle de eficiência (próprios da economia), da redução do acusado a mero objeto destinado a um propósito de irradiação da insegurança. As questões referentes ao problema da pena e à identificação, nesta, de uma finalidade parecem esvaziar-se de sentido” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia (e)m crítica*. Curitiba: Champagnat, 2013, p. 357).

688 GARAPON, Antonie; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56-57.

corrente é **Frank Easterbrook**, que, com base em tais pensamentos, descreve o processo penal como um “sistema de mercado”, um “método de alocação de recursos escassos”, em que as negociações entre acusação e defesa são legítimas ao determinar o custo aceitável (sanção penal consentida pelo réu) da prática do delito.⁶⁸⁹ Contudo, diversas são as críticas a essa construção, visto que a postura utilitarista decorrente finda por fragilizar importantes pressupostos da justiça criminal.⁶⁹⁰

Inquestionavelmente, aqui se coloca a discussão acerca das tendências de mercantilização do processo penal.⁶⁹¹ Nesse sentido, metaforicamente, **Bernd Schünemann** descreve a mudança da teoria do direito, de seu fundamento original na religião até a contemporânea premissa do mercado.⁶⁹² Assim, a barganha se coloca como mecanismo determinante na caracterização da justiça criminal como um “mercado persa”,⁶⁹³ ou um “supermercado moderno”,⁶⁹⁴ em que ilegitimamente direitos fundamentais das pessoas são transacionados.⁶⁹⁵ Esse cenário se coloca patente como expressão de

689 EASTERBROOK, Frank H. *Criminal procedure as a market system*, cit., p. 289-311. Sobre a fundamentação teórica desenvolvida por tal autor e sua análise crítica, ver item 1.2.2 deste trabalho.

690 TULKENS, Françoise. *Justiça negociada*, cit., p. 717; LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 99; ROSA, Alexandre Morais da. *Processo penal eficiente? Não, obrigado*. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente & ética da vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11-37.

691 ANITUA, Gabriel I. *El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*, cit., p. 151-152.

692 “Ao que parece, a única explicação está em uma recente tendência do direito como um todo, a qual se manifesta no acordo e que terá de ser explicitada analiticamente. Testarei aqui essa hipótese, descrevendo, por meio da metáfora do ‘templo’, essa evolução de um direito que, em sua origem, tinha um fundamento religioso, e que se transforma em um direito fundado em uma mera negociação, o que expresse através da metáfora do ‘mercado’. Suspeito que o acordo represente a expansão desse novo modelo de direito ao último ramo do direito que, por assim dizer, ainda se encontra quase no templo, qual seja, o direito penal” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Do templo ao mercado?*, cit., p. 309).

693 “É a introdução da lógica da *plea negotiation*, transformando o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Daí nossa crítica em relação à justiça negociada e aos Juizados Especiais Criminais, verdadeiras expressões do movimento da lei e ordem, na medida em que contribuem para a banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor” (LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 110).

694 Conforme Malcolm Feeley, a *plea bargaining* estabelece um cenário semelhante aos “modernos supermercados em que os preços dos produtos são claramente estabelecidos e etiquetados”, de modo que “os clientes podem reclamar dos preços, mas raramente conseguem barganhar para sua redução” (FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 187-188) (tradução livre).

695 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na*

novas tendências criminológicas em que a gestão de riscos assume primazia na administração do controle punitivo, pois, conforme **Gabriel Anitua**, tal corrente, ao apelar à eficiência, “somente se preocupa em manter a ordem, simbolicamente, na sociedade que está ‘dentro’ do mercado, e almeja manter na periferia, incapacitando ou neutralizando, aqueles que estão ‘fora’”.⁶⁹⁶ Trata-se de pensamento denominado atuarial,⁶⁹⁷ que se caracteriza por adotar abordagens estatístico-mecânicas a partir de dados com comparações de valores numéricos e prognósticos de riscos de suspeitos, ou seja, a substituição de doutrinas complexas por técnicas de gerenciamento eficientes, do pensamento-que-medita para o pensamento-que-calcula.⁶⁹⁸

Diante do exposto, percebe-se que a expansão do Direito Penal, vivificada por concepções eficientistas e mercantilistas do processo, está em compasso com a utilização da barganha e com a imposição de sanções penais céleres a partir da flexibilização de direitos fundamentais, subvertendo-se a função processual limitadora.⁶⁹⁹ tudo isso se amolda em um círculo vicioso de dependência simbiótica e de alimentação recíproca.⁷⁰⁰ Portanto, o argumento que legitima a introdução de mecanismos negociais é falacioso ao apontar a redução da carga de trabalho do Judiciário e dos índices de criminalidade na

perspectiva das garantias constitucionais, cit., p. 113.

696 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 139 (tradução livre).

697 “Em rápida síntese, entende-se por Política Criminal Atuarial o uso preferencial da lógica atuarial na fundamentação teórica e prática dos processos de criminalização secundária para fins de controle de grupos sociais considerados de alto risco ou perigosos mediante incapacitação seletiva de seus membros. O objetivo do novo modelo é gerenciar grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é combater o crime – embora saiba se valer dos rótulos populistas, quando necessário – mas identificar, classificar e administrar segmentos sociais indesejáveis na ordem social de maneira mais fluida possível” (DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*. A criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 20).

698 “Nesse cenário, percebe-se, no campo da criminologia pós-crítica, um vazio teórico-reflexivo, uma sobrevalorização da estatística em que qualquer reflexão filosófica-teórica, sobre o sistema criminal, representa um entrave à gestão eficiente de um sistema de cálculo em que o empírico basta por si mesmo” (BUONICORE, Bruno Tadeu; SILVA, David Leal da. Crítica ao pensamento que calcula: a política criminal atuarial e a decadência do pensamento criminológico. *Boletim IBCCrim*, n. 257, ano 22, p. 12-13, São Paulo, abr. 2014. p. 12).

699 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 142.

700 DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0, cit., p. 645.

sociedade como seu pretense objetivo, ao passo que sua real finalidade é a contínua legitimação da ampliação do controle social por meio do poder punitivo.⁷⁰¹

3.1.2 Barganhas, relações e concessões: a corrupção dos fundamentos e dos papéis dos atores do sistema de justiça criminal

Desvelada a natureza autofágica da barganha em um modelo de Direito Penal expandido, atentar-se-á agora às consequências de tal instituto às premissas do sistema de justiça criminal, especialmente em relação aos papéis desempenhados pelos seus atores fundamentais e às suas relações recíprocas.⁷⁰² Aponta-se aqui uma inquestionável degradação das funções desempenhadas por juízes, promotores, advogados e, inclusive, réus em um panorama processual pautado por negociações e concessões, havendo, assim, uma expropriação dos papéis das partes, em que seus interesses pessoais sobrepõem-se às funções processuais de limitação ao poder punitivo.⁷⁰³ Nesse sentido, **Albert Alschuler** estrutura suas sólidas críticas ao mecanismo negocial a partir da premissa de que há uma indevida subordinação da justiça aos interesses pessoais dos atores do campo jurídico-penal, de modo que se fragiliza a ideia de que o acusador representa os interesses públicos e advogados de defesa exercem os interesses do acusado.⁷⁰⁴ Ou seja, “a *plea bargaining* foi,

701 McCoy, Candace. *Plea bargaining as coercion*, cit., p. 12. Nesse sentido, também: “Quem sai mais beneficiado com esse sistema é a pretensão punitiva do Estado, que assim consegue seu objetivo em maior número, com menor custo e mais rapidamente” (ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 155) (tradução livre).

702 Sobre a influência da postura dos atores na gestão da justiça criminal e na imposição do poder punitivo estatal, ver: CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*, cit., p. 59-111. Nesse sentido, afirma Geraldo Prado: “A definição de um dos problemas centrais da dogmática do processo penal brasileiro passa necessariamente pela postura que juristas e operadores jurídicos tenham adotado (ou estejam adotando) em face da possibilidade de resolver casos criminais empregando-se a técnica do consenso” (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 5).

703 DIEGO Díez, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 49-50.

704 “Minha tese simplesmente aponta que os interesses dos administradores do sistema de justiça criminal são mais influentes do que eles deveriam e precisavam ser. A premissa fática que fundamenta a maioria das defesas da *plea bargaining* – de que os advogados

no essencial, uma construção dos actores processuais, algo criado por eles e para satisfazer antes de tudo interesses deles”.⁷⁰⁵

Por um lado, obviamente o juiz é um dos maiores beneficiados pela realização da barganha e o consequente julgamento imediato do processo, ao passo que reduz substancialmente a sua carga de trabalho⁷⁰⁶ – visto que seus deveres são amortizados, sua preocupação por uma eventual revogação de decisão em sede recursal anulada e suas inquietações por cumprir as metas eficientistas sanadas⁷⁰⁷ – e, mais do que isso, a sua responsabilidade em determinar a responsabilização do acusado. Assim, torna-se recorrente a postura repressora de magistrados diante dos poucos advogados combativos que intentam o questionamento e a fragilização da versão acusatória,⁷⁰⁸ pois “os julgadores visam aos reconhecimentos de culpabilidade do mesmo modo que os vendedores almejam encomendas”.⁷⁰⁹ Embora a aderência dos representantes do Poder Judiciário à *plea bargaining* nos Estados Unidos tenha se dado de modo intrigantemente paulatino, e não imediato,⁷¹⁰ sua generalização se tornou expressiva fundamentalmente a partir do momento em que tais atores começaram a se beneficiar do instituto.⁷¹¹

Também o acusador público é favorecido, pois além de reduzir sua carga de trabalho, o acordo assegura a obtenção de condenações,⁷¹²

de defesa são representantes quase perfeitos para seus clientes e de que promotores são representantes quase perfeitos ao interesse público – é consideravelmente imprecisa” (ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*, cit., p. 691) (tradução livre).

