



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

GABRIELA NOÊMIA BEZERRA DE ASSIS CAVALCANTI

**A OFERTA (IR)RECUSÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O *PLEA BARGAIN* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2020**

GABRIELA NOÊMIA BEZERRA DE ASSIS CAVALCANTI

**A OFERTA (IR)RECUSÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O *PLEA BARGAIN* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita
Batista

**JOÃO PESSOA
2020**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

C3760 Cavalcanti, Gabriela Noêmia Bezerra de Assis.

A oferta (ir) recusável: uma análise sobre o plea bargain no ordenamento jurídico brasileiro / Gabriela Noêmia Bezerra de Assis Cavalcanti. - João Pessoa, 2020.

60 f. : il.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Processual Penal. 2. Direito Constitucional.
3. Direitos Humanos. 4. Plea Bargain. 5. Pacote Anticrime. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

GABRIELA NOÊMIA BEZERRA DE ASSIS CAVALCANTI

**A OFERTA (IR)RECUSÁVEL: UMA ANÁLISE SOBRE O PLEA BARGAIN NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita
Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 27 DE MARÇO DE 2020.

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)**

**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)**

**Prof.^a Dr.^a MARLENE HELENA DE OLIVEIRA FRANÇA
(AVALIADORA)**

Dedico este trabalho a minha família por todo o apoio dado e em especial a Maria Giovanna, minha irmã, cujo sorriso foi meu combustível nesta longa estrada da graduação, bem como a Manoel Veras da Costa (in memoriam), quem me acolheu no seio de sua casa para que eu adentrasse na universidade, pois sem ele eu não conseguiria chegar aqui.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter abençoado a minha vida e me protegido com zelo e amor ininterruptos.

A minha família, especialmente à minha mãe Ana Karina, meu pai Ivan Luciano e meus irmãos Gustavo e Giovanna pelo apoio e amor incondicional. A Manoel Veras (*in memoriam*), Irma, Fabíola e Glauco por me ajudarem todos os dias durante esses cinco anos de graduação. À tia Verinha e à tia Aparecida por renovarem minhas energias a cada visita. São eles que torcem por mim, que levantam meu astral quando estou triste e comemoram as minhas vitórias. São eles que estão sempre do meu lado e sou muito grata por isso.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas (João Pessoa) e do Departamento de Ciências Jurídicas (Santa Rita), sobretudo ao meu orientador Gustavo Batista, os quais contribuíram para a minha formação como jurista sempre pautada no horizonte dos Direitos Humanos.

Aos meus colegas de curso, que são meus maiores ganhos desta graduação, Aldemiro, Amália, Ieda, Katiane, Lara, Lucas, Mariane, Pétala, Renan, Selton, Victória e especialmente Renata, quem me auxiliou muito neste último passo do curso. Com vocês a caminhada se tornou mais leve, pois dividimos as angústias, somamos as forças e multiplicamos as alegrias a cada etapa. Desejo muito sucesso a todos vocês!

Por fim, aos servidores do CCJ, em especial a Kelma Ramalho, sempre atenciosa e solícita em seus atendimentos, bem como aos terceirizados, que desempenham papel fundamental na Universidade Federal da Paraíba.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.”
— Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte,
no discurso de promulgação da Carta de 1988.

RESUMO

O presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, dedutiva, exploratória e comparativa, objetiva uma análise acerca do instituto processual do *plea bargain* – uma espécie de negociação feita entre a acusação e a defesa, na qual o réu admite a culpa em troca de uma pena mais branda – com o escopo de examinar a possibilidade de aplicação do acordo criminal no território brasileiro, considerando a proposta original do Projeto de Lei Anticrime (PL nº 882/2019), a partir de uma comparação com o caso dos Estados Unidos. Este estudo se baseia em referenciais bibliográficos da doutrina, bem como análise de dados de inúmeras pesquisas para examinar os impactos nos direitos e garantias do acusado que seriam afetados com a implantação do acordo penal no Brasil. Partindo deste viés, inicialmente demonstramos a construção da Constituição Federal de 1988 a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem outros princípios essenciais para o baluarte da persecução penal democrática, os quais analisamos isoladamente de acordo com as previsões no texto constitucional e nos diplomas de Direitos Humanos. Posteriormente, observamos em que consiste o *plea bargain*, quais as suas origens, constatamos a presença do excesso de acusação (*overcharging*) nos acordos penais lá firmados, bem como examinamos os efeitos trazidos pela justiça negociada no sistema penitenciário dos Estados Unidos. Em seguida, discutimos o acordo penal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da redação original do Projeto de Lei n. 882/2019, dissecando as previsões concernentes ao acordo criminal à luz da Constituição Federal, assim como pesquisamos, a partir do caso estadunidense, as possíveis consequências da implantação do acordo penal no Brasil. Desta forma, é possível compreender que além da incompatibilidade do acordo penal com a Constituição Federal, ao examinar os efeitos colaterais vivenciados nos Estados Unidos, concluímos que, na prática, teremos maior encarceramento, para além da superlotação dos presídios e violações aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direitos Humanos. *Plea Bargain*. Pacote Anticrime.

ABSTRACT

This work, through qualitative, deductive, exploratory and comparative bibliographic research, aims to analyze the plea bargain procedural institute – a type of negotiation made between the prosecution and the defense, in which the defendant admits guilt in exchange for a milder penalty – with the scope of examining the possibility of applying the criminal agreement in Brazilian territory, considering the original proposal in the Anti-Crime Law Project (PL nº 882/2019), based on a comparison with the United States' case. This study is based on bibliographic references of the Brazilian doctrine, as well as data analysis from numerous researches to examine the impacts on the rights and guarantees of the accused that would be affected with the implementation of the criminal agreement in Brazil. Based on this bias, we initially demonstrated that the construction of the Brazil's Constitution of 1988 is grounded on the principle of human dignity, which is responsible for the emergence of other essential principles of the bulwark of democratic criminal prosecution that we analyze according to the constitutional text and Human Rights conventions. Subsequently, we observed what plea bargain is, its origins and along with that we verified the presence of the excess of accusation (overcharging) in the criminal agreements signed there and as well as we examined the effects brought by the negotiated justice in the prison system of the United States. Furthermore, we discussed the penal agreement in the Brazilian legal system based on the original text of the Law Project n. 882/2019, dissecting the articles concerning the criminal settlement in the light of the Brazil's Constitution of 1988, as well as we researched, based on the Americans' case, the possible consequences of the implementation of the criminal settlement in Brazil. Thus, it is possible to understand that in addition to the incompatibility of the penal agreement with the Brazil's Constitution, when examining the side effects experienced in the United States, we concluded that, in practice, we would have greater incarceration, as well as the overcrowding of prisons and violations of Human Rights.

Keywords: Criminal Procedural Law. Constitutional right. Human rights. Plea Bargain. Anti-crime package.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Reprodução de uma tabela do site <i>World Prison Brief</i> que apresenta um ranque do número de encarcerados por cada país com base no estudo do <i>Institute for Crime & Justice Police Research</i>	31
Figura 2 – Reprodução de um gráfico do site <i>The Sentencing Project</i> que apresenta uma linha do tempo do número de encarcerados em prisões federais nos Estados Unidos (entre os anos 1925-2017) com base no estudo do <i>Bureau of Justice Statistics</i>	32
Figura 3 – Reprodução de um gráfico do estudo <i>The Disappearing Trial</i> conduzido pela <i>Fair Trials</i> que apresenta a porcentagem de casos resolvidos por meio do sistema de <i>trial waver</i> . 33	33
Figura 4 – Reprodução de um gráfico do estudo desenvolvido pelo projeto Geopresídios do Conselho Nacional de Justiça.....	45

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIOS E DIREITOS ASSEGURADOS AO ACUSADO	14
2.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO EIXO CENTRAL	15
2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: OS FUNDAMENTOS DE UMA PERSECUÇÃO PENAL DEMOCRÁTICA	17
2.2.1 Princípio do estado ou situação jurídica de inocência.....	18
2.2.2 Princípio ou direito ao silêncio e não autoincriminação	19
2.2.3 Princípio do contraditório	20
2.2.4 Princípio da ampla defesa.....	21
2.2.5 Princípio da verdade real.....	22
2.2.6 Princípio do duplo grau de jurisdição	22
2.2.7 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do acesso à justiça.....	23
2.2.8 Princípio do juiz natural e do promotor natural	24
2.2.9 Princípio da publicidade	25
3 PLEA BARGAIN: O ACORDO CRIMINAL OU “PROCESSO ABREVIADO”.....	27
3.1 O PLEA BARGAIN NOS ESTADOS UNIDOS	27
3.2.O FUNCIONAMENTO DO PLEA BARGAIN	28
3.3 DAS ORIGENS ATÉ OS DIAS ATUAIS: OS EFEITOS DO PLEA BARGAIN NOS APRISIONAMENTOS NOS ESTADOS UNIDOS	30
3.3.1 O problema do <i>overcharging</i> no <i>plea bargain</i>	34
4 O ACORDO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	37
4.1 O PROJETO DE LEI ANTICRIME	38
4.1.1 O problema do excesso de acusação (<i>overcharging</i>).....	40
4.1.2 O problema da defesa técnica.....	43
4.2 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA: BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O PLEA BARGAIN NO BRASIL A PARTIR DO CASO DOS ESTADOS UNIDOS	44
4.3 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO PLEA BARGAIN NO BRASIL	46

4.3.1 O acordo de não persecução penal e o <i>plea bargain</i>: uma comparação entre os institutos	48
4.3.2 O <i>plea bargain</i> e a Constituição Federal de 1988: pela justiça ou pela eficiência?..	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O tradicional processo penal brasileiro como conhecemos poderá mudar drasticamente. A partir do Projeto de Lei Anticrime (PL nº 882/2019) idealizado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, foi cogitada a possibilidade de aplicação de um método norte-americano amplamente utilizado: o *plea bargain*.

O termo *plea bargain* deriva da expressão dos julgamentos anglo-saxônicos, quando era questionado ao réu “*How do you plead? Guilty or not guilty?*”, isto é, como ele se declarava diante de determinada acusação: acusado ou inocente. Por sua vez, o *bargain* significa barganha, negociação. A aglutinação dos termos resulta em pleito de barganha ou justiça negociada.

Em linhas gerais, o *plea bargain*, traduzido daqui em diante como acordo criminal, acordo penal, solução negociada, procedimento abreviado ou barganha, consiste em um pacto entre a acusação e a defesa, no qual o promotor busca convencer o acusado a admitir a culpa do(s) crime(s) em troca de uma pena mais branda. Desta feita, o acordo criminal possibilita que o acusado pule um lento processo e evite uma sentença que poderia ser robusta em comparação com a acordada.

Entretanto, o instituto processual foi retirado do Projeto de Lei durante a deliberação das Casas Legislativas, que culminou na publicação Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Todavia, entendemos que o instituto requer uma análise a partir de suas origens, tendo em vista que se trata de um dos projetos que o Ministério da Justiça e Segurança Pública busca implantar no país.

Neste sentido, é evidente que a sociedade atual urge por novas soluções de conflitos, vide o nascimento da mediação, da negociação, da conciliação e uma miríade de outras possibilidades inclusas no tripé das *Alternative Dispute Resolution* (ADR's), isto é, da Resolução Alternativa de Disputas. A partir desse anseio social com vistas a resolver a crise do judiciário, surge o rápido e fácil – portanto, eficiente – *plea bargain*. Afinal, o que poderia dar de errado se importássemos um método usado majoritariamente nas terras estadunidenses?

Assim sendo, o presente trabalho tem como objetivo geral examinar a possibilidade de aplicação do *plea bargain*, enquanto instituto jurídico penal de origem estadunidense, no território brasileiro, considerando a proposta presente no Projeto de Lei Anticrime (PL nº 882/2019).

Os objetivos específicos são explicar o surgimento do *plea bargain* nos Estados Unidos, como se deu sua implantação e seus efeitos, bem como demonstrar, a partir do caso estadunidense, quais os efeitos esperados por meio da aplicação do *plea bargain* no Brasil, assim como fundamentar, por meio da doutrina especializada, sobre a impossibilidade da aplicação do instituto do acordo criminal no Brasil frente a Constituição Federal e tratados de Direitos Humanos.

