

Consenso e processo penal no Brasil: *plea bargain* no Pacote Anticrime

Consensus and criminal proceedings in Brazil: *plea bargain* in the Anti-Crime Package

Consenso y proceso penal en Brasil: *plea bargain* en el Paquete Anticrimen

Recebido: 06/12/2022 | Revisado: 18/12/2022 | Aceitado: 19/12/2022 | Publicado: 22/12/2022

Maria Dalva Fernandes Neta

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5147-5071>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: mdalva.fernandesn@gmail.com

André Melo Gomes Pereira

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9621-676X>
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
E-mail: cabocodosertao@hotmail.com

Resumo

O *plea bargain* consiste em um instituto negocial, através do qual as partes litigantes, após a formação do consenso, realizam um acordo, sem necessitar ir a julgamento. O presente artigo analisou a dificuldade de aceitação do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do não acolhimento do art. 395-A, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 882/2019. Com isso, essa pesquisa teve como objetivo entender a dificuldade que os atores processuais penais pátrios têm em lidar com as lides penais, sendo esta uma das prováveis causas da não aprovação do *plea bargain* pelo parlamento brasileiro. Como metodologia, utilizou-se de pesquisa aplicada, com abordagem hipotético-dedutiva, baseando-se em livros e artigos científicos, pesquisa bibliográfica para embasar o conhecimento acerca do *plea bargain* e demais institutos consensuais e pesquisa exploratória na análise da tramitação dos projetos de lei que tratam do tema. Dessarte, analisou-se a aplicabilidade do *plea bargain* no direito norte-americano, local onde essa sistemática surgiu e tornou-se tradição no ordenamento jurídico do país. Ainda, debruçou-se a examinar os institutos consensuais da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal, os quais já vigoram no sistema judicial brasileiro. Utilizou-se como hipótese perspectiva presente em setores da antropologia jurídica no Brasil no sentido de que há uma dificuldade, verificável etnograficamente, nos atores do nosso sistema jurídico em lidar com soluções consensuais em processo penal. Considerando os limites do presente trabalho, foi possível demonstrar existir dificuldade de aceitação de soluções consensuais nas lides penais no Brasil.

Palavras-chave: Processo penal; Consenso; Institutos consensuais; Pacote anticrime; *Plea bargain*.

Abstract

The plea bargain consists of a negotiating institute, through which the disputing parties, after the formation of consensus, reach an agreement, without the need to go to trial. This article analyzed the difficulty of accepting the aforementioned institute in the Brazilian legal system, due to the non-acceptance of art. 395-A, during the processing of Bill number 882/2019. With this, this research aimed to understand the difficulty that national criminal procedural actors have in dealing with criminal proceedings, which is one of the probable causes of the non-approval of the plea bargain by the Brazilian parliament. As a methodology, applied research was used, with a hypothetical-deductive approach, based on books and scientific articles, bibliographical research to support knowledge about plea bargaining and other consensual institutes and exploratory research in the analysis of the processing of bills that deal with the topic. Thus, the applicability of plea bargaining in North American law was analyzed, where this system emerged and became a tradition in the country's legal system. Still, it examined the consensual institutes of the criminal transaction, the conditional suspension of the process and the agreement of non-criminal prosecution, which are already in force in the Brazilian judicial system. It was used as a hypothesis perspective present in sectors of legal anthropology in Brazil in the sense that there is a difficulty, ethnographically verifiable, in the actors of our legal system in dealing with consensual solutions in criminal proceedings. Considering the limits of this work, it was possible to demonstrate that there is difficulty in accepting consensual solutions in criminal proceedings in Brazil.

Keywords: Criminal proceedings; Consensus; Consensus institutes; Anti-crime package; *Plea bargain*.

Resumen

El *plea bargain* consiste en un instituto negociador, a través del cual las partes contendientes, luego de la formación de consenso, llegan a un acuerdo, sin necesidad de ir a juicio. Este artículo analizó la dificultad de aceptación del mencionado instituto en el ordenamiento jurídico brasileño, debido a la no aceptación del art. 395-A, durante la tramitación del Proyecto de Ley número 882/2019. Con eso, esta investigación tuvo como objetivo comprender la dificultad que los actores procesales penales nacionales tienen en el tratamiento de los procesos penales, que es una de

las causas probables de la no aprobación del *plea bargain* por el parlamento brasileño. Como metodología se utilizó la investigación aplicada, con enfoque hipotético-deductivo, basada en libros y artículos científicos, la investigación bibliográfica para sustentar el conocimiento sobre el *plea bargain* y otros institutos consensuales y la investigación exploratoria en el análisis de la tramitación de los proyectos de ley que tratan de la tema. De esta manera, se analizó la aplicabilidad del *plea bargain* en el derecho norteamericano, donde este sistema surgió y se convirtió en una tradición en el ordenamiento jurídico del país. Aún así, examinó los institutos consensuales de la transacción penal, la suspensión condicional del proceso y el acuerdo de enjuiciamiento no penal, que ya están en vigor en el sistema judicial brasileño. Se utilizó como perspectiva hipotética presente en sectores de la antropología jurídica en Brasil en el sentido de que existe una dificultad, etnográficamente verificable, en los actores de nuestro ordenamiento jurídico en el abordaje de soluciones consensuales en procesos penales. Considerando los límites de este trabajo, fue posible demostrar que existe dificultad para aceptar soluciones consensuales en los procesos penales en Brasil.

