

O INSTITUTO JURÍDICO DA PLEA BARGAINING E O PROJETO DE LEI ANTICRIME: O ANSEIO PUNITIVISTA E A VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE PLEA BARGAINING LEGAL INSTITUTE AND THE ANTI-CRIME LAW PROJECT: THE PUNITIVE LONGING AND VIOLATION OF ARTICLE 5, ITEM LXI, OF THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION

Luís Gustavo Candido e Silva¹

Resumo: A presente pesquisa procura analisar de forma crítica o processo de expansão dos mecanismos processuais negociais dentro da justiça criminal brasileira. Para tanto, o artigo busca realizar uma análise do instituto jurídico da *plea bargaining*, também conhecido como instituto da barganha, e a sua relação com o Projeto de Lei Anticrime proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro. Assim, considerando-se a origem, a história e o desenvolvimento do instituto supramencionado, procura-se apontar a viabilidade jurídica de sua aplicação no ordenamento pátrio. Por fim, busca-se compreender como as propostas inseridas no Projeto de Lei Anticrime, claramente movidas por um ideal punitivista, poderiam representar uma violação ao art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Penal; Política; Constituição.

Abstract: The present article aims to analyze from a critical way the expansion process of negotiated procedural mechanisms within the Brazilian criminal justice. Therefore, the article seeks to conduct an analysis of the plea bargaining legal institute, also known as the “bargain institute”, and its relation with the Anticrime Law Project proposed by Justice Minister Sérgio Moro. Thus, considering the origin, the history and the development of the aforementioned institute, this research aims to point out the legal viability of its application in the country order. Lastly, it tries to comprehend how the proposals inserted on the Projeto de Lei Anticrime (Anticrime Law Project), clearly influenced by a punitive ideal, could represent a violation of article 5, item LXI, of the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Criminal law; Politics; Constitution.

INTRODUÇÃO

O Brasil, nas últimas décadas, vem sendo palco de grandes operações de combate à corrupção. Esquemas de proporções inimagináveis foram descortinados, e o sentimento de impunidade por parte da população cresce dia após dia. Além dos escândalos de corrupção,

¹ Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Maringá. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Especialização em andamento no Centro Universitário Cesumar. Advogado. E-mail: luísgustavosilva013@gmail.com.

noticiários alertam sobre os altos índices de criminalidade e os números crescentes da população carcerária.

Neste cenário, o Estado busca de forma incessante mecanismos que possam corresponder aos ensejos sociais e proporcionar maior efetividade no combate à criminalidade.

Como uma das tentativas estatais de apresentar uma medida que pudesse contribuir para o atual cenário, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, em fevereiro de 2019, apresentou um projeto de lei que poderia alterar cerca de 14 leis penais infraconstitucionais, inclusive o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Crimes Hediondos.

Dentre as alterações apresentadas, encontra-se a introdução no Código de Processo Penal dos artigos 28-A e 395-A, que passariam a regular os inovadores “acordos de não persecução penal”.

A proposta assemelha-se em muito a um instituto jurídico que vem ganhando espaço no cenário internacional e que é conhecido como *plea bargaining*, ou como instituto da barganha, onde a confissão do acusado é negociada, em troca de alguns benefícios jurídicos.

Todavia, sabe-se que qualquer condenação criminal, de acordo com o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, somente pode ser originada de uma sentença fundamentada e proferida por autoridade judiciária competente, o que automaticamente não existiria nesses casos.

Desta forma, o foco final de análise da presente pesquisa seria compreender a existência de harmonia entre o Projeto de Lei Anticrime e o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, especificamente no que tange os inovadores “acordos de não persecução penal”.

1 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO JURÍDICO DA *PLEA BARGAINING*

Qualquer jurista que procura analisar o Direito no Brasil, de forma consciente ou não, acaba possuindo uma ligação direta com o formalismo, típico do processo penal brasileiro, e com as origens dos institutos jurídicos do país, pautados no direito romano-germânico.

É basicamente neste ponto, que muitas divergências e desencontros acabam ocorrendo quando doutrinas, teses ou institutos tentam ser importados de outros sistemas jurídicos, como é o caso do *common law*², para o ordenamento jurídico pátrio.

