



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PLEA BARGAINING COMO INSTITUTO DE JUSTIÇA NEGOCIAL E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ingrid Caldas Pereira de Almeida Bastos

Rio de Janeiro
2019

INGRID CALDAS PEREIRA DE ALMEIDA BASTOS

PLEA BARGAINING COMO INSTITUTO DE JUSTIÇA NEGOCIAL E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

PLEA BARGAINING COMO INSTITUTO DE JUSTIÇA NEGOCIAL E SUA
APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIO DA
EFICIÊNCIA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ingrid Caldas Pereira de Almeida Bastos

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada. Pós-graduanda em Direito Público
e Privado pela Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – Com a expansão do direito penal e a complexidade das relações advindas inclusive por meio do fenômeno da globalização, vive-se uma verdadeira crise no sistema penal brasileiro no qual as soluções apresentadas até então para a resolução dos conflitos, não têm se demonstrado suficientes. Por este motivo, o objetivo do presente artigo visa apresentar a *Plea bargaining* como meio de justiça negocial capaz resolver as demandas de forma eficiente, não se distanciando das garantias fundamentais que emanam da Constituição Federal, respeitando as regras do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *Plea bargaining*. Justiça negocial. Eficiência. Garantias constitucionais.

Sumário – Introdução. 1. A Justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro. 2. O instituto da *Plea bargaining* como acordo criminal, sua origem e aplicabilidade no Brasil. 3. Os limites de atuação do instituto: Princípio da eficiência vs Garantias constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a crise do processo penal brasileiro e a possibilidade de aplicação do instituto da *Plea bargaining* no ordenamento jurídico pátrio como uma espécie de justiça negocial capaz de solucionar conflitos de forma célere e eficiente, observando-se as garantias constitucionais do acusado.

Por essa razão, posições doutrinárias serão abordadas de forma a se analisar a viabilidade do presente instituto como uma alternativa capaz de oferecer uma resposta tempestiva e satisfatória aos jurisdicionados, buscando uma composição entre efficientismo e garantismo no processo penal.

A *Plea bargaining* ganhou destaque ao ser sugerida pelo Projeto de Lei Anticrime criado pelo atual Ministro da Segurança e Justiça, Sérgio Moro, gerando debates acirrados

entre estudiosos e operadores do direito acerca de sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Todavia, ela já é uma realidade em nosso sistema processual penal, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, que em seu artigo 98, I, autorizou a criação de juizados especiais, sendo esta o marco do modelo de justiça negocial no Brasil. Entre outros institutos de negociação consensual que serão mencionados em momento oportuno.

Tendo origem no direito americano, a premissa básica do presente instituto constitui-se de um acordo formal entre o Ministério Público e a defesa do acusado, mediante confissão, fundamentada na autonomia da vontade.

E somente após o preenchimento dos requisitos pelo acusado para participar do acordo e a verificação da legalidade e voluntariedade do ato pelo juiz, seria possível sua homologação, fixação da pena e o encerramento da persecução penal.

Inúmeras são as polêmicas envolvendo o presente tema, pois trata-se do embate do direito à liberdade do indivíduo e o direito de punir do Estado por meio de uma solução negociada que precisa estar livre de qualquer vício.

Nesse contexto, para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar uma reflexão acerca da possibilidade do instituto da *Plea bargaining* no processo penal para a solução de conflitos, sem olvidar do imperioso respeito aos cânones constitucionais.

No primeiro capítulo, busca-se demonstrar a expansão da justiça negocial no processo penal, utilizando-se institutos análogos a *Plea bargaining* na solução de conflitos, tendo em vista a crise atual do sistema penal e o elevado número de processos existentes no Brasil.

No segundo capítulo, será apresentada a origem da *Plea bargaining*, o instituto em comento propriamente dito e os projetos que visam sua implementação com o objetivo de defini-lo e esclarecer sua forma de execução no ordenamento jurídico brasileiro.

E no terceiro capítulo, se analisará os limites de sua atuação *versus* o princípio da eficiência e o devido processo legal, defendendo a possibilidade de aplicação da *Plea bargaining* como instrumento capaz de promover uma justiça processual penal mais célere, eficiente, sem afastar-se da perspectiva das garantias constitucionais.

A pesquisa é desenvolvida de forma que traga reais contribuições para a comunidade acadêmica por meio do aprofundamento do conhecimento do objeto da pesquisa, utilizando-se, para tanto, do método hipotético-dedutivo, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente.

