



**CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
CURSO DE DIREITO**

MARIA LUÍZA CAMPOS PAIVA

**O *PLEA BARGAINING* NO BRASIL
E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE**

**BARBACENA
2023**

MARIA LUÍZA CAMPOS PAIVA

**O *PLEA BARGAINING* NO BRASIL
E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Delma Gomes Messias.

**BARBACENA
2023**

TERMO DE RESPONSABILIDADE E AUTORIA DE TCC

Eu, MARIA LUIZA CAMPOS PAIVA, acadêmica de Graduação do curso de DIREITO, matriculada sob nº 191-001534, no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/UNIPAC, declaro estar ciente do que é considerada utilização indevida, ilegal e/ou plágio, no desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso, e afirmo ter seguido o Manual de Orientação e Guia de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do curso da UNIPAC/Barbacena/MG, apresentando meu Trabalho de Conclusão de Curso/TCC dentro dos padrões técnicos.

Declaro ser de minha total responsabilidade a autoria do texto referente ao meu trabalho de conclusão intitulado O PLEA BARGAINING NO BRASIL E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE.

Por ser a expressão da verdade, firmo e dato o presente termo de responsabilidade e autoria. Barbacena/MG.

Barbacena, ___ de junho de 2023.

MARIA LUIZA CAMPOS PAIVA

Dedico este trabalho à minha família, aos meus amigos e aos professores que contribuíram sem medir esforços para que eu me transformasse na pessoa que sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo agradeço a Deus por sempre me guiar para o melhor caminho e por me conceder força, persistência e fé para continuar dia após dia. Sem Ele nada sou.

Agradeço especialmente aos meus pais, Luiz Paulo e Boadina, à minha irmã Maria Paula e ao meu noivo Evaldo, que durante toda a minha trajetória acreditaram em mim e não mediram esforços para verem a minha felicidade e o meu sucesso. As minhas conquistas e tudo o que sou hoje, dedico a vocês.

Aos meus amigos e demais familiares que de alguma forma me apoiaram e torceram por mim durante todo o meu caminho para chegar até aqui.

Agradeço, também, aos meus professores por toda paciência, sabedoria, conhecimentos compartilhados durante estes 5 anos, principalmente aos queridos, Dr. Colimar, Dr. Rodrigo, Dr. Wanderley e Dr. Marcos que contribuíram para que a minha admiração por penal aumentasse ainda mais. Vocês são exemplos de profissionais que nos inspiram a sempre ir em busca dos nossos objetivos. Em especial, minha gratidão, a minha professora e orientadora Dra. Delma Gomes Messias, que desde o início apoiou e incentivou meu projeto com todo carinho. Gratidão a todos!

RESUMO

O presente artigo discorre a respeito da tentativa de aplicação de um instituto do direito norte-americano, conhecido como *plea bargain*, ao sistema jurídico brasileiro, além de expor acerca das bases, princípios, origens, fundamentos e características deste instituto. Foi apresentada no pacote anticrime a proposta de justiça negociada nos moldes da *plea bargain*, o que gerou no ordenamento jurídico do Brasil, inúmeros debates correspondentes a sua aplicabilidade e constitucionalidade. É importante destacar que a lei dos juizados especiais trouxe consigo uma possível justiça negociada, como, por exemplo, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo. Além desses institutos, o sistema jurídico brasileiro possui o Acordo de Colaboração Premiada e o Acordo de Não Persecução Penal, modalidades que buscam aproximar-se da proposta do *plea bargain*, porém diferem pela aplicabilidade de cada um. No trabalho foi apresentado que no Brasil, o ordenamento jurídico enfatiza a presunção de inocência conflitando com a obrigatoriedade de confissão como requisito para celebrar o Acordo de Não Persecução Penal, nos termos do artigo 28-A do Decreto Lei nº 3.689/1941, incluído pela Lei nº 13.964/2019.

Palavras-chaves: plea bargain; constitucionalidade; presunção de inocência; devido processo legal; projeto anticrime.

ABSTRACT

This article discusses the attempt to apply an institute of North American law, known as plea bargaining, to the Brazilian legal system, in addition to exposing the bases, principles, origins, foundations and characteristics of this institute. The proposed justice negotiated along the lines of the award-winning package was presented in the anti-crime package, which generated, in the Brazilian legal system, several debates corresponding to its applicability and constitutionality. It is important to emphasize that the law of special judges brought with it a possible negotiated justice, such as, for example, the Criminal Transaction and the Conditional Suspension of the Process. In addition to these institutes, the Brazilian legal system has the Awarded Collaboration Agreement and the Criminal Non-Prosecution Agreement, modalities that seek to address the proposal of the awarding of the award but differ in the applicability of each one. In the work it was presented that in Brazil, the legal system emphasizes the presumption of innocence conflicting with the obligation of confession as a requirement to celebrate the Criminal Non-Prosecution Agreement, under the terms of article 28-A of Decree Law nº 3.689/1941, included by Law 13.964/2019.

