

Prêmio ou castigo? A (in)compatibilidade do modelo da *plea bargaining* com o ordenamento jurídico nacional.

Prize or punishment? The (in) compatibility of the model of plea bargaining with the national legal ordinance.

Ives Nahama Gomes dos Santos ^{1*} (G), Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade ² (PQ)

1Graduada em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro, Fortaleza-CE;

2Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília-DF.

ives-nahama@hotmail.com; olavo@hamilton.adv.br

Resumo

No universo jurídico de interação entre os sistemas processuais, o presente estudo aborda a discussão sobre a juridicidade da almejada importação do instituto da *plea bargaining*, em face das garantias emanadas pela Constituição da República do Brasil de 1988. À partida, o trabalho expõe conceitos essenciais para a construção de uma base teórica sobre o assunto da justiça negocial, sem se esquecer da temática do encarceramento em massa. O fazendo com uma análise incursionada a demonstrar, o exemplo das negociações de culpabilidade desenvolvidas no direito norte-americano, bem como delinear, o porquê da utopia de sua aplicação no Brasil.

Palavras-chave: *Plea bargaining. Garantias constitucionais. Encarceramento em massa.*

In the juridical world of difference between procedural systems, the present study addresses the discussion about the legality of the desired import of the negotiating institute, given the guarantee emanated by the Brazilian Constitution of 1988. For the construction of a theoretical basis on the subject of social justice, do not forget the issue of mass incarceration. The analysis of the demonstration, the example of joints of culpability in US law, is like a delineate, the portal of the utopia of its application in Brazil.

Key-words: *Plea bargaining. Constitutional guarantees. Mass Encarceration.*

Introdução

Em tempos de “16 propostas contra o encarceramento em massa¹”, já em uma das primeiras ações do atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública, caminha-se em sentido oposto ao que razoavelmente se espera quanto ao enfrentamento da temática.

O anúncio do, já tão controverso, “Projeto de Lei Anticrime” e o enfrentamento dos ora denominados “pontos de estrangulamento do Sistema de Justiça Criminal”, incluindo-se no mencionado pacote, o modelo de *plea bargaining* no país como meio apto para tanto, revelaram os riscos provocados pela transposição de fórmulas operativas e interações entre ordenamentos processuais de países com sistemas jurídicos distintos.

¹ o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Pastoral Carcerária Nacional – CNBB, a Associação Juízes para a Democracia – AJD e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília - CEDD/UNB, elaboraram 16 propostas legislativas que buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 9 mar.2019.

O ponto de partida para a compreensão do instituto da *plea bargaining* está na busca de soluções alternativas de conflitos na esfera penal e, em espectro, a temática do combate ao encarceramento em massa.

De acordo com Erwin Chemerinsky², a *plea bargaining* consiste em um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação. Tal modelo, é existente nos Estados Unidos desde o séc. XIX e, por causa de sua aplicação, até o ano de 2014, 97% dos casos federais³ foram resolvidos por negociação.

Referido índice pode induzir à conclusão de que haveria, de fato, naquele país, uma justiça restaurativa, tutora dos direitos e garantias processuais, bem como uma ínfima taxa de prisões e baixa rotatividade carcerária.

Infelizmente, tais conclusões não passam do plano das ideias, sendo atualmente⁴ nos Estados Unidos, a prática de tal negociação um pequeno balcão de negócios, ladeado de uma falta de controle e supervisão na atuação de promotores, vestidos de poderes amplos e obscuros, tendo como produto o topo no *ranking* mundial de presos, passando dos 2 milhões, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen⁵, de junho de 2014.

Diante dos fatos acima já se poderia dizer, de pronto, que a importação do sistema não seria válida, mas tão somente um exemplo de solução simbólica. Porém, inegavelmente, um procedimento célere, daria as respostas almejadas há tempos pela sociedade brasileira. Mas a que custo? A culpa nominada justificaria a multiplicação de ingressos no sistema carcerário, sendo o combustível para a hiperinflação do já existente superencarceramento brasileiro? Por óbvio, não.

