



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO – FD

PLEA BARGAIN: A TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PRINCÍPIO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Alisson Bernardi De Barros

Brasília/DF

2019

Alisson Bernardi De Barros

***PLEA BARGAIN: A TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PRINCÍPIO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA***

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Dr. Evandro Piza Duarte

Brasília/DF

2019

***PLEA BARGAIN: A TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PRINCÍPIO NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA***

Alisson Bernardi De Barros

Matrícula: 11/0106903

Brasília, 08 de julho de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Dr. Evandro Piza Duarte
Membro Titular - Orientador

Msc. Gisela Aguiar Wanderley
Membro Titular

Thales Cassiano Silva
Membro Titular

Msc. Tiago Kalkmann
Membro Suplente

Brasília, _____ de _____ de 2019.

Agradeço a todos que contribuíram para que este momento se tornasse realidade, e principalmente ao Professor Evandro Piza Duarte, pelos seus aconselhamentos e por sua paciência hercúlea.

Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

(Rudolf von Ihering – 1853)

RESUMO

O presente trabalho busca estudar alguns aspectos da cultura jurídica brasileira e norte-americana e suas consequências na construção da cultura legal, a partir dos modelos de justiça negociada presentes nos sistemas penais processuais de cada país. Para isso, procura-se comparar e entender como a cultura jurídica criminal dos Estados Unidos da América (EUA), oriunda do *common law*, concebe o instituto *plea bargain* (ou *plea bargaining*) no âmbito do sistema acusatório-adversarial estadunidense e como, no Brasil, a cultura jurídica criminal, que se desenvolveu no âmbito da *civil law*, vem tratando o tema justiça negociada, em relação ao modelo de *plea bargain*, no âmbito do sistema acusatório-inquisitivo brasileiro. Nesse cenário, busca-se compreender as características do modelo de justiça consensuada denominado *plea bargain*, a partir de suas origens norte-americanas, e os modelos similares instituídos e propostos no Brasil, por meio da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dos projetos de lei do novo Código de Processo Penal (CPP) e do novo Código Penal (CP) e do projeto de Lei Anticrime proposto pelo Ministro da Justiça do atual Governo do Presidente Bolsonaro. Por fim, tecem-se críticas sobre a consequência de implantação do modelo de justiça negociada no Brasil, nos moldes do *plea bargain* norte-americano, e seus reflexos no sistema carcerário e nos ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: cultura jurídica; cultura legal; sistemas processuais penais; justiça negociada e *plea bargain*.

ABSTRACT

This study analyzes aspects of Brazilian and North American criminal culture and its consequences in the development of legal culture through the models of negotiated justice present in each country's penal systems. Therefore, this paper seeks to compare and understand how plea bargain is inserted in United States of America (USA) criminal culture, established within the common law and based in accusatory-adversarial criminal procedure system, and how, in Brazil, the criminal culture, which developed in the scope of the civil law, has dealt with the subject of negotiated justice and plea bargain models, inserted in the accusatory-inquisitive Brazilian criminal procedure system. Then, it is sought an understanding of the characteristics of consensus-based plea bargain model, based on its north american origins, and the similar models proposed in Brazil, referenced in Resolution n° 181/2017, of the National Council of the Public Prosecution Service (CNMP), Brazil's rules of criminal procedure (parliamentary project n° 8.045/2010), Brazil's new criminal rules (parliamentary project n° 236/2012) and in the brazilian anti-crime bill proposed by the current Government (parliamentary project n° 882/2019). Moreover, criticisms are made about the consequences of implementing negotiated justice models in Brazil, in the parameters of north american plea bargains, and its repercussions on Brazilian prison and legal systems.

KEYWORDS: criminal culture; legal culture; criminal procedural systems; negotiated justice and plea bargain.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ASPECTOS DA CULTURA JURÍDICA NO BRASIL E NOS EUA.....	12
1.1 Traços da cultura jurídica criminal no <i>civil law</i> e no <i>commom law</i>	12
1.2 Sistema acusatório.	16
1.3 Sistema inquisitório.	19
1.4 Sistema processual penal: “um pouco” do Brasil e “outro pouco” dos EUA.....	22
1.5 A justiça negocial brasileira: transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada.	26
1.6 O instituto do <i>plea bargain</i> no direito penal norte-americano.....	34
2 <i>PLEA BARGAIN</i> : O MODELO ORIGINAL E AS PROPOSTAS BRASILEIRAS.....	39
2.1 Processo penal e <i>plea bargain</i> nos EUA.	39
2.2 Resolução nº 181/2017: <i>plea bargain</i> como decisão do Ministério Público.....	44
2.3 PL nº 8.045/2010: <i>plea bargain</i> no contexto do Novo CPP.....	47
2.4 PL nº 236/2012: <i>plea bargain</i> no contexto do Novo CP.....	50
2.5 PL nº 882/2019: <i>plea bargain</i> no contexto da Lei Anticrime do Ministro Moro....	52
3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO <i>PLEA BARGAIN</i>	58
3.1 <i>Plea Bargain</i> : a falta de uniformidade do modelo brasileiro.....	58
3.2 <i>Plea Bargain</i> : retorno da confissão como rainhas das provas?.....	62
3.3 <i>Plea Bargain</i> : impacto no sistema carcerário norte-americano.....	66
3.4 <i>Plea Bargain</i> : (in)compatibilidades com o sistema criminal brasileiro?.....	68
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade tem progredido sempre em um ambiente social organizado por normas e princípios onde todos os seus membros são capazes de interagir. No entanto, a interação social, comum e necessária a nossa espécie, nem sempre ocorre de maneira pacífica. O avesso a essa condição revela nosso lado mais perigoso: a violência.

No intuito de conter a violência privada, criou-se a figura do Estado como detentor do monopólio do direito de punir. Como ensinam DEMERCIAN e MALULY (2014, p.1), o Estado surge, no âmbito do direito penal, tomando para si a responsabilidade pela garantia da ordem pública, punindo o autor do delito e, conseqüentemente, protegendo toda sociedade. Dentre os mecanismos estatais de proteção do corpo social, percebe-se o processo penal como meio institucionalizado e instrumentalizado criado para respaldar a atuação do Estado no exercício público do *jus puniendi*.

Nesse enquadramento, o processo penal surgiu como produto da civilização dos povos e assumiu várias formas a depender do local onde esse ramo do direito floresceu. Tanto em Estados constituídos a partir de uma cultura jurídica embasada no *commom law* como constituídos a partir de uma cultura jurídica alicerçada no *civil law*, a cultura jurídica criminal predominante foi a responsável pela adequação dos diversos modelos processuais penais adotados por cada organização social.

Assim surgiram os sistemas processuais penais ao longo da evolução da história da humanidade. Numa linha, no *commom law*, partindo do sistema acusatório clássico, nascido na Inglaterra, até alcançar o sistema acusatório-adversarial, desenvolvido nos Estados Unidos da América (EUA). Noutra linha, no *civil law*, desde o sistema inquisitivo clássico, criado pela Inquisição e institucionalizado na Idade Média do século XIII, até o atingimento do modelo acusatório-inquisitivo, como no Brasil, por exemplo. No decorrer do desenvolvimento desses modelos processuais penais, a complexidade de nossa sociedade impôs uma natural sobrecarga no sistema persecutório e conseqüente morosidade no processo penal tradicional, obrigando o Estado a buscar novas formas de resolução dos conflitos penais.

O sistema processual penal norte-americano, como exemplo, calcado no modelo acusatório-adversarial, funciona como um jogo articulado entre as partes, onde o juiz atua como moderador da controvérsia entre as partes, que conduzem todo o processo, e sua posição neutra

no processo é condição necessária de sua imparcialidade e da justiça de sua decisão, devendo abster-se de intervir nas relações privadas dos seus cidadãos, princípio inalienável das nações que seguem a modelo liberal clássico. Sendo esse o cenário onde nasceu o modelo de justiça criminal consensual denominado do *plea bargain*, instituto penal que se traduz em um acordo entre a acusação e a defesa (acusado e advogado), através do qual o acusado se declara culpado em troca de atenuação das acusações.

No Brasil, que utiliza o sistema processual acusatório-inquisitivo, o paradigma fundado no acordo penal entre as partes já utiliza um modelo de *plea bargain* instituído pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução nº 181/2017, e possui propostas de outros modelos de acordos penais a serem introduzidos no ordenamento jurídico pátrio; como exemplos: os contidos no Projeto de Lei do Novo Código Penal (PL nº 236/2012), no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010) e do Projeto de Lei Anticrime (PL nº 882/2019).

Nesse contexto, o presente trabalho, cujo tema central aborda aspectos fundamentais do instituto *plea bargain* a ser inserido no modelo de justiça penal negocial brasileiro, tem por objetivo principal apresentar os modelos de acordos penais negociais entre as partes, nos moldes estadunidenses, como uma ferramenta de resolução de conflitos penais à disposição da justiça criminal brasileira e questionar a seguinte situação jurídica: a disponibilidade ao processo penal por vontade do acusado ou réu, fato comum à justiça negocial, encontra guarida na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro?

Esse tema se justifica porque entender como funciona o *plea bargain* tendo em vista ser um instituto com grande penetração e relevante importância hoje para a justiça criminal do país. Mesmo assim, o modelo de acordo penal, nos moldes do *plea bargain* norte-americano, sendo ou não uma tendência mundial, ao ser importado para o direito brasileiro, deve ser analisado com muita cautela. Premissas como a disponibilidade processo penal por vontade das partes, a economia e a celeridade processuais não podem ser colocadas em primeiro plano, em detrimento aos direitos e garantias constitucionais do cidadão. Um modelo de acordo penal, no contexto da justiça criminal negocial e nos moldes do *plea bargain* estadunidense, deve claramente se pautado nos parâmetros constitucionais previstos na Carta Magna do Brasil de 1988.

Esse estudo foi organizado com base na seguinte questão: quais são as características do *plea bargain*, no que tange à aplicação e à implementação, como instituto de justiça negocial no

ordenamento jurídico pátrio? Assim, sem o intuito de esgotar o assunto, busca-se trazer informações sobre o modelo federal de aplicação do *plea bargain* nos EUA e como estão sendo executados e planejados modelos similares do mesmo instituto supracitado no Brasil.

A metodologia utilizada neste trabalho foi o levantamento bibliográfico de natureza qualitativa. Portanto, foram analisadas decisões judiciais e obras nacionais e internacionais sobre o tema proposto com a finalidade de consolidar os argumentos trazidos para a discussão.

Por fim, esta monografia foi estruturada em três capítulos, não incluindo a introdução, tópico onde foram apresentados o objetivo e justificativa da presente pesquisa. No primeiro capítulo, foram apresentadas características da cultura jurídica criminal brasileira e norte-americana; aspectos dos sistemas processuais penais no Brasil e nos EUA e o modelo de justiça consensual estadunidense que utiliza o instituto *plea bargain*. O segundo capítulo dispõe sobre as propostas brasileiras que versam sobre os modelos de institutos de *plea bargain* já inserido, via de regra, no contexto democrático brasileiro pós-88, a saber: Resolução nº 181/2017, do CNMP, Projeto de Lei do Novo Código Penal, Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal e Projeto de Lei Anticrime. No terceiro capítulo, apresentam-se críticas que gravitam em torno do instituto *plea bargain* adotado e consolidado nos EUA e dos modelos de *plea bargain* propostos para o Brasil. E, por último, finda-se o trabalho com a conclusão, onde são tecidas as considerações finais sobre o assunto proposto.

1 ASPECTOS DA CULTURA JURÍDICA NO BRASIL E NOS EUA.

Para que se entenda o mecanismo de “importação” de um modelo jurídico, situação inerente ao desenvolvimento da Ciência do Direito, é necessário antes conhecer um pouco da cultura jurídica na qual o modelo a ser introduzido está inserido e produzindo efeitos. Ademais, também possui relevância saber distinguir e conhecer os aspectos da nova cultura jurídica que irá receber o modelo importado.

Nesse sentido, o presente capítulo busca expor alguns aspectos da cultura jurídica norte-americana, constituída nas bases do *commom law*, e da cultura jurídica brasileira, constituída nas bases do *civil law*; apresentar os conceitos fundamentais, no que tange à cultura legal, relacionados com os sistemas processuais penais vigentes nos dois países e contrastar os elementos contidos no sistema acusatório-adversarial norte-americano com os elementos contidos no sistema acusatório-inquisitivo brasileiro.

Por fim, o capítulo abordará sinteticamente os principais institutos que versam sobre a justiça negocial no direito penal brasileiro – a saber: a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada –, e as características relevantes do instituto do *plea bargain* nos moldes da justiça negocial criminal estadunidense.

1.1 Traços da cultura jurídica criminal no *civil law* e no *commom law*.

Para compreender o sentido de cultura jurídica vale inicialmente distinguir-lhe, ainda que de maneira superficial, do sentido de cultura legal. Esses dois conceitos, centrais para uma adequada análise da cultura jurídica criminal no *commom law* e no *civil law*, apesar de serem complementares, não são coincidentes. Por exemplo, KANT DE LIMA (1991, p.3) assume ser a cultura jurídica uma espécie de sistema de classificações, que quando processado com base em parâmetros antropológicos, passa a ser percebido como um sistema de categorias, presente no discurso de indivíduos que interagem socialmente, partilhando-o de uma forma ou de outra. Fundamental torna-se comparar as diferenças entre os sistemas utilizados, buscando eventuais equivalências, e assim compreender o efeito ordenador de uma cultura jurídica.

Noutra via, partindo da noção de ordenamento jurídico como um conjunto de regras e normas, expressos em leis, que rege um determinado Estado em dado tempo e lugar, KANT DE

LIMA observa que a cultura legal consiste em uma concepção normativa, abstrata e formal do Direito:

O “mundo” do Direito, assim, não equivale ao “mundo” dos fatos sociais. Para “entrar” no mundo do Direito os “fatos” têm que ser submetidos a um tratamento lógico-formal, característico e próprio da “cultura jurídica” e daquele que a detêm. Tal concepção é provavelmente responsável pela justificativa da estrutura de nossos procedimentos penais, concebidos, segundo o Código, em uma sucessão de “preliminares” a propriamente “judiciais” (KANT DE LIMA, 1991, p.66).

Nesse contexto, para o entendimento de uma cultura jurídica criminal faz-se necessário tanto a compreensão teórica como a aplicação mecânica da cultura legal criminal vigente. Assim, percebe-se que a estrutura jurídica se torna responsável pela construção de uma cultura jurídica criminal específica para cada tipo de organização social.

Considerando que tanto o Brasil como os EUA elaboram, desenvolvem e aplicam seus próprios sistemas de normas dentro de suas jurisdições, verifica-se que cada um desses sistemas próprios serve de base para a construção das diversas normatizações existentes em ambos os Estados. No sistema *civil law*, o sistema de classificação jurídica aplicado no Brasil, as principais fontes do Direito adotadas são as leis escritas; existindo um espectro muito grande para a discricionariedade do julgador. O sistema *civil law* deve-se pautar necessariamente na legislação existente. Neste sentido, CASTRO e GONÇALVES ensinam que:

O Sistema Jurídico do *Civil Law* caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o Juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma (CASTRO e GONÇALVES, 2017, p.10).

Já o sistema *commom law*, que apresenta o direito costumeiro como elemento central de sua formação, fundamentando-se na percepção casuística de cada caso com base no problema e compreendido por meio de seus fatos relevantes, se desenvolveu na Inglaterra e se difundiu para os países oriundos das antigas colônias britânicas, conseqüentemente chegando nos EUA. PATRÍCIA MELLO define o sistema da *commom law* da seguinte maneira:

Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia,

por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes (PATRÍCIA MELLO, 2008, p.12).

Destarte, percebe-se que a fonte imediata do Direito no sistema *civil law* é a lei em sentido *lato*. Assim, existe na cultura jurídica legal instituída no *civil law* a perspectiva de elaboração de um comando normativo generalista e abstrato com objetivo de alcançar dedutivamente uma pluralidade de casos futuros. Noutra vertente, no sistema *common law* a fonte imediata do Direito é baseada fundamentalmente em precedentes jurisprudenciais, gerando efeitos vinculantes para decisões futuras. No *common law*, a cultura legal, vinculada à norma e a seu conteúdo de direito, é construída a partir de uma decisão judicial concreta, sendo aplicada indutivamente a casos idênticos no futuro. Essa diferença nuclear na construção da verdade com base no Direito, da lei ao precedente judicial, cria uma acentuada diferença entre os sistemas, e a busca por eventuais equivalências integradoras torna-se cada vez mais complexa.

No Brasil, a cultura jurídica está centrada em uma cultura legal baseada em um modelo codificado, a partir de normas gerais, caracterizando-se pelo raciocínio dedutivo, com base em premissas e conclusões lógicas. Nos EUA, por outro lado, a cultura jurídica vincula-se com uma cultura legal que segue o modelo de precedentes judiciais, centrado na decisão judicial (*judge made law*), caracterizando-se por um raciocínio indutivo, pelo qual se constrói nos julgados de casos concretos pretéritos a fonte de decisão de casos concretos futuros.

Por isso, merece destaque e análise, no contexto da cultura jurídica criminal construída tanto no *civil law* como no *common law*, o modelo de justiça negocial (consensual) em que acordos no âmbito criminal podem ser realizados a partir de ajustes obrigacionais firmados entre a acusação (Ministério Público) e a defesa (Acusado e Advogado), que possibilitam ao acusado a confissão de crime, a consequente responsabilização mais branda em relação ao crime praticado, o encerramento da demanda penal, sem o tradicional processo penal, e o imediato cumprimento das sanções (civis e penais) a partir do acordo pactuado, após imprescindível homologação pelo Juiz (Poder Judiciário), necessário fiscal do negócio jurídico penal (ALENCAR, 2016).

Nos EUA, onde a cultura jurídica criminal é repleta de institutos de justiça negocial, os acordos penais e a disponibilidade da justiça penal demonstraram-se intensamente presentes no sistema de justiça norte-americano, violando, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos acusados em prol de estatísticas. No Brasil, a justiça negocial criminal teve efetivamente início

com a transação penal, criada pela Lei 9.099/95, semente da justiça consensuada em um país cuja cultura jurídica criminal apresenta concomitantemente elementos inquisitoriais e acusatórios conflitantes. Esse tipo de modelo de justiça das partes adotado no processo penal brasileiro foi gerado como uma tentativa de inovação na base do direito penal pátrio, vindo a se tornar uma ferramenta do utilitarismo processual na sua busca pela máxima eficiência do *jus puniendi* estatal (LOPES JR., 2016. p.418).