Neste ensejo, a metodologia utilizada na construção do trabalho foi bibliográfica qualitativa, dedutiva e exploratória¹, com o uso de referenciais bibliográficos da doutrina abalizada, bem como análise de dados de inúmeras pesquisas objetivando examinar os direitos e garantias do acusado na persecução penal em referencial teórico que versa sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Direitos Humanos, Direito Constitucional e garantismo penal. O método comparativo também foi utilizado, uma vez que tomamos por base o caso estadunidense.

Deste modo, no primeiro capítulo, analisamos a construção da Constituição Federal por meio do movimento do constitucionalismo contemporâneo a partir da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, um conceito que se torna o eixo central do processo penal constitucionalizado. Neste capítulo também abordamos os princípios processuais penais que decorrem da dignidade da pessoa humana, fundamentais para edificar o baluarte da persecução penal democrática.

Na segunda parte deste trabalho, observamos em que consiste o *plea bargain*, quais as suas origens, assim como examinamos, por meio de análise de inúmeras pesquisas de diversas entidades, os efeitos trazidos pela justiça negociada no sistema penitenciário dos Estados Unidos. Neste capítulo também apontamos o problema do *overcharging* (excesso de acusação) observado na seara dos acordos criminais feitos nas terras estadunidenses.

Na terceira e derradeira parte, discutimos o acordo penal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da redação original do Projeto de Lei n. 882/2019, dissecando as previsões concernentes ao acordo criminal à luz da Constituição Federal, bem como nos debruçamos sobre a positivação do acordo de não persecução criminal, comparando-o com o acordo penal e por fim examinamos, a partir do caso estadunidense, as possíveis consequências da implantação do acordo penal no Brasil.

¹ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: PRINCÍPIOS E DIREITOS ASSEGURADOS AO ACUSADO

Inicialmente, para compreender o rol de direitos e princípios assegurados ao acusado tanto na Constituição Federal como nos tratados internacionais de Direitos Humanos, é necessário elucidar as origens da Lei Maior, traçando os motivos pelos quais esta nova pedra angular do Estado brasileiro possui traços considerados garantistas.

De antemão, é importante notar que após a Constituição Federal de 1988, o estudo do processo penal se revela indissociável do que diz o texto constitucional. Nas palavras de Oliveira²:

A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande pretensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional. Aliás, mesmo no plano exclusivamente teórico, afastado de um específico sistema normativo, toda investigação que se queira fazer ao nível de uma teoria processual estará fadada, não ao insucesso de seus resultados possíveis, mas ao inevitável questionamento acerca da pertinência de seus propósitos, quando não inserida em determinado ordenamento constitucional. E isso se dá menos pela eventual incapacidade de rendimento da proposição que pela possibilidade de afastamento *a priori* – na Constituição – de suas consequências.

Neste viés, ao entender que a Constituição Federal trouxe novas luzes para o já ultrapassado Código de Processo Penal, optamos por introduzir a persecução penal por meio do texto constitucional. Ademais, considerando que o processo tem como escopo principal a solução pacífica dos conflitos de interesse e é edificado em princípios de natureza pública, não poderia jamais ser apartado do olhar e tratamento constitucional.

Evidente que a Constituição Federal de 1988 constitui um marco inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Após uma época de cicatrizes deixadas pelo autoritarismo e consequente ausência de direitos, em razão de uma ditadura que perdurou duas décadas, surge um corpo normativo complexo, detalhista e com amplos direitos e garantias individuais, uma carta normativa chamada de “cidadã” por Ulysses Guimarães.

Este novo diploma, afirma Novelino³, que serve de alicerce para um Brasil que acabava de se reinventar, possui raízes no ideal do constitucionalismo contemporâneo,

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 1.

³ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed. JusPodivm, 2016, p. 50.

originado de movimentos ocidentais e predominantemente europeus na segunda metade do século XX, isto é, logo após outro período sombrio da história, desta vez em patamar mundial, a segunda grande guerra.

2.1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO COMO FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO EIXO CENTRAL

O constitucionalismo contemporâneo, nas palavras de Novelino⁴, compreende o período após a Segunda Guerra Mundial até os dias de hoje. Após um confronto bélico responsável por ceifar milhões de vidas de maneira cruel e a fim de evitar práticas nazistas que envolviam qualquer tipo de hierarquização de humanos em classes inferiores e superiores⁵, a comunidade internacional lapidou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Este novo norte que nascia para o Direito foi materializado em diversos documentos normativos ao redor do globo, como declarações de direitos, convenções internacionais e inúmeras constituições. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, um consenso teórico universal e noção jurídica autônoma, com um papel fundamental em diversos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, o Brasil, também bebendo da fonte das constituições sociais originadas no constitucionalismo moderno⁶, promulga a Constituição Federal de 1988 com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana positivado no artigo 1º, inciso III⁷.

⁴ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed. JusPodivm, 2016, p. 51.

⁵ “Uma das justificativas dadas pelos cientistas nazistas para a realização de experimentos cruéis em judeus, ciganos, homossexuais e comunistas era que essas pessoas eram seres inferiores, que não tinham o estatuto de ser humano e, portanto, não estavam sob o manto das leis de 1900 e 1931”.

In MOTA, Joaquim Antônio César. **A criança como sujeito de experimentação científica: uma análise histórica dos aspectos éticos**. [tese]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina, 1998, p. 68.

⁶ A implementação das constituições sociais surge no seio do constitucionalismo moderno, que engloba o período do final do século XVIII até metade do século XX, quando o “Estado abandona sua postura abstencionista para assumir um papel decisivo nas fases de produção e distribuição de bens, passando a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais. Questões existenciais, antes restritas ao âmbito individual, passam a ser assumidas pelo Estado, que se transforma em um prestador de serviços. A busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social faz surgir a noção de Estado social.” In NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed. JusPodivm, 2016, p. 50.

⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

Mas o que seria, então, a dignidade da pessoa humana? Inúmeros teóricos tentaram delinear um conceito, todavia, conforme afirma Barroso, “[...] sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções”⁸. Assim sendo, para materializar um conceito ao longo deste trabalho, ao pensar na dignidade da pessoa humana, entendemos correto o conceito apresentado por Sarlet, que a define como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹

Desta maneira, podemos observar que um dos aspectos da dignidade da pessoa humana significa igualdade perante a figura estatal, diga-se, uma prerrogativa que toda a humanidade, a princípio, deveria possuir. Neste sentido, para compreender o primeiro capítulo deste estudo, é preciso entender que os direitos e princípios do processo penal referentes ao acusado decorrem da dignidade da pessoa humana.

A ideia de dignidade da pessoa do acusado perante o Estado na seara da persecução penal remete ao conceito de garantismo penal do jurista Luigi Ferrajoli. Conforme o autor, o garantismo significa:

[...] a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja a satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, consequentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal.¹⁰

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 152.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 271.

Deste modo, o garantismo consiste em uma das teorias do Direito Penal que possui alicerce em todas as garantias individuais dispostas na Constituição. Nesta lógica, é imprescindível a existência de um processo imparcial, público e que garanta o cumprimento do contraditório por meio de procedimentos preexistentes, prezando assim por um jogo de igual para igual baseado na dignidade do acusado. Nas palavras do autor, é precisamente no respeito às regras do jogo processual em que reside a legitimidade para a aplicação do Direito Penal na sociedade.

A observância das regras do jogo evita, por exemplo, situações parecidas como a demonstrada no romance “O Processo” de Franz Kafka¹¹, quando acompanhamos a saga do protagonista Josef K., que está diante de um Estado autoritário que excede na aplicação do poder punitivo. Ao decorrer do enredo, acompanhamos o tortuoso julgamento do protagonista, que ao final é considerado culpado mesmo sem ter ciência do que estava sendo julgado, uma situação que evidentemente nega os seus direitos fundamentais.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana é a premissa do Estado Democrático de Direito com reflexo nos ideais garantistas, visto que a finalidade do garantismo penal é a tutela dos bens jurídicos e a limitação das ações estatais por meio da efetividade das garantias constitucionais.

Contudo, surge para o ordenamento jurídico processual penal brasileiro a possibilidade da aplicação de uma novidade que subverte as regras do jogo e consequentemente as garantias constitucionais: o acordo criminal baseado no instituto do *plea bargain*, originário dos Estados Unidos. Neste sentido, passamos a analisar alguns dos princípios constitucionais que dizem respeito à persecução penal democrática e que seriam abalados, ousamos dizer aniquilados, em razão da aplicação do referido instituto no âmbito nacional.

2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL E TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: OS FUNDAMENTOS DE UMA PERSECUÇÃO PENAL DEMOCRÁTICA

Como metáfora, é necessário imaginar a dignidade da pessoa humana como uma grande árvore nascida em uma época de paz após grandes turbulências em escala mundial. Desta árvore, existem inúmeros ramos e dentre estes estão aqueles que concernem os fundamentos da persecução penal democrática, aqui entendida como o processo que respeita a

¹¹ KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

dignidade do acusado e, por conseguinte, garante a efetividade dos seus direitos no jogo processual penal.

Neste sentido, o texto constitucional, em conjunto com inúmeros tratados e convenções de Direitos Humanos¹², formam um arcabouço para o que chamaremos agora em diante de processo penal democrático. Com vistas a entender melhor cada um dos direitos e princípios devidos ao acusado para que este desfrute do devido processo legal, passamos a examiná-los.

2.2.1 Princípio do estado ou situação jurídica de inocência

Para entender o princípio do estado ou situação jurídica de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹³, é necessário ressaltar que este possui duas faces.

A primeira diz respeito ao tratamento em relação ao acusado. Conforme este viés, o acusado não poderá, em nenhum momento do processo, “sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”¹⁴. A segunda faceta, por sua vez, é relativa às provas, pois estabelece que “todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação”¹⁵. Desta maneira, restaria apenas à defesa demonstrar a eventual existência da excludente de ilicitude e culpabilidade.

Assim sendo, importante observar que o estado de inocência reflete uma proibição, evitando que o acusado, de maneira precoce, sofra com possíveis resultados do processo, ou seja, a prisão, exceto naquelas situações que possuem fundamento na necessidade de efetividade do processo ou da realização da jurisdição penal.

O referido princípio também encontra previsão no §1º do artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁶. Importante ressaltar que também o Pacto

¹² Conforme autorizam os §§ 2º e 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, os tratados internacionais, versando sobre direitos humanos, devem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status de norma constitucional*.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (grifo nosso). In BRASIL. . **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

¹⁵ Ibidem, p. 39.

¹⁶ “Artigo XI, § 1º.

Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por meio da promulgação do Decreto nº 592, no item 2 de seu artigo 14, também dispõe do estado de inocência¹⁷.

2.2.2 Princípio ou direito ao silêncio e não autoincriminação

O direito ao silêncio e não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal¹⁸, também reflete duas faces.

Em um primeiro sentido, permite ao acusado ou aprisionado que permaneça em silêncio durante todo o processo, isto é, investigação e juízo. Por outro lado, impede que o acusado ou encarcerado seja compelido a “produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse”¹⁹.

O princípio também está inscrito no artigo 8º, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que foi ratificada pelo governo brasileiro por meio do Decreto nº 678 de 1992²⁰. No mesmo sentido dispõe também o artigo

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” In Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. **Psicol. clin.**, Rio de Janeiro , v. 20, n. 2, p. 201-207, 2008 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200015&lng=en&nrm=iso. Access em 20 fev. 2020.

¹⁷ “Art. 14

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” In BRASIL. **Decreto nº 592 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 35.

²⁰ “Art. 8º

[...]

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

[...]

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;”

In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

14, item 3, alínea ‘g’²¹ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil por meio do já citado Decreto nº 592.

2.2.3 Princípio do contraditório

Conforme Pacelli²², a visão tradicional do princípio do contraditório consistia em uma participação processual de ambas as partes para construção do convencimento do juiz. Contudo, a partir dos ideais do jurista italiano e processualista democrático Elio Fazzalari²³, o contraditório encontra-se em transformação para que nele seja incluso também o princípio da paridade de armas – *par conditio* – de maneira a buscar a verdadeira igualdade processual.