Palabras clave: Procesal penal; Consenso; Institutos de consenso; Paquete contra el crimen; *Plea bargain*.

1. Introdução

As normas processuais do Direito, de forma geral, vêm recebendo mudanças significativas, visando adequar-se à realidade social. No âmbito processual penal e penal, tais modificações reverberaram no que se refere às resoluções consensual/negocial de conflitos, aplicáveis na imputação de sanções aos indivíduos que infringem as regras previstas nos dispositivos da lei.

Dessa forma, o consenso passou a ser utilizado no ordenamento jurídico brasileiro como forma de resolução de fatos tidos como crimes de menor potencial lesivo, podendo haver contribuído diretamente para impedir um aumento das demandas no judiciário e, conseqüentemente, da população carcerária do país, vez que são ofertadas medidas diversas da prisão para fins de cumprimento do delito objeto da lide penal.

Nesse sentido, foram incorporados ao processo penal os institutos da suspensão condicional do processo (*SURSIS*) e da transação penal. No ano de 2018, foi apresentado o Projeto de Lei nº 10.372/2018, visando aperfeiçoar o direito penal e processual penal. Assim, em 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, a qual inseriu mais um instituto consensual no ordenamento jurídico penal: o Acordo de Não Persecução Penal.

É nesse contexto de aperfeiçoamento do direito penal brasileiro que se tentou implementar novos institutos por meio de outros projetos de lei, podendo-se citar o acordo consensual oriundo dos Estados Unidos da América, denominado *plea bargain*, o qual foi sugerido pelo Ministro da Justiça do Brasil à época, Sérgio Moro, no Projeto de Lei nº 882/2019.

Assim como as demais soluções de consenso, o *plea bargain* é uma ferramenta negocial que visa simplificar o trâmite processual criminal através de acordo entre acusado e Ministério Público, independentemente do total de pena aplicável ao crime cometido, sendo papel do juiz apenas a análise do que foi acordado pelas partes e, posteriormente, em caso de concordância, a homologação.

Diante do exposto, dada a importância demonstrada pela aplicação de acordos penais na resolução de conflitos e, concomitantemente, a utilização de tais institutos no ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho tem como objetivo geral apresentar discussões acerca do não acolhimento do *plea bargain* no sistema judiciário pátrio, após a proposta apresentada no projeto de lei ser rejeitada pela Câmara dos Deputados, em cotejo com os debates ocorridos nesta Casa Legislativa.

Nesse contexto, este trabalho dedica-se, de forma específica, à análise da inaceitabilidade da proposta de aplicação do instituto do *plea bargain* como mais uma hipótese de acordo consensual a ser utilizado no Brasil, mesmo diante dos altos índices de criminalidade e de um judiciário abarrotado de processos¹. Como consequência, verifica como a população brasileira, sobretudo os atores processuais, tem dificuldade em lidar com o consenso, de forma que esta hipótese se apresenta como um dos motivos para a rejeição desse acordo.

¹ De acordo com o CNJ, o sistema judiciário brasileiro finalizou o ano de 2021 com 77,3 (setenta e sete vírgula três) milhões de processos em tramitação.

2. Metodologia

Buscando-se fundamentar e autenticar a veracidade da tese quanto à inaceitabilidade do instituto do *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro, frente os projetos de lei que foram propostos para a criação do Pacote Anticrime, este trabalho utilizou a pesquisa exploratória que, segundo Gonsalves (2003 como citado em Menezes et. al., 2019, p. 34) “é aquela que se caracteriza pelo desenvolvimento e esclarecimento de ideias, com objetivo de fornecer uma visão panorâmica, uma primeira aproximação a um determinado fenômeno que é pouco explorado”.

Além disso, utilizou-se a pesquisa bibliográfica para embasar o conhecimento acerca do instituto do *plea bargain* e dos demais institutos consensuais, através de artigos científicos, livros e legislação penal, levando-se em consideração que os dois primeiros são fundamentais para o desenvolvimento deste tipo de pesquisa (Gil, 2008). Por fim, o método utilizado na abordagem foi o hipotético-dedutivo, baseando-se em materiais bibliográficos referentes ao assunto, sobretudo os publicados pelos antropólogos Roberto Kant de Lima e Luís Roberto Cardoso de Oliveira.

Para se analisar e comprovar a hipótese contida na metodologia, no sentido de que há dificuldade em lidar com o consenso no Brasil na área penal, assaz elucidativo registrar que o instituto da transação penal, criado em 1995, e o mais recente acordo de não persecução penal, foram objetos de diversas críticas, sendo mais relevantes para este texto a de que violaria o devido processo legal.

