



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCOMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAIN* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E OS RISCOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Renata Santos Sampaio

Rio de Janeiro
2019

RENATA SANTOS SAMPAIO

A INCOMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAIN* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E OS RISCOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de 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

A INCOMPATIBILIDADE DO *PLEA BARGAIN* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS RISCOS DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

Renata Santos Sampaio

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – Com o aumento da demanda do judiciário, cresce o número de ações penais frustradas pela prescrição. Com isso, países buscam reestruturar o sistema processual penal inspirados nos Estados Unidos, cuja máquina de repressão parece funcionar de forma mais eficiente e célere. Dentre os instrumentos responsáveis, está o *pleabargain*, que possibilita às partes costurarem um acordo para que, por meio da confissão, a defesa abra mão do processo penal, por uma pena que lhe seja mais favorável, o que parece satisfazer todos os interesses em jogo e afastar a sensação coletiva de impunidade. Por outro lado, como a sua implementação pressupõe a dispensa do devido processo legal, no bojo de um acordo pactuado por partes naturalmente desequilibradas, a adoção do *pleabargain* em países de tradição *civil law* pode representar um retrocesso civilizatório e agravar ainda mais fissuras sociais originadas da seletividade penal. Com isso, este artigo pretende analisar as distorções causadas pelo transplante do instituto em países de sistema processual inquisitório, por meio da produção doutrinária acerca da experiência italiana e alemã.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *PleaBargain*. Justiça Criminal Negocial. *Legal Transplants*. Barganha. Transação Penal.

Sumário – Introdução. 1. 1. A origem: os Estados Unidos e o sistema adversarial. 2. 2. O que está em jogo: as principais violações ao devido processo penal e demais garantias constitucionais 3. Os possíveis efeitos jurídico-sociais do instituto a partir da experiência de países de *civil law*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa a discutir a compatibilidade da justiça criminal negocial, o instituto estadunidense *pleabargain*, com o ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto estabelece um canal de negociação entre a acusação e a defesa, de modo a abreviar o processo penal para que as partes pactuem juntas uma punição a ser cumprida imediatamente pelo réu, que deve abrir mão da sua defesa.

Procura-se estudar os mecanismos do instituto, como apresentado no projeto de lei-anticrime de autoria do Ministro da Justiça e da Segurança Pública Sergio Moro, e compará-los com o sistema jurídico brasileiro, mais especificamente quanto ao sistema acusatório e as garantias constitucionais. Visa-se também estudar os efeitos do instituto, por meio da experiência de países de *civil law*, como Portugal e Espanha, sem deixar de lado as críticas

que enfrenta no seu país de origem, os Estados Unidos, no qual já se discute modificações necessárias.

Para tanto, abordam-se a produção doutrinária e científica a fim de discutir se a implementação do instituto leva ao esvaziamento do devido processo constitucional. Isso poderia levar a um Estado severamente punitivista, na contramão dos avanços civilizatórios que tendem a impor limitações ao poder punitivo.

O tema suscita muita divergência, sobretudo no campo prático, haja vista que o acordo firmado entre réu e Ministério Público põe fim à fase instrutória e recursal, o que parece tornar o processo, além de mais célere, muito mais eficiente. Por outro lado, os profissionais do direito que adotam um viés mais garantistas alertam que o instituto pode aprofundar falhas já existentes no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que o processo penal não tem como finalidade primordial a imposição de pena, mas promover o acesso à mecanismos de defesa.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o sistema acusatório, por meio das suas características predominantes e dos seus princípios norteadores, tendo como marco teórico a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli. Pretende-se também chamar atenção, por meio da teoria dos jogos, para o desequilíbrio natural existente na relação entre Estado e cidadão, sobretudo no uso do poder punitivo, a fim de verificar a possibilidade de implementação de uma relação negocial que tenha como objetivo a aplicação de pena.

