

PLEA BARGAINING: O PERIGOSO CAMINHO EM DIREÇÃO AO ALARGAMENTO DAS PRÁTICAS DE NEGOCIAÇÃO PENAL

PLEA BARGAINING: THE DANGEROUS PATH LEADING TO THE ENLARGEMENT OF PENAL NEGOTIATION PRACTICES

André Peixoto de Souza

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor pesquisador do PPGD-UNINTER. Professor de Economia Política e Psicologia Jurídica nas Faculdades de Direito da UFPR, UNINTER e UTP. Professor de Filosofia e História do Direito na EMAP e no ICPC.
Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/6730905740474677>
ORCID: 0000-0002-6679-7417
andrepeixotodesouza@gmail.com

Kauana Vieira da Rosa Kalache

Mestre em direito penal pela UCLA.
Mestre em Teoria e História da Jurisdição pela UNINTER.
Especialista em Criminologia e Políticas Criminais pelo ICPC.
Professora na Fesp e advogada criminalista.
Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/6006479698824490>
ORCID: 0000-0001-5206-6739
kalache2015@lawnet.ucla.edu

Resumo: O presente texto pretende analisar criticamente o instituto do *plea bargaining*, mais especificamente os problemas envolvendo critérios e procedimentos para o estabelecimento da negociação penal no sistema de justiça criminal, bem como o impacto social das negociações nas quais estão inseridas. Terá como referência o sistema de justiça norte-americano, que serviu de inspiração para o projeto nacional no que tange ao referido instituto. A análise se justifica, uma vez que o alargamento da esfera negocial penal no Brasil parece ser uma tendência imparável. A pesquisa se deu mediante o emprego do método de abordagem dedutiva e do método de procedimento sistêmico, auxiliado pela análise comparativa entre os sistemas de justiça norte-americano e brasileiro.

Palavras-chave: Negociação penal - *Plea bargaining* - Voluntariedade- Legalidade- Lei Anticrime

Abstract: The text has the objective of critically analyzing the plea-bargaining's practices, more specifically the issues regarding the lack of criteria and regulations when offering a deal, as well as the social impact of the negotiations in a democratic society. The North American justice system will be used as reference, since it has served as an inspiration to the Brazilian Project. The research is justified once criminal negotiation seems to be an unstoppable tendency in the Brazilian system.

Keywords: Criminal Negotiation - Plea Bargaining - Willingness- Fairness- Anticrime Law

A negociação penal, em nosso sistema de justiça criminal, não é recente, tendo sido inserida no ordenamento jurídico pátrio através da lei dos juizados especiais com o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo. O reforço da prática ocorreu com a popularização da colaboração (delação) premiada e do acordo de leniência, em 2013. Soma-se a esses modelos de negociação a possibilidade inovadora do acordo de não persecução penal, como forma de alargamento das possibilidades de transação penal (Art. 28-A, CPP, inserido pela Lei 13.964/19).

O racional por trás de tais medidas é sempre o mesmo: a busca pela celeridade e eficiência do sistema de justiça criminal – como resume a frase de abertura da apresentação do instituto do acordo de não persecução penal elaborada pelo Ministério Público Federal - Acordos de não persecução penal. "Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas." (2020). Para apoiadores das medidas, cria-se espaço de consenso no que se refere à justiça criminal, para além do âmbito do JECRIM.

O acordo de não persecução penal foi incluído às práticas negociais,

através da lei 13.964/19, alargando as possibilidades de acordo penal. Assim sendo, antes de formalizada a acusação, havendo a confissão por parte do investigado acerca do crime discutido, poderá ser o acordo proposto pelo Ministério Público. A proposta deverá ser homologada por juiz competente, o qual analisará a adequação, proporcionalidade e a voluntariedade do acusado na sua celebração. Cumprido o acordo, há a extinção de punibilidade. O instituto é muito semelhante ao *plea bargaining*, porém, com aplicabilidade reduzida.

As críticas acerca desta nova possibilidade de negociação são várias. Entre elas destacam-se a inobservância ao princípio da presunção de inocência ao exigir a confissão do investigado para celebração do acordo, a unilateralidade de suas condições, determinadas e propostas pelo Ministério Público, e a impossibilidade de propositura de acordo em crimes que envolvem habitualidade, questionando-se a eficácia da negociação em casos envolvendo organizações criminosas.