KANT DE LIMA ensina que os sistemas processuais penais, inseridos em uma cultura jurídica particular e peculiar de cada país, têm como principal objetivo a administração de conflitos sociais, ora vistos como fonte de desordem e de quebra da harmonia social – exigindo punição –, ora considerados inevitáveis para a vida social – fonte de ordem quando devidamente solucionados. Para o supracitado autor, a cultura jurídica de cada país utiliza seus sistemas criminais [cultura legal] como verdadeiros mecanismos de construção da verdade, a partir da gestão das provas dentro do processo, que oferecem à sociedade as prestações judiciais encarregadas de administrar conflitos sociais (KANT DE LIMA, 2013).

Sobre a disponibilidade da justiça criminal, LOPES JR. (2016, p.418) tece pesada crítica quando afirma que a garantia de acesso ao processo (por parte do acusado) e ao poder jurisdicional (por parte do Estado) é inderrogável, infungível e indeclinável, por isso os “modelos de justiça negociada representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do júízo”. Noutra via, considerando já existir institutos de justiça negocial no Brasil¹, questiona-se até que ponto e sob quais formas o acesso ao processo penal e o *jus puniendi* podem ser relativizados quanto a sua inderrogabilidade, infungibilidade e indeclinabilidade.

Assim, percebe-se que a lógica da justiça negocial inserida no processo penal brasileiro tanto pode conduzir para uma maior eficácia do sistema de justiça como pode conduzir a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, forçando-o a não atuar como interventor supostamente necessário, mas sim apenas como árbitro aparentemente capaz de manter as regras do processo e de assistir, de sua posição elevada e imparcial, a resolução do conflito penal entre as partes.

¹ Lei do Juizado Especial Criminal (Lei Federal 9.099/95), são órgãos da Justiça que julgam infrações penais de menor potencial ofensivo, objetivando rapidez na resolução do processo, assim como a reparação do dano causado à vítima, por meio de um acordo (justiça negocial).

1.2 Sistema acusatório.

Partindo de uma análise histórica, segundo LOPES JR., a origem do sistema acusatório remonta ao Direito Grego, em que vigorava o sistema da ação popular para os crimes graves e acusação privada para os menos graves. Naquele sistema, para os crimes classificados como “graves”, a ação popular contra o agressor poderia ser proposta por qualquer um do povo; para os crimes classificados como “menos graves”, a acusação privada contra o agressor cabia ao próprio ofendido. Nesse sentido, desde seu nascimento, o sistema acusatório se desenvolveu referendado pela participação direta do cidadão no exercício da acusação e também como julgador (LOPES JR., 2014, n.p).

Assim como no Direito Grego, o Direito Romano da Alta República também distinguia os processos penais decorrentes da *delicta publica* e os da *delicta privata*, e, por consequência dessa distinção, existia o processo de cunho público e o processo penal de cunho privado. No primeiro – delito público – o Estado atuava como sujeito de um poder público de repressão, por ser tratar de violação que feria o interesse da República. No segundo – delito privado – o Estado atuava como um árbitro, garantindo a aplicação dos procedimentos e regras de justiça, com intuito único de solucionar o litígio entre as partes (TOURINHO FILHO, 2012, p.101-2). Era a natureza do delito cometido que determinava qual seria o mecanismo de resposta do Estado, ora impondo um *jus puniendi* por meio de um processo penal severo, ora disponibilizando o processo penal aos particulares envolvidos no conflito de interesses.

Desde a Grécia antiga até a Alta República Romana, percebe-se o surgimento e desenvolvimento de dois tipos de sistemas processuais principais: o inquisitivo e o acusatório. Mesmo que não se desenvolvendo de forma contínua ao longo do tempo, verifica-se que na Roma Antiga e na Grécia já era utilizado o sistema acusatório, enquanto o inquisitorial passou a ser utilizado apenas posteriormente, no Império Romano e ao longo da Idade Média, prolongando-se até a época do absolutismo, por volta do século XVI e XVII. Foi no último século da República Romana que o sistema acusatório ressurgiu como nova forma de procedimento de persecução penal com o nome de *accusatio*.

Nesse novo procedimento penal, qualquer cidadão romano tinha o direito de acusar, exceto os Magistrados – por sua posição privilegiada dentro do processo de persecução –, as

mulheres, os menores de idade e as pessoas que não gozavam de idoneidade perante a sociedade romana, faltando a elas honorabilidade para exercer o direito de acusar (TOURINHO FILHO, 2012, p.103).

Finalmente, durante o século XVIII, a Revolução Francesa, calcada em novas ideologias e postulados de valorização do homem, possibilitou uma mudança de paradigma fundamental no processo penal que levou tanto a um gradual abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitório como, conseqüentemente, a uma crescente adoção de mais garantias para o processo e para o acusado, como ensina TOURINHO FILHO:

Na França, logo após a maior revolução que se tem memória, foram adotadas três ordens de jurisdição que correspondiam a três espécies de infrações: o tribunal municipal para os delitos, o tribunal correcional para as contravenções e o tribunal criminal para os crimes. Introduziu-se o Júri para os crimes, e, a maneira do Direito Inglês, compunha-se de duas fases: o Júri de acusação e o Júri de julgamento. Na primeira fase, que era a fase de instrução, interrogava-se o réu e tomava-se o interrogatório das testemunhas. Era o Júri de acusação formado por um Juiz, e oito cidadãos formavam o conselho. Terminada a instrução, o presidente perguntava aos jurados: “*faut-il donner suite a l'accusation?*” [devemos dar seguimento à acusação?]. Os jurados, então, se reuniam secretamente, sob a presidência do mais idoso. A decisão era tomada por maioria. Deviam os jurados responder: “*Oui, il y a lieu*” [sim, existe necessidade], ou, então, “*non, il n'y a pas lieu*” [não, não existe necessidade] (TOURINHO FILHO, 2012, p.111).

A história mostra que o sistema acusatório é próprio dos regimes democráticos, caracterizando-se fundamentalmente pela absoluta distinção entre as funções de acusar, defender e julgar (AVENA, 2014, p.9). A relevância dessas três funções para o processo de acusação impõe que elas necessariamente devam ficar a cargo de pessoas distintas. O supracitado autor ressalta ainda que esse sistema se chama “acusatório” porque ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação formal, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias (AVENA, 2014, p.9).

Das lições do professor LOPES JR. tiram-se as principais características do sistema acusatório:

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o Juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-

se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2014, n.p).

No país, adota-se formalmente o sistema acusatório, de acordo com o modelo contido no texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). A Carta Magna, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público (MP) a promoção da ação penal (art. 129, I, CRFB/88), deixou nítida a preferência pelo modelo acusatório como regra, que tem como característica fundamental a separação natural das funções de acusar, defender e julgar (TÁVORA e ALENCAR, 2013, p.41-2).

Ao optar e se balizar pelas características do sistema acusatório, adotou-se como fundamentos: a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (CRFB/88, art. 5º, inciso LV), da publicidade (CRFB/88, art. 37, *caput*); da imparcialidade do órgão julgador (decorrente da CRFB/88, art. 95), do sistema de apreciação das provas (CRFB/88, art. 93, inciso IX) e do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, inciso LIV).

Conforme observam TÁVORA e ALENCAR (2013, p.41), no Brasil não se adota o chamado sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo. Por exemplo, no sistema acusatório brasileiro, procedimentado pelo Código de Processo Penal (CPP), o magistrado não é um simples árbitro na persecução penal, vez que possui, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, pode conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares e arrolar testemunhas.

Noutra via, nos EUA, a cultura legal, balizadora do processo penal, deriva do *common law* o que implica dizer que a construção da verdade no processo criminal norte-americano prestigia os elementos normativos construídos nos precedentes judiciais.

No processo penal norte-americano, de natureza acusatória, o ponto central da decisão situa-se na chamada *ratio decidendi*² que sustenta o precedente e que engloba tanto a contextualização fática quanto a fundamentação jurídica, integradas na decisão. Já no que tange à funcionalidade que as partes e o Juiz exercem no processo penal, o sistema estadunidense possui uma metodologia procedimental que difere de qualquer outro modelo no mundo. Mesmo sendo, como regra, de caráter acusatório, o sistema penal norte-americano é procedimentado em torno

do conceito de sistema adversarial (*adversarial system*) de disputa entre as partes (VIEIRA, 2017, p.31-41).

Sobre o sistema acusatório-adversarial norte-americano, apontava CALAMANDREI que uma “afortunada coincidência ocorria quando entre os litigantes o mais justo seja também ele o mais hábil”. Conforme dizia o referido processualista italiano, com clareza e precisão, não bastava a uma das partes possuir boas razões de mérito para sustentar sua tese, deveria também ter ela uma excelente habilidade técnica para fazer suas boas razões valerem em juízo (CALAMANDREI, 1998, p.8). É nessa visão de processo judicial como uma disputa entre as partes pela construção da verdade (modelo *adversarial system*), que fica bem aparente, na sua concepção tradicional, a lógica de funcionamento do sistema acusatório-adversarial estadunidense.

Em linhas gerais, qualquer que seja o modelo de sistema acusatório, no Brasil ou nos EUA, ele sempre apresentará a nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; obediência à liberdade de acusação, predominância da liberdade de defesa e isonomia entre as partes no processo (igualdade formal); vigência da publicidade do procedimento persecutório; observância do contraditório e da ampla defesa; existência da possibilidade de recusa do julgador; livre sistema de produção de provas – mesmo com diferenças na sua aplicação, a depender do modelo; a presunção de inocência e a liberdade do réu como regras a serem obedecidas.

Por fim, embora existam semelhanças no que tange à adoção do sistema acusatório tanto no Brasil como nos EUA, ao analisarmos os seus respectivos sistemas jurídicos de controle social é possível perceber diferenças significativas do sistema acusatório-adversarial presente no direito penal norte-americano em comparação ao sistema acusatório-inquisitivo garantista do direito penal brasileiro.

1.3 Sistema inquisitório.

Conforme se retira da obra de WOLKMER (2006, p.191-201), o sistema penal inquisitório teve suas origens com base no Direito canônico a partir do século XIII, por volta do

² A *ratio decidendi* (ou razão de decidir) são fundamentos determinantes da decisão, constituindo-se uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz.

ano de 1215, e foi “inspirado nos procedimentos adotados pela Igreja desde o século XIII e acrescido da tortura herdada do direito romano” com intuito de combater os crimes de heresias, se propagando por toda a Europa e inclusive para as colônias, sendo empregado por tribunais civis até fim do século XVIII.

Após o Império Romano estabelecer a última grande perseguição aos cristãos, tendo como marco de origem o *Edito de Tolerância de Milão*, publicado por volta de 313 D.C., no qual existia o desejo de fazer da Igreja um organismo oficial e de associá-la à vida e ao funcionamento estatal, o Estado precisava conter as possibilidades de interpretações divergentes sobre o texto da Bíblia e garantir o domínio da Igreja sobre o modo de pensar. Nesse contexto, para todos do povo, imediato devia ser que os pronunciamentos do papa e dos representantes da Igreja gozavam de plena infalibilidade, pois decorriam de própria revelação divina (CARLAN, 2019. p.7-16).

BOFF (2013, p.8-15) ressalta ainda que, com objetivo de padronizar a interpretação bíblica nos moldes pregados pela Igreja Católica, foi instituído no ensino religioso o *magistério* como principal ferramenta de educação bíblica; noutros termos, um membro da Igreja educado nos preceitos do *magistério* era portador exclusivo de uma verdade absoluta, que não deveria ser objeto de busca pelo homem, visto não existirem dúvidas ou indagações sobre os conteúdos declarados como verdades absolutas pelos “chancelados” pela Igreja.

Portanto, as verdades absolutas eram os dogmas da Igreja e questionar essas verdades impostas se classificava como heresia, crime máximo para o cristianismo. Conforme dispõe LOPES JR. (2014, n.p), a heresia nada mais era do que qualquer tipo de manifestação de inconformismo com a verdade imposta pela “vontade divina”, que servia para fechar o caminho para a eternidade, sendo esse realmente o maior perigo de todos. Logo, para que fosse possível um eficiente controle da heresia, foi criado o sistema inquisitório (ou inquisitorial), classificado como um modelo mais “racional” de persecução criminal quando comparado com o sistema acusatório (ou acusatorial) que predominava na Europa até aquele momento. A principal e fundamental característica do sistema inquisitório se prendia ao fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas todas em uma única pessoa, que assumia assim as funções de um Juiz acusador, chamado de Juiz inquisidor (TOURINHO FILHO, 2012, p.115).

O sistema inquisitório surgiu como antítese do acusatório, inclusive substituindo-o quando era possível iniciar o processo judicial de ofício. Aquele sistema se desenvolveu com base na afirmativa de que não era possível deixar a defesa da sociedade depender da boa vontade

dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no sistema penal anterior [sistema acusatório]. Observa-se que a essência do sistema inquisitório era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir (*jus puniendi*) os delitos praticados pelo povo, não sendo mais admissível que tal repressão fosse delegada aos particulares (como ocorria na acusação privada grega e na *delicta privata romana*) (LOPES JR., 2016. p.25-6).

Ensina LOPES JR. (2016. p.25-6) que, no século XIII, o sistema inquisitório mudou radicalmente a fisionomia do processo penal, visto que antes, o “que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transformou em uma disputa desigual entre o Juiz-inquisidor e o acusado”. Nesse novo sistema para a época, o Juiz acusador abandonava sua posição de árbitro imparcial [comum do sistema acusatório] e assumia a atividade de Juiz inquisidor, atuando desde o início do processo também como acusador. Perceba-se que esse foi o momento em que houve a confusão proposital das atividades do Juiz e do Acusador e em que o acusado, dentro do processo penal, se transformou de detentor de condição de sujeito processual, com singelos direitos e garantias, para mero objeto da investigação estatal, somente com deveres e obrigações (LOPES JR., 2014, n.p).

Conforme apresentado por LOPES JR. (2014, n.p), o processo inquisitório se dividia em duas fases: “inquisição geral” e “inquisição especial”. Em linhas gerais, a inquisição geral (primeira fase) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade, tendo caráter de investigação preliminar e preparatória com relação à inquisição especial (segunda fase), momento esse que se ocupava da condenação e aplicação do castigo.

Observa GARCIA-VELASCO (*apud*. TOURINHO FILHO, 2012, p.58) que o sistema inquisitório geral e especial guardava algumas características básicas: i) “*concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, nas mãos de uma só pessoa*”: essa concentração de poderes nas mãos do Juiz inquisidor comprometia sua imparcialidade, existindo nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar – por óbvio, o acusador ficava “*ligado psicologicamente*” ao resultado da demanda feita, perdendo ele completamente a objetividade e a imparcialidade no julgamento; ii) “*ausência de contraditório*”: como havia concentração de poderes nas mãos do Juiz, não existia contraditório real, pois era inconcebível a contraposição entre acusação e defesa. Ademais, segundo RENATO BRASILEITO (2016, p.73-4), “*geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável*”; iii) “*procedimento escrito*”: como regra, o sistema inquisitório era um expediente escrito e sigiloso,

mas essas formas não lhe eram essenciais, existindo também processos inquisitivos com as formas orais e públicas; iv) “*a confissão era elemento suficiente para a condenação*”: no sistema inquisitório, a confissão, mesmo sem base fática, era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada³ utilizado nesse modelo de persecução penal, nenhuma prova valia mais que a confissão; v) “*tortura*”: como a lógica inquisitiva baseava-se na verdade absoluta, sendo a heresia o crime que atacava as fundações do cristianismo, havia autorização expressa para combater a heresia e o herege por meio de qualquer mecanismo viável; nesse contexto a tortura foi legitimada como meio de prova dentro do sistema inquisitorial clássico.

Definitivamente, o sistema inquisitório foi fortemente desabonado pelo fato de seus princípios fundantes preverem que uma única pessoa poderia exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar, dentro de um mesmo processo penal; que o processo deveria ser regido pelo sigilo, de forma secreta; que não caberia no conflito penal o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado seria mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não lhe conferindo nenhuma garantia; que a tortura se enquadraria como a melhor forma de acusação e defesa no decorrer do processo em busca da verdade, mesmo que violando uma série de direitos e garantias do réu. Sendo assim, a evolução da sociedade tratou de mostrar a incompatibilidade do sistema inquisitório com as mínimas garantias dos cidadãos perante o poder do Estado.

Assim, ciente das realidades processuais do Brasil e dos EUA, diante de um novo cenário trazido pelo direito comparado e do fato de cada vez mais esse estudo ter ganhado amplitude, mostra-se importante ressaltar os aspectos e características que ora aproximam e ora afastam os sistemas processuais penais e modelos de persecução penal adotados no Brasil e nos EUA.

1.4 Sistema processual penal: “um pouco” do Brasil e “outro pouco” dos EUA.

³ Em linhas gerais, o sistema legal de provas ou sistema da prova tarifada é um sistema hierarquizado de valoração das provas no âmbito do processo penal. Nesse sistema, o valor de cada prova é predefinido, não existindo, portanto uma valoração individualizada, de acordo com cada caso concreto no decorrer do processo. Ou seja, no sistema de prova tarifada, cada prova já possui seu valor definido em lei de forma prévia.

No Brasil, nos idos de 1941, quando da entrada em vigor do atual CPP, prevalecia o entendimento de que o sistema processual penal pátrio contido nele era uma mescla do sistema acusatório com o inquisitório. Nesse sistema misto, a fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era totalmente inquisitorial. Porém, uma vez no âmbito do processo penal, iniciava-se uma fase acusatória. Assim ensina FRANCISCO CAMPOS, na exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941:

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo. Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa. (FRANCISCO CAMPOS, 1941, p.2).

No trecho supracitado, observam-se com clareza as principais características, vigentes até a data presente, de nosso sistema processual penal. Por um lado, o CPP fortalece e prestigia a atividade do Estado na sua função repressiva (aspectos do sistema inquisitório), e, por outro lado, também assegura com muito mais eficiência a defesa dos acusados (aspectos do sistema acusatório).