Inicia-se o primeiro capítulo pela apresentação do *pleabargain*, mencionando o contexto que levou à sua implementação nos Estados Unidos e os efeitos causados na sociedade, bem como os motivos que o levam a ser fonte de inspiração em diversas reformas legislativas nos sistemas jurídicos ocidentais.

No segundo capítulo, uma vez apresentado o anteprojeto de lei, exploram-se os mecanismos à luz dos princípios norteadores do sistema acusatório e das garantias fundamentais. Com isso, indaga-se sobre a possibilidade de implementação do instituto de modo a vencer as incompatibilidades apontadas.

Por fim, o terceiro capítulo examina os efeitos jurídico-sociais da implementação do *pleabargain* em países de *civil law*, como Portugal e Espanha, a fim de aferir na experiência desses países a comprovação das hipóteses do capítulo anterior.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, na qual se testará as hipóteses de forma argumentativa, a partir da revisão da literatura e da análise de dados sobre a eficácia do instituto em países cujo sistema jurídico seja civil, como Portugal e Espanha.

Portanto, o material usado, além da literatura por autores consagrados, consistirá também na produção científica sobre o tema nesses países, bem como o respectivo texto legislativo estrangeiro, em comparação com o anteprojeto de lei que tramita no Brasil.

1. O SISTEMA PROCESSUAL ADVERSARIAL E A EXPERIÊNCIA ESTADUNIDENSE COMO INSPIRAÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO *PLEA BARGAIN*

Para analisar os impactos da aplicação de um instituto legal estrangeiro, é necessário analisar as peculiaridades do sistema jurídico de origem e contrapô-las com as do país que se quer introduzir. Sem isso, corre-se o risco de implantar um instituto inapto ou de agravar distorções já existentes.

No âmbito do processo penal, utiliza-se a distinção entre os sistemas adversarial e não adversarial. O primeiro, típico dos países de *common law*, e o segundo, dos países de *civil law*. É certo que essas distinções se remetem a tipos ideais, visto que na prática, a tendência é cada vez mais de aglutinação entre os dois sistemas. Contudo, essa distinção ainda é importante, pois suas características marcantes são capazes de desenhar contornos institucionais dos sistemas jurídicos dos países que se pretende analisar e de revelar as tendências desses sistemas para fins do estudo do direito comparado.

Embora seja comum chamar os sistemas não-adversariais de inquisitoriais, essa nomenclatura não se confunde com aquela empregada para estudar a evolução dos sistemas jurídicos no processo penal, que levaram ao sistema acusatório e ao misto. Para evitar equívocos, será usado neste trabalho somente o termo não-adversarial.

O modelo adversarial consiste na predominância das partes na determinação dos atos processuais e na produção das provas. O processo se torna uma disputa equilibrada entre defesa e acusação pela formação do convencimento do juiz, cabendo a esse a função de manter o equilíbrio¹. Esse equilíbrio é o que se chama de *fair trial*, sobre o qual se observam os valores da equidade processual, de modo a dar mais atenção a forma com que se chega à verdade do que com ela em si.

Já no sistema não-adversarial, o juiz não é somente espectador, mas a ele cabe organizar os ritos processuais, decidir sobre o deferimento de provas e, em alguns casos, a ter

¹NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: pleabargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, 2014, p. 331-365.

a iniciativa probatória. Sua origem remonta das inquisições eclesiásticas, nas quais o papel do acusador e do julgador se misturavam para obter do réu a verdade real a qualquer custo. Com o tempo, foi aplicado um sistema mais racional ao modelo, por meio do sistema de valoração de provas. Esse sistema de valoração de provas deu lugar ao livre convencimento motivado, em que a garantia do julgamento justo se apoia no desinteresse e na independência do julgador.

Mesmo com a separação da figura do julgador e do acusador, o impulso oficial é o motor do sistema não-adversarial. Ao juiz cabe conduzir o processo, delimitando a inquirição das testemunhas e deferindo a produção de provas. Isso decorre da instrumentalização do processo penal como política pública e do forte interesse público que reveste a verdade real².