Keywords: plea bargain; constitutionality; presumption of innocence; due process of law; anti-crime project.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DESENVOLVIMENTO	8
2.1 Linha do tempo, aplicabilidade, definições e natureza jurídica do <i>plea bargain</i>	8
2.2 Requisitos e fases da justiça negociada	11
2.3 O devido processo legal e a presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro	13
2.4 O <i>plea bargain</i> no Brasil	16
2.5 Solução para o caso de não oferta do ANPP – controle externo pelo judiciário	20
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	21
4 REFERÊNCIAS.....	22

O PLEA BARGAINING NO BRASIL E OS DESAFIOS DE SUA APLICABILIDADE

Maria Luiza Campos Paiva*, Delma Gomes Messias**

1 INTRODUÇÃO

O *plea bargaining*, um instituto penal utilizado na justiça norte-americana, é um tema amplamente discutido no Brasil que foi impulsionado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, desenvolvido com o objetivo de remodelar os dispositivos legais de modo a diminuir de forma significativa a prática de crimes organizados, os praticados com violência e até mesmo a corrupção existente na atualidade.

O presente trabalho busca analisar o instituto do *plea bargain* e dar respostas a problemáticas como, por exemplo, se o *plea bargain* afeta os princípios fundamentais do acusado, além de abordar as definições, requisitos e fases do referido instituto.

Na sequência, faz-se uma abordagem acerca dos princípios do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência no sistema processual brasileiro, a luz da justiça negociada.

Por derradeiro, aborda-se uma apreciação de diferentes pensamentos de doutrinadores e julgadores, acerca dos questionamentos que o *plea bargain* nos apresenta. O estudo para a elaboração deste trabalho foi realizado em diversas bibliografias como pesquisas a doutrinas constitucionais e processuais, jurisprudências, leis e artigos relativos à temática.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Linha do tempo, aplicabilidade, definições e natureza jurídica do *plea bargain*

*Acadêmica do 9º A período do curso de Direito pelo Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC – Barbacena/MG - E-mail: 191-001534@aluno.unipac.com.br

**Professora orientadora, Defensora Pública, mestre em Direito, professora do curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena/MG - E-mail: delmamessias@unipac.br

O instituto *plea bargaining*, de origem *common law* (lei comum), é definido como uma negociação realizada entre o representante do Ministério Público e o acusado por intermédio de seu advogado, após ser fornecida por este, importantes informações que contribuem de forma relevante para o processo em questão, podendo o Ministério Público até mesmo deixar de acusá-lo nos termos da lei. Segundo Luiz Flávio Gomes, o *plea bargaining*:

É o modelo de Justiça criminal consensualizada ou negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano. Chama-se “plea bargain” ou “plea bargaining” ou, ainda, “plea bargain agreement”, porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público. No sistema americano o réu (defendant), necessariamente sob a orientação de advogado (a), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o “agreement”); confessa sua participação no crime (“pleading guilty”) com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena etc. Em suma, “plea bargain” é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (“guilty plea”) (GOMES, 2019, p.1).

Há diversas questões que indagam a respeito da origem deste instituto. Silva (2013), por exemplo, aponta que os registros mais antigos sobre o prenúncio do *plea bargaining* remontam a data de 1612, nos famosos julgamentos de bruxas na região de Salem, em Massachusetts, Estados Unidos. Nessa época, eram frequentes as perseguições às mulheres consideradas “bruxas” e era extinta a punibilidade daquelas que assumiam a realização do crime, e conseqüentemente auxiliavam na identificação de outras mulheres que praticavam bruxaria.

Este era o único meio de utilização do *plea bargain*, naquela época, visto existir outro instituto, titularizado tribunal do júri que na maioria das vezes era responsável pelos casos existentes na área penal, considerado um rito sumário simples e rápido, com alto grau de eficiência que dispensava a necessidade de profissionais com formação jurídica, o “réu” era obrigado a falar sobre os fatos ouvido como uma simples testemunha, inexistia a retirada de provas e não cabia recursos aos atos processuais. Apesar da baixa aplicabilidade anteriormente, o instituto frisado ainda é bastante utilizado em muitos Estados-membros norte-americanos.

