

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

Pedro Rubim Borges Fortes

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PLEA
BARGAINING: ENSAIO HISTÓRICO
SOBRE O ACORDO DE
NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

FORTES, Pedro Rubim Borges
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PLEA BARGAINING:
ENSAIO HISTÓRICO SOBRE O ACORDO DE
NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL
R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 181(484): 295-322, set/dez. 2020

Rio de Janeiro
set/dez. 2020

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO *PLEA BARGAINING*: ENSAIO HISTÓRICO SOBRE O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

THE INSTITUTIONALIZATION OF *PLEA BARGAINING*: HISTORICAL ESSAY ON THE CRIMINAL NON PROSECUTION AGREEMENT IN BRAZIL

PEDRO RUBIM BORGES FORTES¹

Resumo:

Este ensaio tem como objeto de análise a institucionalização do *Plea Bargaining* nos Estados Unidos, no século XIX, e a adoção do acordo de não persecução penal no Brasil no século XXI. O estudo das origens, do desenvolvimento e da consolidação dos acordos no processo penal estadunidense tiveram razões históricas, explicações sociológicas e motivações institucionais que podem servir como ponto de partida para uma reflexão sobre as possibilidades e os limites da justiça negocial no Brasil contemporâneo. Por um lado, a ampla adoção de acordos entre a acusação e a defesa podem ter um impacto positivo sobre a ineficiência, morosidade, os custos, a sobrecarga processual e a insuficiência de juízes que são características negativas da justiça brasileira desde o período colonial. Por outro lado, a recepção do acordo enfrenta uma resistência do Poder Judiciário e da advocacia semelhante ao receio de perda de poder e de mercado nos Estados Unidos do século XIX.

Palavras-chave: História do Direito Penal; Reforma do Poder Judiciário; Justiça Negocial; Acesso a Justiça; Duração Razoável do Processo; Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract:

The paper focuses on plea bargaining and its institutionalization in 19th-century United States, as well as on the adoption of the criminal non-prosecution agreement in 21st-century Brazil. The study of the origins, development, and consolidation of agreements in criminal proceedings in the USA had historical reasons, sociological explanations and institutional motivations that can serve as a point of departure for a reflection on the possibilities and limits for negotiated justice in contemporary Brazil. On the one hand, the widespread adoption of agreements between the accusation and the defense may have a positive impact on the inefficiency, slowness, costs, the procedural overburden and the insufficient number of judges, which have been negative traits of the Brazilian justice system since colonial times. On the other hand, the acceptance of agreements faces resistance from the judiciary and lawyers for fear of loss of power and market, much the same as what occurred in the United States in the 19th century.

Keywords: History of Criminal Law; reform of the Judiciary; Negotiated Justice; access to Justice; reasonable duration of the proceedings; Plea Bargain.

Introdução

O objetivo deste ensaio consiste em apresentar o instituto do *Plea Bargaining* a partir da perspectiva histórica do surgimento da prática nos

1 – Professor Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ) e Pesquisador Associado ao Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI)..

Estados Unidos no século XIX e das razões sociológicas e econômicas para a sua disseminação ampla. O presente trabalho é apresentado dentro do contexto da introdução no direito brasileiro da figura do acordo de não persecução penal por meio da Resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que permite a negociação entre acusação e defesa no caso de delitos sem violência ou sem grave ameaça, desde que o acusado confesse a prática delitativa, indique provas do cometimentos e cumpra determinados requisitos - reparação do dano, restituição do bem da vítima, renúncia voluntária a bens e direitos, prestação de serviço comunitário, pagamento de prestação pecuniária ou outra condição estipulada pelo ministério público.

Conforme o artigo 18 da referida Resolução CNMP n. 181/17, em sua redação original de 07 de agosto de 2017:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III - Comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – 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 Ministério Público;

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada;

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

A iniciativa do CNMP surpreendeu a magistratura, a advocacia e o próprio Ministério Público, por conta do caráter original e transformador das regras que autorizam a negociação de um acordo entre a acusação e a defesa para fins da aplicação imediata de pena sem que seja necessário o julgamento do caso por um Juiz criminal. No âmbito do Poder Judiciário e da advocacia profissional, tanto a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) quanto a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressaram com ações constitucionais, pretendendo que o Supremo Tribunal Federal (STF) proibisse imediatamente a possibilidade de celebração dos acordos penais. No âmbito do Ministério Público, alguns Procuradores Gerais de Justiça emitiram recomendações aos Promotores de Justiça para que evitassem celebrar o acordo de não persecução penal até que o referido instituto fosse analisado e regulamentado em caráter definitivo. Ora, nesse cenário de perplexidade sobre a possibilidade de negociação de acordos penais, é fundamental promover o resgate histórico sobre a origem, o desenvolvimento e a consolidação do instituto do *Plea Bargaining* nos Estados Unidos para uma reflexão contextualizada sobre a questão.

Assim, a questão-problema do presente trabalho consiste justamente na reflexão sobre o que podemos aprender a partir da história do *Plea Bargaining* para refletir sobre a potencial aplicação do acordo de não persecução penal no direito brasileiro. Desde logo, é importante salientar que o valor de uma experiência estrangeira depende da qualidade do aprendizado que dela provém. O fato de um instituto ser adotado no direito dos Estados Unidos - embora seja a maior potência política e econômica do mundo atual - não deve jamais, por si só, ser um motivo para que um determinado instituto jurídico seja adotado noutro país, devendo sempre uma determinada prática, regra ou instituição ser analisada por conta do

seu valor e não por sua origem.² Por outro lado, também não se deve descartar o valor de um determinado instituto porque ele é proveniente do direito estadunidense, sob o falso pretexto de que o direito brasileiro funciona a partir da lógica da *civil law* e não haveria possibilidade de ser incorporado um instituto da *common law*³. Tal argumento se revela claramente falso, na medida em que existe um convergência gradual entre o direito da *civil law* e da *common law* a partir de influências recíprocas⁴, sendo que o direito brasileiro adotou o tribunal do júri, o modelo acusatório e a delação premiada, dentre outros institutos de inspiração anglo-americana. Além disso, medidas negociais já vêm sendo implementadas, desde a década de 1990, no processo penal brasileiro⁵. Ademais, o próprio instituto do *Plea Bargaining* já se globalizou, tendo sido traduzido, adaptado e incorporado ao direito positivo de diversos países da família jurídica conhecida como *civil law*⁶. Finalmente, a reflexão é relevante, porque a adoção do *Plea Bargaining* no direito brasileiro pode trazer ganhos significativos em agilidade, em efetividade e em sensação de justiça na aplicação do direito penal brasileiro.

O presente trabalho também é original, na medida em que não existe nenhum trabalho na língua portuguesa em que o desenvolvimento histórico, os fundamentos sociológicos e a racionalidade econômica do *Plea Bargaining* são apresentados como ponto de partida para uma reflexão

2 – FORTES, Pedro. Admirável mundo novo pós-colonialista: descolonizando o ensino jurídico global. em Pedro Fortes (org.), *Globalização do Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014, p. 112-114.

3 – Sobre o papel do direito comparado, a possibilidade de transplantes jurídicos entre famílias jurídicas e a necessidade de análise empírica do funcionamento concreto dos institutos jurídicos na sociedade, veja ZWEIGERT, Konrad and Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. 3rd ed, Oxford: Oxford University Press 1998, ch 1.