Desta maneira, o contraditório, disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal²⁴ não seria apenas a garantia da informação ou da réplica, mas o direito a uma resposta na mesma intensidade e extensão, em efetiva paridade²⁵. Trata-se, então, de uma teoria do processo penal democrático que constrói possibilidades de maior realização dos direitos e garantias fundamentais na lide, visto que ressalta o valor e a igualdade entre as partes.

Assim, o contraditório traduz um dos valores mais caros ao processo penal. Não é a toa que há entendimento sumulado da matéria pelo Supremo Tribunal Federal²⁶. Trata-se de uma garantia ao acusado diante da enorme estrutura da persecução penal, com vistas a concretização de um processo justo.

²¹ “Art. 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
[...]

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” In BRASIL. **Decreto nº 592 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

²² PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 37.

²³ “O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes.” In LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2017, p. 242.

²⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

²⁵ Op. cit. nota 22.

²⁶ Trata-se da Súmula 707 do STF, que dispõe: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

De mais a mais, o contraditório também é uma ferramenta essencial para o processo em si. É a partir do diálogo em paridade entre as partes que o contraditório se revela um “método de conhecimento do caso penal”²⁷. Conforme prediz o artigo 155 do Código de Processo Penal²⁸, a discussão entre os sujeitos do processo é fundamental para o convencimento do magistrado, que poderá fazer uma análise mais profunda e, por conseguinte, concretizar uma prestação jurisdicional adequada.

Por fim, cumpre dizer que o princípio do contraditório está resguardado no item 1 do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²⁹.

2.2.4 Princípio da ampla defesa

De início, importante frisar que o princípio da ampla defesa difere do contraditório. Enquanto este diz respeito a uma garantia de participação no processo, como visto acima, aquele engloba o direito à defesa técnica (defensor ou advogado) em todos os atos processuais, inclusive no interrogatório.

Insta salientar que além da guarda constitucional (artigo 5º, inciso LV), a ampla defesa está insculpida no artigo 261³⁰ do Código de Processo Penal, o qual dispõe que nenhum acusado será processado ou julgado sem defensor e, indo mais além, o parágrafo único prevê que a defesa técnica sempre será exercida por meio de manifestação fundamentada.

Por fim, a ampla defesa também está prevista no artigo 8, item 2, alínea ‘e’ do Pacto de San José da Costa Rica³¹.

²⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 37.

²⁸ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” In BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 1941**. Brasília, DF : Presidência da República, 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

²⁹ “Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

³⁰ “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.”

In BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 1941**. Brasília, DF : Presidência da República, 1941. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

³¹ “Art. 8º

[...]

2.2.5 Princípio da verdade real

A busca pela verdade real, como princípio, está implícita na Constituição Federal, mais especificamente no inciso LIV do artigo 5º, que dispõe “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nas palavras de Marcão é fundamental distinguir a verdade formal da verdade real, pois:

[...] ao contrário do que ocorre no direito processual civil, em que vige o princípio da verdade formal e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram.³²

Neste sentido, para a realização da verdade real e resguardar o interesse indisponível que está em jogo no processo penal, tanto o magistrado como as partes devem buscar provas, jamais se contentando pelo o que apenas é apresentado.

Por fim, merece registro que inúmeras passagens do Código de Processo Penal fazem referência implícita a verdade real. Como exemplos, o artigo 209 prediz que “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”; o artigo 234 dispõe que “se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível”; o artigo 147 também prevê que “o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade”; entre outros artigos que fazem alusão as atividades de ofício que notadamente se referem ao princípio da verdade real.

2.2.6 Princípio do duplo grau de jurisdição

Em linhas gerais, o princípio do duplo grau de jurisdição prevê que a parte possui o direito de buscar o reexame da decisão por órgão jurisdicional de instância superior. Este

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

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;" In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

³² MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72;

princípio, também corolário da ampla defesa, é consagrado implicitamente na Constituição Federal quando o diploma aborda a estrutura do Poder Judiciário em instâncias.

Diferentemente do texto constitucional, há expressa previsão no Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8, item 2, alínea ‘h’)³³ a respeito do direito de recurso contra sentença a juiz ou tribunal superior.

2.2.7 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do acesso à justiça

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esta previsão constitucional é conhecida como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou acesso à Justiça.

Neste sentido, podemos observar dois lados do princípio em questão. Primeiramente, que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, sendo esta entidade estatal responsável, no âmbito do processo penal, por aplicar o *ius puniendi*. Por outro lado, é assegurado a todo indivíduo que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais.

Para materializar este princípio, a Constituição Federal, em seu artigo 134 e parágrafos, prevê a criação da Defensoria Pública em todos os estados, constituída com o escopo de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; no exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, na Defesa da Cidadania, Núcleo de Terras e Habitação, Núcleo de Regularização de Loteamentos Irregulares ou Clandestinos, além das Varas Cíveis, Vara de Família, Registros Públicos, Órfãos e Sucessões, Tribunais de Justiça, Núcleos de Atendimento, Penitenciárias, junto aos Juizados Especiais, entre outros.

³³ "Art. 8º

[...]

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

[...]

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior." In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

A partir de então, a Constituição Federal inaugura uma previsão de serviços dos defensores junto a inúmeras entidades, mas na realidade ainda há um quadro muito reduzido de defensores públicos que possam realmente atuar em todas estas situações.

Entretanto, é por meio da Defensoria Pública que tem se concretizado o princípio constitucional de acesso à justiça, bem como assistência jurídica integral e gratuita.

2.2.8 Princípio do juiz natural e do promotor natural

Conforme Pacelli³⁴, o princípio do juiz natural é oriundo do direito anglo-saxão, tendo como alicerce a ideia da vedação do tribunal de exceção, proibindo assim a criação de um órgão judiciário exclusivo para uma infração penal específica. Desta maneira, o princípio do juiz natural, que está relacionado com o brocardo da legalidade (*nullum crimen sine lege*), estabelece que apenas um órgão já instituído antes da ocorrência do crime seria competente para o seu julgamento.

Todavia, em razão do Direito norte-americano, foi acrescentado ao princípio a exigência de uma competência previamente estabelecida ao crime. Destarte, o Direito brasileiro, bebendo de ambas as fontes anglo-saxã e norte-americana, adotou as duas vertentes do juiz natural, proibindo o tribunal de exceção e empregando a pré-constituída competência para julgamento do fato.

No mesmo sentido está o princípio do promotor natural. Conforme Nucci³⁵, este princípio:

[...] significa que o indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado, previamente designado por lei, vedada a indicação de acusador para atuar em casos específicos. Não está esse princípio expressamente previsto na Constituição, embora se possa encontrar suas raízes na conjugação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, o princípio do promotor natural é um princípio constitucional implícito que decorre do princípio do juiz natural, visto que o acusado não apenas deve ser julgado de maneira imparcial, mas também terá direito de ser acusado imparcialmente.

A imparcialidade do juiz também está prevista no Pacto de San José da Costa Rica³⁶.

³⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 34.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 64.

³⁶ "Art. 8º

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

2.2.9 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade encontra previsão constitucional nos artigos 5.º, incisos LX, XXXIII, e 93, IX³⁷, da Constituição Federal.

Conforme Nucci, o princípio da publicidade significa que “os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo”³⁸. Esta publicidade reflete, inclusive, o controle social dos atos e decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Todavia, há algumas exceções que a própria Constituição Federal torna possível a restrição da publicidade. Uma delas ocorre quando houver a intimidade exigir ou houver interesse social. Neste caso, o juiz tem a faculdade de limitar o acesso à certos atos processuais ou até mesmo aos autos do processo, apenas às partes envolvidas (artigo 5.º, LX, CF).

Afirma Nucci que “até mesmo o réu pode ser afastado da sala, permanecendo o seu advogado”³⁹. Contudo, jamais ocorre o sigilo total, pois não é possível que o magistrado prossiga com o processo sem a presença das figuras de acusação e defesa. Importante ressaltar

acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

³⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58.

³⁹ Op. cit. nota 38.

que a partir da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), o artigo 93, inciso IX, foi modificado para descrever a publicidade como regra e o sigilo como a exceção.

Por fim, o princípio da publicidade também está previsto no artigo 8, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica⁴⁰.

Assim sendo, após uma breve apresentação revisional dos princípios constitucionais e previsões dos direitos do acusado nos tratados de Direitos Humanos relacionados a persecução penal, partimos para a análise do *plea bargain*, suas origens e o seu funcionamento nos Estados Unidos.

⁴⁰ "Art. 8º

[...]

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça." In BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

3 PLEA BARGAIN: O ACORDO CRIMINAL OU “PROCESSO ABREVIADO”

O Pacote Anticrime, já aprovado e promulgado na forma da Lei nº 13.694/2019⁴¹, fora idealizado pelo atual Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro. No original Projeto de Lei nº 882/2019, havia uma previsão que importava um método norte-americano para as terras tupiniquins: o *plea bargain* (ou *bargaining*). Mas em quê consiste essa prática?

3.1 O PLEA BARGAIN NOS ESTADOS UNIDOS

Albert Alschuler⁴² escreveu um vasto artigo sobre a história do *plea bargain* de modo a encontrar suas raízes. Assevera o autor que tratados jurídicos e relatos de casos indicam que por muitos séculos as cortes anglo-americanas não endossavam a admissão de culpa, mas ativamente as desencorajavam. Contudo, esta situação persistiu somente até a segunda metade do século XIX, quando se verificam evidências embrionárias da origem do *plea bargain*, sendo assim, consiste em uma prática relativamente recente.

O professor de Direito e História Jurídica da Universidade de Yale, John H. Langbein⁴³, esclarece que o *plea bargaining* é um procedimento sem julgamento, isto é, uma prática que não obedece ao design da Constituição estadunidense, visto que a 6ª Emenda⁴⁴

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 13.694/2019**. Brasília, DF : Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁴² ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Colum L. Rev.**, v. 79, p. 1, 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 05 de ago. 2019.

⁴³ LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Faculty Scholarship Series**, Paper 544, 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁴ "Amendment 6 - In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence."

Tradução nossa: "Sexta Emenda - Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado."

In ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**. 1787. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 15 fev. 2020.

garante o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Entretanto, essa prática aos poucos foi sendo encorajada pela Suprema Corte⁴⁵.

Atualmente, cerca de 97,1% (noventa e sete inteiros e um décimo por cento) dos casos criminais nos Estados Unidos são resolvidos por acordos criminais⁴⁶. Inclusive, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que o *plea bargain* já não é apenas parte da justiça criminal, mas é a própria justiça criminal⁴⁷. Desta forma, vejamos como estes acordos funcionam.

3.2.O FUNCIONAMENTO DO PLEA BARGAIN

Como visto, o *plea bargain* se define como um acordo entre a acusação e a defesa, no qual o acusado admite a culpa do crime imputado em troca de uma pena mais branda. Assim, o *plea bargain* possibilita que o acusado pule um lento processo e evite uma sentença que poderia ser robusta em comparação com a acordada.

Nos Estados Unidos, um acordo de *plea bargain* tem natureza jurídica vinculativa, pois se trata de um contrato entre o órgão de acusação e o réu. Importante ressaltar que o réu e o promotor devem escrever e registrar a barganha como forma de garantia da existência desta.⁴⁸

⁴⁵ “Nevertheless, on account of its efficiency, plea bargaining has won the endorsement of the Supreme Court as ‘an essential component of the administration of justice’ (*Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260, 1971). Chief Justice Burger explained there that plea bargaining ‘is to be encouraged’ because ‘[i]f every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.’”

Tradução nossa: “No entanto, devido à sua eficiência, o acordo criminal ganhou o apoio da Suprema Corte como ‘um componente essencial da administração da justiça’ (*Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260, 1971). O Chefe de Justiça [mais alto cargo da Suprema Corte] Burger explicou que o acordo criminal ‘deve ser incentivado’ porque ‘se toda acusação criminal fosse submetida a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar várias vezes o número de juízes e instalações judiciais’.”

In LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Faculty Scholarship Series**, Paper 544, 1979, p. 272. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers>. Acesso em: 05 ago. 2019.