Quanto à abordagem, será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer de fontes bibliográficas existentes e pertinentes à temática em foco para sustentar sua tese.

1. A JUSTIÇA NEGOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em meados do século XX com o advento da globalização e desenvolvimento de novas tecnologias, as relações sociais foram se tornando cada vez mais complexas, aumentando o número da criminalidade no país. Com vistas a tutelar os novos bens jurídicos e ao argumento de dar maior segurança à coletividade, o direito penal se expandiu¹.

Políticas criminais expansivas com a tipificação de novos delitos e aplicação de penas mais duras não foram suficientes para atender às novas demandas. E como forma de gerenciar os conflitos oriundos dessas relações, buscou-se respostas jurisdicionais mais eficientes e céleres por intermédio da justiça negocial².

A sobrecarga do sistema judiciário, seja por ineficiência da máquina pública, seja pela morosidade, pelo número excessivo de processos ou pela insatisfação da resposta estatal dada aos jurisdicionados³, levaram a uma nova forma de pensar a administração da justiça criminal brasileira, reformando-a em direção a justiça negocial com a proposta de maior celeridade e eficiência às crescentes demandas judiciais.

Como marco inicial para a negociação no processo penal para os crimes de menor complexidade, tem-se no Brasil, o advento da Constituição de 1988 que, em seus artigos 98, I, c/c art. 24, X⁴, estabeleceu que os entes federativos deveriam criar juizados especiais⁵, possibilitando soluções consensuais ou dialogadas no ordenamento jurídico pátrio.

Assim surgiu o Juizado especial Civil e Criminal por meio da Lei nº 9099/95, destacando-se como importante mecanismo despenalizador com competência para

¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104885/funcionalizacao_expansao_direito_suxberger.pdf>. Acesso: 19 fev. 2019.

² Ibid.

³ ANDRADE, Flávio da Silva. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASNFB5>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUZA JÚNIOR, Eliezer Siqueira. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

conciliação, julgamento e execução de crimes de menor potencial ofensivo, cujo a pena máxima não ultrapasse 2 anos, conforme artigos 60 e 61⁶.

Com a instituição desse novo microsistema, três institutos negociais foram criados, quais sejam: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Rompendo com um padrão característico de política criminal repressora da época⁷.

Em relação à composição civil dos danos, tratando-se de ação penal privada ou pública condicionada à representação, o acordo homologado extingue a punibilidade, de acordo com art. 74, § único⁸. No entanto, não havendo a composição ou tratando-se de ação penal pública incondicionada, a lei prevê o instituto da transação penal, mediante preenchimento dos requisitos, propondo-se a aplicação imediata da pena ou multa⁹, consoante ao art.76, §2, ° ambos da Lei nº 9099/95¹⁰.

O último instituto trata-se da suspensão condicional do processo aplicado aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, interrompendo-se a marcha processual, se preenchidas as condições, segundo art. 89 da mencionada lei¹¹.

Por conseguinte, ritos procedimentais diversos do procedimento ordinário, baseados na justiça negocial, como a colaboração premiada em que diferentes tipos e graus são previstos na legislação brasileira¹² foram implementados em socorro a política criminal estatal atual.

A colaboração trata da possibilidade de a acusação propor um acordo ao acusado, mediante confissão, para a identificação de demais autores e provas pertinentes ao processo em troca de benefícios, a título de exemplo, têm-se a redução de pena prevista na Lei nº 9.613/98¹³.

⁶ BRASIL, *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAAAJ&hl=en>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁸ BRASIL, op. cit., nota 6.

⁹ CARDOSO; SOUZA JÚNIOR, op. cit., nota 5.

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹¹ Ibid.

¹² NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14542/15863>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

¹³ BRASIL, *Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Avançando em relação às inovações trazidas pela Justiça negocial, estão os Projetos de Lei do Senado Federal nº 156 de 2009¹⁴ e nº 236 de 2012¹⁵, que preveem as reformas do Código de Processo Penal e do Código Penal, respectivamente¹⁶, pretendendo-se também introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais com sumarização do procedimento e negociação entre as partes¹⁷.

Igualmente, em tramitação no Congresso Nacional temos o projeto de Lei Anticrime de autoria do Ministro Sérgio Moro que prevê o acordo de pena mais branda entre acusação e defesa, após declaração de culpa pelo acusado.

