

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THAIS ROSIAK DA LUZ



A (IN)COMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAINING* AO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTÊMICA COMPARATIVA A PARTIR DO  
BINÔMIO ACUSATÓRIO/INQUISITÓRIO

CURITIBA

2020

THAIS ROSIAK DA LUZ

A (IN)COMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAINING* AO PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTÊMICA COMPARATIVA A PARTIR DO  
BINÔMIO ACUSATÓRIO/INQUISITÓRIO

Artigo científico apresentado ao curso de  
Graduação em Direito, Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Brenner  
Lucchesi.

CURITIBA

2020

## TERMO DE APROVAÇÃO

A (IN)COMPATIBILIDADE DO PLEA BARGAINING AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTÊMICA COMPARATIVA A PARTIR DO BINÔMIO ACUSATÓRIO/INQUISITÓRIO

THAIS ROSIAK DA LUZ

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

Guilherme Brenner Lucchesi  
Orientador

---

Coorientador



---

Rui Carlo Dissenha  
1º Membro



---

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Junior  
2º Membro

## RESUMO

O intuito do presente artigo é averiguar se o instituto do *plea bargaining* é ou não compatível à justiça criminal brasileira, por meio da análise sistêmica comparativa do binômio acusatório-inquisitório. Através do exame dos principais elementos distintivos entre ambos os sistemas de justiça, pretende-se demonstrar que a estrutura procedimental da barganha é inconciliável à realidade processual brasileira, na mesma medida em que as consequências do acordo de barganha tem o potencial de distanciar o processo penal brasileiro da acusatoriedade pretendida pela Constituição Federal de 1988.

**Palavras-chave:** barganha; sistemas processuais penais; acusatório; inquisitório; comparativo; atuação processual das partes; gestão probatória; incompatibilidade.

## **ABSTRACT**

The purpose of this article is to ascertain the incompatibility between plea bargaining and the Brazilian criminal justice system, through the comparative analysis involving the adversarial and inquisitorial systems. Over the exam of the most distinct elements of each system, this article aims to demonstrate that the procedural structure behind plea bargaining is inconsistent with Brazil's criminal process, as well as the consequences of accepting the plea bargain deal have the potential to distance even more the Brazilian criminal procedure of the adversarialism idealized by the Federal Constitution of 1988.

**Keywords:** plea bargaining; systems of criminal justice; adversarial; inquisitorial; procedural role of the parties; evidence control; incompatibility.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>O CENÁRIO ATUAL DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA: ASCENSÃO DOS MÉTODOS NEGOCIAIS</b> .....	<b>6</b>
2.1	A IMPLEMENTAÇÃO DA BARGANHA NO BRASIL E A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE SISTÊMICA COMPARATIVA.....	8
<b>3</b>	<b>OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	<b>9</b>
<b>4</b>	<b>COMPARATIVO SISTÊMICO: MODELO DE DISPUTA X MODELO DE INVESTIGAÇÃO OFICIAL</b> .....	<b>10</b>
4.1	ATUAÇÃO DAS PARTES: DIMENSÃO DE PODER PROCEDIMENTAL E DISPOSIÇÕES INTERNAS DOS ATORES JURÍDICOS .....	11
4.2	GESTÃO DA PROVA: ALCANCE DA VERDADE INTERPRETATIVA X DESCOBERTA DA VERDADE ONTOLÓGICA.....	15
<b>5</b>	<b>BARGANHA ENQUANTO TÉCNICA <i>SUI GENERIS</i></b> .....	<b>17</b>
<b>6</b>	<b>PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE À BARGANHA</b> .....	<b>20</b>
6.1	PECULIARIDADES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL X REALIDADE PROCESSUAL .....	20
6.2	INCOMPATIBILIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO AO PROCEDIMENTO DA BARGANHA .....	21
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>26</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>27</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das principais polêmicas que acometem o processo penal brasileiro diz respeito ao grande volume de processos a serem julgados e a consequente morosidade no julgamento desses feitos. A partir da demanda por um procedimento mais rápido e menos custoso à máquina judiciária, nasceu o debate acerca da implementação da técnica norte-americana do *plea bargaining*<sup>1</sup> na justiça penal nacional, sob a justificativa de que este representa uma oportunidade de sumarização e barateamento do procedimento tradicional.

Pelo fato de ser a barganha um instituto idealizado em sistema processual diverso do brasileiro, o presente trabalho tem por objetivo averiguar sua compatibilidade ao ordenamento jurídico pátrio, tomando por base a análise sistêmica do binômio acusatório/inquisitório. Para tanto, pretende-se demonstrar a importância dos sistemas processuais penais enquanto estruturas procedimentais de significação do processo penal, cuja análise é fundamental para concluir pela adequação ou não de determinado instituto a ser “importado” de outro ordenamento.

Colocando os sistemas inquisitório e acusatório frente a frente, em um exame comparativo de seus elementos distintivos, propõe-se uma compreensão da barganha enquanto técnica de natureza *sui generis*, capaz de agrupar elementos característicos de ambas as sistemáticas. Assim, objetiva-se a reflexão acerca da implementação do *plea bargaining* na justiça brasileira – levando em consideração tanto as peculiaridades do instituto quanto do sistema processual nacional –, com a finalidade de descobrir se a barganha se prestaria a solucionar os problemas que motivaram sua positivação ou se, com esse objetivo, afastaria ainda mais a realidade do processo penal da acusatoriedade idealizada pela Constituição de 1988.

## 2 O CENÁRIO ATUAL DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA: ASCENSÃO DOS MÉTODOS NEGOCIAIS

O Judiciário nacional enfrenta severas críticas com relação à lentidão no trâmite dos processos, que acaba por acarretar dispêndio maior de recursos para sua manutenção. Como reação, é possível vislumbrar movimentação advinda não apenas dos atores

---

<sup>1</sup> Desde logo, reputa-se importante esclarecer que, neste artigo, refere-se ao clássico acordo de *plea bargaining*, e não aos “*pleas*” enquanto gênero negocial.

jurídicos, mas da sociedade como um todo, no sentido de demandar postura ativa dos Poderes Judiciário e Legislativo, para que estes, através de políticas estatais, viabilizem procedimentos mais céleres e eficientes<sup>2</sup>.

É esse o cenário<sup>3</sup> em que os métodos negociais de resolução de conflitos ganham espaço na justiça penal, uma vez que vêm acompanhados da proposta de sumarização de procedimentos<sup>4</sup> – o que potencialmente auxiliaria na redução da sobrecarga do Poder Judiciário, do período em que os processos ficam pendentes de julgamento e do montante gasto na manutenção desses processos.

No contexto de ascensão da justiça penal negociada, um dos métodos que recebeu maior atenção pela dogmática brasileira foi a barganha, já mencionada nos Projetos de Lei nº 8.045/2010<sup>5</sup> e nº 236/2012<sup>6</sup>, ambos do Senado Federal, e no Projeto de Lei nº 882/2019<sup>7</sup> do Ministério da Justiça, os quais buscaram inspiração no instituto do *plea bargaining*, criado no ordenamento jurídico norte-americano.

A razão pela qual o *plea bargaining* tem inspirado as tendências contemporâneas do processo penal é por representar método que objetiva, justamente, um processo criminal mais curto e menos custoso<sup>8</sup>. Criado nas Cortes estadunidenses<sup>9</sup>, o *plea*

<sup>2</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **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, v. 953, mar. 2015, p. 2.

<sup>3</sup> A Lei 9.099/95 é um exemplo real de que, desde a década de 90, a justiça criminal negociada era tema em debate no cenário jurídico brasileiro. A possibilidade de se fazer justiça através de acordos penais é, portanto, questão que intriga os juristas brasileiros há quase três décadas.