Parte da doutrina alega que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema processual misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal como a justificativa da conceituação antes mencionada (NUCCI, 2014, p.44). Conforme NUCCI, o sistema processual penal brasileiro é misto, no modelo “inquisitivo garantista”, *in verbis*:

Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levariam em conta, para

qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nossos processos na esfera criminal (NUCCI, 2014, p.43).

Das lições de ROGÉRIO TUCCI (2009, p.44-5), vê-se que “o moderno processo penal [brasileiro] delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”. Essa perspectiva se funda no fato de o Juiz, na fase processual, levar em consideração muito dos elementos informativos produzidos durante a investigação policial, como a prova técnica, os depoimentos colhidos e, até ao extremo, a confissão extraída do indiciado. Por esses motivos, NUCCI (2014, p.44) também classifica o modelo de persecução pátrio como “inquisitivo garantista”, com traços formais de sistema acusatório nascidos com Constituição de 1988 e traços substanciais do sistema inquisitório trazidos do passado pelo CPP de 1941.

TOURINHO FILHO mostra que o sistema processual penal brasileiro não é um sistema acusatório puro, mas sim um sistema acusatório com nódoas de inquisitivo. Isso devido ao fato de muitos poderes⁴ serem conferidos ao Juiz, cuja função é julgar com imparcialidade o conflito penal, portanto mais difícil torna-se mantê-lo equidistante das partes ao decidir (TOURINHO FILHO, 2012, p.59).

Para LOPES JR., “dizer que o processo penal brasileiro é misto é não dizer nada, pois na atualidade todos o são (tipos processuais puros são históricos)”. Ainda que seja "misto", faz-se necessário questionar diretamente o princípio fundante do sistema, seu núcleo, sua base principal, que para o supracitado autor é a gestão da prova. Para o LOPES JR., a gestão da prova no processo deve se manter nas mãos das partes, nos termos da observância do princípio acusatório; mas se a gestão da prova estiver nas mãos do Juiz, está consagrada a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório (LOPES JR, 2018).

No Brasil, temos um pouco de cada sistema processual, a gestão da prova flutua entre o domínio das partes e o domínio do Juiz, sendo que esse último possui uma força desproporcional

⁴ Muito embora a CRFB/88 tenha incorporado regras pertinentes ao sistema acusatório, o direito brasileiro agasalhou resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, oferecendo muito poderes ao juiz, por exemplo, a faculdade conferida ao magistrado de produzir provas *ex officio*, prevista genericamente no art. 156 do CPP (NORBERTO AVENA, 2014, p.12). Ainda sobre os poderes dos juízes, LOPES JR. (2014, n.p) afirmar que “sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos “pré-juízos” que o julgador faz”.

dentro do processo capaz de gerar conflitos e contradições no momento de decidir. Como parâmetro de referência, basta observar o previsto no artigo 156 ou no artigo 385, ambos do CPP, para perceber a presença do princípio inquisitivo na fase processual, vejamos:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Ou seja, a leitura dos artigos supracitados é a constatação imediata de que o processo penal brasileiro possuiu traços primitivos do sistema inquisitório, visto que permite ao juiz, na fase processual, atuar de ofício, colocando em risco o contraditório e a sua própria imparcialidade, ou mesmo condenar sem pedido. Ainda, como observa o professor LOPES JR.:

Não é preciso mais do uma rápida leitura do artigo 156 do CPP ou mesmo do artigo 385 para ver ali consagrada a adoção do Princípio Inquisitivo na fase processual, ou seja, a assunção de que o processo penal brasileiro é inquisitório, em absoluto desprezo ao modelo acusatório-constitucional-convencional (LOPES JR., 2018).

Noutra via, nos EUA, vige o chamado sistema acusatório-adversarial (sistema acusatório puro ou radical), com sua origem calcada na ideologia liberal fundante dos EUA. Dentro do sistema acusatório norte-americano, vigora o modelo adversarial (*adversarial system* ou *adversary system*), que impõe ao Juiz completo afastamento de quaisquer funções probatórias durante a fase processual, limitando-se ao controle de legalidade dos atos praticados pelas partes no decorrer da instrução judicial (PACELLI, 2017, p.22).

O *adversarial system*, por não atender aparentemente o interesse público, costuma ser classificado por doutrinadores brasileiros como um “modelo processual medieval”, somente sustentando-se, conforme observado pela doutrina brasileira, devido a uma premissa legitimadora de suposta igualdade de partes. Ensina PACELLI sobre o *adversarial system* que “essa igualdade [entre as partes], ainda que abstratamente comprovada, não pode justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa”. Defende o supracitado autor que, em

processo que se discute a titularidade de direitos subjetivos, em matéria penal, possibilidade única de simples igualdade processual, abstrata ou concreta, não se justifica (PACELLI, 2017, p.22).

De maneira simplificada, no sistema acusatório norte-americano, que funciona fundado no conceito de modelo adversarial, o Juiz atua como uma espécie de árbitro ou moderador da controvérsia entre os contendores. Nesse cenário, as partes e os advogados conduzem, com relevância, todo o processo penal, incluindo a fase de produção de provas, restringindo-se a função do Juiz, em compensação, em assegurar a justiça do procedimento, sem iniciativa processual para a produção probatória.

Ademais, observa-se, com o advento da CRFB/88, a previsão expressa de separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o princípio do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade. Estas características do processo penal insculpidas na Carta Magna brasileira impuseram fortes traços do sistema acusatório como fundante do sistema de persecução penal brasileiro após 1988.

Com efeito, enquanto nos os EUA o devido processo legal é um direito disponível e as partes decidem sobre o processo, no Brasil prevalece o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, em que o devido processo legal é guiado pela premissa *delicta maneat imputina* (os delitos não devem ficar impunes).

Assim, as bases que diferenciam o sistema processual penal brasileiro e o estadunidense – além do evidente contraste existente entre o modelo adversarial (com foco na justiça negocial) e o modelo inquisitivo garantista (com foco na justiça conflitiva) –, são constituídas a partir da gestão da prova e da disponibilidade do direito penal na construção da verdade no processo, que se apresentam como diferenças paradigmáticas essenciais para o pleno entendimento do alcance da justiça negocial (ou consensual) dentro de cada um dos supracitados sistemas.

1.5 A justiça negocial brasileira: transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada.

A justiça negocial criminal se constituiu a partir de um conjunto de institutos aplicado no âmbito da justiça criminal de diversos países, seja a cultura jurídica desse país de origem *civil law* ou *commom law*, possibilitando negociações sobre as penas a serem cumpridas e multas a serem pagar por quem cometeu um delito tipificado em lei. O desenvolvimento histórico e a evolução

temporal da justiça criminal proporcionaram uma maior aproximação entre o cidadão e o mecanismo da justiça estatal. Diante dessa maior interação entre o cidadão e a justiça criminal, fez-se necessário, paulatinamente, buscar novas maneiras de oferecer ao cidadão um ordenamento jurídico de qualidade, tentando facilitar o acesso ao judiciário e o cumprimento da lei constitucional com maior eficiência.

Como reflexo da expansão da justiça criminal negocial ao redor do mundo, buscando maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional em relação aos delitos de menor gravidade, mecanismos de justiça negocial foram previstos na CFRB/88, que, em seu art. 98, inciso I, preceitua que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Para atender ao preceito constitucional supracitado, em 26 de novembro de 1995, entrou em vigor a Lei n° 9.099, instaurando uma nova espécie de jurisdição (ou justiça) no âmbito do processo penal brasileiro: a justiça negocial ou consensual. Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), iniciou-se uma mudança de paradigma no direito penal brasileiro, pois a tradicional justiça do conflito teve que ceder espaço para uma justiça negocial, que sempre busca o acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, tentando evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal no modelo tradicional.

No Brasil, a introdução de institutos de natureza negocial na justiça criminal modificou o modo pelo qual se via o sistema de aplicação da lei processual penal. Após vigência da lei n° 9.099/1995 se fez presente no processo penal ferramentas da justiça negocial criminal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, que diferem da simples aplicação objetiva do direito penal e processual penal positivado de outrora.

Mesmo diante de um sistema acusatório-inquisitivo inserido no contexto da *civil law*, compreendendo o Estado como solucionador de toda infração penal pelo uso da ação penal, foi a partir da criação dos JECrims que se passou a entender, no âmbito da cultura jurídica criminal brasileira, que quando se trata de infrações de menor potencial ofensivo, a simples solução consensual, por meio de mecanismos da justiça negocial, se faz mais vantajosa tanto para as

partes como para a Administração Pública (AVENA, 2014, p.724-26). Percebe-se que os JECrims possibilitaram a primeira forma de relativização da disponibilidade da justiça criminal brasileira.

De uma perspectiva utilitarista do direito penal, vê-se que o principal intuito na instituição dos JECrims foi criar dentro da justiça brasileira mecanismos de justiça negocial capazes de facilitar o processo penal, tornando-o mais simples, eficiente, barato, democrático e também mais próximo da realidade da sociedade brasileira, tornando todo o procedimento penal mais célere. Sobre esta mudança de paradigma, dispõe GRINOVER e GOMES:

O poder político (Legislativo e Executivo), dando uma reviravolta na sua clássica política criminal fundada na "crença" dissuasória da pena severa (*déterrance*), corajosa e auspiciosamente, está disposto a testar uma nova via reativa ao delito de pequena e média gravidade, pondo em prática um dos mais avançados programas de "despenalização" do mundo (que não se confunde com "descriminalização") (GRINOVER e GOMES, 2005, p.48).

Destarte, mesmo inserido em um sistema penal misto, fortemente influenciado por princípios típicos de um sistema inquisitório, a ideia dos JECrims apareceu como a primeira medida tomada pelo ordenamento jurídico brasileiro a fim de dar início a uma mudança no paradigma penal brasileiro – inserindo a justiça negocial no processo penal –, cumprindo os objetivos precípuos do Poder Judiciário, previstos na Carta Magna de 1988.

No Brasil, no contexto democrático pós-1988, a principal motivação para criação dos JECrims foi a de possibilitar o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo⁵, mediante procedimentos orais e sumaríssimos, viabilizando o acesso à justiça e a celeridade na resposta penal do Estado.

Ademais, o acesso à justiça ampla, eficiente e célere está previsto no inciso XXXV, do artigo 5º, da CRFB/88, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Nesse cenário, impreterivelmente sob o olhar e o alcance do Poder Judiciário, o caráter negocial da transação penal, um direito constitucional, ganhou relevância em decorrência de aplicação de métodos de resolução de conflito penal, como a suspensão

⁵ Com o advento da Lei 9.099/1995, tem-se a definição do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”.

condicional e a transação penal, em via oposta a simples aplicação objetiva do direito positivado de outrora pelo código de processo penal de 1941.

Como instituto da justiça negocial penal brasileira, a transação penal, regulada pela lei nº 9.099/1995, consiste no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, antes oferecimento de denúncia ao Poder Judiciário, de proposta de solução do conflito penal. A Carta Magna simplesmente chancelou a criação dos chamados JECrims, que introduziram ao processo penal brasileiro os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Esses institutos penais surgiram como ferramentas para a efetivação dos Juizados Especiais criminais previstos no artigo 98, da CRFB/88:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Destarte, a transação penal é cabível apenas nos crimes de competência dos JECrims e, meio desta medida, é possível ao titular da ação penal, seja o MP ou o querelante, o oferecimento ao autor do fato criminoso uma proposta de cumprimento antecipado de uma pena restritiva de direitos ou de multa, desde que presente os pressupostos de admissibilidade da transação penal⁶.

Sobre a transação penal, ensina PACELLI que, sendo evidente o pressuposto da insuficiência do atual sistema penal brasileiro e da inadequação das penas privativas da liberdade, o advento da Lei nº 9.099/95 previu o supracitado instituto como a melhor solução para o caso penal, em detrimento da pena privativa de liberdade. O autor salienta ainda que a transação penal se aplica nos casos em que os acusados preenchem determinados requisitos legais, elaborados a partir da consideração da natureza do crime, da pena imposta e das condições pessoais do agente. Veja, se a prioridade é a transação penal, segundo regramento expresso na lei, o “Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório [tradicional], quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal” (PACELLI, 2014, p.777).

⁶ Os pressupostos de admissibilidade da transação penal estão legalmente previstos no artigo 76 da lei 9.099/1995.

LOPES JR. tece críticas sobre a justiça negocial trazida pela transação penal, visto que, para o autor, o modelo representa importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, visto que “conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito”. A justiça negocial significa uma inequívoca incursão do MP em uma área que deveria ser dominada unicamente pelo Poder Judiciário, ressalta o supracitado autor que:

A lógica negocial transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Constitui, também, verdadeira expressão do movimento da lei e ordem, na medida em que contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor. Quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei n. 9.099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social. Por isso, ela está inserida no movimento de banalização do Direito Penal e do processo penal (LOPES JR., 2014, n.p).

Continua LOPES JR. (2014, n.p) argumentando que “o primeiro pilar da função protetora do Direito Penal e Processual é o monopólio legal e jurisdicional da violência repressiva”. Para o autor, a justiça negocial viola desde logo esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional, ficando nas mãos do MP e submetida a sua discricionariedade.

Assim, mesmo diante de divergências doutrinárias, a justiça negocial trazida pela transação penal apresenta-se como um instituto processual penal que somente terá aplicação quando houver *fumus commissi delicti*⁷ e o preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade cabíveis ao caso concreto. Destarte, não existem dúvidas que o instituto inaugurou no processo penal brasileiro a via conciliatória no direito penal, característica evidente, mesmo que latente, da justiça negocial como mecanismo penal de resolução de conflitos penais.

A suspensão condicional do processo (*sursis* processual) é outro instituto processual penal, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, que tem como objetivo, de forma parecida à transação penal, gerar despenalização e dar celeridade ao processo criminal por meio de via conciliatória balizada por parâmetros especificados em lei. O *sursis* processual difere

⁷ *fumus commissi delicti* pode ser entendido como “a fumaça da prática de um fato punível”.

relativamente da transação penal por ser aplicado nos casos de infrações penais cuja pena mínima cominada, em abstrato, for igual ou inferior a um ano, *in verbis*:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Diferentemente da transação penal, hipótese em que não existirá processo, o *sursis* processual é oferecido depois do recebimento da denúncia pelo magistrado. Nessa hipótese, será feita a proposta pelo MP, dentro dos pressupostos legais do instituto.

Sendo a proposta aceita pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este poderá suspender o processo, submetendo o autor do fato criminoso a um período de prova, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (artigo 89, § 1º, da lei n. 9.099/95).

LOPES JR. (2016, p.407) ensina que o *sursis* processual não deve ser confundido com a suspensão condicional da pena, pois no *sursis* processual há processo com sentença condenatória, ficando apenas a execução da pena privativa de liberdade suspensa por um período. Já na suspensão condicional da pena, por outro lado, é o processo que fica suspenso, desde o início, logo, sem que exista uma sentença condenatória.

Por fim, no *sursis* processual a abrangência das penas é mais ampla, visto que se considera para a aplicação do instituto todos os crimes em que a pena mínima não seja superior a um ano. Destarte, *sursis* processual apresenta aspectos da justiça negocial na fase processual, suspendendo o processo, não implicando admissão de culpa por parte do réu, tendo a natureza similar ao instituto processual penal estadunidense do *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência (LOPES JR., 2016, p.408).

A colaboração premiada é outro instituto processual penal que foi muito utilizado no Brasil na última década e que se desenvolveu diante das dificuldades enfrentadas ao longo do tempo para se punir os crimes praticados em concurso de agentes. Diante da necessidade do

Estado de conter o crime e da sua dificuldade em acompanhar a evolução das organizações criminosas, a colaboração premiada foi inserida no processo penal como uma das soluções possíveis para suprir a ineficiência da justiça penal (RENATO BRASILEIRO, 2014, p.339).

Esse instituto pode ser compreendido como um benefício concedido ao investigado ou réu que denunciar outros envolvidos pela prática do mesmo crime que lhe está sendo imputado, em troca de redução ou até mesmo isenção da pena imposta, civil ou penal. Trata-se de um instituto típico da justiça negocial em que o réu condenado ou não decide colaborar com o Poder Judiciário em troca da redução de pena como benefício (AVENA, 2014, p.56).

Assim tem-se que a colaboração premiada prevista pela legislação brasileira, tal como ocorre no *plea bargain* norte-americano, que será estudada em capítulo próprio, prevê que o investigado ou réu assuma a culpa em relação a uma determinada acusação por meio da confissão delitativa, tendo como benefício uma contrapartida estatal. Essa característica da colaboração premiada acentua mais seu caráter negocial da justiça dentro do processo penal brasileiro.

No direito penal brasileiro, a essência da colaboração premiada (ajudar a justiça criminal a resolver o caso de forma mais célere e econômica) está prevista em diversos dispositivos legais, são alguns deles:

Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional – Lei 7.492/1986, art. 25, § 2º: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços [grifo nosso]**.

Lei dos crimes hediondos – Lei 8.072/1990, art. 8º, § único: O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, **terá a pena reduzida de um a dois terços [grifo nosso]**.

Lei dos crimes contra a ordem tributária e relações de consumo – Lei 8.137/1990, art. 16, § único: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa **terá a sua pena reduzida de um a dois terços [grifo nosso]**.

Lei do crime organizado – Lei 9.034/95, arts. 3º, I, e 4º a 7º: O Juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos **daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados [grifo nosso]**.

Lei de lavagem de capitais – Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012, Art. 1º, § 5º: A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao Juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo,

por pena restritiva de direitos, **se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime [grifo nosso].**

Lei de proteção a vítimas e testemunhas – Lei 9.807/1999, arts 13 e 14: Art. 13. Poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, **conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado [grifo nosso].** Art. 14. **O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal [grifo nosso]** na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, **terá pena reduzida de um a dois terços [grifo nosso].**

Lei de drogas – Lei 11.343/2006, art. 41: **O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação [grifo nosso],** terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Observa-se na legislação pátria que versa sobre o instituto da colaboração premiada, em suas várias formas, a fragmentação do instituto. Essa fragmentação causa prejuízos quando se busca uma padronização de um modelo mais adequado para o instituto da colaboração, tanto para as autoridades como para os envolvidos na delação. Adverte KALKMANN (2015, p.51) que os problemas práticos gerados pela fragmentação da legislação premial brasileira decorrem da sucessão das leis e a dificuldade de compreensão do instituto devido aos diversos tratamentos específicos dado a ele em cada uma das leis.

