

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
YAGO MERHY GATTO**

REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

**Juiz de Fora
2019**

YAGO MERHY GATTO

REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof.(a) Dr.(a) Leandro Oliveira da Silva.

Juiz de Fora
2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

YAGO MERHY GATTO

REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito... submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. **Leandro Oliveira da Silva**
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr.
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2019

RESUMO

O cerne do presente artigo consiste na análise da importação do modelo de justiça norte-americano para o nosso ordenamento jurídico, principalmente através do Projeto de Lei 882/2019, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, de autoria do atual ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. A análise perpassará pela dinâmica de funcionamento do instituto do *Plea of Bargaining*, pelas diferenças existentes entre os modelos jurídicos estadunidense e brasileiro e pelos institutos de justiça negociada que já existem em nosso ordenamento. Por fim, analisar-se-á a compatibilidade da importação da justiça negociada para o Brasil, representada pelos artigos 28-A e 395-A do Projeto de Lei supracitado, a fim de se verificar se a alteração legislativa proposta abarca um conjunto de garantias mínimas fundamentais à administração de um processo penal justo.

Palavras-chave: *Plea of Bargaining*, Justiça Negociada, Processo Penal.

ABSTRACT

At the heart of this article is the analysis of the importation of the US justice model into our legal system, mainly through Bill 882/2019, currently underway in the Chamber of Deputies, by the current Minister of Justice and Security Public, Sérgio Moro. The analysis will be based on the dynamics of the Plea of Bargaining Institute, the differences between the US and Brazilian legal models and the negotiated institutions that already exist in our system. Finally, the compatibility of the importation of justice negotiated for Brazil, represented by articles 28-A and 395-A of the aforementioned draft Law, will be analyzed in order to verify whether the proposed legislative amendment covers a set of guarantees minimum standards for the administration of fair criminal proceedings.

Keywords: Plea of Bargaining, Negotiated Justice, Criminal Procedure.

1 – INTRODUÇÃO

Atualmente muito se fala sobre a crise dos sistemas jurídicos de tradição *civil law*, impulsionada por uma sobrecarga do Judiciário, pelos aumentos das taxas de criminalidade e pela demora da prestação jurisdicional. (NARDELLI, 2014, p. 331-365) No Brasil, assim como nos ordenamentos jurídicos típicos dessa tradição jurídica, os operadores do direito buscam conferir mais efetividade e maior celeridade à justiça criminal, que se vê limitada, frente ao aumento exponencial de demandas e, por isso, incapaz de atender os anseios de uma sociedade cada vez mais punitivista.

Por isso, cresce o olhar dos operadores do direito pelas soluções adotadas pelo sistema da *common law*, que surge como uma opção para se evitar os ônus do trâmite processual, permitindo a aplicação imediata de pena a quem se declarar culpado, através do instituto do *Plea Bargaining*. Nesse diapasão, a importação desse instituto revela um novo olhar para o processo penal, uma vez que prioriza valores como a eficiência, a celeridade e a economia processual. (NARDELLI, 2014, p. 331-365)

Prova disso, **no caso do Brasil**, é a presença de alguns institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e, mais recentemente, do **Projeto de Lei 882/2019**, que verdadeiramente importa o *Plea of Bargaining* para o Brasil e já está tramitando na Câmara dos Deputados desde 19/02/2019, estando, portanto, demonstrada a pertinência deste estudo, uma vez que o mesmo busca analisar a compatibilidade da importação do referido instituto com o ordenamento pátrio, sempre sob a luz da constitucionalização do processo penal.

Para isso, analisar-se-á o funcionamento do aludido instituto e as diferenças existentes entre as duas tradições jurídicas mencionadas, bem como o papel dos sujeitos que atuam no procedimento que estabelece o acordo como meio alternativo de solução do conflito. Após, a análise perpassará os institutos que já estão presentes em nosso ordenamento e o Projeto de Lei 882/2019, que representa um grande passo na importação desse procedimento para o Brasil.

Por fim, serão traçadas críticas acerca do *Plea of Bargaining* em si e sobre a importação dele para o Brasil, com uma análise sobre a importação do instituto através do Projeto de Lei 882/2019.

2. JUSTIÇA CONFLITIVA x JUSTIÇA CONSENSUADA

Atualmente, pode-se dizer que existem três modelos distintos de resposta ao cometimento de um fato definido como crime, sendo eles: a) Dissuasório Clássico (conflitivo); b) Ressocializador; e c) Consensuado. (GARCIA-PABLOS DE MOLINA e GOMES, Luiz Flávio, 2000, p. 398 e ss) [1]

Entende-se o modelo dissuasório clássico, ou a justiça conflitiva como aquela pautada no conflito, no embate entre as partes do qual, geralmente, apenas uma sairá vitoriosa. Pode-se dizer que no Brasil esse modelo de justiça **é** amplamente adotado pela sistemática processual penal, haja vista que, na extensa maioria dos casos, os eventos criminais são resolvidos mediante a instauração do devido processo penal, cujos sujeitos (partes), que estão em conflito, percorrem todas as suas fases processuais legalmente asseguradas pela Constituição da República para chegar a um comando judicial, solucionando o delito.

Tradicionalmente, esse trâmite atua como um instrumento de garantia do indivíduo frente o Estado, possibilitando o exercício do Contraditório e da **Ampla Defesa**, trazendo, em última análise, elementos probantes capazes de influenciar o julgador imparcial e, dessa forma, chegar a uma sentença justa.

Já a justiça ressocializadora é pautada pela reinserção social do agente na sociedade, fazendo com que se previna a incidência de novos delitos. Infelizmente, a aplicação desse modelo de justiça é preterida em relação às demais, não sendo muito privilegiada em nosso ordenamento jurídico.

Por seu turno, a justiça consensuada, foco deste trabalho, nas palavras de **Rogério Sanches Cunha**, divide-se em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (*plea bargaining*), em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade de pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos. (**CUNHA, Rogério Sanches. 2019, p. 457**). [2]

Diante disso, observa-se que enquanto no modelo de justiça conflitiva predomina a rigidez **das garantias** processuais, no modelo de justiça consensuada há um grau muito mais elevado de disponibilidade **de tais garantias**.