4 – Sobre a convergência entre as famílias jurídicas em matéria penal, veja MERRYMAN, John and Rogelio Perez-Perdomo. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 125.

5 – GARCIA, Emerson. O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 68, p. 40-41, 2018.

6 – LANGER, Maximo, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n. 1, p. 1, 2004.

sobre os recém criados acordos de não persecução. Nesse sentido, a contribuição do presente trabalho é tanto para o estudo da história - posto que, além do valor do registro histórico da experiência estadunidense e do encontro de culturas jurídicas, pode servir de ponto de partida para novas pesquisas sobre a origem, o desenvolvimento e a consolidação dos acordos penais no Brasil - quanto para o estudo do direito - uma vez que possibilita uma reflexão interdisciplinar mais profunda sobre os fatores históricos, fundamentos sociológicos e motivos econômicos que foram relevantes no cenário estadunidense e estão presentes também na sociedade brasileira contemporânea.

O presente ensaio é dividido em seis partes. A presente introdução explicou a questão-problema, esclarecendo a relevância da investigação histórica para a compreensão de uma questão contemporânea e a originalidade do texto como elemento para uma reflexão profunda sobre possibilidades e limites do acordo de não persecução penal no Brasil. A segunda parte apresenta os principais aspectos da história do *Plea Bargaining* nos Estados Unidos e do seu triunfo como a figura dominante no processo penal do país a partir da proliferação dos acordos penais para todas as espécies de crimes no século XIX. A terceira parte discute as potenciais explicações sociológicas para o fenômeno histórico, seja o aumento da complexidade processual, a profissionalização do Ministério Público e da polícia ou a necessidade de adoção de um mecanismo de resolutividade ampla dos conflitos e de efetivo controle social. A quarta parte examina o fenômeno histórico a partir da perspectiva interativa e dinâmica da teoria dos jogos para analisar o regime de incentivos econômicos e os motivos de cada um dos atores relevantes - promotores, juízes e réus - como um motor para o desenvolvimento e para a consolidação dos acordos na justiça criminal dos Estados Unidos. A quinta parte estabelece um diálogo interdisciplinar, adotando os elementos históricos como ponto de partida para o exame do contexto contemporâneo brasileiro, inclusive com análise das ações constitucionais da AMP e da OAB contra a possibilidade de acordo de não persecução penal. A sexta parte apresentará as considerações finais a título de conclusão.

Perspectiva Histórica: Origem e Desenvolvimento do Instituto

A origem histórica do instituto do *Plea Bargaining* remonta aos casos de perseguição penal de acusados pelo crime de venda de álcool sem licença no estado de Massachusetts em 1808⁷. O registro documentado historicamente mais antigo da prática negocial é uma barganha formalizada pelo Promotor Samuel Dana, que tinha formalizado uma acusação por quatro crimes contra um indiciado, mas, a partir da aceitação do indiciado de ser considerado culpado pela prática de um crime e não contestar a acusação (*nolo contendere*), a promotoria retirou as outras três acusações⁸. Foram os primeiros casos de *Plea Bargaining* registrados formalmente, de forma explícita, como sendo resultado da negociação de acordo⁹.

Um fator facilitador do acordo em relação a esses crimes era o fato de que as penas previstas para esses delitos eram multas de valor fixo – um montante a cerca de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) em valores contemporâneos – o que criava um grau alto de previsibilidade para ambas as partes, tanto a acusação quanto a defesa¹⁰. Além disso, se houvesse um julgamento com todas as fases processuais, o acusado – caso fosse condenado – teria que arcar com todos os custos da acusação, que chegava a ser um valor até dez vezes maior do que na hipótese de um acordo – um montante equivalente a R\$ 500,00 (quinhentos reais) em valores contemporâneos¹¹. Assim é que as características desses casos estimulavam o acordo e o pagamento do valor da multa pela prática de um delito. Nas décadas seguintes, esse padrão se consolidou e os promotores chegaram a preparar um formulário pré-impresso com as quatro acusa-

7 – FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press 2003, p. 19.

8 – *Idem*, p. 21-22.

9 – *Idem*, p. 22. Lawrence Friedman, em sua análise dos arquivos históricos da Comarca de Alameda, identificou casos em que o acordo foi realizado de forma implícita, sem que tivesse sido registrado textualmente de maneira explícita no procedimento. Veja FRIEDMAN, Lawrence. *Plea Bargaining in Historical Perspective*, *Law and Society Review*, v. 13, p. 247, 1978-1979.

10 – FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 23-27.

11 – *Idem*, p. 25-26.

ções – com espaço em branco apenas para o preenchimento dos dados específicos do caso concreto¹².

Contudo, por volta de 1842, a prática foi objeto de escrutínio pela opinião pública, tendo causado perplexidade o fato de que o Ministério Público estaria recebendo pagamentos em dinheiro e, como consequência, abandonaria a persecução de certos crimes¹³. A impressão era de que a promotoria estaria cometendo atos de improbidade e de omissão funcional, tendo sido, inclusive, constituída uma comissão parlamentar para a investigação desses casos¹⁴. Por exemplo, foram identificados acordos com acusados desses crimes de venda de álcool sem licença em setembro de 1842 e a promotoria foi convocada a explicar a sua estratégia de atuação¹⁵. Em sua explicação para a Assembleia Legislativa do Estado de Massachusetts, o Promotor Asahel Huntington esclareceu que a prática era importante para fins da redução do acervo processual e que, por conta da aplicação imediata de uma sanção penal, cumpria os objetivos da lei penal e atendia ao interesse público¹⁶. Após os esclarecimentos do Ministério Público, as conclusões da comissão legislativa foram de que o *Plea Bargaining* era um instrumento correto, que caracterizava um zelo profissional extraordinário e uma preocupação com uma produção eficiente por parte da promotoria, que atuava com integridade, com confiabilidade e com habilidade nesses casos¹⁷. Estavam lançadas as bases para a disseminação da prática negocial não apenas para outros delitos, mas também noutras promotorias de justiça.

Ora, o Ministério Público ampliou o escopo da negociação desses acordos, passando, inclusive, a adotar o *Plea Bargaining* para casos de crimes muito mais graves, tal como o homicídio, por exemplo¹⁸. Nesse período, foram identificados os primeiros quatro casos de acordo em ca-

12 – *Idem*, p. 27-30.

13 – *Idem*, p. 30.

14 – *Idem*, p. 30.

15 – *Idem*.

16 – *Idem*, p. 30-31.

17 – *Idem*, p. 31.

18 – *Idem*, p. 34.

sos de homicídio em um universo total de quarenta e um processos com julgamento pelo crime doloso contra a vida – o *Plea Bargaining* seria aplicado em cerca de dez por cento dos casos de homicídio ao final dessa década de 1840¹⁹. Já no final do século XIX, a promotoria fecharia acordo em quarenta e um casos de homicídio em um universo total de sessenta e sete processos com julgamento pelo crime doloso contra a vida - o *Plea Bargaining* corresponderia a cerca de sessenta e um por cento dos casos na década de 1890²⁰. A partir de 1858, a estrutura do acordo permitiria uma desclassificação do crime de homicídio de primeiro grau para um crime de homicídio de segundo grau, o que significava que a punição deixaria de ser a pena de morte para ser uma prisão perpétua²¹.

