



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

TIAGO CAVALHO DE FARIAS

**A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO INSTITUTO DA BARGANHA À ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA**

**BRASÍLIA
2019**

TIAGO CARVALHO DE FARIAS

**A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO INSTITUTO DA BARGANHA À ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marlon
Eduardo Barreto

**BRASÍLIA
2019**

TIAGO CARVALHO DE FARIAS

**A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO INSTITUTO DA BARGANHA À ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marlon
Eduardo Barreto

BRASÍLIA, 4 DE OUTUBRO DE 2019

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Marlon Eduardo Barreto

Professor (a) Avaliador (a)

A inovação trazida pelo instituto da barganha à ordem jurídica brasileira

Tiago Carvalho de Farias

Resumo: A finalidade deste trabalho é alcançar as possíveis críticas e facilidades que a propositura do instituto, notadamente anglo-saxão, do *plea bargaining* encontrariam no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. E por fim dizer se é cabível ou não o método de solução. A discussão se faz necessária na medida em que, quando da lavratura do presente artigo, tramita no âmbito do Congresso Nacional a propositura do referido instrumento, entre outras mudanças, sugeridas pelo Ministro da Justiça Senhor Sérgio Fernando Moro. Apesar de não possuir data marcada para sua votação nas casas legislativas, o instituto já enfrenta críticas nos meios acadêmicos. Visto que, o instrumento decorre de países em que o ordenamento jurídico se parece muito pouco com o ordenamento vigente no território nacional. A função desse artigo é justamente apresentar essas críticas, que já existem no âmbito da justiça penal negociada no Brasil, bem como trazer à tona as críticas advindas dos ordenamentos em que foi possível à adoção da barganha. Buscando sempre o entendimento da vasta doutrina brasileira, bem como de autores internacionais sobre, os princípios que refletem na matéria processual penal. Sempre analisando sob a ótica dos imperativos do devido processo legal e da impossibilidade de cerceamento de defesa aos acusados.

Palavras-chave: Justiça negocial penal. *Plea deal*. Barganha. Direitos constitucionais. Direito processual penal. Garantias fundamentais.

SUMÁRIO

1. AS BASES PENAIIS E PROCESSUAIS.....	7
1.1 A perspectiva da justiça negocial no Brasil.....	9
1.2 A colaboração premiada.....	10
1.3 A suspensão condicional do processo.....	12
2. O INSTITUTO DA BARGANHA.....	13
2.1 Bordenkircher versus Paul Lewis Hayes.....	15
2.2 Crítica ao argumento econômico.....	15
2.3 O cerceamento de defesa.....	17
2.4 A individualização da pena.....	18
2.5 Da reserva legal.....	20
2.6 Da celeridade processual.....	21
2.7 Da dignidade da pessoal humana.....	23
3. REFERÊNCIAS.....	26

Introdução

O instituto da barganha é um método de solução de conflitos judiciais que substitui um processo judicial, em regra bastante moroso. Esse instituto não é nada mais que a negociação entre as figuras da acusação e da defesa. A primeira oferece uma vantagem e a segunda confessa para gozar desse benefício. Encerrando-se assim a persecução. Sendo que esse benefício pode ser de diversas ordens à critério do *parquet* e a depender de quais balizas as leis pátrias conferem. O instituto não é novo na cena jurídica mundial. Em alguns países, como o Estados Unidos, o método chega a solucionar 97% dos casos federais. Contudo, o sistema jurídico da *common law*, vigente no país norte-americano, difere diametralmente do sistema jurídico da *civil law*, vigente no Brasil. O sistema legalista brasileiro, reduz drasticamente à atuação discricionária do Ministério Público. Fazendo-se necessário, portanto, averiguar a compatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira.

A resolução n.º 18 do Conselho Nacional do Ministério Público, a rigor deu início ao instituto da barganha na ordem pátria. Contudo, não é necessário esforço interpretativo para perceber que o Conselho usurpa da função legislativa atribuída pela própria Carta Magna ao legislar sobre processo penal. Fatalmente, o guardião da constituição republicana irá declarar a inconstitucionalidade da norma no que tange ao acordo. Tanto é latente a violação constitucional que os operadores do direito preferem não usa-la.