Entretanto, se por um lado o trâmite processual garante as liberdades individuais no decorrer

do processo, por outro requer um dispêndio significativo de recursos e tempo, evitável, principalmente, quando é vantajoso ao réu a antecipação da tutela jurisdicional, seja pela ausência de expectativa na absolvição ou, ainda, em contrapartida da elucidação processual, pela promessa de recompensas.

Além disso, a justiça conflitiva volta-se prioritariamente para a punição pessoal do agente, sendo pouco efetiva em relação a reparação do dano, à reinserção social do agente e a pacificação das relações sociais que foram lesadas com o delito. Tais fatores vêm sendo apontados como os responsáveis para que o sistema de justiça baseado no conflito falhe em seu objetivo primevo, qual seja, trazer **pacificação social**.

Nesse panorama, cresce o interesse acerca da adoção do modelo negocial no Brasil que, de acordo com seus defensores, surge como opção para se evitar os ônus de um processo longo e complexo. (NARDELLI, Marcella. 2014).

2.1 – A TRADIÇÃO DO *COMMON LAW* E O *PLEA BARGAINING*

A justiça negociada tem forte influência nas tradições jurídicas típicas do *common law*, onde vigora uma característica marcante acerca da predominância das partes em relação ao juiz quanto à produção de provas e a determinação da marcha processual.

Pode-se dizer que nessa tradição jurídica, a justiça baseia-se na jurisprudência, ou seja, em casos anteriores que foram julgados de forma semelhante, fazendo com que exista uma grande tendência de se sentenciar um crime de forma igual a um outro anterior com as mesmas características, criando, dessa forma, um sistema de precedentes, que, conseqüentemente, gera uma grande previsibilidade acerca da sanção correspondente ao injusto penal praticado.

Em **oposição** a esse sistema adversarial, no sistema inquisitorial, tradicional em países com a cultura jurídica do *civil law*, como o Brasil, as partes perdem esse protagonismo para o magistrado, que conduz o processo e tem vasto poder para influenciar a produção probatória, gerando, desta forma, uma desigualdade latente entre os sujeitos do processo. Em outras palavras, diz-se que a diferença entre as duas tradições se situa, principalmente, na gestão da prova (NARDELLI, Marcella 2014).

Nesse contexto de maior predominância das partes na produção probatória atua o *Plea*

bargaining, que pode ser definido como o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo (HEUMANN, 1978; MAYNARD, 1984).

Daí, conclui-se que a previsibilidade, decorrente do sistema de precedentes, somada ao protagonismo dos sujeitos processuais, fazem com que os sistemas *common law* sejam terrenos férteis para a aplicação do *Plea Bargaining*.

Primeiro porque uma ideia mais concreta acerca do resultado do julgamento se torna possível na medida em que a previsibilidade dos julgamentos, em decorrência da jurisprudência, confirma as sanções adequadas a cada ilícito penal, como o tempo de pena, fazendo com que o acusado tenha mais poder de barganha, uma vez que sabe com mais precisão qual o correspondente penal à transgressão praticada. É o que o professor **Barbosa Moreira (MOREIRA, 2001)** chama de atribuição de eficácia vinculante a precedentes judiciais, completando que essa é uma prática que se coaduna muito mais com o sistema de *common law* do que de *civil law*. [3]

Ou seja, uma vez que o acusado sabe o que esperar como resposta estatal ao ilícito penal praticado, torna-se mais empoderado para barganhar (junto de seu advogado) por direito próprio.

Além disso, o protagonismo processual dos sujeitos, principalmente no que tange a produção probatória, faz com que a barganha se dê de forma mais natural, uma vez que as partes se tornam cientes do lastro probatório produzido, sem intervenção do magistrado. Essa percepção permite que acusação e réu saibam se posicionar melhor na barganha, produzindo as provas que melhor lhes defendam o interesse próprio, de forma consciente.

Entretanto, por se tratar de uma barganha onde o órgão acusador pode, entre outras coisas, negociar as imputações feitas ao acusado, o grau de discricionariedade na escolha da tipificação do crime e na aplicação da pena é muito elevado, o que exerce poderosa influência sobre o acusado e aumenta o poder de persuasão do órgão acusador. Esse aumento de poder de persuasão, alavancado pela discricionariedade na tipificação torna a disputa desigual, dificultando a paridade de armas na justiça consensual (NARDELLI, 2014).

Em vistas a esse problema, a fim de limitar tal discricionariedade e, desta forma, validar o

procedimento do *plea bargaining*, a jurisprudência estadual (no caso norte-americano) aos poucos elegeu critérios para que a confissão de culpa, pressuposto essencial da barganha, também chamada de *Guilty Plea*, se dê de forma válida. Esses critérios versam sobre a voluntariedade da confissão e sobre a plena ciência dos termos acordados entre as partes, incluindo-se as hipóteses de descumprimento do acordo por ambas as partes.

Quanto ao procedimento no qual se insere esse instituto, importante a leitura que **Gabriel Silveira de Queiros Campos faz dos autores Chemerinsk e Levenson** que traduz a experiência de um passo a passo do processo criminal norte-americano mais comum, que começa com a prisão do acusado. (*CHEMERINSK E LEVERSON*, 2008, P. 5-11, *apud* CAMPOS, 2012.) [4]

A partir da prisão, o Ministério Público oferece a acusação (*complaint*) que contém a demonstração de uma justa causa (*probable cause*), apreciada por um magistrado. Após, é designada uma audiência para que, perante o juiz, o acusado seja cientificado da acusação (*frist appearance*).

Formalizada a acusação, o processo segue para o Grande Júri (*grand jury*) que apreciará em audiência as provas produzidas pela acusação e decidirá se há justa causa. Em caso positivo, haverá o indiciamento do acusado, que fixa as acusações que serão levadas a julgamento.

Na sequência, o réu é chamado para uma audiência para dizer como se declara diante daquelas acusações que lhe são feitas, podendo se dizer culpado ou inocente, sendo, posteriormente, agendado o julgamento (*speedy trial*). Por último, é realizado o *discovery*, que é o confronto entre as provas produzidas pela acusação e pela defesa, chegando então a um veredito.