⁴⁶ Vide Figura 3.

⁴⁷ O juiz da Suprema Corte Anthony Kennedy afirmou no caso *Missouri v. Frye* que o *plea bargain* havia se tornado central para a justiça criminal norte americana e citou “That is what plea bargaining is. It is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system.”

Tradução nossa: “Isto que é o acordo penal. Não é um complemento do sistema de justiça criminal; ele é o sistema de justiça criminal.”

In SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, **Missouri v. Frye**, 2011. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-444.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁴⁸ LAW FIRMS. **How plea bargaining works.** [Online]. Disponível em: <<https://www.lawfirms.com/resources/criminal-defense/defendants-rights/how-plea-bargaining-works.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

Ambas as partes envolvidas no contrato devem obedecer aos termos acordados. Inclusive, algumas cláusulas comuns de *plea bargain* são aquelas que incluem admitir culpa em uma data específica, cooperar na investigação de outra denúncia ou até mesmo testemunhar contra outro réu⁴⁹.

Se alguma das cláusulas do acordo for eventualmente quebrada pelo acusado, a barganha deve ser revogada. Contudo, se o promotor romper o acordo, o réu poderá solicitar que o promotor siga o acordo ou que este seja totalmente anulado. Isso geralmente ocorre quando o promotor assegura que não apresentará acusações subsequentes em troca de uma confissão de culpa, mas acaba fazendo-o.⁵⁰

Cumpre salientar que a validade do *plea bargain* depende de três componentes essenciais: uma renúncia consciente de direitos; esta renúncia deve ser voluntária; bem como a existência de uma base factual para apoiar as acusações às quais o réu está se declarando culpado.⁵¹

As principais razões de uma barganha ser oferecida pelo promotor ao réu consistem no tempo e custo evitados pelo réu para se defender no julgamento, bem como o risco de uma punição mais severa e a publicidade envolvida; enquanto ambos os lados são poupadados da incerteza de ir a um julgamento, o sistema é poupado do encargo de conduzir um julgamento por cada crime cometido.⁵²

Ressaltamos que o *plea bargain* é um processo completamente privado. Ninguém além do réu, do advogado de defesa, do promotor e, às vezes, do juiz, estão presentes na sala de conferências, isto é, nem mesmo a vítima. Do mesmo modo, os detalhes de uma barganha não são divulgados ao público até que esta tenha sido acordada por todas as partes envolvidas. Contudo, algumas jurisdições estadunidenses estão permitindo que a vítima ou as vítimas do réu tenham voz no processo de barganha judicial.⁵³

Todavia, a maioria das barganhas deve ser aprovada por um juiz em um tribunal antes de ser posta em prática. Portanto, o *plea bargain* não pode ser aprovado por um juiz até que ambos os lados do processo concordem com os termos da barganha. Quando apresentado o acordo judicial ao juiz, este perguntará a ambos os lados se eles aprovam os termos. Caso um dos lados não aprovar os termos, os dois lados devem chegar a um acordo.⁵⁴

⁴⁹ Op. cit. nota 48.

⁵⁰ Op. cit. nota 48.

⁵¹ Op. cit. nota 48.

⁵² Op. cit. nota 48.

⁵³ Op. cit. nota 48.

⁵⁴ Op. cit. nota 48.

Entretanto, apesar da aparente celeridade e eficiência, é importante ressaltar que este fenômeno corroborou para um crescimento da população carcerária estadunidense, conforme afirma Mueller⁵⁵.

A seguir, analisamos estudos feitos por diversas entidades sobre o hiperencarceramento nos Estados Unidos, de maneira a demonstrar como este aumento está diretamente relacionado com a implantação dos acordos criminais nas terras estadunidenses.

3.3 DAS ORIGENS ATÉ OS DIAS ATUAIS: OS EFEITOS DO *PLEA BARGAIN* NOS APRISIONAMENTOS NOS ESTADOS UNIDOS

O *Institute for Crime & Justice Police Research* (ICPR)⁵⁶ da Universidade de Londres é um grupo de estudos criminais que criou o *World Prison Brief*, uma enorme base de dados on-line e pública sobre as taxas de encarceramento ao redor do globo, demonstrando números e porcentagens por cada país, com detalhamento sobre o total líquido da população carcerária, a taxa de indivíduos aprisionados, a quantidade de presos provisórios, a porcentagem de mulheres ou estrangeiros presos, bem como uma análise do nível de ocupação dos encarcerados.

O estudo é recorrentemente atualizado pelo *Institute for Crime & Justice Police Research* e envolve a colaboração de parceiros de pesquisa, de organizações da sociedade civil e políticos, com o objetivo de informar e promover o debate sobre a temática, bem como fomentar reformas.

A seguir, utilizando o *World Prison Brief*, analisamos o último estudo atualizado em novembro de 2018, que reportava o enorme número de 11 (onze) milhões de pessoas encarceradas no mundo. Conforme o estudo especializado, tomando por base o número líquido de encarcerados em cada país, nos deparamos com a seguinte conjuntura⁵⁷:

⁵⁵ MUELLER, Christopher B. Make Him an Offer He Can't Refuse-Mezzanatto Waivers as Lynchpin of Prosecutorial Overreach. *Mo. L. Rev.*, v. 82, 2017, p. 1052. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941731>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁵⁶ O *Institute for Crime & Justice Police Research* (ICPR) foi criado pelo professor Mike Hough em 2003, como o órgão sucessor da Unidade de Pesquisa de Políticas Criminais da Universidade de South Bank. Desde 2010, o ICPR está sediado na Faculdade de Direito de Birkbeck, Universidade de Londres, que é um centro de pesquisas e bolsas de estudos jurídicas de classe mundial.

A pesquisa do ICPR abrange muitas partes do sistema de justiça, com um foco particular em três grandes áreas temáticas: policiamento e policiados; tribunais, usuários dos tribunais e processo judicial; e prisões e o uso da prisão.

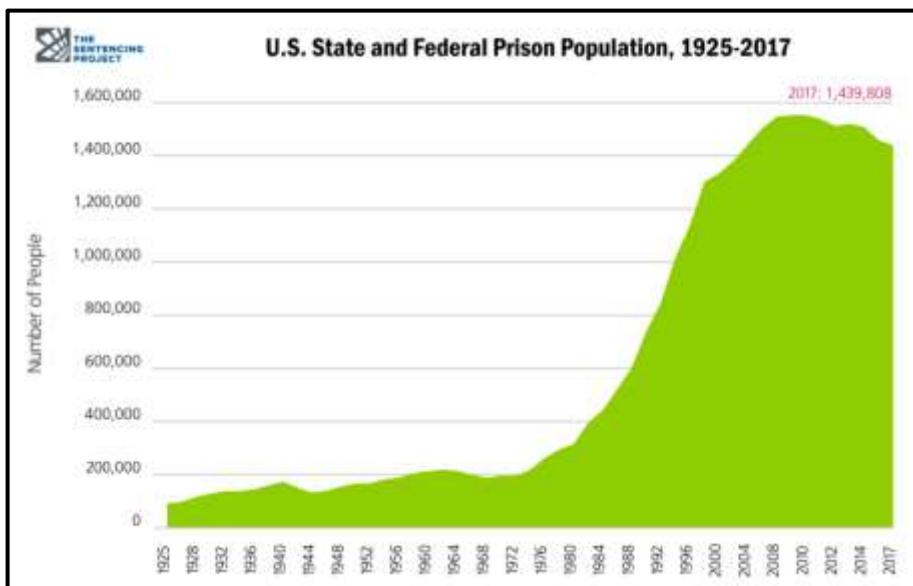
⁵⁷ WORLD PRISON BRIEF. **Highest to lowest prison population.** [on-line]. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 15 fev. 2020.

Ranking	Title	Prison Population Total
1	United States of America	2 121 600
2	China	1 700 000
3	Brazil	773 151
4	Russian Federation	519 618
5	India	466 084
6	Thailand	371 461
7	Turkey	286 000
8	Indonesia	269 062
9	Iran	240 000
10	Philippines	215 000

Figura 1 – Reprodução de uma tabela do site *World Prison Brief* que apresenta um ranque do número de encarcerados por cada país com base no estudo do *Institute for Crime & Justice Police Research*.

Nota-se que os Estados Unidos figuram no topo do ranque, com um total de 2.121.600 (dois milhões, cento e vinte e um mil e seiscentos) encarcerados. Contudo, é importante ressaltar que nem sempre este foi o patamar nas terras estadunidenses. Este número disparou consideravelmente nos últimos anos.

Sobre este crescimento, vejamos outro panorama por meio de uma pesquisa realizada pelo *Bureau of Justice Statistics*⁵⁸ que aborda o crescimento da população carcerária nos Estados Unidos entre os anos de 1925 e 2017:



⁵⁸ Fundado em 1979, o *Bureau of Justice Statistics* é uma agência do governo federal pertencente ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos e também uma agência principal do Sistema Estatístico Federal dos Estados Unidos.

Seus objetivos principais são coletar, analisar, publicar e disseminar informações sobre crimes, criminosos, vítimas de crimes e a operação de sistemas de justiça em todos os níveis do governo. Esses dados são críticos para os formuladores de políticas federais, estaduais e locais no combate ao crime e na garantia de que a justiça seja eficiente e imparcial.

Figura 2 – Reprodução de um gráfico do site *The Sentencing Project*⁵⁹ que apresenta uma linha do tempo do número de encarcerados em prisões federais nos Estados Unidos (entre os anos 1925-2017) com base no estudo do *Bureau of Justice Statistics*.

Conforme o gráfico acima, que apesar de englobar apenas o universo de estabelecimentos penais federais, podemos observar que o ponto inicial do crescente aumento da população carcerária nos Estados Unidos se deu a partir da década de 1980.

Ressaltamos que uma série de mudanças nas políticas de aplicação da lei e das penas desta época de resistência ao crime, aliado aos acordos criminais, resultou em um crescimento vertiginoso no encarceramento. Segundo o estudo do *The Sentencing Project*, desde o início da Guerra às Drogas, na década de 1980, o número de pessoas encarceradas por delitos de drogas nos Estados Unidos disparou de 40.900 (quarenta mil e novecentos) em 1980 para 452.964 (quatrocentos e cinquenta e dois mil e novecentos e sessenta e quatro) em 2017⁶⁰. Atualmente, conforme o *The Sentencing Project*⁶¹, há mais pessoas atrás das grades por delitos de drogas do que o número de pessoas que estavam na prisão por qualquer crime em 1980.

Para complementar, importante apresentar outro estudo conduzido no ano de 2017 pela organização internacional de Direitos Humanos chamada *Fair Trials*⁶², que resultou em um extenso trabalho denominado *The Disappearing Trial*⁶³, que significa “O desaparecimento do julgamento”. Nesta pesquisa a organização aponta, a nível global, a porcentagem de casos resolvidos por meio do sistema de *trial waiver*⁶⁴:

⁵⁹ Fundado em 1986, o *The Sentencing Project* trabalha por um sistema de justiça criminal americano justo e eficaz, promovendo reformas na política de sentenças, abordando disparidades e práticas raciais injustas e defendendo alternativas ao encarceramento. O site do projeto compila dados de justiça criminal de diversas fontes, com um recurso de dados estado por estado e demonstrações por meio de mapas, tabelas e classificações interativas.

⁶⁰ Para uma análise sobre o tema, recomendamos o documentário 13ª Emenda.

13ª Emenda. Direção: Ava DuVernay. Produção: Spencer Averick. Estados Unidos, 2016. (100 min.), Son., Color. Legendado.

⁶¹ SENTENCING PROJECT. Criminal justice facts. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁶² *Fair Trials* é uma organização internacional de Direitos Humanos fundada em 1992 que possui escritórios em Londres, Bruxelas e Washington, D.C., e que se propõe a melhorar o direito a um julgamento justo de acordo com as normas internacionais.

Os objetivos da *Fair Trials* são ajudar os suspeitos a entender e exercer seus direitos; construir uma rede engajada e informada de julgamento justo de defensores (incluindo ONGs, advogados e acadêmicos); e combater as causas subjacentes de julgamentos injustos através de pesquisa, contencioso, advocacia política e campanhas.