No mais, da análise superficial do instituto da colaboração premiada, fica claro que se trata de um meio de obtenção de prova no âmbito processual penal alcançado a partir de um acordo entre as partes (acusação e defesa) do processo, as quais procederão às negociações a respeito da troca de informações (partida) e dos benefícios (contrapartida) a serem concedidos ao investigado ou réu em troca de informações fornecidas. Resta evidente que, mesmo diante de críticas severas ao instituto, a colaboração premiada se apresenta como um instituto de natureza negocial presente nas fases pré-processual e processual da justiça penal brasileira.

Assim, diante da breve descrição dos institutos penais introduzidos pela Lei 9.099/95 e da colaboração premiada, vê-se que marcantes ampliações nos espaços de consenso da justiça negocial, no âmbito penal, ressaltando-se a essência comum nos institutos: a aceitação do acusado a cumprir obrigações, com a renúncia à possibilidade de defesa e à sua posição de resistência característica no processo em troca de suposto benefício (VASCONCELLOS, 2015, p.

18) e a relativização quanto à indisponibilidade do direito penal. Esse novo cenário da justiça criminal atesta cabalmente a permanente expansão da justiça negociada no campo jurídico-penal brasileira, que busca fortalecer os institutos de consenso na justiça criminal; com foco na reparação do dano à vítima, na construção de acordo penal entre as partes e na desqualificação do encarceramento como única solução penal cabível.

Ademais, o momento atual da justiça criminal brasileira se apresenta mais negocial que nunca, com a consolidação da transação penal e com a expansão da colaboração premiada. Indo além, esse ambiente de negociação no âmbito criminal pode sofrer grande ampliação a partir da importação de novos institutos penais nos moldes do *plea bargain* estadunidense, inovação já aplicada pelo MP, por meio da Resolução nº 181/17 do CNMP, e prevista como um futuro instituto penal pátrio no PL nº 8.045/2010 (Novo CPP), no PL nº 256/2012 (Novo CP) e no PL nº 882/2019 (Projeto de Lei Anticrime), que buscam, cada projeto a sua maneira, inserir, ampliar e remodelar a justiça criminal negociada no direito penal brasileiro.

1.6 O instituto do *plea bargain* no direito penal norte-americano.

No direito norte-americano, o *plea bargain* (pedido de permuta ou pedido de acordo) manifesta-se no processo penal como uma negociação celebrada entre o acusador e o acusado na qual o acusado/réu concorda em realizar uma confissão de culpa ou assumir a pena de crime ao qual está sendo acusado em troca de concessões e benefícios determinados pela Justiça. Ademais, conceito similar de *plea bargain* é apresentado pelo Departamento de Investigação Federal norte-americano (FBI).

O *plea bargain* é um acordo em que o acusado se declarará culpado da acusação original ou de outro crime em retorno a alguma concessão do acusador. As concessões típicas incluem a retirada de outras acusações ou uma recomendação ao Juiz por uma sentença em particular (ou um acordo de não se opor a eventual pedido da defesa por alguma sentença em particular) (tradução livre)⁸.

⁸ Texto disponível em: <https://www.fbi.gov/resources/victim-services/a-brief-description-of-the-federal-criminal-justice-process>. Acesso em 01/02/2019.

KALKMANN (2015) ressalta o fato de que o *plea bargain* não equivale ao instituto da colaboração premiada existente no Brasil. Por ser um instituto mais simples que a colaboração premiada, o *plea bargain* consiste em uma “negociação entre o acusador e o acusado para que este alegue ser culpado do crime do qual está sendo acusado ou assuma a pena em troca de algum benefício determinado”. Explica o supracitado autor sobre a colaboração premiada e o *plea bargain* que:

A diferença central consiste em não haver a exigência de colaboração do acusado com as investigações [no caso do *plea bargain*], como regra, apesar desta estar presente nos acordos específicos chamados de “acordos de colaboração”. Contudo, o mecanismo geral de funcionamento dos institutos é o mesmo: o acusado renuncia a determinados direitos (como o de ir a julgamento e o de não produzir provas contra si mesmo) em troca da obtenção de algum benefício de natureza material (KALKMANN, 2015, p.103).

Em linhas gerais, o *plea bargain* norte-americano acontece de três formas básicas: o *charge bargaining*, o *count bargaining* e o *sentence bargaining*.

O *charge bargaining* envolve um acordo por meio do qual o acusador permite que o acusado se declare culpado de uma acusação menor que a acusação original, sendo essa descartada logo após a aceitação do Tribunal da alegação de culpa (*guilty plea*) do acusado.

O *count bargaining* ocorre quando o réu é acusado de mais de um delito previsto e o acusador concorda em descartar um ou mais delitos em troca de aceitação de culpa do réu para um delito específico ou para os delitos restantes.

O *sentence bargaining* envolve um acordo entre a defesa e a acusação garantindo que o acusado receberá uma sentença específica em troca de uma declaração de culpa ou uma declaração de *nolo contendere* (AARON LARSON, 2018, p.1-4).

No direito estadunidense existe ainda a figura do *fact bargaining*, que consiste na negociação sobre quais fatos estarão contidos na peça de acusação. No *fact bargaining*, uma espécie de *count bargaining*, em troca da confissão judicial do acusado, a acusação concorda em celebrar acordo no qual omite ou modifica um ou mais fatos presentes na peça de acusação que poderiam afetar a pena imposta ao acusado caso todos os fatos fossem julgados pelo Juiz ou tribunal do júri (WILLIAM T. PIZZI, 1996, p.3-5).

A ideia principal do *plea bargain* como mecanismo consensual na justiça criminal é a de que o acusado de um delito, no decorrer do processo judicial, possa receber uma condenação mais branda do Estado quando comparada com a condenação que receberia caso fosse submetido

ao julgamento pelo Juiz ou pelo tribunal do júri, em virtude do acusado colaborar com a justiça, para o deslinde do caso, tornando-a mais célere, reduzindo o número de processos nos tribunais e, conseqüentemente, economizando o dinheiro público com os gastos do sistema judiciário.

Como regra, no EUA, na imensa maioria das jurisdições, o *plea bargain*, nos casos de delitos graves, decorre de negociação entre o acusador e o acusado, e em muitos Estados o marco inicial do trâmite negocial ocorre após a declaração do acusado sobre a acusação que lhe é imposta (ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE e KING, 2011, p.67).

Na Justiça Federal norte-americana, por exemplo, a negociação judicial é autorizada pela subseção (e) da *Federal Rules of Criminal Procedure, Title IV, Arraignment and Preparation for Trial, Rule 11, Pleas*, que versa sobre as regras federais aplicadas ao processo penal. Nessa negociação, o acusador e o acusado podem entrar em um acordo no qual o acusado confessa culpa sobre os fatos imputados pelo acusador. De acordo com o item (E), da *Rule 11*, as negociações devem ocorrer até antes do julgamento, a menos que as partes demonstrem uma justa causa para o atraso do acordo, situação essa que viabiliza a realização do *plea bargain* em qualquer momento processual, desde que devidamente justificado.

Assim, o *plea bargain* consiste em uma negociação entre acusador e defesa (acusado e advogado) dentro do processo criminal, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta de acordo penal que pode reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo de crime ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (*charge bargaining* ou *count bargaining*), bem como negociar aspectos ligados diretamente a uma sentença a ser recomendada ao Juiz – como o tipo de pena a ser aplicada e, até mesmo, local de cumprimento da pena (*fact bargaining*) – ou de não se opor ao requerimento de sentença feito pela defesa (*sentence bargaining*), com a condição de que o acusado se declare culpado dos delitos que lhe são imputados, por meio da confissão da prática do crime (*guilty plea*) ou pela não contestação da ação penal (*nolo contendere*).

Diante de um cenário de expansão da justiça negociada no âmbito criminal, similar aos moldes da justiça consensuada norte-americana, diversas são as posições dos doutrinadores brasileiros. GOMES (2019, p.6-9) se posiciona a favor desse modelo de justiça criminal, desde que não se faça uma mera importação do instituto norte-americano, e afirma que a justiça negociada pode ser vantajosa tanto para a acusação como quanto para os acusados, sendo fundamental que os acordos firmados sejam sempre voluntários e os acusados devem necessariamente saber de suas conseqüências.

O posicionamento de GOMES coaduna com a decisão do caso *McCarthy x United States*, 394 U.S. 459, 1969, em que a justiça dos EUA invalidou um *plea bargain* após constatar que o juiz não indagou o acusado acerca de sua ciência sobre as consequências diante da aceitação de responsabilidade penal, bem como acerca da voluntariedade desse ato. Sobre a essência e os cuidados com a inserção no ordenamento pátrio de institutos de justiça negociada, GOMES aponta que:

Justiça rápida não pode ser sinônimo de Justiça injusta, sobretudo contra os desfavorecidos, muito menos um trem de alta velocidade para *Auschwitz* (campo de concentração). Mas contra a impunidade perversa reinante no nosso país, sobretudo dos “Homens de Honra” das máfias patrimonialistas, algo tem que ser feito urgentemente (GOMES, 2019, p.7).

Em sentido diametralmente oposto a GOMES, o professor LOPES JR. critica a justiça negociada pelo fato dela violar os três monopólios do Estado: a exclusividade do direito penal; a exclusividade pelos tribunais e a exclusividade processual. Ademais, o autor busca destacar que, na atualidade, o monopólio estatal de perseguir e punir (*jus puniendi*) está sendo paulatinamente questionado a cada dia com cada vez mais força, com a inserção de novos conceitos e princípios no direito penal pátrio, sendo a possibilidade de acordo penal (*plea bargain*) o mais conflitante com a justiça do país (LOPES JR., 2014, n.p).

Continua o autor dizendo que a justiça negocial configura-se como uma perigosa e equivocada alternativa ao processo penal brasileiro, visto que a pena decorre do processo penal que é exclusivamente estatal. Historicamente, coube ao Estado substituir a vingança privada, estabelecendo a pena como uma reação do Estado contra a vontade individual. Neste sentido, vige no processo penal brasileiro a proibição à autotutela e à “justiça pelas próprias mãos”. A justiça negocial não se amolda e não se aplica em um cenário em que o *quantum* da pena deve estar previsto em um tipo penal definido pelo Estado, ficando esse tema completamente fora da disposição dos particulares (LOPES JR., 2014, n.p).

Claro é que a justiça negocial ou consensual, com seus modelos de acordo, seja na transação penal ou no *plea bargain*, vem se mostrando como uma tendência mundial e o modelo de justiça conflitiva, adotado no Brasil, por exemplo, de caráter burocratizante e moroso, tem perdido espaço para o consenso, a mediação e negociação entre as partes.

Portanto, analisar a forma procedimental do *plea bargain* instituído na justiça negocial norte-americana e compará-lo com as propostas similares a serem possivelmente instituídas no ordenamento brasileiro como instrumentos de justiça negocial se apresenta como o passo seguinte e necessário a ser dado neste trabalho.

2 PLEA BARGAIN: O MODELO ORIGINAL E AS PROPOSTAS BRASILEIRAS.

O presente capítulo busca apresentar as principais características do processo penal norte-americano, o ordenamento jurídico estadunidense que versa sobre o *plea bargain* e como esse instituto está inserido do direito penal e processo penal dos EUA.

Ademais, serão abordados os aspectos do instituto de justiça consensual já utilizado pelo Ministério Público, por meio da Resolução nº 181/2017, em que está previsto mecanismo de acordo de não persecução penal firmado entre as partes do processo com intuito de dar celeridade na resposta do estado e evitar o prosseguimento da ação penal.

Por fim, o capítulo busca também apresentar e analisar os modelos de justiça negocial contidos nas propostas do Novo CPP (PL nº 8.045/2010), do Novo CP (PL nº 236/2012) e do Projeto de Lei Anticrime (PL nº 882/2019).

2.1 Processo penal e *plea bargain* nos EUA.

Na busca por entender a aplicação da justiça negocial norte-americana, é crucial ter em mente uma visão panorâmica da progressão processual penal do modelo processual penal no contexto norte-americano e em que fase e com que forma o *plea bargain* aparece como possibilidade de resolução da contenda penal.

O corpo de leis penais estadunidense é composto por 52 (cinquenta e duas) legislações distintas. Cada Estado possui seu próprio código de processo penal, comumente muito similares, num total de 50 (cinquenta) leis. O Distrito de Columbia, por sua peculiaridade em abrigar a capital dos EUA, também possui seu próprio código penal e, por fim, existe também um código de processo penal federal criado para dar aplicabilidade a um código penal federal, que se aplica aos crimes federais cometidos em todo território norte-americano (ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE e KING, 2011, p.40-72).

Nesse contexto tão amplo de legislações processuais penais, ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE e KING (2011, p.40-45) ressaltam que a visão panorâmica sobre o processo penal estadunidense se concentra nos procedimentos similares adotados na maioria substancial das 52 (cinquenta e duas) legislações processuais penais distintas. Destarte, o processo penal

estadunidense apresenta 18 (dezoito) fases, sendo elas: i) investigação prévia à detenção, ii) a detenção, iii) a investigação após a detenção, iv) a decisão de acusar, v) a formalização da acusação, vi) o controle da detenção pelo Juiz, vii) a audiência de custódia, viii) a audiência preliminar; ix) o controle de acusação pelo grande júri, x) oferecimento da denúncia pelo grande júri ou pelo acusador, xi) negociação feita entre o acusado e o acusador, xii) petição prévia ao Juiz, xiii) oferecimento probatório prévio ao juízo, xiv) validação da negociação feita entre o acusado e o acusador, xv) fase judicial, xvi) sentença penal, xvii) recursos e apelações e xviii) impugnações colaterais da condenação (ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE e KING, 2011, p.51-72).

Conscientes das fases do processo penal estadunidense, a competência para acusar ou não recai sobre o MP, que acompanha e valora a acusação durante todo o processo, da detenção a prisão sentenciada. A decisão de acusar ou não, após negociação entre as partes, em determinada fase dentro do processo penal, também cabe exclusivamente ao MP. Nesse contexto, o *plea bargain* pode acontecer entre a formalização da acusação (fase v) e antes do recebimento da denúncia pelo grande júri ou pelo acusador (fase x) ou depois do oferecimento da denúncia pelo grande júri ou pelo acusador (fase xi).

Efetivamente, o acordo de *plea bargain* pode acontecer ao longo de todo o processo, visto que o único impedimento se materializa após o tribunal impor sentença, momento a partir do qual o réu não pode retirar a aceitação de responsabilidade (*plea of guilty* ou *nolo contendere*), cabendo apenas recurso específico em momento oportuno (*Rule 11*⁹, (E)); porém, normalmente, é na fase de negociação entre o acusado e o acusador (fase xi) que o instituto passa a existir gerando consequências dentro do processo penal (ISRAEL, KAMISAR, LAFAVE e KING, 2011, p.67).

O *plea bargain* é regulado pela *Rule 11 – pleas*, que está contida no título IV – acusação e preparação para o julgamento da lei federal estadunidense, que versa sobre as regras federais do processo penal, escrita pela Corte Suprema dos EUA. Conforme consta na *Rule 11*, (A-1), como regra, o réu pode se declarar inocente (*not guilty*), culpado (*guilty*) ou, desde que haja consentimento do tribunal, *nolo contendere*. Ao declarar *nolo contendere*, expressão latina que

⁹ Documento norte-americano equivalente ao Código de Processo Penal brasileiro. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-criminal-procedure.pdf>. Acesso em 01/04/2019.

significa “eu não vou contestar as alegações criminais contra mim”, o réu admite que o Juiz o trate como uma pessoa culpada pelas alegações criminais e que o condene, produzindo os mesmos efeitos de uma confissão no âmbito criminal, visto que esse instituto deve ser considerado como uma admissão de responsabilidade apenas no âmbito criminal, não gerando o mesmo efeito no âmbito civil (SARA J. BERMAN, 2019).

Como previsto na *Rule 11*, (B), (1), de (A) a (O), antes de o tribunal aceitar a alegação de culpa ou *nolo contendere*, o réu deve ser colocado sob juramento e o tribunal deve se dirigir a ele pessoalmente, em audiência pública, com intuito de aconselhá-lo e questioná-lo sobre os motivos, causas e consequência da responsabilização, *in verbis*:

- (B) Considerando e aceitando a confissão de culpa e o *nolo contendere*.
 (1) aconselhamento e questionamento do acusado. Antes de o tribunal aceitar a alegação de culpa ou *nolo contendere*, o réu deve ser colocado sob juramento e o tribunal deve dirigir-se ao réu pessoalmente em audiência pública. Durante esta audiência, o tribunal deve informar o réu e determinar que o réu compreenda o seguinte:
 (A) o direito do Governo, em um processo por *perjúrio*¹⁰ [grifo nosso] ou declaração falsa, de usar contra o réu qualquer declaração que o réu faça sob juramento;
 (B) o direito de declarar inocente, ou já tenha sido alegado, persistir nesse fundamento;
 (C) o direito a um julgamento por júri;
 (D) o direito de ser representado por um advogado – e se necessário, o tribunal deve nomear um advogado no julgamento e em todas as outras etapas do processo;
 (E) o direito em julgamento de confrontar e interrogar as testemunhas adversas para se proteger de autoincriminação forçada, de testemunhar e apresentar provas, e de forçar a presença de testemunhas;
 (F) a renúncia do réu a esses direitos de julgamento se o tribunal aceitar uma alegação de culpa ou *nolo contendere*;
 (G) a natureza de cada encargo para o qual o réu está pedindo;
 (H) qualquer possível penalidade possível, incluindo prisão, multa e termo de liberdade condicional;
 (I) qualquer penalidade mínima obrigatória;
 (J) qualquer caducidade aplicável;
 (K) a autoridade do tribunal para ordenar a restituição de bens ou coisas;
 (L) a obrigação do tribunal de impor uma avaliação especial;
 (M) na determinação de uma sentença, a obrigação do tribunal de calcular a faixa de diretrizes de sentença aplicável e considerar essa faixa, possíveis saídas sob as Diretrizes de Condenação e outros fatores de condenação sob 18 U.S.C. §3553 (a);
 (N) os termos de qualquer disposição de acordo de confissão renunciando ao direito de apelar ou atacar colateralmente a sentença; e

¹⁰ Nos EUA, o perjúrio trata-se da conduta típica cometida por aquele que acusado ou investigado que faz afirmações falsas durante procedimento de investigação; no Brasil, o perjúrio é uma conduta atípica e não passível de punição (A ausência do crime de perjúrio no sistema jurídico brasileiro, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, 2010).