705 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 33.

706 “O juiz, por não influir mais de forma decisiva na solução da causa, tende a se acomodar à solução antecipada, vendo nela maneira rápida de resolução do processo, estimulando e forçando a realização dos acordos” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 267).

707 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 144.

708 HESSICK, Andrew; SAJJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 213; HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 62-63.

709 ALSCHULER, Albert W. *The trial judge’s role in plea bargaining*, cit., p. 1.114 (tradução livre).

710 “Até o meio do século dezenove, a *plea bargaining* encontrava ao menos três obstáculos para sua aceitação judicial: ela servia menos aos interesses dos julgadores do que aos da acusação; acarretava tensionamentos principiológicos com o dever judicial de julgar com base em informações completas; e machucava a arrogância de poder de alguns juízes” (FISHER, George. *Plea bargaining’s triumph*, cit., p. 58) (tradução livre).

711 FISHER, George. *Plea bargaining’s triumph*, cit., p. 129.

712 BIBAS, Stephanos. *Plea bargaining outside the shadow of trial*, cit., p. 2.471.

mantendo, assim, sua imagem pública em conformidade com os recorrentes clamores sociais punitivos.⁷¹³ Portanto, interesses pessoais do promotor são ressaltados⁷¹⁴ e acarretam uma postura ativa, que, em conjunto com o julgador, pressionam o acusado e a defesa a aceitarem a aceleração da condenação.⁷¹⁵ Ademais, inclusive o defensor técnico do acusado tem seu papel desfigurado em razão da proeminência de seus interesses pessoais à realização da barganha.⁷¹⁶ Além de interesses econômicos, ao passo que o encerramento célere do caso possibilita a representação de um maior número de réus,⁷¹⁷ a pretensão de manter boas relações com os demais atores do campo jurídico-penal é determinante à postura incentivadora ao consenso, visando, inclusive, a benefícios em outros processos mais importantes.⁷¹⁸

Desse modo, o panorama exposto corrobora a descrição de **George Fisher**: o inquestionável e inabalável triunfo da barganha no sistema de justiça criminal se dá em razão de sua aderência aos interesses daqueles que detêm o poder na determinação da concretização do poder punitivo estatal.⁷¹⁹ Tal instituto é, portanto, um instrumento a serviço dos interesses do poder,⁷²⁰ protegido e alimentado pelos atores do campo jurídico, e, assim, determinante na configuração das suas relações intrínsecas e do seu funcionamento.⁷²¹

713 DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 60.

714 ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor’s role in plea bargaining*, cit., p. 111; HESSICK, Andrew; SAJJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 191-193.

715 RAUXLOH, Regina E. *Formalization of plea bargaining in Germany*, cit., p. 309.

716 Sobre isso ver item 3.1.6 deste trabalho, em que se analisará criticamente o desaparecimento da defesa em razão da barganha, também em razão da disfunção ocasionada às relações entre advogado e acusado.

717 ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney’s role in plea bargaining*, cit., p. 1.206-1.270.

718 HESSICK, Andrew; SAJJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 210.

719 FISHER, George. *Plea bargaining’s triumph*, cit., p. 229-230. Conforme Luis Diego Díez: “em resumo, todos os operadores jurídicos do processo penal e também o próprio Estado têm em comum o interesse administrativo de uma rápida resolução dos casos facilitada pela prática da barganha” (DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 62) (tradução livre).

720 “Portanto, os acordos transformam o processo penal, concebido anteriormente como um conflito de valores decidido por um juiz terceiro e imparcial, em uma regulação de conflitos regida por critérios de poder e não por critério jurídicos, o que conduz geralmente ao triunfo das autoridades judiciais por uma aliança normativa [...]” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, cit., p. 185) (tradução livre).

721 “O argumento mais amplo atenta ao desenvolvimento da *probation* como a primeira das diversas provas do crescente poder da *plea bargaining* como uma instituição. Ao menos

Segundo **Milton Heumann**, há um processo de adaptação, em que os atores inseridos na mecânica de funcionamento da justiça criminal findam por aderir aos mecanismos negociais, não só por uma imposição sistêmica, mas também (e mais proeminentemente) por um processo de aprendizagem e ensino,⁷²² essencialmente pautado pelas relações entre tais personagens atuantes do campo jurídico, de modo semelhante ao fenômeno descrito por **Pierre Bourdieu** como “habitus” na determinação de um “sentido prático” às suas ações.⁷²³ Outrossim, exemplo proeminente desse cenário em âmbito estadunidense é a descrição do “mito das constituições escritas”, onde a determinação constitucional de que todos os julgamentos deveriam ser realizados por meio de um júri público se tornou letra morta em razão da postura dos atores do sistema criminal.⁷²⁴

Há, portanto, uma “simbiose burocrática”⁷²⁵ que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja, limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e

durante o último quarto do século dezenove, a barganha se tornou um instrumento útil não só para promotores, mas também aos juízes. Servindo aos interesses daqueles com o real poder, a *plea bargaining* se transformou em uma instituição dominante por ganhar a proteção deles” (FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 90) (tradução livre).

722 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 154.

723 O conceito de *habitus* de Pierre Bourdieu, em breves palavras, representa uma gama de dispositivos/determinações que induz os atores de um campo específico a agir e reagir de determinados modos, os quais são generalizáveis, embora não conscientemente coordenados ou governados por uma regra específica (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, cit., p. 59-73). Sobre isso, ver: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sociologia e justiça penal*. Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87-93.

724 “O desaparecimento do julgamento criminal por júri desvela a lição de que pode-se sustentar o mito das constituições escritas. O texto constitucional não se autoexecuta. Ele requer a aderência e o apoio tanto da ordem social e política como dos atores legais. A *plea bargaining* derrotou a Constituição e a *Bill of Rights* porque os atores do campo jurídico – especialmente juízes, promotores e advogados de defesa – preferiram a conveniência de realizar acordos ao rigor dos julgamentos” (LANGBEIN, John H. *On the myth of written Constitutions*, cit., p. 126) (tradução livre).

725 “[...] acordos entre a defesa e a acusação de que um cliente do advogado irá reconhecer sua culpabilidade em troca de leniência para outro são fenômenos comuns. Eles também são indicativo da ‘simbiose burocrática’ que caracteriza a relação entre advogados de defesa e promotores. Quando os defensores estão diante de propostas assim, eles sentem uma grande pressão para consentir com as demandas da acusação” (HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 211) (tradução livre).

por suas perversas relações de cooperação mútua,⁷²⁶ incentivam (ou, melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu. Desse modo, rompe-se por completo com as premissas do processo penal democrático, já que a barganha deturpa integralmente o sistema de justiça criminal.⁷²⁷

Embora exista quem sustente uma maior legitimação da sanção penal imposta pela confissão barganhada,⁷²⁸ resta evidente a irracionalidade determinada por tal prática,⁷²⁹ a qual generaliza a desonestidade como postura recorrente dos atores do campo,⁷³⁰ e converte o sistema em uma “linha de produção em que acusados são coagidos, privados do devido processo, e valorados como menos importantes que a eficiência”.⁷³¹ Nesse sentido, aponta-se que as funções de acusar e julgar se perverteram e se trivializaram a partir dos espaços de discricionariedade abertos aos promotores e magistrados.⁷³² Por outro lado, a pretensão de celeridade almejada por meio dos acordos resta obstaculizada pelo próprio panorama ocasionado pela postura dos atores negociadores, como, por exemplo, a morosidade gerada pelos diversos blefes da defesa em requerimentos para fragilizar o caso da acusação e, assim, obter uma melhor barganha.⁷³³

De qualquer modo, é inquestionavelmente intrigante o corriqueiro

726 FINE, Ralph Adam. *Plea bargaining*, cit., p. 624.

727 “O instituto do *guilty plea* arruína com o ideal de justiça no processo penal norte-americano não apenas à luz de uma análise teórica, mas também sob a perspectiva da prática processual” (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 251).

728 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 178-180.

729 ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*, cit., p. 112.

730 “No final, contudo, o pior aspecto da barganha é simplesmente a desonestidade. A *charge bargaining* tornou as estatísticas da justiça criminal em cinzas. Uma pessoa que cometeu um homicídio doloso é condenada por sua espécie culposa [...] E como premissa de todo o sistema da *plea bargaining* está a mentira que deve ser dita diante da Constituição e da *Bill of Rights*: a mentira de que as pessoas acusadas por crimes graves realmente não querem um julgamento pelo júri” (LANGBEIN, John H. *On the myth of written Constitutions*, cit., p. 124-125) (tradução livre).