Vale ressaltar que a barganha entre a acusação e defesa, alvo deste trabalho, ocorre antes do julgamento e, como já exposto, visa justamente antecipar o desfecho criminal a partir da declaração de culpa do acusado.

Em outras palavras, têm-se que a declaração de culpa voluntária do acusado supre a necessidade de se instaurar um processo para buscar a “verdade real” dos fatos. Por isso, após uma fase de inquérito realizado pela polícia e o Ministério Público, este último oferece uma acusação formal, convocando o acusado a comparecer em juízo para fazer a sua declaração de culpa (*Guilty Plea*) ou de inocência (*not guilty plea*). Se o acusado se declarar inocente, o procedimento seguirá

para o *trial* e caberá à promotoria provar a culpa do sentenciado; entretanto, se o acusado declarar-se culpado, o procedimento passará imediatamente para sua fase de aplicação da pena, o que resulta em uma grande economia de tempo e recursos. (NARDELLI, Marcella. 2014).

Essa declaração se dá mediante uma contrapartida do órgão acusador, que negocia acerca da imputação que é feita ao agente (*charge bargaining*), acerca da sua pena e das consequências do delito (*sentence bargaining*) ou sobre ambas.

Em outros termos, observa-se que o jurisdicionado que vive sob a presença desse instituto pode abrir mão do devido processo legal, **que lhe é assegurado através das garantias fundamentais do processo**, para barganhar com o órgão acusador sobre a imputação que lhe é feita ou sobre a pena e as consequências de seu delito, mediante confissão de culpa. Daí decorre a disponibilidade geralmente atribuída a esse modelo de justiça.

2.2. ATUAÇÃO DOS SUJEITOS NA JUSTIÇA NEGOCIADA

Para se aprofundar no estudo do *Plea Bargaining* é fundamental entender o papel de atuação de cada sujeito processual, frisando-se que este instituto guarda diferenças marcantes quanto a esse ponto ao se contrapor ao modelo adotado no Brasil.

Primeiramente, é necessário analisar o papel do órgão acusador, detentor enorme poder na relação processual, decorrente da igualmente grande discricionariedade que o Ministério Público dispõe para delimitar as infrações a serem imputadas ao acusado, bem como as penas a serem pleiteadas no tribunal. (NARDELLI, Marcella. 2014).

Em primeiro lugar, a promotoria atua junto as forças policiais na fase investigatória, coletando material probatório que será utilizado com ampla discricionariedade para motivar o acusado a realizar a barganha, ou, em caso de declaração de inocência, na sustentação de sua condenação diante do processo *trial*. Tal fato por si só já representa uma disparidade entre as partes no sistema adversarial, uma vez que os acusados muitas vezes não possuem a mesma disponibilidade de recursos e tecnologia para produzirem um arcabouço probatório com a mesma eficiência da polícia aliada ao MP.

Após, finalizada a fase investigatória, que é essencialmente inquisitiva, formulada sem a

participação do acusado e, por isso, sem o exercício do contraditório e da ampla defesa, o Ministério Público é responsável por formalizar a acusação.

Observa-se que a possibilidade de barganha fica indiretamente ligada com a robustez do material probatório arrecadado, já que conforme se tenha produzido provas robustas a fim de ensejar uma condenação, o MP irá propor poucas vantagens processuais, contando que as provas serão suficientes para ensejar a barganha, ao passo que, no sentido contrário, em caso de fraco material probatório produzido, a tendência é que o órgão acusador ofereça boas vantagens processuais a fim de coagir o acusado a aceitar o acordo mesmo com grandes chances de ser absolvido. (NARDELLI, Marcella. 2014).

Ressalta-se que os membros do Ministério Público são conduzidos ao cargo através de eleições populares. Isso faz com que a sociedade controle a atuação do órgão, limitando um poder, como dito, altamente discricionário e concentrado no órgão de acusação.¹

Em contrapartida a essa atuação de protagonismo do Ministério Público, os magistrados possuem papel mais tímido. O juiz preside as audiências e cuida para que o procedimento seja realizado conforme estipulando, servindo mais a uma função de “gerente” da justiça.

Nesse âmbito, conclui-se que a função decisória propriamente dita, típica de um magistrado que atua em tradições de *civil law*, dá lugar a um caráter mais inspetor da ordem jurídica, **em uma verdadeira inversão de papéis** com o que se presencia no Brasil, onde o Ministério Pública atua como fiscal da ordem jurídica.

Esse caráter é confirmado, inclusive, pelos dados que constantemente são levantados acerca do *Plea of Bargaining* na cultura estadunidense, onde diz-se que 97% dos casos são resolvidos mediante acordo. Em outras palavras, observa-se que o magistrado atua com grau considerável de poder decisório apenas em 3% dos casos, que vão para o processo *trial*. (JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia, 2016) [5].

Além disso, cabe ao magistrado homologar a barganha realizada pelo órgão acusador e a defesa, observando, principalmente, a declaração de vontade livre e consciente por parte do acusado. Nesse sentido, nas palavras de Aury Lopes Jr., o magistrado atua como um garantidor da

¹ Anotações feitas na palestra **proferida** pelo Prof. Doutor Flávio Mirza e pelo Prof. Doutor Diogo Malan, realizada dia 28/05/2019 na Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte do evento “I Semana **da Integração**”, sob o título: Reflexões Críticas sobre o Projeto de Lei Anticrime.

máxima eficácia do sistema de direitos do réu (LOPES Jr., 2014, p. 701) [6]

Por fim, cabe à defesa, em característica que diferencia sua atuação em comparação à tradição típica do nosso sistema de justiça, e, por isso, ressaltada em detrimento das demais, essas mais comuns ao nosso olhar, a produção probatória que vai impactar diretamente no acordo em benefício do acusado, bem como apontar qualquer irregularidade no que tange o procedimento de barganha.