O *plea bargaining* possui diversos coeficientes que lhe expande diante das divergências no âmbito penal. É preciso salientar, a forte e ativa presença dos advogados nestes casos, pois os processos na jurisdição americana funcionavam simplesmente pela presença do juiz e o acusado, pois realizavam de forma rápida, simplificada e sem as formalidades que atualmente exigem. O modelo do instituto em tese, foi adotado de forma que resolvido por etapas, acompanhado por um advogado.

Schwarzer e Rapoza (2013), argumentam no mesmo sentido, ao declararem que o desenvolvimento de profissões jurídicas e o crescente profissionalismo do sistema de tribunais criminais também desempenhou um papel na ascensão do *plea bargaining*. Os julgamentos tornaram-se organizações mais complexas, com magistrados do Ministério Público de carreira de um lado e advogados de defesa bem-preparados do outro. Daí resultou que os recursos requeridos para conduzir um julgamento (já para não mencionar uma acusação bem-sucedida) cresciam na proporção do acréscido profissionalismo da sala de audiências. O incremento do sistema adversarial, e os desafios quanto a recursos acréscidos que apresentava, forneceram um incentivo para resolver casos adequados com admissões negociadas.

Houve então a profissionalização do direito, que contribui em larga escala para o fortalecimento deste instituto, trazendo conseqüentemente consigo o aumento dos litígios civis, notados principalmente a partir do fim do século XIX nos Estados Unidos, como meios processuais mais rápidos. O recurso ao *plea bargaining* nem sempre foi tão prevalente. Historicamente, os processos criminais eram julgados por *ury trials* e não por *plea bargains*, segundo Schwarzer e Rapoza (2013). O Supremo Tribunal americano garantiu logo o recurso ao *plea bargaining*, configurando a aplicação como “inerente ao direito criminal e à sua administração”. Seja dito de passagem que o direito ao julgamento por júri, fica declarado duas vezes na Constituição do país, ao mesmo tempo que o *plea bargaining* em nenhum momento é aludido.

O emprego do *plea bargaining* no direito expandiu-se no decorrer dos anos. Ainda do ponto de vista de Schwarzer e Rapoza (2013), quando a fundação do sistema jurídico Americano se estabeleceu, julgamentos e não entendimentos eram os meios de levar ao seu termo os processos criminais. Todavia, é notória uma formalidade, ainda que haja contexto histórico no decorrer do instituto, pois o aumento significativo no número de processo, exige, automaticamente, uma forma rápida e eficaz de conclusão dos processos penais. Trata-se, pois, de um modelo que tem

como requisito a celeridade que dar-se-á vazão a muitos litígios. Conclui-se o breve histórico deste instituto.

2.2 Requisitos e fases da justiça negociada

O *plea bargaining* “argumento de barganha”, é utilizado como uma justiça negocial no campo criminal que visa a negociação entre as partes, Ministério Público e acusado acompanhado de seu advogado. Na negociação, a pessoa acusada de determinado crime deve confessar a ação e cumprir determinados requisitos, como, por exemplo, reparação do dano causado e recebe como “recompensa” a redução de sua pena, conseqüentemente reduzindo o curso do processo em questão. Em outros países, como os Estados Unidos e a Alemanha, este sistema funciona de forma ampla. O advogado utiliza da confissão como estratégia, visto que no rito de um processo comum a confissão já é considerada uma causa de diminuição de pena, podendo o juiz não aceitar a confissão como uma prova, além de fazer com que o réu atravessasse todo o processo criminal. Diferente do rito comum, o *plea bargaining* pretende reduzir ou até mesmo impedir o prosseguimento do feito.

O acusado, nos casos de aplicabilidade deste instituto, perde a posição de réu primário, porém sem que sejam feitas anotações em sua folha de antecedentes criminais. Em outras palavras, para fins judiciais o delito consta, caso o sujeito volte a realizar o mesmo ou outro crime, porém, para uma certidão criminal a ser apresentada em seu trabalho, por exemplo, não constará nenhuma anotação. As leis que levarão a aplicabilidade do *plea bargaining* devem considerar acima de qualquer quesito, a pessoa em sua totalidade e suas características psicológicas e sociais.

O ordenamento judicial vigente nos Estados Unidos baseia-se no costume caracterizado por diversas deliberações articuladas pelos tribunais do país. Por se tratar de um sistema *common law*, difunde inúmeras alterações entre os entes federados. Nesse ínterim, é viável delinear uma diretriz geral de como são os processos em âmbito penal. O procedimento criminal mais comum, na visão de Campos (2012), se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment* on

complaint), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança.