Esse raciocínio suscita questões ético-morais pesadas, não levando, porém, a uma estagnação nem doutrinária, tampouco legislativa, tendo em vista que ensaios de formas de justiça negociada, como por exemplo, o artigo 283 do projeto do novo Código de Processo Penal⁶, que tramita atualmente na Câmara dos deputados, de inspiração italiana (*civil law*), no denominado *patteggiamento sulla pena*, já foram trazidas à discussão.

Assim, delineadas tais proposições iniciais, este ensaio tenta se debruçar sobre essa importante vertente, objetivando três propósitos principais: a) sustentar, a partir da simples definição

² CHEMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. *Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement*. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11 *apud* QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 3-5.

³ RAKOFF, Jed S. *Why Innocent People Plead Guilty*. 2014. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em 18 mar.2019

⁴ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining*, 2017. The Atlantic. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courtsprosecutors/524112/>> Acesso em: 22 mar 2019

⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 22 mar 2019

⁶ Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal". Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44E0C721729F76115C035B7C3B3A17AA.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 22 mar 2019

de *plea bargaining* e do exemplo norte americano, o porquê da (in)compatibilidade deste modelo de justiça negociável, com o ordenamento jurídico nacional; b) traçar a relação futura de causa e efeito entre a implementação da *plea bargaining* e o superencarceramento brasileiro; c) elencar propostas e modelos de negociação, mais adequados a realidade brasileira.

Metodologia

A metodologia utilizada para a elaboração do presente ensaio deu-se de maneira exploratória, primeiramente estabelecendo conceitos essenciais na construção da base teórica sobre o assunto, para, após, proporcionar novos esclarecimentos e conhecimento aos operadores do Direito sobre o tema; quantitativa, traduzindo em números as informações coletadas, e investigativa, lastreando-se em pesquisas documentais e bibliográficas, buscas doutrinárias nacionais e estrangeiras, em específico, a norte-americana.

Resultados e Discussão

Baseando-se nas ideias de celeridade e almejando a economia de recursos, a *plea bargaining* se apresentou como alternativa primorosa no sistema norte-americano, guardando aquele modelo de solução consensual de conflitos, maior similitude com um modelo funcionalista⁷, em detrimento de reflexões próprias do garantismo penal, sendo considerada pela Suprema Corte norte-americana como um componente essencial da administração da justiça criminal. Porém, tal componente essencial, consiste em um dos aspectos mais controversos daquele sistema⁸.

Gerard Lynch⁹, traça um panorama acerca dos problemas oriundos da utilização exacerbada do acordo, começando pela supressão do direito de ser informado das acusações, afrontando à vedação da autoincriminação, culminando na inexistência de um julgamento público, configurando-se em patente risco para inocentes, que inundados pelo sentimento de que o resultado de um julgamento pode ser muito pior do que o da *plea bargaining*, sendo este uma espécie de “custo da inocência”, levando a 56% dos réus inocentes aceitarem o acordo proposto, o Estado usa seus poderes de acusação e sentenciamento para pressionar que o acusado abra mão de seus direitos.

A conclusão pela não restrição às garantias processuais e constitucionais do acusado participante da negociação deveria ser lógica, já que serão a ele imputados penas privativas de liberdade, motivo pelo qual eventual aprisionamento deve ser necessariamente precedido do devido processo legal, adequado a lógica negocial. Contudo, não o é, tampouco funciona como medida repressiva à novas práticas.

⁷ QUEIRÓS. Gabriel Silveira Campos de. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista eletrônica do Ministério Público Federa. *Custos Legis*. v.2, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em 23 mar.2019

⁸ *American Bar Association. Criticism of plea bargaining gaining momentum in the US admin.* 2018. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/news/criticism-plea-bargaining-gaining-momentum-us>> Acesso em 23 mar.2019

⁹ LYNCH. Gerard. *Panel Discussion: The Expanding Prosecutorial Role from Trial Counsel to Investigate and Administrator.* 2003. p.24-27. 9

Como corolário de toda a problemática aqui apresentada, temos o ponto fulcral da questão: com a alta taxa de acordos e, por consequência, mais pessoas cumprindo penas restritivas de liberdade, surge o encarceramento em massa nos Estados Unidos da América.