<sup>4</sup> Ibidem., p. 6.

<sup>5</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**, com origem no Projeto de Lei nº 156/2009. Projeta reforma integral do Código de Processo Penal.

<sup>6</sup> BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236/2012**. Dispõe sobre a reforma global do Código Penal.

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Projeto de Lei nº 882/2019**. Previa alterações no Código Penal; Código de Processo Penal; Lei de Execução Penal; Lei nº 8.072/1990; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 9.296/1996; Lei nº 9.613/1998; Lei nº 10.826/2003; Lei nº 11.343/2006; Lei nº 11.671/2008; Lei nº 12.037/2009; Lei nº 12.850/2013; Lei nº 13.608/2018. Popularmente conhecido como “Projeto Anticrime”, o PL nº 882/2019 foi convertido na Lei 13.964/2019, entretanto, o trecho do projeto que previa a implementação de “acordo penal” (artigo 395-A) não foi aprovado.

<sup>8</sup> Sobre a pretensão de baratear o trâmite processual penal: “O processo penal não se destina a iniciativas que o considerem um *market system*, aniquiladoras do direito penal ou à comercialização da justiça criminal, como ocorre nas negociações da *plea bargaining*. Ou seja, rechaça-se a consolidação do império da economia processual, pautado por uma tirania da urgência e da aceleração, que, em regra, implementa-se a partir de “operação de *marketing*” que propõe a flexibilidade e a funcionalidade frente à morosidade judicial” (GIACOMOLLI, José Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 20, n. 3, set-dez 2015, p. 1121).

<sup>9</sup> Sobre o contexto de surgimento do *plea bargaining*: “[...] o motivo da instituição do *plea bargaining* não está na convicção em seu especial comprometimento com o estado de direito, mas puramente na situação miserável em que se encontrava a prática jurídica à época de sua origem, que com um moroso tribunal do júri não conseguia processar o grande número de causas penais pendentes”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 254).

*bargaining* consiste na oferta de concessões ao acusado, por parte da acusação, tendo como moeda de troca a assunção da culpa<sup>10</sup> - isso tudo com a finalidade última de sumarizar o procedimento que, caso levado a julgamento, seria consideravelmente mais longo<sup>11</sup>.

Em outras palavras, a barganha pode ser descrita como o câmbio de concessões legais pelo ato de autoincriminação: de um lado, o acusado assume a responsabilidade pelo crime que lhe foi imputado, renunciando ao contraditório, à produção probatória e ao duplo grau de jurisdição<sup>12</sup>; de outro, a acusação oferece benefícios ao acusado, que podem variar entre a redução do número de acusações formuladas, da gravidade da acusação ou da pena sugerida, entre outras vantagens definidas a depender da modalidade do acordo oferecido<sup>13</sup>. Dessa forma, o *plea bargaining* atribui protagonismo às partes processuais, impondo ao acusado o dilema de aceitar ou não as ofertas da acusação.

A barganha diferencia-se, portanto, das demais formas de negociação penal – tais como a transação penal e o acordo de não persecução penal –, por ter o ato de autoincriminação como contrapartida obrigatória e exclusiva a ser oferecida pelo acusado em troca dos benefícios oferecidos pela acusação. Isso significa dizer que, caso a acusação condicione a modulação da pena a outros requisitos que não a confissão, tal acordo não poderá se enquadrar no conceito clássico do *plea bargain*<sup>14</sup>.

## 2.1 A IMPLEMENTAÇÃO DA BARGANHA NO BRASIL E A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE SISTÊMICA COMPARATIVA

Ao se considerar uma técnica processual internacional como possível solução para atenuar quaisquer problemáticas jurídicas nacionais, é razoável impor a análise de eventual divergência entre o sistema processual em que ela foi concebida e aquele ao qual se pretende aplicá-la. A relevância dessa análise nasce, justamente, da necessidade de garantir que o instituto a ser implementado seja capaz de se adaptar às especificidades do

---

<sup>10</sup> ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. Columbia Law Review, 1979, p. 3.

<sup>11</sup> Cabe ressaltar, entretanto, que a sumarização procedimental só é verdadeira nos casos em que há apenas um réu sendo processado, ou quando todos os corréus aceitam determinado acordo. Nas hipóteses em que apenas um, de vários acusados, acata a negociação, o procedimento acaba tendo a duração tradicional.

<sup>12</sup> CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. 2012. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargain\\_ing.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargain_ing.pdf)> Acesso em 17 set 2020.p. 4.

<sup>13</sup> ALSCHULER, op. cit., p. 3.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 4.

sistema processual receptor, e de fato auxiliar a solucionar o problema que se pretendia combater, sem acabar criando novas tensões a serem suavizadas.

Partindo da lógica sistêmica, tem-se que a barganha é um caso de classificação peculiar. Embora o procedimento do *plea bargaining* apresente aspectos eminentemente acusatórios – tal qual a atuação negativa do magistrado<sup>15</sup> –, a doutrina já vislumbrou em suas características aspectos que remetem à lógica inquisitória – especialmente com relação à relativização de garantias processuais.

Por essa razão, a implementação da barganha no Brasil deve ser precedida de minuciosa ponderação: de um lado, sua estrutura procedimental essencialmente acusatória pode confrontar a cultura jurídica nacional; e, de outro, seus requisitos, que se aproximam da lógica inquisitória, podem vulnerar ainda mais as garantias processuais penais cuja efetivação já conta com dificuldades no procedimento tradicional.

Assim, faz-se necessário abordar as características essenciais de cada um dos sistemas processuais penais, a fim de demonstrar que o instituto do *plea bargaining*, de fato, acumula traços de ambos. Será demonstrado, portanto, que a barganha enquanto procedimento remete ao sistema acusatório, ao passo em que os pressupostos para a formulação desse acordo implicam em consequências flagrantemente inquisitórias – impondo, com isso, a análise das possibilidades de compatibilização do instituto com o ordenamento jurídico nacional.

### 3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de abordar as características de cada um dos sistemas processuais penais, é fundamental esclarecer, em primeiro lugar, o que se entende por “sistematização” processual. Para os fins do presente artigo, os sistemas processuais devem ser concebidos como construções teóricas<sup>16</sup>, que influem na estrutura de interpretação e significação do processo penal<sup>17</sup>.

Isto significa dizer que os sistemas processuais, embora intangíveis e, portanto, mutáveis, desempenham papel fundamental na construção da compreensão dos atores

---

<sup>15</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. **Plea Bargaining no Projeto Anticrime: crônica de um desastre anunciado**. Boletim IBCCRIM. Edição Especial: Projeto de Lei Anticrime – Parte I e II. Ano 27, nº 317. Abril, 2019.

<sup>16</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal**. Boletim Informativo IBRASPP - Ano 04, nº 06 - ISSN 2237-2520 - 2014/01, p. 25.

<sup>17</sup> LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, 2004. UCLA School of Law Research Paper No. 05-10, p. 10.

jurídicos acerca de sua função dentro do ordenamento. Dessa maneira, muito mais do que estrutura de classificação abstrata, a sistematização do processo penal deve ser vista como a verdadeira “linguagem procedimental”<sup>18</sup> falada pelos protagonistas de determinado sistema jurídico.

Partindo desse entendimento, adianta-se que, para fins de delimitação do objeto de estudo, os principais elementos distintivos analisados daqui em diante na tentativa de identificar o *modus operandi* de cada sistema serão a gestão da prova e o papel desempenhado pelos atores processuais.

