

**PUC MINAS – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE ENSINO A DISTÂNCIA**

Valdenor Mendes Fernandes

ADEQUABILIDADE DO *PLEA BARGAIN* À ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Belo Horizonte

2020

Valdenor Mendes Fernandes

ADEQUABILIDADE DO *PLEA BARGAIN* À ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Público como requisito parcial à obtenção do título de especialista.

Professor(a): João Paulo Alves dos Reis

Belo Horizonte

2020

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. A PROPOSTA DE <i>PLEA BARGAIN</i> DO PACOTE ANTICRIME	8
3. AVALIAÇÃO DO USO DO <i>PLEA BARGAIN</i> NOS EUA.....	11
4. AVALIAÇÃO DO USO <i>PLEA BARGAIN</i> NO BRASIL.....	15
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	17
6. REFERÊNCIAS	20

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, quando do curso das discussões sobre a necessidade de implementação de ações prioritárias relativas aos primeiros 100 (cem) dias de governo, foram apresentados pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional um conjunto de Projetos de Lei, capitaneados pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, os quais foram denominados de Pacote Anticrime. Na oportunidade, muitas críticas vieram à tona, tanto positivas quanto negativas, sobretudo em razão das relevantes repercussões que as alterações normativas iriam provocar no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Como amplamente divulgado nos meios de comunicação, durante a tramitação do Pacote Anticrime no Parlamento houve uma “desidratação” do seu texto, que resultou na retirada de pontos que para a cúpula do Ministério da Justiça à época eram extremamente relevantes para aprovação. Entre os pontos suprimidos, estavam a excludente de ilicitude voltada em específico para os policiais, a prisão em segunda instância e o *plea bargain*. Para esse último, as justificativas de sua supressão foram em razão da falta de compatibilidade do referido instituto jurídico aos preceitos constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Ademais, pelo contexto fático-político, em que pese ser forçosa a conjectura, é possível avaliar que a retirada do *plea bargain* do aprofundamento das discussões legislativas podem ter sido em razão do receio dos parlamentares em conceder maiores poderes ao ministério público, muito em razão do contexto político que tomou a operação lava jato, vide o imbróglio contido nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/Distrito Federal, que concedeu aos delegados de polícia poderes também para formalizarem acordo de delação premiada¹.

¹ DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do MP, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do MP. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.

Todavia, por serem propostas que poderão ser objeto de outras iniciativas de projetos de lei, permanece a importância do estudo dogmático desses institutos jurídicos, já que foram objetos de longas discussões quanto à viabilidade jurídica de aportarem em nosso cabedal de normas. Soma-se o fato também dessas propostas sempre aparecerem no debate sobre os problemas profundos do sistema penal do país como a solução mais acertada para a atual conjuntura, especialmente por congressistas convictos de que as mudanças legislativas bastam para resolver falhas sistêmicas.

Enfim, pelas propostas apresentadas, com vistas a ser mais um dentre os institutos jurídicos já existentes de resolução negociada de conflitos penais, como a transação penal e a suspensão condicionada do processo, pensou-se em instituir no Brasil o *plea bargain*, uma espécie de transação penal utilizada em larga escala pelo sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América, em que um indivíduo acusado de cometer um crime negocia (por intermédio de sua defesa) com a promotoria sua culpabilidade em troca de benefícios como a redução de pena e uma menor quantidade de crimes imputados.

O acusado sob a custódia do Estado será questionado sobre sua culpabilidade no evento criminoso, ao tempo em que será suscitado a se declarar culpado (*guilty*) ou não culpado (*not guilty*). Assumindo-se culpado, caso concorde em barganhar sua culpabilidade, por um ato de vontade próprio, nos termos do acordado entre o seu advogado de defesa e a promotoria, o processo será resolvido antecipadamente, sem que haja a necessidade da continuidade da persecução penal.