Aury Lopes Jr. é enfático ao afirmar que entende a necessidade de implementação de mecanismos que otimizem o defasado sistema

de justiça brasileiro – inclusive compreendendo a negociação penal como “tendência imparável para a qual devemos estar preparados” (LOPES JR., 2020, p. 871). Todavia, não nega a necessidade de observância de princípios garantidores de direitos individuais e limites à atuação da acusação nesse processo, pois “a lógica negocial banalizada transforma o processo penal num mercado persa (...). Constitui, também, verdadeira expressão do movimento da lei e ordem (...) fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor.” (2020, p. 870).

Finaliza a sua crítica com um convite à reflexão acerca do modelo de justiça negocial a ser adotado em nosso sistema. “Qual o espaço negocial que estamos dispostos a implantar no Brasil, diante da nossa realidade processual e, principalmente, o nosso sistema carcerário e qual será o impacto? Caminharemos em direção ao modelo norte-americano de *plea bargaining*?” (Ibid, p. 872).

Após fazer a reflexão proposta, cuja síntese é a de necessidade de afastamento do modelo norte-americano de negociação penal, há que se constatar que os sistemas processuais em ambos os países são completamente diferentes e o nosso sistema, pseudo-acusatório, bem como nossas regras processuais, são incompatíveis com a negociação penal nos moldes do *plea bargaining*.

Porém, para além da incompatibilidade sistêmica, o instituto negocial norte-americano é também extremamente maléfico para a sociedade democrática de direito, pautada em princípios constitucionais de garantias a direitos individuais (BOBBIO, 1992; FERRAJOLI, 2000), uma vez que infringe questões envolvendo a voluntariedade e legalidade dos acordos penais. Assim sendo, seus efeitos para a referida sociedade são devastadores, com a constatação de práticas de justiça criminal seletivas, superencarceramento e maior incidência de erros judiciais. Este último é o enfoque dado à análise do modelo norte-americano de negociação que passa a ser realizada.

Críticas acerca do *plea bargaining* norte-americano

Para **George Fisher** não há verdadeiramente um marco histórico social acerca da popularização e propagação do instituto em território norte-americano, havendo sim uma atuação fundamental das partes interessadas para a implementação da negociação (leia-se promotores, defensores públicos, juízes e governantes – abarcados aqui legisladores), e sua pulverização pelo sistema de Direito norte-americano (FISHER, 2000, p. 01).

Além disso, o gigantesco movimento migratório em prática no país, com a chegada anual de milhares de novos habitantes naquele território, juntamente com o movimento industrial, contribuíram para que o número de casos criminais se elevasse de forma significativa, exercendo grande influência para a adoção de meios mais eficazes e menos custosos ao erário público para obtenção da “justiça”.

Isso sem mencionar as políticas criminais travestidas de guerra ao crime, mas com objetivos seletivos e higienistas, que resultaram na supercriminalização de condutas e na maior população carcerária mundial (WAQUANT, 2011).

Não obstante a isso, os Estados Unidos enfrentam duras críticas quanto ao modelo corrente do *plea bargaining*, sendo acusado, inclusive, de fazer uso de tais práticas para selecionar e perseguir minorias indesejadas. Acusa-se o sistema de violação do princípio balizador do processo penal, qual seja, o direito constitucional ao devido processo legal [*due process of law*], com a consequente ocorrência do encarceramento em massa.

A ausência de defesa técnica eficiente é apontada naquele sistema ante à necessidade dos defensores públicos em manter seus agentes financeiros patrocinando seus escritórios e atividades, a busca na

manutenção da boa relação com a promotoria e juízes e, por fim, o excesso de trabalho a que estes profissionais estão submetidos. (FISHER, 2000, p. 1063).

O excesso e abuso de poder da acusação nas negociações também são criticados, já que grandes poderes negociais alinhados ao objetivo punitivista da política criminal do Estado caracterizam táticas prejudiciais à ampla defesa e à presunção de inocência, entre elas a “superqualificação” dos crimes impostos aos acusados, a prática do *overcharging* [múltiplas acusações], violações à *Brady Rule*¹ e a utilização de prisão cautelar durante o processo de negociação como forma de intimidação do acusado (GROSS, 2008, p. 940). Há também o alto grau de questionabilidade das provas utilizadas pela acusação (MEDWED, 2010, p. 1539), bem como a implementação de métodos coercitivos para obtenção de confissão (BISHARAT, 2014, p. 791; PETEGORSKY, 2013).