Fora isso, existem ao menos dois projetos de lei tentando introduzir o instituto. Um deles, quando da lavratura do presente trabalho, em setembro de 2019, já caminha rumo ao plenário do Senado Federal. Contudo, esse instituto com capacidade de causar verdadeira revolução no sistema-jurídico não alcançou seu devido debate acadêmico. Portanto o objetivo desse estudo é trazer à tona as críticas que essa propositura encontrará no Brasil. Fazendo uso do método indutivo, tendo sempre como base os princípios fundantes do direito processual penal.

1. As bases penais e processuais penais

O direito nos tempos modernos alcançou patamar de cultura popular. Onde se passa pelas ruas é possível ouvir opiniões, muitas vezes pouco jurídicas, sobre as decisões tomadas pelo judiciário Brasil a fora. Paradas de ônibus, padarias ou botequins. Todos frequentadores parecem querer participar do debate sobre questões jurídicas nacionais. É do Juiz Federal Pedro Felipe de Oliveira a interessante reflexão: Hoje no Brasil dificilmente alguém sabe o nome dos onze titulares da seleção brasileira de futebol, contudo nomear os onze Ministros do Supremo Tribunal Federal até os mais jovens conseguem.

Fato é que esse movimento do cidadão brasileiro buscar se informar sobre o direito, especialmente o penal, foi causado pelo movimento dos delegados, procuradores, juízes, desembargadores e ministros incumbidos da mundialmente conhecida “operação lava-jato”. Ou como apelidaram os norte-americanos “*operation car wash*”. Não é objeto ressaltar nesse trabalho os avanços ou retrocessos da operação e seu julgamento. É apenas perceptível que esses acontecimentos acenderam a necessidade do brasileiro se informar mais sobre o direito. Todos querem saber quais provas foram usadas para condenar, se o juiz era impedido ou não, se o caso deveria ser julgado por uma vara ou pelo supremo, se é cabível recurso, se o regime inicial será fechado. Questionamentos sem fim.

Ante o foco que o direito está submetido atualmente surgem diversas propostas que prometem corrigir as falhas do sistema penal e processual penal. Certamente esse debate acalorado é o que possibilita a propositura do instituto que será objeto desse presente estudo. As mudanças e adaptações ao sistema jurídico penal são importantes e necessárias. Contudo, devem ser debatidas com afinco e a devida calma.

Conceituar o Direito definitivamente não é tarefa simples. A resposta, invariavelmente, depende de quem é o interlocutor. Tamanhas são as distorções

e pontos de vista capazes de influenciar na resposta. Para o homem comum Direito é a lei e a ordem, isto é, o conjunto de regras que garantem o convívio estabelecendo limites de atuação entre os membros de um sociedade¹. Porém, se atribuir um conceito para o Direito, enquanto matéria geral é tarefa árdua, mais fácil é conceituar um ramo específico. Na doutrina o uso da sanção penal é o que mais identifica o direito penalista. Portanto, o direito penal é um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações natureza penal e suas sanções correspondentes².

Desta feita, pode-se dizer que o Direito Penal é tão antigo quanto o Direito Civil. Pois, desde o momento em que o homem previu um castigo, sendo ele justo ou não, já havia o Direito Penal. Contudo, o direito repressivo não possui aplicabilidade em si mesmo. Era preciso, que além de uma pena justa, houvesse um ramo específico para atribuir a pena, também de forma justa, a quem tenha cometido o ilícito. O remédio encontrado foi o surgimento do Direito Processual Penal. Esse ramo tem como função servir de instrumento para a efetivação das garantias constitucionais.³ Logo, não há aplicação perfeita do Direito Processual Penal fora da interpretação e uso da Carta Magna e seu rol de direitos fundamentais. Não é função desse estudo apresentar uma evolução histórica do ramo penalista. Contudo, é preciso render homenagem ao patriarca do Direito Penal moderno, o Marquês de Beccaria. Cesare constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso confuso e abusivo sistema criminal.⁴ Seu pensamento consistia em atribuir utilitarismo à pena imposta. Não admitindo como função da pena a mera retribuição. Mas uma busca de pacificação futura da sociedade.