Seguidamente, há de se falar em materialização através da acusação formal do infrator, a qual o levará a presença do juiz, que decidirá por meio das provas da acusação, apresentadas em audiência, que definirá se será submetido ou não ao julgamento do júri. Se for decidido pelo julgamento ocorre o indictment, o mesmo que acusação, que será fixa nesse momento processual. Em nova audiência, o réu deverá comparecer, para que ocorra o chamado arraignment on indictment, sendo neste ato o réu inquirido sobre sua inocência ou culpa do que lhe está sendo imputado. Nessa fase processual, é agendada “uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (speedy trial)”, segundo Campos (2012, p.4), outro momento importante é a avaliação das provas em juízo, visto que as partes interessadas (denominadas Discovery) manifestam-se de forma a contestar, por exemplo, a ilegalidade das diligências apresentadas em juízo, podendo gerar nulidade da materialidade.

Observa-se, que esta negociação chamada *plea bargaining* é adotada para agilizar o processo além de trazer benefícios aos réus. Vale ressaltar que após o chamado *guilty plea* (confissão da culpa), há uma nova audiência, que tem como função comprovar e autenticar a confissão do acusado ao renunciar às suas garantias jurídicas caso tenha o julgamento. No decorrer da audiência de concretização *do plea bargaining*, o magistrado deve reforçar ao réu todos os seus direitos, principalmente a garantia que lhe é dado de ter um defensor, sobre sua defesa através de provas, um julgamento e sobre o princípio da não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo. O juiz, de maneira a evitar nulidades, deverá avaliar todos os atos no decorrer do processo, de maneira que o instituto *plea bargaining* seja aplicado com a intenção de auxiliar o Estado na resolução de conflitos de forma eficaz e célere, diminuindo os gastos públicos.

A Justiça Negociada no Brasil tomou forma com a Lei nº 9.099/95, que apresentou dispositivos correspondentes à Justiça Penal Negociada, como por exemplo, a Transação Penal, a Suspensão Condicional do Processo e a Composição Civil dos Danos. Com o passar dos anos, a Lei nº 12.850/13 possibilitou o Acordo de Delação Premiada, que veio com a intenção de esclarecer práticas criminosas

recebendo benefícios em troca. Em 2019, com o intuito de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, a Lei nº 13.964, trouxe o Acordo de Não Persecução Penal, surgindo como proposta para enxugar a excessiva demanda de ações penais no Brasil.

O ANPP, porém, é um acordo feito antes mesmo que haja uma ação, ou seja, basta que o autuado preencha os requisitos do artigo 28-A, diferente do *plea bargain*, em que o acordo acontece entre acusado e Ministério Público após já ter iniciado a ação, tendo o acusado o benefício de uma menor pena. Deve-se observar, desta forma que o Brasil trabalha com a presunção da inocência e não com a confissão da culpa.

2.3 O devido processo legal e a presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro

Os princípios constitucionais são basilares, como em todo ordenamento jurídico, para a fundamentação das normas, não podendo estas serem contrárias ao que eles expressam. Apesar de todos os princípios existentes serem importantes no mundo do direito, em relação ao tema tratado, há dois princípios que merecem destaque: o devido processo legal e presunção do estado de inocência.

Criado pelo direito inglês, o devido processo legal ficou expresso com clareza na cláusula 39 da Magna Carta assinada em 1215, que diz:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra". A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe expressamente o princípio do devido processo legal ao direito brasileiro, sendo uma das garantias do artigo 5º, em seu inciso LIV, dispondo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". É notório que tal princípio tem a função de resguardar o acusado contra o arbítrio do Estado, ou seja, permite que o acusado tenha acesso a todas as formas possíveis de provar sua inocência, sendo o reitor de todo o arcabouço jurídico-processual, derivando todos os outros dele.

De acordo com Gilmar Mendes (2018), a necessidade de reger o funcionamento "na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos", ou seja, o devido processo legal não é

relativo não-somente as regras do sistema previsto em lei, contudo demanda por um procedimento legal mais completo, que possibilita a juntada de informações concretas, consequências de uma firme sistematização processual, em que o Estado praticará o seu direito de punir de modo que não viole os direitos básicos do acusado.

O devido processo legal fornece ao acusado diversas garantias legais, dentre elas, a garantia ao contraditório e a ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Eugênio Pacelli (2012), diz que o princípio do contraditório e da ampla defesa são “alicerces do processo penal, por propiciarem a realização de um processo justo e equitativo”, tendo em vista que é estabelecido como parcela essencial de todo o processo, pois como condição para assegurar a proteção do acusado, no que tange o procedimento penal, fica de forma altruística acumulado ao interesse de efetivar um processo justo e igualitário.