Com efeito, em relação à transação penal, lembra Campos (2012) que o referido instituto foi objeto de contestação por parte dos doutrinadores, sobretudo no que se refere à possibilidade de não aplicação dos direitos fundamentais do acusado e à dúvida quanto à real intenção do consenso, se iria atender ao direito subjetivo do réu ou se haveria imposição da vontade do Ministério Público. Ainda, Aury Lopes Júnior (2021), citando Geraldo Prado (2003), aduz que esse sistema consensual é, ainda, muito marcado pela diferença socioeconômica existente na sociedade brasileira e isso interfere, diretamente, na compreensão do acusado, que não consegue se impor de forma totalmente consciente.

Pondere-se que a transação penal não tem efeito de sentença condenatória e é aplicada nos crimes de menor potencial lesivo e ainda assim sofreu essas resistências.

No que se refere ao acordo de não persecução penal, Aury Lopes (2021) faz duras críticas ao instituto consensual, especialmente por entender que a confissão do acusado é tida como a maior das provas do processo, não sobrando espaço para que se obtenha um arcabouço probatório mais profundo e, portanto, as provas produzidas não passam pelo crivo do contraditório. Dessa forma, há um encarceramento em massa, vez que o objetivo do acordo é suscitar uma imposição de pena ao réu, fazendo com que a punição sempre seja fruto do acordo e não do delito cometido, desviando, assim, da real intenção histórica do recolhimento em unidades prisionais.

No entanto, ele vem sendo aplicado sem maiores dificuldades na prática, sendo um instrumento muito eficaz na ressocialização dos cidadãos supostos autores de fatos tidos como crime, permitindo, ainda, a diminuição carcerária, conforme preceitua Narciso e Lima (2020). Concomitantemente, possibilita que indivíduos que praticaram infrações tidas como menos gravosas não cumpram pena juntamente com os apenados que foram condenados pela prática de crimes de maior periculosidade, além de imputar ao acusado medidas que possam reeducá-lo, evitando que estejam inseridos em um ambiente de natureza criminosa.

Diante disso, Kant de Lima (2010), por meio de constatação etnográfica, averiguou que, nas relações conflituosas existentes entre os atores do processo penal, operava a lógica do contraditório, a qual consistia em se chegar à resolução de um conflito após um terceiro, alheio às partes envolvidas, declarar quem sairia vencedor no processo.

A partir disso, nota-se que essa é, de fato, a grande problemática existente no direito brasileiro, vez que se opera um direito com o afastamento de qualquer possibilidade de consenso entre os litigantes, de forma a atribuir a outrem – o juiz, neste

caso -, a responsabilidade de resolução do conflito. Verifica-se, desse modo, haver uma tradição enraizada que, apesar de demonstrar uma maior evolução com a inserção dos outros institutos consensuais, ainda está fechada para a abertura de novas possibilidades de consensualizar os fatos ocorridos.

Além do mais, embora a confissão seja tida como rainha das provas no *plea bargain*, só produz validade se coincidir com as demais provas produzidas no processo. Dessa forma, torna-se contraditório dizer que poderia haver falácia na declaração proferida pelo réu, vez que, embora não passe por todos os trâmites processuais de produção de provas do processo não negocial, produz-se elementos probatórios para orientar o juiz antes da homologação do acordo.

Depreende-se, assim, que, no processo penal brasileiro, em decorrência do uso acentuado da lógica do contraditório, que em nada se confunde com o princípio do contraditório, vez que este é um princípio constitucional garantido a todos, são demandadas todas as decisões processuais a uma autoridade que é detentora do saber, de maneira que, às partes, é vedada a negociação do litígio, ficando sempre à mercê de um julgamento que beneficiará apenas um lado, tendo em vista que, necessariamente, um sairá vencido.

Partindo-se desse entendimento, o antropólogo Kant de Lima (2010, p. 31) afirma que:

No direito brasileiro, por exemplo, o processo não se volta para consensualizar os fatos, para estabelecer quais são os fatos, nem o que ficou provado efetivamente. Pelo contrário, através da lógica do contraditório, que propõe um dissenso infinito e veda qualquer consenso entre as partes, os fatos e as provas são determinados pela autoridade interpretativa do juiz: é ele quem vai escolher dentre os inúmeros indícios contraditórios trazidos ao processo quais o convencem e quais não (Figueira, 2008). Depois de convencido através desse mecanismo intuitivo, ele justifica sua sentença: é o que se chama de livre convencimento motivado do juiz (Mendes, 2010). De outra perspectiva, podemos ver que a legitimidade da sensibilidade jurídica ocidental pode não residir no seu entendimento dos fatos.