731 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 197 (tradução livre).

732 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 100.

733 RAUXLOH, Regina E. *Formalization of plea bargaining in Germany*, cit., p. 308; BOWERS, Josh. *Punishing the innocent*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, p. 1-55, 2008, p. 32.

cenário em que partes teoricamente, e pretensamente, opostas no jogo processual (acusação e defesa) se beneficiam de uma colaboração mútua, fundamentalmente pautada por tal disfuncional relacionamento burocrático.⁷³⁴ Abrem-se, assim, espaços e brechas para ilegítimas manifestações de poder, em que arbitrariedades, inexoravelmente, findam por prejudicar àqueles que carecem de condições para a realização de uma efetiva defesa.⁷³⁵ E, desse modo, a postura dos atores do sistema criminal (e a distorção de seus papéis, provocada pelos institutos negociais) é determinante para o agravamento de uma das principais aporias da barganha (que será analisada no próximo tópico): a condenação de inocentes por meio de acordos e reconhecimentos de culpabilidade forjados com indevidas coações.⁷³⁶

3.1.3 O problema dos inocentes e a coercibilidade da proposta: quando o processo penal desconsidera sua principal função

O desvelamento de casos em que a responsabilidade do acusado, supostamente reconhecida em uma barganha, é questionada se dá historicamente desde os primeiros momentos em que tal prática se realizou. Aponta-se que até Joana D'Arc e Galileu Galilei sofreram coações visando à aceitação do consenso em troca de promessa por leniência, episódios que seriam os mais famosos a expor o problema da inocência nos institutos negociais.⁷³⁷ A desconfiança diante de

734 ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*, cit., p. 79.

735 "O que sucede porque, procedendo desse modo, abrem-se espaços, subtraídos à intervenção do direito, ao jogo de forças em termos de puras relações de poder, em que, naturalmente, prevalece o mais forte sobre o mais fraco, o acusado, em particular quando é pobre, o que costuma ser garantia de uma insuficiente defesa, quando não de autêntica privação de defesa" (ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Por um Ministério Público dentro da legalidade*, cit., p. 29).

736 "Este artigo irá discutir o que alguns doutrinadores denominam de 'problema da inocência' na barganha – a questão de quando e por que acusados inocentes podem reconhecer sua culpabilidade – e para tanto discutir-se-á os modos como promotores, advogados de defesa e juízes podem contribuir para tal problema ao invés de aliviá-lo" (HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 190) (tradução livre).

737 ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and its history*, cit., p. 241; DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma*, cit., p. 17, nota 97.

é excepcional, mas perene nas relações de poder que envolvem as negociações na justiça criminal.⁷⁹⁸ Portanto, como apontado por **Albert Alschuler**, “estudiosos que negam a possibilidade de condenação de inocentes por meio de barganhas são excepcionalmente ingênuos ou completamente cínicos”.⁷⁹⁹

3.1.4 O retrocesso processual autoritário: fortalecimento da confissão, relativização das regras de exclusão de provas ilícitas, ofuscação da publicidade e desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar

Complementarmente às críticas expostas (e também por elas fomentado), a introdução de mecanismos negociais na justiça criminal acarreta inevitável potencialização de traços autoritários em aspectos fundamentais do processo penal.⁸⁰⁰ Violam-se construções doutrinárias arduamente estruturadas a partir do desenvolvimento histórico da dogmática processual penal, fundamentalmente com a aniquilação do réu como sujeito de direitos frente à persecução punitiva estatal.⁸⁰¹ Assim, com a aceitação dos acordos entre acusação e defesa para o reconhecimento de culpabilidade do acusado, desvela-se o ressurgimento da confissão como rainha das provas e fundamento único capaz de sustentar uma condenação; a relativização de regras de exclusão de provas ilícitas, ao passo que não há qualquer controle

aceitar renunciar à oportunidade de sustentar sua inocência na Corte e se autoincriminar em troca de um pretense benefício. O fato de que o sistema de barganha opera de modo totalmente distinto do pensado pela Suprema Corte em 1970, tendo o potencial de condenar muito mais inocentes do que imaginado, significa que a limitação decidida no caso *Brady* falhou” (DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma*, cit., p. 48) (tradução livre). Nesse sentido, também: FINKELSTEIN, Michael O. *A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts*, cit., p. 310-311.

798 DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma*, cit., p. 4.

799 ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*, cit., p. 715 (tradução livre).

800 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116-118.

801 “[...] com o *plea bargaining* vem a ser aniquilada uma das maiores conquistas evolutivas do processo penal reformado na Europa: a posição de sujeito de direito do acusado. Afinal, o *plea bargaining* ocorre de um modo geral sem a presença do próprio acusado, que nesse sentido acaba sendo completamente mediatizado por seu advogado” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Do templo ao mercado?*, cit., p. 253).

acerca da motivação na decisão do promotor em barganhar; a ofuscação da publicidade, pois as negociações incentivam, inexoravelmente, a ocultação de questões fundamentais da persecução penal; e o desaparecimento do contraditório em razão da preeminência da investigação preliminar, já que o convencimento do acusador público e a determinação dos termos do acordo se fundamentam naquilo produzido nas inquirições pré-processuais.

De início, mister ressaltar a ilegítima “hipervalorização da confissão incriminadora”,⁸⁰² ocasionada pela barganha, uma vez que seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca do suposto benefício prometido pelo acusador, em um cenário agravado por ilegítimas coações e pressões, como descrito anteriormente.⁸⁰³ Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como “rainha das provas”,⁸⁰⁴ uma “*probatio probatissima*”,⁸⁰⁵ característico do sistema processual da Inquisição,⁸⁰⁶ o qual autoriza, inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais,⁸⁰⁷ dentro das devidas proporções acerca da intensidade da coerção.⁸⁰⁸ Há aqui um evidente

802 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 104-105 (tradução livre). Também nesse sentido: CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 152.

803 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 116.

804 LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 14.

805 CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, cit., p. 245; ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas, cit., p. 16.

806 “Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu” (EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, cit., p. 138). Sobre isso, ver: COUTINHO, Jacinto Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26-27.

807 LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining, cit., p. 12-19; TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, cit., p. 317-319; ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial, cit., p. 972.

808 Conforme apontado por Geraldo Prado, não se pode comparar os modelos de solução consensual da atualidade com as práticas brutais da inquisição (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 143). Pensa-se que, em intensidade, as torturas medievais destoam do panorama atual de pressões e coerções, que se fundamenta pela ameaça de sanção penal mais severa em caso de exercício do direito ao julgamento. Contudo, há certa

“retorno ao passado”, que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas sólidas e lícitas para a fragilização da presunção de inocência.⁸⁰⁹ A estética da confissão⁸¹⁰ consolidada por meio da economia psíquica,⁸¹¹ que permeia os mecanismos premiais, acarreta a sedimentação do reconhecimento da culpabilidade como prova irrefutável para a condenação, o que remete a um discurso processual em que o contraditório e a defesa são totalmente inviabilizados pelo poder alucinatório da evidência (a confissão inquestionável).⁸¹²

Portanto, ao se legitimar um mecanismo de barganha acaba-se por afastar toda a construção das regras processuais como limitadoras da formação da culpa na justiça criminal.⁸¹³ Autoriza-se que juízes e acusadores empreendam julgamento antecipado acerca da “necessidade” de um processo para a comprovação do fato e de sua autoria, o que, por certo, foge dos espaços legítimos da decisão penal democrática. Nesse sentido, **Milton Heumann** cita uma artificial diferenciação entre factualmente e legalmente culpados: aqueles seriam réus que “se sabe” serem culpados, e estes os

similaridade na construção de um sistema em que a confissão torna-se prova cabal, em regra obtida por meio da referida intimidação ao acusado, embora em uma roupagem modernamente aceita mais facilmente.

809 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 116; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 646.

810 “Com essa transformação, se ganha uma espécie de vantagem discursiva sobre qualquer espécie de defesa ou justificativa que venha a fazer o acusado. O fato, mera reminiscência histórica, diluído num dispositivo mnemotécnico, se liquefaz na documentação, sempre vigiada e mantida em segredo, fora do alcance do acusado. E mais, ao possuir o corpo do acusado, a extorsão da confissão, pelo interrogatório, institui o magistrado num saber que se encontra para além do fato. É daí que se torna possível conhecer a verdade plena, o ser delinquente, suas intenções, razões, motivos, sua vida, enfim” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*, cit., p. 338).

811 “Esta economia psíquica permite também, ao acusado, pela interferência que produz no produto sedimentado no processo, e de acordo com a captura psíquica que exerce sobre o inquisidor induzi-lo a erro, seja na delação dos copartícipes, sejam eles pessoas da comunidade ou entes fictícios. Como arrependido, cooperador, seus serviços prestados podem lhe render uma pena mais leve. Fato é que a colaboração permitiria antes de tudo desenterrar verdades até então incognoscíveis” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*, cit., p. 152).