Ressalta-se que em relação à declaração de culpa e à aceitação do *plea bargain* pelo acusado, os termos do acordo fechado entre defesa e promotoria são sempre apresentados a um juiz para homologação, que dará o aval do ajuste caso entenda que o negócio perfaz o interesse do Estado. Como consequência, após a homologação do acordo pelo poder judiciário, o acusado cumpre uma pena imposta judicialmente, cujos reflexos serão o cumprimento da pena e a respectiva anotação da condenação em seus registros de antecedentes criminais. Ou seja, com isso o acusado abre mão de um processo penal, com todas as suas fases predefinidas em lei, para que sua culpabilidade seja apurada e provada a partir de um sistema acusa-

tório. Destarte, o acusado renuncia o seu direito à formação de um júri, do acesso aos meios de prova e defesa possíveis, aos recursos cabíveis, às garantias inerentes de um devido processo legal e à presunção de inocência.

Noutro giro, consoante à realidade do sistema penal brasileiro, constantemente sobrecarregado de processos judiciais e, além disso, extremamente burocrático e dispendioso, avulta sempre como interesse do Estado as discussões ligadas à promoção de medidas modernas e alvissareiras voltadas a melhor solução dos conflitos penais, sem olvidar que o melhor é aquilo que também é possível normativamente – moldura kelseniana.

Nessa linha, à luz da previsão do artigo 98² da Constituição 1988, que desde então já mencionava sobre a de criação de juzizados especiais, em prestígio à justiça penal negociada, foi entabulada no arcabouço jurídico-penal brasileiro a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os institutos jurídicos da transação penal (artigo 76³) e da suspensão condicional do processo (artigo 89⁴). Sob essa matéria, como outras espécies de transações penais, filiam-se também os institutos jurídicos da colaboração premiada e o recentemente aprovado acordo de não persecução penal.

Resguardadas as devidas proporções comparativas entre os sistemas de justiça dos países em questão, e há um abismo que os separam, mas tratando tão somente da atuação do promotor nas resoluções negociadas de conflitos penais, inobstante o evidente poderio processual da promotoria dos EUA nas negociações de *plea bargain*, no Brasil, no entanto, reflexo da previsão contida na Constituição

² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juzizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau;

³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

⁴ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

Federal de 1988 sobre os limites do Estado-acusador⁵, têm-se que na formalização dos acordos penais, ao abrigo do paradigma da justiça penal negociada, há também um protagonismo relevante do Ministério Público brasileiro, porquanto constitucionalmente se trata do titular da ação penal.

Então vejamos, no pertinente à natureza jurídica das transações (acordos) penais firmadas em ambos os países, enquanto a homologação do *plea bargain* pela justiça americana se trata de uma condenação penal imposta ao réu, podendo ser lastreada tão somente com base em sua confissão, as espécies de transações penais existentes no ordenamento jurídico-penal brasileiro, das quais o processo é suspenso antes ou depois de oferecida a denúncia, ao serem homologadas pelo magistrado não incidem sobre o acusado qualquer juízo de responsabilidade criminal decorrente de uma sentença penal condenatória.

Portanto, no que tange aos efeitos jurídicos ao aceitante da transação penal no Brasil, diferentemente do que ocorre nos EUA com o *plea bargain*, segundo a Súmula Vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal, ficou assentado que a homologação da transação penal, prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995, não faz coisa julgada material e, caso descumpridas suas cláusulas, retoma-se à situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Outrossim, nessa perspectiva as seguintes Teses de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal no RE 795.567⁶ e no RE 602.072⁷.

⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁶ As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. [Tese definida no RE 795.567, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 28-5-2015, DJE 177 de 9-9-2015, Tema 187.]

⁷ A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. [Tese definida no RE 602.072 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, DJE 35 de 26-2-2010, Tema 238.]

Pois bem, diante dos fundamentos das interpretações constitucionais suscitadas pelo Supremo Tribunal Federal ao engendrar os limites da competência da atuação das instituições integrantes do sistema de justiça penal brasileiro em relação às resoluções negociadas de conflitos penais, sobretudo o ministério público na sua função de Estado-acusador quando das ofertas de transações penais, o presente trabalho se predispõe a saber se há adequabilidade à Ordem Constitucional de 1988 do instituto jurídico-penal norte-americano do *plea bargain*.