Finalmente, cabe frisar que o presente artigo não terá por enfoque a análise histórica do surgimento e ascensão de cada um dos sistemas processuais penais, priorizando, em sentido diverso, a análise comparativa dos sistemas como se encontram atualmente.

#### **4 COMPARATIVO SISTÊMICO: MODELO DE DISPUTA X MODELO DE INVESTIGAÇÃO OFICIAL**

A partir do comparativo a ser realizado, pretende-se pontuar as diferenças fundamentais entre os sistemas processuais penais acusatório e inquisitório. Mais do que diferenças, quanto aos elementos distintivos analisados – gestão da prova e atuação processual das partes –, será verificado verdadeiro antagonismo entre o procedimento adotado por cada uma dessas sistemáticas.

Conforme anunciado, pretende-se inserir tais pontos de divergência em um contexto e demonstrar como as diferentes interpretações sobre os aqui chamados “elementos distintivos” fazem parte da construção de uma compreensão global acerca do processo penal. Portanto, é somente depois de colocar os sistemas processuais em confronto, evidenciando-os efetivamente como diferentes estruturas de significação processual, que será possível analisar de maneira justa a possibilidade de transplantar – com sucesso – a barganha de um sistema a outro.

Dito isso, para promover tal confronto, serão utilizados como base de comparação o “modelo de disputa” e o “modelo de investigação oficial”, partindo da

---

<sup>18</sup> “In other words, the adversarial and the inquisitorial can be understood as two different structures of interpretation and meaning through which the actors of a given criminal justice system understand both criminal procedure and their role within the system. Within these two procedural structures of interpretation and meaning or “procedural languages,” the same terms or signifiers often have different meanings” (LANGER, 2004, op. cit., p. 10).

concepção de Máximo Langer<sup>19</sup>.

O “modelo de disputa”, segundo Langer, é utilizado para explicar a dinâmica do processo penal acusatório, na medida em que o procedimento pode ser compreendido como uma disputa entre duas partes – acusação e defesa –, perante um julgador passivo<sup>20</sup>. Do outro lado, o “modelo de investigação oficial” é associado ao sistema inquisitório, sendo aquele em que o processo é conduzido por oficiais do Estado, com o objetivo de averiguar se o crime ocorreu ou não e se o acusado foi efetivamente o responsável<sup>21</sup>. É a partir dessa metáfora que Máximo Langer, assim como fizeram outros autores antes dele<sup>22</sup>, identifica as principais características de cada sistemática – seja do ponto de vista da estrutura procedimental ou da acepção subjetiva que os atores jurídicos fazem desse procedimento.

#### 4.1 ATUAÇÃO DAS PARTES: DIMENSÃO DE PODER PROCEDIMENTAL E DISPOSIÇÕES INTERNAS DOS ATORES JURÍDICOS

No modelo de disputa, às partes é atribuído papel de maior protagonismo, vez que são concebidas como verdadeiras “causadoras” do conflito que originou a ação. Dessa maneira, caso uma das partes não identifique no objeto do processo controvérsia suficiente para ensejar a persecução penal, lhe é de direito por fim ao procedimento<sup>23</sup>. Assim, não há obrigatoriedade na atuação da acusação, que pode deixar de oferecer a denúncia caso considere mais vantajoso; de igual forma, se permite ao acusado optar pela descontinuidade do julgamento, pois sua confissão acarreta o avanço do procedimento diretamente à fase de prolação da sentença<sup>24</sup>.

É basicamente isto o que ocorre com os *guilty pleas*: a assunção de culpa pelo acusado como ato de conclusão da instrução processual é perfeitamente natural nessa sistemática, pois, como um dos “donos” desse embate, pode o réu encerrar toda a controvérsia com simples declaração. É nesse mesmo sentido que as discussões éticas sobre os acordos de barganha são menos polêmicas no modelo de disputa<sup>25</sup>, uma vez que

---

<sup>19</sup> LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, 2004. UCLA School of Law Research Paper No. 05-10. p. 20.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>22</sup> DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986, passim.

<sup>23</sup> LANGER, op. cit., p. 21.

<sup>24</sup> LANGER, op. cit., p. 21.

<sup>25</sup> O que não significa dizer que não existem críticas ao *plea bargaining* formuladas por autores que atuam

– justamente por ser o processo concebido como disputa – é permitido aos polos processuais negociar uma resolução<sup>26</sup>.

O que se vislumbra, portanto, é que a estrutura procedimental do sistema acusatório permite que as partes tomem decisões que vinculam todo o processo, independentemente de consulta ao magistrado – que atua tão somente como um fiscal a evitar ilegalidades.

Em sentido contrário, a atuação das partes no modelo de investigação oficial está condicionada à autorização do juiz, que deve deferir ou indeferir a realização de determinados atos processuais. Como o próprio nome já diz, o processo é liderado por um agente oficial do Estado – o magistrado –, que trilha ativamente o caminho a ser seguido pelo procedimento. Portanto, as partes não desempenham papel exclusivo na condução do processo, dividindo o protagonismo com um julgador de postura bastante ativa.

Partindo dessa noção, é razoável afirmar que não há espaço para os *guilty pleas* nessa sistemática. É preciso compreender que, no sistema inquisitório, a conclusão do procedimento está associada ao convencimento do juiz; ou seja, é possível que a confissão do acusado não seja suficiente para que o magistrado forme opinião conclusiva. Com isso, a assunção de culpa por parte do réu não tem o poder de pôr fim à instrução criminal<sup>27</sup>, pois o magistrado pode determinar a produção de outras provas para respaldar sua conclusão sobre o resultado do julgamento.

Ainda sobre a atuação das partes na dinâmica inquisitória, outro aspecto que

---

em sistemas acusatórios. A título de exemplo, Langbein compara a prática da barganha à tortura da Europa medieval: “To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive. There is, of course, a difference between having you limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture, is coercive” (LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The William Crosskey Lecture in Legal History, The University of Chicago Law School, 1978, p. 12-13).

<sup>26</sup> LANGER, op. cit., p. 22.

<sup>27</sup> Ademais, acrescenta-se que os *guilty pleas* não existem no sistema inquisitório, também, pela concepção de “verdade” adotada. Nas palavras de Elisabetta Grande: “Starting from the idea that a third party ascertainment of the truth is possible, the non-adversarial system pursues the discovery of an objective truth (the ‘revered Continental concept of substantive truth’ as opposed to the procedural truth), which I will call ontological truth, based as it is on the belief that an objective reconstruction of reality is attainable” (GRANDE, Elisabetta. *Dances of Criminal Justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth*, p. 146-147. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter. **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: essays in honour of Professor Mirjan Damaska**. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon: 2008.). Dessa maneira, o restante da instrução seria necessário também para que outras provas pudessem ser produzidas para revelar a verdade real.

remete à oficialidade da investigação é o fato de a acusação ser também representada por agente estatal<sup>28</sup> - no caso do Brasil<sup>29</sup>, pelo Ministério Público. Isso implica a construção de inegável hierarquia entre as partes processuais: por ser figura pública, o acusador no sistema inquisitório se reveste de uma camada a mais de autoridade, apresentando-se como uma figura imponente frente ao acusado.

Essa análise a respeito do limite da atuação das partes dentro de um procedimento é chamada por Langer de “dimensão do poder procedimental”<sup>30</sup>. A própria estrutura procedimental, ou seja, a maneira que a lei estrutura determinado procedimento dentro de um sistema de justiça, atribui mais ou menos poder a um ator processual.