Percebe-se, dessa forma, que há resistência, ainda hoje, a institutos despenalizadores como demonstra a transação penal e o acordo de não persecução penal. No caso específico do *plea bargain*, restou demonstrado que uma das causas para sua não aprovação pelo parlamento nacional foi a lógica do *civil law* presente no Brasil. Concomitante a isso, assevera Kant de Lima (2010, p. 31) que:

A categoria *law*, em inglês, refere-se a direito e lei, categorias jurídicas distintas na *civil law*, que expressam esse divórcio possível entre a legislação e o direito, entre a legitimidade do modo de vida jurídico, da elaboração legislativa e da aplicação do direito. No fundo, os objetivos dos códigos organizados e promulgados pelo Legislativo, onde estão os representantes do povo, são no sentido de prever determinados comportamentos e antecipar decisões para conflitos possíveis, com a finalidade de tolher a liberdade decisória dos membros do Judiciário, seus intérpretes. Na tradição da *common law*, quem faz a lei é a sociedade, não o Estado, e lei e direito são inseparáveis (Weber, 1978).

Diante disso, é notório que uma das causas da não aceitabilidade do instituto consensual no ordenamento jurídico brasileiro – a dificuldade que os atores processuais penais brasileiros têm em lidar com o consenso –, objeto de discussão deste trabalho, é amparado por uma questão histórica, vez que ainda muito enrustida a ideia da lógica do contraditório e das regras que regem o *civil law*.

3. Resultados e Discussão

3.1 Definições preliminares acerca do instituto do *plea bargain*

Para que se tenha uma melhor compreensão acerca do instituto consensual originário do ordenamento jurídico norte-americano, denominado *plea bargain*, é necessário entendê-lo através das perspectivas que englobam suas principais características. Dessa forma, partindo-se dessa concepção, o escritor americano, Milton Heumann (1981, p. 01), aduz que: “A

barganha é o processo pelo qual o réu em um processo criminal abre mão de seu direito de ir a julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou sentença” (tradução nossa)

Diante disso, pode-se definir o *plea bargain* como o instituto processual criminal através do qual a acusação e a defesa acordam que, ao acusado seja imputada uma pena inferior à que a ele seria atribuída caso fosse a julgamento. Assim, havendo a negociação, o processo é levado ao juiz e, em caso de concordância deste, será feita a homologação, e, conseqüentemente, inicia-se o cumprimento imediato da reprimenda.

Ressalta-se que, apesar de que só há negociação se houver um acusado, os atores principais do *plea bargain* são o promotor, atuando na acusação, e o advogado, patrocinando a defesa. Isto porque, embora o réu precise estar ciente de todas as propostas, decidindo se as aceita ou não, quem participa diretamente da avença são as partes incumbidas de defender os direitos dos seus respectivos clientes (Bisharat, 2017).

Dessa forma, atribui-se ao promotor o oferecimento da denúncia, caso entenda ser necessário, e, conseqüentemente, a realização da negociação da pena. É válido mencionar que, diferentemente do que ocorre no sistema judiciário brasileiro, no americano as vítimas são tratadas apenas como testemunhas, não interferindo diretamente na solução do litígio. Por outro lado, ao advogado/defensor do acusado, é delegada a responsabilização pelos interesses do cliente que está representando, devendo sempre respeitar as decisões tomadas. Quanto a isto, nota-se que, por mais que seja de competência da defesa dar a orientação adequada ao denunciado, esta não deve influenciá-lo ao ponto de sobrepor seus próprios interesses.

O objeto do *plea bargain*, de acordo com Bisharat (2017), é a redução de conseqüências impostas ao acusado, podendo-se, até mesmo, a depender do caso, envolver a desistência da acusação. Ainda segundo a concepção do autor, embora haja momentos mais favoráveis para que ocorra o *plea bargain*, este pode desenrolar-se em qualquer ponto processual, desde que obedecendo as regras.

Compreende-se, portanto, que, havendo soluções negociadas, pode vir a trazer benefícios ao processo, vez que, além de poder torná-lo menos custoso, é possível que promova a economia de recursos (Faccini Neto, 2020).

3.1.1 *Plea bargain* nos Estados Unidos da América

O direito norte-americano foi o grande pioneiro na inserção do instituto do *plea bargain* como mecanismo de solução de conflitos negocial, ainda no século XIX, em decorrência de um judiciário abarrotado de ações. Não há que se negar que, por tratar-se de algo novo, o referido instituto passou por um período de incerteza jurídica. Contudo, após a década de 80, os acordos realizados no judiciário americano se consolidaram, tornando-se um dos meios efetivos de resolução consensual de conflitos mais utilizados.

Assim, de acordo com o que preceitua Cardoso e Júnior (2017), quando um indivíduo é acusado do cometimento de um crime, a ele é oferecida três opções: declarar-se inocente, declarar-se culpado ou manter-se neutro, por não opor-se à condenação nem confessar-se como culpado. Tratando-se das duas últimas opções, resta claro que, para o ordenamento penal norte-americano, haverá uma economia de tempo e de custos para que haja a resolução processual, enquanto que, quando o acusado se declara inocente, implica, necessariamente, em um julgamento.