Diferente do sistema adversarial, em que o fundamento da atuação do magistrado é a manutenção do equilíbrio social, o que privilegia a autodeterminação. O interesse do Estado, nesse caso, consiste em disciplinar o confronto entre as partes e não na produção de provas³.

A despeito dessas diferenças, as recentes reformas processuais ocorridas na Europa demonstram uma atenuação das diferenças comumente atribuídas aos dois modelos processuais, o que Schunemann⁴ chama de marcha triunfal ao modelo norte-americano. A prova disso é a adoção do *pleabargain* em vários países. O instituto, a princípio, parece mais dinâmico e mais eficaz na persecução penal, o que faz com que legisladores vejam nele o instrumento adequado para enfrentar os desafios contemporâneos do sistema penal.

Contudo, apesar de salutar, essa tendência de importar institutos de sistemas jurídicos diferentes têm custos. Isso, porque o sentido e o impacto da norma dependem muito das condições externas, conforme o contexto institucional, o que possibilita que redações idênticas tenham efeitos diversos⁵.

Dado isso, é importante frisar que o contexto institucional da administração judiciária dos Estados Unidos, país tradicionalmente de *common law*, é marcada exatamente por essas características. O acusador de um lado e, de outro, o réu, com seu defensor constituído se enfrentam em igualdade de condições perante o tribunal, materializado por um banco de jurados espectadores, cuja presidência cabe ao magistrado incumbido de manter a ordem, decidir os incidentes e, finalmente, fixar a pena em caso de condenação.

²Ibid.

³CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*. Rio Grande do Sul, v. 249, nov. 2015.

⁴SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

⁵VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal Brasileiro atual à luz de direito comparado. *IBRASPP*. São Paulo, v. 4, 2018, p. 767-805.

Traçando-se um passo a passo processual estadunidense⁶, este se inicia com a prisão do infrator, seguida pelo oferecimento da acusação perante o magistrado. Em seguida, é designada uma data para que o acusado compareça em juízo para tomar ciência dos fundamentos da acusação e dos seus direitos de defesa. A acusação é então submetida ao júri, para que, vislumbrando justa causa, possa dar prosseguimento ao indiciamento do acusado.

Dando prosseguimento ao indiciamento, o acusado deve comparecer a mais uma audiência para, dessa vez, se declarar culpado ou inocente. É nesse momento que é designada data para audiência de julgamento.

Após isso, inaugura-se a fase do confronto da prova. Nela as partes examinam as evidências que seu adversário tem e tentam impugna-las por meio de pedidos de declaração de nulidades procedimentais. O intuito é invalidar as provas antes que cheguem ao conhecimento do júri.

É nesse momento de confronto que pode ocorrer *pleapargain*. O acusador oferece ao acusado uma proposta de transação em troca da confissão de culpa expressa ou da declaração *nolocontendere*, na qual, esta, o acusado declara que pretende discutir a culpa. Isso abrevia a imensa maioria dos casos criminais nos Estados Unidos.

A partir disso, havendo o acordo, o rito processual caminha somente para a formalização do ato. Será designada audiência perante um magistrado para manifestação oficial. Na audiência, o acusado é advertido de todos os direitos de defesa caso decida ir a julgamento, bem como que a declaração implicaria na renúncia de todos eles. O magistrado então avaliará o acordo, verificando eventual indício de coerção e, não sendo o caso, aceitará a confissão ou a declaração de *nolocontendere*. Após isso, o acusado terá uma pena aplicada.

A doutrina costuma afirmar a inconstitucionalidade do instituto que admite esse acordo, tendo em vista uma série de violações aos direitos consagrados no *Bill of Rights*, dentre elas o direito a não autoincriminação⁷. Costuma-se defender que, sobretudo nos estados que admitem pena de morte, o acordo é costurado de forma desequilibrada, forçando o acusado a abrir mão do direito a um julgamento justo e imparcial. Com isso, tratar-se-ia de uma técnica institucional de violação das garantias.