Aponta-se também a perda de padrões processuais para reincidentes como um grande problema, uma vez que estes acusados se encontram em posição muito inferior durante a fase negocial do que aqueles sem passagem pelo sistema de justiça criminal. Alguns princípios norteadores do processo penal não são oponíveis ao acusado reincidente em audiências de “*probation revocation*” [revogação de liberdade condicional] (BISHARAT, 2014, p. 786).

Isso ocorre porque existe uma certa previsibilidade de reincidência do agente pela sua origem, o crime cometido, o bairro que mora, suas conexões pessoais, entre outros. Assim, havendo de fato a reincidência do agente, com a iminência de audiência de revogação de liberdade provisória, em que há a mitigação de princípios e garantias processuais – a exemplo da admissão de “*hearsay*” – a acusação consegue acordos muitas vezes nos mesmos moldes do que o resultado de uma condenação por júri na infração primária do acusado (BISHARAT, 2014, p. 786).

A desinformação quanto aos efeitos colaterais de uma confissão de culpa também figura entre práticas criticadas, uma vez que a legislação obriga advogados a informarem seus clientes apenas sobre as consequências diretas da confissão (tais como o valor para pagamento de multa e o tempo de aprisionamento resultante da condenação), estando excluída a obrigação de se discutir com o cliente as consequências colaterais (CHIN; HOLMES JR., 2002, p. 699). As consequências colaterais de uma confissão que resultem em condenação podem representar um fardo muito maior do que a penalidade originalmente imposta pelo fato praticado.

A ausência de um juiz efetivamente garantista para homologação de *guilty plea* figura, por fim, entre as duras críticas feitas ao sistema ante as diversas denúncias de violações de direitos e garantias constitucionais, baseadas em má conduta de juízes quando da homologação de acordos (BERNIK; LARKIN, 2014).

Os estreitos laços com os membros do Ministério Público, a ideologia do “*tough on crime*” [guerra ao crime] e o interesse na celeridade e economia processual fazem com que grande parte dos juízes criminais norte-americanos, além de coniventes com abusos e ilegalidades praticados em sede de negociação, também se utilizem de coerção para homologação de *guilty pleas* (KLEIN, 2004, p. 1351). Muito criticada e controversa, a prática de *plea bargaining* é uma realidade a qual o sistema de justiça criminal norte-americano parece não ter como reverter, sob pena de um colapso, opinião compartilhada por defensores e opositores ao sistema. “[*Plea bargaining*] is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system”² (SCOTT; STUNTZ, 1992).

Para onde caminhamos?

A questão proposta por **Aury Lopes Jr.** permanece: que caminho

seguir ou para onde caminhamos? Não precisamos ir muito longe para constatar a utilização da negociação penal enquanto ferramenta de coação do acusado em nosso sistema, conforme práticas denunciadas no âmbito da delação premiada envolvendo casos da "Operação Lava-Jato". Pode ser citada a utilização de prisões cautelares como forma de coação para que se obtenha a colaboração do preso, ocasião em que "respeitados juristas identificam a utilização das prisões preventivas como instrumento de pressão para delação." (FABRETTI, 2018, p. 294).

Isso porque na colaboração premiada, diferente do que ocorre nas formas de negociação concernentes ao juizado especial, as quais preveem apenas a possibilidade de pena restritiva de direito ou multa, é permitida negociação de pena de encarceramento, a qualquer momento, até mesmo na fase de execução.

Como exemplo podemos citar os casos envolvendo pareceres da Procuradoria Geral da República da 4ª Região, os quais recomendavam a constrição da liberdade dos acusados ante "possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal" (CANÁRIO, 2014).

Pauta-se a aplicação da coação em um dos requisitos da prisão preventiva, qual seja a conveniência da instrução criminal, conforme defendido por procurador federal para a manutenção de constrições à liberdade:

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas **também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos** (CANÁRIO, 2014). Grifo nosso.