Ressalta-se que, optando o acusado pelo acordo, é imprescindível que o juiz verifique, inicialmente, se presentes os dois requisitos subjetivos de admissibilidade, que consiste em aferir se o denunciado optou, voluntariamente, por realizá-lo e se, no momento da decisão, o mesmo possuía todas as faculdades mentais que o permitissem entender acerca das conseqüências advindas da sua declaração. Dessa forma, por mais que as referidas condições sejam nítidas, há, ainda, a necessidade de que o juiz, antes de proferir a sentença penal condenatória, certifique-se de que há um arcabouço probatório mínimo.

Assim, de acordo com Kant de Lima (2010, p. 42), “a decisão maior está com as partes, que devem escolher uma acusação que as contemple, a qual será homologada pelo juízo. A sociedade e as suas decisões, neste caso, prevalecem sobre a decisão do Estado”.

Necessário frisar, por fim, que, segundo Fernandes (2022, p. 31), “o plea bargaining norte-americano escora-se nas alegações de conveniência, pragmatismo, celeridade e efetividade, em detrimento das garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência”.

3.2 Institutos consensuais/negociais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro

Neste tópico será analisado os institutos consensuais e negociais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, comparando-se os pontos que apresentam semelhanças e diferenças, através da finalidade com quem foram criados e inseridos na legislação penal pátria.

3.2.1 Transação penal

O instituto da transação penal, previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95, “trata-se de alternativa que se coloca, nos crimes de menor potencial ofensivo, para se evitar o manejo da ação penal. Se cabível o benefício, sua oferta é tarefa de rigor a ser realizada pelo Ministério Público” (Cunha, 2021, p. 881). Assim, entende-se que é um instituto despenalizante, oferecido ao acusado pelo Ministério Público, quando preenchidos todos os requisitos, antes mesmo que haja o ajuizamento da ação penal.

Ressalta-se, todavia, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no HC 383.372/SC, mesmo após a instauração do processo criminal, se o juiz, ao proferir a sentença, entender por julgar parcialmente o pedido ou desclassificá-lo para outro que possua os elementos exigidos pelo art. 76, deve-se haver manifestação do *parquet* acerca da possibilidade de aplicação da transação penal ao acusado.

Conforme se depreende do final do *caput* deste dispositivo da lei, as penas impostas ao acusado, quando oferecido o instituto da transação penal, serão a pena restritiva de direitos ou aplicação de multa, sendo vedada a aplicação da pena privativa de liberdade. Frente a isso, as hipóteses de pena restritiva de direitos estão previstas no art. 43 do Código Penal Brasileiro, sendo elas: prestação pecuniária (inciso I); perda de bens e valores (inciso II); limitação de fim de semana (inciso III); prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (inciso IV); e interdição temporária de direitos (inciso V).

É certo que, tratando-se de crime de menor potencial ofensivo, mostra-se favorável a aplicação da transação penal. No entanto, o §2º, do art. 76, da Lei nº 9.099/95 estabelece condições para que haja o cabimento deste instituto, de forma que o acusado não pode ter sido condenado, por sentença definitiva, à pena privativa de liberdade; não pode o agente ter sido favorecido com o benefício nos cinco anos anteriores à data do fato; a medida não se mostrar favorável ao analisar-se requisitos subjetivos, como, por exemplo, os antecedentes e a personalidade do autor do fato.

Dessa forma, resta claro que o instituto da transação penal é um acordo consensual realizado entre as partes, por meio do qual a acusação, entendendo ser cabível, oferece o benefício ao acusado, que, acompanhado de seu advogado, poderá aprovar ou recusar a proposta feita. Em caso de aprovação, caberá ao juiz verificá-la e, em caso de concordância, fazer a devida homologação, sendo aplicada a pena avençada, a qual deverá ser cumprida pelo autor do fato.

3.2.2 Sursis processual

Tratando-se de mais um instituto consensual presente no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o *sursis* processual ou suspensão condicional do processo, o qual, conforme aduz o *caput* do art. 89 da Lei 9.099/95, é aplicável aos delitos cometidos cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano. Assim como a transação penal, o *sursis* processual é um instituto despenalizante e, de acordo com Cunha (2021, p. 918), “atende, pois, aos reclamos de desburocratização da Justiça penal, bem assim à

preocupação com a celeridade e a efetividade do sistema de justiça criminal como um todo no tratamento das infrações penais que lhe são noticiadas”. No entanto, ressalta-se que, diferentemente da transação penal, a suspensão condicional do processo ocorre já após a ação penal ter sido ajuizada e formalizada.

O Ministério Público, atuando na acusação, é responsável por apresentar ao acusado, representado por seu advogado, a proposta do *sursis* processual, podendo o autor do fato recusá-la ou aceitá-la. Em caso de recusa, há a tramitação regular da ação penal. Todavia, em caso de aceite, é imposta ao réu algumas condições para serem obedecidas durante o período de prova, que se estende de dois a quatro anos, e estão previstas no §1º, do art. 89, da Lei nº 9.099/95. Vejamos:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Dessa forma, o acusado deve obedecer às condições impostas pelo juiz, as quais podem se adequar ao caso concreto, de forma que será submetido à fiscalização judicial durante esse período, sob pena de revogação do benefício em caso de descumprimento. Nota-se, portanto, que este instituto se mostra como mais um mecanismo consensual utilizado no judiciário brasileiro como forma de desafogar o sistema quando se estiver diante de crimes de potencial ofensivo médio.