Um outro estágio da evolução do instituto foi a aplicação do acordo em correlação a um período de tempo de prova da recuperação do apenado ou, conforme a terminologia anglo-americana, o período da *probation*. Sua origem histórica também está na experiência prática da justiça criminal de Massachusetts. Em 1830, um juiz de Boston decidiu suspender um determinado processo e soltar o acusado Jerusha Chase, sob o compromisso de que os responsáveis pelo pagamento de sua fiança garantiriam seu bom comportamento, sob a pena da perda do montante de duzentos dólares²². A fusão entre os dois institutos permitiu a combinação da negociação de um acordo com a definição de um período de prova, havendo registros, no ano de 1849, do adiamento pela promotoria da acusação durante um período de prova, aguardando pelo cumprimento efetivo das condições do acordo na chamada “prova pré-processual” ou “*pre-trial probation*”²³. Deve ser ressaltado que a possibilidade de propositura do acordo se consolidou como uma medida de discricionariedade plena do

19 – *Idem*, p. 34-35.

20 – *Idem*, p. 34-35.

21 – *Idem*, p. 38-39. Tais figuras correspondem ao homicídio qualificado e ao homicídio simples no direito penal brasileiro, sendo que, até então, havia apenas a distinção entre os crimes de homicídio doloso e de homicídio culposo, o que reduzia a margem de negociação entre acusação e defesa nos crimes contra a vida, dada a ampla diferenciação conceitual e penal entre tais crimes.

22 – *Idem*, p. 64.

23 – *Idem*, p. 66-68.

promotor, que decide pela acusação, pela negociação de acordo ou pela suspensão pré-processual com a autonomia típica de um agente político²⁴. Assim, o Poder Judiciário não poderia intervir na prerrogativa acusatória do ministério público, exigindo a propositura de acordo ou de suspensão pré-processual sem a concordância do Ministério Público²⁵. Os fatos históricos estão diretamente ligados a explicações sociológicas para que grupos sociais tenham defendido os acordos penais, como veremos a seguir.

A Discussão Sociológica: Eficiência, Complexidade e Controle

No âmbito acadêmico, é possível identificar três grupos de estudos com análise da dimensão sociológica do *Plea Bargaining*²⁶. A primeira onda de trabalhos acadêmicos nos anos de 1920 evidenciaram a amplitude da negociação de acordo como a figura dominante no processo penal dos Estados Unidos. Em seu trabalho sobre o desaparecimento do julgamento pelo júri, intitulado *The Vanishing Jury*, o Professor da Universidade de Columbia Raymond Moley apresenta os seguintes dados estatísticos relativos ao papel dominante dos acordos no processo penal:

no ano de 1926 um total de 13.117 acusações criminais tiveram sua audiência preliminar na Comarca de Cook, em Illinois. Somente 492 desses realmente resultaram em um completo julgamento pelo júri, em que 283 foram absolvidos, 184 condenados pelo crime da acusação e vinte e cinco condenados com a desclassificação para um crime menos grave. Assim mais de 96% dos casos iniciados nessa jurisdição foram resolvidos através de outros mecanismos discricionários que não o julgamento. Os dados de outras comarcas do país mostram proporções similares²⁷.

O fato é que cerca de 95% dos casos criminais nos Estados Unidos são decididos por meio da negociação de acordo ao invés de julgamentos. A principal explicação para essa supremacia do *Plea Bargaining* é a necessidade de eficiência diante do aumento dos tipos penais, do volume

24 – *Idem*, p. 69-73.

25 – *Idem*, p. 74-77.

26 – *Idem*, p. 6-11.

27 – MOLEY, Raymond. *The Vanishing Jury*, *Southern California Law Review*, v. 2, p. 97, 1928-1929.

de trabalho judicial e da pressão exercida pelo enorme acervo de casos²⁸. Outro aspecto da eficiência descoberto por esses estudos era que os casos concluídos a partir de acordos não podiam ser reformados pelo tribunal no julgamento de uma apelação e os promotores asseguravam índices altos de condenação sem o risco de perda típico dos julgamentos²⁹.

Cerca de cinquenta anos depois, na década de 1970, surgiram os trabalhos acadêmicos que procuraram dar uma explicação sobre os fatores sociológicos por trás da necessidade de maior eficiência. A interessante explicação apresentada em alguns trabalhos acadêmicos dessa época foi de que o aumento da complexidade dos processos explicava o aumento do uso do *Plea Bargaining* nos Estados Unidos. John Langbein utilizou um argumento de caráter histórico, lembrando que o processo penal medieval passou a incorporar a tortura como um método de coleta de prova e de obtenção de confissões justamente quando as regras processuais penais se tornaram tão complexas que era muito difícil provar um crime³⁰. Segundo Langbein, a complexidade do processo penal também motivou os Estados Unidos a passar de um sistema adjudicatório para um sistema negocial, em que o acusado não é torturado, mas é pressionado a confessar a prática de seu crime e a cumprir uma pena sem que tenha sido julgado³¹. Em sua opinião, o sistema negocial se perpetua por ser conveniente para as partes, mas ele critica a acentuada concentração de poder do Ministério Público que acabaria determinando os parâmetros da pena no exercício de uma função tradicionalmente exercida pelo Poder Judiciário³². Na mesma época, Lawrence Friedman, Professor da Universidade de Stanford, a partir da análise dos arquivos da Comarca de Alameda, explicou que o crescimento da negociação de acordos pode ser correlacionado ao aumento da complexidade das técnicas de produção de prova e da sofisticação

28 – FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 7.

29 – *Idem*, p. 8.

30 – LANGBEIN, John. Torture and Plea Bargaining, *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 5, 1978.

31 – *Idem*, p. 12-14.

32 – *Idem*, p. 18-19.

dos métodos de policiamento³³. Segundo ele, a profissionalização da polícia e do Ministério Público explica o aumento do uso do *Plea Bargaining* no processo penal³⁴.

Uma terceira onda de artigos acadêmicos sobre a negociação de acordos no processo penal é marcada pelo estudo do seu impacto como instrumento de controle social. A análise da composição social de Massachusetts na década de 1840 revela uma sociedade em crise, em que a religião e os laços comunitários já não mantinham a estabilidade, tendo, então, a classe política promovido uma reforma do sistema judicial para a restauração da ordem pública³⁵. Nesse período, o Poder Judiciário passa a adotar a perspectiva de que sua atuação não pode ficar limitada apenas ao julgamento dos casos individuais, mas que deve ser pautada também pela perspectiva mais ampla da política social (“*social policy*”)³⁶. Particularmente, era necessária a aplicação da lei penal de maneira ampla para preservar os direitos à propriedade e à personalidade, bem como a previsibilidade e a segurança necessários ao desenvolvimento sócio-econômico³⁷.

Não por acaso, neste período histórico e com sua aprovação pela Assembleia Legislativa, o *Plea Bargaining* passa a ser aplicado não apenas para delitos de venda de álcool sem licença, mas de maneira crescente para crimes contra o patrimônio e contra a vida³⁸. Assim, a aplicação ampla do direito penal é assegurada, na medida em que condenações negociadas com celeridade configuram respostas imediatas para a criminalidade. Além disso, a consciência dos magistrados do impacto social de suas decisões fez com que eles começassem a aumentar o tamanho da pena de maneira significativa no caso de reincidência, mesmo quando o

33 – FRIEDMAN, Lawrence. *Plea Bargaining in Historical Perspective*, *Law and Society Review*, v. 13, p. 247, 1978-1979.