O Conselho Nacional do Ministério Público também editou uma resolução dispendo sobre a possibilidade de negociação entre o promotor de justiça e o acusado, devidamente representado por seu advogado ou defensor público, visando a não persecução penal, mediante confissão.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal em seus artigos 521 e 522 prevê a possibilidade de reconciliação de querelante e querelado em audiência para tal fim¹⁸.

Nesse sentido, Vasconcellos,¹⁹ pontua que:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Impende salientar, que todos os institutos apresentados como justiça negocial se assemelham à *Plea bargaining* estadunidense, e, portanto, derivados da *common law*, suscitando inúmeras discussões doutrinárias a respeito de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, sua compatibilidade com as garantias fundamentais do acusado. Discussão que será retomada mais adiante.

¹⁴BRASIL, *Projeto 156 de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas e por indígenas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁵BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/0>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

¹⁷ SUXBERGER; GOMES FILHO, op. cit., nota 1.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ VASCONCELLOS apud FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros. *O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira*. Disponível em: <<https://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

No entanto, incontroverso é que, diante das inúmeras dificuldades enfrentadas pelo sistema judiciário criminal brasileiro, a justiça negocial tornou-se instrumento presente e legítimo à resolução de conflitos, em que se busca garantir os direitos dos cidadãos e o bem da coletividade por meio de uma resposta estatal mais justa²⁰.

2. O INSTITUTO DA PLEA BARGAINING COMO ACORDO CRIMINAL, SUA ORIGEM E APLICABILIDADE NO BRASIL.

Para entender o instituto da *Plea bargaining* faz-se necessário conhecer a tradição jurídica que o abriga, qual seja, a *common law*, baseada no direito consuetudinário e na decisão dos tribunais.

O sistema de justiça norte-americano, originário da Inglaterra e do próprio EUA, filiado à tradição em cometo, preceitua que a decisão a ser tomada em um caso é determinada pelos precedentes, ou seja, a aplicação do direito é feita com base em casos solucionados anteriormente e não por meio de diplomas legais.

Nesse contexto, após a II Guerra Mundial com o aumento significativo do número de jovens, crescente imigração, acentuada prática de crimes e o desenvolvimento das profissões jurídicas nos EUA, o instituto da *Plea bargaining* surgiu como um mecanismo capaz de solucionar de forma célere e eficaz processos de natureza criminal²¹.

Nessa política criminal de solução de conflitos, admite-se que o caso seja encerrado por meio de acordos entre os envolvidos. Os acordos são legítimos porque o contraditório, ainda que previsto em lei, deve ser reservado apenas aos casos em que defesa e acusação não sejam capazes de estabelecer um consenso sobre a verdade dos fatos²².

A base da negociação que constitui a *Plea bargaining* vem por meio da declaração de culpabilidade pelo acusado, uma barganha que se fundamenta na confissão (*guilty plea*). Ela se divide em negociação sobre a imputação de um delito mais grave originalmente para um delito menos grave (*charge bargaining*) e negociação sobre possíveis benefícios durante a aplicação da pena e demais consequências do crime (*sentence bargaining*) ou negociação

²⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

²¹ HON, Phillip Rapoza. *A experiência Americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra*. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²² FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

mista (*charge bargaining e sentence bargaining*). O ordenamento jurídico brasileiro tem caminhado em direção a essa terceira via²³.

Repisa-se que, a *Plea bargaining* nada mais é do que um método de solução de conflitos em que a acusação propõe um acordo de redução da acusação ou da sanção a ser aplicada na sentença ao acusado, e este, mediante confissão, poderá aceitá-lo ou não.

Com efeito, cabe ressaltar que a justiça negocial no Brasil não é a regra, pois deriva-se de um modelo de justiça criminal conflituoso da *civil law*, baseado em produção e valorização legislativa para a aplicação no caso em concreto, oriundo do direito francês.

Todavia, devido a um quadro em que se convencionou chamar de crise do sistema penal, diante das novas demandas da sociedade, do quadro expansionista do direito penal e da utilização de um modelo processual penal da década de 40 extremamente burocrático, a aplicação de meios de consenso como solução alternativa, tornou-se medida válida e necessária a resolução de conflitos.

