

VIABILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DO PLEA BARGAINING NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

FEASIBILITY OF IMPLEMENTING PLEA BARGAINING IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Gustavo Vander de Moura¹
Marcos Vinícius Marçal Fonseca Couto²

RESUMO: O presente artigo visa analisar as peculiaridades do instituto norte americano para resolução penal pactuada, chamado *Plea bargaining*, destrinchando quais as características do mecanismo estadunidense, e analisando possibilidade a transposição deste para o direito processual brasileiro, tal como proposto no Projeto de Lei 882/2019 (Projeto Anticrime). Ademais, o artigo expõe a viabilidade da implementação deste mecanismo no direito brasileiro, ressaltando os direitos e preceitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Os métodos de pesquisa abordados foram revisões de bibliografias nacionais e internacionais e análise de conteúdo, a partir dos métodos dedutivo e dialético.

1845

Palavras-chave: Plea bargaining. Solução penal pactuada. Projeto de Lei Anticrime. Devido processo legal. presunção de inocência.

ABSTRACT: This article aimed to analyze the peculiarities of the North American Institute for Criminal Settlement, called Bargaining, what the characteristics of the American mechanism, and analyzing the possibility of transposition of this into Brazilian procedural law, as proposed in Bill 882/2019 (Anti-Crime Project). Moreover, the article sought to expose the feasibility of implementing this mechanism in Brazilian law, with the protection of the fundamental rights and precepts protected by the Federal Constitution. The research methods addressed were reviews of national and international bibliographies and content analysis, based on deductive and dialectical methods.

Keywords: Plea bargaining. Agreed criminal solution. Anti-Crime Law Bill. Due process. Presumption of innocence.

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una de Bom Despacho , orientado pelo professor Gilberto de Andrade Pinto.

² Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una de Bom Despacho, , orientado pelo professor Gilberto de Andrade Pinto.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, se destina a analisar e explicar o instituto da *Plea Bargaining*, o qual se originou do sistema jurídico Common Law, instituto Norte Americano, fundado num acordo feito entre o representante do Ministério Público e o suposto acusado. *Plea Bargaining* é um instituto de justiça criminal negociada ou consensual, que tem em seu contexto a resolução da lide de forma célere e ágil.

Tal instrumento despertou o interesse do legislador brasileiro, tendo em vista a sua quase aprovação pelo projeto de Lei 882-2019 (Pacote Anticrime), de autoria do então ministro da Justiça e Segurança Pública na época, Sergio Moro, tema que também foi abordado em outros projetos de lei, como PL 236/2012.

Notamos que a realidade jurídica internacional, onde podemos incluir o Brasil, é de adoção de medidas e técnicas efetivas, céleres e eficazes que buscam a resolução das demandas jurídicas.

Diante dessa insatisfação com a demora da resolução dos processos e com a insuficiência judiciária, o poder público vem adotando medidas para solucionar ou ao menos amenizar os problemas, que são notórios em nosso ordenamento jurídico. A implementação do instituto do *plea bargaining*, é uma das soluções apresentadas pelo poder público.

Os institutos jurídicos negociais vêm ganhando cada vez mais espaços, pois a celeridade e a economia demonstrada com sua utilização, mostra um caminho a ser trilhado sem muita burocracia e desgaste para as partes de um processo criminal. A defesa da ordem jurídica e a garantia dos princípios constitucionais devem andar lado a lado nesse caminho, podemos verificar isso na utilização dos institutos negociais já existentes no nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, o objetivo deste trabalho consiste em realizar uma breve análise do instituto, reforçando a tese de que os processos hoje são resolvidos de forma muito morosa, desencadeando prejuízos para ambas as partes e acaba que sem muita eficiência.

Ademais, o presente trabalho, será abordado através de uma comparação com o direito brasileiro e o norte americano, analisando a aplicabilidade do instituto *plea bargaining* nos dois ordenamentos jurídicos, apresentando conceitos dos vários institutos de justiça negocial já existentes no ordenamento jurídico Brasileiro.

Nesse sentido, buscando maior compreensão do tema, o presente trabalho será dividido em três itens, o primeiro item (Tópicos 2.1 e 2.2) falará sobre definição e conceito de *plea bargaining*, sua origem e aplicação no ordenamento jurídico norte americano.

O segundo item (Tópico 3) será falado sobre o sistema jurídico brasileiro e seus institutos negociais, sendo direcionado para as normas da justiça criminal brasileira, sendo mencionado alguns institutos em uso que se assemelha aos *plea bargaining*.

No terceiro e último itens (Tópico 4), foi abordado a aplicabilidade do instituto do *plea bargaining* no sistema jurídico brasileiro, através da demonstração dos prejuízos da demora da resolução de um processo criminal, e demonstrado que vários países vêm adotando tal instituto para solução pacífica dos conflitos.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo conhecer, descrever, explicar, interpretar e explicar sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

2. CONTEXTO HISTÓRICO - PLEA BARGAINING- JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIADA NO DIREITO NORTE AMERICANO

2.1 Contexto Histórico

O *plea bargaining* nos Estados Unidos, se contorna ao período colonial, cuja expressão primitiva se encontra no famoso julgamento das “bruxas de Salem”, em Massachussets, identificando a semelhança entre os métodos utilizados no julgamento das bruxas de Salem e no moderno *plea bargaining*. Naquela época, ainda pouco conhecido sobre o tema, diversas mulheres e homens, foram acusados de bruxaria, julgados através de um julgamento cheio de erros e controverso. O referido julgamento ficou marcado pela forma de agir dos magistrados, onde tornavam a situação obrigatória dessas pessoas de confessarem seus crimes, e se não o fizessem seria aplicado a pena capital, dessa forma, confessando, seria aliviado das penas e não correria risco de serem executados.