Em outros termos, procura-se compreender se tal instituto, ao modo como sistematicamente é implementado pelo sistema de justiça criminal norte-americano, é consentâneo especialmente com os dispositivos constitucionais que ancoram o devido processo legal e a presunção de inocência, ao ponto de eventualmente serem incluídos no rol de espécies de transações penais integrantes da justiça penal negociada brasileira.

2. A PROPOSTA DE PLEA BARGAIN DO PACOTE ANTICRIME

Da análise comparativa entre a forma como as proposituras de *plea bargain* foram pensadas para o Brasil, nessa última tentativa política de alteração do Código Penal Brasileiro, nos termos do apresentado pelo alcunhado Pacote Anticrime, podemos observar de forma patente a emersão das particularidades dos sistemas de justiça americano e brasileiro ao sobrepormos os referidos institutos um ao outro, manifestadas sobretudo pelas raízes históricas dos sistemas jurídicos de ambos os países formados ao longo do tempo pela *civil law* (Brasil) e *common law* (EUA).

Por esse ângulo, decorre que é sempre relevante para “importação direta” de qualquer instituto jurídico alienígena levar em consideração a maneira como em cada nação as bases fundamentais do ordenamento jurídico se sedimentaram no curso da história, com argumentos e estudos de impactos substanciais, sob pena da iniciativa de lei, *v.g.*, não se sustentar diante do primeiro escrutínio público.

Ao nos atentarmos à leitura das citadas propostas, a pretexto de ter se mostrado como um instrumento de negociação de crimes de bastante sucesso nos EUA,

observa-se que a “importação direta” do *plea bargain* serviria para a normatização de duas situações fáticas que ocorrem no Brasil. Uma primeira proposta⁸ teria o intuito de evitar a instauração da ação penal, nos casos em que o acusado confessasse um crime com pena máxima não superior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A segunda proposta⁹ ocorreria para aqueles casos de existência de denúncia já recebida, conquanto para qualquer que fosse o crime e a pena imputada. Em ambas as propostas, como no *plea bargain*, seria *conditio sine qua non* a declaração de culpa do acusado.

Sobre as semelhanças entre as propostas legislativas de *plea bargain* aventadas para uso no Brasil, incluídas do Pacote Anticrime, em comparação ao modo como em termos gerais o referido instituto jurídico é aplicado nos EUA, resguardadas as devidas particularidades processuais de cada país, a primeira proposta, voltada a evitar a instauração da ação penal, assemelha-se ao modo como o *plea bargain* é utilizado normalmente nos EUA, no entanto com a peculiaridade brasileira da suspensão condicional do processo.

Tendo em vista que essa proposta estaria mais adstrita aos crimes de menor potencial ofensivo, com pena máxima não superior a quatro anos, previu-se a particularidade tupiniquim da suspensão condicional do processo, que implica o cumprimento de medidas despenalizadoras, e não propriamente o de uma sentença penal condenatória, como é caso do *plea bargain* nos EUA. Consoante os termos dessa primeira proposta, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o ministério público comunicaria ao juízo competente a que-

⁸ Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (...)

⁹ 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. (...) § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória. (...)

bra do acordo pelo aceitante para efetivação de procedimentos relativos à rescisão por descumprimento, com a consequência do posterior oferecimento de denúncia.

Ressalta-se que a previsão da transação penal do acordo de não persecução penal foi inaugurada pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, a qual foi posteriormente modificada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que na definição de Cunha (2020, p. 127) se trata de um,

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

Ainda sobre o acordo de não persecução penal, ao verificarmos que a dianteira da regulamentação do assunto foi vislumbrada pelo ministério público, o titular da ação penal, sob o pretexto de centrar esforços do sistema de justiça penal aos crimes mais gravosos, o que inclusive foi alvo de rápidos ajuizamentos no Supremo Tribunal Federal de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, há discussões sobre a retirada do debate legislativo da possibilidade da resolução de parte desses crimes pela ação privada dos envolvidos, dos polos da relação processual. Nessa linha, Mendes e Martínez (2020, p. 65), ao expor as seguintes críticas:

Os dois pacotes (“Pacote Moro” e “Pacote Alexandre de Moraes”) propuseram a criação de acordos de não persecução penal, a ser gerido pelo Ministério Público. Os dois apresentando a justificativa de que com essa implementação será possível “desafogar o sistema de justiça”. Entretanto, a considerar que grande parcela do sistema carcerário brasileiro continua a ser composta por pessoas negras, pobres e que praticaram crimes contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça, como é o caso do furto simples, melhor teria sido a opção legislativa aquela que, se não descriminalizasse tal conduta, a torna-se crime de ação privada. Seguramente, medida como essa “desafogaria” mais o sistema de justiça criminal e os cárceres brasileiros do que a fictícia situação na qual uma pessoa furtadora será posta em uma mesa de “negociações” sem o devido acompanhamento técnico, tendo o Ministério Público de outro lado.

A segunda proposta pensada em instituir o *plea bargain* no ordenamento jurídico-penal brasileiro, como mencionado, seria voltada ao encerramento antecipado do processo com a denúncia já oferecida ou até mesmo antes, dado o texto do dispositivo proposto com a previsão de negociação “até o início da instrução”. Nota-se que pela leitura dessa proposta há uma similaridade bem mais evidente com o modo como é utilizado o *plea bargain* nos EUA, em razão das seguintes amarrações normativas, entre outras: (i) a confissão circunstanciada da prática da infração penal; (ii) a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer; (iii) 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; (iv) para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória; e (v) efeitos jurídicos para qualquer tipo de crime e de pena.

Como relacionado acima, teoricamente, caso essa última proposta fosse aprovada e confirmada sua constitucionalidade, ocorreria uma modificação completa na resolução de crimes pelo sistema de justiça penal brasileiro, vez que resultaria na “importação direta” do *plea bargain*, com todas as suas especificidades. Nos termos da proposição em estudo, as exceções dos crimes que não caberiam ser resolvidos por essa espécie de transação penal, seriam tão somente as infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima prevista não ultrapasse a 2 (dois), os quais seriam resolvidos no âmbito dos juizados especiais criminais por meio da transação penal ou da suspensão condicional do processo, e os crimes com pena máxima não superior a quatro anos, que seriam dirimidos pela possibilidade da suspensão condicional do processo.

3. AVALIAÇÃO DO USO DO PLEA BARGAIN NOS EUA

À vista do contexto histórico-social dos EUA, *v.g.*, considerando a tentativa de amenizar as subjetividades das sentenças, instituiu-se em meados da década de 80 as tabelas de penas mínimas dos crimes tipificados (*guidelines*), todavia penas altas, o que obrigou os juízes aos casos que avançam processualmente a aplicarem tais diretrizes (*mandatory sentences*). Essa empreitada redimensionou os poderes do

promotor (*prosecutor*) no oferecimento de *plea bargain*, ressaltando características como a preponderância do pragmatismo jurídico e de um sistema adversarial concentrado na individualidade, dado o caráter intrinsecamente privado que tomou o deslinde dos crimes.

Segundo o *Justice Anthony Kennedy* da Suprema Corte dos EUA, ao emitir opinião seguida pela maioria (voto condutor), em decisão de 21 de março de 2012, no emblemático caso *Missouri v. Frye*, no qual um advogado prejudicou seu cliente por ter deixado expirar o prazo de uma oferta de *plea bargain* enviada por carta pela promotoria, na ocasião expôs que 97% das condenações federais e 94% das condenações estaduais resultam de confissões de culpa (*guilty pleas*), tornando as negociações de confissão (*plea bargains*) centrais para o sistema de justiça criminal norte-americano.

Em ácidas críticas a esse *modus operandi* do sistema criminal norte-americano, o *Justice William Young*, do Tribunal Distrital dos Estados Unidos em Massachusetts, no caso *EUA v. Richard Green*, anotou em seu parecer que o Departamento de Justiça dos EUA estaria tão viciado em *plea bargaining* que o foco de todo o sistema de justiça criminal americano mudou para muito longe de julgamentos, júris e adjudicação a um sistema massivo de *sentence bargaining*, que em sua visão seria fortemente fraudado contra o cidadão acusado do cometimento de um crime.