3.2.3 Acordo de não persecução penal

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é um instituto negocial inserido pela Lei nº 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, que consiste em um acordo extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado, estando este assistido por advogado, no qual, por vontade própria, o denunciado pode obrigar-se às condições impostas, deixando de ser processado criminalmente pelo fato em questão. Assim, para Kershaw e Bezerra (2022, p. 08), o acordo de não persecução penal tornou-se “mais uma opção legislativa inspirada na justiça consensual em exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal”.

A lei estabelece, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, os requisitos subjetivos e objetivos que devem ser obedecidos para que haja a propositura do acordo, não sendo suficiente que o delito tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, nem que o agente confesse a autoria dos fatos a ele imputados. Ainda, tal como se estabelece tanto na transação penal quanto na suspensão condicional do processo, esse benefício só pode ser utilizado a cada cinco anos.

Assim, conforme preceitua Nucci (2020, pág. 222), nota-se que o referido instituto apresenta bastante semelhança com o *plea bargain*, vez que ambos apresentam as mesmas partes envolvidas, necessitam da homologação do acordo pelo juiz e tem como uma das características principais a confissão formal e expressa do acusado como autor do fato. No entanto, o ANPP apresenta maiores restrições que o instituto americano, principalmente no que tange à quantidade de pena imputada ao indivíduo.

3.3 Projeto de Lei nº 882/2019

O anteprojeto de lei, que cominou no Projeto de Lei nº 882/2019, foi apresentado por Sérgio Moro, Ministro da Justiça do Brasil à época, e objetivou “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa” (Brasil, Projeto de Lei nº 882/2019, 2019, p. 02), através da alteração de Leis e de Decretos-Lei, como o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

Foram apresentadas inúmeras sugestões de modificações na lei penal pátria, estando inclusa, dentre elas, a da inserção do instituto do *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, no tópico que apresentou medidas de soluções negociadas

para serem introduzidas no Código de Processo Penal, foi inserido o art. 395-A (Brasil, Projeto de Lei nº 882/2019, 2019, p. 18), que assim dispôs em seus pontos principais:

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

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

I - a **confissão circunstanciada** da prática da infração penal;

(...)

§ 2º **As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.**

(...)

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º **O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.**

§ 8º Para todos os efeitos, **o acordo homologado é considerado sentença condenatória.**

(...)

§ 11. **A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial,** e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal. (grifo nosso)

Dessa forma, percebe-se que o Ministro da Justiça, em seu anteprojeto, quis implementar diretrizes bastante semelhantes às aplicáveis ao *plea bargain* no ordenamento jurídico norte-americano, frisando as principais particularidades inerentes ao instituto, as quais estão acima grifadas, de forma a dispor, de maneira explícita, os requisitos necessários para que o acusado possa cumprir e, conseqüentemente, receber o benefício consensual.

O Capitão Augusto, deputado do Partido Liberal pelo Estado de São Paulo e relator do referido projeto de lei, em seu relatório aduziu que, diferentemente do Acordo de Não Persecução Penal, a sistemática do art. 395-A permite a admissibilidade de acordos mesmo após o recebimento da denúncia, o que pressupõe, por consequência, que haveria uma desobstrução do judiciário, vez que as partes poderiam requerer o acordo após esse momento processual inicial e, após a homologação pelo juiz, já haveria o cumprimento imediato da pena imputado ao denunciado. Assim, por entender que se tratava de uma proposta louvável, o relator a incorporou em seu projeto de harmonização.

Frente a isso, houve a formação de um Grupo de Trabalho, composto por 15 deputados, os quais ficaram responsáveis por analisar e debater as mudanças promovidas na Legislação Penal e Processual Penal por três projetos de lei, incluindo o projeto aqui debatido, de forma que a proposta de inserção do *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro foi rejeitada.

3.4 Inaceitabilidade do *plea bargain* no Brasil

Diante do exposto, faz-se pertinente analisar a situação para fins de entendimento acerca da sugestão do não acolhimento deste instituto no ordenamento pátrio. Inicialmente, é válido mencionar que o grupo de trabalho, no relatório geral, apontou a necessidade de se avaliar, de forma mais profunda, os eventuais riscos que poderiam vir a surgir para o sistema penal brasileiro no momento em que o instituto do *plea bargain*, oriundo do direito estrangeiro, fosse inserido isoladamente no Brasil, vez que cada país possui suas particularidades na forma de exercício da jurisdição.