Verifica-se, historicamente, que a criação do referido instituto “não se deu de forma legislativa, mas foram os próprios agentes processuais que passaram a atuar de maneira negocial, com o fim de conseguirem atalhos e facilitarem o andamento dos trabalhos”, ou seja, a forma que foi criado se deu do jeito informal, durante as experiências jurídicas, onde as partes do processo verificavam uma forma de consenso, por meio de acordo, com o intuito de resolver a lide de forma rápida e célere (BRANDALISE, 2016).

Com o passar dos anos, os tribunais Americanos tiveram um grande aumento de *plea bargaining*, uma quantidade enorme de acordos feitos durante o processo, ao final da Guerra civil, foram proibidos esse tipo de benefício, ou seja, confissão a troca de penas mais brandas, seria um modo de abafar esses acordos, que até então era pouco conhecido sua eficácia. Com isso, a justiça criminal Americana ficou abarrotada de processos (LANGER, 2018).

Assim, considerando a necessidade de uma solução mais rápidas dos conflitos, o parlamento Federal Americano, em 24 de abril de 1974 votou e aprovou a implementação da Rule 11 no Federal Rules Of Criminal Procedure (Regra 11 - Regras Federais de Processo Penal), a qual definiu como seriam aplicados os *plea*, e, assim, esta modalidade de acordo deixou de ser um instituto baseado apenas em costumes, e passou a fazer parte ordenamento jurídico norte americano (ESTADOS UNIDOS, 1969).

2.2 - *Plea Bargaining* - Justiça Criminal negociada no Direito Norte Americano

Inicialmente, cumpre registrar que diferentemente do Brasil, em que o ordenamento penal é unitário e padrão, de modo que todos os Tribunais dos Estados da Federação seguem as normas dispostas no Código de Processo Penal, nos Estados Unidos a legislação penal e processual penal fica a cargo dos Estados, assim, existem 51 regulamentos distintos, referentes aos 50 estados e o Regulamento Federal (ESTADOS UNIDOS, 1969).

Contudo, em que pese existam diversas leis que regulam o Código de Processo Penal norte americano, pontua-se que, ao contrário da crença popular, não existe *common-law crimes*, afinal por lá também vigora o princípio da legalidade, o qual engloba três sub princípios basilares: a) proibição de tipos penais vagos, imprecisos incapazes de dar previsão expressa sobre a conduta vedada; b) interpretação em favor do acusado (leniência); c) anterioridade da Lei Penal. Desse modo, é vedado ao juiz a criação de novos delitos.

Isso implica dizer que a expressão *common law* para falar de Direito Penal norte-americano refere-se apenas à nomenclatura do sistema judicial em si, em contraponto ao sistema *civil law*, oriundos do sistema romano-germânico, modelo este adotado pelo Brasil, por exemplo.

Neste eixo, a nomenclatura de sistema *commom-law crimes* norte americana se refere estritamente à formação dos precedentes como base nas decisões judiciais e, aos costumes de cada Estado quando da aplicação da lei penal, sendo vedado às cortes e aos juízes a autoridade de criar ou abolir tipos penais, com base em costumes, eis que esta competência é exclusiva pelos Parlamentos Federais e Estaduais.

Desse modo, podemos dizer que as soluções pactuadas nos Estados Unidos, por sua vez, também são reguladas pelas regras de processo penal de cada Estado, respeitando o parâmetro normativo estabelecido pelo regulamento Federal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), contudo, para construção deste artigo será utilizado o regramento disposto nas leis federais, as quais norteiam os ritos a serem seguidos para a aplicação dos *pleas*.

Posto isso, faz-se necessário ao tema central o conhecimento mínimo das etapas do processo penal estadunidense. O sistema adversarial é o pilar do Direito Penal norte-americano, e em muito se assemelha ao sistema acusatório adotado pelo Brasil, sendo que a disputa entre pontos de vista diferentes é a essência do sistema adversarial (ABRAHAM, 1974).

Assim, o sistema adversarial zela por princípios fundamentais para a aplicação da norma penal, tais como o devido processo legal (*due process*), a não discriminação perante a lei (*equal protetion*), assistência de defesa, julgamento por júri popular (*jury trial*), direito de arrolar e confrontar testemunhas (*beyond reasonable doubt*) e inviabilidade de autoincriminação forçada (GLEEN, 2016).