(O) que, se for condenado, um réu que não for cidadão dos Estados Unidos pode ser expulso dos Estados Unidos, ter a cidadania negada e ter negado a admissão nos Estados Unidos no futuro. [tradução livre].

Noutros termos, a aceitação voluntária de culpa ou *nolo contendere* decorre da aceitação de requisitos oferecidos pela acusação e impostos pelo juiz e da existência uma base fática para o acordo a ser firmado, nos termos da *Rule 11*, (B), (2) e (3):

(2) Garantindo a aceitação voluntária. Antes de aceitar uma confissão de culpa ou *nolo contendere*, o Juiz deve abordar o réu pessoalmente em audiência pública e determinar que o fundamento da aceitação seja voluntário, não resultante de desequilíbrio de forças entre as partes, ameaças ou promessas indevidas (exceto promessas em um acordo de confissão).

(3) Determinando a base fática para um acordo. Antes de julgar uma confissão de culpa, o tribunal deve determinar a existência uma base fática para o acordo a ser firmado. [tradução livre].

No processo penal norte-americano, normalmente com o *plea bargain* é possível concluir um caso criminal sem haver necessariamente julgamento. Quando a negociação é bem sucedida, a declaração de confissão de culpa resulta em um acordo penal firmado entre o acusador e a defesa (acusado e advogado). Neste acordo, o réu concorda em se declarar culpado sem a necessidade de julgamento pelo Juiz em um processo penal tradicional, e, em retorno, o acusador concorda em descartar parte das acusações ou oferecer ao tribunal uma sentença mais favorável ao réu, nos termos previamente combinados entre as partes.

No âmbito dos tribunais federais norte-americanos, por exemplo, observa-se que no *plea bargain*, previsto na *Rule 11*, o acusador e o acusado podem entrar em um acordo por meio do qual o acusado se declara culpado e o acusador dispõe-se a oferecer, por descarte de acusação, sentença particular ou concordar em não se opor ao pedido do acusado no sentido de determinada sentença específica; como exemplo, pedido específico para cumprimento da pena em presídio federal indicado pela defesa.

De acordo com a *Rule 11*, todo *plea bargain* pode ocorrer antes do julgamento, a menos que as partes demonstrem justificadamente a impossibilidade de realização do acordo antes daquele momento processual. Em sentido complementar, no caso *United States v. Mendez-*

*Santana*¹¹, a justiça estadunidense fixou o entendimento de que o acusado tem um direito absoluto de retirar sua declaração de culpa antes do acordo penal ser apreciado e aceito pelo Poder Judiciário, inutilizando por completo os termos do acordo penal. Ou seja, o *plea bargain* pode ser construído e desconstruído pela defesa em qualquer momento antes da apreciação e aceitação do acordo penal realizado pelo Juiz do caso.

Ademais, sobre a participação do Poder Judiciário na realização do *plea bargain*, consta na regra (C-1)¹², da *Rule 11*, que o órgão jurisdicional não poderá participar de qualquer discussão envolvendo a formação do acordo penal realizado entre as partes. Orientação essa já chancelada pela justiça norte-americana, no caso *United States v. Barret*, onde foi fixado o entendimento de que o Juiz não pode ser parte ativa na realização do *plea bargain*, pois o magistrado naturalmente irá impor a força e a majestade de seu ofício na construção do acordo a ser firmado entre as partes, havendo ainda um risco real de que a neutralidade e imparcialidade judicial sejam comprometidas no decorrer do processo penal.

Constata-se que o *plea bargain* norte-americano é um instituto construído no paradigma da justiça penal negocial e totalmente amparado pelo ordenamento jurídico estadunidense. Essencialmente, a ideia central desse mecanismo negocial na resolução de conflito penal é a de que o acusado de um delito, no âmbito do processo judicial, possa consentir em receber uma condenação mais branda da que teria caso fosse submetido ao julgamento decorrente do processo penal tradicional, vantagem essa obtida por colaborar para uma justiça mais célere, auxiliar na redução do número de processos nos tribunais e, conseqüentemente, economizar gastos públicos destinados ao sistema judiciário (LINDSEY DEVERS, 2011; GOMES, 2019).

Assim, tem-se que o *plea bargain* é um método de resolução de demandas criminais, feitas por meio do consenso penal (justiça negocial no âmbito penal) entre acusador e acusado que eventualmente chegam a uma conclusão do conteúdo da sentença, evitando o processo penal tradicional; caso o acordo entre as partes não ocorra, tem-se o prosseguimento da persecução penal pela via ordinária.

¹¹ *United States v. Mendez-Santana*, 2011, WL, 1901545 (6th Cir. 2011): Under federal rules a defendant has an absolute right to withdraw a guilty plea before a trial judge accepts the plea.

¹² Rule 11, C- (1): In General. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions.

Diante dessa característica, comum ao direito penal norte-americano e que fatalmente cria um novo paradigma para a justiça penal brasileira, faz-se necessário analisar as propostas presentes no direito pátrio que englobam a essência do acordo penal nos moldes do *plea bargain* norte-americano.

2.2 Resolução nº 181/2017: *plea bargain* como decisão do Ministério Público.

No Brasil, foi por meio da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução nº 183/2018, que o *plea bargain*, nos moldes da justiça criminal negociada norte-americana, apareceu efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro prevendo o denominado “acordo de não persecução penal entre as partes”. Muitas controvérsias legais¹³ margeiam o conteúdo do ato emanado pelo MP, mas não se tem aqui a intenção de questionar os aspectos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da supracitada resolução, mas sim apenas entender o mecanismo do instituto de justiça negocial contido em seu núcleo, como um modelo de *plea bargain* efetivamente proposto pelo CNMP.

Como motivação para o surgimento da Resolução nº 181/2017, verifica-se, nos considerandos do próprio ato, dois argumentos relevantes: o primeiro gravita a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo MP, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa.

O segundo abarca a exigência atual de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do MP e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados

¹³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>. Acesso: 01/02/2019

em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Neste contexto de justiça penal negocial no Brasil, com argumento de busca pela eficiência e pela economia do processo penal, tem-se o conteúdo do artigo 18 da supracitada Resolução tratando sobre o acordo de não persecução penal proposto pelo CNMP:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Importante notar que a proposta de acordo de não persecução penal tem como objetivo atingir os crimes com menores penas (delitos leves e médios – pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa), reparar o dano ou restituir a coisa à vítima por meio da renúncia voluntária a bens e direitos obtidos como instrumentos, produto ou proveito do crime, da prestação de serviço à comunidade ou a outra entidade pública, do pagamento prestação pecuniária e do cumprimento de outra condição estipulada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Nesse cenário, promove-se então o não encarceramento do acusado em troca de seu compromisso em cumprir de boa-fé o acordo de não persecução penal firmado. O ganho real surge quando não se insere o condenado em um sistema carcerário que não o garante com o mínimo de direitos e garantias, tendo uma solução utilitarista, mesmo que coberta por críticas, para a ressocialização do condenado.

Em consonância com os demais institutos da justiça negocial já existente no Brasil, a Resolução nº 181/2017, não admite a proposta de acordo nos casos em que for cabível a

transação penal, já regulada pela Lei nº 9.099/95, porém nada fala sobre o *sursis* processual previsto na mesma lei.

No mesmo diapasão, não haverá acordo quando o delito praticado for classificado como hediondo ou equiparado, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Maria da Penha) e quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime praticado, a critério do MP.

Com intuito de garantir maior efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, a Resolução nº 181/2017 prevê, em seu § 2º, que a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

GRECO FILHO (2012, n.p) afirma que a ampla defesa é constituída a partir dos seguintes fundamentos: "*a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado; e e) poder recorrer da decisão desfavorável*". Vê-se que a tentativa de construção de um modelo de *plea bargain* no Brasil, nos termos da Resolução nº 181/2017, aparentemente utiliza aspectos de ampla defesa como núcleo fundante do qual se desenvolve todo acordo de não persecução penal em detrimento da imposição de disponibilidade da justiça criminal a qual o acusado ou réu tem direito.

Prevê a Resolução nº 181/2017 que realizado o acordo entre as partes (acusador e defesa), a vítima será comunicada oficialmente e os autos serão submetidos à apreciação judicial. Sendo o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, o Juiz devolverá os autos ao MP para sua imediata implementação.

Se o Juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes às condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação para que as medidas cabíveis sejam adotadas.

Ademais, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o membro do MP deverá imediatamente oferecer denúncia, se for o caso. Por outro lado, cumprido integralmente o acordo, o MP promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta supracitada Resolução.

O instituto penal de justiça consensual criado pelo CNMP encontra-se sob o *crivo de severas críticas de cunho constitucional*¹⁴, tanto formal como material, aspectos esses que não serão tratados nesse trabalho. No momento, vê-se apenas que a Resolução n° 181/2017, do CNMP, alterada pela Resolução n° 183/2018, institucionalizou um modelo de *plea bargain* denominado “acordo de não persecução penal entre as partes”. Isso foi possível porque acredita o MP que dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.

2.3 PL n° 8.045/2010: *plea bargain* no contexto do Novo CPP

Dando continuidade à apresentação dos institutos penais da justiça criminal negocial propostos para serem introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, vale observar a possibilidade do modelo de *plea bargain* trazido no projeto de expansão do novo código de processo penal brasileiro (Novo CPP) contida no PL n.º 156 de 2009, aprovado pelo Senado Federal, e, recebido como o PL n.º 8.045/2010 na Câmara dos Deputados. O supracitado PL traz em seu bojo a tentativa de uma grande reforma procedimental e paradigmática no Processo Penal brasileiro, propondo mais uma forma de negociação na justiça criminal.

Na proposta do Novo CPP, o modelo de *plea bargain* prevê o acordo, a ser realizado até o início da instrução e da audiência, efetivado entre o MP e a Defesa (Acusado e Advogado), para

¹⁴ Ocorre que a ADI n° 5790, oposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), postulou a declaração de inconstitucionalidade, sob o argumento de que a norma questionada invade a competência legislativa, inovando em matéria penal e processual penal, além de violar direitos e garantias individuais. Argumenta ainda que o acordo de não persecução penal ou se submete ao rito do CPP para o inquérito policial ou dependerá de lei para sua instituição válida, o que usurparia a competência do Congresso Nacional, conforme previsto no artigo 22, inciso I, da CRFB/88. Ademais, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) agiu no mesmo sentido que a AMB com a ADI n° 5793. Por fim, a Câmara dos Deputados também considerou excessos do CNMP, entendendo que o texto da resolução n° 181/2017 fere a CRFB/88. Já o CNMP entende que a Resolução n° 181/2017 busca apenas aplicar os princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade e do acusatório. A Resolução n° 181/2017 está vigente e as ADI's tramitam no Supremo Tribunal Federal.

crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. O conteúdo o acordo consta no artigo 283, do Novo CPP:

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

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

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

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

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

IV – a proposta de reparação do dano decorrente do ilícito penal que tenha como beneficiária a vítima, ou na sua falta seus herdeiros, que participe do processo penal como parte civil ou não

A base do acordo, além da necessária boa-fé entre as partes, vincula-se à confissão do acusado, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento ao juiz, pelo MP, de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto pela lei; a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas e a aceitação de reparação do dano decorrente do ilícito penal com foco na vítima e seus herdeiros, que participe do processo penal como parte civil ou não.

A ideia de aplicação da essência do modelo *plea bargain* trazida pelo Novo CPP, conforme a exposição de motivos do projeto de lei do Senado n.º 156/2009, foi a de criar um paradigma na justiça criminal brasileira, introduzindo um novo rito processual penal de imediata aplicação nos caso em que haja a confissão do crime cometido pelo agente.

Assim, verifica-se que o objetivo do instituto negocial *plea bargain*, do art. 283 do Novo CPP, é possibilitar uma outra forma de resoluções de conflitos penais a fim de garantir uma maior celeridade ao processo, fato observado na exposição de motivos do projeto de lei do Senado n.º 156/2009, *in verbis*.

De outro lado, e **atento às exigências de celeridade e efetividade do processo**, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de **imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa**. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a **solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva**,

balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele [grifo nosso].

Ademais, ainda que o Novo CPP não regule com precisão todo o mecanismo necessário para a correta aplicação do modelo brasileiro de *plea bargain*, percebe-se no legislador a nítida intenção de mudança de paradigma na justiça criminal quanto aos aspectos de aplicação da justiça negocial no Brasil, sem a devida análise de causa e consequência que a inserção desse instituto irá trazer para a justiça penal brasileira.

Noutros termos, o legislador não foi atento ao disciplinar o projeto da nova matéria de relevante interesse para o direito penal brasileiro, deixando muitas questões básicas ainda sem respostas.

Um primeiro problema gira em torno do acordo entre o MP e a Defesa. Cogita-se se este acordo seria um direito do acusado nos casos em que os requisitos legais estejam presentes ou, se mesmo diante dessa situação, o acusado poderia se abster em realizar o acordo.

Para VASCONCELLOS (2015, p.9-10), caso o imputado confesse e renuncie à produção de provas nos casos em que o delito cometido é punido com pena não superior a 8 (oito) anos, haverá um direito subjetivo do réu em realizar o acordo e conseqüentemente em ter uma redução na sua punição.

Outro problema fundamental busca determinar com precisão em que momento ou até que momento o acordo (*plea bargain*) poderá ser realizado entre o MP e o Acusado. Em relação ao prazo final para a realização do acordo penal, consta no próprio caput do art. 283, do PL nº 8.045/2010, que será até o início da instrução e da audiência.

Porém, parte da doutrina entende que a iniciativa do acordo deve ser autorizada até momento anterior à prolação da sentença de primeiro grau. Enfim, o momento de realização do acordo penal deve se inserir em um contexto único e padronizado, para que assim se evite questionar o conteúdo do instituto a partir apenas de sua forma, desconsiderando completamente sua essência.

Ou seja, no Brasil, o mesmo instituto copiado do direito estadunidense adota uma forma mais restritiva de direitos. Importa-se novo instituto, capaz de mudar o paradigma do direito penal brasileiro, mas não se faz as adaptações e ajustes adequados para que ele se molde à realidade da justiça criminal pátria.

2.4 PL nº 236/2012: *plea bargain* no contexto do Novo CP

Em relação aos acordos no âmbito criminal, as tentativas de inovações no âmbito do direito penal brasileiro não cessam. Como exemplo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 236/2012 (PL nº 236/2012) que tem como objetivo instituir o Novo Código Penal Brasileiro (Novo CP).

No ano de 2011, por meio do Requerimento n.º 756, de 2011, do então Senador Pedro Taques, foi criada a Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Novo CP, tendo essa Comissão a tarefa especial de remodelar e atualizar o vigente Código Penal, que data de 1940, em evidente descompasso com a CRFB/88 em muitos aspectos; sendo, para tanto, nas palavras do Senador Pedro Taques, imprescindível uma releitura de todo o sistema penal brasileiro à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas democráticas inseridas no contexto do Brasil pós-88.

Ressalta ainda TAQUES (2013) que o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades particulares e com pouca relevância. Como consequência disso, a justiça criminal teve um prejuízo enorme tanto na sistematização como na organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas. Situação essa que gera permanentemente insegurança jurídica no país, ocasionada principalmente por interpretações conflituosas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – “algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores” (TAQUES, 2013).

Em 2012, após mais de sete meses de discussões levadas a efeito pela Comissão de Juristas e Parlamentares do Congresso Nacional, o anteprojeto do Novo CP foi apresentado no Senado Federal.

Frente a todas as mudanças no direito penal brasileiro trazida pelo PL nº 236/2012 (Novo CP), a grande e paradigmática novidade ficou por conta da colaboração do acusado com a justiça, obtendo benefícios nesse acordo, quando atingidos alguns critérios, nos moldes do *plea bargain* norte-americano.

A possibilidade de colaboração no direito penal surgiu no PL nº 236/2012 como uma esperança de resolver parte do problema relacionado com a morosidade processual brasileira, em se tratando de Processo Penal.

O acordo penal (espécie de *plea bargain*) contido no PL nº 236/2012 está expresso no artigo 105, como segue:

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

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

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

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

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

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

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

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

No *plea bargain* previsto na proposta do Novo CP, ressalta-se que o acordo, tecnicamente, envolve algumas características fundamentais: não existe pena mínima que limita a realização do acordo, o acordo é realizado em audiência pública, garantia do exercício da autonomia das vontades das partes (disponibilidade do direito penal), a renúncia do direito de ir a julgamento, a perda do direito a não autoincriminação em relação à confissão, a abdicação do direito de contestar eventuais violações ocorridas previamente ao acordo e o direito a não iniciar a pena no regime fechado.

Em comparação com os requisitos constantes no instituto do *plea bargain* norte-americano, temos na *Rule 11* que: acordo será realizado em audiência pública; o Estado tem o direito de processar o réu por perjúrio ou declaração falsa, renúncia, em caso de aceitação da alegação de culpa; do direito de declarar inocente; do direito a um julgamento por júri; do direito de ser representado por um advogado e do direito de confrontar e interrogar as testemunhas adversas para se proteger de autoincriminação forçada, de testemunhar, de apresentar provas e de forçar a presença de testemunhas. Ainda nos termos da *Rule 11*, caso a aceitação seja voluntária, antes de aceitar uma confissão de culpa, o Juiz deverá abordar o réu pessoalmente em audiência pública e determinar que o fundamento da aceitação seja voluntário, não resultante de desequilíbrio de forças entre as partes, ameaças ou promessas indevidas. Por fim, antes de julgar

uma confissão de culpa, o tribunal deve determinar a existência uma base fática para o acordo a ser firmado.