Partindo do acima narrado, é possível perceber que o magistrado no sistema inquisitório é figura dotada de maior autoridade institucional do que no sistema acusatório; ao contrário, neste último, as partes – que estão ambas em igual patamar hierárquico – têm espaço de atuação muito mais amplo dentro do processo, tornando-se mais poderosas quando em comparação às partes processuais em sistemas inquisitórios de justiça. Um ótimo exemplo disso é que, usualmente, nos sistemas adversariais, cabe às partes produzir seu próprio dossiê de informações a título de investigação preliminar ou contratar particularmente um *expert* que possa lhes assistir caso necessário – sem que exista um inquérito policial ou perito judicial que ambas as partes devam compartilhar.

Ao lado dessa observação acerca dos poderes procedimentais atribuídos aos atores jurídicos, há que se observar o processo de subjetivação desse entendimento. Em outras palavras, é preciso ter em mente que os profissionais do Direito, em cada sistema de justiça, internalizam as funções que o sistema lhes diz que é sua<sup>31</sup> – por exemplo, um magistrado adaptado à inquisitorialidade identificaria como afronta à sua competência uma tentativa de limitação de sua iniciativa probatória, ao passo em que um magistrado instruído em sistema acusatório teria sido ensinado desde o princípio que essa iniciativa sequer lhe cabe.

Essas “disposições internas”, nas palavras de Máximo Langer<sup>32</sup>, são adquiridas através de inúmeros processos de socialização aos quais são submetidos os atores jurídicos. A graduação, os cursos destinados à aprovação em concursos públicos, e até

---

<sup>28</sup> LANGER, op. cit., p. 24.

<sup>29</sup> No presente artigo, alinha-se ao posicionamento de Jacinto Coutinho, no sentido de que o sistema processual penal brasileiro é eminentemente inquisitório – aspecto este que será abordado no próximo capítulo.

<sup>30</sup> LANGER, op. cit., p. 13.

<sup>31</sup> LANGER, op. cit., p. 12.

<sup>32</sup> Idem.

mesmo o próprio ambiente profissional moldam os profissionais do Direito – em ambos os sistemas de justiça – a compreenderem sua função da maneira que ela é apreendida por aquela sistemática processual<sup>33</sup>.

Com isso, noções existentes no Direito ao redor de todo o mundo – ou, ao menos, nos Estados democráticos de Direito – podem receber significados amplamente diversos a depender da forma que as partes de um processo entendem que o seu papel deve ser desempenhado<sup>34</sup>. Um exemplo perfeitamente ilustrativo é o citado por Elisabetta Grande, com relação à neutralidade do magistrado<sup>35</sup>: os juízes que atuam em sistemas acusatórios concebem a neutralidade enquanto passividade, crendo que faz parte do seu dever permitir que acusação e defesa conduzam por si mesmas o processo; do outro lado, os magistrados atuantes em sistemas inquisitórios de justiça concebem a neutralidade como imparcialidade, considerando justa sua atuação independentemente de interferirem ou não no procedimento, desde que tenham se mantido equidistantes de ambas as partes.

Do acima exposto, é fácil perceber que ambas as dimensões – o poder estrutural e as disposições internas dos atores jurídicos – caminham lado a lado<sup>36</sup>. Ao cogitar a implementação de um instituto processual estrangeiro em determinado sistema de justiça, é preciso considerar que não se estará diante apenas de um procedimento diferente, mas de atores jurídicos que aprenderam (e apreenderam) o Direito sob ótica amplamente diversa<sup>37</sup>.

Essa é a primeira das razões pelas quais a análise sistêmica é fundamental quando do estudo sobre as possibilidades de traduzir um instituto processual alienígena ao ordenamento jurídico nacional. Há que se levar em consideração que o Direito é construído não apenas pela legislação, que pode ser alterada mediante pressão política

---

<sup>33</sup> Acerca da influência de determinado sistema processual e sua carga cultural sobre a interpretação subjetiva dos atores jurídicos: “É mais preciso, portanto, pensar a interpretação como um fenômeno “intersubjetivo” no sentido em que é o produto da subjetividade do intérprete na medida em que interage com a rede de todas as subjetividades dentro de uma comunidade interpretativa que, ao longo do tempo, é fundamentalmente constitutiva dos valores articulados daquela comunidade e sustenta a identidade cultural daquela comunidade” (LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of ‘Legal Transplants’**. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997. Tradução de Gustavo Castagna Machado, p. 20).

<sup>34</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>35</sup> GRANDE, op. cit., p. 156.

<sup>36</sup> LANGER, op. cit., p. 14.

<sup>37</sup> A respeito do aspecto cultural das regras jurídicas, afirma Pierre Legrand: “A regra é, necessariamente, uma forma cultural de incorporação. Como uma acreção de elementos culturais, ela é sustentada por impressionantes formações históricas e ideológicas. Uma regra não tem qualquer existência empírica que possa ser destacada de forma significativa do mundo de significados que caracterizam uma cultura jurídica; a parte é uma expressão e uma síntese do todo: ela ressoa” (LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of ‘Legal Transplants’**. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997. Tradução de Gustavo Castagna Machado, p. 20).

para atender a interesses específicos, mas por atores jurídicos com compreensão já formada acerca do que é a justiça na sistemática em que atuam. É preciso compreender, portanto, que a implementação da barganha, por ser instituto originário de sistema processual diverso, não se trata de uma adaptação simples a ser imposta aos atores processuais – como seria, por exemplo, o advento de uma nova lei –, mas, sim, a subversão de boa parte daquilo que lhes havia sido ensinado como “justo”.

#### 4.2 GESTÃO DA PROVA: ALCANCE DA VERDADE INTERPRETATIVA X DESCOBERTA DA VERDADE ONTOLÓGICA

A relevância do comparativo sistêmico se estende à análise do segundo elemento distintivo examinado no presente artigo, a gestão da prova. Consoante o exposto, há divergência em ambos os sistemas de justiça quanto à administração da produção probatória: enquanto a acusatoriedade é marcada pela atuação exclusiva das partes na produção de provas, os sistemas inquisitivos contam com a ação dos magistrados nessa fase processual.

Essa afirmação vai ao encontro da análise exposta anteriormente, pois, se há um protagonismo maior das partes em uma das sistemáticas, é natural que também a produção probatória seja de sua responsabilidade. No mesmo sentido, o inverso é verdadeiro quanto ao sistema de justiça cuja condução processual é centralizada na atuação do magistrado. Entretanto, há outro elemento característico de cada um dos sistemas de justiça que precisa ser considerado para alcançar compreensão satisfatória a respeito do porquê o arcabouço probatório é administrado de formas diferentes em cada sistemática: a concepção de verdade adotada por elas.

À luz do que ensina Elisabetta Grande, o que se discute não é o nível de comprometimento de cada sistema de justiça em revelar ou não a verdade, mas, sim, entender “qual” verdade cada sistema processual aceita como revelável<sup>38</sup>. Nesse sentido, Grande afirma que os sistemas inquisitórios tendem a se comprometer com o que ela chama de verdade ontológica, por acreditarem que uma reconstrução objetiva dos fatos que ensejaram o processo é alcançável<sup>39</sup>. Ao contrário, os sistemas acusatórios – na perspectiva da autora – são orientados por um descrédito absoluto à ideia de neutralidade, mesmo em relação a agentes legitimamente desinteressados no processo<sup>40</sup>. Isto porque se

---

<sup>38</sup> GRANDE, op. cit., p. 146.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>40</sup> GRANDE, op. cit., p. 147.

acredita que todo ser humano constrói, mesmo que inconscientemente, uma hipótese acerca dos fatos que se pretende reconstruir, tornando-se mais suscetível a aceitar as provas que respaldam essa hipótese<sup>41</sup>. Portanto, a verdade atingível seria meramente interpretativa<sup>42</sup>, alcançada através de um confronto entre as partes, cada qual apresentando sua tese<sup>43</sup>.