34 – *Idem*, p. 247-249.

35 – VOGEL, Mary. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation: 1830-1860*. *Law and Society Review*, v. 33, n. 1, p. 198-201, 1999.

36 – *Idem*, p. 204-207.

37 – *Idem*, p. 204.

38 – *Idem*, p. 206.

acusado confessasse e fizesse um acordo com a acusação para ser processado apenas por um delito³⁹. Assim, o padrão da punição era variável e os indivíduos tinham certeza da punição⁴⁰, mas não de que o Estado seria sempre leniente, concedendo perdão ou redução significativa da pena⁴¹. Esse cenário de “leniência episódica” funcionava como um mecanismo de controle social, na medida em que os indivíduos deviam assumir o compromisso de se ressocializar sob pena de serem condenados progressivamente a penas mais altas, o que reforçava os laços sociais erodidos com a secularização e a metropolização da sociedade⁴².

Ora, na medida em que o *Plea Bargaining* passa justamente pela negociação de um acordo e por um compromisso assumidos pelo acusado com o Ministério Público, esse instituto facilitava a internalização das obrigações sociais dos réus a partir da aplicação do direito penal⁴³. Pela resolutividade dos conflitos e pela efetividade do controle social, o *Plea Bargaining* se tornou um instituto jurídico permanente na arquitetura judicial e no sistema judicial dos Estados Unidos⁴⁴.

Análises de Incentivos: Motivos de Promotores, Juízes e Réus

Além das explicações sociológicas para o fenômeno histórico, é importante ainda realizar a sua análise econômica, notadamente quanto ao regime de incentivos para membros do Ministério Público, da magistratura e para o acusado negociarem acordos no processo penal. Com relação aos promotores, conforme já anteriormente mencionado, um dos motivos para a adoção do *Plea Bargaining* foi a pressão do acervo judicial, especialmente a partir de 1840⁴⁵. Como decorrência da explosão populacional nos Estados Unidos, houve um aumento exponencial de casos judiciais, que se multiplicaram até oito vezes na Comarca de Middlesex, por exem-

39 – *Idem*, p. 188.

40 – *Idem*, p. 217.

41 – *Idem*, p. 226.

42 – *Idem*, p. 226-227.

43 – *Idem*, p. 216-217.

44 – *Idem*, p. 232-233.

45 – FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 40-44.

plo⁴⁶. O aumento do volume de trabalho foi um fator significativo, aliás, para outros atores jurídicos relevantes, tal como a magistratura e a defensoria pública também.

Um outro incentivo para os membros do Ministério Público consistia na redução da incerteza quanto ao resultado final do processo, isto é, os acordos feitos com os acusados asseguravam uma condenação e o cumprimento de uma pena. Logo, do ponto de vista da acusação, a negociação dos acordos assegurava vitórias mais céleres e sem a necessidade do mesmo nível de esforço⁴⁷. Um outro fator diretamente relacionado a esse e igualmente relevante era a ampliação da segurança jurídica, uma vez que a acusação pudesse ter certeza do montante da condenação a partir dos parâmetros previamente estabelecidos⁴⁸. Finalmente, um outro fator de incentivo para o Ministério Público era o potencial de impacto positivo com relação às vítimas, já que era possível que a negociação do acordo incluísse o dever de delação premiada para a obtenção de informações sobre outros crimes e para a devolução de bens subtraídos. Além disso, no caso de delitos sem vítimas - tal como os delitos de venda de álcool sem licença - não haveria qualquer prejuízo na celebração de um acordo⁴⁹. Com relação aos juízes, é importante salientar que houve uma reticência inicial. Em um primeiro momento, a Magistratura considerou que o instituto do *Plea Bargaining* significava um mecanismo de compartilhamento indevido do seu poder jurisdicional com o Ministério Público⁵⁰. Notadamente, havia um desconforto dos juízes com a perda do controle dos magistrados sobre os termos da sentença criminal, na medida em que os promotores negociavam a quantidade e a qualidade da pena diretamente com os acusados⁵¹. Contudo, assim como os promotores, os juízes também sofreram uma pressão crescente por conta do aumento exponencial do acervo de processos judiciais - não apenas por conta da maior

46 - *Idem*, p. 40-41.

47 - *Idem*, p. 48-49.

48 - *Idem*, p. 49-50.

49 - *Idem*, p. 58-61.

50 - *Idem*, p. 55-57.

51 - *Idem*, p. 58.

complexidade e da duração de tempo dos processos penais, mas também em razão do crescimento enorme de casos após a revolução industrial e a explosão de litigiosidade na área cível⁵². Logo, gradualmente, os magistrados acabaram cedendo à sua resistência inicial e passaram a acomodar o acordo como um instrumento válido de exercício da persecução penal e de aplicação de pena negocial aos réus⁵³.

Inicialmente, o *Plea Bargaining* era realizado de maneira implícita – apenas posteriormente o acordo passaria a ser registrado de maneira explícita nas próprias atas de audiência em que eram realizados e homologados⁵⁴. A rigor, a adoção explícita do instituto permitiu, inclusive, que os magistrados realizassem o controle sobre a validade do consentimento e sobre o exercício pleno da autonomia da vontade por parte do acusado, sendo desenvolvida a técnica da possível retirada do consentimento, isto é, em certos casos em que o juiz não concorda com os termos do acordo por considerar que não é adequado ao caso concreto, pode dar ao réu uma oportunidade de se retirar daquele acordo⁵⁵. Contudo, é importante lembrar uma particularidade do processo penal estadunidense que permitia ao magistrado exercer esse controle sem que emitisse um juízo de pré-julgamento do caso – no processo penal dos Estados Unidos, todos os casos são submetidos ao julgamento pelo tribunal do júri, de maneira que o magistrado que considera o acordo inadequado não será o julgador do mérito daquele caso.

Além disso, um outro fato de aumento dos incentivos dos juízes para a celebração dos acordos está relacionado com a própria estrutura processual. Com a introdução de uma audiência de custódia em 1860, na Califórnia, por exemplo, o preso passou a ser imediatamente apresentado ao juízo e surgiu um espaço para uma negociação de culpa logo no início do processo penal, em que a questão já poderia ser solucionada em defini-

52 – *Idem*, p. 111-114

53 – *Idem*, p. 116-124.

54 – *Idem*, p. 131.

55 – *Idem*, p. 134.

tivo, com celeridade, economia processual e aplicação imediata do direito penal ao caso concreto por meio do *Plea Bargaining*⁵⁶.

Finalmente, do ponto de vista do magistrado, a questão da eficiência também se tornou um fator decisivo de incentivo. A negociação de acordos previne a anulação dos processos penais e a reforma das sentenças condenatórias em grau de apelação, assegurando a estabilidade do sistema processual penal. Aliás, desde o momento em que 95% dos processos penais passaram a ser solucionados a partir do *Plea Bargaining*, o instituto passou a se tornar importante para o processamento e a resolutividade dos processos criminais contemporâneos: “não apenas reduz a carga de trabalho e preserva a reputação dos dois mais poderosos atores na sala de audiência, o juiz e o promotor, mas também protege a reputação do sistema como um todo”⁵⁷.