Na busca por respostas penais eficientes e inspirados no modelo norte-americano da *Plea bargaining*, diversos ordenamentos jurídicos têm adotado soluções inovadoras em atendimento aos anseios da sociedade. Assim, na Itália vamos encontrar o instituto do *patteggiamento*; em Portugal, a “suspensão do processo”; na Espanha, a “conformidade”²⁴; na Argentina, os procedimentos abreviados e na Alemanha, o *absprachen*.

O ordenamento jurídico brasileiro, embora ainda possua um sistema de política criminal punitivista, em que se acredita na efetividade das normas penais por meio do aumento de pena para combater os problemas advindos da criminalidade²⁵, não se pode olvidar do quão significativo é a influência do direito estrangeiro na busca por soluções jurídicas consensuais a problemas que são comuns aos países, uma vez que, apenas o castigo não tem impedido o crescimento constante de delitos.

Nessa toada, fundamentada na intervenção mínima do Direito Penal, a justiça criminal consensual afasta-se da visão de repressão e volta-se para soluções alternativas de resolução de contendas.

²³GOMES, Luiz Flávio. *25 anos depois, Direito Penal 3.0*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6029-25-anos-depois-Direito-Penal-30>. Acesso em: 26 fev. 2019.

²⁴FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo/2>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁵CARDOSO; SOUZA JÚNIOR, op. cit., nota 9.

Certo é que, tendo em vista o atual cenário, vem sendo debatido no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010²⁶, oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009²⁷ em que se prevê no art. 286, um procedimento denominado sumário, no qual, até o início da audiência de instrução, há a possibilidade de o Ministério Público e o acusado, por meio de seu defensor, requererem o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. Nessa hipótese, o investigado confessa os fatos que lhes são imputados e renuncia ao direito de interpor recurso contra a sentença.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012²⁸ que institui o novo Código Penal, preconiza em seu art. 105 que recebida a denúncia ou queixa, o advogado ou defensor e o Ministério Público ou querelante, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes do julgamento, importando a confissão da culpa por parte do acusado, que, em contrapartida será beneficiado com a pena mínima a ser cumprida em regime aberto ou semiaberto²⁹.

A proposta mais recente de introdução da *Plea bargaining* no ordenamento jurídico brasileiro, foi introduzida por meio do Pacote de Lei Anticrime, elaborada pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro.

O pacote prevê o artigo 395-A ao Código de Processo Penal e este estabelece que após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público e o acusado, assistido por seu defensor, poderiam requerer mediante acordo penal com confissão, a aplicação imediata da pena.

Semelhante à *Plea bargaining* descrita acima, também prenuncia o pacote, no art. 28-A a ser introduzido igualmente no Código de Processo Penal, um acordo de não persecução penal que seria proposto pelo Ministério Público ao acusado, devidamente assistido, que cometesse infração com pena máxima de 4 (quatro) anos, sem violência ou grave ameaça, mediante confissão.

Entretanto, no dia 06 de agosto de 2019, por 8 (oito) votos a 3 (três), o grupo de trabalho da Câmara dos deputados rejeitou a proposta de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal, mantendo apenas o acordo previsto no art. 28-A.

²⁶BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 14.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁹WAGNER, Daniel R. *O modelo do plea bargaining*. Disponível em: <<https://bigdaniel.jusbrasil.com.br/artigos/693203012/o-modelo-do-plea-bargaining>>. Acesso em: 02 set. 2019.

Paralelamente à discussão na Câmara, o Senado também analisa o pacote apresentado por Moro, pois o objetivo da proposta é descongestionar o Judiciário, que poderia se dedicar, então, a crimes mais graves.

Em todas essas modalidades de justiça consensual apresentadas, presente está a negociação com o acusado, o qual pode confessar o crime perante as autoridades em troca de não se submeter ao processo judicial mais demorado, e assim, receber uma pena mais branda, reduzindo custos, dificultando a ocorrência de prescrição e, mais importante, deixando para o juiz criminal apenas a instrução dos casos mais complexos, tornando a decisão final com melhor qualidade³⁰.

Todavia, para que haja validade na negociação, são requisitos básicos: a capacidade de compreensão e determinação do acusado, a declaração ou confissão informada, ou seja, o acusado deve ser informado previamente sobre seus direitos, sobretudo o de poder não aceitar a negociação, a declaração ou confissão voluntária em que nenhum tipo de coação ou ameaça se permite e a existência de base fática que possa derrubar a presunção de inocência, entre outros³¹.