Ainda que após análise superficial, quando se compara as características do *plea bargain* norte-americano com as da proposta de *plea bargain* brasileira, verifica-se a existência um abismo procedimental que separa a efetivação legislativa do instituto no Brasil

O modelo de *plea bargain* previsto no Novo CP prevê alguns avanços importantes para o desencarceramento ineficiente do nosso sistema carcerário, como, por exemplo, a vedação de cumprimento da sentença em regime inicial fechado (art. 105, § 3º), a não consideração de parâmetro de pena mínima em abstrato para a realização do acordo e a não consideração da natureza do crime cometido.

Ademais, o modelo de negociação judicial prevista no Novo CP, assim como o modelo previsto no Novo CPP, carece de mais parametrização e balizamento para que seus fins e objetivos não sejam deturpados no decorrer do processo penal e sua efetividade e sua segurança jurídica não sejam questionadas após decisão final do Poder Judiciário.

2.5 PL nº 882/2019: *plea bargain* no contexto da Lei Anticrime do Ministro Moro

Após as eleições presidenciais de 2018, o avanço da Operação Lava Jato e a nomeação do Ex-Juiz Federal Sérgio Moro no cargo de Ministro da Justiça do atual Governo, surge no cenário brasileiro o PL nº 882/2017, denominado Projeto de Lei Anticrime do Ministro Moro (PL Anticrime), que foi construído a partir das experiências adquiridas na Operação Lava Jato propondo supostamente realizar o combate efetivo contra a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos. Dentro do PL Anticrime, surgem as propostas de aceleração e simplificação do processo penal (*plea bargain*), contidas nos artigos 28-A e 395-A, com intuito de tornar o processo penal mais célere e alcançar a sanção penal de maneira mais eficaz.

Partindo das lições de GIACOMOLLI e VASCONCELLOS, após análise da Resolução nº 181/2019, do Novo CPP e do Novo CP, observa-se que o Brasil se encontra em um cenário de recorrente questionamento da capacidade de funcionamento operacional do sistema criminal e diversas são as propostas de transformação do direito penal e do processo penal em um instrumento único e eficaz de concretização do poder de punir do Estado. Os supracitados autores lembram que uma das principais concepções projetadas na justiça criminal mundial diz respeito

às ideias de “aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário à imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente representada pela barganha” (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p.3).

A nova proposta de *plea bargain*, contida no PL Anticrime, que traz em seu bojo institutos da justiça negocial que busca a simplificação processual penal, reduzindo o trajeto até a sanção penal, tem como objetivo introduzir o texto do artigo 28-A, no Novo CPP:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

A nova proposta de acordo, ainda na fase pré-processual, traz consigo uma restrição ao alcance do instituto e uma ampliação em relação aos requisitos e condições para a aceitação do acordo, quando comparado com os modelos propostos nos PL's do Novo CPP e do Novo CPP.

Mesmo existindo a possibilidade de o MP propor acordo de não persecução penal, comum ao modelo adotado no *plea bargain* norte-americano, observam-se várias arestas no supracitado PL, como exemplo, não existe atualmente uma forma objetiva de verificar, avaliar e concluir se uma pena ou um acordo foi necessário e suficiente para se adequar e se encaixar a reprovação e prevenção do crime cometido.

Em paralelo, observa-se que no EUA, com base na *Rule 11*, também não existe uma forma objetiva de verificar, avaliar e concluir se o *plea bargain* foi necessário e suficiente para se adequar e se encaixar a reprovação e prevenção do crime cometido. Muito pelo contrário, a solução do conflito penal no direito penal norte-americano, por não se ater substancialmente à indisponibilidade do processo e os mecanismos de construção da verdade, não possui

efetivamente mecanismo nenhum para verificar se o acordo penal realizado foi necessário e suficiente para se adequar e se encaixar a reprovação e prevenção do crime cometido.

Ademais, os incisos de I a V – do artigo 28-A – buscam criar positivamente um paradigma que deslegitima a pena de prisão como efetivo instrumento de controle social, com foco no caráter restitutivo da pena, pois visa a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima e no caráter retributivo da pena, uma vez que prevê a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito.

A *priori* a proposta de *plea bargain* do PL Anticrime sofre uma série de limitações quanto ao rol de Acusados aptos a realizarem o acordo:

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Pela análise do § 2º, o *plea bargain* não será admitido quando for cabível transação penal, quando o investigado for reincidente, quando o agente já tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo ou quando os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do delito indicarem não ser o acordo a melhor medida a ser adotada.

Vê-se que neste novo tipo de justiça negociada constante no art. 28-A, o MP e a Defesa (Acusado e Advogado) submetem-se a uma série de requisitos com intuito de firmar acordo de não persecução penal. Por outro lado, pode o Poder Judiciário recusar a proposta se considerar inadequadas ou insuficientes às condições celebradas no pacto de boa-fé realizado entre as partes. Enfim, a homologação judicial dá a necessária segurança ao instituto proposto no supracitado artigo.

Ainda de acordo com o PL nº 882/2019, mesmo após o recebimento da denúncia, haverá a oportunidade para as partes realizarem acordo penal, conforme consta na proposta do artigo 395-A do PL supracitado:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

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

I – a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II – 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

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

Tecnicamente percebe-se a amplitude de alcance desse instituto, diferente do observado na redação do artigo 28-A, que limita o acordo de não persecução penal a crimes com pena máxima inferior a quatro anos e ainda na fase pré-processual. O acordo penal proposto no artigo 395-A do PL 882/2019 apresenta-se como um instituto de justiça negocial com alcance similar ao modelo utilizado no *plea bargain* norte-americano. Ou seja, como regra, não é delimitado por pena mínima em abstrato de crime cometido nem considera a natureza do crime praticado como requisito para a realização do acordo penal.

Ademais, no modelo de *plea bargain* do 395-A do PL 882/2019 ocorre dentro da fase processual e sem mecanismos de limitação, sendo aplicado para todos os crimes, de ação penal pública ou privada, que tenham suas ações penais recebidas pelo Poder Judiciário.

Outrossim, como o *plea bargain* norte-americano, o acordo de não persecução penal e acordo penal, previstos nos artigos 28-A e 395-A, respectivamente, deverão ser formalizados por escrito e firmados por membros do MP e pela Defesa (Acusado e Advogado). A Audiência de homologação do acordo será pública e caberá ao Juiz verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu Advogado.

No Brasil, o *plea bargain* trazido pelo PL Anticrime apresenta mais traços de direitos e garantias ao acusado quando comparado com o instituto original estadunidense. Diferente do *plea bargain* norte-americano, no acordo penal brasileiro previsto no PL Anticrime caberá ao Juiz considerar inadequadas ou insuficientes às condições celebradas pelo Acusador e o Acusado. Nesse cenário, o Juiz poderá devolver os autos do acordo ao MP para que seja reformulada a proposta de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor. Ademais, frente a flagrante violação de direitos do Acusado, o Juiz poderá recusar homologação à proposta. A diferença crucial entre os institutos brasileiro e norte-americano gira em torno do poder dado ao

Juiz para interferir de forma decisiva, cumprindo os requisitos da lei, no acordo realizado entre o MP e o Acusado.

O *plea bargain* do PL Anticrime possui requisitos similares ao instituto de negociação estadunidense original, sendo eles: a confissão circunstanciada da prática da infração penal (art. 28-A e art. 395-A, § 1º, I), o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais (art. 395-A, § 1º, II), a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso (art. 395-A, § 1º, III). Ou seja, o acordo penal do PL Anticrime tem elementos similares ao instituto do *plea bargain* norte-americano por envolver a renúncia a três direitos fundamentais: o direito a não autoincriminação, o direito de ir a julgamento e o direito de contestar fatos ocorridos previamente ao acordo, por meio de recurso cabível.

No *plea bargain* do PL Anticrime, o Juiz não homologará o acordo penal se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal (art. 395-A, § 7º). Quando homologado pelo Juiz, para todos os efeitos, o acordo será considerado sentença condenatória (art. 395-A, § 8º) e a celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprável por decisão judicial (art. 395-A, § 11).

Constitui-se como aspecto relevante presente no PL Anticrime a possibilidade de retirada do acordo penal caso este não seja aceito em juízo, *vide* art. 395-A, § 9º:

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

Nesse modelo brasileiro de *plea bargain*, o Juiz que recebe o acordo não é obrigado a acatar seus termos, entendimento este trazido da decisão em *Mabry vs. Johnson*, a justiça norte-americana decidiu que a regra de aceitação de um pedido de acordo penal proposto pelo acusador não cria um direito constitucional ao cumprimento do acordo, uma vez que eles não vinculam as ações do Poder Judiciário. Entretanto, a “*Federal Rule of Criminal Procedure*” é expressa ao exigir que seja oferecida a oportunidade de o acusado retirar a declaração de culpa caso a corte o rejeite, conforme consta na Rule 11, (C), (5), (B), *in verbis*:

(C) PLEA AGREEMENT PROCEDURE.

(5) Rejecting a Plea Agreement. If the court rejects a plea agreement containing provisions of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or

(C), the court must do the following on the record and in open court (or, for good cause, in camera):

(A) inform the parties that the court rejects the plea agreement;

(B) advise the defendant personally that the court is not required to follow the plea agreement and give the defendant an opportunity to withdraw the plea; and [grifo nosso]

Durante o *plea bargain*, se o tribunal rejeitar um acordo judicial, deverá o órgão judicial informar as partes rejeição dos termos da confissão, aconselhar o réu pessoalmente que o tribunal não é obrigado a seguir o acordo de confissão e dar ao réu a oportunidade de retirar a declaração de culpa. Isso é um sinal de lealdade processual e respeito às regras do jogo; embora a corte tenha o poder de rejeitar o acordo realizado, isso pode implicar na impossibilidade de uso das declarações prestadas pelo acusado, já que este se viu frustrado na razoável expectativa de receber a consideração estatal.

Em nossa opinião, mesmo existindo um conflito não resolvido sobre a disponibilidade do direito penal, entendemos que o acordo penal, caso positivado no ordenamento jurídico brasileiro, não se mostra uma conveniente possibilidade de acordar penas de prisão para além de 4 (quatro) anos de reclusão, visto que no formato proposto no artigo 28-A, já serão alcançados os casos rotineiros de furto, roubo e tráfico (infrações leves e médias).

Assim, frente às realidades comparadas dos institutos de *plea bargain* no Brasil e nos EUA, questiona-se se o suposto avanço além do já proposto no artigo 28-A, nos moldes do artigo 395-A, pode representar uma inovação muito arrojada e perigosa para a justiça criminal brasileira, que apenas está começando a implementar acordos calcados em instrumentos da justiça consensual.

3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO *PLEA BARGAIN*

Neste capítulo, pretende-se realizar um estudo comparado das principais características apresentadas pelos modelos de *plea bargain* propostos para inserção no ordenamento jurídico brasileiro, traçando as similaridades e constatando a falta de uniformidade dos institutos negociais penais brasileiros.

Ademais, busca-se expor argumentos e críticas sobre a aplicação do acordo penal no sistema jurídico criminal brasileiro e os impactos causados pelo *plea bargain* no sistema carcerário estadunidense.

Por fim, expõem-se alguns dos principais posicionamentos doutrinários sobre a compatibilidade e incompatibilidade do acordo penal, nos moldes no *plea bargain*, no ordenamento jurídico penal brasileiro.

3.1 *Plea Bargain*: a falta de uniformidade do modelo brasileiro

Frente a todas as propostas a serem avaliadas pelo Congresso Nacional (Novo CPP, Novo CP e Lei Anticrime) e instrumentos já utilizados no direito penal brasileiro (Resolução nº 181/2017, do CNMP), percebe-se uma falta de uniformidade na construção dos diversos modelos e a falta de convergência conceitual em torno de um modelo único e padronizado de proposta de instrumento de justiça negocial no país, nos moldes do *plea bargain* estadunidense.

No Brasil, algumas perguntas precisam ser respondidas antes de inserir um instituto penal tão relevante em nosso ordenamento jurídico, por exemplo: até que momento o *plea bargain* pode ser proposto ou pode ser desfeito? Qual o procedimento penal será utilizado pelo acusador e a defesa na fase de negociação? O acordo penal deverá necessariamente ser firmado entre o acusador e a defesa (acusado e advogado)? Qual é o alcance da disponibilidade do direito penal firmado no acordo penal? Em quais casos as partes poderão fazer o acordo? O judiciário participará do acordo em que momento e de que forma? O acordo penal firmado e homologado pelo Juiz gera uma sentença condenatória?

Diante de muitas perguntas e poucas respostas e de problemas procedimentais aparentes no modelo de *plea bargain* brasileiro, tem-se a TABELA 1 a seguir, que apresenta um resumo

esquematizado das principais condições e requisitos presentes nos modelos de *plea bargain* expostos nesse trabalho. A tabela se divide em 4 (quatro) colunas e 13 (treze) linhas contendo os diversos requisitos e características dos modelos de *plea bargain* propostos para o Brasil. Ademais, cada linha apresenta as similaridades (ou não, quando representada pelas células em branco) dos modelos de *plea bargain* contidos na Resolução nº 181/2017, do CNMP, no Novo CPP, no Novo CP e na Lei Anticrime. Vejamos:

Quadro 1 – Principais condições e requisitos para realização de acordo de não persecução penal.

Resolução nº 181/2017	Novo CPP	Novo CP	PL Anticrime (Art. 28-A)	PL Anticrime (Art. 395-A)
1. Ocorrerá na fase pré-processual.	1. Ocorrerá na fase processual.	1. Ocorrerá na fase processual.	1. Ocorrerá na fase pré-processual.	1. Ocorrerá na fase processual.
2. Não ser a ação penal passível de arquivamento.	2. Ocorrerá até o início da instrução.	2. Ocorrerá antes da audiência de instrução e julgamento.	2. Não ser a ação penal passível de arquivamento.	
3. Crime com pena cominada que não ultrapasse 4 (quatro) anos.	3. Crime com pena cominada que não ultrapasse 8 (oito) anos.	3. Sem limitação temporal para o crime cometido.	3. Sem limitação temporal para o crime cometido.	3. Sem limitação temporal para o crime cometido.
4. Crime não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.	4. Aplica-se a qualquer natureza de crime.	4. Aplica-se a qualquer natureza de crime.	4. Crime não cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.	
5. Confissão voluntária do acusado.	5. Confissão, total ou parcial, do acusado.	5. Confissão, total ou parcial, do acusado.	5. Confissão circunstanciada do acusado.	5. Confissão circunstanciada do acusado.
6. Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima.	6. Reparação de danos ou restituição de coisa à vítima ou a herdeiro.		6. Reparação do dano ou restituição da coisa à vítima.	
	7. Expressa manifestação das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas.	7. Expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.	7. Expressa manifestação das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas.	7. Expressa manifestação das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas.
8. Renúncia voluntária de bens e direitos, indicados pelo MP.			8. Renúncia voluntária de bens e direitos, indicados pelo MP.	
9. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.			9. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas.	

	10. Requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal.	10. Requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal.		
11. Pagamento de prestação pecuniária, nos termos do CP, a entidade a ser indicada pelo MP.			11. Pagamento de prestação pecuniária, nos termos do CP, a entidade a ser indicada pelo MP.	
12. Cumprimento de outra condição estipulada pelo MP, proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.			12. Cumprimento de outra condição estipulada pelo MP, proporcional e compatível com a infração penal imputada.	
13. Depende de chancela de legalidade e homologação por parte do Poder Judiciário.	13. Depende de chancela de legalidade e homologação por parte do Poder Judiciário.	13. Não prevê dependência de chancela de legalidade do juiz, mas sim de homologação por parte do Poder Judiciário.	13. Depende de chancela de legalidade e homologação por parte do Poder Judiciário.	13. Depende de chancela de legalidade e homologação por parte do Poder Judiciário.
		14. Vedação de regime inicial fechado.		

Fonte: Resolução nº 181, do CNMP, PL nº 8.050/2010 (Novo CPP), PL nº 236/2012 (Novo CP) e PL nº 882/2019 (Lei Anticrime).

Diante dos 4 (quatro) principais propostas brasileiras que versam sobre os modelos e propostas para o *plea bargain*, um requisitos é comum a todos: a confissão voluntária, total ou parcial, do acusado. Esse requisito relaciona-se com a voluntariedade do acusado em realizar o acordo penal, trazido à baila no caso *Boykin v. Alabama*¹⁵, quando a Corte Suprema estadunidense consagrou que a submissão de uma declaração de culpa em um acordo penal envolve uma ampla renúncia a direitos constitucionais do cidadão, razão pela qual deve ser cercada de todas as possíveis cautelas e uma destas cautelas necessárias é a verificação, perante o juízo competente, da voluntariedade do acusado em realizar o *plea bargain* (KALKMANN, 2015, p.108-10).

¹⁵ *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969), is a United States Supreme Court case in which the Court determined that when a defendant enters into a *plea bargain*, they waive their Sixth Amendment right to a trial by jury. A defendant may not waive this Constitutional right unless he does so knowingly, voluntarily and intelligently.

Outro requisito importante para o acordo penal e já abordado pela Corte Suprema dos EUA é a necessidade de que a declaração feita pelo acusado seja “sábia” e “inteligente”. Conforme mostra KALKMANN (2015, p.108-10), a inteligência em relação aos termos do acordo se verifica quando acusado tem a real consciência de todas as acusações contra ele, assim como a consciência de todas as consequências advindas da declaração de culpa. No Brasil, observa-se que o requisito de plena inteligência do acusado em relação aos termos do acordo penal se manifesta por meio da confissão voluntária; da reparação voluntária do dano causado a terceiros – se aceita reparar, pode haver a indicação de que o acusado tem consciência que causou um dano, que existe a expressa manifestação dispensando a produção das provas e que existe renúncia voluntária de bens e direitos. Se o acusado abrir mãos dos direitos supracitados, tendo como referência a base fática sobre o delito trazida pela acusação durante o acordo, talvez seja possível considerar sua plena consciência em realizar o acordo penal.