¹ REALE JUNIOR, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2013

² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal – Parte General. 8ª Ed. Barcelona. Reppertor, 2008.

³ LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª Edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral, vol I. São Paulo: Saraiva, 2003.

1.1 A perspectiva da justiça negocial no Brasil

A ordem jurídica brasileira tem passado por diversas mudanças no âmbito negocial. Há no Brasil uma forte tendência de influenciar uma negociação entre as partes para dar fim aos morosos processos judiciais. Muitos ramos são os que permitem a autocomposição dos sujeitos processuais. No direito penal a influência negocial não tem sido diferente. Contudo, na atualidade, e no contexto de grandes operações midiáticas, esse avanço tem sido rápido sem necessariamente se observar as consequências. O debate da justiça negocial deve estar amplamente difundido no meio acadêmico, através de projetos científicos, monografias e debates acadêmicos para frear os impulsos punitivistas que indubitavelmente se acendem nesse assunto. Ao Estado deve ser evitado ao máximo a aplicação injusta da pena e a justiça negocial devem amplamente se preocupar em evitar esse injusto. Nessa esteira bem refletiu Vasconcelos (2017, p.18):

“[...] demonstrar-se-á a lógica de coerção que invariavelmente caracteriza o sistema consensual e que distorce premissas indispensáveis ao processo penal de um Estado Democrático de Direito, fomentando aquilo que, precisamente, deveria ser evitado ao máximo: a condenação de inocentes.”

Da leitura do trecho se percebe que o autor, assim como boa parte dos acadêmicos, não é contrário à justiça negociada. Contudo, é pacífico entre os autores que o assunto enseja um debate amplo para evitar distorções gravíssimas. Acertadamente, essa cautela, advém de experiências, por exemplo, com o instituto da colaboração premiada, que são diariamente feridas de críticas doutrinárias. Contudo, ao desferir críticas, o que os doutrinadores, na verdade desejam, é colocar contornos nesse debate.

No Brasil, notadamente, o debate acerca da negociação no direito penal tomou proporção gigantesca quando do método de trabalho adotado pelos procuradores responsáveis pela condução da “Operação Lava-Jato”. Buscando elucidar melhor como se deu a infração, os agentes públicos propunham aos acusados em geral,

descreverem os fatos e agentes envolvidos, recebendo em troca uma redução da pena implicada. Por meio do instituto da colaboração premiada previsto lei 12.850 de 2013.

Contudo, esse não foi o primeiro esforço no sentido de dinamizar a justiça penal através de negociações. Bem antes do surgimento da lei 12.850 houve no Brasil outro grande passo, dado pela lei 9.099 de 1995, para propor, para as infrações de menor potencial ofensivo, o acordo entre acusação e defesa. Apesar do instituto ser aplicado abundantemente no processo penal, ainda sofre muitas críticas de todos os lados.

Portanto, a proposta legislativa que cria o novo instituto negocial não é inovadora a ponto de ser considerada a matriz geradora da justiça penal negociada no Brasil. Embora, o que se propõe é uma imponente expansão desse tipo de resolução de conflitos processuais criminais. Visto que, os institutos já existentes se referem a espécies de delitos específicos ou com penas cominadas bastante baixas. A nova proposta busca abarcar um quantidade maior de crimes que possam ser sujeitos à negociação.

No ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no âmbito penal, existem duas figuras que se assemelham com o instituto da barganha. São elas, já mencionadas, a colaboração premiada e a suspensão condicional do processo. Porém, da leitura desses institutos, percebe-se que facilmente os dois se distinguem substancialmente do instituto da barganha.