O próprio procurador afirma o sucesso da prisão provisória enquanto meio de obtenção de colaboração do acusado. O escancaramento da detenção do investigado como técnica de colaboração para

resolução do conflito penal, em situações sob o holofote da mídia em que os acusados possuem bons e caros defensores – como era a situação dos acusados na operação Lava-Jato – faz refletir sobre o tratamento dado aos casos e acusados de crimes em que não há atenção da mídia e cujas pessoas investigadas muitas vezes sequer têm advogado constituído.

Ademais, vivemos um sistema processual pseudo-acusatório – de fase investigativa inquisitorial, cabe lembrar –, onde juiz é parte, inclusive imparcial em alguns casos. Comportará o Estado de direito pátrio o afrouxamento de garantias constitucionais – como os da ampla defesa e da jurisdicionalidade – advindos da ampliação da negociação penal nos moldes estadunidenses?

Por outro lado, cabe refletir se já estaríamos replicando em parte o racional por trás da expansão da esfera negocial no sistema norte-americano. Se já seríamos um mercado persa de negociação da pena no âmbito negocial, mesmo que de alcance reduzido. Se a tendência é a expansão do comércio, possibilitando a negociação sem a limitação da pena hoje existente, em qualquer fase processual. Nos moldes atuais, com a vigência dos institutos da transação penal, do acordo de não persecução penal, da suspensão condicional do processo e da delação premiada, "se fizermos um estudo dos tipos penais previstos no sistema brasileiro, e o impacto desses instrumentos negociais, não seria surpresa alguma se o índice superasse a casa dos 70% de tipos penais passíveis de negociação, de acordo", isso caso não se respeite o limite de pena imposto atualmente. (LOPES JR., 2021, p. 220).

E por fim, se fizermos parte ou todo o acima, há necessidade de profunda análise sobre como o faremos sem investimentos no já superlotado e indigno sistema carcerário nacional, considerando que a ampliação da esfera de negociação penal acarreta também na ampliação do número de encarcerados, com tendência ao superencarceramento.

Notas

¹ Regra que determina o compartilhamento de provas absolutórias entre as partes. Vide *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

² "[A negociação penal] não é acessória ao sistema de justiça criminal; é o sistema de justiça criminal." Tradução livre da autora.

Referências

- BERNIK, Evan. LARKIN Jr. Reconsidering Mandatory Minimum Sentences: The Arguments for and Against Potential Reforms. *Legal Memorandum*, n. 114, p. 1-15, fev. 10, 2014.
- BISHARAT, George E. The Plea Bargain Machine. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 7, n. 3, p. 767-795, jul./set. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/download/7242/5824>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- BOBBIO, Norberto, 1909 - A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 03 jun 2021.
- CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Conjur*, 27 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CHIN, Gabriel; HOLMES JR., Richard W. Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas. *Cornell L. Review*, v. 87, n. 3, p. 697-742, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2879&context=clr>. Acesso em 10 jan 2021.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. *Revista Direito*
- UFMS, Campo Grande, v. 4, n.1, p. 279-297, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- FISHER, George. Plea bargaining's triumph. *The Yale Law Journal*, v. 109, p. 857-1086, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=yjl>. Acesso em: 1 fev. 2021.

- GROSS, Samuel. Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 5, n. 4, p. 927-962, dec. 2008. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2591&context=articles>. Acesso em: 10 jan 2021.
- KLEIN, Richard. Due process denied: judicial coercion in the plea bargaining process. *Hofstra Law Review*, v. 32, n. 4, p. 1349-1423, 2004. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol32/iss4/14/>. Acesso em: 13 fev. 2021.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MEDWED, Daniel S. Brady's Bunch of Flaws. *Washington and Lee Law Review*, v. 67, n. 4, p. 1533-1567, 2010. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol67/iss4/7/>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- PETEGORSKY, Michael Nasser. Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Evidence During Plea Bargaining, *Fordham Law Review*, v. 81, n. 6, p. 3599-3650, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13/>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- SCOTT, Robert E. STUNTZ, William J. Plea Bargaining As Contract, *Yale LJ*, v. 101, p. 1909-1968, 1992. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/317. Acesso em: 15 fev. 2021.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- Acordos de não persecução penal. "Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas." Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf Acesso em: 30 abr. 2021.