² De acordo com a Info Escola: “É um termo utilizado nas ciências jurídicas para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Tal forma de Direito tem origem na concepção do direito medieval inglês que, ao ser ministrado pelos tribunais do reino, refletia os costumes comuns dos que nele viviam. Este sistema legal vigora no Reino

Esse é o caso, por exemplo, do instituto da *plea bargaining*, difundido em vários países que seguem o sistema anglo-saxão, e que atualmente vem tentando ser inserido no sistema processual brasileiro.

Assim, em que pese possam existir severas críticas sobre a aplicação do instituto jurídico supramencionado no país, *a priori*, faz-se necessário melhor compreendê-lo, realizando uma abordagem acerca de seu conceito, de sua origem, da sua aplicação na atualidade e dos possíveis benefícios que sua adoção poderia trazer ao acusado.

A barganha³, trata-se de um processo no qual aquele indivíduo que foi acusado pelo possível cometimento de algum ato delitivo tem a possibilidade de confessar a prática do crime a fim de obter alguma vantagem relativa à dosimetria ou imposição de sua pena.

Dentre aqueles que estudam o instituto, o procurador Gabriel Silveira de Queirós Campos, aponta que os benefícios que o Estado pode fornecer para aqueles que de forma voluntária confessam a prática criminal podem se dar na redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu ou na redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação (CAMPOS, 2012, p. 1-26).

Assim, como é perceptível com a descrição do instituto, uma vez que o acusado aceita os moldes do acordo formulado, este dispensa todas as garantias constitucionais relativas ao processo penal, como o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição, a ampla defesa, a presunção de inocência, entre outros, o que poderia ensejar uma inconstitucionalidade pela supressão de direitos fundamentais do Réu.

Nestes termos, cabe destacar que o instituto da barganha, em que pese tenha aplicação em grande escala no direito processual penal dos Estados Unidos, não tem sua origem determinada em nenhum espaço territorial específico, sendo criado por intermédio de uma construção processual advinda de diversas decisões ao redor do globo.

Grande parte dos autores que estudam o instituto acreditam que os indícios da sua origem estão na Inglaterra, onde por volta do ano de 1680, começou a ser dada maior relevância ao que os tribunais ingleses da época chamavam de confissão de culpa, ou *guilty plea*.

A partir de uma confissão, os juízes e cortes superiores podiam condenar o réu, devendo, de qualquer forma, submeter o acusado a um julgamento formalizado e anotar a confissão de culpa.

Unido e em boa parte dos países que foram colonizados por este país. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/common-law/>. Acesso em 22 de junho de 2019.

³ Neste trabalho os termos, justiça negocial, pactuada, negocial, barganha, justiça acordada, serão utilizados para se referir ao instituto jurídico da *plea bargaining*.

É válido e faz-se necessário apontar que dentro do próprio país iniciaram-se conflitos em relação às confissões de culpa, sendo que em 1743, um caso gerou muita polêmica nos tribunais ingleses.

A situação se deu no julgamento de Stephen Wright, que vinha sendo acusado de roubo. O réu havia formulado uma confissão de culpa a fim de tentar buscar algum benefício processual penal. No entanto, foi informado pela justiça inglesa que nem os jurados e nem os juízes que fossem lhe julgar poderiam reconhecer à Wright algum benefício, motivo que fez com que o acusado pedisse a anulação da confissão de culpa para que pudesse utilizar-se de todos os instrumentos probatórios necessários para comprovar sua inocência e ter seu direito à ampla defesa e ao devido processo legal respeitados (ALSCHULER, 1979, p. 9).

O caso comentado serviu como um marco para aqueles que criticam a barganha dentro do processo penal e ainda acabou dando início a outras correntes doutrinárias dentro da Inglaterra do século XVIII.