Essas concepções de verdade<sup>44</sup> surtem reflexos no método de gestão probatória de cada sistema. É por se acreditar na reconstrução objetiva da realidade fática no sistema inquisitório, que a gestão da prova está nas mãos de um agente estatal, tido por imparcial. Este agente, portanto, tem o dever de se comprometer com a completude das provas produzidas<sup>45</sup>; caso contrário, estaria admitindo a possibilidade de condenar uma pessoa inocente, permitindo, com isso, o comprometimento da verdade “real”. Do outro lado, nos sistemas acusatórios, a completude do conjunto probatório não assume a mesma relevância para o alcance da verdade interpretativa: desde que respeitadas as regras do *due process*, é autorizado às partes apresentar uma perspectiva limitada<sup>46</sup> dos fatos que ensejaram a persecução penal<sup>47</sup>. Nesse sentido, mesmo que a evidência apresentada tenha origem duvidosa, seu desentranhamento dos autos só será promovido caso requerido por uma das partes<sup>48</sup> – sem que o magistrado interfira *ex officio*.

Sob essa perspectiva, a relevância da análise sistêmica para averiguar a possibilidade de traduzir um instituto processual de um sistema a outro é reiterada.

Em conclusão, o comparativo sistêmico, tomando por base a atuação das partes e a gestão da prova, é o passo inicial para verificar a compatibilidade da barganha a

---

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Sobre a intangibilidade da verdade material, diverge Bernd Schünemann: “[...] a consciência sobre a limitação da capacidade cognitiva humana e as dificuldades específicas advindas da possibilidade de se esclarecer um fato histórico somente após sua ocorrência não levam ao enfraquecimento, mas, pelo contrário, ao fortalecimento da exigência de que se estabeleça uma estrutura processual cujo fim seja a aproximação da verdade material orientada ao máximo nos fatos, a assim chamada investigação”. (SCHÜNEMANN, op. cit., p. 245).

<sup>44</sup> A título de curiosidade, Elisabetta Grande concebe metáforas bastante ilustrativas a respeito do método de identificação da verdade nos diferentes sistemas processuais: para a autora, o sistema acusatório faria uma justiça *tango*, ao passo em que o inquisitório faria a justiça *rumba*. Isto porque o primeiro só concebe a verdade como atingível através de um justo enfrentamento de duas teses – como no tango, que se dança estritamente a dois; ao contrário, no sistema inquisitório, tal qual na rumba, vários atores podem participar do método de reconstrução da verdade objetiva.

<sup>45</sup> GRANDE, op. cit., p. 147.

<sup>46</sup> A respeito da possibilidade de apresentar um quadro fático limitado, há que se ressaltar a obrigatoriedade de observância da Brady Rule, originária do caso *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), segundo a qual é obrigação da acusação revelar à defesa evidência que comprove a inocência do acusado.

<sup>47</sup> GRANDE, op. cit., p. 156.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 158.

determinado sistema processual. Para completar a análise a que se destina o presente artigo, resta examinar os seguintes pontos: a classificação *sui generis* da barganha em relação ao binômio acusatório/inquisitório e as peculiaridades da sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro, para, somente então, obter conclusão sobre a compatibilidade do *plea bargaining* ao sistema de justiça criminal vigente no Brasil.

## 5 BARGANHA ENQUANTO TÉCNICA *SUI GENERIS*

Examinados os pontos mais emblemáticos de divergência entre os sistemas acusatório e inquisitório, cumpre demonstrar a aproximação da barganha a ambos os sistemas processuais, comprovando, com isso, que o *plea bargaining* – apesar de concebido em sistema efetivamente acusatório – tem natureza *sui generis*.

Conforme anunciado anteriormente, a estrutura procedimental da barganha, de fato, é eminentemente acusatória. Para obter um acordo de *plea bargain*, é preciso procedimento que conte com a participação protagonizada das partes e a passividade do magistrado: são as partes, acusação e defesa, que devem oferecer e aceitar as propostas de transação, devendo o juiz limitar sua atuação ao impedimento de ilegalidades flagrantes. Quanto à estrutura, portanto, nunca houve dúvidas sobre a aproximação da barganha ao modelo de disputa.

Entretanto, é preciso trazer à tona os pressupostos notoriamente inquisitórios impostos pelo *plea bargaining*: a supressão de garantias processuais e a coação objetificante imposta ao réu.

Em primeiro lugar, é sabido que a contrapartida a ser oferecida pelo acusado em troca dos benefícios propostos pela acusação é o *guilty plea*, ou seja, a assunção de culpa por parte do réu – o que torna o procedimento bem mais célere e, portanto, mais proveitoso aos olhos da acusação. Aqui reside a primeira aproximação à lógica inquisitória, que é fortemente caracterizada por um procedimento não sujeito ao contraditório: ao aceitar a barganha, o acusado é obrigado a renunciar ao seu direito de contraditar a acusação, abdicando, com isso, dos direitos à produção probatória e ao acesso ao duplo grau de jurisdição.

O que ocorre, portanto, é quase um regresso aos tempos da prova tarifada – igualmente representativa do princípio inquisitivo. A confissão, no procedimento do *plea bargaining*, volta a ser a rainha das provas, sendo considerada imediatamente suficiente para condenar o acusado. É nesse sentido que autores como Aury Lopes Jr. classificam a

justiça penal negociada dentro da lógica da eficiência antigarantista<sup>49</sup>: a base neoliberal associa a noção de “eficiência” não aos resultados, mas aos meios<sup>50</sup>; desse modo, a via que permitir resultado mais rápido é imediatamente considerada mais eficiente, sem que se analise sua efetividade. Assim, em aproximação latente à lógica inquisitória, o fato de simples confissão acarretar a prolação instantânea de sentença condenatória é considerado metodologia efficientíssima – muito embora o custo dessa “eficiência” seja uma série de direitos do acusado.

Ainda da perspectiva da supressão das garantias processuais, encontra-se mais uma característica do inquisitorialismo na barganha: a transferência do monopólio legal da violência repressiva das mãos do Estado às mãos da acusação. Por ser um procedimento não sujeito ao contraditório ou ao controle jurisdicional – afinal, é pressuposto de eficácia da barganha que o juiz não interfira no resultado útil da negociação –, a modulação da punição fica inteiramente a cargo da acusação<sup>51</sup>. Sobre esse desequilíbrio entre as funções de acusar e julgar, não é demais pontuar que essa dinâmica vai de encontro não somente às características de um sistema acusatório, mas também de um processo penal democrático.

Por fim, aproxima-se a barganha do sistema inquisitório, também, na medida em que se trata de técnica coercitiva e objetificante: embora, oficialmente, se afirme que a escolha do réu é livre ao aceitar o acordo e assumir a responsabilidade pela conduta criminosa, muitas vezes essa decisão é impulsionada pelo receio de dispensar as vantagens oferecidas pela acusação e acabar recebendo condenação mais elevada através do julgamento tradicional.

Essa hipótese foi numericamente comprovada através de estudo realizado por Lucian E. Dervans e Vanessa A. Edkins<sup>52</sup>, no qual os autores submeteram alunos de uma

---

<sup>49</sup> LOPES JR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **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. 116.

<sup>50</sup> “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: sem qualquer dúvida, salvo do leguleio, a lei diz aquilo que o intérprete diz que ela diz” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. **Empório do Direito**. 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>>. Acesso em 17 set. 2020)

<sup>51</sup> LOPES JR., op. cit., p. 120.