Por outro lado, a Suprema Corte defende a constitucionalidade do *pleabargain*, mediante a aplicação de alguns requisitos procedimentais para coibir abusos por parte da

⁶CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. PleaBargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

⁷Ibid.

acusação, como nos casos *Bordenkircher v. Hayes* (1978), *Brady v. United States* (1970), *Boykin v. Alabama* (1969), *Henderson v. Morgan* (1976) e outros⁸.

Sendo assim, não se pode negar que o *pleabargainé* amparado pelo viés utilitarista das políticas criminais, fundado principalmente na relativização das garantias penais. Todavia, também não se pode negar a legitimidade da aplicação do instituto no seu país de origem, os Estados Unidos, decorre justamente dos mecanismos do modelo adversarial, que conferem mais equilíbrio entre as partes no confronto de provas.

2. O QUE ESTÁ EM JOGO: AS PRINCIPAIS VIOLAÇÕES AO DEVIDO PROCESSO PENAL E DEMAIS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Como já visto, o modelo adversarial possui algumas vantagens com relação ao o modelo não adversarial, a saber a concepção do acusado como sujeito de direitos e o favorecimento de um processo mais justo entre as partes⁹. Contudo, o que faz com que os institutos estadunidenses orientem reformas processuais em outros países não é a maior proteção às garantias do acusado, mas a fragilidade que esses institutos representam ao devido processo constitucional, senão vejamos.

O Direito se funda basicamente na necessidade se estabelecer regras para regulamentar a convivência entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado¹⁰, a fim de promover a harmonia e o equilíbrio social. Para tanto, a lei estabelece uma série de limitações à conduta dos cidadãos, em diversas esferas, a depender do bem jurídico que se pretende tutelar. Nesse passo, o Direito Penal é consagrado como *ultima ratio*, a medida em que é o campo do direito que se presta a tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade por meio da aplicação de penas, que são as intervenções mais severas que o Estado pode promover na liberdade do cidadão.

Essa intervenção decorre do poder-dever punitivo estatal, que nada mais é que um direito exclusivo do Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário de uma norma penal incriminadora contra quem praticou de forma reprovável uma ação ou omissão descrita no preceito primário¹¹. Tamanha é a gravidade dessa intervenção na vida do cidadão que, além de não se admitir que se faça pelas vias privadas, são impostas uma série de limitações

⁸Ibid.

⁹SCHUNEMANN, op. cit., p. 241.

¹⁰MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 23.

¹¹MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 23-24.

de ordem constitucional a esse poder-dever, especialmente quanto ao direito de resistir a essa punição.

Mas de nada valeria a existência desses direitos materiais sem que fossem delimitadas o que se chama de regras do jogo. Trata-se do devido processo constitucional, que, de acordo com José Afonso da Silva¹², forma com o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, as três principais garantias processuais. Diante disso, é possível assegurar o processo com as formas instrumentais adequadas, conferindo tratamento equânime, justo e adequado.

Nesse sentido, diferente das decisões no âmbito do processo civil, não se pode admitir que o próprio cidadão se sujeite à imposição de uma pena, abrindo mão do devido processo constitucional. Nas palavras de BerndSchünemann¹³:

Em virtude da natureza da pena enquanto um mal associado a uma reprovação moral, capaz inclusive de destruir ou ao menos prejudicar seriamente a existência física, mas sobretudo a existência social do indivíduo, faz-se impossível que o Estado imponha esta mais grave das graves consequências jurídicas somente porque o indivíduo por sua livre vontade o queira.

Nesse sentido, o elemento central em que consiste o *pleabargain* vai de encontro ao devido processo constitucional, haja vista que o consenso só é possível se a parte se sujeitar à imposição de uma pena, abrindo mão de todas as regras do jogo que limitam o poder estatal. Além disso, considerando que o poder punitivo é também um dever, são as instâncias estatais, balizadas pelo ordenamento jurídico, e não os indivíduos envolvidos por meio da barganha, quem deve aferir a necessidade de uma ação estatal.