No caso *State v. Cocio* (Arizona, 1985), em que pese as discussões da divergência aberta pelo *Justice Feldman*, voto vencido, tenham sido a respeito da constitucionalidade das leis de sentenças obrigatórias (*mandatory sentences*), e dos seus efeitos no tempo, vez que foram utilizadas como fundamento para sentenciar o réu à prisão perpétua, observemos porém os efeitos do uso do *plea bargain* nesse caso. *Cocio* e *Rodriguez* colidiram com seus veículos frontalmente, e um passageiro no carro de *Rodriguez* faleceu. Ambos estavam sob livramento condicional (*parole*), relativo a crimes anteriormente cometidos; e foram indiciados por homicídio culposo e por dirigirem embriagados. *Rodriguez*, o mais culpado entre os dois pelo acidente, confessou sua culpa e fez um *plea bargain*. De outro modo, *Cocio* decidiu exercer seu direito de defesa ao não confessar a culpa pela acusação.

Ao optar pela confissão de culpa, Rodriguez viu a rejeição pela promotoria da alegação de "natureza perigosa" para a acusação de homicídio culposo que lhe foi imputada, obtendo uma sentença que resultou em apenas 2 (dois) dias de prisão e 1 (um) ano de liberdade condicional e mais uma multa pela acusação de dirigir embriagado. Por outro lado, Cocio foi sentenciado à prisão perpétua, sem direito a parole por pelo menos 25 (vinte e cinco) anos, considerando o fato de que para o júri ele havia cometido um crime grave em situação de parole.

Nada obstante à relativização da presunção de inocência e das garantias inerentes ao devido processo legal, algo que destoaria se pensarmos que os EUA se posicionam no mundo como o país baluarte da defesa ferrenha da democracia, do estado de direito e dos direitos humanos, o *plea bargain* sem sombra de dúvidas projeta uma relevante economia de recursos financeiros e humanos para o sistema de justiça penal norte-americano, tendo em vista a extinção prematura do processo penal antes da fase de denúncia, ante a confissão de culpa pelo acusado. Corroborando com tais assertivas, vejamos um excerto da manifestação da Suprema Corte em 1977 no caso *Blackledge v. Allison*:

Qualquer que seja a situação em um mundo ideal, o fato é que a confissão de culpa e a negociação, muitas vezes concomitante, são componentes importantes do sistema de justiça criminal deste país. Caso sejam geridos corretamente, podem beneficiar todos os envolvidos. O réu evita prisões prolongadas antes do julgamento e as ansiedades e incertezas de um julgamento; obtém uma solução rápida de seu caso, a chance de reconhecer sua culpa e um início imediato das possibilidades de reabilitação. Por outro lado, juízes e promotores conservam recursos vitais e escassos, e o público permanece protegido dos riscos representados pelos acusados de crimes que estão em liberdade sob fiança enquanto aguardam a conclusão do processo penal.

Ainda em relação ao caso supracitado, na descrição do *plea bargain* do réu sobre o crime que lhe foi imputado aparecem os seguintes questionamentos:

6. Como você pleiteia a acusação de Attempted Safe Cracking (tentativa de roubo)?? Culpado, não culpado ou nolo contendere? Resposta: Culpado
 "7. (a) Você é de fato culpado? (Omita se a contestação for nolo contende-

re) Resposta: Sim (b) (se aplicável) Você explicou a você e entende o significado de uma contestação de *nolo contendere*? Resposta:

No ensejo, explica-se que nos EUA, no curso de um processo penal, um indivíduo pode suscitar como meio de defesa um fundamento de *nolo contendere*, na qual o acusado não aceita ou nega a responsabilidade pelas acusações, mas concorda em cumprir a sentença punitiva. Nesse caso, o indivíduo não responde em face de sua culpabilidade, mormente porque um argumento de *nolo contendere* não pode ser usado contra o réu em outra causa de ação judicial. Como por exemplo, negociação com o ministério público e o juiz para que determinada vítima não se valha dos termos de uma condenação criminal respaldada em um procedimento de *nolo contendere* para subsidiar uma ação de responsabilidade civil para reparação de danos. Trata-se de variação norte-americana do *plea bargain* traduzida do latim como "não desejo contestar".