812 “Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório” (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*, cit., p. 3).

813 McCoy, Candace. *Plea bargaining as coercion*, cit., p. 19.

acusados cuja culpa é provada com respeito às regras processuais.⁸¹⁴ Tal construção, entretanto, se mostra completamente inadmissível diante dos pressupostos de um processo penal democrático, visto que juridicamente somente é culpado aquele que tiver sua presunção de inocência fragilizada por meio de lastro probatório suficiente e lícito, produzido em conformidade às regras do devido processo penal, e somente a partir da irrecorribilidade da condenação.⁸¹⁵

Ademais, em um sistema permeado pelo mecanismo da barganha, impossibilita-se qualquer controle acerca da licitude das provas,⁸¹⁶ já que a deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive provas ilícitas ou preferências pautadas por preconceitos, por exemplo.⁸¹⁷ Aqui cumpre citar, exemplificativamente, emblemático caso julgado pela Suprema Corte do estado de Illinois (*People vs. Heirens*, de 1954), no qual se apontou a admissibilidade de barganha obtida com base em provas produzidas por meio de interrogatórios em hospital com a utilização de substâncias alucinógenas, empregadas por psiquiatra conforme ordens do promotor do caso.⁸¹⁸ Outrossim, segundo posição jurisprudencial estadunidense, a realização da barganha sana qualquer vício anterior na persecução penal, de modo que o acusado fica impossibilitado de arguir qualquer nulidade precedente ao momento do acordo em sede de eventual recurso.⁸¹⁹ Nesse cenário, sem qualquer limitação a provas produzidas de modo ilícito ou a violações procedimentais, incentiva-se a atuação arbitrária

814 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 58-59 e 100-102.

815 GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*, cit., p. 89-99; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 547-553. Conforme Rubens Casara, em referência ao mecanismo negocial proposto no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal brasileiro: “o procedimento sumário desonera o Ministério Público de provar os fatos descritos na denúncia, afastando-se assim a dimensão probatória do princípio constitucional da presunção de inocência. Têm-se pena sem prova (sem a necessidade do Ministério Público fazer prova) e, em consequência, sem contraprova (sem a possibilidade da defesa reagir)” (CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 152).

816 ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*, cit., p. 79.

817 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 196.

818 ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*, cit., p. 72-75.

819 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 105; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 51.

do poder estatal durante as investigações preliminares ou no início do processo.⁸²⁰

Com relação à ofuscação da publicidade, a possibilidade de acordos entre acusação e defesa inevitavelmente fomenta a realização de negociações informais,⁸²¹ o que remonta a situações de julgamentos secretos, sem a presença do réu.⁸²² Conforme **Albert Alschuler**, o procedimento da barganha se dá de “portas fechadas, sem nem respeitar as regras mais rudimentares”.⁸²³ Por fim, todo esse panorama aponta para o fortalecimento da investigação preliminar, visto que a realização e o conteúdo do acordo se determinam com base nos elementos produzidos na fase pré-processual da persecução penal.⁸²⁴ Portanto, a produção do lastro probatório que determinará a condenação do réu ocorre na investigação, sob o comando do Ministério Público, visando a “reunir o arsenal suficiente ao convencimento do suspeito a receber antecipadamente uma pena sem processo”.⁸²⁵ Tal fenômeno é denominado por **Bernd Schünemann** como “apoteose do inquérito”, o qual explicita uma “inversão de todos os valores em que se baseia toda a prática processual continental europeia”.⁸²⁶ Por certo, há aí um “extravasamento da função da fase de investigação”,⁸²⁷ o qual se soma à violação das possibilidades de

820 “Muitas regras de exclusão de provas ilícitas, ao menos em parte, são desenvolvidas para desencorajar condutas ilegais ao assegurar que tais atos não poderão contribuir ao sucesso da persecução. Contudo, sob o sistema de barganha, condutas inconstitucionais frequentemente são determinantes para a condenação” (ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*, cit., p. 82) (tradução livre). Também nesse sentido: ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*, cit., p. 713.

821 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 69; MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09), cit. Sobre a importância da publicidade e suas violações ocasionadas pela barganha, ver: ANITUA, Gabriel I. *En defensa del juicio*, cit., p. 155-157.

822 BOVINO, Alberto. *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 72.

823 ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.270 (tradução livre). De modo semelhante: TURNER, Jenia I. *Plea bargaining across borders*, cit., p. 1.

824 SCHÜNEMANN, Bernd. *Audiência de instrução e julgamento*, cit., p. 238; BOVINO, Alberto. *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 84.

825 BORGES, Clara Maria Roman. *Um olhar para além dos sistemas processuais penais*, cit., p. 165.

826 SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, cit., p. 186 (tradução livre).

827 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 307.

defesa e à obstaculização do contraditório decorrentes da primazia de atos produzidos unilateralmente sem o devido controle judicial.⁸²⁸

3.1.5 O desequilíbrio da balança entre os atores processuais: promotor como acusador e julgador. Há igualdade entre as partes na barganha?

Além das críticas até aqui apontadas, a configuração de um modelo negocial de justiça criminal acarreta a hipervalorização da atuação do acusador, o que se concretiza em meio à já descrita desvirtuação generalizada dos papéis dos atores do campo jurídico-penal.⁸²⁹ A função realizada pelo promotor no jogo processual adquire uma relevância ímpar em razão da variedade de aspectos por ele desenvolvidos,⁸³⁰ expandindo em muito a caracterização do Ministério Público como instância de controle do crime,⁸³¹ por meio da informalização da resposta estatal ao delito.⁸³² Assim, aponta-se a configuração de um “sistema hipócrita de justiça”,⁸³³ em que o poder punitivo se realiza fundamentalmente a partir de decisão do acusador por meio da usurpação das funções decisórias do julgador.⁸³⁴ Esse é o cenário descrito por Milton

828 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 117. Conforme Rubens Casara, referindo-se ao mecanismo negocial previsto no projeto de reforma integral do Código de Processo Penal brasileiro: “Note-se que o processo, sempre que exteriorizado através do procedimento sumário, deixa de ser ‘um procedimento em contraditório’. Não há qualquer tentativa de verificação fática da imputação em juízo: inexistente no procedimento sumário previsto no PLS 156/2009 a legitimação cognitivista da jurisdição” (CASARA, Rubens R. R. O acordo para aplicação da pena, cit., p. 151).

829 Sobre isso, ver item 3.1.2 deste trabalho.

830 DIEGO DIEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 74.

831 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 471.

832 ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*, cit., p. 308-309. Conforme o autor: “Nós podemos, a partir da análise das execuções de processos e do desenvolvimento de pessoal no Sistema de Justiça Criminal, afirmar a clara tendência global: a Jurisdição penal é deslocada amplamente pelas soluções processuais do Ministério Público” (idem, p. 308).

833 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 42 (tradução livre). Aponta-se, inclusive, uma aproximação ao sistema inquisitivo medieval, em que havia a concentração das funções no papel do inquisidor (LANGBEIN, John H. *Torture and plea bargaining*, cit., p. 17-18).

834 “Com efeito, nos casos em que se deixa nas mãos do órgão acusador a discricionariedade de investigar ou não, de suspender ou não o procedimento investigatório; no momento em que a decisão é homologada pelo órgão jurisdicional, sem possibilidade de exame dos requisitos formais e substanciais, o Ministério Público assume as funções típicas

Heumann, que, com base em pesquisa empírica na justiça estadunidense, assinala a afirmação generalizada dos promotores em entrevistas acerca da “insignificância relativa dos juízes” e a “regularidade de realização de atividades do magistrado pelo acusador”.⁸³⁵

Viola-se, portanto, a divisão dos poderes de acusar e julgar,⁸³⁶ fundamental à adequação ao sistema acusatório, ao passo que se caracteriza a concentração de tais responsabilidades na figura do promotor,⁸³⁷ o que acaba por subverter princípios basilares do processo penal.⁸³⁸ Descreve-se com exatidão uma “invasão da reserva do juiz”,⁸³⁹ que não se submete mais exclusivamente à lei, mas à suposta vontade das partes.⁸⁴⁰ A decisão acerca da culpabilidade do réu é realizada pelo promotor (a partir de elementos produzidos na investigação preliminar),⁸⁴¹ em violação aos princípios do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*,⁸⁴² o que tem caracterizado o fenômeno descrito pela doutrina como consagração do Ministério Público como “um juiz às portas do tribunal”.⁸⁴³ Percebe-se uma cristalina tendência de aumento em importância das funções do promotor na história jurídica estadunidense,⁸⁴⁴ a qual atingiu seu ápice com o “triunfo da *plea*

do órgão julgador” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 103).

835 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 94 (tradução livre).

836 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 110-115.

837 ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 150.

838 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484; ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio, cit., p. 158-159. Sobre as consequências inquisitivas da barganha, em oposição às teses de que a justiça negocial é reflexo inevitável do modelo acusatório de atuação das partes e passividade judicial, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 953, p. 261-279, 2015.

839 TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade*, cit., p. 67-69.

840 “Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo Tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, a doutrina afirma que o promotor é o juiz às portas do tribunal” (LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 120).