Com relação aos motivos dos réus, é importante ressaltar que o principal objetivo do acusado é ser absolvido. Logo, de início, os acusados que tinham acesso à assistência jurídica de um advogado e, em tese, maior probabilidade de absolvição se recusavam a celebrar um acordo com o Ministério Público⁵⁸. Essa resistência inicial foi sendo superada com o passar do tempo, especialmente, porque os acusados também passaram a considerar a barganha como uma maneira de reduzir a incerteza e de evitar a sentença condenatória mais severa⁵⁹: “quando acusados consideram sua probabilidade de condenação como certa, são mais suscetíveis a buscar um acordo para reduzir sua perda de liberdade”⁶⁰.

Além disso, a institucionalização da Defensoria Pública também consolidou a posição dominante do instituto do *Plea Bargaining*, na medida em que os defensores públicos também possuem as mesmas pressões por eficiência e por gerenciamento de acervo de casos judiciais que a ma-

56 – *Idem*, p. 166.

57 – *Idem*, p. 180.

58 – *Idem*, p. 91-92.

59 – *Idem*, p. 178.

60 – *Idem*, p. 179.

gistratura e o Ministério Público⁶¹. Contudo, um dos efeitos colaterais da disseminação dos acordos para a aplicação de penas reduzidas foram as reformas legislativas com o objetivo de aumento das penas – uma forma que o legislador encontrou para compensar, de antemão, os descontos que serão dados fatalmente em cerca de 95% dos casos⁶². Logo, o montante das penas mínimas e máximas dos crimes foi aumentado em geral como consequência da consolidação e do triunfo da *Plea Bargaining* nos Estados Unidos.

Discussão Contextualizada do Cenário Brasileiro

Encerrada a análise do desenvolvimento históricos, das explicações sociológicas e dos incentivos econômicos para a posição dominante do *Plea Bargaining* nos Estados Unidos, podemos realizar a discussão sobre o contexto brasileiro a partir da recente introdução do instituto no nosso direito. No dia 07 de agosto de 2017, o CNMP editou a Resolução n. 181 que previa, no seu artigo 18, o acordo de não persecução penal. Em contraste com os demais acordos previstos no direito brasileiro desde a década de 1990, o acordo de não persecução penal não precisava, a princípio, ser homologado por decisão judicial, para que fosse dado início ao cumprimento dos requisitos pelo acusado⁶³. Por outro lado, contudo, a falta de homologação judicial causava incerteza jurídica, na medida em que seria possível que o magistrado se recusasse a homologar o arquivamento do inquérito policial após o cumprimento dos requisitos do acordo e, assim, não tivesse qualquer efeito prático a celebração de acordo entre acusação e defesa⁶⁴. Sem que tivesse havido a homologação judicial, o acusado corria o risco de que, rejeitado o arquivamento, o Procurador-Geral de Justiça determinasse o oferecimento de denúncia ou que, diante da inércia do promotor no oferecimento de denúncia, a vítima do crime oferecesse

61 – *Idem*, p. 194-200.

62 – *Idem*, p. 210.

63 – GARCIA, Emerson. O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 68, p. 40, 2018.

64 – *Idem*, p. 41.

a queixa subsidiária⁶⁵. Além disso, por se tratar de um acordo que pode ser realizado facultativamente e não como um dever legal do Ministério Público, existe uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, inclusive, porque pode ser oferecida uma redução drástica da pena e mesmo uma concessão de perdão⁶⁶. Segundo o magistrado de Emerson Garcia, o acordo de não persecução penal não resultaria na aplicação de penas, notadamente por se tratar de aplicação de requisitos decorrentes da negociação entre acusação e defesa antes da persecução penal⁶⁷. Assim, as medidas não possuiriam a natureza de sanção penal nem seriam consideradas para fins de antecedentes penais⁶⁸.

Ora, dois meses após a promulgação da Resolução n. 181/2017, já foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) no STF. Em primeiro lugar, a AMB ingressou com sua ADI, no dia 03 de outubro de 2017, alegando que o ato normativo emanado do CNMP teria usurpado a competência do legislador e violado o princípio da legalidade. Especialmente em relação ao acordo de não persecução penal, “o Ministério Público estabeleceria desde logo ‘penas’ ao acusado”⁶⁹, havendo total inovação da matéria sem edição de lei federal, sendo que não poderia o CNMP “criar novas hipóteses de delação premiada, como, mais grave, estabelecer que o eventual acordo sequer seja submetido ao exame do Poder Judiciário”⁷⁰. Além da violação ao princípio constitucional da legalidade, haveria também uma violação à cláusula constitucional de reserva de jurisdição, na medida em que estaria “o CNMP usurpando a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção aos jurisdicionados”⁷¹. Aliás, segundo a AMB, “o ponto mais grave da Resolução n. 181 está, certamente, na constatação de que a pretexto de realizar ‘acordo de não persecução penal’, fazendo com que o ministério público usurpe a competência do Poder Judiciário para julgar e impor

65 – *Idem*, p. 41-42.

66 – *Idem*, p. 40-42.

67 – *Idem*, p. 41.

68 – *Idem*, p. 42.

69 – Petição Inicial da ADI n. 5790, p. 24.

70 – *Idem*, p. 25.

71 – *Idem*, p. 26.

sanção penal aos jurisdicionados”⁷². Em conclusão, a AMB considera que o acordo de não persecução penal viola o artigo 5º, Incisos XXV, LIII, LIV, LV, LVI, LXI e LXV, da Constituição Federal e que não seria possível aceitar a substituição da magistratura sob o argumento simpático de redução de número excessivo de processos, desperdício de recursos, atrasos judiciais e prejuízos sociais⁷³.

Além desta demanda, também foi ajuizada a ADI n. 5793 pelo Conselho Federal da OAB, no dia 11 de outubro de 2017, cujo principal alvo foi justamente o acordo de não persecução penal. De acordo com a OAB, a resolução viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, prerrogativa institucional de que o ministério público não poderia dispor ou renunciar sem previsão legal⁷⁴. Outro problema é que tal acordo não é submetido à homologação pelo Poder Judiciário, de maneira que se trata de acordo precário e que pode gerar questionamentos futuros - inclusive a recusa judicial de homologar o arquivamento do inquérito, de maneira a que é necessária a análise do Poder Judiciário para que o acordo tenha eficácia jurídica⁷⁵. Além disso, segundo a OAB, existiria uma concentração de poderes por parte da acusação, que investiga, impõe penalidades e fiscaliza o seu cumprimento - o que seria típico de um modelo inquisitorial e contrário ao modelo acusatório preconizado pela Constituição brasileira⁷⁶. Outro vício de inconstitucionalidade seria a possibilidade de o Ministério Público escolher quem irá ou não irá processar, o que configuraria uma violação ao princípio republicano, porque não haveria “espaço para discricionariedade em matéria de persecução criminal”⁷⁷. Em resumo, a OAB também fundamentou sua ação com base no princípio da legalidade, na reserva de jurisdição e na incerteza jurídica.

Ressalte-se que os fundamentos para adoção do acordo de não persecução penal estão disponíveis, na medida em que a Corregedoria

72 – *Idem*, p. 26.

73 – *Idem*, p. 28-29.

74 – Petição Inicial da ADI n. 5793, p. 9.