Em relação à competência do juiz nos EUA quanto ao *plea bargain*, sua responsabilidade se circunscreve tão somente em homologar ou rejeitar as cláusulas firmadas em acordo, o que confere para o processo penal norte-americano um maior protagonismo do ministério público. *Wright e Engen* (2006, p. 1976) explicam que ante ao seu evidente poder de negociação via *plea bargain* o promotor pode ser o integrante mais poderoso do sistema de justiça criminal norte-americano – “*the prosecutor may be the single most powerful actor in the criminal justice system*”. Contudo, há juízes extremamente críticos ao modo como o sistema engessa os seus poderes jurisdicionais, colocando-os em uma situação de passividade. Outros juízes aceitam com indiferença o modo como o sistema é concebido, até pelo contexto cultural de enraizamento do uso disseminado desse instituto ao longo do tempo.

Por esse modelo, conforme pressuposto lógico, é possível que haja uma maior quantidade de pessoas envolvidas em crimes passando pelo sistema de justiça criminal, diante da rapidez de resolução dos processos penais. Por consequência, também o Estado terá uma predisposição para listar em suas codificações uma quantidade cada vez maior de tipos penais, algo explicado pelos crescentes e complexos conflitos sociais criados pelas sociedades de massas em contexto urbano. Ou seja, com um rol de crimes ampliado na legislação penal, maior será o controle pelo Estado da vida das pessoas. Ao apontar as vantagens e desvantagens do *plea*

bargain, o professor da *American University* e da *Washington College of Law* Viano (2012, p. 130) atesta que “com base nesse sistema de justiça eficiente e de “linha de produção” (*assembly line*), o governo pode agregar mais crimes ao código penal para que a vida dos cidadãos seja ainda mais controlada e regulamentada”.

Há uma extensa lista de casos paradigmáticos que poderiam ser esmiuçados como fundamentos para analisarmos o sistema criminal norte-americano pelo uso em larga escala do *plea bargain*. É notório o fato de que esse instituto modificou todo o imaginário e a cultura jurídico-penal do povo norte-americano em relação ao modo de solução dos crimes, e que dificilmente esse sistema terá grandes mudanças no curto prazo, como provavelmente seriam bruscas as mudanças provocadas pela “importação direta” desse instituto para o ordenamento jurídico do Brasil.

4. AVALIAÇÃO DO USO PLEA BARGAIN NO BRASIL

De maneira geral, distintamente do modo como se opera o *plea bargain* nos EUA, no Brasil o indivíduo acusado por um crime ao se valer de uma das formas de resolução consensual de conflitos existentes no país, em prestígio ao princípio da *nolo contendere*, não admite a culpa com todas as suas consequências penais. O acusado ao anuir com o qualquer dos acordos de transação penal no Brasil pode permanecer primário e sem antecedentes criminais. Como dito, no Brasil reside algo primordial em termos dos direitos do réu no sistema acusatório, que é a manutenção em qualquer fase dos acordos de transações penais da presunção de inocência. Fruto disso, mesmo no recente aprovado acordo de não persecução penal, não há a anotação nos registros de antecedentes criminais do aceitante.

O implemento dos acordos de transação penal no Brasil não é tratado como cumprimento de pena ou condenação judicial, mas como execução de medidas despenalizadoras. Após o cumprimento de medidas de restrição de direitos ou pagamento de multas, ocorre o arquivamento do processo e a extinção da punibilidade. Com efeito, mesmo com a homologação do acordo de transação penal ou suspen-

são condicional do processo, v.g, não há o que se falar em coisa julgada material. Do contrário, se houver o descumprimento das cláusulas avençadas, retoma-se à situação processual anterior, possibilitando ao ministério público a continuidade da persecução penal com o oferecimento da denúncia ou a efetivação de outras medidas processuais.

Ferrajoli (2002 p. 450) ao tratar do princípio de submissão à jurisdição expressado pelo axioma da *nulla culpa sine iudicio*, de que o mencionado princípio não exprime apenas a garantia da presunção de inocência do imputado, mas também que “o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar, e que ele é infungível, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva ou potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados”.