Dentre os críticos das confissões de culpa, um dos mais notórios foi o filósofo Jeremy Bentham, que já no início do século XIX propôs não apenas uma aceitação mais liberal das confissões, mas sim a abolição das mesmas e sua respectiva substituição por um exame mais cuidadoso e rigoroso acerca do crime. O filósofo acreditava que a análise criminal e as garantias processuais deveriam servir para proteger o acusado de uma possível condenação indevida, que muitas vezes advinha de sua própria imprudência e de seu baixo nível de instrução (ALSCHULER, 1979, p.8).

No início do século XIX, nos Estados Unidos, a confissão de culpa tinha o mesmo caráter da que fora introduzida na Inglaterra em alguns anos antes, ou seja, era meramente formal, não trazia nenhum benefício ao réu e não podia ser obtida por nenhum meio ilícito. Os registros ainda indicam que os juízes alertavam os acusados sobre a necessidade da acusação produzir as provas e concediam prazos para que aqueles réus que tivessem confessado pudessem reconsiderar suas alegações (ISMAEL; RIBEIRO; AGUIAR, 2017, p.5).

Neste sentido, pode-se extrair dos dados históricos acima elencados que ambos países adotavam a *guilty plea* no início do século XIX, porém tinham mecanismos para acolherem a confissão de culpa sem que houvesse qualquer violação aos direitos do acusado. Em outro sentido, cabe destacar que para os dois países a confissão de culpa não ensejava nenhum benefício ao acusado.

Assim, após muita resistência acerca do instituto da confissão, segundo Albert Alschuler, a primeira vez em que a Suprema Corte dos Estados Unidos aceitou um decreto

condenatório fundamentado na confissão da culpa foi em 1892, no caso Hallinger v. Davis (ALSCHULER, 1979, p. 10).

Desta forma, a partir de meados do século XIX, as cortes dos Estados Unidos começam a adotar de forma mais recorrente o mecanismo da confissão e relacionar à ele possíveis benefícios concedidos ao acusado, traçando assim as bases do instituto da *plea bargaining*.

Desde então, após várias reformulações, a barganha é uma das bases do processo penal dos Estados Unidos (MOREIRA, p. 95-107, 2001).

Assim, levando em consideração a efetividade punitiva do instituto, pode-se observar que no cenário atual vários ordenamentos jurídicos estão tentando importa-lo, sem ao menos se preocuparem com os reflexos jurídicos de tal atitude.

2 A EXPANSÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E O PROJETO DE LEI ANTICRIME

Como fora apresentado em tópico anterior, os espaços de discussão sobre a possibilidade da aplicação da justiça negocial vêm se alargando a nível internacional e cada vez mais fazem-se presentes no território nacional.

Assim, torna-se impossível negar que campo da justiça negocial não se alastrou até o Brasil, alcançando o processo penal e permitindo a formulação de acordos entre o Ministério Público e o Réu com o objetivo de impor de forma antecipada a sanção penal.

No contexto atual, em que pese existam alguns projetos de lei que busquem a expansão da justiça criminal negocial no país, percebe-se que o principal exemplo de aplicação prática do instituto da barganha dentro do processo penal brasileiro acontece no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, por intermédio dos institutos da transação penal e da composição civil.

Neste sentido, deve-se pontuar que a Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, ao introduzir os Juizados Especiais Criminais no ordenamento jurídico pátrio, também possibilitou que estes buscassem soluções consensuais dentro do processo penal (TOURINHO FILHO, 2003, p. 6).

Porém, somente com a criação da Lei 9.099/95, que os Juizados Especiais Criminais foram estruturados e tornaram-se efetivas as possibilidades de se transacionar a pena ou de se realizar uma composição civil para que o delito praticado não surta efeitos penais.

Desta forma, torna-se claro que a atual justiça negocial no Brasil é praticada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

No entanto, com a apresentação do Projeto de Lei Anticrime ou Pacote Anticrime, uma nova fase da justiça criminal negocial no país foi anunciada.

O Pacote Anticrime, trata-se de uma proposta legislativa apresentada pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil, Sérgio Moro, que tem como prioridade, de acordo com sua exposição de motivos, combater a criminalidade violenta, o crime organizado e a corrupção.

Para tanto, o projeto propõe alterações em cerca de 14 leis penais infraconstitucionais, inclusive o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Crimes Hediondos.