Sobre a atuação do MP durante a realização do acordo penal, surgem algumas questões de ordem. Por exemplo: o acusado teria direito de saber quais são todos elementos de prova constantes na acusação? Poderia o MP ocultar elementos de acusação ou blefar sobre a existência de elementos de prova que não constam na peça de acusação? Como se vê, diante da falta de uma forma definitiva do modelo de *plea bargain*, existem mais dúvidas do que certezas sobre a forma procedimental desse modelo de justiça negocial proposto para o Brasil.

Em linhas gerais, o *plea bargain* norte-americano envolve a renúncia a três direitos fundamentais: o direito a não autoincriminação, o direito de ir a julgamento e o direito de contestar fatos ocorridos previamente ao acordo. O direito a não autoincriminação está presente nos modelos de acordo penal brasileiro quando se constata que um dos requisitos do acordo no Brasil é a confissão voluntária, total ou parcial, do acusado. A renúncia do direito a ir a julgamento se observa no instituto brasileiro no momento em que o acusado renuncia voluntariamente de bens e direitos; um dos direitos renunciados é o de ir a julgamento tradicional, aceitando uma resposta imediata e mais célere advinda do acordo penal. Por fim, o abandono ao direito de contestar fatos ocorridos previamente ao acordo se manifesta na expressa manifestação do acusado em não produzir provas por ele indicada.

Mesmo considerando que um dos pressupostos para a efetivação do acordo de não persecução penal consiste na confissão detalhada do delito, cujo objetivo central possa ser o de apenas punir, a fim de sustentar a falsa ideia de efetividade penal, observa-se que se faz

necessário, assim como no *plea bargain* norte-americano, uma base fática sólida para que o acordo seja efetivamente homologado. No modelo de *plea bargain* brasileiro, em todas as propostas analisadas, constata-se que a efetivação do acordo penal depende do crivo do Poder Judiciário tanto para verificar a legalidade do pacto firmado entre as partes, com intuito de proteger todos os direitos e garantias fundamentais do acusado, como para homologar o acordo, decretando a extinção de punibilidade.

Ou seja, o modelo de *plea bargain* brasileiro, mesmo sem uma forma padronizada, apresenta todos os requisitos contidos no modelo de acordo penal norte-americano. Ademais, apresenta também um rol mais amplo de direitos e garantias que não estão presentes no modelo de *plea bargain* estadunidense.

Portanto, o modelo brasileiro de *plea bargain* apresenta, aparentemente, todos os requisitos fundamentais necessários para que seja possível sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, a saber: previsão legal do instituto negocial contida em lei; direito a defesa técnica por advogado ao longo de toda fase de acordo; voluntariedade de escolha do acusado; inteligibilidade e adequação fática do acordo penal à pena imposta e respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão contidos na CRFB/88. Basta apenas uma decisão de política criminal para que o instituto penal seja inserido formalmente em nosso ordenamento jurídico. No mais, o problema que gira em torno da materialidade do instituto, a (in)disponibilidade do direito penal, permanece sem resposta.

Entendemos que a disponibilidade do processo penal tradicional por parte do acusador e da defesa não se sustenta frente aos preceitos constitucionais contidos na CRFB/88. Porém, uma forma mais simplificada de processo penal, possibilitando todos os direitos e garantias constitucionais do acusado ou réu, pode ser construída como alicerce de uma possível justiça negocial mais ampla a ser positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 *Plea Bargain*: retorno da confissão como rainhas das provas?

Cabe introduzir que o *plea bargain*, seja nos EUA ou em qualquer outro lugar do mundo, apresenta-se como instrumento processual penal que, depois de aceito pelas partes, tem como consequência imediata a renúncia ao direito de defesa do réu à acusação e à obtenção de vantagens e benefícios que ele provavelmente não teria caso o processo penal evoluísse no modo

tradicional. Toda essa simplificação do processo penal depende exclusivamente da voluntariedade e inteligência do acusado em confessar o delito cometido e aceitar o acordo penal firmado com o MP e o Poder Judiciário.

Nas palavras de LOPES JR (2019), o que se pretende com o *plea bargain* é institucionalizar uma negociação na justiça criminal centrada na "confissão", que, nesse cenário, voltaria a ser a rainha das provas, como uma recusa a toda a evolução da teoria da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores. Ainda de acordo LOPES JR., no sistema negocial não existe ou existe com fragilidade a prova de qualidade, a prova produzida em juízo, à luz do contraditório – preceito fundamental insculpido na CRFB/88 – que requer prova robusta ou com alto grau de certeza e convicção (LOPES JR, 2019).

Cabe neste ponto lembrar que o *plea bargain* não tem como objetivo central a confissão do acusado a qualquer custo, mas sim a confissão alicerçada em base probatória fática, capaz de acelerar os procedimentos de investigação que, sem a colaboração do acusado, levariam um tempo demasiado para alcançar os mesmos resultados obtidos depois de firmado o acordo. Noutra linha, cabe observar também que a institucionalização do *plea bargain* pode acarretar na falência da máquina pública responsável pela investigação criminal ou na otimização desse recurso tão especializado e escasso hoje no Brasil.

Ainda sobre o retorno da confissão como rainhas das provas, ressalta-se que diversas são as características negativas advindas do mecanismo de *plea bargain* que evidenciam a sua essência inquisitorial; “como a evidência de que a barganha se utiliza da coação para obter a confissão do réu”, e com isso, acarreta consequentemente na violação do contraditório, diminuindo significativamente a presunção de inocência, utilizando o instituto consensual como um meio de prova para uma efetiva intimidação imposta ao réu, que o ameaça com uma pena mais gravosa, por meio do exercício do direito processual “normal”, caso não haja acordo de aceitação de culpabilidade de uma pena mais branda (VASCONCELLOS, 2014, p.29).

No modelo norte-americano, onde vige um sistema acusatório em que a gestão da prova é realizada por meio do modelo *adversarial system*, a celebração do *plea bargain* exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprável por decisão judicial (GRINOVER, 1999, P.71-77). Portanto, nos termos da *Rule 11*, a aceitação do *plea bargain* deve ser voluntária, consequentemente a confissão de culpa também terá caráter de voluntariedade e, antes de aceitá-la, o Juiz deve verificar a base fática do acordo firmado.

Noutra linha, GOMES (2019), ensina que no caso do *plea bargain* estadunidense, o Juiz tem que estar atento tanto ao conteúdo quanto à forma da confissão de culpa. A confissão de culpa por si só não permite o *plea bargain*, sendo ela apenas um dos requisitos da aceitação do acordo. A confissão solitária não é suficiente, sem outras provas capazes de alicerçar o acordo penal. Isso se torna relevante visto que o que está em disputa é a tentativa de por fim a presunção de inocência e, com isso, atingir a aceitação de culpa do réu, findando com o acordo entre as partes e a condenação do réu (GOMES, 2019, p.29).

GOMES afirma ainda que “outras provas além da confissão são indispensáveis para a formação do convencimento do Juiz”. Ou seja, não se trata de trazer de volta para o processo a confissão de culpa como rainha das provas, como acontecia na Idade Média, mas sim de uma suposta tentativa de dar condições para que as partes sejam as reais gestoras das provas do processo (GOMES, 2019, p.29). Evidente que o *plea bargain*, se bem estruturado, possui força para instituir um novo paradigma no direito penal brasileiro, calcado em princípios mais próximos do *commom law* e do modelo *adversarial system*, opções estranhas ao direito penal brasileiro, e por isso muito criticadas.

Frente a todas as realidades expostas pelo instituto norte-americano, a construção de um instituto penal consensual no Brasil pretende formalizar uma ferramenta no processo penal semelhante ao *plea bargain* constante tanto por meio do PL nº 8.045/2010, que institui o Novo CPP, como por meio do PL nº 236/2012, que institui o Novo CP. Ambos harmônicos entre si, visto que possuem idênticos requisitos para a realização do acordo penal entre o MP e acusado e apenas variando em relação à delimitação dos crimes que possam ser abrangidos no pacto firmado – visto que no Novo CPP há previsão para celebração de acordo apenas envolvendo crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse 8 (oito) anos e no projeto do Novo CP nada é dito.

No mesmo contexto da justiça criminal negocial, o PL Anticrime (PL nº 882/2019), busca estabelecer o *plea bargain* como uma medida para introduzir soluções negociadas no CPP. Presente está nesse PL a possibilidade de um acordo a ser realizado entre o acusado e o MP nos casos que envolvam crimes com pena inferior a 4 (quatro) anos e desde que cometidos sem violência ou grave ameaça. Em linhas gerais, o PL Anticrime tenta, juntamente com as demandas oriundas no Novo CP e CPP, construir um novo conceito no direito penal brasileiro quando prevê um modelo pátrio para o *plea bargain*.

Mesmo com muitas falhas e arestas a aparar, o *plea bargain* não se constitui de mero ato de investigação, realizado de forma inquisitória na fase pré-processual, com minimização do direito de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão de culpa e sentença condenatória do réu sem devido processo legal. Mas sim de uma proposta de modelo de persecução penal, inserido no contexto dos princípios da CRFB/88, em que o acusado ou réu participa ativamente da gestão da prova e da solução do conflito penal.

O modelo a ser adotado no Brasil, caso o instituto seja importado, deve se moldar às características constitucionais brasileiras; ou seja, deve ser previsto em lei, deve respeitar os direitos constitucionais do cidadão, deve garantir todos os mecanismos de defesa do acusado, deve proporcionar uma via mais célere para a resolução de conflitos penais e, por fim e não menos importante, deve viabilizar uma justiça penal menos onerosa para o Estado.

A tentativa de construção de instituto penal no Brasil similar ao *plea bargain* norte-americano não pode ser entendida como o ressurgimento da confissão como rainha das provas e fundamento único capaz de sustentar uma condenação, mas sim uma tentativa de criação de um novo conceito em que a confissão de culpa, calcada em uma base probatória contundente construída com auxílio do acusado ou réu, abre portas para edificação de um processo penal mais efetivo para as partes, menos oneroso para o Estado, mais eficiente para a acusação e menos encarcerador para o acusado – vez que prevê medidas alternativas à prisão durante a constituição do acordo penal entre as partes.

Enfim, a tentativa de importação de um modelo de *plea bargain* no Brasil nasce com menos barreiras a transpor quando comparada com o atual modelo de *plea bargain* norte-americano, mas ainda sim as propostas brasileiras apresentam muitos problemas a serem resolvidos. Certamente não temos resposta para esse grande problema. Vimos que RUDOLF VON IHERING, em 1853, previu que um dia os juristas iriam se ocupar do direito premial, “pressionados por necessidades práticas”, e buscar introduzi-lo dentro do direito e “fora da mera faculdade e do arbítrio”. Portanto, o que foi previsto, hoje está acontecendo e cabe a nós, em todos os níveis do direito, tentar delimitar a justiça negocial criminal com regras precisas, para assim poder avaliar o instituto negocial de uma posição isenta, “nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade” (RUDOLF VON IHERING, 1853).

3.3 *Plea Bargain*: impacto no sistema carcerário norte-americano

Estudos realizados pelo *Sixth Amendment Center*¹⁶, grupo que analisa os sistemas de defesa pública dos EUA, indicam que quase 11 (onze) milhões de pessoas são detidas a cada ano pela polícia norte-americana. Como regra do sistema penal estadunidense, a maior parte dos detidos enfrentam acusações por delitos de menor potencial ofensivo que, em caso de condenação penal, resultariam em pouco ou nenhum tempo de prisão. O problema do sistema penal norte-americano é que muitos dos cidadãos detidos não possuem condições financeiras mínimas para pagar fiança estipulada pela Justiça e, por isso, são obrigados a esperar a definição de uma data de julgamento ou a resolução dos casos encarcerados em presídios estaduais (LINDSEY DEVERS, 2011).

Ademais, fato supracitado que também contribui para o aumento do problema do encarceramento em massa nos EUA, com população carcerária que já ultrapassa 2,2 milhões de presos, sendo a maior do mundo. Assim como no Brasil, nos EUA os cidadãos com menor poder aquisitivo fatalmente dependem de Defensores Públicos que geralmente encontram-se sobrecarregados, situação essa que afeta desproporcionalmente as estatísticas do sistema carcerário estadunidense (LINDSEY DEVERS, 2011).

Para fins de comparação, com fundamento em dados básicos sobre cada sistema prisional no mundo oferecidos pela *World Prison Brief*, base de dados da *International Center for Prison Studies*, observa-se que os EUA, com uma população de aproximada de 330 milhões de pessoas, possui a absurda cifra de 2,2 milhões de encarcerados. Já a China, com população aproximada de 1,4 bilhões de pessoas, possui cerca de 1,7 milhões de encarcerados. Por esses números é possível entender o motivo dos EUA serem conhecidos como o país da lei e da ordem (“*law and order*”). Na América do Norte vigoram regras criminais duras e forte aparato policial que sustentam a chamada guerra às drogas e ao crime organizado que, como política de segurança pública, levou a ondas de encarceramento em massa a partir da década de 80.

Em relação ao impacto do *plea bargain* no sistema carcerário norte-americano, a principal crítica gira em torno das graves injustiças cometidas por esse “direito penal negocial”

¹⁶ Disponível em: <http://sixthamendment.org/?s=prison&submit=Go>. Acesso em: 01/02/2019.

desnivelado, em que o acusador possui muitos poderes, e pode realmente barganhar, e o acusado possui poucos, podendo apenas aceitar o que for proposto, com risco de condenação a pena muito superior quando comparada à pena do acordo firmado (LOPES JR., 2019).

Nos EUA, o *plea bargain* supera 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a cerca de 97% nos casos federais e até 99%, na cidade de Detroit, em Michigan. Em linhas gerais, “isso significa dizer que 9 de cada 10 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas”, com a consequente condenação penal e encaminhamento para a prisão (LOPES JR., 2019).

Em números, um relatório da *The Innocence Project*, fundação não governamental criada em 1992 com intuito reavaliar condenações injustas por meio de testes de DNA, apresentou um estudo amostral no qual foram realizados exames de DNA que provaram a inocência de 11% de condenados na fase de *plea bargain*, num total aproximado de 349 casos de condenações injustas; ou seja, evidente estatística mostrando que o sistema penal norte-americano, por meio dos acordos penais, pressiona pessoas inocentes a se declararem culpadas, escapando assim de punição mais grave, mas não do já abarrotado sistema carcerário estadunidense. Portanto, nos EUA, nos crimes em que cabe prova com uso de DNA, um em cada dez réus é condenado injustamente por aceitar o *plea bargain*.

No Brasil, o problema do encarceramento em massa tem os mesmos contornos do problema enfrentado nos EUA. Conforme consta no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), em junho de 2016 havia mais de 726.000 (setecentas e vinte e seis mil) pessoas encarceradas no sistema prisional brasileiro; contingente este que, em decorrência da política criminal a ser implantada, pode aumentar drasticamente a cada ano. Caso um modelo de *plea bargain* seja aprovado no Brasil, em nome da celeridade processual e do barateamento do processo penal, certamente poderemos ter no país um cenário de evidente desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão garantidos pelo CRFB/88, frente ao absurdo que se projeta diante das possibilidades trazidas pelo instituto de justiça negociada.

O *plea bargain* não pode ser tido como a solução para a morosidade e ineficiência da justiça criminal brasileira, mas pode ser instituído como uma das ferramentas responsáveis tanto pela melhora significativa da resposta penal do Estado como pela piora dramática dessa resposta. No Brasil, é importante pensar em um instituto de justiça negocial que gere na negociação essencialmente soluções que venham a deslegitimar o encarceramento; soluções que busquem

respostas capazes de integrar, de alguma forma, o cidadão em um contexto social diferente do qual hoje ele é inserido após sentença penal ou cumprimento de pena. No Brasil, o *plea bargain* precisa nascer como uma ferramenta essencialmente pensada para desencarcerar, para reintegrar de alguma forma o acusado ou réu à sociedade e para reparar do dano causado à vítima. A punição penal deve gerar uma resposta útil para o acusado, para a vítima, para a Sociedade e para o Estado.

Ademais, de acordo com o Infopen, cerca de 51% da população do sistema carcerário brasileiro é composta por pessoas que não completaram o ensino fundamental. Cenário esse que acarreta em evidente desigualdade social e incapacidade financeira para obtenção de defesa técnica eficiente dentro de um acordo penal. Assim, existe o risco de haver sobrecarga natural na resposta dada pela Defensoria Pública, que já trabalha no limite de seus recursos, e uma demora na prestação do serviço, causando morosidade na realização do próprio acordo penal, que via de regra deveria ser célere. Assim, percebe-se que os problemas enfrentados nos EUA vão se repetir, ainda com mais força, no Brasil caso não sejam adotadas medidas alternativas despenalizadoras no modelo de *plea bargain* brasileiro, buscando solucionar parte dos problemas da justiça criminal brasileira.

Claros são os exemplos norte-americanos sobre os problemas trazidos pela negociação penal. Amontoam-se nas prisões inocentes que assumem a culpa por crimes que não cometeram; sobrecarrega-se o sistema de defesa pública, gerando morosidade em um procedimento que surgiu para superar a própria morosidade penal; encarcera-se cada vez mais, uma vez que a pressão exercida pela acusação torna a pena imposta mais branda que a possível pena, caso o processo continue. Portanto, os problemas do *plea bargain* tornaram-se óbvios quando se analisa superficialmente o histórico da justiça negocial nos EUA. Importar o supracitado instituto sem sanar os crônicos problemas que o modelo gera no sistema penal ao qual é inserido pode ser uma medida que irá ampliar ainda mais os problemas enfrentados pela justiça criminal brasileira.

3.4 *Plea Bargain*: (in)compatibilidades com o sistema criminal brasileiro?

Diante de um cenário de possível introdução de instituto criminal estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro, necessário se faz pensar sobre a constitucionalidade da proposta,

tanto no país de origem como no Brasil e as possíveis violações a direitos e garantias fundamentais previstas na CRFB/88.