Pelas características do modo como é configurado o relacionamento entre as instituições do sistema penal americano e os polos da relação processual, influenciados sobremaneira pela *common law*, vê-se que naquele país não há a obrigatoriedade do processo penal ser compulsório, o que permite a negociação inclusive da presunção de inocência pelos acusados por cometimento de crimes, algo que não é aplicável até o momento pelo nosso sistema de justiça penal, considerando especialmente as bases constitucionais pelas quais se firmam o direito penal brasileiro, repita-se, entorno do devido processo legal, da presunção de inocência e do sistema acusatório, cláusulas pétreas da Ordem Constitucional de 1988.

Os fervorosos debates entre os críticos do modelo de justiça criminal brasileiro quando subsumido ao modelo americano giram entorno do sopesamento entre o que seria mais relevante para a sociedade brasileira, se a economicidade de recursos financeiros e humanos, já que para garantir que o processo perpassasse pelas várias fases recursais há a necessidade de uma estrutura robusta de funcionários para dar vazão ao grande acervo de processos que chegam ao sistema de justiça, ou se é possível que esse grande número de conflitos penais possam ser resolvidos por uma lógica mais utilitária, mesmo que à custa das garantias processuais ao acusado até as últimas instâncias judiciais.

De todo modo, o que observamos é que os modelos dos sistemas de justiça criminal dos países em discussão possuem seus pontos positivos e negativos. O

fato deles despontarem como os responsáveis pelas maiores massas carcerárias do mundo, infelizmente, explicam o porquê de consideráveis injustiças ocorrerem de forma até rotineira. Nesse dilema, podemos citar o Brasil com seus números absurdos de presos provisórios, e os EUA com a indução sistemática da supressão da presunção de inocência no oferecimento de *plea bargain* a acusados que têm receio de enfrentar os tribunais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Bobbio (2004, p. 33), ao excursionar sobre os direitos dos homens no tempo, sob o viés da sociologia jurídica, enfatiza que a multiplicação de novos direitos do homem enquanto um fenômeno social na pós-modernidade decorre de três motivos, o que também explica no limite essa “crise judiciária”, a saber:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo.

Tourinho Neto (2017, p. 25) ao tratar das constatações a respeito das principais causas da “crise judiciária” expõe que estaria profundamente relacionada à “modificação nas órbitas social, política e econômica, assim como vinculadas à crise jurídica, ou melhor, à crise do processo como instrumento de realização do direito material violado ou ameaçado”.

Com o ímpeto de reduzir o acervo processual que assoberba a cada dia mais os Tribunais, por vezes os juristas não entendem a real profundidade do problema no qual o sistema está inserido. Buscar respostas aos problemas da juridicização da vida que é cada vez mais incontestável a partir de estudos de outras áreas do conhecimento como a política, a economia, a sociologia e a informática pode ser uma saída, e não especificamente a modificação de regras processuais pensando que será a salvação do sistema.

Diante do contexto cultural e social específico do Brasil, máxime das nossas particularidades históricas, é evidente que necessariamente sempre haverá uma dificuldade para a “importação direta” de qualquer instituto jurídico alienígena para o catálogo de normas do sistema penal e processual brasileiros. Boas propostas legislativas passam antes pelo debate em relação aos problemas profundos do que se deseja melhorar, com a consideração dos pontos fortes e fracos e a do que já foi construído ao longo do tempo em termos de conhecimento, sempre liderados por instituições e pessoas de formas organizada, motivada e com uma finalidade de propósito certo.

Nesse sentido, Wolkmer (2002, p. 104), em crítica ao bacharelismo que muito conhece da cultura jurídica estrangeira, mas pouco entende da própria comunidade brasileira, ao arrematar que “há de se repensar o exercício da prática jurídica, tendo em conta uma nova lógica ético-racional, capaz de encarar a produção dos direitos inerentes ao processo histórico-social, um Direito que transpõe os limites do Estado”.