1.2 A colaboração premiada

Há dados que mostram que colaboração premiada existia no direito brasileiro já em 1603 quando da edição das ordenações Filipinas.⁵ E assim foram mantidas no

⁵ As Ordenações Filipinas são fruto da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), ao Código Manuelino, durante o período da União Ibérica. Continuou vigendo em Portugal ao final da União, por confirmação de D. João IV. Até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, estiveram também vigentes no Brasil

Código penal do império⁶. Contudo, sua acepção moderna é notável a partir de julho de 1990 com o advento da lei 8.072. Passando por praticamente uma dezena de alterações e revogações o instituto tem sua vigência hoje na lei 12.850 que normativa o combate às organizações criminosas. Esse instituto pode ser explicado como um meio que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução da pena podendo chegar até a liberação da mesma, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios dos demais réus, prestada de forma voluntária – sem qualquer tipo de coação.⁷ Ressalta-se que o legislador quando da propositura não preocupou em regulamentar o novo instituto. Apenas o previu causando grande confusão nos tribunais. Em um primeiro momento, houve inclusive, quem acreditasse que esse instituto era a própria barganha sendo inserida no ornamento jurídico brasileiro.⁸

Uma das primeiras distinções entre esse instituto e o do *plea deal* é justamente a necessidade de se atuar em concurso de agentes no primeiro caso. Porque o gente ao celebrar o acordo de colaboração não busca elucidar fatos apenas atinentes à sua conduta, mas sim desvendar a atuação de uma organização. No acordo de barganha busca-se, a princípio, apenas a solução conduta individualizada. Outra distinção entre os institutos é a vasta quantidade de requisitos necessários para a celebração da colaboração. Em regra, o acordo de barganha não prevê o cumprimento de tantas formalidades. Como exemplo, a colaboração, por disposição expressa, não pode ser celebrada pelo líder da organização. Já o acordo, em tese, não implica na mesma necessidade, poderia ser celebrado por qualquer acusado, independente se numa organização ele ocupa cargo menor.

⁶ O Código Criminal de 1830 foi o primeiro código penal brasileiro, sancionado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830. Vigorou desde 1831 até 1891, quando foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

⁷ BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

⁸ GOMES, Vinícius Vasconcellos. Colaboração premiada no processo penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 59

1.3 A suspensão condicional do processo

A outra forma de justiça penal negociada no ordenamento pátrio seria o oferecimento pelo Ministério Público da suspensão condicional do processo. Esse instituto bastante se parece com o *plea agreement*. Contudo há, entre outras, uma diferença substancial. No instituto lei 9.099 o acusado aceita o acordo sem haver uma confissão ou concordância com os fatos trazidos pelo *Parquet*. Já na barganha o acusado necessariamente confessa o crime e fatos envolvidos. Portanto, pode-se dizer que ele é condenado, confessa sua culpa, de forma mais célere. Enquanto na suspensão condicional do processo não há que se falar em condenação. Outra distinção substancial é a necessária qualidade dos crimes sujeitos ao juizado especial criminal. Que são os delitos sujeitos à suspensão condicional. Estes precisam ser de menor potencial ofensivo. A lei, então define esses crimes como aqueles em que a pena máxima abstrata cominada no preceito secundário não seja superior a 2 anos. Já no instituto da barganha se pretende o alcance de todos os delitos. Portanto o acordo passaria a existir não só para o rito sumaríssimo dos juizados especiais criminais mas para todos. Ou, a depender da vontade do legislador, quase todos.

O instituto da suspensão condicional do processo é um instituto ímpar no ordenamento pátrio. Nascido em 1995 com o advento da lei 9.099 trouxe severa mudanças no direito processual penal e civil. Com regramentos e princípios próprios como a oralidade, celeridade, informalidade e economia processual. Boa parte da doutrina olha esse instituto com bons olhos. Pois de fato parece trazer benefício ao réu.