Dentre as propostas, uma delas, a de número 12 (doze), diz respeito à adoção de medidas hábeis para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade.

Assim, como uma das formas de soluções negociadas no processo penal brasileiro, o projeto propõe a introdução no Código de Processo Penal dos artigos 28-A e 395-A, que passariam a regulamentar os denominados acordos de não persecução penal.

O art. 28-A do projeto, disciplina que 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 não superior 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 o cumprimento de algumas circunstâncias de forma cumulativa ou não, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária, entre outros.

Ainda, dentre as disposições do artigo supracitado, ainda se encontram elencados aquelas possibilidades em que o acordo de não persecução penal não podem ser propostos.

Já o art. 395-A disciplina que, após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas, desde que, de forma cumulativa, exista: 1) a confissão por parte do acusado; 2) o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal; 3) a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

Neste sentido, os dois artigos acabam regulamentando formas distintas de negociação criminal, que acontecem, inclusive, em fases processuais diferentes. No entanto, ambas possuem características semelhantes, como a necessária confissão espontânea por parte do acusado e a renúncia ao devido processo legal.

Ainda, percebe-se como característica semelhante entre as duas formas de negociação criminal, a figura do juiz como um mero observador do jogo, pois estaria apenas homologando um acordo realizado entre a promotoria e o réu.

Neste sentido, observa-se de forma clara que uma das intenções da proposta legislativa intitulada Projeto Anticrime, é a expansão dos espaços de justiça negocial dentro do ordenamento jurídico, trazendo para o Código de Processo Penal o instituto jurídico da *plea bargaining*.

Deste modo, resta-se analisar a viabilidade jurídica da implantação de mais mecanismos de barganha processual penal no direito brasileiro e a constitucionalidade dos artigos 28-A e 395-A do projeto de lei anticrime em face da supressão de garantias constitucionais.

3 O ANSEIO PUNITIVISTA E O PROCESSO PENAL QUE ATROPELA AS GARANTIAS

O cenário brasileiro atual vem sendo marcado por grandes operações de combate à corrupção e ao crime organizado.

Investigações inéditas na história do país estão desvendando grandes esquemas de corrupção e conseguindo levar ao judiciário grupos que até então apenas assistiam ao espetáculo punitivo ou ajudavam a fomentá-lo.

Políticos, grandes empresários e outras figuras que formam a base do que Sutherland chamava de criminalidade de colarinho-branco (SUTHERLAND, 1940, p. 1-12), estão começando a aparecer nos noticiários criminais e a tornarem-se, por fim, estatísticas penais no Brasil.

Assim, como reflexos destas grandes operações, um certo sentimento de impunidade vem sendo despertado nas massas, que por sua vez, cobram do aparato estatal uma resposta efetiva ao seu anseio punitivista.

No entanto, é fato público e notório que além do Brasil ser um dos países que mais prende no mundo, a população carcerária brasileira tem um perfil bem distinto daquele dos sujeitos que vem sendo investigados nas últimas operações de combate à corrupção, como é o exemplo da Lava Jato.

De acordo com os últimos dados do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0)⁴, existem atualmente no Brasil cerca de 602.217 presos, dos quais 95% são homens e 5% são mulheres.⁵

Dentre a população carcerária supramencionada, o estudo realizado pelo BNMP 2.0, apontou que 27% dos presos estão detidos pela prática do crime de roubo, 24% pelo crime de tráfico de drogas, 11% pela prática do crime de homicídio, 8% pela prática do crime de furto e o restante pela prática de outros gêneros delitivos.

Neste sentido, somada a porcentagem relativa à prática do crime de roubo, com a porcentagem relativa à prática do crime de furto, percebe-se que 35% dos presos do sistema carcerário brasileiro estão detidos por delitos patrimoniais.

Já em relação à faixa etária dos presos, o estudo coletou que 35% deles tem entre 18 a 24 anos.

Ainda, de acordo com estudo formulado pelo Instituto Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, quando estratificados segundo a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é composta por pessoas negras⁶.

Já, em relação à escolaridade, o estudo mostra que 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio e que menos de 1% dos presos possui graduação.