Em nenhuma circunstância o réu é obrigado a aderir, e qualquer indício de ilegalidade, o ato será nulo. O advogado ou defensor público possuem o dever jurídico de verificarem os termos em que são feitas as propostas e a liberdade de decisão do acusado. E em não havendo sua concordância, segue-se o devido processo legal.

Tudo o que for negociado deve passar pelo crivo do judiciário. Não tendo o juiz papel apenas homologatório, pois deve o mesmo verificar se todos os requisitos foram preenchidos, a voluntariedade da manifestação de vontade, a certeza de que existem provas mínimas contra o acusado, a não abusividade ou excesso do Ministério Público, a efetividade da assistência jurídica prestada. E em caso de não haver legalidade, legitimidade, razoabilidade ou constitucionalidade do acordo, não homologará fundamentadamente.

3. OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO INSTITUTO: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA VS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Duras críticas têm sido feitas ao *Plea bargaining* americano e à sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro ao argumento de uma possível (in)observância das garantias

³⁰PRADO, Rodolfo Macedo. *A chegada do plea bargaining ao Brasil*. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

³¹GOMES, op.cit., nota 26.

constitucionais do acusado em troca de um processo penal mais célere e eficiente, todavia, algumas questões devem ser pontuadas.

No Brasil, a atividade jurisdicional se desenvolve visando a descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato típico, ilícito e culpável, presente na norma penal incriminadora por meio do processo³².

Sendo inegável que o processo penal possui duas finalidades, quais sejam, garantir o direito de ação ao indivíduo e limitar o poder punitivo do Estado que se contrapõe ao *jus libertatis* do cidadão³³.

Isto posto, não se pode ignorar que para que o processo se desenvolva regularmente e de forma legítima, é necessário que ele observe uma série de garantias, pois são essas, derivadas de um Estado democrático de direito que visa a aplicação de um processo justo³⁴.

Ada Pellegrini Grinover, sem negar as finalidades do processo, afirma que ele é o meio eficaz para a célere e justa distribuição da justiça, através de procedimentos adequados que atendam à natureza da controvérsia subjacente³⁵.

Nessa seara, a Constituição da República prevê expressamente em seu texto, a garantia do devido processo legal com o objetivo de o processo satisfazer a pretensão punitiva do Estado, limitando-o para que não cometa excessos, assegurando os direitos fundamentais do indivíduo por meio de procedimentos adequados, buscando uma resposta penal justa.

No entanto, o atual cenário é de crescente tipificação e conseqüente sancionamento de crimes que continuam se expandindo³⁶ com uma patológica duração do processo, escassez de recursos materiais, risco de prescrição da punibilidade, efeito nocivo do tempo na produção de provas e a ausência de uma resposta jurisdicional apropriada, fazendo com que a vítima não tenha seus direitos efetivados, trazendo uma enorme insegurança jurídica ao acusado, prejudicando os interesses do Estado e da própria sociedade que não mais vê a justiça penal como apta a prevenir a criminalidade.

A *Plea bargaining* surge como justiça negocial capaz de dar uma resposta eficiente aos jurisdicionados e à sociedade com resultados mais justos, entendendo que a administração

³² DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas*. Disponível em: <[www.esmp.sp.gov.br > index.php > RJESMPSP > article > download](http://www.esmp.sp.gov.br/index.php/RJESMPSP/article/download)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

³³ Ibid.

³⁴ GABRIEL, Anderson de Paiva; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. *O plea bargaining: contribuições para a Justiça Criminal brasileira. Uma análise do sistema de justiça americano*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-plea-bargaining-contribuicoes-para-a-justica-criminal-brasileira-07012019>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimentos sumários em Matéria Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 11-12.

³⁶ HON, op. cit., nota 21.

funcional da justiça também é um importante valor a ser perseguido num Estado democrático de direito.

No que se refere a administração funcional da justiça, alguns equívocos precisam ser esclarecidos no tocante a eficácia e eficiência no processo penal.

Antonio Scarance Fernandes³⁷ apregoa que, na administração, a ideia de eficiência liga-se ao bom uso dos meios ou recursos disponíveis, para se atingir um determinado resultado, previamente desejado, enquanto a eficácia prende-se ao atingimento de determinados fins. Esclarece o autor que eficiência e eficácia são caminhos necessários na busca da efetividade, ou seja, o resultado verdadeiro, concreto e empírico.