Em regra, o indivíduo que aceita a suspensão condicional do processo não aceita a culpa do delito praticado. Sendo essa, talvez, a maior distinção do instituto com a barganha. Nessa última, necessariamente o indivíduo aceita a culpa de um delito.

Como qualquer ferramenta bastante aplicada, a suspensão condicional do processo já foi alvo de amplas discussões acadêmicas e no âmbito judiciário. Dentre

as teses que já foram debatidas existe a implicação de que o réu tem direito subjetivo ao oferecimento da suspensão condicional do processo. Sendo, portanto, um dever do *parquet*. Caso, o magistrado não concorde com o não-oferecimento deverá ele mesmo propor, se provocado.⁹

A legislação do instituto prevê que haverá possibilidade de suspensão condicional do processo para os crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior à um ano. Além desse requisito objetivo a lei 9.099 ainda, além da necessidade do réu ser primário, associa os requisitos do instituto da suspensão condicional da pena, prevista no Código Penal, para então, só a partir daí ser possível a suspensão condicional do processo. Portanto, observa-se que o instituto da suspensão condicional do processo é aplicável para um universo bastante restrito de crimes. Apesar disso, é usado com certa frequência no ordenamento pátrio.

2. O instituto da barganha

Notadamente de origem nos ordenamentos alienígenas, especialmente no direito norte-americano, o instituto a ser dissecado recebe diversas nomenclaturas. Dentre elas as mais comuns seriam: *plea bargaining*, *plea bargain* ou *plea deal*. Em sede de direito pátrio os acadêmicos brasileiros optaram por traduzi-lo como barganha ou acordo de não persecução penal. Portanto, em qualquer fase do presente artigo que fizer referência a qualquer desses nomes estaremos tratando do mesmo instituto.

É difícil precisar exatamente o momento de surgimento do instituto no direito afora. Contudo, esse sistema de negociação é perceptível no direito norte-americano mesmo antes desse país alcançar sua independência. Portanto, no período colonial, antes de 1776, já se verificava sua ocorrência. Se difícil é ter a ciência de seu surgimento, fácil é precisar em que momento o instituto tomou fama. Foi no período

⁹ STJ. HABEAS CORPUS: 131108/RJ Relator Ministro JORGE MUSSI

em que o governo estadunidense, subitamente, decidiu proibir a venda e o consumo de produtos etílicos em novembro de 1918 com a edição do *Prohibition Act*.

A justiça norte-americana, até então ocupada de processar e julgar moribundos e ladrões, viu-se supercarregada de processos contra comerciantes, pais de família, empresários e trabalhadores em geral. A desordem causada pela abrupta mudança de legislação foi tão grande que em pouco tempo o governo revogou a própria medida autoritária. Mas não em tempo suficiente para enlouquecer juízes e promotores. Viu-se então, no instituto até então pouco usado, uma medida eficaz de combater o problema da quantidade elevada de réus. Processos que até então levariam anos para serem resolvidos e julgados puderam ser encerrados em dias. Bastava que um promotor analisasse as circunstâncias do caso e as provas passíveis de serem colhidas para buscar o réu com uma proposta de redução de pena. Atualmente nos Estados Unidos, segundo estatísticas do próprio Governo estadunidense são resolvidos 95% dos casos penais na forma do *plea bargain*.

No Brasil, em regra, já está em vigor a possibilidade da barganha. Visto que, o Conselho Nacional do Ministério Público criou, por meio da resolução n.º 181 de 2017 o instituto do acordo de não-persecução penal. A passagem por essa resolução será rápida visto que, pela maneira bastante controversa como foi proposto o instituto, ele tem sido deixado de lado pela evidente inconstitucionalidade por vício na formalidade da resolução. Visto que, a competência para legislar sobre processo penal é privativa da União.