Estabelecida esta premissa, quanto ao mérito, o processo penal norte-americano tem como alicerce o julgamento perante o júri popular, inclusive para causas que versem sobre crimes de menor potencial ofensivo, contudo esta modalidade de persecução não é nem de longe a mais utilizada para a solução dos casos, haja vista que é muito lento e oneroso para o Estado, e, assim, cerca de 90% (noventa por cento) das demandas criminais acabam sendo resolvidas através dos *guilty plea* (declarações de culpa) em que o acusado confessa o crime de forma espontânea, ou através dos *plea agreements* (declaração de culpa em acordos), em que a confissão se dá através de uma acordo celebrado entre a defesa e acusação.

Em suma, a ação penal norte-americana pode ter início tanto através de uma investigação preliminar das autoridades policiais, quanto pela prisão em flagrante do autor do fato.

Neste primeiro caso, assim como no Brasil, compete a autoridade policial conduzir as investigações, sendo que, após findado o procedimento investigatório encaminhará o feito para análise do Promotor de Justiça, que pode ou não mover a ação penal.

Nos casos em que o autor é preso em flagrante, o primeiro ato do processo penal norte-americano é a apresentação em juízo para conhecimento do fato, em uma audiência semelhante à audiência de custódia, e, nesta fase além de analisar as circunstâncias da prisão, o juízo deve examinar se infração cometida constitui um *misdemeanors initial appearance* (delito de menor potencial ofensivo), punido com pena de reclusão de até 1 (um) ano, se constitui uma *infraction* (contravenção penal) punida com até 5 dias de prisão, ou se constitui um *felony* (crimes graves, que podem chegar a prisão perpetua ou pena de morte).

Encerrada a audiência de custódia, será designada uma audiência preliminar, em que o Promotor de Justiça convencerá o juízo de que há uma justa causa para mover a ação penal (*probable cause*), apresentando prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. De igual sorte, não cabe ao órgão acusador apresentar todo seu acervo evidenciário, visto que este ato processual não se destina a formação da culpa, mas à admissibilidade da acusação.

Caso o juízo esteja convencido de que há justa causa para a propositura da ação penal, ele designará uma sessão popular para que a acusação seja proposta a um conselho de cidadãos chamado de *Grandy Jury* (Grande Júri). Este procedimento é obrigatório apenas em casos de *felonies* (crimes graves), sendo dispensável nos delitos de menor potencial ofensivo, e nos casos em que estiver expressamente disposto em um *plea*.

Em seguida, será feita uma audiência de apresentação (*Arraignment*), em que a acusação apresenta a denúncia (*information*) por escrito narrando o fato delituoso e imputado ao autor um tipo legal pelo qual o autor está sendo acusado. Durante esta audiência o autor dos fatos será questionado como se declara perante o juízo, podendo se declarar culpado, não culpado, ou *nolo contendere*, conforme será abordado adiante.

A partir daí, iniciará a fase de instrução do feito (*Discovery*), em que a defesa e a acusação, em igualdade de forças produziram provas para serem submetidas à decisão final. O julgamento do feito pode ser feito tanto pelo Júri Popular, quanto por juízo singular, cabendo ao acusado o direito de escolha, sendo que os requisitos para renúncia do direito ao júri popular variam de acordo com o Estado.

O *plea bargaining* é cabível durante todo o processo criminal, inclusive, mesmo após o início da instrução criminal, sendo vedado apenas após o veredito emanado pelo plenário. Via de regra, o *plea* é ofertado quando na fase de *Arraignment*.

Dentre as normas prescritas na Lei Federal norte-americana está inserida a Rule 11 (regra onze), a qual dispõe sobre a implementação e funcionamento dos *pleas*, bem como regula como se dará a declaração ou não de culpa perante o juízo.

Em suma, a Regra 11 estabelece que no decorrer da Ação Penal o acusado pode declarar-se perante o juízo, podendo se declarar culpado do fato que lhe é atribuído, se declarar não culpado, ou ainda caso haja consentimento do juízo, poderá se declarar *nolo contendere*.³

Em resumo, a declaração de *nolo contendere* é aquela em que o acusado não admite a culpa e nem se declara inocente, ele apenas informa que não discorda da acusação que lhe é feita. Esta medida é bem efetiva e protege o acusado de eventualmente ser processado por crime de perjúrio, por fazer afirmação falsa sob julgamento, ainda que a afirmação tenha sido feita com o intuito de provar sua inocência:

³ 1) REGRA GERAL: O acusado pode se declarar culpado, não culpado ou (com consentimento do juízo) *nolo contendere*).

2) Declaração Condicional: Com o consentimento do juízo e da acusação, o acusado pode apresentar uma declaração condicional de culpa ou *nolo contendere*, reservando-se, por escrito, o direito de recurso à Corte de Apelação em relação a eventual estipulação desfavorável em petição formulada antes do julgamento. O acusado vitorioso na apelação pode então retratar sua declaração de culpa.

3) *Nolo Contendere plea*: Declaração *nolo contendere*. Antes de aceitar uma declaração *nolo contendere*, o juízo deve considerar as argumentações das partes e o interesse público na efetiva administração da justiça.

4) Insucesso na formulação de uma declaração. Se o acusado se recusa a prestar sua declaração ou se uma pessoa jurídica deixa de comparecer em audiência, o juízo deve considerar a declaração como de não culpado.

