

O PLEA BARGAINING: CONTRIBUIÇÕES PARA A JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Uma análise do sistema de justiça americano

Anderson de Paiva Gabriel¹

Larissa Pinho de Alencar Lima²

Recentemente, o Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC³) promoveu intercâmbio Judicial nos Estados Unidos, possibilitando que magistrados brasileiros visitassem Cortes Americanas, e participassem, ainda, de uma série de palestras em Harvard.

A partir dessa vivência e à luz da progressiva influência do Sistema de Justiça Americano em nosso ordenamento jurídico, imperioso aprofundarmos a reflexão a respeito das possíveis contribuições para o aprimoramento de nossa Justiça Criminal.

Ora, o Código de Processo Civil/2015 (Lei 13.105/15) já revela um hibridismo vanguardista entre a *civil law*, derivada do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas, e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência já havia se feito com mais força em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, foi consagrada a devida observância aos precedentes, buscando-se conciliar as garantias constitucionais, dentre as quais sobressaem o

¹ Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC). E-mail: andersonpaivag@yahoo.com.br

² Doutora em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Educação e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia. Professora titular de Direito Constitucional da Escola da Magistratura (EMERON). Coordenadora de Projetos na área de Execução Penal. Autora e coordenadora de Obras Jurídicas. Vice-Presidente e Diretora Acadêmica do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC).

³ <https://fonajuc.com.br/>

contraditório participativo, a economia processual, a isonomia, a segurança jurídica e a duração razoável do processo, aprimorando nosso processo por meio do combate a três grandes problemas: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada⁴ (o CNJ constatou que de cada dois brasileiros, um litiga⁵) e a prodigalidade recursal.

Por tal escopo e razão, já se qualificou o Código de Processo Civil/15 como um diploma processual antropófago⁶, já que é genuinamente brasileiro e traz em seu espírito as ideias provenientes tanto da cultura jurídica romano-germânica quanto da anglo-saxã, isto é, tanto da *civil law* quanto da *common law*, mas sem que se trate de uma simples importação.

Nesse diapasão, as soluções encampadas pelo CPC/2015 deverão ser observadas também no processo penal, o que abarca não só o respeito aos precedentes, mas também a promoção da resolução consensual dos conflitos (já defendemos em coluna anterior o emprego da mediação na seara criminal⁷) e a busca por uma duração razoável dos procedimentos.

⁴ Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

⁵ Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

⁶ Podemos, aqui, traçar um paralelo com o movimento modernista que marcou nossa literatura, em especial, o “Manifesto Antropófago”⁶ ou “Antropofágico”. Trata-se de um manifesto literário escrito por [Oswald de Andrade](#), publicado em maio de 1928, que tinha por objetivo repensar a dependência cultural brasileira. Propunha, basicamente, a devoração da cultura estrangeira e das técnicas importadas e sua reelaboração com autonomia, transformando o produto importado em exportável. O nome do manifesto recuperava uma crença indígena: os índios antropófagos comiam o inimigo em um ritual, como forma de assimilar suas qualidades. Nesse diapasão, o Manifesto Antropofágico foi um marco no Modernismo brasileiro, pois propôs a alteração da forma com que o brasileiro encarava o influxo de elementos culturais do mundo, ensejando a ascendência de uma identidade nacional e o orgulho da produção cultural própria. Havia, ainda, a preocupação de que houvesse efetiva absorção cultural e não mera utilização de elementos importados, de modo que a cultura brasileira não se tornasse um amontoado de fragmentos de culturas exteriores. O novel Código, em verdade, também busca assimilar as melhores qualidades de cada uma das tradições, exurgindo em seu bojo institutos próprios e que almejam ser adequados a nossa realidade, tornando-se passível de verdadeira “exportação”, ou seja, de se tornar um referencial para outros países acatarem ao criarem novos diplomas. Resgata-se, assim, como metáfora, a crença cultural tupinambá, que através da antropofagia ritualística buscava incorporar as qualidades dos inimigos das mais variadas etnias. Pois bem, também nós, com o CPC/2015, buscamos abarcar as virtudes do modelo europeu e do modelo americano, criando um diploma próprio e vanguardista, com espírito único. GABRIEL, Anderson Paiva. O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 28-30.