No âmbito do sistema penal e de acordo com as finalidades do processo, a eficácia e a eficiência são identificáveis como direitos e garantias dentro de um processo justo e a limitação do poder estatal contra possíveis abusos. Buscando a efetividade alcançar a preservação dignidade da pessoa humana, a manutenção do estado democrático de direito, a ressocialização do indivíduo e a paz social³⁸.

Em 1998, por meio da emenda constitucional de nº 19,³⁹ foi introduzido na Constituição Federal, o princípio da eficiência com vistas a desburocratizar e acelerar o andamento dos processos, sem abrir mão das garantias previstas constitucionalmente.

É responsabilidade do Poder Público tornar as garantias previstas constitucionalmente efetivas, buscando um processo penal democrático, justo, resguardando o cidadão de eventuais arbitrariedades⁴⁰.

Nessa toada, unindo-se aos direitos e garantias fundamentais, a *Plea bargaining* tem como pressuposto a observância da duração razoável do processo, princípio este previsto na Constituição da República e derivado do devido processo legal que visa acelerar a resolução dos conflitos, uma vez que a lentidão dos processos os torna injustos.

O instituto se instrumentaliza por meio de procedimentos abreviados no âmbito da pequena e média criminalidade, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade do que for acordado, nas dimensões proibição do excesso e insuficiência da medida.

³⁷Nesse sentido: FERNANDES, Anônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de, MORAES, Maurício Zanoide de. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: ____*Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

³⁸ DEMERCIAN, op. cit., nota 36.

³⁹ BRASIL, *Emenda constitucional nº 19*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴⁰ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. *Direito e Justiça*, Rio Grande do Sul. vol. 37, nº 1, p. 5-11, jan/jun. 2011.

Ante ao exposto, quanto ao princípio da proporcionalidade, as lições de José dos Santos Carvalho Filho⁴¹, asseveram que:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

A *Plea bargaining* também é evidenciada pelas garantias da ampla defesa e o contraditório em sua vertente participativa, onde o acusado descreve os fatos e a presença do defensor ou advogado é indispensável à negociação. Podendo prosseguir pelo procedimento ordinário, caso assim decida, pois o princípio da voluntariedade está presente.

A intervenção do juiz na fase homologatória visa salvaguardar a liberdade do indivíduo e a legalidade do que foi acordado, pois a atuação do Ministério Público possui limites, não se abrindo mão de nenhum tipo de fiscalização.

A própria judicialização do acordo e a individualização da pena são garantias, sendo necessário que a atividade jurisdicional seja eficiente, visto que, por meio dela, busca-se o bom desempenho da função pública, tendo como consequência uma resposta estatal satisfatória.

Como dito, ao Estado incumbe garantir os direitos dos indivíduos, igualmente, cabe a ele promover o bem da coletividade por meio da eficiência, garantindo a justiça⁴². Sendo perfeitamente possível a compatibilização do instituto da *Plea bargaining* com as garantias constitucionais do acusado.

Existe uma falsa premissa de que o consenso e as garantias constitucionais são necessariamente polos opostos. Entretanto, eles podem conviver harmonicamente dentro de certos limites e peculiaridades, desburocratizando o sistema, corroborando ao respeito à dignidade da pessoa humana e buscando a pacificação social.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43/44.

⁴² CAMPOS, op. cit., nota 20.

CONCLUSÃO

É notória a atual crise do sistema penal em um ambiente crescente de criminalidade, diminuição da eficácia intimidatória da sanção e excessiva duração do processo, levando a opinião pública a experimentar uma sensação de impunidade e injustiça frente à ausência de uma resposta estatal eficiente.

Na busca por soluções alternativas, a justiça negocial surgiu como novo instrumento de política criminal que contribui para que o direito penal atinja algumas de suas finalidades, quais sejam, a justiça por meio da solução adequada das demandas em tempo hábil e a credibilidade da população na prestação da tutela jurisdicional.

Os institutos próprios dessa justiça penal negocial que surgiram a partir da instituição dos Juizados especiais, como a conciliação, a transação, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada são compatíveis com os princípios constitucionais e tornaram-se importantes instrumentos para a resolução de conflitos de forma célere, permitindo que o Estado direcione mais energia aos comportamentos mais graves.

Pensando numa nova forma de administração de justiça criminal e rendendo-se a uma nova tendência que já faz parte da realidade de alguns países da Europa, o Brasil vem adotando o instituto da *Plea bargaining*, simplificando procedimentos sem abrir mão de valores penais e processuais.