A) o direito da acusação, em processos de perjúrio ou falso testemunho, de usar contra o acusado, qualquer afirmação que faça sob juramento; **B)** o direito de se declarar não culpado, ou caso já o tenha feito, ratificar sua declaração; **C)** o direito a julgamento por júri popular; **D)** o direito de ser representado por advogado - e se necessário, de que o juízo nomeie advogado dativo - em júri ou em qualquer fase processual; **E)** o direito à fase de instrução, para confrontar e inquirir as testemunhas de acusação, de ser protegido de auto incriminação forçada, de depor e apresentar provas e de demandar condução de testemunhas; **F)** a consequente renúncia aos direitos decorrentes do julgamento em caso de aceitação pelo juízo da declaração de culpa ou *nolo contendere*; **G)** a natureza de cada acusação sobre a qual o acusado está proferindo declaração; **H)** as respectivas penas máximas previstas, incluindo de prisão, multa e livramento condicional; **I)** qualquer pena mínima obrigatória; **J)** qualquer possibilidade de decretação de perda de bens; **K)** a autoridade do juízo para determinar reparação às vítimas; **L)** a obrigação do juízo de fixar custas processuais; **M)** ao determinar a sentença, a obrigação do juízo de calcular conforme guia de sentença, possíveis fatores de aumento e diminuição, e outros fatores na penalização, conforme 18 U.S.C §3553(a); **N)** os termos de qualquer cláusula do acordo que provoque renúncia ao direito de apelação ou qualquer ataque colateral a sentença e; **O)** que, se condenado, o acusado que não é cidadão dos Estados Unidos poderá ser deportado para seu país, ter seu pedido de cidadania negado e recusada entradas futuras. ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11,itemB. Disponível em:https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cr_rules_eff_dec_1_2018_o.pdf. Acessado em: 23 de abril de 2021.

A nota distintiva entre elas reside na consequência e que a primeira [declaração de culpa] produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda [nolo contendere], não, porque se limita em não contestar a ação (em assumir a responsabilização, mas sem realização de confissão dos fatos.” (BRANDALISE, Rodrigo da Silva).

Assim, após a declaração do acusado, o juízo designa uma audiência para que o acusado ratifique tal declaração, visando assegurar que ele não tenha sido coagido a aceitar o acordo por ameaça de terceiro, ou ainda que por promessas feitas pelo Promotor de Justiça que estejam fora do acordo, de modo a gerar a nulidade do feito.

Nesta baliza, discorre Lorena Bachmaier Winter, professora de direito processual penal norte-americano:

As conformidades obtidas sob coerção não somente geram a nulidade do ato, senão também fariam todo o sistema de justiça criminal perder a sua legitimidade, cuja legitimidade lhe é conferida pelo conjunto de garantias processuais.

Assim, caso o acusado declare a culpa perante o juízo ele fará jus ao acordo oferecido pelo órgão acusador, sendo que este poderá estipular qualquer condição para seu cumprimento, desde o *quantum* da pena e o regime para seu cumprimento, e até mesmo condições para alcançar benefícios, tais como o livramento condicional ou a progressão de regime. Desse modo a homologação do acordo tem força de sentença penal condenatória, podendo, inclusive, ter efeitos práticos instantâneos, visto que as partes através de cláusula expressa podem abrir mão de seu prazo recursal.

Nesta baliza, o professor Gabriel Silveira Campos de Queiroz conceitua o *plea bargaining*:

Em um primeiro momento, a análise do instituto deve basear-se pela tradução, tendo em vista que se trata-se de um termo da língua inglesa. Este instrumento processual é definido pelo seu conjunto de duas palavras, tal que “Plea”, através de uma breve interpretação, ad intentio, tem o significado de “alegação”, e a segunda é “Bargaining” o qual se traduz como “barganha”, ou seja, partindo deste pressuposto, é uma alegação que por sua vez origina uma barganha, negociação ou acordo, assim como dispõe o autor Estrada (2009, p. 09): A ideia de *plea* é a de resposta, ou seja, declaração do réu, traduzindo-se a célebre frase dos julgamentos anglo-saxônicos: How do you plea, ou seja, como o réu se declara diante de determinada acusação.

Caso o acusado se declare inocente ou se declare *nolo contendere* o processo seguirá o procedimento observando o procedimento previsto no Código de Ritos do Estado, conforme já explanado.

Destarte, fica claro, portanto, que o parlamento norte americano criou o instituto dos *plea*, principalmente, para desafogar o sistema judiciário, que era muito moroso e não conseguia dar às causas uma decisão efetiva, o que, a longo prazo, poderia estimular o cidadão médio a cometer crimes, haja vista a sensação de impunidade experimentada, aliado ao fato de que, a solução rápida das demandas é infinitamente mais barata.

3. SOLUÇÕES PENAIS PACTUADAS NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, salienta-se que o Brasil já adota diversas formas de Justiça Consensual, todas visando o único propósito de dar às demandas criminais maior celeridade.

As primeiras modalidades de soluções penais pactuadas vieram com a implementação da Lei dos Juizados Especiais Criminais Estaduais (Lei 9.099/95), a qual trouxe duas modalidades de acordo a serem ofertadas pelo órgão acusador ao autor do delito, sendo que ambos os acordos seriam aplicados, em regra, aos delitos de menor potencial ofensivo.