Quanto à constitucionalidade do *plea bargain*, a Suprema Corte dos EUA tem repetidamente rejeitado argumentos sobre a inconstitucionalidade daquele instituto desde a década de 70, como se observa no caso *Brady x United States* (397 U.S. 742, 1970). Ademais, a Suprema Corte estadunidense ressalta apenas que qualquer acordo penal deve necessariamente ser pautado por ato voluntário do acusado, tendo ele ciência plena das consequências do acordo firmado (*McCarthy x. United States*, 394 U.S. 459, 1969). Em decisão mais recente, a Suprema Corte dos EUA reconheceu que o investigado tem legítimo interesse, protegido pela Constituição norte-americana, na aceitação de oferta de colaboração premiada proposta pelo MP, mesmo se seu advogado não o informou do acordo ou o orientou de maneira insuficiente (*Lafler x Cooper*, 132 S.Ct. 1376, 2012; e *Missouri x Frye*, 132 S.Ct. 1399, 2012).

No Brasil, em 2015 Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime do Plenário, indeferiu *habeas corpus* de Alberto Youssef, colaborador na Operação Lava Jato, mantendo a homologação do acordo de colaboração premiada realizado pelo ministro Teori Zavascki, com base na Lei 12.850/2013. Desde essa decisão, não se discute o aspecto de constitucionalidade da justiça criminal negocial no Brasil no que tange à colaboração premiada. Em relação ao *plea bargain*, instituto penal mais amplo que a colaboração premiada, mas de mesma natureza (justiça negocial), apenas existem rumores sobre possíveis violações constitucionais trazidas pelo supracitado instituto caso seja ele inserido no ordenamento brasileiro.

Noutra linha, já inserido no contexto da justiça negociada nos moldes do *plea bargain* norte-americano, o modelo trazido pela Resolução nº 181/2017, do CNMP, a ADI nº 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade. A autora aduziu que subsistem inconstitucionalidades na norma impugnada, notadamente pelo fato de terem sido criadas hipóteses de acordo de não persecução penal sem previsão legal.

No texto da ADI nº 5790 afirma que o “procedimento investigatório criminal do Ministério Público” ou se submete ao rito do CPP, para o Inquérito Policial, ou dependerá de lei para sua instituição válida. Portanto, verifica-se suposta usurpação da competência do legislador ordinário (CF, art. 22, I) e ofensa ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, II), *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Ademais, a Resolução 181 do CNMP sofre de vício de inconstitucionalidade formal por criar uma delação premiada “sem lei”. Assim como sofre de vício de inconstitucionalidade material, violando cabalmente o artigo 5º, incisos: XXXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI, LXII e LXV, da CRFB/88.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Alegam os requerentes que a supracitada resolução permite que o CNMP usurpe a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção aos jurisdicionados. Por fim, percebe-se aparentemente que a Resolução nº 181/2017 inova em ‘matéria penal’, situação que a CRFB/88 vedou ser objeto até mesmo por Medida Provisória, quanto mais por Ato Normativo emanado pelo CNMP.

Percebe-se que a resolução do conflito trazido pela ADI nº 5790 será de vital importância na delimitação do alcance do modelo de justiça negociada a ser ou não adotado no Brasil. Nesse sentido ensina LOPES JR. (2019), quando afirma que a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do lamentável sucateamento e paralisia da justiça criminal brasileira em todas as suas dimensões. Ressalta o autor que é preciso compreender que a questão constitucional por trás do instituto norte-americano é realizada pelo nosso sistema jurídico (*civil law*), que impõe limites que não permitem a importação de um instituto de negociação com

espectro tão amplo e ilimitado no que se refere à quantidade de pena, assemelhando-se ao modelo de *plea bargain* norte-americano, construído no ambiente do *common law* (LOPES JR., 2019).

Assim, entende-se que uma proposta de *plea bargain* à brasileira nos moldes do *plea bargain* norte-americano representa o começo do fim do sistema criminal pátrio, apresentando-se como uma perigosa e equivocada alternativa ao processo penal, na medida em que legitima em larga escala a aplicação de pena privativa de liberdade sem devido processo legal (nos moldes processuais tradicionais) ou sem um modelo de devido processo legal reduzido.

Necessário de faz pensar em um modelo de *plea bargain* inserido no contexto democrático brasileiro e livre das amarras inquisitoriais que vigem até os dias atuais por meio do CPP. Uma reforma do CPP e no CP são passos necessários para a inserção de um modelo de justiça negocial, nos moldes do *plea bargain*, para o Brasil. No mais, um modelo de *plea bargain* põe em questionamento a possibilidade de disponibilidade do direito de defesa e de não autoincriminação, caros ao cidadão e protegidos pela CFRB/88. Esse é outro problema que deve ser enfrentado para que o instituto importado não surja no ordenamento jurídico pátrio como mais uma tentativa vazia de resolver uma problemática prática com soluções apenas teóricas.

Apesar de todos os problemas, não se pode esquecer que o monopólio estatal de perseguir e punir (*jus puniendi*) está sendo paulatinamente questionado, a partir de princípios como o da oportunidade e conveniência da ação penal; do aumento do número de delitos de ação penal privada ou pública condicionada e com as possibilidades de transação penal (dentro do modelo de *plea bargain*).

CONCLUSÃO

Conforme apresentado no decorrer desta pesquisa, a justiça negocial no Brasil apresenta-se como um reflexo da justiça negocial norte-americana. Os sistemas processuais estão em crescimento e evolução e a cultura jurídica de cada Estado tratará de proporcionar a melhor modelagem de persecução penal, de acordo com suas necessidades constitucionais e legais.

Pode-se dizer que o modelo de justiça conflitiva ainda não ficou obsoleto. O que fica claro é o desenvolvimento dos sistemas jurídicos penais ao redor do mundo tendo como pano de fundo a justiça comparada, dialogando sempre entre o modelo conflitivo (sistema inquisitório) e o modelo consensual (aspectos de modelo acusatório). Assim, a correta importação de institutos de Direito, fundamental para a evolução da ciência jurídica, será o elemento fundamental para o sucesso ou para o fracasso das ferramentas de justiça negocial.

Nesse contexto torna-se nuclear o conhecimento da cultura jurídica criminal como a responsável pela sedimentação no ordenamento de origem dos institutos de justiça negocial, como por exemplo, o *plea bargain*. A cultura jurídica criminal que envolve a aplicação corriqueira desse instituto em solo norte-americano é essencial para entendermos os mecanismos e premissas que levaram sua criação, implantação e reconhecimento no sistema processual penal estadunidense, mesmo diante de tantas críticas em todos os cantos do mundo.

No contexto brasileiro, a evolução natural do sistema acusatório-inquisitivo para outro modelo mais adaptado à realidade desenhada a partir da CRFB/88 torna-se de real importância para atendimento às demandas sociais de uma justiça penal mais eficaz. O sistema acusatório-inquisitivo – com seu procedimento burocrático, moroso e conflitivo – vem perdendo espaço para outros modelos mais adequados à realidade democrática do país.

Nesse cenário, os instrumentos consensuais penais utilizados pela justiça criminal dos EUA há dezenas de anos surgem como uma interessante possibilidade de solução de parte dos problemas gerados pelo sistema acusatório-inquisitivo brasileiro. Porém, sabe-se que a importação de institutos penais alienígenas sem a devida contextualização e atualização, sem ter como referência os princípios constitucionais pátrios e a realidade da justiça criminal do país, apresenta-se como uma medida perigosa para todo nosso sistema criminal.

Frente a essa legitimidade das tendências de expansão dos espaços de consenso na justiça penal, importante assentar que o acordo penal, nos moldes do *plea bargain* norte-americano,

acarretam inevitáveis questionamentos quanto a suas premissas democráticas e constitucionais, principalmente no que tange aos direitos e garantias individuais do cidadão e ao respeito às regras do devido processo penal como requisito para uma condenação criminal.

Muitas críticas giram em torno do *plea bargain*, como a suposta inviabilização ao exercício da defesa, o desvirtuamento da presunção de inocência e a disponibilidade do direito penal por parte do acusado. Porém, é razoável pensar que um instituto de justiça negocial como o *plea bargain* reflete mais aspectos da cultura jurídica criminal de seu país de origem, os EUA, onde vige o *commom law*, do que qualquer tipo de violação formal ou material do cultura jurídica criminal brasileira.

Trata-se sim de entender os objetivos do *plea bargain* e decidir, por meio de uma opção de política criminal em inserir ou não o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. E nesse contexto, dialogar sobre a possibilidade ou não de disponibilidade do processo no âmbito da justiça penal brasileira. Ou seja, diante da possível inserção do *plea bargain* do ordenamento jurídico brasileiro, as correntes de pensamentos jurídicos flutuarão entre aqueles que entendem possível a disponibilidade do processo por parte do acusado ou réu e outros que entendem a disponibilidade do processo como uma violação constitucional.

Ademais, as possibilidades de inserção dos espaços de consenso no processo penal brasileiro são expostas na Resolução nº 181/2017, do CNMP, e nas propostas do Novo CPP, do Novo CP e do Projeto de Lei Anticrime, os quais apresentam dispositivos, cada um a sua maneira, que ampliam as possibilidades de acordos entre acusação e defesa (acusado e advogado) para a obtenção do reconhecimento de culpa e conseqüente benefício penal. Tratam-se de propostas repletas de críticas de uma banda da doutrina brasileira, mas que possuem muitos apoiadores de outra banda. Indiferente de qualquer das realidades, seja nos EUA ou no Brasil, é comum em uma democracia o desenvolvimento de institutos de justiça negocial, tanto no âmbito civil como no penal. A justiça consensual é uma ferramenta natural para a resolução de conflitos no contexto democrático.

Restou observado que os modelos de acordos penais propostos no Brasil sofrem de uma série de problemas procedimentais, assim como apresentam também muitos benefícios quando comparados ao modelo de *plea bargain* norte-americano. Assim com existem supostas vantagens na adoção do *plea bargain* – como exemplo: a celeridade do processo, devido a uma rápida tramitação; a economia de recursos públicos; por ser uma boa solução para réus culpados, devido

a necessária redução das acusações ou da sentença; menos transtornos para as vítimas e testemunhas trazidos pelo processo penal moroso e doloroso –, existem também aparentes desvantagens – como exemplo: enorme risco de prisão para inocentes que realizarem o acordo penal; encarceramento em massa de réus sem condições financeiras para prosseguir no processo penal; inchaço da defensoria pública; possíveis violações a direitos e garantias individuais do réu; MP com poderes além dos previstos na própria CRFB/88, em primeira análise. Enfim, antes de tecer uma crítica certa e severa, a favor ou contra o *plea bargain*, necessário se faz promover o discurso e aprimorar conceitos sobre tema tão sensível e complexo.

Viu-se que muitas das críticas direcionadas ao *plea bargain* são, na verdade, reflexos de sua má utilização da ferramenta nos EUA. Noutros termos, a má utilização de um instituto de justiça negocial não possui o condão de desqualificá-la, como possível resposta estatal, de imediato. Mais necessário é verificar a adequação do *plea bargain* à justiça criminal brasileira e avaliar se o instituto é ou não cabível em nosso ordenamento. Essa avaliação de compatibilidade jurídica deve considerar a uniformidade do modelo a ser empregado no país e sua previsão legal; sua adequação aos preceitos contidos na Carta Magna de 1988; o respeito aos direitos e garantias constitucionais do cidadão; a necessária defesa técnica ao longo de todas as fases do acordo; a limitação de competência do MP – durante a negociação – e a participação proativa do Poder Judiciário – ao decidir e chancelar o acordo penal.

Esse movimento de inserção da justiça negocial no Brasil vem, cada vez mais, exigindo como resposta do Estado uma justiça penal célere e eficaz, onde as partes participem mais ativamente da resolução do conflito penal, dentro de um sistema acusatório mais próximo da realidade prevista na CRFB/88. É nesse contexto que a negociação na justiça penal, nos moldes do *plea bargain*, se mostra como uma possibilidade de inovar o atual sistema criminal pátrio, surgindo como um novo princípio na justiça criminal brasileira. Ressaltando apenas que, como dizia PARACELSO, médico suíço do século XVI, “a diferença entre o remédio e o veneno é a dose”. Esse é o momento em que a justiça criminal brasileira se encontra, diante das disputas em torno do *plea bargain*, apenas buscando a mensuração de uma dose para o instituto, sem saber se ela agirá como veneno ou como remédio para a moribunda justiça criminal do país.

Diante do exposto, tem-se que os objetivos da pesquisa proposta foram alcançados, conforme demonstrado nos capítulos anteriores. E, como sugestão de estudo, indica-se uma análise teórica e prática dos institutos consensuais que ainda são parte dos 3 (três) projetos de lei

que tramitam no Congresso Nacional. A análise teórica poderá abordar os aspectos de direito comparado entre Brasil e EUA, os modelos de construção da verdade no processo penal, os aspectos constitucionais da justiça negocial no Brasil, a redução do conceito de devido processo legal quando avaliado sob a ótica do *plea bargain*, a legitimidade do processo penal sob a ótica do *plea bargain*. Já a análise prática poderá se pautar nas características e efeitos do *plea bargain*, após a sua conversão em lei, em casos concretos. Assim, poderão ser alcançados dados mais precisos, do ponto de vista teórico e prático, na busca pelo aprimoramento dos institutos de justiça na negociada no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Paulo Wunder de. **Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes.** Dissertação (mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro – RJ. 2016.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado** – 6.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BERMAN, SARA J.. **Plea bargains, also called negotiated pleas or just "deals," are the way most criminal cases end up.** Disponível em: < <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html>>. Acesso em: 04/03/2019.

BRADY V. MARYLAND, 373 U.S. 83, 1963. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>>. Acesso em: 01/01/2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei n° 9.099 de 1995. **Institui a Lei dos Juizados Especiais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 7.492/1986. **Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.072/1990. **Lei dos crimes hediondos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.137/1990. **Lei dos crimes contra a ordem tributária e relações de consumo.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 9.034/95. **Lei do crime organizado.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 9.613/1998. **Lei de lavagem de capitais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 9.807/1999. **Lei de proteção a vítimas e testemunhas.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei 11.343/2006. **Lei de drogas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**, Junho/2016. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

BOFF, Leonardo. **Inquisição: um espírito que continua a existir**. In: EYMERICH, Nicolau. Manual dos Inquisidores. 2ª Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BOYKIN V. ALABAMA. 395 U.S. 238, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>>. Acesso em: 01/04/2019.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil: estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. vol. III, p.262.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8.405, de 2010. **Reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 882, de 2019. **Projeto de Lei Anticrime**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CAMPOS, FRANCISCO, **Exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro de 1941**. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

CARLAN, Cláudio Umpierre. **Roma: religião e poder: os séculos IV e V**. Revista Brasileira de Estudos Clássicos. V. 26, n. 1, Editora Annablume Clássica, 2013.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 20 mar. 19.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 2017. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/R_esolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 183, de 2018. **Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução nº 181, de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Disponível em: <goo.gl/8YDwpm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. (Orgs). **O novo processo penal à luz da Constituição (Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEVERS, Lindsey. **Plea and Charge Bargaining**. Research Summary. Disponível em: <<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>>. Acesso em: 04/04/2019.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Doi: 10.14210/nej.v20.n3.p1108-1134. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n3.p1108-1134>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que isso? É possível? Seria uma revolução?** E-Book, 24 jan. 2019. Disponível em: <goo.gl/LPv39d>. Acesso em: 03 fev. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini. GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais comentários à lei 9.099/95**. 5. ed. São Paulo.: Revista dos Tribunais. 2005. 475 p.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. **Proceso Penal y Constitución de Los Estados Unidos de Norteamérica: Casos Destacados Del Tribunal Supremo y Texto Introductorio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

KALKMANN, Thiago. **O uso da delação premiada no brasil como a instituição de um microsistema inquisitório**. Dissertação (Graduação) – UnB/DF. Brasília/DF, 2015.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ordem pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada (inquérito e jury system)**. Anuário Antropológico 88, Brasília, p.21- 44, 1991.

_____. **Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo/SP, v. nº 04, n.10, p.65-84, 1989.

_____. **Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal**. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 6 - no 4 - OUT/NOV/DEZ 2013 - pp.549-580.

LARSON, AARON. **How Do Plea Bargains Work**. Disponível em: <https://www.expertlaw.com/library/criminal/plea_bargains.html>. Acesso em: 12 mar. 2019.

LAFLEER V. COOPER, 132 S.Ct. 1376, 2012. U.S. Court of Appeals for the Sixth Circuit. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2011/10-209>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª Ed. e 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
 _____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>>. Acesso em: 01 fev. 19.

_____. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>>. Acesso em: 15 jan. 19.

MISSOURI V. FRYE, 132 S.Ct. 1399, 2012. Supreme Court of United States. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/insco20120321e17>>. Acesso em: 15 jan. 19.

MCCARTHY X UNITED STATES, 394 U.S. 459, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/459/>>. Acesso em: 15 jan. 19.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PACELLI, Oliveira, Eugênio de. **Curso de processo penal** – 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis n.º 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. - São Paulo: Atlas, 2014.

RENATO BRASILEIRO, de lima. **Manual de processo penal: volume único** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. **Legislação criminal especial comentada**. 2º e 3º. ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2014 e 2015.

RODOLF VON IHERING, **A luta pelo direito**, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n.º 236, de 2009. **Reforma do Código Penal**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

TAQUES, Pedro. Parecer s/n.º, de 2013. **Comissão temporária de estudo da reforma do Código Penal**. Sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 236/2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3516414&disposition=inline>>. Acesso em: 05/02/2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. – 8º ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Podivm, 2009.

THE INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>>. Acesso em: 04/05/2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 1. – 34. ed. rev. e de acordo com a lei 12.403/2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.44-5.

UNITED STATES V. MENDEZ-SANTANA. U.S. 6th Circuit Court of Appeals. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1568178.html>>. Acesso em: 15 jan. 19.

UNITED STATES V. BARRET. 6th Circuit. 982 F.2d 193, 1992. Disponível em: <<https://casetext.com/case/us-v-barrett-35>>. Acesso em: 04/04/2019.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

VIEIRA, Andréia Costa. **O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir?** – Brasil e EUA: temas de direito comparado. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Vários autores.

WALMSLEY, Roy. World Prison Population List. twelfth edition. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf>. Acesso em: 04/04/2019.

WILLIAM T. PIZZI. **Fact-Bargaining: An American Phenomenon. Federal Sentencing Reporter**. Vol. 8, No. 6, Assessing the Probation Officers' Survey: Does Fact Bargaining Undermine the Sentencing Guidelines? (May - Jun., 1996), pp.336-338.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História de Direito**. 3ª Ed., 2ª tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.