Não é viável, por exemplo, um processo justo sem que haja o direito de alegar e justificar entre as partes envolvidas. O magistrado deve manter as partes cientes dos acontecimentos ao longo do processo, disponibilizando a oportunidade de manifestar contra os argumentos e provas já postos a ele. Há de se falar também nos casos de Tribunal do Júri, em que o réu tem como juízes, pessoas comuns e diversificadas, sem necessidade de formação em direito ou até mesmo de ter conhecimento da lei, porém, o réu continua com a posse do direito de ter uma defesa digna, com o intuito de protegê-lo das decisões que não se enquadram e não respeitam o princípio da dignidade da pessoa.

Voltado agora ao princípio da presunção de inocência, tem-se expresso no seu texto constitucional no artigo 5º, inciso LVII, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. De forma clara, define-se a igualdade de todos perante a lei, sem distinção, não podendo ser considerada a culpa de nenhum acusado anteriormente a sentença condenatória transitada em julgado.

Guilherme de Souza Nucci, diz que toda pessoa leva consigo o estado de inocência, respeitando a sua dignidade como pessoa, de forma que: o estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga

o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. Desta forma, mesmo que a pessoa seja condenada, se houver chance de interpor qualquer recurso cabível, o réu continuará sendo inocente. Só perderá sua inocência, caso não haja mais possibilidades para recorrer.

O princípio da presunção de inocência também tem relação aos princípios do devido processo legal e o da ampla defesa e do contraditório, permitindo que o acusado tenha acesso a todas as formas necessárias à sua defesa, com o intuito de não ser culpado de forma injusta. Visando isso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, conhecida também como “Pacto de São José da Costa Rica”, em seu artigo 8º, 2 com a finalidade de instituir direitos específicos aos cidadãos, utilizou do princípio da presunção de inocência estabelecendo observância a diferentes acontecimentos no decorrer do preço de análise sobre a culpabilidade ou não do acusado.

:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (CIDH, 1969, Art.8º)

O Superior Tribunal de Justiça, observando a questão de prisão preventiva e possivelmente a violação à presunção de inocência, declarou no habeas corpus nº 281.226 - SP (2013/0365716-6), que:

A manutenção da prisão cautelar deve atender os requisitos autorizativos do art. 312, do Código de Processo Penal, que devem ser demonstrados com o cotejo dos elementos concretos indicando a real necessidade da custódia

provisória, de modo a indicar que o réu solto irá perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal". Desta forma, para o STJ, é necessário para a prisão cautelar ter validade, que seja expressamente comprovado que a liberdade do acusado trará prejuízo a instrução criminal, a ordem pública, até mesmo a aplicação da lei penal.

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal, em seu Informativo STF nº 905 de 2018, posicionou-se, visto que reconhece a inconveniência da prisão preventiva que possivelmente violará à presunção de inocência. Pois, considera que a ação atribui ao acusado, qualidade de culpado sem ter a sentença final com trânsito em julgado.

A condução coercitiva no curso da ação penal tornou-se obsoleta. Isso porque, a partir da Constituição Federal de 1988, foi consagrado o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado (direito ao silêncio). A condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado [...] Quanto à presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas. A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo, sob custódia policial, à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não é tratamento que possa normalmente ser aplicado a pessoas inocentes. Assim, o conduzido é claramente tratado como culpado. [...] a impossibilidade constitucional de constranger-se o indiciado ou o réu a comparecer, mediante condução coercitiva, perante a autoridade policial ou a autoridade judiciária, para fins de interrogatório, resulta não só do sistema de proteção das liberdades fundamentais, mas, também, da própria natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório. [...] Essa particular qualificação do interrogatório como meio de defesa permite que nele se reconheça a condição de instrumento viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

Assim sendo, o devido processo legal e a presunção de inocência estão sempre juntos, de forma especial no processo penal, com o intuito de garantir e assegurar os direitos fundamentais abordados na Constituição Federal, principalmente o livre-arbítrio de cada cidadão, que em hipótese alguma deverá ser perdido ou retirado, mesmo que de forma temporária, anteriormente ao processo legal e sentença transitada em julgada.

2.4 O *plea bargain* no Brasil

Preliminarmente há de se falar que a implementação da Justiça Penal Negociada no Brasil teve como marco histórico a edição da Lei nº 9.099 de 1995 (Lei

dos Juizados Especiais). Dentre as várias espécies de negociações como Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo, Colaboração Premiada, daremos destaque ao Acordo de Não Persecução Penal, um modelo que se aproxima do *plea bargain*, porém, diferindo-se no exposto a seguir: o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no artigo 28-A do CPP, tem o intuito de aliviar o judiciário, visto que não tramita uma ação penal. Já o *plea bargaining*, apesar de também ser um acordo feito entre acusado e MP, é um modelo americano que ocorre em seguida a ação já ter sido iniciada, sendo que o acusado usa de sua confissão para em troca receber uma menor pena. Houve alterações com a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 de modo a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. No Código de Processo Penal, por exemplo, foram inseridos os artigos 28-A e 395-A:

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 não superior 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.