⁶³ FAIR TRIALS. **The Disappearing Trial: towards a rights-based approach to trial waiver systems.** 2017. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁶⁴ *Trial waiver* é o termo utilizado pela *Fair Trials* para se referir aos acordos penais. Em uma tradução nossa, o termo significa “renúncia de julgamento”.



Figura 3 – Reprodução de um gráfico do estudo *The Disappearing Trial* conduzido pela Fair Trials que apresenta a porcentagem de casos resolvidos por meio do sistema de *trial waiver*.

A partir dos dados acima apresentados, notamos que os Estados Unidos resolvem cerca de 97,1% (noventa e sete inteiros e um décimo por cento) dos casos criminais por meio da aplicação do *plea bargain*. Apesar de o gráfico indicar dados coletados no ano de 2014, ressaltamos que Alschuler, na década de 80, já alertava que a quantidade de acordos penais feitos beirava os 90% (noventa por cento)⁶⁵.

Este massivo número reflete o que o então Chefe de Justiça da Suprema Corte dos Estados Unidos dissera: o acordo criminal deve ser incentivado, pois se toda acusação criminal fosse submetida a um julgamento, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar as instalações judiciárias⁶⁶.

⁶⁵ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Colum L. Rev.*, v. 79, p. 1, 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em: 05 de ago. 2019.

⁶⁶ Vide nota 45.

Neste sentido, o Chefe de Justiça olvida que ao submeter casos criminais para a prática do *plea bargain*, os acusados estão submissos aos poderes da promotoria, que por natureza de sua função acusatória, acabam aplicando uma pena ao invés de realmente negociar com o indivíduo, o que muitas vezes resulta em uma situação de *overcharging*.

3.3.1 O problema do *overcharging* no *plea bargain*

A partir de uma tradução ao pé da letra, *overcharging* significa sobrecarga. No caso em tela, o *overcharging* ocorre quando se emprega uma acusação desproporcional ao(s) crime(s) cometido(s), uma prática também notória no cotidiano judiciário brasileiro⁶⁷. O excesso de acusação ou imputação se dá, sobretudo, pelos quase absolutos poderes concedidos aos promotores de justiça estadunidenses na seara do acordo criminal, conforme vimos.

Devido a esta sobrecarga, atualmente estudos dos Estados Unidos refletem como reverter o encarceramento em massa a partir da redução de poderes dos promotores⁶⁸. Um destes estudos é o professor Albert Alschuler, que escreveu um artigo sobre o papel dos promotores no *plea bargain*⁶⁹. O estudo foi realizado por meio de entrevistas informais com diversos promotores, advogados de defesa, juízes e outras autoridades nas jurisdições de Boston, Chicago, Cleveland, Houston, Los Angeles, Manhattan, Oakland, Filadélfia, Pittsburgh e São Francisco.

Neste estudo, Alschuler aponta que os promotores reúnem inúmeras acusações e afirmam que todos aqueles tipos penais estão sendo imputados ao indivíduo. Nesta situação, o acusado, mesmo na presença de um defensor, é praticamente forçado e confessa ter cometido somente alguns daqueles crimes, acreditando ter saído vitorioso daquela negociação. Contudo, ao observar esta prática, percebemos que as multiplicações de acusações nada mais são do que uma tática da promotoria para aplicar penas ao acusado.

⁶⁷ Vide item 4.1.1 deste estudo.

⁶⁸ Para Alkon, um dos modos de reverter o encarceramento em massa é reduzir os poderes da promotoria. In ALKON, Cynthia. An overlooked key to reversing mass incarceration: Reforming the law to reduce prosecutorial power in plea bargaining. **U. Md. LJ Race, Religion, Gender & Class**, v. 15, 2015, p. 191. Disponível em: <<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1861&context=facscholar>>. Acesso em: 05 set. 2019.

⁶⁹ ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 36, n. 1, p. 50-112, 1968. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3/>. Acesso em: 05 de fev. 2020.

Conforme Alschuler, existem dois tipos de sobrecarga acusatória: horizontal e “vertical”. Estas representam táticas que os promotores empregam para fomentar as barganhas.

Na hipótese daquilo que se denomina por *vertical overcharging*, isto é, excesso de acusação vertical, a promotoria acusa, por uma única infração, uma punição além do que é justificável factualmente. Nesta senda, entre o excesso alegado pela acusação, há uma ofensa menor pela qual o promotor realmente busca condenação.

Por outro lado, há o *horizontal overcharging*, isto é, excesso de acusação horizontal. Conforme Alschuler existem dois tipos de sobrecarga horizontal. A primeira consiste na situação em que um réu pode ser acusado de um crime separado para cada infração que ele supostamente participou. Nesta hipótese as acusações podem ser apresentadas em um esforço para induzir o réu a se declarar culpado de algumas acusações levando em troca a exclusão do resto. Um exemplo dado pelo autor ocorre quando um infrator passa uma dúzia de cheques sem fundos e o promotor apresenta uma dúzia de acusações separadas, para, ao final, aceitar a confissão de culpa por uma única ofensa.

A segunda faceta do excesso de acusação horizontal observada pelo autor é a ocorrência de fragmentação de um único delito em várias ofensas. Ressalta o autor que em Cleveland, por exemplo, cheques sem fundo são separados em três ofensas: falsificação, repasse e obtenção de propriedade por falsos pretextos. Em Boston, o padrão é o mesmo, exceto que uma quarta infração é adicionada ocasionalmente: o réu também pode ser acusado de ser uma espécie de “ladrão notório”. Evidencia também que em Manhattan, antes de uma revisão da Lei Penal de Nova York, era rotina acusar um suposto ladrão armado com quatro crimes: roubo em primeiro grau, agressão em primeiro grau, furto em primeiro grau e uso de armas ilegais.

Nesta lógica, tanto em situações de sobrecarga horizontal quanto em casos de sobrecarga vertical, a defesa geralmente está preocupada que a ameaça da promotoria não seja um mero blefe, visto que acreditam que esta ameaça poderia ser concretizada se o réu não viesse a cooperar com a confissão de culpa.

Afirma Alschuler que para que a lei criminal alcance seus objetivos, deve-se dar atenção cuidadosa a cada uma de suas questões básicas. Conforme o autor, questões de culpa ou inocência e questões de tratamento – considerando que o acusado é tratado como culpado – não devem ser vistas como subcategorias.

Vencida a explicaçāo prática do *plea bargain*, devemos nos debruçar sobre as razões pelas quais se cogita a possibilidade de aplicação deste método *nontrial*⁷⁰ no direito brasileiro.

⁷⁰ Método *nontrial* significa, em uma tradução nossa, “sem julgamento”.

4 O ACORDO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Críticas à parte, o *plea bargain* pode ser considerado uma cristalização dos princípios da economia processual e da eficiência. Um processo que geralmente duraria meses, talvez anos, é otimizado para um encontro de poucos minutos.

Devemos notar que o *plea bargain* não deve ser entendido como um fenômeno isolado no contexto brasileiro. Para entender o porquê do surgimento desta modalidade no Pacote Anticrime, é preciso perceber que o Novo Código de Processo Civil tem papel fundamental para essa onda de eficiência processual, pois, na época da comissão para elaboração daquele código, foram apontados três problemas: o excesso de formalidade, o grande número de processos⁷¹ e a prodigalidade recursal.

Em razão disto, com a abertura dada pelo Novo Código de Processo Civil, o método estadunidense parece ser uma tentadora saída para os entraves enfrentados no processo brasileiro, sobretudo no contencioso criminal.

Com o *plea bargain*, no qual ocorre um tipo de negociação entre o órgão da acusação e a defesa, resultando na confissão do acusado e aplicação imediata de uma pena reduzida, percebe-se a informalidade – pois apenas se trata de um acordo oral entre o acusado e acusador, podendo ser reduzido a forma escrita – e a rapidez – um encontro que perdura pouquíssimo tempo – surgem para solucionar os problemas de um judiciário abarrotado e moroso.

Contudo, conforme vimos, este fenômeno corroborou para um crescimento da população carcerária estadunidense. Entretanto, é possível a aplicação desta prática no país. Um movimento antropofágico, como diria Oswald de Andrade e Tarsila do Amaral, usando da metáfora do canibalismo, do consumo de práticas estrangeiras para a realidade brasileira.

Ainda que o Congresso Nacional tenha descartado a ideia do acordo penal quando na deliberação do projeto, o *plea bargain* poderá ser uma realidade brasileira, visto que a implantação deste sistema no Brasil é um dos projetos do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Assim, vejamos como o acordo criminal estava originalmente previsto e as suas nuances.

⁷¹ Conforme dados do CNJ, um em cada dois brasileiros litiga. In CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília : CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso 05 de fev. 2020.

4.1 O PROJETO DE LEI ANTICRIME

No dia 04 de fevereiro de 2019, o atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, apresentou uma proposta de alteração de 14 (catorze) leis federais denominado “Projeto de Lei Anticrime”, o qual no decorrer do tempo sofreu algumas alterações ao perpassar diversas comissões no Congresso Nacional e finalmente foi publicada na forma da Lei nº 13.694/2019 no dia 24 de dezembro de 2019. O objetivo do referido projeto era estabelecer medidas contra crimes praticados com grave violência à pessoa, a corrupção e o crime organizado.

No entanto, as alterações almejadas transcendiam a sugestão da ementa. Explicamos, ao analisar o acordo criminal propriamente dito, como a implantação deste sistema proposto no anteprojeto atinge diretamente garantias fundamentais, normas penais e processuais penais, bem como aspectos da execução criminal.

Na redação proposta no Projeto de Lei nº 882/2019⁷², o acordo penal propriamente dito estava assim previsto:

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;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 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.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 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.

⁷² BRASIL. Projeto de Lei nº 882/2019. Brasília, DF : Câmara Legislativa, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: 06 set. 2019.

§ 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.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 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.

À primeira vista, a proposta de acordo penal propriamente dita do artigo 395-A teria cabimento para quaisquer crimes, independente da escala penal (*caput*), bem como seria aplicável também aos reincidentes (conforme §10), ou na hipótese de haver “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.

Por outro lado, conforme a Nota Técnica do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais ao Projeto de Lei Nº 882/2019⁷³, há critérios objetivos para a negociação das penas. O §2º limita a negociação a apenas metade das penas privativas de liberdade. Todavia, há uma ampla margem de discricionariedade no que diz respeito à fixação do regime de cumprimento de pena.

No que concerne às penas restritivas de direito, importante ressaltar que o projeto de lei reproduz o que se aplica hodiernamente: as penas restritivas de direito podem substituir as penas privativas de liberdade. Isto orienta o intérprete a homologar o acordo quando o consenso entre as partes estiver de acordo com o previsto no artigo 44 do Código Penal⁷⁴. De

⁷³ CONDEGE. **Nota Técnica ao Projeto de Lei Nº 882/2019.** Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. [on-line]. 2019. Disponível em: http://www.condege.org.br/images/condege/arquivos-2019/abril/NOTA_TÉCNICA_CONDEGE_-_PL_882_2-compactado.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁷⁴ “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.”

In BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 1940.** Brasília, DF : Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

outro modo, não haveria substituição quanto as penas restritivas de direito, nem se falaria em limitação de até a metade quanto as penas privativas de liberdade.

Para celebração do acordo penal, é exigido o recebimento da denúncia, havendo indícios mínimos de autoria e materialidade dos fatos sobre os quais o acordo poderá ser firmado. Após o recebimento da denúncia, são requisitos para o acordo: I) a confissão circunstanciada; II) limite para a redução da pena corporal; III) equiparação do acordo homologado a sentença penal condenatória; IV) impossibilidade de renúncia estatal à pena de multa; bem como a V) necessidade de estipular-se montante indenizatório mínimo a favor da vítima.

Estas exigências revelam um notório desequilíbrio na relação negocial, deste modo sendo relegado o princípio de paridade de armas entre o Estado e o indivíduo. Neste acordo, a acusação somente teria que “abrir mão” da pena como cominada e da produção de provas, sendo alcançado o acordo com os efeitos da sentença penal condenatória sem desobrigar-se do ônus da prova dos fatos narrados na denúncia. Estes fatos que, inclusive, podem ser exagerados, dando espaço ao excesso acusatório (*overcharging*).