Esse entendimento foi embasado nos apontamentos feitos por Rebecca Shaeffer, especialista ouvida pelo grupo, conforme trechos retirados do parecer:

(...) a maioria dos países adotam o *plea bargaining* sem pensar muito sobre o tópico. E isso tem a potencialidade de mudar radicalmente o que acontece em seus tribunais. Não é algo que deve ser feito com pressa. (p. 83)

A legislação que eu pude analisar carece de alguns detalhes. Não ficou claro para mim se o acusado vai ter acesso aos seus direitos. E não ficou claro o procedimento com os juízes, se eles sabem que podem abrir mão desse processo. Não há nenhuma parte também que diz que a evidência ou as provas seriam compartilhadas com a defesa. E sem isso a defesa não tem como saber se ela pode abrir mão desse processo. Não há limitações nos tipos de casos em que o *plea bargaining* pode ser utilizado. A maioria dos países do mundo não permite o *plea bargaining* para a maioria dos casos. E aquele desconto que eu disse de até 50% da sentença é muito alto para os padrões internacionais. Há poucas informações também sobre o tamanho do desconto que se pode oferecer à defesa e sobre quem toma a decisão. Temos uma situação onde duas pessoas sendo acusadas do mesmo crime podem ter sentenças e penas bem diferentes. Esse tipo de arbitrariedade leva à falta de confiança no sistema. Sem o processo, surge uma falta de controle das atividades policiais. (p. 84)

Não temos também como avaliar se as afirmações foram conseguidas através de tortura. E não temos como avaliar se a prisão foi feita da forma correta. Não sabemos como será a transparência. Não conseguimos saber o que foi prometido à defesa e se o réu realmente recebeu o que foi prometido. Em todos os casos, então, você tem o direito de abrir mão do apelo. Isso pode ser um forte contraste com o sistema alemão. Esse processo todo enfraquece o sistema jurídico e também as atividades de juízes, advogados e todos os envolvidos no sistema. E, se for feita dessa forma, essa lei vai aumentar muito o número da população encarcerada neste País. (p. 85).

Frente a isso, torna-se notório que o não acolhimento da proposta foi proveniente da falta de clareza com que o instituto foi disposto no projeto de lei, entendendo-se que, caso inserido no ordenamento jurídico brasileiro, poderia vir a causar uma insegurança jurídica.

Concomitantemente, Maurício Stegemann Dieter (2019), professor da Universidade de São Paulo, em parecer técnico-jurídico apresentado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, teceu diversas críticas ao art. 395-A, do Projeto de Lei nº 882/2019, podendo-se citar a violação ao princípio da legalidade e da proporcionalidade concreta, por permitir que o juiz fixe o regime de cumprimento de pena (§10º), bem como que torna-se impossível a celebração de um instituto desse quando se tem um ambiente com total discrepância entre a assistência da acusação e do réu (§8º), além de induzir a ideia de que suprimiria a advocacia criminal.

Necessário destacar, que, mesmo que haja a resolução do litúgio através do meio consensual, é necessário haver a presença de um advogado ou defensor para acompanhá-lo na celebração do acordo, de modo que a advocacia criminal continuaria a exercer sua função essencial na defesa dos direitos dos cidadãos que foram acusados do cometimento de um crime. Outrossim, não haveria resolução consensual em todos os processos, de forma que continuaria a existir a lógica do contraditório no processo penal.

Todavia, é mister salientar que, fazendo um paralelo do entendimento de Roberto Kant de Lima (2010) com o referido Projeto de Lei, torna-se perceptível que, antes mesmo de existir a possibilidade de se tentar inserir o instituto do *plea bargain* no Brasil, já se notava a dificuldade do sistema jurídico de atores brasileiros em lidar com o consenso. Isto porque, de acordo com o que preceitua Kant de Lima (2010, p. 45):

Nosso modelo jurídico para a sociedade, para a administração institucional de conflitos e para o exercício do controle social acaba por associar, legítima e legalmente, o saber ao poder, atribuindo o papel de decifreadores oficiais de enigmas aos operadores da nossa justiça, como se esta habilidade fosse a única e legítima origem de seu poder.

Some-se a isso o fato de que há, ainda, no Brasil, uma forte incidência da necessidade de se ter a lógica do contraditório nos processos judiciais, tornando-se, dessa forma, improvável que possa acontecer o consenso dos fatos entre as partes, o qual gera, por outro lado, um dissenso contínuo.

Depreende-se, portanto, que, urge a necessidade da criação de uma abordagem que, conforme Cardoso (2010, p. 466-467), “leve em conta as três dimensões temáticas dos conflitos (direitos, interesses e reconhecimento)”. Só assim, com a

aplicabilidade dessas três dimensões, pode-se analisar o que está sendo avaliado em cada caso concreto e, conseqüentemente, permite que se evite compreensões restritas e rasas dos conflitos ocorridos, das demandas processuais e dos procedimentos utilizados para saná-las.