75 – *Idem*, p. 9-11.

76 – *Idem*, p. 11.

77 – *Idem*, p. 12.

Nacional do Ministério Público fez a proposta a partir de um pronunciamento final em procedimento de estudos. Assim, o instituto foi inspirado pela experiência da Alemanha e dos Estados Unidos (referência expressa ao “*plea bargaining*”), em que foi desenvolvido um procedimento informal de acordo penal sem que houvesse previsão legal⁷⁸. O documento se refere ainda ao princípio da eficiência para concluir que “haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça”, por conta da celeridade na resolução de casos menos graves, disponibilidade de tempo para casos complexos, economia de recursos públicos e minoração dos efeitos negativos de uma sentença penal condenatória⁷⁹. Após o ajuizamento das ADIs da AMB e da OAB, houve uma nova discussão interna no âmbito do CNMP e foi decidida a aprovação de ajustes pontuais no regimento. Particularmente com o objetivo de preservar o instituto do acordo de não persecução penal, a modificação mais significativa foi a inclusão de “controle prévio do Juízo sobre o cabimento do acordo e o próprio conteúdo das condições avençadas”⁸⁰, de maneira a se respeitar a cláusula de reserva de jurisdição e a se reduzir a incerteza jurídica do acusado. Tais alterações foram estabelecidas por meio da Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, conforme se verifica através da nova redação do artigo 18:

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

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

78 – Pronunciamento Final em Procedimento de Estudos, p. 30.

79 – *Idem*, p. 32.

80 – Proposição n. 1.00927/2017-69.

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 Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Os documentos produzidos no âmbito do CNMP, da AMB e da OAB, em certa medida, reproduzem narrativas históricas, explicações sociológicas e incentivos motivadores dos promotores, dos juízes e dos acusados nos Estados Unidos. Aliás, a discussão contextualizada do cenário brasileiro pode apontar limites e possibilidades da adoção do instituto do *Plea Bargaining* entre nós. Quanto aos limites, uma restrição evidente diz respeito ao fato de que o acordo de não persecução penal é aplicável apenas e tão somente aos crimes de menor gravidade. Na experiência dos Estados Unidos, o *Plea Bargaining* também era, inicialmente, limitado ao crime de comercialização de álcool sem licença, que implicava apenas no pagamento de uma multa pecuniária por parte do acusado. Inicialmente, o *Plea Bargaining* também foi feito de modo implícito, isto é, sem que fosse expressamente registrado nas atas judiciais.

A rigor, no direito brasileiro atual, também existem acordos implícitos. Paradoxalmente, a experiência prática da justiça criminal brasileira evidencia a existência, não raro, de acordos de promotores com os acusados e os seus defensores nos casos dos julgamentos do tribunal do júri⁸¹.

81 – Esse tipo de acordo sobre a definição dos pontos não-controvertidos ocorre, por exemplo, quando a acusação define que não perseguirá a condenação pela pena máxima e, a seu turno, a defesa desiste de postular a absolvição do acusado, definindo a estratégia de assegurar uma pena reduzida. Esse tipo de acordo pré-julgamento também ocorre nos Estados Unidos. Veja MELO, João Ozorio de. Racionalização do Processo: Advogados e Promotores Experientes Valorizam Acordos Antes do Julgamento. Conjур, 8 de janeiro

Ora, no caso do processo penal mais complexo, após a realização da coleta de provas no inquérito policial, na fase de pronúncia e no plenário de julgamento, as partes chegam a um acordo que assegura a condenação e, ao mesmo tempo, impede que se trate de uma condenação a uma pena máxima. Nesses casos, a barganha envolve o compromisso da defesa de não defender uma tese de absolvição total mediante a contrapartida da acusação de que não sustente todas as circunstâncias qualificadoras⁸². Esse acordo entre acusação e defesa poderia ocorrer logo no início do processo, durante a audiência de custódia, mas se espera o desenvolvimento de todos os atos processuais por três vezes e por inúmeros anos, para que seja feito o acordo apenas no último ato do processo, durante o julgamento pelo plenário no tribunal do júri. Ora, esse exemplo revela falta de celeridade, desperdício de recursos, prejuízos para o controle social e para a efetiva aplicação da lei penal.

O acordo de não persecução poderia ser feito desde o início do processo, inclusive para os crimes dolosos contra a vida e com aplicação de penas privativas de liberdade, a exemplo do que acontece com o *Plea Bargaining* nos Estados Unidos, na Alemanha e em outras jurisdições ao redor do globo⁸³. A evolução do *Plea Bargaining* nos países da família jurídica da *Civil Law*, aliás, revela que o instituto não é incompatível com a tradição jurídica romano-germânica:

Na retórica ortodoxa da *Civil Law*, a confissão da culpa era admissível como meio de prova, mas não poderia ser usado para evitar o proces-

de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/advogados-promotores-experientes-valorizam-acordos>. Acesso em 27/10/2018.

82 – A possibilidade de celebração desse acordo não está prevista expressamente no Código de Processo Penal, mas ele existe na experiência prática, revelando mais um caso em que a realidade do direito não corresponde ao texto legal, sendo necessária a elaboração de pesquisas empíricas sobre esse fenômeno. Veja, a título exemplificativo, o estudo comparado sobre o tribunal do júri estadunidense e brasileiro: BRUNA, Themis. Aproximações legais e doutrinárias ao júri popular no Brasil e nos Estados Unidos. Maio de 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6754/aproximacoes-legais-e-doutrinarias-ao-juri-popular-no-brasil-e-nos-estados-unidos>. Acesso em 27/10/2018.

83 – Sobre a globalização do *Plea Bargaining* e sua tradução para os diversos sistemas penais do globo, veja LANGER, Maximo, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n. 1, p. 1, 2004.

so. Caberia à corte determinar a culpa, não para o acusado ou o promotor, e *Plea Bargaining* assim era proibido. De fato, contudo, *Plea Bargaining* em forma disfarçada era praticado na maioria, se não todas, as jurisdições da *Civil Law* ainda que acadêmicos negassem a sua existência e continuassem a comparar a sua ortodoxia da *Civil Law*, mostrando-se desfavoráveis com a prevalência do *Plea Bargaining* na prática dos Estados Unidos. Atualmente, ele tem sido amplamente aceito na Alemanha e em outros dos principais sistemas da *Civil Law* como parte das reformas no processo penal do final do século XX descritas posteriormente neste capítulo. Na Itália, por exemplo, *Plea Bargaining* foi expressamente incluído no novo Código de Processo Penal, que possibilita a redução de um terço da pena expressamente prevista para o acusado que confessa sua culpa. *Plea Bargaining* é, obviamente, uma maneira de resolver rapidamente o crescente número de acusações criminais que têm largamente excedido a capacidade das cortes no mundo da *Civil Law*, assim como no da *Common law*⁸⁴.

No cenário brasileiro, a falta de intervenção do poder judiciário foi parcialmente sanada com a nova regra de que o acordo deve ser homologado judicialmente. Contudo, existe um vício mais grave que é a questão de que a iniciativa de introdução do instituto no direito brasileiro deveria ser feita conjuntamente tanto pelo CNMP quanto pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Magistratura e Ministério Público possuem motivação muito parecida para a incorporação de um acordo de não persecução penal amplo no direito brasileiro, que imponha a aplicação imediata de penas negociadas sem a necessidade de processos penais longos, caros, repetitivos e formalistas.