A Primeira modalidade de acordo é a Transação Penal, que é definida como uma proposta feita pelo Ministério Público, em uma fase pré-processual, ou seja, antes do oferecimento da denúncia, onde ele irá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, nos crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima abstrata não supera 2 (dois) anos, podendo ser aplicada aos crimes ou contravenções que se processam mediante qualquer tipo de ação penal, sendo aplicável aos crimes de ação penal privada de forma subsidiária (BRASIL, 2019).

A segunda modalidade de acordo prevista na Lei dos Juizados Especiais, é a Suspensão Condicional do Processo que é a hipótese em que o Ministério Público, nos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 (um) ano, ao oferecer a denúncia, propõe ao denunciado a suspensão do processo, por um prazo a ser estipulado entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos, aliado ao cumprimento de outras medidas, como o comparecimento mensal para justificar suas atividades, de modo que, o cumprimento da obrigação acarreta na extinção da punibilidade do autor (BRASIL, 2019).

Outrossim, podemos citar ainda o mecanismo da Colaboração Premiada, previsto na Lei 12.850/13, a qual define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento

criminal. Tal mecanismo estabelece o acordo de colaboração entre o órgão acusador e algum dos autores de crimes em que envolvam organização criminosa, visando a obtenção de prova, que seja útil para a instrução e condenação criminal ou o interesse público. Esta modalidade de Justiça Pactuada se difere das demais, afinal atua já em fase processual, de modo que a colaboração do autor não acarretará a extinção de sua punibilidade, e sim a redução da pena aplicada em eventual sentença condenatória, em razão $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$ (BRASIL, 2019)

Desse modo, observamos que cada vez mais a legislação brasileira evolui na busca por soluções penais pactuadas, sempre se espelhando em sistemas criminais mais avançados, como no caso do Norte Americano, o Alemão e o Italiano.

Nesta giza, com intuito de implementar novas espécies de acordo, que seriam aplicados a crimes de médio e maior potencial ofensivo, tanto em fase pré processual quanto em fase processual, no ano de 2019, foi criado o Projeto de Lei nº 882/2019, intitulado pacote anticrime, proposto pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, o qual propôs a alteração em 12 (doze) Lei, visando estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Dentre as alterações, foi proposta a aplicação de alguns institutos internacionais, como o Non-criminal prosecution agreement (acordo de não persecução penal) e o *Plea Bargaining*, ambos de origem norte-americana.

O instituto do Acordo de não Persecução Penal, que visava a implementação de nova modalidade de Justiça Consensual foi devidamente aprovado, e está vigente no ordenamento jurídico, disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019).

O Acordo de não Persecução Penal é menos agressivo que o *plea bargaining*, e por sua vez, bem mais limitado, de modo que apesar de abranger crimes de médio e maior potencial ofensivo, só se aplica em fase pré-processual, ou seja, antes do oferecimento da denúncia.

Desse modo, o órgão acusador poderá propor ao autor dos fatos, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, e que tenham pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, acordo de não persecução penal, consignando-se o cumprimento de algumas condições, dentre elas a confissão formal e detalhada do crime.

Assim, o ANPP visa evitar a longa marcha processual, aplicando-se, desde já, vários efeitos da sentença condenatória, como por exemplo: a restituição do bem ou

reparação dano causado à vítima; renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público que forem produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; pagamento de prestação pecuniária bem como outras condições a serem estipuladas pelo Ministério Público.

Destarte, o cumprimento do acordo seria benéfico tanto para o investigado, que cumpriria reprimendas mais brandas, em vista daquelas que poderiam ser aplicadas em uma eventual sentença condenatória, bem como manteria sua primariedade, eis que sequer chegou a ser processado. Ademais, a aceitação do acordo também seria benéfica ao próprio órgão acusador e ao estado, eis que evitaria gastos desnecessários movendo a máquina do judiciário para instruir processos criminais que ao final seriam apenados de forma irrisória.

Outrossim, o referido instituto em nada fere os direitos e princípios e garantias fundamentais, como o da não incriminação e a presunção de inocência, afinal flexibiliza o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal.

Neste sentido, ensina o Professor Gustavo Junqueira:

O acordo de não persecução penal (assim como a transação penal) implica uma mitigação ou abrandamento do princípio da obrigatoriedade (legalidade) da propositura da ação penal pública: mesmo diante da presença de justa causa, o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia, mediante o cumprimento de “condições” ajustadas com o investigado (a maioria delas apresenta natureza de penas restritivas de direitos, apesar do eufemismo legal). pág 59.

O instituto que mais se assemelhava ao *Plea Bargaining*, por sua vez, não teve o mesmo êxito, visto que a implementação do art. 395-A no Código de Processo Penal foi rejeitada pelo Grupo de Trabalho da Câmara dos deputados, no dia 06 de agosto de 2020, em Sessão Legislativa Ordinária.