Ainda que o consenso, à primeira vista faça parecer que o acusado tenha tomado algum tipo de protagonismo e, com isso, se concretize a sua condição de sujeito de direitos na persecução penal, o que ocorre é o contrário. No processo penal, o acusado não está em igualdade de Direitos para negociar, a começar, porque o que está em jogo é a sua própria liberdade, sob pena de consequências irreversíveis

Do outro lado, conforme descrito no capítulo anterior, se tem o órgão acusador. Esse de posse de provas indiciárias, colhidas em fase pré-processual, pressiona o acusado para obter o *guiltyplea*. Com isso, obtendo sucesso com a negociação, o processo se encerra com uma das partes se sujeitando a uma punição legitimada por provas não submetidas ao contraditório, temendo as consequências de uma ação penal regular.

¹²SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 431-432.

¹³SCHUNEMANN, op. cit., p. 246.

Essas provas, por sua vez, servem também para desequilibrar a balança para um dos lados na medida da sua robustez. Isto é, é feito um juízo hipotético da dosimetria da pena com base em prova produzida unilateralmente, sem o exercício do direito de defesa, sendo que ao acusado não seria possível conhecer o real benefício colhido do acordo, visto que a dosimetria depende fundamentalmente do convencimento formado em audiência de instrução e julgamento.

Nesse mesmo aspecto, observa-se que esse temor pode ser agravado caso o acusado advenha de setores da sociedade que, em razão da marginalização e da seletividade subjetiva do direito penal, não depositam muita confiança nas instituições jurídicas. Em outras palavras, pessoas que convivem de perto com a marginalização e comumente observam alguma pessoa de seu convívio sendo alvo de perseguições penais, possivelmente não vislumbraram no processo regular uma oportunidade para provar a sua inocência ou obter uma individualização da pena que lhe seja mais favorável. Nesse caso, a adesão às propostas de pena oferecidas tenderia a ser muito mais frequente, o que contribuiria ainda mais para essa marginalização e para a seletividade subjetiva do sistema penal

Além disso, vale ressaltar que essa apresentação de uma pena mínima imposta no âmbito do acordo, baseada nas provas indiciárias obtidas, faz nascer um temor de ver sua pena agravada exacerbadamente em razão de uma dupla penalização, caso opte por se submeter à audiência de instrução e julgamento. Ou seja, como se houvesse uma espécie de preclusão à obtenção de pena mais vantajosa, que só seria possível em sede de acordo.

Segundo Schünemann, “a defesa só pode estar apta a julgar de forma confiável se os resultados nela [investigação preliminar] obtidos forem capazes de sustentar a denúncia oferecida pelo ministério público ou, caso contrário, se é sensato e útil para se abreviar o processo, que se aceite o resultado proposto pelo promotor ou pelo juiz sem a prévia realização da audiência de instrução e julgamento.”¹⁴

Disso se conclui que o poder de barganha do ministério público não pode se fundar no medo da total incerteza. Visto que, sem o exercício da ampla defesa e do contraditório, o acusado não sabe ao certo o que pode perder e, conseqüentemente, o acordo não é justo o suficiente para ser implementado, tampouco apto a legitimar a aplicação da pena. Por outro lado, a aplicação do contraditório pleno em fase preliminar poderia impossibilitar o andamento e o sucesso de investigações. Trata-se de uma fase em que é necessário dirimir o contraditório e a ampla defesa.

¹⁴Ibid., p. 259.