Numa perspectiva mais ousada, os projetos de reforma do Código de Processo Penal, do Código Penal, o Projeto de Lei Anticrime e a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, trouxeram a possibilidade de acordo entre acusação e defesa para imposição antecipada de uma sanção penal que se compatibiliza ao processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Embora soluções como esta tragam à tona discussões acerca das diferenças entre a *common law* e a *civil law*, necessária se faz a aproximação para que deficiências na resolução de conflitos sejam sanadas, de forma a reprimir e a prevenir novos crimes.

A *Plea bargaining* ou barganha, apesar de possuir a exigência do reconhecimento de culpa pelo acusado, não é homologado sem o respectivo controle de legalidade pelo Poder Judiciário, sem a voluntariedade do investigado e há a necessidade do patrocínio do advogado ou defensor em todos os termos da persecução penal, havendo um controle de eventuais excessos.

É importante perceber que já houve a ruptura com o tradicional processo penal extremante burocratizado, abrindo espaço para o diálogo e o consenso, trazendo novas formas

de soluções de conflitos. Inclusive proporcionando benefícios para o acusado, havendo a possibilidade de mitigação de condenações mais duras, permitindo certo grau de indulgência, convergindo-se com as balizas constitucionais da intervenção penal do Estado.

Por fim, é possível afirmar a possibilidade de convivência do princípio da eficiência com os cânones constitucionais quando o Estado renuncia parte de seu *jus puniendi* e aplica o instituto da *Plea bargaining* para solucionar casos de menor complexidade, observando o princípio da duração razoável do processo e a espontaneidade de participação do acusado.

Não se considerando justiça eficiente àquela que possui a pena mais dura ou a que mais condena, mas sim, aquela capaz de ser tão somente justa, pois, de acordo com a célebre frase do imortal jurisconsulto brasileiro, Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *A ampliação dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-ASNFB5>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, 1921. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____, *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Projeto 156 de 2009, que institui o novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas e por indígenas*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194931/000871242.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____, *Projeto de Lei do Senado nº 8.045 de 2010*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 02 set. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUZA JÚNIOR, Eliezer Siqueira. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro*. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rpej/article/view/2405>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas*. Disponível em: <[www.esmp.sp.gov.br > index.php > RJESMPSP > article > download](http://www.esmp.sp.gov.br/index.php/RJESMPSP/article/download)>. Acesso em: 30 ago. 2019.

FERNANDES, Anônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Galvão de, MORAES, Maurício Zanoide de. Reflexões sobre as noções de eficiência e garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Teoria geral do procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FONTES, Lucas Cavalheiro. *Plea bargain: o que é isto, como é aplicado e como o ordenamento jurídico brasileiro pode implementá-lo?* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72872/plea-bargain-o-que-e-isto-como-e-aplicado-e-como-o-ordenamento-juridico-brasileiro-pode-implementa-lo/2>>. Acesso em: 02 set. 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva; LIMA, Larissa Pinho de Alencar. *O plea bargaining: contribuições para a Justiça Criminal brasileira. Uma análise do sistema de justiça americano*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-plea-bargaining-contribuicoes-para-a-justica-criminal-brasileira-07012019>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/0>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *25 anos depois, Direito Penal 3.0*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6029-25-anos-depois-Direito-Penal-30>. Acesso em: 26 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrin. Procedimentos sumários em Matéria Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HON, Phillip Rapoza. *A experiência Americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra*. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14542/15863>>. Acesso em: 26 fev.2019.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. A efetividade dos direitos fundamentais no processo penal. *Direito e Justiça*, Rio Grande do Sul. vol. 37, nº 1, p. 5-11, jan/jun. 2011.

PRADO, Rodolfo Macedo. *A chegada do plea bargaining ao Brasil*. Disponível em: <<https://consultorpenal.com.br/plea-bargaining-brasil/>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. *Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial*. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104885/funcionalizacao_expansao_direito_suxberger.pdf>. Acesso: 19 fev. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal*. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=Fm1XsWEAAAAJ&hl=en>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros. *O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira*. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

WAGNER, Daniel R. *O modelo do plea bargaining*. Disponível em: <<https://bigdaniel.jusbrasil.com.br/artigos/693203012/o-modelo-do-plea-bargaining>>. Acesso em: 02 set. 2019.