841 LANGBEIN, John H. On the myth of written Constitutions, cit., p. 124; LYNCH, Gerard. *Plea bargaining*, cit., p. 296.

842 DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Justiça consensual e tutela dos direitos individuais*, cit., p. 71.

843 DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 484.

844 DERVAN, Lucian E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror,

bargaining”, conforme exposto por George Fisher.⁸⁴⁵

Contudo, há quem questione tal crítica, afirmando que, na verdade, caracteriza-se uma “mudança no papel do juiz”, uma vez que o magistrado exerceria a função de controle da legalidade do acordo realizado.⁸⁴⁶ Conforme **Scarance Fernandes**, no modelo negocial comumente adotado em países de origem continental, o julgador assume um “tríplice papel”: apreciar o mérito para testar a possibilidade de absolvição ou extinção da punibilidade; examinar a qualificação jurídica do fato; e, constatar a voluntariedade e a inteligência da aceitação do acusado.⁸⁴⁷ Essa tentativa de atenuação da referida aporia da barganha (usurpação dos poderes decisórios pelo acusador) não é capaz de afastar a sua cristalina configuração prática, ao passo que, além do anteriormente descrito esvaziamento do controle por meio da homologação judicial (a qual se realiza de modo formal e automático),⁸⁴⁸ ainda que devidamente limitado, o poder do representante ministerial extrapola qualquer espaço legítimo em um processo penal democrático, já que a decisão acerca da pertinência do processo, da culpabilidade do acusado e da sanção penal a ser imposta se determina fundamentalmente pela opinião do promotor.⁸⁴⁹

Assim, a já existente e evidente desigualdade entre acusação

cit., p. 244-246.

845 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 13-39.

846 LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 42. Nesse sentido, a Corte Constitucional italiana afastou a inconstitucionalidade do mecanismo negocial em razão da violação do princípio da sujeição do juiz unicamente à lei sob o (inconsistente) argumento de que o controle do acordo entre as partes é realizado no momento da homologação (DIEGO DIEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 159-161).

847 FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 258. Contudo, o autor admite a inevitável expansão dos poderes do Ministério Público em sistemas marcados por alternativas de ritos (idem, p. 264).

848 ALSCHULER, Albert W. The trial judge's role in plea bargaining, cit., p. 1.062-1.064. Sobre isso, ver item 1.2.3 deste trabalho.

849 Nesse sentido, ainda que negue uma total usurpação da função decisória, Malcolm Feeley afirma que: “No modelo da barganha, o ator central do sancionamento não é o juiz, mas sim o promotor. Ele não só exerce sua tradicional discricionariedade para determinar as imputações, mas também definirá a culpabilidade e a sentença. Embora o promotor não usurpe oficialmente da autoridade judicial para condenar e sentenciar, a instituição da barganha depende da credibilidade do promotor e da previsibilidade de que o juiz aceite as recomendações do acusador” (FEELEY, Malcolm M. *The process is the punishment*, cit., p. 28) (tradução livre).

e defesa, perene ao processo penal,⁸⁵⁰ resta intensamente agravada em um sistema pautado pelo mecanismo da barganha.⁸⁵¹ Ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) as funções do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal.⁸⁵² A situação se caracteriza de modo absurdo: diante da inefetividade estatal, que se mostra incapaz de produzir provas lícitas suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado, o acusador público oferece benefícios para possibilitar uma condenação consentida, essencialmente pautada por coações ilegítimas, o que “explode por completo a desigualdade de condições em que o acusado se encontra desde o início da persecução”.⁸⁵³ Ou seja, “a *plea bargaining* não constitui uma negociação autêntica entre duas partes no mesmo plano. Não existe igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório”.⁸⁵⁴ Tal cenário, por certo, resta intensamente problemático no panorama da justiça criminal brasileira,⁸⁵⁵ pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória, o que acarretará o fortalecimento dos efeitos perversos da barganha.⁸⁵⁶

850 Sobre a igualdade no processo penal e sua relação com o contraditório e a separação das funções de acusar e julgar, ver: COSTA, Paula Bajer F. M. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2001. p. 89-139.

851 “No âmbito de uma estrutura autoritária de processo como é de sua natureza a do processo penal, o arguido encontra-se necessariamente em uma posição de inferioridade em relação aos actores judiciais, cujo papel social que desempenham os coloca numa posição de superioridade. Neste contexto, a liberdade para negociar é mais ilusória do que real. Longe de contribuírem para a igualdade das partes, os processos negociados reforçam a desigualdade, já que ‘o contrato é também instrumento privilegiado de domínio do forte sobre o fraco’” (RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 240).

852 “Assim sendo, ele também sevia mortalmente o núcleo essencial da garantia da paridade de armas, ao hipertrofiar os poderes do acusador: este último, na prática, substitui juiz e jurados, concentrando os poderes de formular a acusação, julgar a causa e fixar a pena” (MALAN, Diogo Rudge. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº 156/09), cit., p. 3). Sobre a paridade de armas no processo penal, ver: VIEIRA, Renato Stanzola. *Paridade de Armas no Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 163-236.

853 VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 349 (tradução livre).

854 COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 47.

855 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 83 e 224.

856 Conforme Eduardo Costa, a barganha é “um procedimento que aliás agrava extraordinariamente as desigualdades sociais (e étnicas, também) não só pelo seu casuismo, como também porque a negociação (melhor dito, a capitulação) será

Portanto, a premissa fundamental dos mecanismos negociais, que fundamenta sua legitimação como um acordo entre partes livres e em situação de igualdade,⁸⁵⁷ é falaciosa e ilusória diante das consequências práticas da barganha no sistema de justiça criminal,⁸⁵⁸ especialmente agravadas pela usurpação das funções decisórias pelo acusador.⁸⁵⁹ Cristalinamente, há uma guerra de/por poderes entre os atores do campo jurídico-penal,⁸⁶⁰ que finda por inevitavelmente prejudicar aquele que é o mais frágil no cenário da persecução punitiva: o acusado.⁸⁶¹

3.1.6 O desaparecimento do processo e da defesa: questionando a renunciabilidade de tais direitos. Da crítica à ilusão de autonomia ao desvelamento da punição pela não renúncia

Conforme exposto anteriormente, o sistema de barganha acarreta a desvirtuação dos papéis exercidos pelos atores do campo jurídico-penal, distorcendo seu relacionamento processual e seus espaços de atuação. Contudo, o ponto de maior tensionamento diz respeito à obstaculização do direito de defesa, já que os mecanismos

geralmente aceite por aqueles que têm poucos ou nenhuns recursos económicos, dado que a defesa em audiência representa, além de um elevado risco, um enorme encargo financeiro. É esta a nua e crua realidade da *plea bargaining*" (COSTA, Eduardo Maia. Princípio da oportunidade, cit., p. 46).

857 LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 128-133.

858 "Num contexto estrutural deste tipo, liberdade de negociação é mais ilusória do que real. Longe de contribuir para igualdade das partes, os procedimentos negociados podem reforçar suas desigualdades [...]" (TULKENS, Françoise. Justiça negociada, cit., p. 713). Nesse sentido, também: RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 240.

859 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 118.

860 GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, cit., p. 114.

861 "O tema da celeridade da justiça está, pois, omnipresente no debate sobre a justiça negociada. Com esta, é o paradigma da justiça proclamada por um terceiro imparcial e garante dos direitos dos mais fracos que está posto em causa, mas à custa exatamente dos mais fracos. Os problemas de gestão do sistema penal exigem soluções técnicas e de funcionamento, e não alteração das regras do jogo. Traduz uma singular degradação do Estado de Direito que considerações práticas coloquem exigências ao nível da aplicação da lei" (RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, cit., p. 241).

consensuais afastam o acusado de sua característica posição de resistência à pretensão punitiva estatal.⁸⁶² Nesse sentido, pode-se apontar uma contemporânea tendência de redução ao espaço de exercício do direito de defesa.⁸⁶³ Essencial perceber que, em um ordenamento pautado pela possibilidade de barganha, há a completa distorção da atuação defensiva, fundamentalmente ocasionada pela corrupção da relação entre o réu e seu advogado diante das negociações e das supostas vantagens de eventual acordo para reconhecimento de culpabilidade.⁸⁶⁴ Aponta-se que a essência última da barganha clama por assistências defensivas inadequadas,⁸⁶⁵ pois, conforme Albert Alschuler, "o sistema negocial é um método inerentemente irracional de administração da justiça e necessariamente destrutivo às relações entre cliente e advogado".⁸⁶⁶

Nesse diapasão, afirma-se que tal arquétipo acarreta inevitáveis tentações à defesa técnica no sentido oposto aos interesses do acusado,⁸⁶⁷ de modo que inclusive profissionais preparados e bem intencionados findam por adotar posturas contrárias à atuação processual legitimamente mais benéfica ao réu.⁸⁶⁸ Resta cristalino que o aconselhamento ao réu se realizará por alguém diretamente interessado em seu reconhecimento de culpabilidade,⁸⁶⁹ seja por visar

862 DIEGO DIEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*, cit., p. 50.

863 "É preciso pontuar a tendência acentuada, revelada nos últimos anos, de comprimir o espaço do direito de defesa no processo penal. Ora o direito de defesa é substituído por comportamentos processuais do acusado, aos quais se atribui eficácia jurídica no plano da resolução da questão principal – assim são as chamadas soluções de consenso –, ora pura e simplesmente este espaço é reduzido, a pretexto de controlar as formas graves de criminalidade que estão se manifestando nos dias atuais" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 120). Sobre o direito de defesa no processo penal, ver: SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: RT, 2004. p. 207-241.