Neste sentido, conclui-se que a maioria da população carcerária brasileira é composta de jovens, negros, que não cursaram nem o ensino médio completo e que cometeram crimes patrimoniais

Assim, torna-se possível perceber que o sistema penitenciário brasileiro, no sentido de encarceramento, é muito efetivo, visto que o número de presos atual é gigantesco e os dados tendem a aumentar.

Percebe-se ainda que o sistema prisional do país tem uma clientela específica, e não é a de colarinho-branco.

No entanto, a sociedade, inflada pela influência midiática e pelos baixos índices educacionais que traduzem a realidade de um país subdesenvolvido, tende a acreditar que o

⁴ O BNMP 2.0 é uma ferramenta desenvolvida pelo CNJ com o objetivo de fazer o mapeamento inédito da população carcerária brasileira, a partir de informações do Poder Judiciário. Baseado nas ações criminais a que presos provisórios respondem e nos processos de execução penal dos presos definitivos, inseridos pelos juízes criminais em tempo real, o BNMP fornecerá um quadro dinâmico da realidade prisional do país. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/carmen-lucia-apresenta-ao-cnj-o-novo-banco-nacional-de-presos/>. Acesso em 18 de junho de 2019.

⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 22 maio de 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 20 de junho 2019.

ordenamento jurídico é falho, e cobra do Estado uma resposta jurídica mais célere para os crimes que diariamente são praticados, mesmo que para tanto se faça necessário destruir o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, é inegável que pelo próprio ritmo em que a sociedade atual trabalha, a demanda por respostas mais céleres, ágeis e eficazes para os casos que a ela são apresentados apareça mais cedo ou mais tarde.

A aceleração da sociedade atual dá-se em todos os setores. A economia acelera as operações, as relações humanas vêm se tornando mais flexíveis e a própria noção de espaço tempo vem sendo ressignificada pelos avanços tecnológicos.

Todavia, acreditar que o processo penal deva caminhar à velocidade da luz, pode trazer sérios problemas aos próprios fundamentos que dão base à sua existência.

É neste sentido que o jurista Aury Lopes Junior aborda a sociedade atual, como aquela que vive em Estado de Urgência, que não pretende e nem tem interesse em esperar pelo devido processo legal, apontando que:

Estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está acostumada ao instantâneo). Isso, ao mesmo tempo em que desliga do passado, mata o devir, expandindo o presente.

Desse presenteísmo/imediatismo brota o Estado de Urgência, uma consequência natural da incerteza epistemológica, da indeterminação democrática, do desmoronamento do Estado social e da correlativa subida da sociedade de risco, da aceleração e do tempo efêmero da moda. A urgência surge como forma de correr atrás do tempo perdido (LOPES JUNIOR, 2017, p. 55-56).

Com a ideia pontual do jurista, percebe-se que a sociedade que foi inflada com um sentimento punitivista é a mesma que já não acredita no processo penal, pois o definiu como moroso e ineficiente.

Assim, o Estado vem alimentando-se de si mesmo e tentando proporcionar, dia após dia, soluções milagrosas que encaixem-se em demandas sociais específicas, a fim de conter os ânimos e manter a sociedade pacificada, mesmo que, para isso, necessite atropelar garantias constitucionais ou utilizar o processo penal como uma forma de exercer a política criminal (LOPES JUNIOR, 2017, p. 57).

O projeto de lei em estudo é um dos exemplos básicos de uma intervenção estatal de urgência, simplista e imediatista, que procura apresentar soluções milagrosas para solucionar algumas demandas jurídico-penais, despreocupando-se com as consequências práticas da medida e o respectivo respeito com a sua constitucionalidade.

Tal fato exemplifica-se quando, logo em seu art. 1º, o Projeto de Lei Anticrime anuncia que vem para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Torna-se evidente que tal formulação é feita somente para proporcionar à população um certo grau de conforto, uma suave sensação de que alguma coisa está sendo realizada, porém, a pergunta que resta ser aplicada é: a qual custo?