Tal dispositivo visava aumentar as hipóteses de acordos consensuais, de modo que tanto o Ministério Público, o querelante e o próprio acusado, assistido por seu defensor, poderiam propor a aplicação imediata da pena. Contudo, a situação aqui é diferente do acordo de não persecução penal, afinal é aplicável na fase processual, ou seja, necessita que a denúncia ou queixa tenha sido recebida.

No mérito, seriam requisitos do acordo: a confissão circunstanciada da prática da infração penal; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de

penas ao juiz; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

Assim, nota-se, de pano, que o *plea bargaining* é muito mais agressivo do que qualquer outro acordo já adotado no ordenamento brasileiro, primeiro porque apesar de ser aplicado já em fase processual, o que se assemelha à Delação Premiada, este por sua vez prevê a imediata aplicação da pena, indicada pela parte que propôs o acordo.

Segundo, porque o instituto impõe às partes a renúncia à produção de provas e ao direito de recorrer. Constata-se aqui, que tais previsões tinham o único intuito de dar celeridade ao feito, de modo que em caso de cumprimento do acordo, o feito já estaria pronto para julgamento, eis que o acusado já teria confessado a prática do crime, as partes não poderiam mais produzir provas e não poderiam recorrer de eventual sentença.

Importante frisar neste ponto que, analisando friamente o instituto este parece ser muito mais benéfico para o acusador do que para o réu, ao mesmo tempo que estaria ferindo preceitos constitucionais, visto que a obrigatoriedade da confissão, a renúncia da produção de provas e abdicação ao direito de recorrer, violaria direitos fundamentais como o da produção de prova, o acesso à justiça e a presunção de inocência, dispostos no art. 5º. Incisos LV, XXXV e LVII, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Contudo, na prática, esta não é a verdade real dos fatos, haja vista que à exceção da confissão, as demais condições do acordo, como a renúncia ao direito de provas e ao direito de recorrer são impostas tanto acusador quanto ao acusado, de modo a respeitar o princípio da paridade de armas no processo penal.

Assim, o julgamento do feito no estado em que se encontrava antes da aceitação do acordo em nada prejudicaria o réu, sobretudo porque a lide seria decidida por um juiz imparcial, que sequer participou diretamente da celebração do acordo entre as partes, aliado ao fato de que mesmo se tratando de uma instrução criminal reduzida, ainda seriam respeitados princípios fundamentais como o da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Sendo certo que, uma eventual sentença absolutória não seria nenhuma surpresa, em virtude da ausência de provas, mesmo se tratando de réu confesso, afinal, o juízo possui livre convicção, podendo decidir mesmo em dissonância com prova pericial e prova testemunhal.

Outrossim, observa-se que o acordo poderia ser requerido pelo próprio acusado, desde que acompanhado por defensor, podendo ele, inclusive, indicar o membro do

Ministério Público as condições do acordo. Desse modo, forçoso seria dizer que o dispositivo seria benéfico apenas para o órgão acusador.

A partir disso, pontua-se que caso o *Plea Bargaining* fosse introduzido no direito processual brasileiro, não feriria em nada os direitos e preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tendo em vista que tanto o *Parquet* e o querelante, quanto o acusado encontram-se em igualdade, aliado ao fato de que não se trata de uma norma impositiva, cabendo ao acusado a aceitação ou não do acordo nas condições que lhe foi apresentada, sendo ainda permitido ao réu o direito de barganha, podendo ele celebrar contraproposta ao acordo inicialmente ofertado.

4. APLICABILIDADE DO PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, pontua-se que o sistema judiciário Brasileiro clama por socorro, visto que está em colapso há diversos anos, podendo ser definido em duas palavras: moroso e oneroso. Isto porque a maioria dos processos sequer chega a ter uma sentença definitiva, sendo que, muitas vezes, ocorre a extinção da punibilidade do autor do fato antes do término da instrução do feito. Aliado ao fato de que essa demora excessiva custa anualmente bilhões reais aos cofres públicos.

Consoante o Relatório Justiça em Número de 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, nos últimos anos o prazo médio para duração para conclusão dos processos exponencialmente, sendo que um processo criminal em curso na Justiça Estadual, dura em média 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, sendo a situação ainda é pior quando trata-se da Justiça Federal, alcançando uma média de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses. E os processos em fase de execução criminal duram em média 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses na Justiça Estadual, e 1 (um) ano e 10 (dez) meses na Justiça Federal, até a baixa por cumprimento da pena.

Desta forma, um procedimento criminal, dura do início da instrução do feito, até a o término da execução criminal, em média 10 (dez) anos e 1 (um), o que por si só já iria de encontro a preceitos fundamentais disposto na Constituição Federal, tais como o acesso à Justiça e rápida resolução das demandas.

Assim, a implementação de um mecanismo para maior celeridade na resolução das demandas judiciais já em instrução deixou de ser um sonho, e se tornou uma necessidade,

e a tropicalização do instituto do *plea bargaining* para o direito brasileiro, se mostra cada vez mais charmosa.

Outrossim, convém mencionar ainda que, nos últimos anos diversos países que adotam o *civil law* como sistema jurisdicional, implementaram em seus ordenamentos jurídicos mecanismos rotulados especificamente de *plea bargaining* ou considerados semelhantes a este instituto.