4.1.1 O problema do excesso de acusação (*overcharging*)

O excesso de acusação ou imputação não é um problema meramente estadunidense, como estudamos⁷⁵. O Brasil também sofre desta infâmia no processo penal.

Ainda que não exista obstáculo legal expresso, estando ausente do processo tradicional o ajuste da imputação (*emendatio libelli*) no momento do recebimento da denúncia (juízo de deliberação), o único filtro judicial sobre a imputação se daria apenas após o encerramento da instrução probatória, conforme o artigo 383⁷⁶ do Código de Processo Penal. Este dispositivo, por estar disposto em um capítulo relativo à sentença, inclina o intérprete a não diminuir a imputação descrita na denúncia senão no momento de prolatar a sentença, após a produção de provas.

Nesse sentido, como no acordo penal não há produção de provas, visto que as partes devem renunciar este direito expressamente ou porque só caberia antes da instrução, a prática

⁷⁵ Vide item 3.3.1.

⁷⁶ “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

In BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 1941. Brasília, DF : Presidência da República, 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

do *overcharging* seria fortalecida, visto que sem nenhuma possibilidade de filtragem judicial, a acusação poderia alcançar uma pena mais alta, sem observar o disposto no §2º.

O contraponto desta situação seria a previsão no §7º, que ao tratar das intervenções judiciais no acordo penal, permite ao juiz não homologar o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou desproporcional à infração, bem como se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Todavia, o cotidiano forense não nos encoraja a dizer que esta filtragem ocorreria.

Sobre o excesso de acusação no Brasil, importante ressaltar o mapeamento da análise judicial de casos relacionados à Lei de Drogas⁷⁷, uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro⁷⁸ em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD).

A referida pesquisa, ao analisar 2.591 (duas mil e quinhentas e noventa e uma) sentenças na Capital e Região Metropolitana do Estado, envolvendo 3.735 (três mil e setecentos e trinta e cinco) réus, revelou que o Ministério Público estadual promove mais acusações por tráfico (artigo 33 da Lei de Drogas⁷⁹) em acúmulo material (artigo 69 do Código Penal) com o crime de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei de Drogas) do que isoladamente apenas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Em número líquido, 1.595 (mil e quinhentos e noventa e cinco) casos, isto é, 42,70% (quarenta e dois inteiros e setenta décimos por cento), em que a denúncia imputava de modo acumulado os dois crimes (artigo 33 + artigo 35), por outro lado, 1.504 (mil e quinhentos e

⁷⁷ Uma vez que nos Estados Unidos o crescimento vertiginoso da população carcerária se deu por meio de uma Guerra às Drogas em conjunto com a aplicação do *plea bargain*, optamos por utilizar do recorte das acusações relacionadas a mesma matéria, que notoriamente são a maior causa do encarceramento brasileiro.

De acordo com os dados de 2015 do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DEPEN/MJSP), "[...] se considerarmos os tipos penais propriamente ditos, temos que **os crimes de roubo e tráfico de entorpecentes respondem, sozinhos, por mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas atualmente na prisão**. É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de crimes de tráfico de drogas - categoria apontada como **muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas**." (grifo nosso)

In BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto: pesquisa e análise de dados vinculados ao campo da segurança pública e sistema penitenciário**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, DF : Ministério da Justiça. 2016. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/fbsp_termoparceria_3/relatorio-descritivo-e-analitico.pdf/view. Acesso em 05 fev. 2020.

⁷⁸ RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. **Relatório final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ : Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 11.343/06**. Brasília, DF : Presidência da República, 2006 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

quatro) casos de imputação isolada no crime de tráfico (artigo 35), ou seja, 40,27% (quarenta inteiros e vinte e sete décimos por cento).

O resultado desses processos em primeira instância demonstra que 484 (quatrocentos e oitenta e quatro) casos, ou seja, em 30,34% (trinta inteiros e trinta e quatro décimos) a condenação se limitou ao crime do artigo 33, enquanto 50 (cinquenta) casos, isto é, 3,13% (três inteiros e treze décimos por cento) apenas ao delito do artigo 35.

Todavia, o aspecto interessante do estudo em tela revela que cerca da metade do total de casos (772 de um total de 1.595) em que havia acumulação não houve condenação por ambos os delitos que haviam sido imputados. Sendo assim, apenas 48,40% (quarenta e oito inteiros e quarenta décimos por cento) da imputação denunciada foi acolhida integralmente, deste modo, podemos aferir a prática do excesso de imputação (*overcharging*).

Levando em consideração o aspecto do *overcharging* apresentado, se o filtro judicial apenas é aplicado no momento da sentença, conforme o artigo 383 do Código de Processo Penal, na seara do acordo criminal observaríamos o Ministério Público perfazendo imputações além do factual, visto que hoje em dia já existem denúncias superdimensionadas.

No acordo criminal propriamente dito, de um lado estaria o acusado, com seu defensor ou advogado constituído, perante a instituição da promotoria, com seu papel de acusação e delimitação da pena. Trata-se de uma situação que quebra o princípio de paridade de armas. Ao final do dia, não há negociação alguma entre as partes, pois o Ministério Público não empreenderia esforços em busca da verdade real, pois sua função é naturalmente acusatória. Some-se a isso que o Ministério Pùblico aderiu a política de metas de produtividade.

Contudo, metas de produtividade não devem tolher direitos. Quando tratamos do acordo penal propriamente dito, estamos falando de um sistema já falido em seu país de origem, que causou inúmeros colapsos no sistema processual penal e carcerário, efeitos estes os quais atualmente se busca consertar. Neste sentido, diria Didier⁸⁰ que “[...] o processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional.”

Trata-se de uma prática que desmonta tudo aquilo que edifica o baluarte do devido processo legal, todos os princípios trabalhados no início deste estudo e que decorrem da dignidade da pessoa humana. Qual a vantagem de obstar direitos em nome de uma eficiência que se mostrou falha em suas raízes?

Evidente que em razão de um pragmatismo e a busca por eficiência a proposta se mostra como uma boa opção, que coaduna com princípios de uma nova geração processual

⁸⁰ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol.1. 16. ed. Salvador : JusPodivm, 2014, p. 67.

em que impera o dinamismo. Entretanto, estaríamos assim relegando não apenas o devido processo legal, mas também o direito à liberdade, o submetendo a mera vontade das partes, quando na realidade trata-se de um direito fundamental e indisponível previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Além do excesso de acusação, outro problema a ser apontado na aplicação do *plea bargain* no Brasil trata-se da defesa técnica.

4.1.2 O problema da defesa técnica

A Suprema Corte estadunidense, ao deliberar sobre a constitucionalidade do acordo penal (no caso *Brady v. USA*, em 1970), estipulou as seguintes condições para validade do termo:

[...]

- a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos;
- b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis;
- c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão;
- d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre o seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.** (grifo nosso)⁸¹

No que diz respeito a este último ponto ressaltado pela Suprema Corte estadunidense, isto é, a presença de uma defesa técnica efetiva, importante salientar que a quantidade Defensores Públicos no Brasil não atende a exigência constitucional da Emenda n.º 80, de 04 de junho de 2014, que prevê um defensor público para cada órgão jurisdicional.

Isto posto, apontamos que inicialmente seria necessário sanar esta distorção da defesa para edificar a defesa criminal, principalmente perante a probabilidade de adoção do instituto processual da barganha.

Do outro lado do *overcharging*, poderíamos prenunciar uma prática nada salutar dos advogados dativos. Nos casos em que os assistidos não puderem ser atendidos pelo patrocínio da advocacia pública (responsável pela maioria dos casos criminais), serão constituídos advogados dativos, os quais poderão colocar os acusados em meio a acordos penais exorbitantes, semelhante a algo que já acontece atualmente, quando inúmeras defesas são

⁸¹ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, **Brady v. USA**, 1970, p. 115. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/> Acesso em: 15 fev. 2020.

feitas de qualquer modo. O acordo criminal, neste caso, apenas potencializaria o descuido com as várias causas trazidas para a advocacia pública.

Findada a análise sobre o texto do projeto de lei, partimos para um exame comparado entre os Estados Unidos e o Brasil.

4.2 ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA: BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O *PLEA BARGAIN* NO BRASIL A PARTIR DO CASO DOS ESTADOS UNIDOS

Notamos em um tópico anterior que a causa do crescimento carcerário estadunidense está intrinsecamente relacionado ao uso do acordo criminal e a política de Guerra às Drogas implantada na década de 80. Por meio de uma análise de dados, constatamos que o acordo criminal, usado em larga escala, é o responsável pelo maior encarceramento do mundo.

Trazer este instituto processual de acordo penal para a realidade brasileira resultaria em consequências drásticas. Como visto, possuímos problemas sérios com relação ao excesso de acusação bem como a falta de defesa técnica efetiva. Além destes aspectos, devemos levar em consideração o espantoso número de pessoas que são presas por delitos relacionados à Lei de Drogas⁸².

Assim como nos Estados Unidos, não seria uma surpresa se o acordo criminal desembocasse em um exponencial crescimento carcerário no Brasil, que, diga-se de passagem, já figura como terceiro no ranque mundial de encarceramento⁸³.

Conforme dados do projeto Geopresídios⁸⁴ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), esta é a situação atual do déficit de vagas nos presídios brasileiros:

⁸² Vide nota 76.

⁸³ Vide figura 1.

⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Projeto Geopresídios: dados das inspeções nos estabelecimentos penais.** 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 15 fev. 2020.

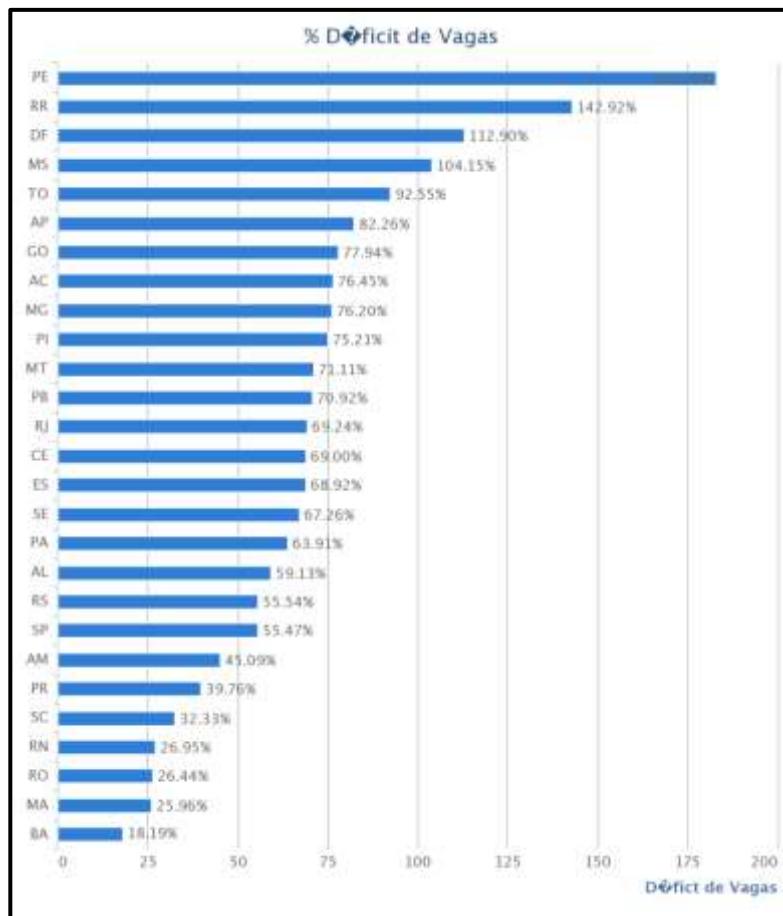


Figura 4 – Reprodução de um gráfico do estudo desenvolvido pelo projeto Geopresídios do Conselho Nacional de Justiça.

A partir do estudo do Geopresídios, que toma como base o Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), percebemos que em todas as unidades federativas do país há um déficit de vagas.