3- A JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

Em decorrência dos avanços alcançados pelas inovações tecnológicas na área da comunicação, torna-se de difícil sustentação o argumento acerca da pureza dos sistemas de justiça. Isso porque a constante troca de informações e a conseqüente importação/exportação de institutos jurídicos faz com os modelos outrora estudados como “puros” hoje se mesquem para acompanhar a complexidade da vida moderna.

Por isso, a influência da justiça negociada e seus institutos, seguindo a tendência mundial, já está presente no ordenamento jurídico pátrio na forma da lei 9.099/95, da lei 12.850/03 e do recentíssimo projeto de lei 882/2019, conhecidos, respectivamente, como Lei dos Juizados Especiais, Lei da Colaboração Premiada e “Pacote Anticrime” - este último composto por outros dois projetos de lei além do 882/2019, sendo, juntos, reconhecidos como pacote. Ressalta-se que a incorporação do aludido instituto no Brasil se deu de forma gradativa, como se evidencia pela abrangência da justiça negocial em cada uma das leis que importou o aludido instituto.

Em uma visão global da dinâmica processual atual no Brasil, pode-se dizer que a justiça negociada no âmbito criminal engloba os crimes de menor potencial ofensivo, através da transação penal, e também crimes com penas altas, através da colaboração premiada. Entretanto, há um vácuo legislativo para os crimes de “médio” potencial ofensivo, para os quais não existem previsão legal acerca da adoção deste modelo de justiça consensual.

3.1 – A LEI 9.099/95 – TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A lei 9.099/95 consta como uma das primeiras notícias de implementação da justiça negocial no Brasil, dando início a uma dinâmica de incorporação da justiça negociada no Brasil que vemos

até hoje. Ela veio para regulamentar e definir o disposto no artigo 98, I da Constituição Federal, que instituiu os juizados especiais nas hipóteses em que o crime tem menor complexidade.

Para tanto, a aludida lei definiu o que a constituição taxou como “crimes de menor potencial ofensivo”, sendo entendidos como aquelas infrações penais cujas quais a lei não comine pena máxima superior a 2 (dois) anos (Art. 61 lei 9.099/95), e instituiu um procedimento mais célere para processa-los e julgá-los.

Em suma, pode-se dizer que a lei estabeleceu um procedimento sumaríssimo para os crimes de menor potencial ofensivo, pautado pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Para além do procedimento, a referida lei instituiu também a transação penal e a suspensão condicional do processo em nosso ordenamento, o que aflora o seu caráter despenalizador, evidenciada pela aplicação de pena não privativa de liberdade e pela reparação dos danos causados à vítima.

A transação penal, nas palavras de [Mirabete \(2000, p. 117\)](#), “atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade. [7]

Em outras palavras, a transação penal, prevista no artigo 76 da lei 9.099/95, permite um acordo entre o Ministério Público e o acusado no qual o segundo se submete ao cumprimento de penas não privativas de liberdade imediatamente, caso não estejam presentes os requisitos que desautorizam, presentes no parágrafo segundo do mesmo artigo, oportunidade que não será aceita a proposta. São eles: a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade (I); b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa (II); e c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (III).

Uma vez aceita a proposta, cabe ao acusado cumpri-la para, assim, ver a sua punibilidade extinta. Em hipótese de descumprimento das penas restritivas, os autos são encaminhados para o Ministério Público para que ofereça denúncia. Também é direito do acusado de não dispor do

processo e, desta forma, não aceitar a proposta de transação aventada pelo órgão acusador.

Além disso, vale ressaltar, grande parte da doutrina entende que o oferecimento da transação penal não perpassa a discricionariedade do órgão acusador de oferecê-la ou não. Nas palavras de Fernando Tourinho, “não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se em dever, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade.” (TOURINHO FILHO, 2000, p. 92). [8]

Ademais, a transação penal não gera reincidência ou maus antecedentes, sendo essa apontada como a grande vantagem do instituto em questão para os acusados que aceitam a barganha.

Em sua reflexão, [Stephan Gomes Mendonça \(2015\) \[9\]](#), analisando as inovações trazidas pela lei 9.099/95, escreve que o instituto da transação penal, que é exemplo de justiça negociada no Brasil, encontra seu maior óbice no que o autor chama de “processo de automação” dos procedimentos de competência do juizado especial, verificado pelos aplicadores do direito no dia a dia forense. Esse “fordismo” da justiça ocorre porque não é observada a viabilidade jurídica de se propor a transação penal, transformando o referido instituto em uma “resposta automática” do estado ao cometimento de infrações de menor potencial ofensivo.

Isso porque, o fato de as infrações serem de menor potencial ofensivo não desincumbe o Ministério Público de provar as condições da ação, com o mínimo de material probatório acerca da tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta imputada ao acusado [5]. Com efeito, apesar de cristalina opção legislativa acerca da hipótese de arquivamento do inquérito em casos em que não se verifique autoria e materialidade, o que se verifica é o oferecimento **leviano** de propostas de transação penal, independente de viabilidade jurídica, fazendo com que o Ministério Público ofereça a transação penal em casos em que o inquérito deveria ter sido arquivado, banalizando, desta forma, o instituto aqui analisado. Essa banalização reveste-se em prejuízo para o acusado, que vê seu direito constitucional à presunção de inocência esvaziado, como será melhor analisado adiante.

Além da transação penal, a lei 9.099/95 instituiu a suspensão condicional do processo, que está disposta no artigo 89 do Código Penal. O aludido dispõe que o Ministério Público poderá

propor a suspensão condicional do processo nos casos em que a pena mínima cominada para o delito seja igual ou inferior a 1(um) ano. A princípio, cabe dizer que caso ao acusado não for proposta a suspensão condicional ou caso ele opte por não aceitar, o processo seguirá o rito sumaríssimo, assim como na transação penal.

Durante a suspensão, o acusado ficará em um período de provas, cumprindo as condições estabelecidas na proposta aventada pelo Ministério Público. Cumprido o período de prova, o juiz da execução irá declarar a extinção de punibilidade em favor do sentenciado. Além disso, bem como na transação penal, presentes os pressupostos estabelecidos na lei, não pode o Ministério Público deixar de oferecer proposta de suspensão do processo, uma vez que, como dito anteriormente, trata-se de direito subjetivo do acusado.