Aliás, desde a época colonial, já se identificava como problemas graves da justiça brasileira o excesso de trabalho, a morosidade, a insuficiência do número de juízes, o alto custo processual e a grave impunidade com um baixíssimo número de acusados punidos nos processos penais⁸⁵.

84 – MERRYMAN, John and PERDOMO, Rogelio Perez. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 132.

85 – WHERLING, Arno e WHERLING, Maria José. *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação no Rio de Janeiro 1751 e 1808*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 46-47.

Em sua análise sobre as dificuldades e os vícios históricos da justiça colonial brasileira, Arno Wheling e Maria José Wheling identificaram uma herança negativa portuguesa que nos acompanha até o presente:

estavam presentes as mesmas dificuldades e vícios encontrados nos outros tribunais portugueses, já assinalados pelos contemporâneos dos quais vários continuaram presentes na justiça brasileira até os dias de hoje, conforme se constata em diferentes diagnósticos realizados na década de 1990 a propósito da chamada “reforma do judiciário”: o congestionamento de processos em certos momentos; a ausência ou impedimento de desembargadores, por vacância do cargo, doenças ou desempenho de outras atividades determinadas pelo governo; a morosidade dos processos, pela quantidade de recursos disponíveis às partes e pelo seu uso alusivo pelos advogados; o comportamento irregular (despotismo, corrupção, nepotismo, compadrio) de alguns de seus magistrados a dificuldade em responsabilizar funcionalmente os magistrados, de que reclamaram vários vice-reis; e as decisões judiciais conflitantes, apesar dos esforços vinculadores dos assentos da Casa da Suplicação, sobretudo na época do marquês de Pombal⁸⁶.

Logo, as patologias do Poder Judiciário relativas ao acervo volumoso de litígios, o número insuficiente de juizes e a lentidão processual possuem origem histórica e nos acompanham desde o período colonial. Por outro lado, antes da independência do Brasil, o direito penal era pautado por um sistema de leniência episódica similar à tradição do Reino Unido, em que o rigor das ordenações era atenuado por uma série de decisões da justiça real em que as penas eram descontadas ou perdoadas – o rei ameaçava os súditos com a severidade da lei, ao mesmo tempo em que atenuava o rigor da aplicação com o indulto e a comutação das penas, sendo ao mesmo tempo justiceiro e pai⁸⁷. Contudo, essa tradição de leniência episódica não resultou no desenvolvimento de um mecanismo de negociação de acordos entre acusação e defesa após o fim do direito colonial e o início do moderno direito penal brasileiro. Por outro lado, desde a redemocratização e a constituição de 1988, o direito brasileiro tem adotado uma série de instrumentos de despenalização, transação e le-

86 – *Idem*, p. 251.

87 – *Idem*, p. 228.

niência⁸⁸. Com o advento do instituto do acordo de não persecução penal, o direito brasileiro caminha na direção de uma justiça penal negociada⁸⁹.

Contudo, o cenário atual é de embate institucional entre magistratura e Ministério Público⁹⁰. Tal disputa poderia ser superada a partir de uma nova resolução conjunta entre CNMP e CNJ com o objetivo de que tanto o Poder Judiciário quanto o Ministério Público definam as regras de aplicação do instituto, os critérios para a homologação e a possibilidade de aplicação ampla, inclusive, para o cumprimento de penas privativas de liberdade⁹¹. A princípio, o objetivo do CNMP com a instituição do acordo

88 – GARCIA, Emerson. O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 68, p. 40, 2018.

89 – BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

90 – Um exemplo pródigo pode ser observado no comunicado da 44a Sessão da 2a Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal (2a CCR/MPF), realizada em 09 de julho de 2018, em que foi examinado um acordo de não persecução penal que tinha sido realizado por um Procurador da República em um caso de estelionato majorado e rejeitado pelo magistrado federal sob o argumento de que se tratava de uma negociação de acordo ilegal e inconstitucional. A 2a CCR/MPF deliberou pela manutenção e pela implementação do acordo de não persecução penal, referindo-se, inclusive, à precedente anterior com decisão unânime daquele colegiado. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2018/comunicado_44_sessao.pdf. Acesso em 27/10/2018.

91 – Na tradição brasileira, por exemplo, caso não concorde com os termos do acordo, o magistrado deve exercer o controle sobre a atuação do ministério público por meio da remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, com aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal. Por outro lado, não se deve cogitar da possibilidade de que o magistrado considere que o Ministério Público possui sempre o dever funcional de propositura de um acordo de não persecução penal aos acusados. Esse entendimento não considera o fato de que um ordenamento jurídico não é composto apenas de direitos e dos deveres correspondentes a esses direitos. Conforme a lição clássica de Wesley Newcomb Hohfeld, em seu artigo sobre os conceitos fundamentais do direito, além de direitos e deveres, existem privilégios, prerrogativas, responsabilidades, imunidades, capacidades, poderes e interesses juridicamente protegidos. Veja HOHFELD, Wesley Newcomb, Some fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning. *Yale Law Journal*, vol. 23, n. 1 (1913), p. 30. Enfim, a sugestão de alguns doutrinadores de que todos os institutos previstos no ordenamento jurídico necessariamente atribuem direitos e seus deveres correlatos não corresponde à complexa tipologia de conceitos jurídicos. Para a tese de que o ministério público possui sempre o dever de agir e jamais prerrogativas ou poderes jurídicos, veja GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. *Juizados Especiais Criminais*. 3a ed., São Paulo: RT, 1999.

de não persecução penal foi facilitar a possibilidade de arquivamento de inquéritos penais, mitigando-se a obrigatoriedade e adotando, em substituição, a discricionariedade regrada ou “*Prosecutorial discretion*”⁹². Porém, o *Plea Bargaining* possui um potencial de aplicação muito mais ampla, na medida em que seria possível adotar a discricionariedade também para fins de negociação de acordos com a aplicação da pena privativa de liberdade⁹³. A aplicação imediata da pena aumentaria a eficiência do sistema penal por meio da aplicação de sanções com o consentimento do acusado, reduzindo o acervo e a impunidade⁹⁴.

Aliás, a discricionariedade regrada do direito brasileiro atual estabelece um sistema de leniência generalizada com base sobretudo em medidas despenalizadoras - transação penal e suspensão condicional do processo. A legislação define previamente que um réu primário pode cometer impunemente uma infração de menor potencial ofensivo e outra de médio potencial. Ora, a certeza da impunidade é problemática em termos de política criminal, na medida em que os indivíduos possuem incenti-

92 – BEGGIATO, Túlio Fávaro, *Prosecutorial Discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal*. *Boletim Científico ESMU*, v. 47, p. 366-369, 2016.