A resolução é alvo de ações no Supremo Tribunal Federal que fatalmente irão declarar a nulidade de acordos praticados com fundamento nela. Portanto, não será alvo desse presente estudo dissertar sobre uma resolução flagrantemente ilegal. Fugindo do regular processo legislativo uma resolução administrativa não pode dispor sobre o matéria de processo penal atribuída ao parlamento pela Carta da República.¹⁰

¹⁰ ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádél da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/641178>. Acesso em 21 set. 2018

2.1 O caso *Bordenkircher versus Paul Lewis Hayes*

Um caso memorável que traz grande repercussão ao instituto é a negociação que gerou a condenação de Paul Hayes no estado americano do Kentucky. Apesar de soar como um argumento fora da realidade para ser lançado em um debate acadêmico o julgamento é histórico e precisa ser mencionado. O réu em questão fora acusado de ter forjado um título de crédito no valor de 88,30 dólares. O crime em voga tinha como pena no direito americano algo entre 2 a 10 anos. Submetido a um processo, a acusação fez a oferta de acordo em que o réu fosse submetido a 5 anos de pena. Ainda na fase de propositura, a acusação alertou que caso não fosse aceita a proposta de 5 anos ela buscaria em juízo uma sentença de prisão perpetua. O réu se sentiu ultrajado com a pena de 5 anos por um cheque com valor tão baixo e resolveu ir à julgamento. Em sede de julgamento o réu foi condenado e o juiz acatou o pedido da acusação para cumprimento do resto da vida em prisão.

Esse caso gerou grande comoção à época e foi levado até a suprema corte americana. Em sede da corte constitucional os Ministros da corte superior, chamados de *Justices*, acataram a tese defensiva da desproporcionalidade entre a pena oferecida no acordo e a solução dada ao caso em julgamento. Também ficou evidente a motivação vingativa do membro acusador. Gerando então importantes precedentes normativos para o instituto.

2.2 Crítica ao argumento econômico.

É fato que na discussão moderna do direito as ciências jurídicas devem caminhar em conformidade com as ciências econômicas. E de maneira alguma o presente estudo busca afastar essa premissa. Quando se analisa um processo no

ramo tributário em que a fazenda pública busca reaver um crédito, é preciso questionar se o valor buscado é grande o suficiente para ressarcir os custos da morosa e custosa persecução civil do valor. Não fazendo nenhum sentido movimentar procuradores, servidores e diversos outros gastos para buscar um valor ínfimo. Esse silogismo ganha cada vez mais espaço no âmbito da análise econômica do direito. Contudo, visto a característica de *ultima ratio* do direito penal, diversos mandamentos constitucionais, e a liberdade do indivíduo em jogo. Questiona-se, a análise econômica do direito possui espaço no âmbito jurídico penal? É possível ao estado buscar a solução mais célere ao invés da mais justa proferida após todas as fases processuais penais?

Um dos argumentos mais citados quando da defesa do instituto seria o da redução dos elevados gastos envolvidos em um processo penal. De fato percebe-se a morosidade e pouca eficiência do poder judiciário, visto a quantidade de processos em transito, que acabam por sobrecarregar a máquina pública. Resultando em despesas ao contribuinte que sustenta a magnitude necessária para solucionar os conflitos e gerando ao acusado um vilipêndio do seu direito a um processo célere.

Trazendo essa premissa da morosidade, que de fato é verdadeira, busca-se justificar a implantação da justiça negociada quase que irrestrita. Contudo, percebe-se um mal uso desse argumento. Primeiro porque, ao lançar mão da economicidade para o direito penal, os que argumentam a favor do instituto esquecem que as particularidades do direito penal colocam esse ramo em patamar muito aquém dos outros ramos. Se no direito civilista é louvável que se tenha uma solução imediata para os conflitos, já no direito penalista há muito mais a se refletir. Visto que, este último ramo, envolve diversas características que o qualificam como a *ultima ratio* de um ornamento jurídico. Quando o indivíduo tem a sua liberdade em jogo não deve de forma alguma a resposta ser a mais rápida, mas sim a mais justa. Nem que seja mais demorada. Entendendo-se como sendo a resolução mais justa aquela que permite ao indivíduo a mais completa possibilidade de provar sua inocência.¹¹

As normas processuais penais tem como um de seus objetivos principais evitar que o Estado puna erroneamente e também limitar o poder punitivo deste ente.