Assim, tendo em vista que os interesses em jogo são inconciliáveis, é incompatível a aplicação do *pleabargain* com os sistemas acusatórios e adversariais. Isso porque, uma vez que para a sua implementação seja necessário o afastamento das garantias constitucionais, o instituto se torna uma via genuinamente inquisitorial ao poder punitivo. Dessa forma, não se pode admitir como solução para a impunidade um instituto que ponha em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

3. OS POSSÍVEIS EFEITOS JURÍDICO-SOCIAIS DO INSTITUTO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DE PAÍSES DE *CIVIL LAW*

Passadas as questões teóricas acerca dessa tendência de simplificação processual, convém observar a experiência de dois países de *civil law* que implementaram institutos semelhantes a fim de dar cabo aos desafios impulsionados pela carência de uma política criminal mais eficiente, a Itália e a Alemanha.

No primeiro caso, a Itália, houve a promoção de espaços de consenso de forma gradual, bem como a implementação de procedimentos alternativos que visavam à aceleração do processo. O contexto era a reforma do Código de Processo Penal italiano, que, ao mesmo tempo que fundava o modelo acusatório no ordenamento do país, era notável a inspiração nos sistemas de países de *common law*¹⁵.

Antes disso, em 1981, a Lei nº 689, de natureza negocial, já possibilitava que a defesa requeresse em juízo, mediante anuência da acusação, a aplicação de penalidade diversa da prisão que seria submetido ao consentimento da acusação. Essa lei foi revogada, dando lugar ao instituto do *patteggiamento*, que era aplicável, originariamente, aos delitos cuja pena em concreto não ultrapasse dois anos. Até que, em 2003, o limite foi expandido para 5 anos, e assim permanece até os dias de hoje¹⁶.

O *patteggiamento*, também conhecido como “aplicação da pena por requisição das partes”, diferencia-se do *pleabargain*, de origem do *common law*, principalmente pelo controle judicial mais atuante quanto à regularidade do cabimento do acordo. Isso porque, em virtude da maior observância aos princípios da obrigatoriedade e da legalidade, característica

¹⁵VASCONCELOS, Vinicius Gomes; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jun. 2015, p. 437.

¹⁶*Ibid.*, p. 446.

dos modelos continentais; na Itália, o acordo tem seus contornos verificados com mais vigor pelo judiciário, o que limita o grau de discricionariedade do acusador¹⁷.

Isto é, o Ministério Público tem o ônus de fundamentar a decisão de recusa do *patteggiamento* e, em seguida, esses motivos são verificados pelo juiz, que, se entender injustificada, poderá garantir ao acusado a redução da pena solicitada ou, até mesmo, a absolvição. Esse Benefício é aplicável mesmo que o processo transcorra o rito ordinário. Enquanto isso, no modelo estadunidense, privilegia-se a autonomia das partes, característica do modelo adversarial, o que limita o magistrado ao papel de garantir o equilíbrio. Noutras palavras, o *guilty plea* representa o reconhecimento da culpabilidade por parte do acusado, enquanto que o *patteggiamento* representa um requerimento para que o magistrado verifique a adequação do acordo¹⁸.

Por outro lado, o processo italiano não admite a disponibilidade da ação penal, como ocorre no *common law*. Ambas as partes, durante a fase instrutória, atuam como protagonistas da colheita de provas, cabendo a aplicação do exame cruzado das provas (*cross examination*). Com isso, as partes têm possibilidade, tanto defesa quanto acusação, de formular o acordo¹⁹.

O instituto foi submetido à Corte Constitucional italiana em 1990, que culminou na decisão 313²⁰. Na ocasião, a Corte reiterou a possibilidade de o juiz verificar proporcionalidade da pena na proposta de acordo, sobretudo em relação aos aspectos de reeducação da pena. Dessa forma, o magistrado, na Itália, não está adstrito aos requisitos formais do acordo, mas, ao contrário disso, pode verificar se a pena imposta é excessiva ou insuficiente e, com isso, rejeita-la.

Mesmo substancialmente restrito à suposta autonomia das partes para pactuar, em nome do equilíbrio conferido pelo controle judicial, o instrumento sofre críticas por parte de especialistas, tido como um “corpo alienígena”²¹ dentro do ordenamento jurídico-penal italiano.