864 "Por último, a barganha elimina todo o conteúdo possível do direito de defesa, circunstância que em si mesma permite questionar fundamentalmente a 'certeza' necessário ao Tribunal para sentenciar uma condenação [...]" (BOVINO, Alberto. Procedimento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 80) (tradução livre).

865 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 189. Também é essa a descrição realizada por Milton Heumann a partir de pesquisa empírica com entrevistas a advogados: HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 190, nota 23.

866 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.180 (tradução livre).

867 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 219.

868 ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining, cit., p. 1.180.

869 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p.

a benefícios econômicos, políticos ou ingênua escusa aos temores diante dos riscos do processo.⁸⁷⁰

Tal cenário é evidenciado quando se desvela a existência de profissionais que nunca conduziram uma defesa diante de um júri estadunidense,⁸⁷¹ ou seja, há uma patologização prática da atuação do advogado, o que pode ocasionar indevidas pressões para o aceite do acordo⁸⁷² ou até atitudes desonestas⁸⁷³ ou, ainda, visando a interesses alheios ao caso concreto em questão.⁸⁷⁴ Por outro lado, patronos “bem intencionados” são fragilizados pelo medo de clamarem os direitos dos acusados no processo e findarem por acarretar uma sanção penal mais grave em razão do não aceite ao acordo.⁸⁷⁵ O modelo negocial, portanto, incentiva advogados desonestos ao mesmo tempo em que fomenta impulsos e pressões aos honestos,⁸⁷⁶ ou seja, “a tentação à barganha acarreta uma barreira na habilidade do advogado de defesa em recomendar o acusado integralmente e imparcialmente sobre a adequação de um reconhecimento de culpabilidade”.⁸⁷⁷

Em um panorama assim descrito, o advogado se afasta de sua posição precípua, ao passo que sua função primordial torna-se o dever

207.

870 *Idem*, p. 219-220.871 FINE, Ralph Adam. *Plea bargaining*, cit., p. 624.872 RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*, cit., p. 59; ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.191-1.192.873 Conforme Regina Rauxloh, na Alemanha é comum a falta de informação ao acusado sobre eventual renúncia ao direito de recurso da condenação, a qual muitas vezes não é fornecida pelo advogado constituído (RAUXLOH, Regina E. *Formalization of plea bargaining in Germany*, cit., p. 312-313).874 Cita-se, por exemplo, casos em que o advogado sugere o aceite à barganha visando a favorecimentos do acusador públicos em outros processos por ele patrocinados (ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.215).875 “O advogado, temeroso de que o seu aconselhamento no sentido da não aceitação da via simplificador, com perda das vantagens oferecidas, o prejudique se houver condenação, tende a orientar o seu cliente a concordar, protegendo-se de eventual descrédito quanto ao seu conhecimento e a sua habilidade profissionais. [...] Cria-se um círculo vicioso e perigoso em que o advogado e o acusado concordam em virtude do receio de uma solução negativa e não em razão de uma avaliação segura da possibilidade de condenação” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, cit., p. 267). Também nesse sentido, ressaltando que, em caso de dúvida, o advogado tende a incentivar o acordo: ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 41.876 ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.198-1.205.877 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 220 (tradução livre).

de prever o resultado final de eventual julgamento com a comunicação ao cliente de suas chances de absolvição, o que se calcula sob a sombra das ilegítimas pressões exercidas por ameaças de sancionamento mais severo em caso de não reconhecimento da culpabilidade.⁸⁷⁸ Portanto, caracteriza-se uma “relação esquizofrênica”,⁸⁷⁹ em que o advogado parte de uma presunção de culpabilidade inicial, que geralmente acarreta a indicação de sugestão no sentido de aceite à barganha, para, em caso de recusa, adotar posição defensiva que evidentemente não responde adequadamente ao mínimo de confiança necessária à relação entre cliente e advogado.⁸⁸⁰

Desse modo, outra premissa supostamente legitimante da justiça negocial – a assistência adequada do advogado técnico para assegurar a decisão livre e informada do acusado – mostra-se falaciosa e inadequada diante da concretização prática da barganha no campo jurídico-penal, ao passo que todos os atores, inclusive os defensores técnicos, padecem às pressões burocráticas e aos conflitos de interesses que caracterizam tal modelo.⁸⁸¹ Portanto, “a dificuldade no fornecimento de uma efetiva assistência defensiva na justiça negocial reflete a natureza intolerável do próprio sistema por ela ocasionado”.⁸⁸²

Ademais, assinala-se, assim, uma presunção de culpabilidade,⁸⁸³ em completa violação à essencial e democrática presunção de inocência,⁸⁸⁴ compartilhada inclusive pelo advogado de defesa, que, a partir de sua indevida necessidade de ponderar a situação do cliente em momento inicial da persecução penal, em situação permeada por pressões e coações do sistema burocrático, acaba optando por incentivar a aceitação da barganha, consolidando postura semelhante a uma “premissa geral de que todos os seus clientes são

878 ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and the death penalty*, cit., p. 680.879 ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.311-1.312.880 BIBAS, Stephanos. *Plea bargaining outside the shadow of trial*, cit., p. 2.478.881 ALSCHULER, Albert W. *Personal failure, institutional failure, and the sixth amendment*, cit., p. 149; HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. *Plea bargaining and convicting the innocent*, cit., p. 219-220.882 ALSCHULER, Albert W. *The defense attorney's role in plea bargaining*, cit., p. 1.313 (tradução livre).883 HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*, cit., p. 58-61.884 Como já exposto, a presunção de inocência é pedra de toque de um processo penal democrático, e para sua análise detalhada remete-se a: MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, cit., p. 173-261; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 235-239.

culpados na prática”.⁸⁸⁵ Tal cenário se agrava intensamente em um panorama de precariedade da defesa pública fornecida a acusados necessitados, o que é característico nos Estados Unidos e no Brasil.⁸⁸⁶ Tudo isso, inescapavelmente, acarreta espaços de discricionariedade a arbitrariedades e preconceitos, em que a atitude defensiva se determina com base em critérios ilegítimos e discriminatórios.⁸⁸⁷ Nesse sentido, a partir de pesquisa empírica, **Vanessa Edkins** atesta que a raça do acusado pode determinar diretamente a postura do seu advogado quanto à recomendação acerca da aceitação da barganha, pois seu estudo demonstra que um acusado negro recebe três vezes mais sugestões no sentido de reconhecer sua culpabilidade.⁸⁸⁸

Por outro lado, além da completa distorção e da obstaculização ao exercício do direito de defesa acarretadas pela sistemática característica de um sistema de justiça criminal negocial, deve-se também atentar para importantes questionamentos acerca da sua renunciabilidade. Na doutrina estadunidense, descreve-se um debate entre a inalienabilidade dos direitos e a autonomia contratual das partes em liberdade:⁸⁸⁹ opõem-se autores que defendem a possibilidade de negociação de direitos em troca de benefícios⁸⁹⁰ àqueles que apontam a inconstitucionalidade do intercâmbio que envolva a liberdade do acusado,⁸⁹¹ embora majoritariamente se

885 HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea bargaining and convicting the innocent, cit., p. 211 (tradução livre).

886 Sobre a situação estadunidense, ver: TURNER, Jenia I. Judicial participation in plea negotiations, cit., p. 512.

887 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*, cit., p. 124-125; RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany, cit., p. 308; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*, cit., p. 491.

888 EDKINS, Vanessa A. Defense attorney plea recommendations and client race: does zealous representation apply equally to all? *Law and Human Behavior*, v. 35, n. 5, p. 413-425, out. 2011, p. 424.

889 ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate, cit., p. 698.

890 Nesse sentido, emblemática é a afirmação de Frank Easterbrook, em que os termos utilizados expressam profundamente suas premissas instigantes: “Ao reconhecer sua culpabilidade, eles vendem esses direitos ao promotor, recebendo concessões consideradas mais benéficas que o exercício desses direitos renunciados. Direitos que podem ser vendidos são mais valiosos que direitos que precisam necessariamente ser exercidos, do mesmo modo que o dinheiro (que pode ser usado para comprar abrigado, roupas ou comida) é mais valioso para uma pessoa pobre do que a oportunidade de viver em um albergue público” (EASTERBROOK, Frank H. *Plea bargaining as compromise*, cit., p. 1.975) (tradução livre).