Um quadro nacional desta radiografia do sistema prisional traz a tona que o Brasil possui cerca de 2.786 (dois mil e setecentos e oitenta e seis) estabelecimentos penais e 433.750 (quatrocentas e trinta e três mil e setecentas e cinquenta) vagas. Contudo, contamos com quase o dobro de encarcerados em relação ao número de vagas.

Conforme o relatório do ano de 2019 do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP)⁸⁵ do Conselho Nacional de Justiça⁸⁶, no Brasil há pelo menos 812.564 (oitocentos e

⁸⁵ O escopo do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões é construir um conjunto de ferramentas para fazer a gestão da população carcerária, automatizando a inclusão, emissão e edição de peças processuais, de modo que possibilitará também o acompanhamento da progressão da pena.

doze mil e quinhentos e sessenta e quatro) presos. Este mesmo relatório aponta o aumento da população prisional brasileira em um ritmo de 8,3% (oito inteiros e três décimos) ao ano, sendo provável que o número de presos chegue a quase 1,5 milhão em 2025.

Conforme os dados observados, ousamos dizer que este número chegaria anos mais cedo com a implantação do acordo penal. O sistema carcerário brasileiro, já afetado pelo Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF⁸⁶, restaria ainda mais agravado.

Neste sentido, partimos para a análise da constitucionalidade do *plea bargain* no Brasil a partir do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional.

4.3 ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO PLEA BARGAIN NO BRASIL

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi cunhado na Corte Constitucional Colombiana no ano de 1997 diante de uma situação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais.

Em linhas gerais, conforme a Corte Constitucional Colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional se configura diante dos seguintes aspectos:

I) é grave, permanente e generalizada a violação aos direitos fundamentais, que atinge um número amplo e indeterminado de indivíduos;

II) há evidente omissão reiterada de vários órgãos estatais no implemento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que, inertes, deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para prevenir e superar essa violação, resultando em uma falha na estrutura nos âmbitos político e administrativos;

III) a solução para o problema necessita ser construída pela atuação coordenada de todos os órgãos responsáveis, de maneira que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais.

Assim sendo, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional permite que o juiz constitucional imponha aos Poderes Públicos a adoção de medidas urgentes para o

⁸⁶ G1, artigo de Luiz Felipe Barbiéri. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml> Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸⁷ A ADPF nº 347 foi protocolada no dia 27/05/2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para reconhecer a violação de direitos fundamentais da população carcerária e determinar a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

afastamento das violações de direitos fundamentais, bem como supervisionar a efetiva implantação.

No Brasil, o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, por meio da ADPF nº 347/DF. Na ocasião, o STF entendeu que no sistema carcerário brasileiro:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprensável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.⁸⁸

A decisão, desde então, tornou-se um divisor de águas. A maior autoridade do Poder Judiciário havia reconhecido que as violações de direitos humanos e fundamentais, bem como a desobediência a preceitos básicos presentes na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), aconteciam nas “masmorras” brasileiras.

Na época, a tese foi combatida por vários doutrinadores do Direito Constitucional, entre estes Lenio Streck⁸⁹, que considerou o Estado de Coisas Inconstitucional uma espécie de ativismo judicial, um objeto agradável ao qual todos poderiam se colocar a favor, sem nenhum ou pouco impacto na realidade.

Anos após o reconhecimento do conceito pelo STF, podemos afirmar que Streck estava certo. Apesar da boa intenção, o Estado de Coisas Inconstitucional não mudou praticamente nada no cenário carcerário. A ausência de coordenação institucional para a solução do problema demonstra a situação de inércia que corrobora para os problemas estruturais na efetiva concretização da Constituição, da legislação infraconstitucional e dos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

A ausência de medidas administrativas, orçamentárias e legislativas enérgicas representa esta falha estrutural que gera tanto a violação sistêmica dos direitos quanto a permanência e até piora da conjuntura do cárcere. Como se não bastasse o estado atual, surge para o Brasil a ideia de implantar um procedimento abreviado, o acordo criminal. Mas antes

⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo** [on-line]. Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 15 fev. 2020.

de adentrar na análise de sua constitucionalidade, objetivando elucidar com clareza a negociação penal, passamos a examinar outro instituto que está positivado na Lei Anticrime: o acordo de não persecução penal.

4.3.1 O acordo de não persecução penal e o *plea bargain*: uma comparação entre os institutos

A Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019) alterou as hipóteses do arquivamento de inquéritos policiais no Código de Processo Penal, de maneira a positivar, no artigo 28-A⁹⁰ do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal para os crimes cometidos sem violência. Todavia, este novo regramento tem trazido discussões além do Ministério Público.

O acordo de persecução penal é um instituto criado pelo artigo 18⁹¹ da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que surge como método alternativo ao processo penal, visto que evita a instauração de uma ação penal. Neste ponto, é semelhante ao *plea bargain*.

Inicialmente, este acordo de persecução penal objetiva reforçar a transação penal e reduzir o número de encarcerados, os afastando da pena privativa de liberdade. Nos termos do artigo 18 da Resolução supramencionada, o acordo apenas abarca crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que a pena mínima cominada seja inferior a quatro anos. Desta maneira, estamos diante de um método de resolução de conflitos diferente da tradicionalmente conhecida.

Conforme Lopes Júnior e Josita⁹², para que haja o oferecimento do acordo de não persecução pelo Ministério Público, é necessário que:

[...] a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o agente confesse o crime; c) a pena em abstrato seja inferior a 4 anos; d) não seja crime

⁹⁰ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:” In BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 1941**. Brasília, DF : Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

⁹¹ “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:”

In CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 181/2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

⁹² LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. [on-line]. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 mar. 2020.

praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (doloso); e) não seja crime de violência doméstica f) não seja o agente reincidente; g) não seja cabível a transação; h) o agente não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual (aplica-se a Súmula 444 do STJ ao caso); e, i) não ter sido beneficiado nos últimos 5 anos com ANPP, transação ou sursis processual.

Ao preencher os supracitados requisitos, o representante do Ministério Público será o responsável por designar audiência em seu próprio gabinete ou na sede da Promotoria para o início das tratativas concernentes as condições aplicáveis ao caso, que podem ser desde a reparação do dano até a prestação pecuniária ou de serviço à comunidade, na forma da lei⁹³.

Contudo, assim como no *plea bargain*, o acordo de não persecução penal é incompatível desde o seu nascimento. Isto porque, ao visar a maior eficiência no processo, na busca pela celeridade, a Resolução 181/2017 se contrapõe ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, uma vez que conforme este dispositivo, compete privativamente a União legislar sobre direito penal e direito processual. Nesta senda, há uma resolução, isto é, um ato regulamentar abaixo da Constituição Federal, que regula temas caros ao direito penal e processual penal, afetando de maneira direta os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Nas palavras de Lenio Streck⁹⁴, a positivação do acordo de não persecução penal trouxe reforço para o papel do Ministério Público. Segundo o jurista, a institucionalização do acordo de não persecução deve vir acompanhada da obrigação de o Ministério Público disponibilizar todo o conjunto probatório, com inclusão daquelas provas favoráveis o réu. Aduz o jurista que há possibilidade, assim como no acordo criminal, de que inocentes aceitem acordos sem necessidade, ou até mesmo situações em que as provas são frágeis e haja pressão no indiciado. Desta maneira, aponta que será necessária árdua fiscalização nos acordos de não persecução.

Neste sentido, observamos que, assim como no *plea bargain*, o acordo de não persecução possui polêmicas incompatíveis com a Constituição Federal e Código Penal, visto que concede ao Ministério Público as competências de atribuir penas, uma função que legalmente pertence aos magistrados. Todavia, este instituto foi positivado no ordenamento jurídico pátrio, com imediata aplicação.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. [on-line]. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁹⁴ Em entrevista dada à Revista Consultor Jurídico, vários juristas opinaram sobre a positivação do acordo de não persecução penal. In SANTOS, Rafael. Lei reforça papel do MP, mas acordo de não persecução requer fiscalização. [on-line]. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-04/lei-reforca-papel-mp-acordo-nao-persecucao-problematico>. Acesso em: 15 mar. 2020.

Inclusive, o primeiro acordo de não persecução penal após a promulgação da Lei Anticrime ocorreu em São Paulo⁹⁵, quando o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), homologou o primeiro acordo de não persecução penal de São Paulo, em um caso que envolvia o crime de receptação de veículo ocorrido na zona norte da capital.

De mais a mais, este instituto inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime bebe da fonte da justiça negociada ou consensual no processo penal, bem como a transação penal e a suspensão condicional do processo, concedendo, portanto, certo espaço para a positivação do acordo penal. Nesta senda, passamos a analisar a compatibilidade do acordo penal com o ordenamento jurídico pátrio.

4.3.2 O *plea bargain* e a Constituição Federal de 1988: pela justiça ou pela eficiência?

A partir do que foi abordado no primeiro capítulo, que engloba os substanciais direitos e princípios do acusado no texto constitucional e nos diplomas de Direitos Humanos, passamos a analisar a constitucionalidade do acordo penal propriamente dito no ordenamento jurídico brasileiro. Como vimos, apesar do *plea bargain* ser incompatível com o disposto na Constituição dos Estados Unidos, uma vez que a 6ª Emenda dispõe do direito à um julgamento justo, a Suprema Corte endossou o seu uso, corroborando para a situação atual.

Inicialmente, é importante observar que o *plea bargain* é incompatível com o sistema judicial do Brasil. No sistema anglo-saxão do *common law* vige o princípio da oportunidade, ou seja, o Ministério Público detém a faculdade de promover a persecução penal. Por outro lado, o nosso sistema é baseado no modelo romano-germânico do *civil law*, no qual há a obrigatoriedade da ação penal pública. Na mesma linha, conforme Lopes Júnior é preciso:

[...] compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena – como a proposta pelo projeto ‘anticrime’ do governo federal – que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*).⁹⁶

⁹⁵ CONSULTOR JURÍDICO. Dipo homologa primeiro acordo de não persecução penal de São Paulo. [on-line]. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/dipo-homologa-primeiro-acordo-nao-persecucao-penal-sp>. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do ‘plea bargaining’ no projeto anticrime: remédio ou veneno. [on-line]. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 15 fev. 2020.

Nesse sentido, é verdade que o artigo 98⁹⁷ da Constituição permite a transação penal, mas apenas para crimes de menor potencial ofensivo. Todavia, como abordado, o projeto sequer delimita quais crimes poderiam ser negociados entre acusação e acusado, deixando uma abertura para uma ampla gama de delitos passíveis de negociação.

A aplicação da barganha no Brasil é patentemente inconstitucional, pois obsta a efetividade dos direitos e garantias. Em linhas gerais, trata-se de um pacto de limitação de direitos, sem nenhuma produção ou exame de provas, que em grande maioria dos casos levará a execução imediata da pena. Estaríamos trocando a resposta jurisdicional adequada pelo ideal da eficiência.

De mais a mais, há inconstitucionalidade na obrigação de confissão do acusado, uma vez que o emprego de informações obtidas diante do Ministério Público ou dos órgãos policiais não podem gerar quaisquer efeitos, pois estaríamos cerceando as garantias constitucionais do contraditório, da publicidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

O acordo criminal, em grande parte, gira em torno da imprescindibilidade da confissão do acusado. Ao utilizar este modelo, estaríamos voltando a um momento da história em que a confissão era a “rainha das provas”. Com aspectos de um sistema inquisitorial, as funções de acusação e de julgamento ficariam reunidas em apenas uma pessoa ou órgão, neste caso o Ministério Público, que negociaria e calcularia a pena, a qual apenas seria posteriormente homologada pela figura do juiz. Vimos acima que este acúmulo de poderes possivelmente resultaria na oxigenação do excesso de acusação.

Vale ressaltar que esta aglutinação na mesma pessoa das figuras do acusador e do julgador, atribuindo poderes quase exclusivos a promotoria, ofende a previsão constitucional do princípio da reserva da jurisdição⁹⁸: a função de julgar compete ao Poder Judiciário, não ao Ministério Público, que não pode impor uma pena à liberdade do indivíduo.