Hoje são mais de 2.200.000 de presos naquele país e, de acordo com números federais¹⁰ e estaduais¹¹, são mais de 206 mil pessoas cumprindo penas por crimes relacionados a drogas em presídios estaduais e outros 82 mil em prisões federais. Uma em cada quatro pessoas privadas de liberdade no mundo encontra-se nos Estados Unidos da América. Em 16 estados localizados no Sul daquele país, existem mais homens em prisões do que estudantes vivendo em dormitórios de faculdade¹². Ademais, o trunfo da eficiência do sistema de *plea bargaining* e benefícios de redução e custos é ilusória, levando-se em consideração que as despesas de aprisionamento aumentaram 45% de 2000 para 2004, – enquanto isso, os gastos em educação aumentaram apenas 7,5%¹³.

Considerando apenas esses fatos, já se poderia afirmar que a importação de um sistema de acordos, tal qual o utilizado nos Estados Unidos da América, é falho e não se adaptaria à realidade brasileira. Importar para o país que possui 620 mil pessoas presas, sendo o 4º no *ranking* mundial, o método utilizado para auxiliar o país que alcançou o 1º lugar em segregação, não é aceitável, sobretudo em face da grande diferença judicial vivenciada – através de séculos – entres os dois países: *Common Law* × *Civil Law*.

Da leitura do *caput* do art. 28-A¹⁴ do “Projeto de Lei Anticrime”, podem ser elencados, em síntese, nas palavras de Aury Lopes Júnior¹⁵, os seguintes problemas: violação da relação entre gravidade do fato-pena aplicada, que é a base de legitimação do Direito Penal e do processo penal; a adoção da negociação antes da instrução representaria uma supervalorização daquilo que foi produzido de forma unilateral, sem contraditório e ampla defesa; a violação ao princípio de presunção de inocência, a falácia da “voluntariedade” do acusado ao negociar, na medida em que coagido pela ameaça de penas exacerbadas e, principalmente pela ameaça da prisão cautelar; sendo ainda o fim do processo penal demarcado pelo artigo 5º, LV da Constituição.

E, voltando a temática da economia ilusória, temos, ainda segundo o autor, a seguinte lógica: na medida da formalização dos acordos, teremos, por lógica, a médio e longo prazo, um enorme impacto orçamentário, com a imprescindível construção e manutenção de novos presídios além da resolução do déficit já existente.

¹⁰ U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Federal Bureau of Prisons. Disponível em: <https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_offenses.jsp> Acesso em 23 mar. 2019

¹¹ U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p15.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2019

¹² Alabama has more people in prisons than in college dorms: Monday Wake Up Call. Disponível em: <https://www.al.com/opinion/2015/03/alabamas_1_of_16_states_with_m.html#incart_river>. Acesso em 23 mar. 2019

¹³ Id. 2015 passim.

¹⁴ Projeto de Lei Anticrime. Anteprojeto de Lei nº __, de 2019. Art. 28º: Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente (...) Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/02/MJSP-Projeto-de-Lei-Anticrime.pdf>> Acesso em 23 mar. 2019

¹⁵ LOPES. Aury Jr. Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?. Coluna Limite Penal. 2019. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em 23 mar.2019

Portanto, pode ser aceitável a incorporação do modelo no Brasil? A resposta não poderá ser afirmativa. É inegável que a justiça negocial no Brasil, a exemplo dos institutos previstos na Lei dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95), deram fôlego aos fóruns e unidades prisionais, porém, a resposta está justamente na conjugação de tal binômio: efetividade de punição e prevenção ao encarceramento em massa e a supressão de garantias constitucionais.

Ao passo que foram tecidas as críticas necessárias, imperioso se delinear também propostas de solução para o empasse da necessidade de inclusão de justiça negocial no Brasil, que, ao contrário da proposta sob análise, se contraponham ao fenômeno do encarceramento em massa no país.

A primeira delas, já mencionada neste ensaio, seria a retomada de pauta da tramitação e aprovação do projeto de novo Código de Processo Penal, com a devida ampliação para que o acordo ali previsto em seu art. 283, seja possível para os crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos, abarcando assim os presos em contexto de regime semiaberto, da chamada criminalidade média, que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen¹⁶ de junho de 2014, correspondem a 89.639 (oitenta e nove mil e seiscentos e trinta e nove) da população carcerária do país.