891 Jenia Turner descreve certos direitos, como ao recurso e ao processo célere, que não

aceite sem maiores questionamentos a lógica de que se a pessoa é titular de um direito, ele pode ser renunciado.⁸⁹² Contudo, em âmbito de discussões pautadas por pensadores de origem continental, tal problemática se torna complexa: por um lado, questiona-se a possibilidade de extinção do processo sem a produção probatória (pois os efeitos do reconhecimento de culpabilidade, em regra determinados conforme os contornos do instituto da confissão, não acarretam tal consequência, ao passo que inexistente mecanismo semelhante ao *guilty plea* estadunidense), e, por outro, relativiza-se a renunciabilidade do direito de defesa.⁸⁹³

Afora a já desvelada ilusão da liberdade da decisão do acusado para consentir com a barganha,⁸⁹⁴ há quem sustente que o aceite do acordo representa o exercício do direito de defesa.⁸⁹⁵ Entretanto, pensa-se que tal afirmação não pode prosperar, visto que, segundo **Alberto Bovino**, para isso é necessária ao menos a adoção de uma postura de mínima resistência.⁸⁹⁶ Ainda que existam teses que asseguram a inocorrência de qualquer renúncia a direito fundamental na realização da barganha,⁸⁹⁷ evidencia-se que o reconhecimento da culpabilidade em acordo negocial acarreta o afastamento do direito à prova, à defesa, à presunção de inocência, ao contraditório, entre

podem ser renunciados conforme posicionamentos de certas cortes estadunidenses (TURNER, Jenia I. *Plea bargaining across borders*, cit., p. 35-36).

892 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*, cit., p. 91.

893 VEGEZZI, Santiago. Juicio abreviado, cit., p. 362.

894 Rosimeire Leite sustenta que, em lugar de restringir a atuação do réu com a irrenunciabilidade do direito de defesa, deve-se atentar para a efetivação da proteção das garantias mínimas à realização da barganha, renovando, assim, a crença na liberdade contratual e na suficiência da assistência de advogado para suprir eventuais deficiências (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 34-35). Contudo, como já exposto (ver itens 3.1.3 e 3.1.6), tais afirmações são falaciosas diante das disfunções ocasionadas pela concretização de um sistema negocial, o qual inviabiliza a decisão livre do acusado e a assistência adequada de advogado.

895 “Nessa perspectiva, a renúncia seria não só restrição, mas também forma de exercício do direito fundamental, na qual o titular opta por autorizar limitação com o intuito de obter vantagens que de outro modo não alcançaria” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, cit., p. 31).

896 “Em resumo, defender-se significa, de modo simples, apresentar algum grau de resistência à atividade persecutória. Em consequência, a admissão integral da culpabilidade pelo fato descrito na denúncia, de sua qualificação legal e da sanção penal estabelecida, ou seja, a ‘conformidade’ requerida pelo art. 431 bis, inc. 2, do CPP da Nação da Argentina, não pode ser considerada uma medida defensiva” (BOVINO, Alberto. *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 83) (tradução livre).

897 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 57.

outros.⁸⁹⁸ Contudo, não se quer afirmar que exista proibição à confissão do acusado,⁸⁹⁹ mas problematizar a possibilidade de condenação sem a produção de provas incriminatórias e a consequente extinção do processo com a imposição de sanção penal.

Por um lado, **Fairén Guillén** sustenta que, em abstrato, o direito à defesa é irrenunciável, mas pode ser afastado no caso concreto se presentes as hipóteses autorizadoras do instituto negocial, regulado no respectivo ordenamento jurídico em atenção aos ditames constitucionais.⁹⁰⁰ Todavia, **Geraldo Prado**, aparentemente revendo premissas afirmadas em trabalhos anteriores,⁹⁰¹ sustenta a necessidade de analisar a renunciabilidade do referido direito diante do panorama de desigualdade social (característico no sistema penal pátrio),⁹⁰² que inescapavelmente influi diretamente na impossibilidade de efetiva autonomia pessoal do réu para a decisão livre de abdicar ao exercício do direito ao processo e à defesa,⁹⁰³ de modo a determinar a sua irrenunciabilidade concreta.⁹⁰⁴

898 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado). *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan.-jun. 1970, p. 261.

899 “Nunca se proibiu réu algum de confessar, e isso não teria sentido, pois violaria a liberdade de agir peculiar ao ser humano. Tampouco em terras habituadas a torturas estimula-se a confissão como meio de demonstrar algo. Do ponto de vista puramente formal, nada impediria o Ministério Público de se aproveitar da confissão, como fonte de prova, para aprofundar sua pesquisa e introduzir provas obtidas em razão da fonte. O que acontece agora é que a partir dessa sutil diferenciação, promovida pela indicação de um resultado da atividade processual do réu como meio de prova, no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha” (PRADO, Geraldo. Da delação premiada, cit., p. 10).

900 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español, cit., p. 267.

901 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 124-125.

902 “Tal é, todavia, a força do discurso do consenso e o poder mágico da ideia de liberdade que até mesmos os críticos do sistema penal deslegitimado de nossas terras terminam envolvidos, de um modo ou de outro, pela eficácia sedutora desse discurso libertário e, malgrado denunciem o emprego político do direito penal (e agora do processo penal desformalizado), admitem um estado de liberdade humana absoluto pelo qual o indivíduo, sujeito de direitos, teria o direito natural de privar-se de sua própria vida” (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 186).

903 PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 224.

904 “A irrenunciabilidade do direito fundamental, pelo particular, é o antecedente lógico da indisponibilidade e no campo jurídico invalida, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicção dos direitos individuais” (PRADO, Geraldo. *Transação penal*, cit., p. 189). Nesse sentido, reforçando tal posição: PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico, cit., p. 54-55. Também afirmando a

Assim, antes de possíveis discussões acerca da disponibilidade dos direitos do réu no panorama da justiça negocial, a já descrita coerção inerente às relações traçadas em meio à possibilidade de barganha no processo penal findam por inviabilizar qualquer autonomia de vontade, afastando a decisão livre que é pressuposto de eventual renúncia.⁹⁰⁵ Portanto, a aporia fundamental do instituto consensual, que inviabiliza qualquer espaço de negociação e renúncia em liberdade, diz respeito ao suposto prêmio oferecido em troca do reconhecimento de culpabilidade,⁹⁰⁶ o qual acarreta inevitável distorção das relações processuais e das premissas de um processo penal democrático.⁹⁰⁷ Ou seja, afirma-se que a liberdade não pode ser considerada uma mercadoria para negociação entre o acusado e o Estado,⁹⁰⁸ sob pena de caracterização da justiça criminal como um espaço de fomento a “escambos perversos”.⁹⁰⁹

Ademais, cumpre ressaltar que, muito além de uma questão resolvida entre as opções de renunciar ou não aos direitos processuais, ao acusado é ofertada possibilidade de escolha ilusória,

irrenunciabilidade. Alberto Bovino aponta comparação com a pacífica impossibilidade de um acusado, por mais evidente que seja sua responsabilidade, dirigir-se por vontade própria à prisão para cumprir pena sem que ela seja declarada em sentença condenatória definitiva; de modo semelhante, o réu não pode aceitar cumprir uma sanção penal antes da sentença válida (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 69).

905 “[...] toda renúncia ou consentimento, para ser assim qualificado, precisa de total liberdade de decisão, a qual é inexistente por essência no sistema negocial” (DÍAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho, cit., p. 252) (tradução livre).

906 “Em outras palavras, o problema não se encontra na confissão, mas sim no oferecimento de algo em troca dela” (TEDESCO, Ignacio F. Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, cit., p. 329) (tradução livre).

907 “[...] Assim, se esse direito fosse renunciável, tal abdicção deveria ser livre e voluntária. Contudo, nesse caso o Estado utiliza o mecanismo negocial como elemento de coerção para evitar o livre exercício do direito, provocando renúncias que são inválidas por terem sido obtidas por meio de medidas coercitivas efetivadas por funcionários públicos” (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 77) (tradução livre).

908 “A renúncia à audiência de instrução e julgamento, praticada amplamente no processo penal norte-americano por trás da fachada do processo do tribunal do júri, não pode, em um estado de direito, ser vendida por um prato de lentilhas” (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano, cit., p. 260).

909 “A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução da pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de corrêu, embora infundada, de outros imputados?” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, cit., p. 691).

ao passo que uma eventual negativa à barganha, com o exercício do direito ao processo, finda por acarretar sanção penal mais gravosa ao réu na (quase certa) possível condenação posterior.⁹¹⁰ Em outros termos, o oferecimento de um suposto benefício (que, na verdade, se mostra ilusório na prática)⁹¹¹ em troca do reconhecimento da culpabilidade para o acordo, não caracteriza um prêmio para aqueles que aceitarem tal proposta, mas uma punição (evidentemente intimidante) aos réus que exercerem o direito ao processo.⁹¹² conforme **Gabriel Anitua**, “o que subjaz na suposta redução da pena como ‘prêmio’ à colaboração do acusado, é, em verdade, uma efetiva ameaça de requerer uma sanção mais gravosa em caso de exercício dos direitos e houver condenação”.⁹¹³ Embora a Suprema Corte estadunidense tenha declarado a admissibilidade do “risco de uma sanção penal mais severa”, que acarreta uma “difícil decisão ao acusado”,⁹¹⁴ tal argumento se mostra falacioso na prática diante da perspectiva do acusado frente ao risco (ou, dependendo do nível de punitivismo da respectiva justiça criminal, a quase certeza) da condenação mais gravosa.⁹¹⁵ Assim, há cristalina

910 “O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao ‘acordo’ vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’” (LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 121).