O sistema Alemão, por exemplo, a priori, não admitia negociação entre o órgão acusador e o autor do fato, contudo, no final da década de 70, promotores de Justiça e advogados de defesa começaram a desenvolver negociações, na surdina, antes e após o início da instrução do feito, intitulando os acordos de *Absprachen*. Este movimento teve início devido a grande dificuldade na duração dos processos criminais que versavam sobre crimes econômicos, ambientais e oriundos do tráfico de drogas (ROXIN, 2019).

Desse modo, com o crescimento das demandas criminais, o parlamento Alemão não viu escolha, senão admitir o *Absprachen* em seu ordenamento jurídico, de maneira que o acusado, durante o procedimento preparatório ou durante o processo, poderia confessar a praticar a imputação que lhe é feita, em troca de uma garantia do órgão acusador, homologada perante o juízo, de que a sentença seria mais branda, ou que uma ou várias acusações seriam retiradas.

Da mesma forma, a Itália, ao final de Segunda Guerra Mundial, sofrendo grande influência cultural do modelo estadunidense, devido a eficiência ao lidar com o crime de forma democrática, acabou desenvolvendo seu próprio mecanismo de solução penal pactuada, com normas, quase que idênticas àquelas previstas no ordenamento norteamericano, chamando de *plea bargaining* italiano, ou simplesmente de *patteggiamento* (barganha).

O referido mecanismo, assim como os demais, nasceu exclusivamente para combater a morosidade e onerosidade de se manter um sistema criminal que submetia todas os crimes à apreciação do juízo, de modo que, sua implementação permitiu à acusação e a defesa fazerem acordos sobre a sentença e requerer que ela seja imposta pelo juiz. Pontua-se que, ao contrário do *Absprache* alemão, o *patteggiamento* foi introduzido ao ordenamento jurídico através da Lei.

A França, por sua vez, adotou o *plea bargaining* Francês, ou também chamado de *composition*, onde, o autor do fato confessa a prática do crime, e o órgão acusador pede ao

juiz para que substitua julgamento do feito perante o juízo comum, e aplique imediatamente a pena privativa de liberdade, ou a pena de multa, lembrando que na França, a maioria dos delitos podem ser punidos, exclusivamente, com penas de multa. Outrossim, convém mencionar que, o *composition*, não é aplicável a todos os crimes do ordenamento jurídico Francês, sendo aplicável apenas àqueles de natureza leve e média.

Por derradeiro, salienta-se que essa americanização dos direito vem batendo em nossas portas, não somente porque houve a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, do acordo de não persecução penal, instituto de origem norte-americana, mas também porque outros Estados da América latina implementaram em seus ordenamentos jurídicos, instituto análogos ao *plea bargaining*, tal qual a Argentina, que não somente adotou o mecanismo do *procedimento abreviado*, no ano de 1997, como também recentemente, alterou parte de sua constituição Federal para dar maior alcance ao mecanismo, e aplicá-lo mesmo nos autos que já se encontravam em instrução. ⁴

Assim sendo, percebe-se que mecanismos de solução penal pactuada, oriundos do modelo estadunidense já demonstraram sua eficácia em diversos Países pelo mundo, de modo a comprovar que a implementação desta modalidade de dispositivo no direito brasileiro seria plenamente viável.

Outrossim, pontua-se que não há que se falar em desrespeito a preceitos constitucionais quando da implementação deste mecanismo, sobretudo porque, conforme já demonstrado, as partes acordantes estariam em total nivelamento de poderes, sendo que, caso a proposta de acordo fosse muito tendenciosa para um dos lados, ainda caberia à parte diversa fazer uma contraproposta.

No mesmo sentido, forçoso seria dizer que a aceitação desta modalidade de acordo feria a presunção de inocência e devido processo legal, sobretudo porque, a aceitação ou não do acordo é um direito subjetivo do acusado, de modo que, cabe a ele, orientado por

⁴ O sistema de justiça criminal estadunidense tem provocado uma profunda influência cultural sobre a Suprema Corte Argentina no que se refere aos direitos constitucionais no processo penal (busca e apreensão, o direito de não produzir prova contra si mesmo, regras de exclusão, doutrina dos frutos da árvore envenenada, etc). Para uma análise destes tipos de decisões pela Suprema Corte Argentina Confira ALEJANDRO CARRIÓ, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EM EL PROCESO PENAL (3 ED 1997). Relativamente à influência da Suprema Corte estadunidense sobre a Suprema Corte Argentina, Confira Carlos Ignacio Suárez Anzorena, Transnational Precedents: The Argentinian Case 26-40 (1998) (dissertação não publicada, Harvard Law School). Contudo, o sistema de justiça criminal dos Estados Unidos não tem sido influente como fora no caso italiano. O sistema italiano importou um número muito considerável de elementos do processo penal estadunidense, ao invés de apenas selecionar algumas partes dele.

seu defensor, que possui plenas capacidades técnicas, e conhecimento jurídico, decidirem se os termos apresentados são ou não benéficos ao seu caso. Afinal, caso o acusado vislumbre a chance de absolvição, nada impede que ele rejeite o acordo e prove sua inocência perante o juízo.