Ademais, tal como a transação penal, na suspensão condicional do processo não há admissão de culpa por parte do acusado, **que nas palavras de Aury Lopes Jr, (LOPES Jr. 2014, p. 702)** possui a natureza do *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.

Por fim, importante ressaltar que o instituto em questão não gera maus antecedentes e reincidência, uma vez que, conforme explicitado, não há que se falar em condenação.

3.2 – PL 882/2019 – PACOTE “ANTICRIME”

O PL 882/2019 é um projeto de lei de autoria do atual ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentado em 19/02/2019, que altera vertiginosamente diplomas como o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execuções Penais (LEP), entre outros, apresentando-se como uma verdadeira reforma de política criminal.

Segundo seu autor, essas reformas são importantes para combater a corrupção, o crime organizado e os crimes com grave violência a pessoa, pois estes são interligados e interdependentes, e por isso, precisam ser controlados conjuntamente, uma vez que “o Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública” [10]. Atualmente o projeto encontra-se em apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados, onde foi requerido um estudo sobre o impacto financeiro do projeto, que conta com regime prioritário de tramitação (Art. 151, II,

RICD).²

Dentre as diversas alterações trazidas pelo projeto, destacam-se, para os fins deste trabalho, a instituição do artigo 28-A e 395-A no Código de Processo Penal, que estende a possibilidade de acordo de não persecução penal quando o acusado confessa o crime com pena **máxima inferior a 4 (quatro) anos**, praticados sem violência ou grave ameaça; e aumenta as hipóteses e disciplina a prática de acordos requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante e o acusado, respectivamente. Em outras palavras, trata-se da importação da justiça negociada para o nosso ordenamento jurídico.

Para análise mais concreta da importação dos referidos institutos, analisar-se-á os requisitos para a propositura do acordo, bem como a existência ou não de um sistema de garantias para resguardar a legalidade da aplicação da justiça negociada como posta nesse projeto de lei, além do contexto histórico em que ele está inserido e da compatibilidade ou não da importação do modelo norte-americano.

Primeiramente, ressalta-se que inovações legislativas dessa magnitude carecem de uma discussão ampla por parte da sociedade civil, além de uma profunda análise realizada por comissões especializadas e pelos operadores do direito. Entretanto, o Projeto de Lei 882/2019 não passou por esse processo de debate, demonstrando, de início, um possível caráter antidemocrático, além de transparecer seu viés voltado para eficiência a qualquer custo, visto que o projeto foi apressadamente proposto sem maiores reflexões.³

Como dito, o artigo 28-A do PL 882/2019 institui a possibilidade de acordo de não persecução penal em casos em que o acusado confessa circunstanciadamente o delito, sem violência ou grave ameaça, com pena máxima **inferior a 4 (quatro) anos**. Tal acordo está condicionado ao cumprimento de cinco requisitos, dispostos nos incisos I ao V do *caput*. São eles: (I) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo; (II) renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (III) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da

2 Consulta realizada no sítio eletrônico <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353> em 02/06/2019.

3 Anotações feitas na palestra conduzida pelo Prof. Doutor Flávio Mirza e pelo Prof. Doutor Diogo Malan, realizada dia 28/05/2019 na Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte do evento “I Semana da Integral”, sob o título: Reflexões Críticas sobre o Projeto de Lei Anticrime.

execução; (IV) - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito e (V) - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Insta destacar que as condicionantes são ajustadas cumulativa e alternativamente, por força do *caput*.

Conforme se vê pelas condicionantes atribuídas ao oferecimento do acordo de não persecução penal, trata-se, em última análise, de uma expansão da possibilidade de acordo que já acontece nos Juizados Especiais Criminais. Prova disso é a própria justificativa trazida pelo autor para a instituição deste artigo especificamente, abaixo transcrita:

“O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves”⁴

Da leitura do trecho acima transcrito, torna-se cristalina a política criminal adotada pelo projeto, que visa a eficiência do judiciário em detrimento das garantias fundamentais do processo.

4 Justificativa do próprio autor do PL 882/2019 acerca da instituição do artigo 28-A no Código de Processo Penal. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F3D421B388EEAB6E736D246CBF831820.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019, p. 23/33. Acessado em: 03/06/2019.

Pode-se dizer que o atual artigo 28-A vai atuar sobre uma gama de crimes de “médio” potencial ofensivo, que não são abarcados pela transação penal, evidenciando uma verdadeira expansão dos espaços de consenso na justiça criminal. Além disso, os institutos não concorrem entrem em si, uma vez que o acordo persecução penal não será oferecido quando for cabível transação penal. (Artigo 28-A, § 2º, I do PL 882/2019).

Ademais, o acordo de não persecução penal se afasta da transação penal no que tange o reconhecimento de culpa por parte do acusado, uma vez que enquanto nesta o acusado não precisa declarar-se culpado, mas apenas atender os requisitos legais, naquela o *Guilty Plea* é requisito essencial para a propositura do acordo.

Salvo essas exceções, os demais aspectos do acordo de não persecução penal se assemelham muito aos demais institutos de justiça negociada. O controle de legalidade é exercido pelo magistrado, que precisa homologar a barganha, validando a voluntariedade do acusado junto com a sua defesa técnica em uma audiência. (Artigo 28-A, § 4º do PL 882/2019).

Em caso de não aceitação, descumprimento ou não homologação do acordo, o processo, em regra, segue seu curso normal, com oferecimento da denúncia por parte do membro do Ministério Público.

Por fim, o acordo de não persecução penal não constará em certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de averiguação de oferecimento anterior de proposta de acordo, de transação penal ou suspensão condicional do processo.

O artigo 395-A, por sua vez, institui verdadeiramente o *Plea Bargaining* no nosso ordenamento pátrio. Devido à grande magnitude da mudança trazida pelo aludido dispositivo, ponto central da discussão até aqui traçada, torna-se necessária a transcrição integral do dispositivo, abaixo:

“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:

- 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 consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas 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 recorrer.