Também, nesse diapasão, Habermas (1997, p. 138), ao teorizar sobre o processo de elaboração e interpretação das normas integrado pela pluralidade de membros de uma dada comunidade, que, legitima o direito, em última instância, a partir de um arranjo comunicativo, ensinando que “enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos”.

Sem embargo, estudar os institutos jurídicos aplicados pelo processo penal estrangeiro nos permite entender como variadas são as culturas e as particularidades históricas de cada país, e como esses processos conjunturais formados ao longo do tempo engendram de forma única as particularidades do sistema de justiça de cada nação, sem prejuízo das possibilidade dos espaços de intersecção que podem ser trabalhados como possibilidades de aperfeiçoamento de cada sistema. De modo que, a partir disso, entendemos que a aplicação de institutos jurídicos alienígenas em qualquer outro ordenamento jurídico demanda um estudo apurado e sem casu-

ísmo, sob pena da alteração normativa esbarrar em uma dimensão muito maior de problemas.

No caso do *plea bargain*, observamos que o princípio constitucional da presunção de inocência, tal qual é previsto expressamente na Constituição de 1988, e reiteradamente como esse princípio é interpretado pelo Supremo Tribunal Federal atualmente, demonstrou-se como um verdadeiro obstáculo à pretensão de se instituir o referido instituto norte-americano em nosso ordenamento jurídico, via “importação direta”.

No mesmo patamar civilizatório da celeuma envolvida pelo cumprimento provisório da pena, com a decisão prolatada em segunda instância, também a relativização da presunção de inocência com a instituição do *plea bargain* não deve passar por mudanças na legislação infraconstitucional, mas de alterações no texto constitucional pelo poder constituinte reformador, sem desconsiderar todas as discussões relativas aos direitos e garantias fundamentais previstos em cláusulas pétreas.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Court Listener. Estado v. Cocio, 709 P.2d 1336 (Ariz. 1985) Suprema Corte do Arizona. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/1282465/state-v-cocio/?q=State%20v%20Cocio%20>>. Acesso em: 5 out. 2020.

Court Listener. Missouri v. Frye, 566 US 134 Supreme Court of the United States. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/626055/missouri-v-frye/?q=Missouri%20v.%20Frye>>. Acesso em: 5 out. 2020.

Court Listener. United States v. Green, 346 F. Supp. 2d 259 (D. Mass. 2004). Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2568795/united-states-v-green/>>. Acesso em: 5 out. 2020.

Court Listener. Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63. 431 U.S. 63 (1977). Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/109648/blackledge-v-allison/?q=Blackledge%20v.%20Allison>>. Acesso em: 10 out. 2020.

Cornell Law School. Nolo contendere. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/nolo_contendere>. Acesso em: 7 out. 2020.

CUNHA, Rogerio Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP. Salvador: ed. Juspodvm, 2020

Ferrajoli, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. Revista **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 3 out. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa ; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MONTEIRO, Pedro. Justiça Penal negociada: o 'novo' acordo de não persecução penal. Revista **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 3 out. 2020.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1º vol, 1997.

RODAS, Sérgio. Nos EUA, plea bargain foi instituído para desafogar tribunais. Revista **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>. Acesso em: 3 out. 2020.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais e criminais: comentários à Lei n. 9.099/1995**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Transação penal versus Suspensão condicional do processo. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/transacao-penal-x-suspensao-condicional-do-processo>>. Acesso em: 7 out. 2020.

VIANO, Emilio C. Plea Bargaining in the United States: A Perversion Of Justice. **Revue internationale de droit pénal**. Vol. 83, Issue 1-2, 2012. Pp.109 - 145. Disponível em: <https://www.cairn-int.info/article-E_RIDP_831_0109--plea-bargaining-in-the-united-states-a.htm#re20no20> Acesso em 2 out. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

WRIGHT, Ronald F. ; ENGEN Rodney L., The Effects of Depth and Distance in a Criminal Code on Charging, Sentencing and Prosecution Power. September, 2006, 84 N.C.L. Rev. 1935. **The University of North Carolina. School of Law**. Disponível

em:<<https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4235&context=nclr>>.
Acesso em 8 out. 2020.