93 – Assim, por exemplo, o regramento do CNMP exclui a possibilidade de acordos para crimes com violência ou com grave ameaça, de maneira que o delito de roubo não poderia ser objeto de qualquer negociação. Considere, por exemplo, a hipótese de um réu primário acusado de crime de roubo qualificado tentado, que é preso em flagrante após ameaçar a vítima e não subtrair seus bens por conta da chegada dos policiais. Apesar de primário, em regra, o acusado deverá permanecer preso preventivamente para assegurar a instrução probatória, já que a vítima fatalmente ficaria intimidada por eventual libertação do réu antes da colheita de seu depoimento. Ao final do processo e após ter permanecido preso preventivamente por cerca de seis meses, o acusado será condenado a uma pena privativa de liberdade inferior a dois anos, que será suscetível à suspensão condicional da pena. Ora, nesse caso, não seria mais adequado para todas as partes que, desde a audiência de custódia realizada no dia seguinte à prisão em flagrante, já fosse fechado um acordo entre acusação e defesa, homologado judicialmente, que resultasse na condenação a uma pena inferior a dois anos, que seria imediatamente suspensa? A resposta positiva se impõe, na medida em que evitaria um encarceramento desnecessário, a iniciação de um indivíduo primário no sistema penitenciário com o potencial ingresso em uma organização criminosa e todos os problemas decorrentes da estigmatização típica dos indivíduos presos por longo tempo.

94 – Veja, a respeito, FORTES, Pedro. Resolução de Ano Novo Para o Supremo: Negociação da Culpa, Jota, 25/01/2018 Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/resolucao-de-ano-novo-para-o-supremo-negociacao-da-culpa-25012017> Acesso em 27/10/2018.

vos para praticar delitos com a expectativa de que certamente não haverá consequências. Além disso, razões de política criminal podem justificar que certos casos sejam encerrados mediante acordo antes do exaurimento das investigações. Já noutros casos com investigação completa pode ser adequado que a acusação persiga a pena máxima ou a obtenção de provas de todos os delitos de uma organização criminosa. Não se trata de uma discussão simplista sobre política criminal como se tudo não passasse de uma disputa ideológica maniqueísta entre os “bons” garantistas e os “maus” punitivistas – como se existissem, de fato, apenas a escola do garantismo penal e o movimento da *Law and Order*⁹⁵. Enquanto permanecemos presos à falsa polarização entre um slogan da guerra ao crime lançado por Richard Nixon e um tratado de filosofia política italiano do pós-guerra, não percebemos as transformações do mundo, da sociedade e da política criminal ao longo da história⁹⁶.

Considerações Finais

O *Plea Bargaining* é um instituto originário do Estado de Massachusetts nos Estados Unidos, tendo surgido no início do século XIX, se consolidado no período do *fin de siècle* e se espalhado para inúmeras jurisdições ao redor do globo. Sua disseminação é explicada pela sua eficiência como resposta penal, pelo aumento da complexidade dos processos penais e pelo controle social exercido por meio da aplicação imediata e consentida da legislação penal. O *Plea Bargaining* se consolidou pela eficiência na gestão do acervo de casos, pela segurança jurídica causada pelo consentimento do acusado e pelo seu impacto positivo tanto para a vítima quanto para o réu. Atualmente, a imensa maioria dos casos se encerram a partir da negociação do acordo, que assegura a estabilidade do sistema criminal estadunidense.

No cenário brasileiro, a iniciativa do CNMP de estabelecer um acordo de não persecução penal provocou a reação imediata da AMB em de-

95 – FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

96 – FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 1989.

fesa de seu espaço institucional e da OAB em defesa de seu mercado profissional. Esse debate criado a partir da Resolução n. 181/2017, da ADI n. 5.790 e da ADI n. 5.793 possibilita uma oportunidade para uma reflexão profunda sobre as possibilidades e limites do *Plea Bargaining* no Brasil. No Brasil contemporâneo, acordos já são celebrados implicitamente no final do julgamento pelo Tribunal do Júri com graves prejuízos sociais causados pela ineficiência, pela demora, pela repetição inútil de atos processuais e pela sensação de impunidade generalizada. A implantação do instituto do *Plea Bargaining* de maneira ampla no Brasil, por meio de resolução conjunta entre o CNJ e o CNMP, criando a possibilidade de negociação de culpa desde a audiência de custódia, poderia revolucionar o processo penal brasileiro, atendendo aos princípios da eficiência, da duração razoável do processo e à efetiva proteção dos bens jurídicos na sociedade.

Historicamente, o direito brasileiro tem sido marcado, desde o período colonial, pela ineficiência, pela morosidade e pela insuficiência de juízes. Além disso, existia uma tradição de leniência episódica que foi abandonada com o advento do direito penal moderno e que poderia, em tese, ser retomada a partir da adoção, em larga escala, dos acordos de não persecução penal. Acordos não são, contudo, uma panaceia que solucionaria todos os males do sistema processual, havendo, inclusive, motivos razoáveis para se preferir a aplicação da lei ao invés da justiça negocial⁹⁷. Os esforços de construção da ordem e da cidadania são longos caminhos históricos, sendo necessário lembrar que a violação sistemática de direitos civis, no Brasil contemporâneo, decorre também da inadequação dos órgãos de segurança pública para cumprimento de sua função⁹⁸. A redução da criminalidade, da violência e do número de homicídios é, portanto, questão mais complexa⁹⁹. Mas o problema passa pelo fato de que o Poder Judiciário “também não cumpre seu papel”¹⁰⁰, por conta do reduzido acesso à justiça, dos altos custos e da demora do processo judicial,

97 – FISS, Owen. *Against Settlement*. *Yale Law Journal*, vol. 93, 1983-1984, p. 1073.

98 – CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 11a ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 212

99 – *Idem*, 212-214.

100 – *Idem*, 214.

do número insuficiente de profissionais e dos tribunais sobrecarregados de processos¹⁰¹.

A adoção ampla dos acordos de não persecução penal poderia ter um impacto positivo sobre essa ineficiência crônica, mas não seria uma solução mágica para todas as mazelas da justiça criminal. A recepção do instituto do *Plea Bargaining* entre nós, contudo, depende das dinâmicas institucionais entre Magistratura, Ministério Público e advocacia, passando por considerações de reserva de poder e de mercado. Existe, ainda, a questão do encontro de diferentes culturas jurídicas¹⁰² e se superaríamos o fetiche ibérico de um direito cuja eficiência se mede muito mais pela sua imperatividade do que pelo seu conteúdo e pela sua capacidade de promover a paz social¹⁰³. Em Portugal, por exemplo, a iniciativa do Ministério Público de propor acordos penais a partir de 2012 - respaldada pelo abalizado magistério de Jorge de Figueiredo Dias¹⁰⁴ - foi interrompida após decisão contrária do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰⁵. No Brasil, ainda não foi proferida decisão do STF a respeito dos acordos penais. O presente ensaio pretende justamente lançar luzes históricas sobre o debate contemporâneo, facilitando a compreensão do que está em jogo no presente e na tomada de decisão sobre o futuro da justiça penal negocial no país.

Texto apresentado em novembro de 2019. Aprovado para publicação em julho de 2020.

101 – *Idem*, 214-215.

102 – FRIEDMAN, Lawrence. Is There a Modern Legal Culture? *Ratio Juris*, vol. 7, n. 2, 1994, p. 117-131.

103 – BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro* - I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 82.

104 – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O Fim do Estado de Direito ou um Novo Princípio?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

105 – OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: Uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 161. Depois da decisão, a Procuradoria-Geral da República determinou que seus membros não realizem acordos penais, reconsiderando as orientações anteriores - Orientação n. 1/2012 da Procuradoria-Geral Distrital atuante junto ao Tribunal da Relação de Lisboa e Memorando da Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra de 19 de janeiro de 2012.