§ 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 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 voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 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 e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da

pena em regime fechado, exceto 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, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.”
(NR)

A princípio, o artigo 395-A diferencia-se do artigo 28-A **porque o primeiro pressupõe** a existência de denúncia já recebida, ou seja, uma relação processual mais estável.

Como se observa, os únicos parágrafos que fazem menção a uma proteção ao acusado, versam exclusivamente sobre a fiscalização do magistrado exercida na hora da homologação do acordo, sendo este o único meio de defesa do acusado para os problemas já apresentados no item 2.1 e 2.2 desse trabalho, como o grau de discricionariedade por parte dos membros do MP e a disparidade de armas dos sujeitos da relação processual.

Conclui-se que o PL 882/2019 aposta no apenas controle judicial, através da homologação do acordo realizado em audiência, onde se verificará a voluntariedade por parte do acusado, para resguardar a legalidade dos acordos na esfera penal instituídos pelo artigo 395-A. Trata-se de uma importação acrítica do instituto, que despreza a construção jurisprudencial e doutrinária estrangeira que elenca critérios objetivos para a propositura do acordo na esfera penal.⁵

Por isso, há que se questionar a constitucionalidade do Projeto de Lei 882/2019 no que tange a importação do instituto do *Plea Bargaining* para o Brasil, como se fará abaixo.

4- A ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE DO PROJETO DE LEI 882/2019.

Nesta seara, percebe-se que a justiça negociada representa um afastamento do Estado-juiz, que cede espaço às partes em consenso para, assim, acordar entre si uma solução para o conflito que evite o dispêndio de recursos evitáveis. Em outras palavras, pode-se dizer que o instituto em questão faculta ao acusado o direito ao processo penal, que historicamente sempre serviu de proteção individual do cidadão frente ao grande poder estatal. Exatamente por isso, essa

5 Anotações feitas na palestra proferida pelo Prof. Doutor Flávio Mirza e pelo Prof. Doutor Diogo Malan, realizada dia 28/05/2019 na Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte do evento “I Semana da Integração”, sob o título: Reflexões Críticas sobre o Projeto de Lei Anticrime.

disponibilidade do processo penal pode ser muito perigosa, pois viola o sistema de garantias do sujeito. Nesse sentido, nas palavras de **Aury Lopes Jr (2014, p. 721)**:

“(…) a *negotiation* viola desde logo esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade”

Por outro lado, a justiça negociada é vista por seus defensores como uma ferramenta apta a desafogar o sistema judiciário que está assoberbado de crimes “menos importantes”, nos quais são despendidos elevados recursos, e, por consequência, enfraquecem a jurisdição penal como um todo.

Nesse sentido, como compatibilizar o aumento das zonas de consenso (**LOPES JR, Aury, 2014**), tendência mundial, em decorrência do desgaste causado pela morosidade da justiça, com um sistema que reúna o mínimo de garantias necessárias à administração equânime da justiça? Mais do que isso, o Projeto de Lei 882/2019 faz essa compatibilização?

Para responder a essas perguntas, analisar-se-á o aludido projeto sob a ótica da disponibilidade do processo penal, com olhar histórico acerca do surgimento do processo como defesa do indivíduo, bem como, analisar-se-á se as vantagens prometidas pela implementação do sistema (eficiência/celeridade) se verificarão na prática.

4.1- RESERVA LEGAL CONTRA O ARBÍTRIO ESTATAL

Para análise correta **da solução** trazida pelo PL 882/2019 à crise vivida pela **justiça criminal no Brasil**, é necessário que se analise o contexto histórico em que o projeto se insere, bem como o contexto histórico em que o sistema processual como garantia foi criado, uma vez que o que se discute é justamente a flexibilização desse sistema, em face das dificuldades de implementá-lo nas sociedades modernas e dinâmicas.

Nesse sentido, percebe-se que noção de pena como meio de correção do sujeito (e não eliminação) transgressor surge com o direito canônico, em uma perspectiva de crítica à pena capital, que não mais resolvia os elevados índices de criminalidade. A partir daí, a noção de pena se desenvolve nas sociedades modernas e passa a adquirir um caráter público, quando o Estado revoga a justiça privada e chama para si o poder-dever de tutelar os conflitos sociais, protegendo a

coletividade e o transgressor. (LOPES Jr., 2014, p. 25).

Nesta seara, **Aury Lopes Jr** expõe que:

“o processo penal, visto como instituição estatal, é na realidade a única estrutura que se reconhece como legítima para a satisfação da pretensão acusatória e a imposição da pena, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que se pode lograr extra processualmente a satisfação da pretensão sem que necessariamente se tenha que acudir ao processo” (ARAGONES, 1981, *apud* LOPES Jr., 2014, p. 33)

Ou seja, o processo penal confere legitimidade à imposição de pena por parte do Estado, titular do poder punitivo, pois é revestido de garantias que limitam a atuação estatal e protegem o indivíduo, evitando-se a imposição de penas arbitrárias.

Por isso, o Direito Penal, em contraste com o Direito Civil, não autoriza que a solução do conflito social – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual (**LOPES Jr., Aury**), pois isso representaria a supressão das garantias do indivíduo.

Entretanto, a expansão das zonas de consenso, tendência contemporânea, conforme anteriormente explicado, sugere uma mudança nessa perspectiva histórica, a qual, devido as graves dificuldades de se processar e julgar a quantidade de casos que chegam hoje ao judiciário – numa perspectiva que relaciona a morosidade da justiça com cenários de igual ilegalidade, abre-se espaço para soluções de conflito sem a presença necessária do processo penal.

Nesse sentido, a consciência da existência de uma crise que permeia os sistemas processuais penais de *civil law* favorece a busca por soluções mais imediatas que primam pela celeridade e eficiência. (**NARDELLI, 2014, 331-365**).

Por isso, há que se fazer uma conciliação dos sistemas, que, por um lado, preza por celeridade e eficiência e, pelo outro lado, preza por segurança jurídica e garantias mínimas fundamentais, uma vez que ambos apresentam contornos de ilegalidade quando colocados em prática, seja pela duração desmedida do processo, seja pela ausência de mecanismos mínimos para um processo justo.