<sup>52</sup> DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant’s Dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocence problem. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, vol. 103, n° 1, 2013.

universidade norte-americana a um teste psicológico sobre o “dilema do inocente”. Em síntese, o estudo demonstrou que, ao serem acusados de não resolverem individualmente uma tarefa obrigatoriamente individual, 56,4%<sup>53</sup> dos estudantes confessaram sua desonestidade mesmo não tendo consultado qualquer material durante o exame. Pensado justamente para espelhar o dilema enfrentado pelos acusados diante da barganha, a alternativa à confissão oferecida aos estudantes era a submissão ao “julgamento” do Conselho Acadêmico da universidade, o que os exporia ao risco de receber uma “pena” mais gravosa – o comparecimento obrigatório em curso de ética.

A conclusão que se retira do estudo mencionado é clara: a escolha dos acusados ao aceitar ou não a barganha nem sempre é tão livre quanto idealizou a *Brady Doctrine*. É justamente nesse sentido que se procede a objetificação do réu: ao contrário de um sujeito de direitos, apto a escolher seu próprio destino dentro de um processo criminal, ao acusado cabe tão somente optar por qual via quer ser condenado<sup>54</sup> – seja pelo júri ou pela oferta do promotor. O dilema do inocente, perfeitamente ilustrado por Dervans e Edkins, é a prova de que – através do *plea bargaining* – o acusado se torna objeto da acusação, pois, no momento do oferecimento da barganha, o objetivo da promotoria de justiça não é privilegiar os direitos do acusado, como se argumenta publicamente, mas otimizar o expediente dos promotores e sumarizar procedimentos considerados demasiadamente longos. O réu, portanto, torna-se apenas uma peça a ser movida para assegurar esse objetivo.

De maneira complementar à noção de objetificação do acusado, está a completa subversão da presunção de inocência durante o *plea bargaining*. Isto porque o acordo é oferecido pela acusação sem que esta considere o réu um sujeito dotado do direito de contar à Corte sua versão dos fatos e produzir provas em sua defesa; ou seja, em momento algum a acusação leva em consideração o fato de que o receio de ser condenado à pena superior pelas vias tradicionais, introduzido através do acordo de barganha, é capaz de coagir o acusado a aceitar tal acordo. Essa falta de liberdade no agir processual, certamente, não concilia a barganha ao sistema acusatório.

À luz do exposto, se conclui que o *plea bargaining* depende de uma estrutura

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>54</sup> “[...] ao acusado no processo penal não deve ser conferida a possibilidade de dispor sobre o objeto processual, porque somente o estado pode decidir se os pressupostos para aplicação da pena estão ou não preenchidos. Condenar alguém somente porque ele assim o deseja não corresponderia à expectativa relativa ao cumprimento da finalidade da pena e seria verdadeiramente um despropósito”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 251).

procedimental característica do sistema acusatório para que possa operar: é necessário que haja espaço dentro do processo para que as partes negociem, e que o magistrado se mantenha passivo diante dessa negociação. Do outro lado, foi demonstrado que os pressupostos para realização e as consequências do aceite da barganha implicam em resultados que se aproximam – e muito – da tecnologia inquisitória.

Defende-se, portanto, que a estrutura que abriga o procedimento não é suficiente para classificá-lo como representativo da acusatoriedade; ao contrário, dentro dessa estrutura, escondem-se características dotadas do potencial de otimizar os elementos mais emblemáticos do inquisitorialismo.

Demonstrado o acúmulo dos traços de duas sistemáticas antagônicas, fica comprovada a natureza *sui generis* da barganha. Resta, com isso, examinar as peculiaridades do processo penal no Brasil, para que seja possível concluir se as particularidades do *plea bargaining* são compatíveis às do ordenamento jurídico brasileiro, e se a implementação dessa técnica processual na justiça nacional seria capaz de trazer benefícios a todas as partes processuais.

## **6 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN)COMPATIBILIDADE À BARGANHA**

### **6.1 PECULIARIDADES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PREVISÃO CONSTITUCIONAL X REALIDADE PROCESSUAL**

Atestadas as particularidades da barganha, passa-se a examinar as singularidades do processo penal brasileiro, para, conforme anunciado, averiguar a possibilidade de conciliá-los.

Inicialmente, há que se apontar uma dicotomia entre a sistemática proposta pela Constituição Federal de 1988 e a realidade do processo penal no Brasil. Dentre outras regras previstas no texto constitucional<sup>55</sup>, a Constituição de 1988 idealizou um sistema processual acusatório, principalmente, na medida em que previu a separação entre as funções de acusar e julgar<sup>56</sup> e a observância incondicional ao devido processo legal<sup>5758</sup>.

---

<sup>55</sup> A título de exemplo: art. 5º, III, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII da Constituição Federal.

<sup>56</sup> Art. 129, I, da Constituição Federal.

<sup>57</sup> Art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

<sup>58</sup> “O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal” STF,

Entretanto, cabe aos operadores do Direito assumir postura realista diante do cotidiano processual. É preciso admitir que o texto constitucional é resultado de um conjunto de anseios políticos e sociais da época em que foi promulgado<sup>59</sup>, de maneira que analisar – isoladamente – seus dispositivos em busca de uma definição acerca do sistema processual vigente corresponde à técnica hermenêutica ingênua. Há que se atentar, portanto, ao fato de que a assunção de um modelo verdadeiramente acusatório pressupõe motivação e compromisso por parte dos atores processuais em ativamente efetivar o processo penal sobre estruturas democráticas<sup>60</sup>, afastando a iniciativa probatória do magistrado e delegando às partes o papel que lhes é de direito.

É partindo dessa postura pragmática que autores como Jacinto Coutinho<sup>61</sup> afirmam que a práxis penal, no Brasil, ainda opera sob a tecnologia inquisitória. Para alcançar tal conclusão, basta retornar à análise dos elementos distintivos abordados no presente artigo: no processo penal brasileiro, a gestão probatória está concentrada nas mãos do magistrado, a quem cabe deferir ou indeferir a produção de provas pleiteada pelas partes, ou mesmo determinar de ofício sua produção; no mesmo sentido, o acusado tem atuação coadjuvada, sendo frequentemente objetificado pelas dificuldades de acesso à justiça. Ainda, a prática processual nacional aproxima-se do modelo de investigação oficial, característico de sistemas inquisitórios, por contar com acusação representada por agente estatal, dotado de superioridade hierárquica perante o réu e orientado pela regra da obrigatoriedade da ação penal.

Com isso, conclui-se que a acusatoriedade prevista pela Constituição Federal é, por ora, uma meta a ser atingida, posto que não se concretizou na realidade processual nacional. Uma vez esclarecida a natureza inquisitória da prática penal brasileira, passa-se, finalmente, à análise de sua incompatibilidade ao procedimento da barganha.

## 6.2 INCOMPATIBILIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO AO PROCEDIMENTO DA BARGANHA

Até o presente momento, argumentou-se, de um lado, que o *plea bargaining*

---

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONAL: ADI nº 4.414/2012. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 17/06/2013. In: VASCONCELLOS, 2015, op. cit., p. 185.

<sup>59</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Devido Processo (Penal) Substancial: 25 anos depois da CR/88**. Revista Brasileira de Direito, IMED, vol. 9, nº 1, jan-jun, 2013, ISSN 2238-0604, p. 33.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>61</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea Bargaining no Projeto Anticrime: crônica de um desastre anunciado**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Ano 27, nº 317, abril/2019, ISSN 1676-3661, p. 4.

acumula traços tanto do sistema acusatório quanto do inquisitório; de outro, afirmou-se que a previsão constitucional, no Brasil, é de um sistema acusatório, ao passo em que a realidade processual penal, em verdade, se aproxima da inquisitorialidade. Considerando que ambos – o processo penal no Brasil e o procedimento da barganha – misturam elementos das duas sistemáticas, seriam eles perfeitamente compatíveis?