A partir disso, questiona-se o que ocorria caso o *Plea Bargaining* fosse introduzido no direito processual brasileiro, considerando que o sistema aparenta estar envenenado, cada vez mais apresentando problemas para apresentar decisões satisfatórias, de modo que, este novo mecanismo surge quase como um antídoto para o sistema, de modo a diminuir tanto o tempo para solução da demanda, quando o gasto do Estado com eventuais demandas criminais que sequer teriam solução anteriormente.

CONCLUSÃO

O presente artigo não tem condão de sanar controvérsias em torno do projeto de Lei apresentado pelo ex-Ministro Sérgio Moro. Ao contrário, a ideia aqui presente é de apresentar o instituto de resolução pactuada nos Estados Unidos, de modo que a partir de seus aspectos mais técnicos seja possível analisar se seria viável ou não sua implementação no direito brasileiro.

O fato é que, é inegável que o sistema processual penal brasileiro encontra-se em decadência, de modo que a minoria dos autos chega a ter de fato uma sentença de mérito.

Assim, a implementação de um mecanismo semelhante ao *plea bargaining* no direito brasileiro acarretaria desburocratização da engrenagem judiciária, reduzindo diversos custos desnecessários e dando a causa uma solução mais célere e pacífica, visto que pode, inclusive, ser proposta entre as partes.

Neste eixo, a implementação de outros inúmeros institutos despenalizadores, tais como os previstos na Lei 9.099/95, que estão em vigor há mais de 20 (vinte) anos, demonstraram que a essa americanização do Direito Processual Penal é um caminho sem volta.

Sem prejuízo, conforme já demonstrado, nos últimos anos grandes expoentes do direito romano-germânico, tais como Alemanha, França, Itália e Argentina, que adotam como forma de jurisdição a *civil law*, trataram de implementar em seus ordenamentos institutos semelhantes ao *plea bargaining* norte-americano, de diferentes formas, e com

suas interpretações e sistema jurídicos distintos, de modo a recepcionar o novo mecanismo da melhor maneira a se adequar às normas locais.

Não basta a crítica com mera alegação de que o mecanismo constitui um acordo desequilibrado entre as partes, argumentando que poderia haver abuso e descaso de promotores, juízes, querelantes e defensores, afinal, conforme já exposto, ainda estarão em vigor princípios fundamentais, tais como os da paridade de armas e presunção de inocência.

Assim, não há como avaliar com seriedade a viabilidade da implementação deste de *plea bargaining*, com visão estereotipada e estreita, presumindo que o promotor é um tirano e persegue o autor do fato, que o juízo é um total desinteressado no processo, e quer, o mais breve possível se ver livre de mais uma demanda, ou mesmo de que o defensor ou o advogados são desqualificados para analisar se, de fato, a proposta de acordo é ou não benéfica ao seu assistido.

De igual sorte, engano seria pensar que o juízo teria um papel passivo na aplicação e implementação do *plea bargaining*, afinal, o magistrado teria participação direta na resolução da causa, além de exercer papel efetivo na fiscalização dos termos do acordo, aliado ao fato de que seria responsável por garantir a voluntariedade do agente na aceitação do mesmo, de modo a evitar qualquer tipo de fraude, ou eventual abuso por parte do órgão acusador.

Desse modo, conclui-se que esta modalidade de solução penal pactuada enquadra-se na Teoria dos Jogos em que, o Ministério Público, o querelante e o próprio acusado atuam como jogadores, escolhendo diferentes ações na tentativa de melhorar a sua própria pretensão. Em resumo, as partes, com conhecimento prático e teórico do processo decisório, tem a capacidade de decidir, de forma racional, com base em aspectos como a celeridade do judiciário, ilicitude da conduta, parâmetro de condenações e apenação do juízo patrono da causa, se, a aceitação ou não do acordo seria uma boa escolha para seu interesse pessoal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 de março de 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 de março de 2022.

BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [L12850 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l12850.htm). Acesso em 23 de março de 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: Acesso em 23 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.304, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em 23 de março de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2021. Ano-base 2020. Portal CNJ.** Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf \(cnj.jus.br\)](http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros-2021-221121.pdf). Acesso em: 23 de março de 2022.

ESTADOS UNIDOS. **Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, item B.** Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cr_rules_eff_dec_1_2018_o.pdf. Acesso em: 23 de março de 2022.

CASTRO, Ana Lara Camargi. ***Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos.*** 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

WINTER, Lorena Bachmaier. ***Justiça negociada e coerção: reflexão à luz da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos.*** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*, 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 14, 2019

LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. ***O plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*, 1. ed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. ***Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes.*** Curitiba: Juruá 2016.

ALSCHULER, Albert W. ***Um sistema quase perfeito para condenar inocentes.*** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*, 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 127.

GARRET, Brandon L. ***Por que Plea Bargains não são confissões*** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*, 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo. et al., **Lei anticrime comentada: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

1ª SESSÃO Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura. Grupo de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019. Sessão Legislativa Ordinária. Câmara Legislativa, 06/08/2019. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/56700>. Acesso em: 23 de março de 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 15, n. 15, 2015, p. 436.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese de americanização do processo penal. *Delictae*, v. 1, n. 3, Disponível em www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38. Acesso em 10 abril 2022.