⁷ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/a-mediacao-no-processo-penal-21062017>

No ponto, primordial salientar que, nos Estados Unidos, a grande maioria dos conflitos, tanto na esfera cível quanto na criminal, são solucionadas com fulcro no consenso. No âmbito do processo penal, cerne de nossa análise, em mais de 90% dos processos ocorre o chamado “plea bargaining”, no qual há uma espécie de negociação entre o órgão responsável pela acusação e a defesa, culminando com a confissão do acusado e aplicação imediata de uma pena reduzida.

Posto isso, cumpre destacar que nosso atual Código de Processo penal é uma verdadeira *Quimera*⁸ (criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas, uma de cabra e outra de dragão, cauda de serpente e asas), por possuir em seu seio, inclusive, conflito de ideologias, consistindo num diploma oriundo da década de 40, em que vigorava a “Polaca”, e que ainda atravessou a Era Vargas, o populismo de João Goulart, a ditadura militar e a redemocratização, permanecendo vigente até os dias de hoje.

Urgente, portanto, a promulgação de um novo Código de Processo Penal, adequado a nosso tempo. Nesse cenário, vem sendo debatido no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, no corpo do qual destacamos o procedimento apontado como sumário e no qual, até o início da audiência de instrução, há a possibilidade de o Ministério Público e o acusado, por meio de seu defensor, requererem o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena. Com efeito, nessa hipótese, o investigado confessa os fatos imputados e renuncia a ao direito de interpor recurso contra a sentença.

Evidente, nesse contexto, a inspiração no procedimento americano do “plea bargaining”. E a ideia de implementação de instituto nessa linha parece ganhar novo fôlego com a posse de Sergio Moro como Ministro da Justiça, sendo diversas as

⁸ BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia – Histórias de Deuses e Heróis*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, pp.152-155. A figura mítica faz parte da mitologia greco-romana, integrando a história do herói Belerofonte, que junto com o cavalo alado denominado Pégaso, conseguiu derrotá-la. Segue trecho da obra citada, narrando de forma sucinta o mito: “A quimera era um monstro horripilante, que expelia fogo pela boca e pelas narinas. A parte anterior de seu corpo era uma combinação de leão e cabra e a parte posterior, a de um dragão. Causava grandes estragos na Lícia, de sorte que o rei do país, lobates, procurava um herói para destruí-la.

notícias reportando que este pretende implementar tal acordo no nosso Sistema de Justiça Criminal⁹.

Fundamental colacionar os dispositivos que balizarão a prática (caso o Projeto de Lei em tela seja aprovado nos moldes atuais)¹⁰:

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Art. 308. Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

§ 1º O juiz não participará da transação realizada entre as partes.

§ 2º O julgamento antecipado isentará o réu do pagamento das despesas e custas processuais.

Art. 309. O requerimento da transação penal será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterá obrigatoriamente:

I - a confissão em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a indicação da pena a ser aplicada e regime inicial de cumprimento;

III - a declaração expressa das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas, se for o caso;

IV - renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória.

Art. 310. Ao homologar a transação, o juiz deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o acusado, na presença de seu defensor.

Art. 311. Tendo como limite a proposta pactuada, o juiz poderá, atendidos os requisitos legais:

I - reconhecer circunstâncias que abrandem a pena;

⁹ <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/05/moro-acordo-penal-plea-bargain-medida-eua.htm>, último acesso em 05/01/2018. <https://www.oantagonista.com/brasil/moro-quer-adaptar-acordo-usado-nos-eua-para-desafogar-judiciario>, último acesso em 05/01/2018.

¹⁰ <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263#marcacao-conteudo-portal>

II - substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos;

III - aplicar a suspensão condicional da pena.

Art. 312. A decisão homologatória da transação tem natureza e estrutura de sentença penal condenatória, inclusive com os efeitos da condenação, e produzirá todos os efeitos legais dela decorrentes.

Art. 313. Não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos autos, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório.

Art. 314. Não havendo transação entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Art. 315. O julgamento antecipado não constitui direito público subjetivo do réu.

O procedimento em tela vem ensejando acirrados debates no campo acadêmico e não poderia ser diferente. O “plea bargaining”, embora hoje indispensável para o sistema de justiça criminal americano¹¹, é objeto de inúmeras críticas na própria nação em que ascendeu ao protagonismo.