A principal crítica consiste na fundamentação probatória do acordo, haja vista que a doutrina italiana tem certa relutância em admitir margem que permite que a adesão ao acordo, por parte da defesa, enseje a renúncia da presunção de inocência. Segundo Vasconcelos²², “admitir que uma verdade negociada possa justificar um erro judiciário, de fato, significa em

¹⁷Ibid., p. 444.

¹⁸Ibid., p. 447.

¹⁹NARDELLI, op. cit., p. 24

²⁰ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza n° 313*. Relator: Ettore Gallo. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

²¹VASCONCELOS, op. cit., p. 14.

²²Ibid.

um certo modo reconhecer o poder de dispor da liberdade da pessoa e da função cognitiva do processo”. Ou seja, nega-se que a sujeição do acusado à barganha justifique a aplicação de pena desproporcional ou contraditória, de imediato, haja vista que é resguardado ao processo a função de averiguar os fatos e, conseqüentemente, a necessidade da pena.

Em que pese o sistema italiano consagre a possibilidade de o juiz apreciar o mérito do acordo, esse sistema é mais próximo ao sistema estadunidense que o sistema alemão, sobretudo porque sua inserção se deu em uma reforma cujo objetivo era conferir mais poderes às partes do processo²³.

Por sua vez, em que pese ter passado por 80 reformas da lei processual em 30 anos, o sistema alemão quase não promoveu adaptações no sistema processual ao adotar instrumentos próprios do *common law*, como a barganha. A exemplo disso, se prestigia muito mais a instrução probatória e a busca da verdade real por parte da autoridade julgadora do que propriamente a autonomia das partes²⁴.

No entanto, o curioso é que a barganha no ordenamento alemão nasceu de forma mais espontânea. Por volta da década de 1970, tanto os juízes quanto os promotores e defensores realizavam acordos de forma extraoficial, sem qualquer previsão legal²⁵. À época, os acordos se estabeleciam meramente na confiança, em que, de um lado, o acusado confessa o fato – em vez de declarar a culpa formalmente, como no modelo estadunidense de barganha – e do outro o juiz ou a acusação se comprometiam a cumprir o combinado. Isso suscitou muita discordância no debate público e jurídico alemão, embora as cortes demonstrassem concordância. Até que finalmente, em 2009, o processo penal alemão foi alterado para oficializar o instituto da *Urteilsabsprachen*²⁶.

Nesse sentido, o processo de *legal transplants* no ordenamento alemão foi ainda mais confuso, haja vista que o instituto foi implementado sem qualquer cunho adversarial, com o fim de tão somente abreviar o processo e facilitar o trabalho para os profissionais que nele atuam. Ao passo que nos Estados Unidos a barganha é conduzida pelo promotor, no *Urteilsabsprachen* é o juiz quem assume esse papel.

Com isso, são ainda mais graves as distorções no devido processo legal promovidas pelo enxerto da barganha. Além de atuar ativamente na fase instrutória, o julgador oferece um acordo à parte, em posição ainda mais desequilibrada do que se fosse o promotor. Isso porque, ao formar seu convencimento e oferecer o acordo, o magistrado dá sinais de que se convenceu

²³NARDELLI, op. cit., p. 24.

²⁴Ibid., p. 22.

²⁵SCHUNEMANN, op. cit., p. 255.

²⁶NARDELLI, op. cit., p. 22.

que o réu é merecedor de uma pena, no mínimo, mais grave do que aquela oferecida. Dessa forma, abrevia-se o processo e se aplica a pena que o julgador acha adequada com reduzidíssimo ônus de fundamentação.

Problema esse diferente do que enfrenta o sistema italiano, que, por respeitar mais as balizas jurídicas do sistema adversarial do *common law*, parece ter um sistema mais coerente e regulamentado, o que de certa forma confere mais equilíbrio do que o sistema alemão. Por outro lado, a importação mais adequada de institutos do sistema adversarial não neutraliza totalmente as distorções com a *civil law*, tampouco está livre das críticas aplicáveis ao *pleabargain* estadunidense.