Como o escopo da presente pesquisa é abordar o instituto da *plea bargaining* e sua aplicação dentro do projeto de lei anticrime, pode-se entender que o custo e os reflexos práticos de uma possível aceitação por parte das medidas propostas, com a devida implantação dos artigos 28-A e 395-A no Código de Processo Penal, seriam catastróficos.

O que percebe-se com a proposta é uma medida de urgência que pretende atacar a consequência e não a causa, trazendo para o processo penal a possibilidade de transacionar a liberdade do réu por meio de um acordo entre a promotoria e a defesa do acusado.

Neste sentido, postula o Professor Aury Lopes Junior sobre as consequências das medidas de urgência desta natureza:

Na esfera penal, considerando-se que estamos lidando com a liberdade e a dignidade de alguém, os efeitos dessas alquimias jurídicas em torno do tempo são devastadores. A urgência conduz a uma inversão do eixo lógico do processo, pois, agora, primeiro prende-se para depois pensar. Antecipa-se um grave e doloroso efeito do processo (que somente poderia decorrer de uma sentença, após decorrido o tempo de reflexão que lhe é inerente), que jamais poderá ser revertido, não só porque o tempo não volta, mas também porque não voltam a dignidade e a intimidade violentadas no cárcere. Inequivocamente, a urgência é um grave atentado contra a liberdade individual, levando a uma erosão da ordem constitucional e ao rompimento de uma regra básica: o processo nasceu para retardar, para demorar (dentro do razoável, é claro), para que todos possam expressar seus pontos de vista e demonstrar suas versões e, principalmente, para que o calor do acontecimento e das paixões arrefeça, permitindo uma racional cognição. Em última análise, para que possamos racionalizar o acontecimento e aproximar o julgamento a um critério mínimo de justiça (LOPES JUNIOR, 2017, P. 59-60).

Neste prisma, é cristalino que o processo penal não pode correr o risco de se tornar um espaço para se dispor da liberdade das pessoas partindo-se de uma ideia de barganha, como se negociam as coisas no direito privado (GIACOMOLLI; GOMES DE VASCONCELLOS, 2015, p. 1121).

Até mesmo porque, se equiparado cada vez mais ao direito privado, passará a imperar no processo penal uma lógica de mercado que, por sua vez, irá somente propiciar que a clientela dos presídios continue sendo a mesma, ou seja, grupos formados em sua maioria por cidadãos negros, pobres, periféricos, com baixa escolaridade e que praticam crimes contra o patrimônio.

Assim, a fim de se finalizar esta observação, faz-se necessário retornar à dinâmica do art. 1º do projeto de lei anticrime e analisá-lo novamente sob a ótica da expansão dos espaços de justiça criminal negocial no ordenamento jurídico pátrio, pois somente assim restaria evidente *amens legis*⁷ do projeto, e ficaria clara para quais os grupos sociais as propostas ali presentes foram formuladas.

Por fim, deve-se colocar que a situação levaria o processo penal a uma fragilização extrema, as garantias seriam aniquiladas, dando margem a um Estado de tirania processual, onde um número irrisório de acusados o poderia usufruir das “garantias processuais”.

4 A VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para efetuar-se uma análise séria sobre qualquer questão que procure estabelecer uma relação entre o Pacote Anticrime, o instituto da *plea bargaining* e o texto constitucional, inicialmente deve-se abordar a lógica do sistema jurídico brasileiro e como o processo penal encontra-se inserido no mesmo.

De forma inicial, faz-se necessário apontar que a Constituição Federal, como norma central e basilar do ordenamento jurídico pátrio, além de estruturar o Estado e fornecer bases para que este possa funcionar na prática, indica para a sociedade quais são os direitos e garantias individuais de cada cidadão.

Porém, de nada valem as garantias se estas não têm os meios para serem efetivadas e protegidas no caso concreto.

Por isso, o processo penal, neste estudo, passa a ser observado como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais que envolvem o investigado, acusado e até mesmo o condenado.