4. Considerações Finais

O Projeto de Lei nº 882/2019 objetivou, sobretudo no dispositivo que aborda o instituto do *plea bargain*, inaugurar, no Brasil, uma nova forma de resolução de conflitos, baseada no consenso. Dentre os direitos estabelecidos pela barganha, destacou-se a possibilidade de o acusado confessar a autoria do fato e, em troca disso, além de ter a pena aplicada imediatamente, há a possibilidade de redução do tempo de cumprimento da reprimenda, sendo a aplicabilidade variável de acordo com cada caso concreto.

Essas rápidas reflexões permitem apontar como sugestão de uma das causas de não aceitação do *plea bargain* a dificuldade que os atores do processo penal brasileiro têm em lidar com o consenso, sobretudo porque o processo penal nos Estados Unidos da América é um direito do cidadão, no qual este pode querer uma resolução consensual, sem necessitar ir a júri, enquanto que no Brasil, há a ideia de que a única solução possível é a adjudicada pelo Estado juiz.

Diante disso, deve-se pensar em medidas capazes de implementar o arcabouço teórico no plano fático de maneira efetiva, enfatizando-se, de forma mais profunda, as três dimensões do processo (direitos, interesses e reconhecimento), para que as vontades dos indivíduos sejam respeitadas e, conseqüentemente, se tenha um melhor aproveitamento do instituto consensual.

Ainda, nota-se haver necessidade de uma aplicação mais branda da lógica do contraditório, dando-se espaço para a resolução de conflitos consensuais, por meio da concessão do processo de decisões às partes envolvidas, retirando o juiz como a parte principal do litígio, responsável por todas as tomadas de decisões, sobretudo porque, quando há a resolução negocial, há benefícios mútuos.

Assim, levando-se em consideração que existem inúmeras causas que suscitaram a não aprovação do *plea bargain* pelo parlamento brasileiro no Projeto de Lei nº 882/2019, sugere-se para trabalhos futuros uma abordagem, de maneira mais aprofundada, que possa averiguar as demais razões que levaram à inaceitabilidade da aplicação do instituto consensual no ordenamento jurídico pátrio, fazendo um estudo comparativo com a dificuldade que os atores processuais tem em lidar com as lides penais.

Referências

Augusto, C. (2019). Relatório de grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 – GTPENAL Câmara dos Deputados. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/outros-documentos/relatorio-de-trabalho>

Brasil. (1940). Decreto-Lei 2.848, institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. (1941). Decreto-Lei 3.689, institui o Código de Processo Penal. DF: Presidência da República.

Brasil. (1995). Lei nº 9.099, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. (2019a). Projeto de Lei nº 882/2019, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. (2019b). Relatório final do Grupo de Trabalho – Legislação penal e processual penal. Câmara dos Deputados. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/outros-documentos/Relatorio%20Final%20-%20GT%20Penal>.

Bisharat, G. E. (2015). The Plea Bargain Machine. *Confluências*, 17 (2), 123-150.

Campos, G. S. Q. (2012). Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. *Custos Legis*, 6, 1-26.

Cardoso, H. R. & Júnior, E. S. S. (2017). Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro. *Revista Pesquisa e Educação Jurídica*, 3 (1), 57-74.

Carvalho, L. O. R., & Duarte, F. R., & Menezes, A. H. N., & Souza, T. E. S. (2019). *Metodologia científica: teoria e aplicação na educação à distância*. Livro digital.

Cunha, R.S. (2021). *Leis penais especiais: comentadas*. JusPodivm.

Dieter, M.S. (2019). Parecer Técnico-Jurídico. Câmara dos Deputados. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/documentos/outros-documentos>.

Faccini Neto, O. (2020). Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 166 (28), 175-201.

Fernandes, G. F. S. (2022). O sistema norte-americano do *plea bargaining* e o provável ocaso do *trial by jury*. *Isagoge*, 2 (4), 25-38.

Gil, A. C. (2008). *Método e técnicas de pesquisa social*. Atlas.

Heumann, M. (1981). *Plea Bargaining: The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*. University of Chicago Press.

Kant de Lima, R. (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 35 (2), 25-51.

Kershaw, G. H. H. D. & Bezerra, W. A. S. (2022). Acordo de não persecução penal (ANPP): instrumento de justiça criminal baseado no consenso e sua conformidade constitucional. *Revista de Doutrina Jur.*, 113, 1-18.

Lopes, A. L., Jr (2021). A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. *IBCCRIM*, 29 (344), 4-6.

Melo, J. & Bandeira, R. (2022). Justiça em Números 2022: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021. *CNJ*. <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Segundo%20a%20publica%C3%A7%C3%A3o%2C%20o%20ano,provis%C3%B3rio%2C%20aguardando%20defini%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdica%20futura>.

Narciso e Lima, I. M. (2020). Os reflexos do acordo de não persecução penal na prática forense. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, (40), 85-100.

Nucci, G. S. (2020). *Código de Processo Penal Comentado*. Forense.

Oliveira, L. R. C., (2010). A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia*, 53 (2), 451-473.

Silva, J. M. F. A. & Silva, A. (2020). Plea bargain: justiça consensual no processo penal. *Revista online Favidale*, 21 (20), 165-178.