Não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve observar uma série de garantias, dentre as quais se destaca o contraditório (hoje sob a vertente participativa), tanto no processo civil quanto no penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), e atender a tais exigências é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo.

Todavia, não vemos óbice ao abreviamento do processo quando houver consenso entre acusação e defesa, sendo plenamente possível que essa abra mão de garantias constitucionais e processuais. Pelo contrário, trata-se de instituto que muito pode contribuir para uma maior efetividade da Justiça Criminal brasileira.

Fundamental, contudo, que antes da homologação, o magistrado competente aprecie: 1 – se o acusado se encontra na plenitude de suas faculdades mentais; 2 – se foi devidamente assistido por sua defesa e tem ciência das consequências do ato; 3 - a voluntariedade do ato.

¹¹ FISHER, George. Plea Bargaining’s Triumph: a history of Plea Bargaining in America. Stanford: Stanford University Press. 2003.

Ademais, deve ser possibilitado ao juiz recusar a homologação quando verificar evidente dissonância entre o quadro probatório coligido, ainda que em sede policial, e a confissão feita no acordo, ou, ainda, à luz da proporcionalidade que deve permear o ajuste entre acusação e defesa¹². Com efeito, a adequada individualização da pena é uma garantia constitucional (art. 5º, XLVI, CRFB/88) e incumbe ao Judiciário, rechaçando-se violações ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade, na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.

Por óbvio, a eventual recusa em homologar a proposta por tal razão deve ser devidamente fundamentada, exigindo tal decisão equilíbrio e comedimento por parte do julgador.

Nesse diapasão, cumpre trazer à baila as lições de José dos Santos Carvalho Filho sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para o controle do excesso de poder¹³:

O princípio da proporcionalidade, que está ainda em evolução e tem sido acatado em alguns ordenamentos jurídicos, guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.

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

¹² Essa é a nossa posição também em relação ao instituto da Colaboração Premiada, prevista no art. 4º da Lei 12.850/13, cabendo ao juiz analisar a proporcionalidade entre os benefícios apontados pelo Ministério Público e a relevância da colaboração proposta pelo investigado, sendo possível não só recusar a homologação como determinar que seja readequada (conforme, inclusive, expressa previsão legal no §8º).

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43/44

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: (1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

O princípio, que grassou no Direito Constitucional, hoje incide também no Direito Administrativo como forma de controle da Administração Pública. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder. Não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública.

Em consequência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar.

Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. No processo histórico de formação desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e só agora adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, *“confluem ambos, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)”*.

Sepultando qualquer dúvida quanto a aplicabilidade do princípio na seara criminal, as sempre irretocáveis lições do Professor e Ministro do STF Luís Roberto Barroso¹⁴:

“... o Direito Penal atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência.”

A atual crise de impunidade que atravessamos demanda a utilização de novos instrumentos e mecanismos, como por exemplo a colaboração premiada, de forma que vemos com bons olhos a iniciativa legislativa ora analisada, desde que observada a realidade brasileira e desenvolvidas formas de controle adequadas. A atuação dos juízes, enquanto garantidores dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é imperiosa para consecução dos valores propalados pela Constituição também no processo penal.

É indubitável que nascemos na família *civil law* e não podemos negar ou esquecer nossas origens. Todavia, assim como é impossível deixar de reconhecer a inegável influência familiar no desenvolvimento de um indivíduo, bem como das tradições culturais em que foi criado, é certo que chega um momento em que todo ser humano tende a se tornar independente de seus pais, com personalidade própria. No mesmo sentido, o Brasil vem se aproximando do aniversário de 200 anos de independência e nossa maturidade jurídica nos permite desenvolver uma concepção nacional de processo e justiça, na qual podemos acolher os ensinamentos e a experiência do Direito Americano, transmutando-os em institutos próprios, numa

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 425.

singularidade adequada à nossa realidade e que possa contribuir para o aperfeiçoamento de nossa Pátria¹⁵.

¹⁵ GABRIEL, Anderson Paiva. O contraditório participativo no processo penal: uma análise da fase pré-processual à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 21-31.