É no mesmo sentido que o jurista Aury Lopes Junior aborda o processo penal em seu estudo sobre fundamentos do processo penal, conforme demonstra o trecho a seguir relatado:

A primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é exatamente (re)discutir qual é o fundamento da sua existência, por que existe e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: um Processo penal, para quê (quem)? Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais (LOPES JUNIOR, 2017, p. 59-60).

⁷ O espírito da lei, a intenção da lei.

É neste sentido que o processo penal, além de ser uma forma de efetivar garantias vem para proteger o próprio cidadão de qualquer ato tirânico que possa vir a ser praticado pelo Estado na aplicação do *jus puniendi*⁸.

A partir desta ideia, o Professor Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, aponta:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes (FERAJOLI, 2010, p 556).

Assim, deve-se compreender que não existe democracia sem devido processo legal e não existe processo penal sem a sua respectiva conexão a norma constitucional. Torna-se aceitável, inclusive, a ideia de que uma releitura do Código de Processo Penal deva existir, porém, esta deve ser pautada nos preceitos democráticos e garantistas dispostos na Constituição Federal.

Nestes termos, tem-se que será a partir da ideia de um processo penal que vem para efetivar as garantias jurídico-penais dispostas na constituição que serão realizadas as abordagens seguintes.

De forma inicial, faz-se necessário apontar que o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal é o instrumento legal que disciplina a base das espécies de prisão que o ordenamento jurídico brasileiro pode adotar e a necessária fundamentação jurídica para que a prisão de qualquer cidadão possa vir a ser efetuada.

Assim, apresenta-se inserido na Constituição da seguinte forma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Tal dispositivo jurídico foi analisado pelo professor José Afonso da Silva como uma garantia jurisdicional penal que é capaz de trazer segurança jurídica ao processo penal a partir do momento em que assevera a impossibilidade de qualquer indivíduo ser processado ou sentenciado se não for pela autoridade competente, ou preso sem ordem escrita e fundamentada pela autoridade jurídica pertinente (SILVA, 2003, p. 439).

⁸ Direito de punir.

Para a finalidade desta pesquisa, o inciso em comento será analisado sob o enfoque da necessidade da prisão se dar somente após uma ordem escrita e fundamentada pela autoridade judiciária competente.

Essa garantia processual delimita o âmbito decisivo do julgador e ainda confere certo grau de imparcialidade à decisão que, por sua vez, deve ser pautada em normas, princípios e regras, que correspondam aos ditames do Estado Democrático de Direito. Além disso, tal garantia faz com que seja possível o acusado e o acusador conhecerem os motivos e as circunstâncias que levaram o julgador a optar por essa ou aquela decisão.

Desta forma, por se tratar de garantia constitucional, o direito a uma decisão escrita e fundamentada para que se proceda a prisão de qualquer cidadão tem status de cláusula pétreia no ordenamento jurídico pátrio, conforme disciplina o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Destarte, nota-se que a aplicação da proposta da inserção dos artigos 28-A e 395-A no Código de Processo Penal encontrariam alguns óbices constitucionais, pois, na busca de alargar os espaços de negociação dentro do processo, a garantia constitucional disposta no final do inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal seria flexibilizada e, em muitos casos, extinta.

Ao tratar-se da adoção dos novos artigos apresentados no projeto de lei anticrime, tem-se que o juiz passaria a ser um mero telespectador dos acordos criminais travados entre a acusação e o réu ou entre a acusação e o investigado, participando apenas no processo de homologação dos inovadores acordos de não persecução penal.

Ou seja, assim como postula o juiz de direito Fábio Capela, a participação do Judiciário no atuar meramente homologatório não satisfaz a reserva de jurisdição no que toca à prisão “aceita” pelo réu, pois a Constituição prevê em seu art. 5º, LXI, que, com exceção da prisão em flagrante e das prisões por crimes militares próprios, alguém somente pode ser preso se houver uma ordem escrita e fundamentada emanada de uma autoridade judiciária competente. Assim, o Judiciário deve construir o raciocínio jurídico de forma fundamentada ao tratar-se de ordenar a prisão de um cidadão, não bastando apenas “homologar” um documento produzido pelas partes (CAPELA, 2019).