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 (BRASIL, 2019).

Fartas foram as premissas quanto a lei em vigor, notadamente em relação à aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro de forma constitucional. Um contraponto que se pode considerar é aquele que alega o princípio da autonomia da vontade à sua admissibilidade, defendido por Luiz Flávio Gomes:

Ninguém é obrigado a fazer o acordo penal. O “plea bargain” é norteado por muitos princípios. Dentre eles o destaque primeiro é o da autonomia da vontade, ou seja, é o princípio da voluntariedade ou do consensualismo. O autor do fato negocia se quiser e qualquer tipo de coação anula o acordo. O advogado presente tem o dever jurídico de zelar pela observância desse princípio, que significa a liberdade de decisão. Os termos do acordo ficam por conta dos negociadores, que devem atuar com liberdade sobre as propostas colocadas “on the table”. O procedimento da negociação tem que se desenvolver de modo adequado para que o resultado consensualizado seja válido. Um dos efeitos relevantes decorrentes da autonomia da vontade das partes é o comprometimento delas com o que ficou acordado. Isso assegura um maior nível de cumprimento espontâneo do acordo, algo bem diferente ou, ao menos, não coincidente com o que acontece quando um terceiro, o juiz, impõe sua decisão. Muitas críticas ao sistema do “plea bargain” se suaviza quando se sabe que o autor do fato não é obrigado a se submeter a esse sistema. Não havendo sua concordância, segue-se o tradicional devido processo legal (GOMES, 2019, p. 1-2).

Um ponto muito abordado por juristas no *plea bargain* é a possível injustiça existente entre as partes, além de muitas vezes acontecer de o acusado assumir uma culpa, mesmo que inocente, por receio de obter uma punição mais grave do que a acordada com o Ministério Público. Há uma explicação quanto a esta visão, feita por Fábio Bergamin Capela (2019), menciona que imaginar que o réu (em boa parte das vezes preso) está em igualdade de condições com o Ministério Público para negociar parte de sua vida, ou seja, sua liberdade, é pura ingenuidade. Em um sistema onde a maioria dos réus são pobres e contam com o patrocínio de advogados dativos, os quais nem sequer têm tempo e energias para preparar uma defesa adequada, colocá-los a negociar sua liberdade, com a condição de confessar, perante um órgão acusador, sob a ameaça de futura condenação a uma pena superior à ofertada, cria todas as condições para que um inocente confesse sua culpa e permaneça preso.

Além disso, há outros entendimentos doutrinários nessa mesma linha que consideram o *plea bargaining* como uma forma de selecionar do sistema penal, que acreditam ferir vários princípios constitucionais do acusado, além de ampliar de forma significativa a marginalização social, tornando-se necessário que as negociações sejam limitadas de forma descomplicada, tendo em vista a necessidade de observância a intenção aliviar de fato a justiça criminal, sem que o acusado seja prejudicado. Embora tenha grande índice de aplicabilidade no sistema norteamericano, é notório que não condiz ao Sistema Penal Brasileiro, pois o Brasil trabalha com a presunção da inocência e não com a confissão da culpa, além de acarretar ainda mais a superlotação do sistema prisional.

Desta forma, a Lei nº 13.964 de 2019 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma forma de negociação semelhante ao *plea bargain*, o chamado Acordo de Não Persecução Penal. Este instituto é também um benefício ao autuado, porém evita que corra o processo, mediante o comprometimento em cumprir determinadas obrigações assumidas por quem assume o delito, desde que preenchidos os requisitos presentes no artigo 28-A CPP. Uma vez aceito o Acordo de Não Persecução Penal, e cumprido integralmente o Ministério Público atuante deverá requerer a extinção de punibilidade ao juízo competente. Caso haja o descumprimento das condições estipuladas no acordo, o MP deverá comunicar ao juiz das garantias, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. A confissão exigida para o ANPP pode ser usada

no processo criminal se houver descumprimento, podendo a confissão ser utilizada como reforço da prova de autoria, junto as outras provas já produzidas.

Segundo Cabral (2020), é importante frisar, porém, que essa confissão formal e circunstanciada somente poderá ser utilizada no processo penal, caso seja o acordo homologado e caso exista descumprimento do acordo, levando o Ministério Público a oferecer denúncia.