Nesse contexto, o Projeto de Lei 882/2019 é nitidamente parcial, uma vez que privilegia a

celeridade e a eficiência das decisões em detrimento de garantias processuais mínimas elencadas como essenciais, uma vez que **deixa todo o** resguardo de legalidade do instituto a cargo do magistrado, que homologa a transação. Ressalta-se que da leitura do texto legal proposto, essa é a única garantia para o acusado que se extrai.

4.2 – DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Questão chave para se analisar a justiça negociada é a relação entre o tempo e o direito. Conforme exposto, a grande atenção contemporânea que gozam os sistemas de barganha advém justamente da promessa de um processo célere e eficiente. Por isso, torna-se necessário trabalhar a ideia de duração razoável do processo de forma que o mesmo não se torne excessivamente demorado e dispendioso, nem tampouco se dê forma estabaneada, avançando sobre garantias mínimas fundamentais de proteção do indivíduo. O princípio da duração razoável do processo está insculpido expressamente em nosso ordenamento no artigo 5º, LXXVIII da CRFB/88.

Dele extrai-se, nas palavras de **Bruna Gomes**, que:

“o processo não deverá se estender indeterminadamente sob pena de imposição ao processado/acusado uma sanção antes mesmo de eventual condenação. Isto porque, a situação de sujeito passivo de um processo criminal por si só já constitui elemento estigmatizante para a pessoa do acusado”. (MESSUTI, Ana. 2003, *apud* GOMES, 2014, p. 7)

Corroborando essa tese, **Aury Lopes Jr.** Complementa que quando o processo perdura mais do que o razoável, o estado está a se apossar ilegalmente do tempo do acusado, de forma irreversível, ainda que não haja segregação cautelar, pois o processo já é uma pena em si. (**LOPES JR., Aury. 2014**)

Entretanto, se o processo criminal não deve se estender indefinidamente, também não se deve locupletar as garantias fundamentais em nome da celeridade desmedida. Primeiro porque o conjunto de formalidades previstas no ordenamento jurídico não são fins em si mesmo, mas, muito antes ao contrário, representam a efetivação das garantias fundamentais do acusado, porque, por exemplo, oportunizam a participação deste para influenciar diretamente no seu processo.

Nesse diapasão, a fim de tentar solucionar a questão, sob a luz da efetivação dos direitos humanos, a doutrina e a jurisprudência elencaram alguns critérios para tentar traçar o que seria um processo com duração razoável. São eles: “a) complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado (imputado); c) a conduta das autoridades judiciárias. (LOPES JR.; BADARÓ).

O primeiro versa sobre as circunstâncias intrínsecas do caso concreto que podem retardar a marcha processual, como o número de acusados, a complexidade das provas a serem produzidas – como a necessidade de perícias, entre outros.

Já o segundo, versa sobre os atos praticados, ou não, pelo acusado que importem em retardamento da marcha processual intencionalmente, evitando-se atos que sejam meramente protelatórios. Não há que se falar em protelação quanto ao gozo e exercício do princípio da Ampla Defesa, uma vez que devem ser analisados os atos processuais que intencionalmente visam obstaculizar o processo, identificando a sua presença ou não.

Por último, deve-se analisar a postura das autoridades judiciárias, a fim de auferir o dispêndio de tempo empregado por elas em cada fase processual, bem como a qualidade da prestação judicial. Como assevera Bruna Gomes (GOMES, 2014, p.10) uma observação importante feita pela doutrina, versa sobre a inaceitabilidade de se alegar excesso de trabalho, excesso de demanda, tampouco acúmulo de serviço e sobrecarga de trabalho para justificar o retardamento do processo, visto que essas situações não são abarcadas pela razoabilidade, pois se tratam de atos de gestão cartorária, em nada relacionados ao provimento judicial em si.

Feitas essas considerações, parte-se para análise da proposta concebida no Projeto de Lei 882/2019.

4.3- CRÍTICA AO PROJETO DE LEI 882/2019.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a importação de um instituto estrangeiro para o ordenamento pátrio deve ser feita, segundo Barbosa Moreira, com vistas à efetividade do instituto na cultura jurídica de origem e na compatibilidade do instituto em questão com a cultura jurídica do país importador (MOREIRA, 2001).

Por isso, analisando-se o projeto de lei alvo desse estudo, entende-se que ambas as

prerrogativas para a importação do *Plea Bargaining* não foram observadas, haja vista que não foi feita qualquer compatibilização do instituto com a cultura jurídica predominante no Brasil, desprezando-se as inúmeras diferenças apontadas, como a atuação dos sujeitos processuais, a gestão da prova no processo brasileiro, entre outras. Ademais, a própria efetividade do *Plea Bargaining* é questionada pela doutrina norte-americana, não devendo ser admitido como um modelo integralmente eficaz, a margem de qualquer crítica.

Das justificativas trazidas pelo autor do referido projeto para a instituição do artigo 395-A, que importa a justiça negociada para o Brasil, extrai-se que é justamente essa alegação de excesso de trabalho que norteia a instituição do artigo, uma vez que **Sérgio Moro (2019)** afirma que: “O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves”.

Por isso, o projeto como está posto, flerta com o que **Aury Lopes Jr.** chama de um viés economicista, com a possibilidade temerária de transformar a justiça brasileira em uma “indústria da pena”, onde volta-se apenas para o caráter quantitativo da prestação jurisdicional em detrimento da qualidade dessa prestação.

Ademais, mesmo que superada a discussão sobre a constitucionalidade da barganha em si, uma vez que, apesar das críticas, a tendência global pela aplicação do *Plea Bargaining* parece que veio para ficar, a legalidade do instituto está intimamente ligada com o exercício voluntário da autonomia privada de se dispor do processo e partir para uma aplicação imediata da pena.

Por isso, a constatação da voluntariedade por parte do acusado merece total amparo, sendo necessário mais do que apenas uma homologação formal da transação, mas sim uma análise profunda acerca da declaração de vontade do acusado. Nesse sentido, a previsão de audiência de homologação do acordo parece não ser suficiente para garantir a legalidade e a voluntariedade do procedimento, uma vez que, nas palavras de **Aury Lopes Jr.**:

“O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias

fundamentais em nome de uma maior eficiência.” (LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p 725).