Nestes termos, pode-se apontar que a introdução da *plea bargaining* na dinâmica do processo penal brasileiro, além de ser controversa, é notadamente inconstitucional no que tange a necessária fundamentação da decisão que ordena a prisão de qualquer cidadão, disposta no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e garantida como cláusula pétreia no art. 60, § 4º, inciso IV, do mesmo diploma legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, pode-se perceber que o Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, em fevereiro de 2019, trata-se de uma medida de urgência adotada para suprir o anseio punitivista que vem sendo despertado na sociedade.

No entanto, nota-se que os reflexos jurídicos de tal medida de urgência em nenhum momento foram analisados.

Por isso, ao analisar-se a viabilidade da aplicação do instituto da *plea bargaining* no ordenamento jurídico pátrio, de acordo com a formatação apresentada no Projeto de Lei Anticrime, com a devida introdução no Código de Processo Penal dos artigos 28-A e 395-A, notou-se uma evidente incongruência com o texto constitucional.

Pode-se postular que as medidas apresentadas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal acabam deslocando do juiz a função de julgar e fundamentar as decisões criminais por ele proferidas, e outorgando ao mesmo encargo de simplesmente homologar acordos formulados entre o réu e o acusador, ferindo diretamente o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e o art. 60, § 4º, inciso IV, do mesmo diploma legal.

Ainda, pode-se apontar que, ao ponto em que o processo penal passa a permitir e a expandir acordos de não persecução penal, este perde sua função de instrumento de efetivação das garantias constitucionais, e passa a ser um meio para legitimar a tirania jurídico-punitiva que dispensa a defesa e o devido processo legal.

Todavia, não deve-se deixar à margem a análise referente ao público para o qual as medidas e os acordos de não persecução penal foram projetados, pois, com um simples relatório sobre a população carcerária brasileira, nota-se que as propostas não são destinadas aos grandes criminosos, mas sim à grande massa carcerária que é formada por cidadãos jovens, negros, com baixa escolaridade e que praticam crimes contra o patrimônio.

Desta forma, conclui-se que o Projeto de Lei Anticrime tem público alvo e clientela específica. Preocupa-se exclusivamente em corresponder ao anseio social punitivo, e não se importa em atropelar garantias constitucionais para alcançar seu objetivo.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales iberoamericanas**. Revista General de Derecho.Procesal, n. 6, p. 01-23, março/2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/3-39-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2019.

ALSCHULER, Albert. **Plea bargaining and its history**. Chicago: University of Chicago Law School. p. 1-43. 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 10 mar. 2019.

ANDRADE, Fábio da Silva. **A ampliação dos espaços de consenso no processo penal**. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASNFB5/disserta__o__final__pdf.pdf?sequence=1> Acesso em 23 de jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei 9.099/95, 26 de setembro de 1995**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 18 de jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 22 maio de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto de Lei Anticrime**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>. Acesso em 23 de mar. 2019

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo**. Revista Custos Legis, v. 4, p. 1-26, 2012.

CAPELA, Fábio. **Plea bargaining: o projeto de “negociata penal” de Sérgio Moro**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/05/29/plea-bargaining-o-projeto-de-negociata-penal-de-sergio-moro/>> Acesso em: 30 mai. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. **Justiça Criminal Negocial: Crítica À Fragilização Da Jurisdição Penal Em Um Cenário De Expansão Dos Espaços De Consenso No Processo Penal**. Novos Estudos Jurídicos, v. 20, n. 3, p. 1121, dez. 2015. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. **Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa**. Bol. Mex. Der. Comp., México, v. 49, n. 147, p. 13-33, dez. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S004186332016000300013&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining**: aproximação conceitual e breve histórico. Revista de Processo, vol. 263, p. 429 – 449, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência**. Revista de Processo. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(18).pdf)>.

OLCHANOWSKI, Nicolai. **Plea Bargaining**: análise desde a filosofia da pena. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47597/R%20-%20D%20-%20NIKOLAI%20OLCHANOWSKI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar criminality**. American Sociological Review, v. 5, n. 14, p. 1-12, fev. 1940.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recebido em: 21/08/2019

Aceito em: 04/03/2020