CONCLUSÃO

A assimilação do *pleabargain* na Europa revela a verdadeira motivação que impulsiona as transformações do processo penal em nosso tempo, que é o esvaziamento da audiência de instrução e julgamento, como instrumento de legitimação para a imposição da resposta penal. Entretanto, alerta que o fundamento da necessidade fática não pode se sobrepor às leis oriundas dos avanços sociais e civilizatórios do estado de direito.

Isso, porque não se pode perder de vista que, uma vez que as partes não estão em igualdade e os interesses em jogo são desproporcionais, o consenso do acusado em dispensar as garantias constitucionais se trata na verdade uma ficção. Nesse sentido, essa ficção, quanto mais revestida de uma aparente voluntariedade, mais aptidão tem para substituir o vínculo de legitimação entre o direito material e o direito processual. Vínculo esse que, por sua vez, consiste na regulamentação das regras para se chegar o mais próximo possível da verdade real e, finalmente, autorizar a resposta punitiva, o que, em razão da gravidade da intervenção, não deve orbitar a esfera de disponibilidade do cidadão.

A partir disso, BerndSchünemann pondera que a única forma de conciliar essa necessidade fática e as garantias penais irrenunciáveis seria transportar para a investigação preliminar os mecanismos e garantias consubstanciados na audiência de instrução e julgamento. Isso porque não se pode admitir que essas provas colhidas unilateralmente sirvam como lastro a condenação, ainda que submetidas ao contraditório diferido, haja vista que, quanto mais difícil for o exercício do contraditório, mais poder de barganha terá a acusação.

Entretanto, não nega esse modelo dialético na fase preliminar engessaria e frustraria qualquer investigação. Dito isso, propõe três medidas para estabelecer um equilíbrio entre acusação e defesa que legitimasse o uso da barganha. A primeira medida consiste em instituir

um defensor para a investigação criminal, que exercesse genericamente a função de contrabalancear as ações do órgão investigador, protegendo os interesses da defesa para o momento oportuno. Em segundo lugar, a gravação de todos os depoimentos colhidos em fase preliminar, para que o advogado, futuramente, possa formar uma análise mais consistente acerca da plausibilidade da condenação. Por fim, como terceira medida, a necessidade de repetição das provas testemunhais perante o advogado de defesa para nova inquirição, como condição de validade probatória.

A análise precisa do autor que leva a proposição dessas três medidas decorre da conclusão de que somente o devido processo constitucional tem condão para legitimar a imposição de pena, tendo em vista todas as garantias que consagra. Dessa forma, se a implementação do *pleabargain* decorre da conclusão de que o processo penal, repleto de garantias constitucionais, cria óbices à eficiência da política criminal, de modo que a solução seria a mitigação do processo, nada mais correto do que assegurar que essas garantias sejam materializadas na fase que resta, a saber, a fase preliminar.

Isso porque as garantias consolidam a limitação mínima da atuação estatal perante o indivíduo para a existência do estado democrático de direito. Caso contrário, de nada adiantaria toda a evolução civilizatória que culminou na criação dos modelos adversarial e não-adversarial, visto que, ao fim, haveria meramente a imposição da pena fundada em procedimentos de natureza tão inquisitória quanto àquela que se pretendeu combater.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. PleaBargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, 2012. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*. Rio Grande do Sul, v. 249. nov. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza n° 313*. Relator: Ettore Gallo. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: pleabargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 331-365, 2014.

PRADO, Geraldo. *A transação penal quinze anos depois*. 2015. Disponível em: <<http://www.geraldoprado.com/artigos.php>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luiz (Org.). Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *Estudos de direito penal, direito processual e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jun. 2015.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal Brasileiro atual à luz de direito comparado. *IBRASPP*. São Paulo, v. 4, p. 767-805. 2018.