Atentar, em paralelo a implementação da dita modalidade de negociação, para as 16 propostas legislativas que buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país¹⁷, tomando-se como exemplo, a aplicação o reforço à princípios gerais da lei penal e a aplicação da Justiça Restaurativa; flexibilização das penas para roubo, de acordo com a ofensividade; criação do/a juiz/a de garantias¹⁸.

É exatamente para esse horizonte que os Estados Unidos da América têm se inclinado nos últimos anos: em defesa da reversão da política de encarceramento em massa, O que se espera agora do Brasil é que haja o mesmo desejo de aproximação a tal modelo, verdadeiramente, inspirador.

Conclusão

Ante a análise de uma possível implementação do instituto norte-americano da *plea bargaining* no sistema jurídico brasileiro, percebeu-se que tal ideia não se mostrou válida ou animadora desde sua origem, tampouco se compatibilizando com os valores emanados pela Constituição Federal de 1988, especialmente por permitir uma desconsideração irrestrita de garantias fundamentais, sendo, sem dúvidas, um retrocesso.

Com base nos dados aqui colacionados, tem-se que o atual modelo de justiça criminal conflitiva voltado tão somente à aplicação de penas privativas de liberdade, não nos rendeu bons

¹⁶ Id.2014, *passim*.

¹⁷ Proposta 3: Alterações no crime de furto e roubo, com a flexibilização das penas para roubo, de acordo com a ofensividade

¹⁸ Esta última, fora proposta pelo ex-deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ), no PL 7973/2017 e, tal juiz de garantias seria responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado.

frutos, mas tão somente um dolorido posto no *ranking* mundial de países em crise de encarceramento em massa.

Em razão disso, constata-se, na atual conjuntura brasileira, a necessária ampliação dos instrumentos de justiça consensual no país, sem que se olvide a observância ao texto constitucional. O caminho para tanto já está traçado, o que resta é expurgar os fantasmas dos erros do passado, enfrentando a problemática com a coragem necessária, para que a justiça seja sempre a última palavra.

Referências

- American Bar Association. **Criticism of plea bargaining gaining momentum in the US** *admin*. 2018. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/news/criticism-plea-bargaining-gaining-momentum-us>> Acesso em 23 mar.2019
- CHEMERINSKY, Erwin.; LEVENSON, Laurie L. **Criminal Procedure 2008: Case and Statutory Supplement**. Aspen: Aspen Pub, 2008, p. 5-11 apud QUEIRÓS CAMPOS, 2012, p. 3-5.
- CRIMINAIS. Instituto Brasileiro de Ciências - IBCCRIM, **16 propostas contra o encarceramento em massa**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em: 9 mar.2019.
- INFOPEN - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** –, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 22 mar 2019
- LOPES. Aury Jr. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?**. Consultor Jurídico. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em 23 mar.2019
- LYNCH. Gerard. Panel Discussion: **The Expanding Prosecutorial Role from Trial Counsel to Investigate and Administrator**. 2003. p.24-27.
- Projeto de Lei nº 8045, de 2010**, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal". Disponível<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44E0C721729F76115C035B7C3B3A17AA.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 22 mar 2019
- Projeto de Lei Anticrime**. Anteprojeto de Lei nº __, de 2019, Disponível em:<<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/02/MJSP-Projeto-de-Lei-Anticrime.pdf>> Acesso em 23 mar. 2019
- QUEIRÓS. Gabriel Silveira Campos de. **Plea bargaining e justiça criminal consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista eletrônica do Ministério Público Federa. Custos Legis. v.2, 2012. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em 23 mar.2019
- RAKOFF, Jed S. **Why Innocent People Plead Guilty**. 2014. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em 18 mar.2019
- WALSH, Dylan. Why U.S. **Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining**, 2017. The Atlantic. Disponível em:<<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courtsprosecutors/524112/>> Acesso em: 22 mar 2019
- U.S. Department of Justice. **Office of Justice Programs. Federal Bureau of Prisons**. Disponível em: <https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_offenses.jsp> Acesso em 23 mar. 2019
- U.S. Department of Justice. **Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics**. Disponível em: < <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p15.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2019