O que se defende no presente artigo é justamente o contrário: a implementação da barganha no ordenamento jurídico brasileiro, além de enfrentar incompatibilidade procedimental, resultaria na potencialização do que há de pior no inquisitorialismo nacional. Esse resultado pode ser demonstrado através da análise dessas duas hipóteses.

Nesse momento, deve-se fazer uma ressalva: não se olvida o fato de que, no ordenamento nacional, já existem formas de negociação positivadas na legislação processual penal. Há que se considerar, contudo, dois aspectos que são a razão da crítica que se constrói no presente artigo: primeiro, o fato de a barganha se distinguir de qualquer outro acordo vigente no processo penal brasileiro, vez que não requer nenhuma contrapartida do réu (de natureza indenizatória, por exemplo) senão sua confissão; com isso, demonstra-se que não há nenhum interesse por trás do oferecimento do acordo – como a reparação dos danos causados à vítima – senão a otimização do expediente do Poder Judiciário e a condenação em massa. Segundo, o fato de o presente artigo se preocupar com as próximas alterações na legislação processual, e com o rumo que darão ao processo penal no Brasil; lembrando as palavras de Aury Lopes Jr.<sup>62</sup>, cabe aos operadores do Direito não pactuarem com o desvirtuamento do processo penal, mantendo postura contrária às técnicas efficientistas e antigarantistas.

Dito isso, tem-se que, primeiramente, a tentativa de implementar a barganha na justiça penal nacional enfrentaria inequívoca incompatibilidade procedimental em razão dos métodos conflitantes envolvidos. Conforme abordado, a eficácia do *plea bargaining* depende de um processo cuja metodologia permita às partes amplo espaço de negociação, livre da interferência judicial. Entretanto, o processo penal brasileiro – consoante o demonstrado – alinha-se ao modelo de investigação oficial, contando, portanto, com participação ativa do juiz na condução do processo. Esse seria o primeiro empecilho na adaptação da barganha ao ordenamento pátrio.

Não suficiente, há que se considerar, também, que a proposta de incluir o *plea*

---

<sup>62</sup> “Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil... Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas” (LOPES JR. op. cit., p. 101).

*bargain* na legislação processual brasileira teria de enfrentar as duas concepções de “verdade” compreendidas nessa dinâmica. Seria preciso aceitar que se estaria replicando uma técnica processual concebida no seio de um sistema que aceita uma verdade processual interpretativa em um sistema que almeja à máxima aproximação da verdade ontológica. Com isso, se estaria propondo a subversão de toda a lógica que orienta o procedimento nacional: o encerramento da instrução processual com a confissão do acusado – como ocorre no *plea bargaining* – atribuiria às partes o poder de gerir a produção probatória, cerceando o juiz de exercer papel que é tradicionalmente seu; ademais, nada poderia garantir que a confissão do acusado seria suficiente para viabilizar a reconstrução objetiva da realidade fática, privando a sistemática nacional de buscar a “verdade” da maneira que a concebe.

Ainda sobre a gestão da prova, tem-se que, não apenas a função tradicional do magistrado brasileiro precisaria ser revista, mas também a atuação do Ministério Público. O fato de a barganha permitir o encerramento do processo criminal com simples *guilty plea* torna-se um problema partindo do pressuposto de que é dever da acusação produzir lastro incriminatório sólido para obter a condenação do acusado<sup>63</sup>. Dessa maneira, ao autorizar o fim da instrução tendo somente a confissão como prova, a barganha teria o condão de desincumbir o Ministério Público de seu ônus probatório.

Essa prerrogativa, contudo, é absolutamente incompatível à principiologia do processo penal brasileiro, principalmente ao se considerar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que obriga o Ministério Público a, presentes as condições da ação, exercitá-la. Pensada justamente para evitar manipulações por parte do órgão acusador, bem como impedir que este sofra pressões externas<sup>64</sup>, trata-se de norma que se opõe frontalmente ao princípio da oportunidade<sup>65</sup> – cuja aplicação é fundamental ao procedimento da barganha. Diante disso, tem-se que a legislação processual nacional, da maneira que é hoje, não permite que o órgão acusador disponha da pretensão acusatória – cujo desenrolar pressupõe a produção das provas necessárias para garantir o devido processo penal.

Assim, sabendo que a parte do acusador no *plea bargain* envolve justamente a redução das acusações a serem formuladas, a hipótese de permitir a implementação dessa

---

<sup>63</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **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, v. 953, mar. 2015, p. 4.

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 30, n° 30, 1998, p. 183.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 184.

técnica processual no Brasil equivaleria a cancelar a violação do princípio da obrigatoriedade, pois se estaria permitindo que o Ministério Público barganhasse sua pretensão de acusar. O mesmo aconteceria caso o acordo fosse oferecido não pela redução das acusações, mas pela redução da pena: considerando que ao órgão acusador pertence tão somente a pretensão acusatória, e não a punitiva<sup>66</sup>, se estaria igualmente diante de uma subversão do sistema processual.

Analisadas as incompatibilidades no campo da gestão da prova, passa-se a demonstrar o conflito entre a barganha e o processo penal brasileiro, também, da perspectiva da atuação das partes – em especial, pensando no processo de subjetivação de papéis. Há que se considerar que sua implementação no Brasil equivaleria a impor a passividade a um juiz altamente atuante na condução processual; de igual forma, seria necessário exigir do Ministério Público que se despisse de sua autoridade enquanto agente estatal, pois o *plea bargain* enquanto acordo só seria possível se as partes envolvidas estivessem em pé de igualdade.

Seria possível argumentar que, orientado pelo anseio de reduzir o volume de processos para conduzir, o magistrado criminal aceitasse, sem embargo, que seu poder de guiar o processo fosse mitigado em prol da negociação. No entanto, é preocupante a necessidade de “anular” a hierarquia do Ministério Público. Partindo da realidade brasileira, em que a desigualdade social implica flagrante desnível de acesso à justiça, é realmente difícil defender que acusado e acusador disporiam das mesmas armas para firmar acordo de maneira equânime.

O mencionado desnível de acesso à justiça é o ponto de partida para discutir, adiante, o potencial de que dispõe a barganha para agravar os piores aspectos do inquisitorialismo à brasileira.

Primeiro, é preciso considerar que se está tratando da difusão de ideias de um país central, os Estados Unidos, a um país considerado periférico, o Brasil<sup>67</sup>. Com isso, deve-se ponderar se a técnica a ser importada é de fato uma perspectiva de melhoria da realidade local ou tão somente uma forma de prestigiar, através da réplica, técnicas consideradas bem sucedidas por determinados atores jurídicos internacionais<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> VASCONCELOS, op. cit., p. 2.

<sup>67</sup> LANGER, Máximo. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 55, p. 617, 2007, UCLA School of Law Research Paper No. 07-22. p. 623.