Ademais, o projeto como posto não soluciona o problema acerca da publicidade dos acordos, uma vez que não prevê qualquer tipo de regulamentação da discricionariedade do Ministério Público⁶. Cumpre ressaltar que os membros do Ministério Público norte-americano são fiscalizados através do voto popular, enquanto no Brasil, seus colegas gozam de todas as prerrogativas funcionais do cargo público que ocupam.

Por esses motivos, observa-se que os artigos 28-A e 395-A, presentes no Projeto de Lei 882/2019 representam a importação acrítica de um modelo de justiça com origens históricas e dinâmica de funcionamento completamente distinto do modelo que vigora no Brasil e que, portanto, estão carregados de inconstitucionalidade, uma vez que suplantam as garantias fundamentais do processo, principalmente no que tange o direito a um processo justo, em nome de uma suposta eficiência desmedida que não atende aos requisitos de um processo com duração razoável.

Ademais, ressalta-se que o instituto do *Plea Bargaining* não é incompatível com a realidade jurídica brasileira em si, mas, como exposto, necessita de uma série de debates por parte da sociedade civil e dos operadores do direito para se compatibilizar a barganha com o ordenamento jurídico brasileiro, de forma a criar mecanismos que garantam a voluntariedade do acusado na aceitação do acordo.

5- CONCLUSÃO:

Conclui-se que existe uma tendência mundial para a aplicação do *Plea of Bargaining*, da qual o Brasil não está incólume. Entretanto, como lembra o professor **Barbosa Moreira (2001)**, a importação de institutos estrangeiros deve seguir uma racionalidade pautada pela compatibilização do instituto com o sistema jurídico que irá acolhê-lo, além de uma correta análise da efetividade, tanto no sistema de origem, quanto no sistema que importa.

Por isso, a partir dessa perspectiva, ao se analisar o principal argumento para a importação do instituto (duração razoável do processo) e traçar o comparativo entre as tradições jurídicas em questão, conclui-se que o Projeto de Lei 882/2019, como posto, não atende as necessidades

⁶ Anotações feitas na palestra proferida pelo Prof. Doutor Flávio Mirza e pelo Prof. Doutor Diogo Malan, realizada dia 28/05/2019 na Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte do evento “I Semana da Integração”, sob o título: Reflexões Críticas sobre o Projeto de Lei Anticrime.

mínimas de importação do *Plea Bargaining*. Isso porque o projeto não confere o mínimo de garantias para o funcionamento correto do instituto, uma vez que deixa toda a análise de legalidade do procedimento a mercê de uma simples homologação judicial, que, como visto, é solução insuficiente para garantir um processo justo.

Além disso, o projeto se silencia sobre as diferenças existentes entre as tradições jurídicas em foco, como a fiscalização social dos membros do Ministério Público, a gestão da prova por parte dos sujeitos processuais, o sistema de precedentes, entre outros, muito provavelmente porque não houve um debate mais aprofundado por parte da sociedade civil e dos operadores do direito.

Contudo, ressalta-se que a justiça por meio do acordo pode vir a ser uma ferramenta necessária, alternativa à crise da sobrecarga vivida pela justiça criminal. Para isso, há de se observar as garantias mínimas processuais, sob pena de se regredir enormemente na busca por um processo justo. Portanto, não há que se falar em priorização de celeridade e efetividade da justiça a qualquer custo, mas sim na conciliação entre esses elementos e as garantias processuais mínimas.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] GARCIA-PABLOS DE MOLINA e GOMES, Luiz Flavio., *Criminologia*, 6. ed., São Paulo: RT, p. 398 e ss.)

[2] CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*, p. 457. Ed: Juspodivm. 2019.

[3] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Importação de Modelos Jurídicos*. In: *Direito Contemporâneo: Estudos em homenagem a Oscar Dias Correa*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

[4] CAMPOS, Gabriel Siqueira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo*. In *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Volume 4. Rio de Janeiro: Procuradoria da República do Rio de Janeiro, 2012.

[5] JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia. *Sociolegal approaches to the study of guilty pleas and prosecution*. *Annual review of law and social science*. v. 12: July/2016, p. 480.)

[6] LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 704.

[7] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência e Legislação. 4. ed. São Paulo. Atlas. 2000. p. 117.

[8] TOURINHO FILHO, Fernando Da Costa. Comentários à lei dos juizados especiais criminais – São Paulo, Saraiva, 2000, p. 92.

[9] MENDONÇA, Stephan Gomes. Lei dos Juizados Especiais: 20 anos de vigência e reflexos no processo penal, 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/06/19/lei-dos-juizados-especiais-20-anos-de-vigencia-e-reflexos-no-processo-penal/>. Acessado em: 10/06/2019.

[10] Exposição de motivos do Projeto de Lei 882/2019 de autoria do atual ministro de Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acessado em 25/05/2019.

[11] GOMES. Bruna Bevilacqua. Processo penal e o julgamento em prazo razoável. Necessidade de compreensão do “tempo razoável” como observância dos direitos e garantias constitucionais dos acusados. 2014. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/BrunaBevilacquaGomes.pdf. Acessado em: 10/06/2019.

MAYNARD, Douglas W. - Inside plea bargaining. New York: Plenum Press, 1984.

HEUMANN, Milton - Plea bargaining. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

SOUZA, José Alberto Sartório de - "PLEA BARGAINING": Modelo de Aplicação do Princípio da Disponibilidade. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining_Souza.pdf?sequence=1

Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/06/19/lei-dos-juizados-especiais-20-anos-de-vigencia-e-reflexos-no-processo-penal/>. Acessado em: 20/05/2019.

LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p 702)

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: A plea Bargaining norte- americana e suas traduções no âmbito da civil law.** Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, vol. 14, n.1, p.331-365, jul./dez. 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Importação de Modelos Jurídicos, p. 8/11. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista18/revista18%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20A%20Importa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Modelos%20Jur%C3%ADdicos.pdf>. Acessado em: 02/06/2019.

LOPES Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