⁹⁷ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁹⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;”

Neste modelo de procedimento abreviado, é notório que o acusado é tratado como potencial culpado e não há equilíbrio entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, pois prepondera a preocupação quase que exclusiva com aquela primeira. Deste tratamento inicial como culpado, não seria surpresa se o acusado confessasse crimes não cometidos. Estaríamos diante de um potencial encarceramento de inocentes que aceitariam a acusação temendo uma sentença penal condenatória mais robusta, algo que já ocorre nos Estados Unidos.⁹⁹

A solução negociada ofende as garantias do contraditório e da ampla defesa insculpidas no texto constitucional. A garantia de ampla e plena defesa desemboca em outros direitos como o direito de ser ouvido, de ser informado da acusação, direito à paridade de armas, direito de não colaborar com a acusação, o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo.

Como abordado, o contraditório não apenas engloba a possibilidade do conhecimento das partes sobre os atos do processo, mas também a discussão de teses, a contraposição diante da resposta do adversário ao longo da ação. Desta maneira, o acordo penal acaba rechaçando as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que importante mencionar, são direitos individuais e, por conseguinte, cláusulas pétreas¹⁰⁰.

Evidente que não há como discorrer sobre contraditório na solução negociada, pois não existe paridade de armas entre a grande estrutura da acusação perante o acusado. Talvez, com a existência do atual juiz de garantias, que até o momento encontra-se inaplicável por

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁹⁹ O encarceramento de inocentes é uma realidade nos Estados Unidos. Resultados apresentados pelo programa *The Innocence Project* demonstraram, por meio de vestígios de DNA, que vários apenados que haviam feito acordos penais na verdade eram inocentes. Alguns casos podem ser consultados no seguinte site: <https://www.innocenceproject.org/all-cases/#plead-yes>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Sobre este ponto, recomendamos a leitura deste artigo de Scott e Stuntz, que discorre sobre indivíduos inocentes que aceitam a acusação:

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. A Reply: Imperfect bargains, imperfect trials, and innocent defendants. *Yale LJ*, v. 101, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1507&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁰⁰ "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais."

In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.

decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹, que garantindo um mínimo de lastro probatório, poderia conferir algum equilíbrio entre as partes no processo penal, mas este é um tema para outro estudo entre os institutos processuais.

Ressaltamos que toda a negociação, que poderá ocorrer apenas entre o momento do recebimento da peça acusatória e da instrução, é baseada nos elementos de informação colhidos pela acusação, ou seja, há o uso da denúncia como se prova fosse, sem a existência de contraditório, publicidade, ampla defesa e do devido processo legal.

Deste modo, os elementos de informação, que não poderiam ser a única base para uma sentença penal condenatória, passam a ser a exclusiva fundamentação para a antecipação da pena por meio do procedimento abreviado propriamente dito.

Nesse sentido, retornando ao garantismo penal de Ferrajoli¹⁰², as decisões em matéria criminal, mais que todas as outras, possuem a obrigação de demonstrar o vasto conhecimento sobre o que está sendo decidido. Para o autor, é necessário que todas as condenações criminais sejam o resultado do conhecimento e não mera manifestação de autoridade, visto que a dificuldade de obter a verdade real urge pela legitimidade no procedimento judicial da ação penal, na qual se permita o profundo conhecimento dos fatos e ampla abertura para argumentação jurídica.¹⁰³

Em suma, Ferrajoli discorre que o contraditório é essencial para um processo penal democrático, no qual os interessados possam participar ativamente e de maneira paritária, para discutir todas as questões trazidas aos autos, garantindo também uma defesa ampla.

Com a aplicação da negociação penal, a garantia da dignidade da pessoa humana no jogo processual penal é deixada de lado para dar lugar a um processo com natureza inquisitória, sem a divisão de tarefas entre julgador e acusador, concedendo excesso de poderes para a acusação e conferindo a figura do juiz um papel eminentemente homologatório de acordos em sua maioria superdimensionados.

Não se pode negar que a mudança de paradigmas ideológicos do Poder Executivo tem papel fundamental para a utilização desta experiência que não deu certo nas terras estadunidenses, visto que os projetos de segurança pública apresentados demonstram uma

¹⁰¹ O ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias.

In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado.** Portal de Notícias [on-line]. 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 32.

preocupação com a extinção impunidade a qualquer custo, e aqui se leia a aniquilação de direitos dos grupos mais vulneráveis. É certo que o Estado deve pensar em saídas para combater as injustiças, contudo, soluções rápidas e aparentemente milagrosas podem desembocar em problemas ainda maiores como os que aqui foram apresentados.

Notório que os políticos que fazem política criminal visam a justiça a todo custo com uma roupagem de garantismo penal, quando na realidade há traços de punitivismo, diríamos até seletivista¹⁰⁴, com vistas a comover e convencer os eleitores de que algo está sendo feito com relação a impunidade.

Com efeito, o acordo penal desconstrói todo o baluarte do processo tradicional. A solução negociada implica uma afronta às garantias constitucionais, as balizas fundamentais dos tratados internacionais, em suma, ofende a persecução penal democrática e o Estado Democrático de Direito.

¹⁰⁴ Estudos demonstram que a maioria dos encarcerados por acordos criminais são a população negra e latina, algo já recorrente no Brasil. Sobre esta temática, recomendamos o artigo de Carlos Berdejó. In BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: Racial disparities in plea-bargaining. **BCL Rev.**, v. 59, p. 1187, 2018. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3659&context=bclr>. Acesso em: 15 fev. 2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise sobre o *plea bargain* no ordenamento jurídico brasileiro foi realizada tomando como base a construção da Constituição Federal e o processo penal democrático a partir do conceito da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, observamos que a Constituição Federal, construída após um período sombrio da história nacional e inspirada no movimento do constitucionalismo contemporâneo, positivou o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento.

A partir desta previsão, notamos que o processo penal, antes recluso ao diploma do Código de Processo Penal, conquista um olhar constitucionalizado. Desta forma, a persecução penal passa a ser democrática, com aspectos de garantismo penal.

Neste sentido, analisamos as principais garantias do acusado à luz das doutrinas processualistas nacionais, ressaltando as previsões destes direitos tanto nos diplomas nacionais como nos documentos internacionais de Direitos Humanos.

De mais a mais, minudenciamos em que consiste o *plea bargain*, como este instituto processual penal surgiu, bem como abordamos como esse acordo é realizado entre acusação e acusado e quais os efeitos que esta solução negociada trouxe para o sistema carcerário dos Estados Unidos.

Nessa perspectiva, demonstramos que apesar de não ser compatível com a Constituição dos Estados Unidos, a Suprema Corte estadunidense endossou a prática do acordo criminal, desembocando na realização de inúmeras negociações que hoje são consideradas o próprio sistema criminal, dada a sua ampla utilização.

Nesta lógica, a partir da análise de dados, evidenciamos que o aumento considerável de acordos penais fechados entre acusação e acusado, aliado a uma dura política de Guerra às Drogas na década de 80, corroborou para o vertiginoso crescimento carcerário nos Estados Unidos, atualmente o país com mais pessoas encarceradas no mundo.

Ademais, demonstramos que o problema do *overcharging*, conforme juristas estadunidenses, se faz presente na seara do *plea bargain*. Adiante, percebemos por meio de estudos que o excesso de acusação também está presente nas denúncias superdimensionadas do Ministério Público.

Na sequência, dissecamos a redação original do Projeto de Lei Anticrime, tecendo comentários sobre a vaguedade dos conceitos apresentados para a aplicação do *plea bargain* no Brasil e posteriormente ressaltamos os problemas de excesso de acusação e a falta de defesa técnica efetiva para os acusados.

Além disto, fizemos uma breve análise consequencialista sobre a aplicação do acordo penal no Brasil a partir da vivência dos Estados Unidos. Levando isto em consideração, ao comparar com a experiência estadunidense, percebemos que as consequências da aplicação do instituto no Brasil seriam um espelho do que ocorreu no país com mais encarcerados no mundo.

Nesse sentido, apresentamos dados que evidenciam a superlotação dos estabelecimentos penais do país diante da quantidade atual de presos e notamos, por meio de dados, que a causa do encarceramento da maioria dos presos do país está relacionada com delitos da Lei de Drogas, assim como ocorreu nas terras estadunidenses.

Por fim, analisamos o acordo de não persecução penal em comparação com o acordo penal, bem como posteriormente nos debruçamos sobre a compatibilidade deste instituto processual penal estadunidense com a Constituição Federal a partir das garantias do acusado e concluímos pela sua inconstitucionalidade.

O objetivo do trabalho foi analisar, a partir da Constituição Federal e dos tratados e convenções de Direitos Humanos, se o acordo penal propriamente dito poderia ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro e quais as suas consequências a partir de uma comparação com a experiência estadunidense.

Concluímos, portanto, que para além da incompatibilidade do instituto com a Constituição Federal, ao examinar os graves efeitos colaterais observados nos Estados Unidos, entendemos que, na prática, teremos maior encarceramento, para além da superlotação dos presídios e violações aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

13ª Emenda. Direção: Ava DuVernay. Produção: Spencer Averick. Estados Unidos, 2016. (100 min.), Son., Color. Legendado.

ALKON, Cynthia. An overlooked key to reversing mass incarceration: Reforming the law to reduce prosecutorial power in plea bargaining. **U. Md. LJ Race, Religion, Gender & Class**, v. 15, p. 191, 2015. Disponível em:
<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1861&context=facscholar>. Acesso em: 05 set. 2019.

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. **Colum L. Rev.**, v. 79, p. 1, 1979. Disponível em:
https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. The prosecutor's role in plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 36, n. 1, p. 50-112, 1968. Disponível em:
<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3/>. Acesso em: 05 fev. 2020. Acesso em: 15 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: Racial disparities in plea-bargaining. **BCL Rev.**, v. 59, p. 1187, 2018. Disponível em:
<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3659&context=bclr>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 1992**. Brasília, DF : Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 1941**. Brasília, DF : Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto: pesquisa e análise de dados vinculados ao campo da segurança pública e sistema penitenciário**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília, DF : Ministério da Justiça. 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca->

[publica/analise-e-pesquisa/download/fbsp_termoparceria_3/relatorio-descritivo-e-analitico.pdf/view](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.343/06. Brasília, DF : Presidência da República, 2006 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.694/2019. Brasília, DF : Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 882/2019. Brasília, DF : Câmara Legislativa, 2019. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1712088&filenam_e=PL+882/2019. Acesso em: 06 set. 2019.

CONDEGE. Nota Técnica ao Projeto de Lei Nº 882/2019. Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. [on-line]. 2019. Disponível em:
http://www.condege.org.br/images/condege/arquivos-2019/abril/NOTA_TÉCNICA_CONDEGE_-_PL_882_2-compactado.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2016: ano-base 2015. Brasília : CNJ, 2016. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso 05 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução 181/2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2020.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** vol.1. 16. ed. Salvador : JusPodivm, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

G1, artigo de Luiz Felipe Barbiéri. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** 2019. Disponível em:
<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml> Acesso em: 15 fev. 2020.

KAFKA, Franz. **O processo.** Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Faculty Scholarship Series,** Paper 544, 1979. Disponível em:
https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers. Acesso em: 05 ago. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Adoção do ‘plea bargaining’ no projeto anticrime: remédio ou veneno. [on-line]. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**. [on-line]. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUELLER, Christopher B. Make Him an Offer He Can't Refuse-Mezzanatto Waivers as Lynchpin of Prosecutorial Overreach. **Mo. L. Rev.**, v. 82, p. 1052, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941731. Acesso em: 05 set. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Salvador : Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. **Psicol. clin.**, Rio de Janeiro , v. 20, n. 2, p. 201-207, 2008 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em 20 fev. 2020.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. **Relatório final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, RJ : Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

SANTOS, Rafael. Lei reforça papel do MP, mas acordo de não persecução requer fiscalização. [on-line]. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-04/lei-reforca-papel-mp-acordo-nao-persecucao-problematico>. Acesso em: 01 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. A Reply: Imperfect bargains, imperfect trials, and innocent defendants. **Yale LJ**, v. 101, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1507&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo [on-line]. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Brady v. USA**, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/> Acesso em: 15 fev. 2020.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, **Missouri v. Frye**, 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-444.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Portal de Notícias [on-line]. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>. Acesso em: 15 fev. 2020.