<sup>68</sup> Acerca da implementação acrítica de técnicas jurídicas internacionais, afirma Pierre Legrand: “a tese dos “transplantes jurídicos” não tem qualquer vocação crítica. Ela é conservadora e favorece o status quo na medida em que ela privilegia “o conhecimento de regularidades observadas”, de modo a alcançar

Segundo, é necessário retomar o debate acerca das influências do neoliberalismo na justiça criminal: a partir do momento em que o mercado passou a valorizar o cidadão somente enquanto consumidor, o Direito também o fez<sup>69</sup>. Aqueles que não tem poder aquisitivo e, portanto, são economicamente irrelevantes, deixaram de receber atenção da sociedade; na medida em que esta se tornou excludente, por consequência, o Direito seguiu o mesmo caminho<sup>70</sup>. Conforme ensina Aury Lopes Jr., a lógica de colocar o cidadão não-consumidor à margem, acompanhada da doutrina do *labelling approach*, torna evidente o porquê de as vítimas dessa desigualdade social terem se tornado, também, as principais vítimas da seletividade do poder punitivo<sup>71</sup>.

Portanto, ao se considerar a implementação de uma técnica processual que presume a compreensão do acusado acerca da amplitude dos seus direitos e das consequências de sua renúncia, é fundamental levar em conta que – historicamente – esses direitos vêm sendo institucionalmente negados à parcela significativa da população brasileira. Não se pode desconsiderar que, dentre os possíveis candidatos a firmar acordo de barganha, estão cidadãos que são culturalmente considerados os “clientes preferenciais” do sistema de justiça criminal<sup>72</sup>.

Partindo dessa análise, tem-se que a positivação do *plea bargaining* potencializaria a distância, já preocupante, entre o órgão acusador e o acusado. Considerando que existem barreiras de comunicação que dificultam a compreensão mesmo do procedimento tradicional pelos acusados, colocar inteiramente nas mãos da promotoria a possibilidade de lhe oferecer acordo, deixando-a livre em sua discricionariedade, seria expor o garantismo penal – que, no Brasil, já se encontra fragilizado – a risco demasiadamente alto. De igual forma, a objetificação dos acusados, atualmente promovida pela lógica de exclusão acima mencionada, seria potencializada através da possibilidade de privá-los dos seus direitos, dessa vez, por via legal.

Diante de todo o exposto, é somente razoável concluir que a barganha e a realidade processual brasileira são incompatíveis. A implementação do *plea bargaining*,

---

“certeza, previsibilidade e controle” (LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of ‘Legal Transplants’**. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997. Tradução de Gustavo Castagna Machado, p. 32).

<sup>69</sup> LOPES JR., op. cit., p. 108.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> “Por último, o instituto do *plea bargaining* tem ainda outra consequência violadora do estado de direito: ele debilita ainda mais a posição de um acusado frágil, que possui baixo nível social. [...] A discriminação estrutural de membros da classe baixa no processo penal, que são defendidas apenas por um defensor público (public defender), pouco comprometido com os interesses dessas pessoas, é assim de fato ainda mais acentuada”. (SCHÜNEMANN, op. cit., p. 253).

para permitir seu funcionamento, implicaria a alteração da estrutura procedimental do processo penal nacional – o que só seria viável através de reforma legislativa de grande monta. Entretanto, ainda que tal reforma fosse possível, levaria anos para que os atores jurídicos pudessem enfrentar processo de resubjetivação das suas funções no processo penal – desenvolvimento este que, certamente, seria precedido de muitos protestos.

Finalmente, e mais importante, defende-se não somente que a barganha não *pode* ser implementada na justiça penal nacional, mas que não *deve*. Ao avaliar qual constatação deveria impulsionar a indignação dos operadores do Direito, certamente o desnível de acesso à justiça, a objetificação dos acusados e a punição em massa deveriam causar muito mais aversão do que o volume de processos a cargo do Poder Judiciário.

## 7 CONCLUSÃO

O presente artigo se prestou a demonstrar que os sistemas processuais não se limitam a abstrações destinadas ao agrupamento de metodologias, mas correspondem a estruturas de interpretação e significação do processo penal.

A relevância da análise sistêmica comparativa restou demonstrada na medida em que, comparando o sistema processual em que o *plea bargaining* teve origem e o sistema processual vigente no Brasil, concluiu-se pela absoluta incompatibilidade entre a barganha e a justiça criminal nacional. Foram identificados antagonismos inconciliáveis entre a estrutura procedimental da barganha e o processo penal no Brasil, de maneira que sua implementação exigiria a subversão dos princípios que orientam a prática processual nacional e imporia aos atores jurídicos que reaprendessem o significado de suas funções dentro do procedimento criminal.

Ademais, considerando que se estaria diante da difusão de técnica processual de um país central a um país periférico, concluiu-se que a importação do *plea bargaining* ao Brasil seria capaz de potencializar a objetificação dos acusados e a supressão de suas garantias. Assim, entende-se que a positivação da barganha beneficiaria tão somente o Poder Judiciário, pois, da perspectiva social, é técnica de negociação que se vale do antigarantismo para promover a ascensão de uma justiça utilitarista.

## REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. Columbia Law Review, 1979.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Projeto de Lei nº 882/2019**. Previa alterações no Código Penal; Código de Processo Penal; Lei de Execução Penal; Lei nº 8.072/1990; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 9.296/1996; Lei nº 9.613/1998; Lei nº 10.826/ 2003; Lei nº 11.343/2006; Lei nº 11.671/2008; Lei nº 12.037/2009; Lei nº 12.850/2013; Lei nº 13.608/2018. Disponível em: <shorturl.at/coET8> Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236/2012**. Dispõe sobre a reforma global do Código Penal. Disponível em: <shorturl.at/fmvJ2>. Acesso em: 20/09/2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8.045/2010**, com origem no Projeto de Lei nº 156/2009. Projeta reforma integral do Código de Processo Penal. Disponível em: <shorturl.at/suIQ7> Acesso em 20 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.414/2012. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 17/06/2013. Disponível em: <shorturl.at/adotH>. Acesso em 20 set. 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. 2012. Disponível em:< shorturl.at/vSUVZ> Acesso em 17 se.t 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais. **Empório do Direito**. 2015. Disponível em: <shorturl.at/IEIW4>. Acesso em 17 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a. 30, nº 30, 1998.

\_\_\_\_\_. **Plea Bargaining no Projeto Anticrime: crônica de um desastre anunciado**. Boletim IBCCRIM. Edição Especial: Projeto de Lei Anticrime – Parte I e II. Ano 27, nº 317. Abril, 2019.

DAMASKA, Mirjan R. **The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process**. Yale University Press, New Haven and London, 1986.

DERVAN, Lucian E; EDKINS, Vanessa A. **The Innocent Defendant's Dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem**. The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 103, nº 1, 2013.

GIACOMOLLI, José Nereu; VASCONCELLOS, Vinicius de. **Justiça Criminal**

**Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 3 - set-dez 2015.

GRANDE, Elisabetta. Dances of Criminal Justice: thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter. **Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: essays in honour of Professor Mirjan Damaska.** Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon: 2008

LOPES JR, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining.** The William Crosskey Lecture in Legal History, The University of Chicago Law School, 1978.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, 2004. UCLA School of Law Research Paper No. 05-10.

\_\_\_\_\_. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 55, p. 617, 2007, UCLA School of Law Research Paper No. 07-22.

LEGRAND, Pierre. **The Impossibility of ‘Legal Transplants’.** Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Devido Processo (Penal) Substancial: 25 anos depois da CR/88. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 9, n° 1, jan-jun, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicus Gomes de. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n° 47, jul/dez 2015, apud. STF. HABEAS CORPUS: HC n.º 88.875, Relator: Ministro Celso de Melo.

\_\_\_\_\_. **Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil.** Boletim Informativo IBRASPP - Ano 04, n° 06 - ISSN 2237-2520 - 2014/01.

\_\_\_\_\_. **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, v. 953, mar. 2015.