Cunha (2020) também menciona que é viável defender que a confissão apresentada como condição para o acordo de não persecução pode ser utilizada pelo órgão acusatório quando for possível atribuir ao acusado a responsabilidade pela rescisão do negócio jurídico. Entender contrariamente, nesse caso, seria o mesmo que anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa.

Da mesma forma, Lima (2020), explica que essa denúncia a ser oferecida pelo Ministério Público poderá trazer, como suporte probatório, inclusive a confissão formal e circunstanciada do investigado por ocasião da celebração do acordo. Ora, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo, deixando de adimplir as obrigações convencionadas, é de todo evidente que não se poderá desprezar os elementos de informação por ele fornecidos.

O Acordo de Não Persecução Penal é interpretado pelo STJ em diferentes aspectos: definido como “uma espécie de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado, assistido por seu defensor. Nele, as partes negociam cláusulas a serem cumpridas pelo acusado, que, ao final, será favorecido pela extinção da punibilidade”. O ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do HC 657.165, definiu o ANPP como "uma maneira consensual de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com inexorável redução das demandas judiciais criminais".

Além de beneficiar o réu, entende-se que o ANPP colabora também a Justiça Criminal como um todo, tendo em vista as vantagens para ambas as partes: Estado e Acusado. O Estado por não obter condenação penal para ter em troca a “antecipação e certeza da resposta punitiva” e o réu quando renuncia a sua inocência para evitar o processo e os demais trâmites.

Deve-se seguir, diante dos fatos, uma conduta cuidadosa quanto execução da justiça penal negociada no Brasil, considerando os aspectos positivos da aplicação,

não podendo desconsiderar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos abrangidos, visto que infringiria o devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

2.5 Solução para o caso de não oferta do ANPP – controle externo pelo judiciário

Um importante tópico a se abordar é no que diz respeito a deficiência do Acordo de Não Persecução Penal. O artigo 28-A do Código de Processo Penal aborda uma forma de negociação judicial através de um consenso efetuado entre o Ministério Público e o autor do fato, amparado por seu advogado, desde que sejam preenchidos os requisitos legais. Porém, salienta-se acerca da problemática que surge no momento em que o Ministério Público, ainda que os requisitos objetivos e subjetivos sejam preenchidos, se abstêm em oferecer a parte o Acordo. Estamos, desta forma, diante de uma alta concentração de poder no Ministério Público, o que necessita de uma solução legal na hipótese de ser negado a oferta da Acordo de Não Persecução Penal quando presentes os requisitos legais pelo acusado.

O ANPP, apesar de ser considerado decerto uma ferramenta criminal, não é correto utilizá-lo de maneira arbitrária, visto que os princípios devem ser respeitados. Ainda que o oferecimento do possível acordo seja de responsabilidade do Ministério Público, as medidas devem ser realizadas observando os ditames legais, ou seja, o acordo será baseado nos requisitos legais, e não observando requisitos impostos pelo órgão ministerial. O Ministério Público ao negar o Acordo de Não Persecução Penal e conseqüentemente ofertada a denúncia, desde que o Autor se enquadre nos requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, cabe ao Magistrado, rejeitar a denúncia, com o intuito de solucionar o conflito. Manter a denúncia quando o inquirido preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal seria o mesmo que dar poderes absolutos ao Representante do Ministério Público. E esse na realidade deve se pautar pela legalidade e não pela discricionariedade como vem ocorrendo na praxe.

Em julgado na 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de acordo com a advertência da ministra Maria Thereza de Assis Moura, “é impreciso, na medida em que causa possui significado vago e ambíguo

enquanto que justo constitui juízo de valor (...) a justa causa exerce uma função de mediação entre a realidade social e a realidade jurídica e, acima de tudo, representa um antídoto, de proteção contra o abuso de direito”. Conclui-se desta forma que, se preenchidos os requisitos legais, não há de se falar em posições autônomas do Ministério Público em suas escolhas, devendo observar os critérios da lei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o *plea bargaining* no Brasil atravessa grandes desafios quando falamos em sua aplicabilidade. Em primeiro lugar, destaca-se a finalidade, surgimento e desenvolvimento do instituto que ocorreu no ordenamento jurídico americano. É considerado uma ferramenta para diminuir os gastos do Estado com processos longos, por haver a redução temporal de duração do processo penal. A princípio, o *plea bargain* no direito norte-americano era considerado exceção à regra, ou seja, só era aplicado quando não seria realmente possível seguir o rito processual tradicional da época, respeitando às garantias constitucionais do acusado, por exemplo, o rito do tribunal do júri, como falado preliminarmente.