911 GIFFORD, Donald G. Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, v. 1.983, n. 1, p. 37-98, 1983, p. 56.

912 “Desse modo, se apontou que não é legítimo premiar uma confissão com a atenuação da pena, visto que isso deriva, indiretamente, de um agravamento da punição para quem exerce o direito ao silêncio, ou, nesse caso, de submeter-se ao julgamento. Assim, a vantagem passa a ter, como contrapartida, uma ameaça que constitui uma forma de pressionar para a confissão” (TEDESCO, Ignacio F. *Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*, cit., p. 316) (tradução livre).

913 ANITUA, Gabriel I. *El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*, cit., p. 148-149 (tradução livre).

914 Conforme Jenia Turner, no caso *Estados Unidos v. Mezzanatto*, julgado em 1995, a Suprema Corte estadunidense afirmou: “Embora a exposição do réu ao risco de uma sanção penal mais grave claramente possa ter o efeito de desencorajar a opção do acusado pelos seus direitos no julgamento, a imposição dessas escolhas difíceis é uma característica inevitável – e permitida – de qualquer sistema legítimo que tolere e incentive a negociação de reconhecimentos de culpabilidade” (TURNER, Jenia I. *Judicial participation in plea negotiations*, cit., p. 507) (tradução livre). Afirmando que não há punição mais severa a quem exerce o direito ao julgamento: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*, cit., p. 56.

915 ALKON, Cynthia. *Plea bargaining as a legal transplant*, cit., p. 394-395.

violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo,⁹¹⁶ visto que a referida intimidação inviabiliza a decisão livre sobre as eventuais declarações do réu, acarretando uma autoincriminação sob coação.⁹¹⁷

Trata-se da denominada “tesoura sancionatória”,⁹¹⁸ demonstrada empiricamente em estudos específicos⁹¹⁹ e inquestionavelmente exposta em decisões da Suprema Corte estadunidense, como o já descrito em *Bordenkircher v. Hayes* (em que o réu era acusado por emitir cheque falso e devia optar entre aceitar a barganha com prisão por cinco anos ou exercer o direito ao julgamento e correr o risco de uma prisão perpétua por reincidência)⁹²⁰ ou em *Brady v. United States* (onde o imputado optou entre consentir a uma pena privativa de liberdade perpétua ou a incerteza de um processo que poderia findar em pena de morte),⁹²¹ ambos os casos admitidos como lícitos e constitucionais.

Portanto, diante do exposto neste tópico, percebe-se que a barganha acarreta uma ilegítima renúncia ao direito de defesa,

916 Conforme Maria Elizabeth Queijo, “é inegável que os benefícios legais estimulam a colaboração processual que comporta, quase sempre, a autoincriminação. Contudo, desde que não haja nenhuma forma de coação para compeli-lo a cooperar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao *nemo tenetur se detegere*” (QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, cit., p. 258).

917 “Portanto, este prêmio que se oferece ao acusado em troca de seu consentimento atua coercitivamente sobre ele, constituindo, na realidade, uma ameaça: a intimidação de receber uma pena maior em caso de exercício do direito ao julgamento. E por meio dessa ameaça se viola o direito do imputado a decidir livremente sobre sua declaração (*nemo tenetur*)” (CÓRDOBA, Gabriela E. *El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 243-244) (tradução livre).

918 “Como confirmaram as experiências por mim realizadas, as negativas do acusado na audiência não são mais levadas a sério pelo juiz, destrói-se qualquer possibilidade de absolvição, e a pena aplicada acaba sendo influenciada pela chamada tesoura sancionatória (*Sanktionsschere*), isto é, é imposta uma pena mais grave, para que a anterior ameaça dessa pena não pareça, posteriormente, um frívolo blefe de um jogo de pôquer. Com isso, a pena supostamente atenuada vai paulatinamente transformando-se na pena normal, de modo que o acordo, que supostamente confere um desconto da pena ao acusado, se transforma diante de seus olhos em uma propaganda enganosa” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Do templo ao mercado?*, cit., p. 308).

919 DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant’s dilemma*, cit., p. 15, nota 89.

920 LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*, cit., p. 11.

921 ALSCHULER, Albert W. *The Supreme Court, the defense attorney, and the guilty plea*, cit., p. 48-50.

afastando o acusado de sua posição precípua na justiça criminal⁹²² a partir de consentimento afirmado sob indevidas pressões e coações, ou seja, violando garantias fundamentais para a limitação/legitimação da persecução punitiva em um Estado Democrático de Direito.⁹²³ A justiça negocial rompe, em última análise, com a própria noção de processo, uma vez que se mostra fundamentalmente falacioso o argumento de que a sanção penal seria imposta em atenção à jurisdicionalidade motivada:⁹²⁴ os acordos consensuais entre acusação e defesa ocasionam a renúncia ao processo como instrumento de aplicação do direito e contenção de arbitrariedades.⁹²⁵ Trata-se de fenômeno descrito pela doutrina estadunidense como o “desaparecimento dos julgamentos”,⁹²⁶ que elucida o paradoxo de que, em ordenamentos jurídicos caracterizados pela exponencial expansão do número de leis, percebe-se uma intensa redução na quantidade de julgamentos.⁹²⁷

922 “A marca característica da Defesa no processo penal está exatamente em participar do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, cit., p. 121).

923 BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 70; ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadunidense que posibilitan la expansión punitiva, cit., p. 145.

924 “É certo que há acusação, mas não há prova, nem defesa e, desse modo, inexistente sentença válida” (BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados, cit., p. 90) (tradução livre).

925 “[...] quando as reformas se direcionam a unicamente ampliar os mecanismos negociais, e esse é certamente o que pode ocorrer quando se parte de diferenças entre pequena e grande criminalidade, a renúncia acaba por afetar o próprio processo, uma garantia que não deveríamos esquecer que foi conquistada arduamente na história” (ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 284) (tradução livre).

926 GALANTER, Marc. The vanishing trial: an examination of trial and related matters in federal and states courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, n. 3, p. 459-570, nov. 2004; ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*, cit., p. 164-166; BURNS, Robert P. *The death of the american trial*. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 1-7. Conforme Gabriel Anitua, “com essas vontades mancomunadas será possível omitir a recepção oral e pública das provas, e a formulação das conclusões das partes sobre seu mérito. Em outras palavras, se omitirá a realização do julgamento” (ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio, cit., p. 155) (tradução livre).

927 “O desaparecimento dos julgamentos nos alerta que pode haver uma contínua legalização da sociedade acompanhada por uma atrofia da instituição jurídica central e emblemática. O sistema jurídico está prosperando, o Direito se expande e se difunde em meio à sociedade. A cultura é progressivamente pervertida por imagens legais e de julgamentos. Ao mesmo tempo, o controle jurídico se torna menos nítido, menos diferenciado, mais diversificado, menos público” (GALANTER, Marc. A world without

Ou seja, fulmina por completo os pilares da instrumentalidade constitucional,⁹²⁸ “acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo”.⁹²⁹

3.2 A realidade que questiona a “revolução”: críticas empíricas à barganha. Estudo da introdução dos espaços de consenso na justiça criminal brasileira e sua concretização potencializadora de violações de direitos fundamentais

A pós a descrição das críticas ao modelo de justiça negocial em termos amplos, especialmente diante das tendências de expansão de seus espaços de cabimento no processo penal, almeja-se agora demonstrar a concretização prática de tais aporias no cenário brasileiro atual, nos Juizados Especiais Criminais. Embora a aplicabilidade dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo se limitem a casos de menor gravidade e sua regulamentação apresente diferenças em relação à *plea bargaining* estadunidense (a qual é o objeto principal de alguns dos estudos críticos citados),⁹³⁰ constata-se que a realização prática da justiça negocial no Brasil acarreta violações aos pressupostos do processo penal democrático de modo semelhante ao descrito anteriormente, ou seja, as críticas elencadas se verificam no cenário pátrio atual. Nesse sentido, pode-se afirmar, inclusive, que, diante das características gerais da persecução punitiva brasileira (especialmente a seletividade e a desigualdade), as consequências negativas da barganha se ressaltam de modo inevitável, o que, por certo, se agravaria com uma eventual expansão dos espaços de consenso.

Inicialmente, mostra-se relevante descrever o panorama doutrinário que determinou a recepção da Lei 9.099/1995 na época de sua promulgação. Tal diploma foi saudado euforicamente por parte da doutrina, sendo caracterizado como “uma verdadeira revolução

trials? *Journal of Dispute Resolution*, v. 2.006, n. 1, p. 7-33, 2006, p. 33) (tradução livre).

928 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*, cit., p. 28-31.

929 LOPES JR., Aury. *Justiça negociada*, cit., p. 118-119.

930 Em relação à aplicabilidade em tese das críticas desenvolvidas anteriormente, remete-se às considerações iniciais do tópico 3.1.