Ao passar dos anos o instituto em questão transformou-se em regra, tendo em vista o aumento na demanda de processos no judiciário, que precisariam de uma forma rápida e eficiente para decidi-los. Com isso, as garantias do acusado foram afastadas em troca da urgência de resolução dos processos. Além disso, há de se cuidar para que não haja cerceamento da confissão, devendo o juiz verificar de forma individual a declaração do acusado, visto que a negociação entre as partes acontece diretamente. É notório que nos moldes americanos há busca simplesmente pela celeridade processual, fugindo do preceito da “justiça”. O benefício dado pelo Estado, na linha de raciocínio de diversas doutrinas, faz com que o acusado renuncie a suas garantias e direitos como o devido processo legal, produção de provas em seu favor, sua própria defesa, não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo e o princípio da presunção de inocência.

No desenvolver do trabalho, ficou visível, então, os desafios encontrados na aplicação do *plea bargain* no Brasil, tendo em vista que há diferentes críticas persistentes, ainda que seja um instituto muito utilizado nos Estados Unidos, que reduz os custos processuais, mas que há necessidade de o acusado renunciar aos

seus direitos. O Congresso Nacional aprovou em seu pacote anticrime a proposta de justiça negociada nos moldes da *plea bargain*, que gerou no ordenamento jurídico do Brasil, inúmeros debates correspondentes a sua aplicabilidade e constitucionalidade. Enfatiza-se também a importância da origem da justiça negociada no Brasil, que veio junto a lei dos juizados especiais e trouxe consigo uma possível justiça negociada, como por exemplo, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo.

De forma específica, tratamos do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no artigo 28-A CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que surgiu com o intuito de aproximar-se da proposta do *plea bargain*, porém diferindo-se pela aplicabilidade de cada um. Frisamos a deficiência do Acordo de Não Persecução Penal quando o Ministério Público, ainda que os requisitos objetivos e subjetivos sejam preenchidos, mantém a denúncia, fugindo da legalidade do nosso sistema jurídico brasileiro. Conclui-se, então, que a utilização da justiça negociada no Brasil deve acontecer com as devidas cautelas, tendo em vista os diversos meios de visualizar seus resultados, considerando que o sistema jurídico brasileiro utiliza o princípio da presunção da inocência.

4 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2023.

Pacote anticrime: volume II / Organizadores: Eduardo Cambi, Danni Sales Silva, Fernanda Marinela — Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/Pacote_Anticrime_volume_2.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 281226 SP 2013/0365716-6. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 6 maio 2014. Data de Publicação: DJe 15 maio 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25077956/inteiro-teor-25077957>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em:

15 mai. 2023.

BRASIL. **O controle judicial na recusa do MP ao oferecimento da proposta de ANPP.** Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-19/opinioao-controle-judicial-recusa-mp-oferecimento-anpp>. Acesso em: 12 de jun. 2023.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo.** Custos Legis. 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. 2023.

CAPELA, Fábio. **Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro.** Justificando. Disponível em: <https://www.aconjurpr.com.br/noticias/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro-por-fabio-capela/>. Acesso em: 05 mai. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal à luz da lei 13.963/2019 (pacote anticrime).** Salvador: JusPodivm, 2020.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais.** Campina Grande: EDUEPB, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS. Nota Pública. MPRS, Goiânia, 7 jan. 2019. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/anexos_noticias/notablicapleabargain.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

CUNHA, Vitor Souza. **O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal.** In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (orgs.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Coletânea de Artigos. v. 7. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 05 mai. 2023.

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere “plea bargain” no Brasil. Que é isso? É possível? Seria uma revolução?** Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ebook_plea_bargain_deputado_luiz_flavio_gomes.pdf. Acesso em: 01 mai. 2023.

LOPES JR., Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”:** remédio ou veneno? Conjur, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 02 mai. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Volume único. 8a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Art. 5º, LIV.** In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coord.). Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Lucca Costa. **A possível importação e adaptação do instituto do plea bargaining no processo penal brasileiro**. PUC Goiás, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PEIXOTO, Cínthya Aniceto. **“Plea bargaining” e o Processo Penal Brasileiro**. Doctum, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHWARZER, William W.; RAPOSA, Hon. Phillip. **A experiência Americana do plea bargaining**: A exceção transformada em regra. JULGAR, nº 19, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

SILVA, Rahym Costa da. **Plea bargaining**: uma análise sobre a juridicidade da barganha penal consentânea aos princípios constitucionais brasileiros. 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/27246>. Acesso em: 01 mai. 2023.

SOUZA, Michael Silva de. **Plea bargain**: arojeto Anticrime; devido processo legal; presunção de inocência. Constitucionalidade. FAPAN, 2019.