¹¹ GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. Direito Penal – Volume único. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Bittencourt¹² entende de maneira semelhante afirmando que a função do direito processual penal é:

Submeter o exercício do ius puniendi ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.

Portanto, é latente a observação, de que a justiça negociada não cumpre exemplarmente a finalidade do direito processual penal. Visto que não limita mas amplia o poder punitivo do Estado. Se antes ele julgava com base em provas agora julga com fundamento na boa vontade do promotor. Tornando impossível uma justiça equitativa.

Outro argumento econômico que se faz presente na discussão desse tema seria a redução do tempo de prisão envolto no acordo. O que, em tese, acabaria por gerar menor custo ao sistema penitenciário nacional, já amplamente sobrecarregado. Contudo, é uma falácia desonesta ou pouco pensada a referida tese. Visto que, se o acordo diminui as penas dos acusados deixando-os menos tempo sob os cuidados do sistema prisional, o mesmo acordo, encerrando mais rapidamente o processo, levaria mais acusados, e mais rapidamente, ao mesmo sistema. Portanto, o encerramento mais célere do processo superlotaria ainda mais o sistema prisional. Inclusive pondo atrás das grades acusados que são inocentes, mas por temor acabam aceitando a proposta de acordo.

Fazendo as considerações finais sobre o capítulo é necessário se reafirmar que não se pretende de forma alguma afastar a análise econômica do direito do nosso ordenamento pátrio. Mas sim, afirmar que a elevação do princípio da economicidade no ramo penalista é contrário à presunção de inocência e ao direito à ampla defesa do acusado.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte Geral, vol I. São Paulo: Saraiva, 2003.

2.3 Do cerceamento de defesa

No estado democrático de direito um dos princípios que mais devem ser resguardados é o princípio da ampla defesa. Que garante não só a possibilidade dos acusados em geral se defenderem, mas fazê-lo lançando mão de todos e quaisquer meios admitidos em direito. Portanto, cerceá-lo torna-se verdadeira afronta à base democrática e gigantesco retrocesso autoritário. E como direito fundamental, incluído no ordenamento jurídico nacional pela Constituição e mais ainda previsto expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, não pode ser um direito disponível.

O pacto supramencionado defende que seja disponibilizado ao acusado o tempo e os meios necessários à preparação de sua defesa. A solução de um processo penal pela via da barganha ofende de forma flagrante ambos os imperativos contidos no pacto. A aceitação da proposta nos países em que se adota o método tem que ser ágil e praticamente instantânea. Minando o direito do acusado de dispor de tempo razoável para refletir sobre a proposta e poder produzir provas de sua inocência. Esse princípio garante ao acusado a efetiva utilização dos instrumentos, dos meios de produção e esclarecimento da materialidade e autoria da infração.

Ressaltando ainda que os membros do Ministério Público a cargo de celebrar o acordo são treinados e especializados em técnicas avançadas de negociação. Portanto, um acusado, que já se encontra em seu pleno juízo fragilizado, visto que é acusado de um delito podendo ser recolhido a um estabelecimento, tem que em pouco tempo decidir se aceita ou não aquela proposta.

Visto ainda como um direito fundamental é imperativo ressaltar que não é disponível. Ora, se o processo se encerra antes da fase de colheita de provas não há como afirmar que houve cerceamento de defesa. Mas sim, uma completa supressão da mesma.

2.4 Da individualização da pena

Outro grande sustentáculo do direito penal brasileiro é o princípio da individualização da pena. Esse corolário se manifesta de diversas formas e em diversos momentos. Seja no momento da cominação da pena quando o legislador edita o preceito secundário de cada delito, seja quando o julgador se presta ao cálculo da dosimetria. Uma boa explicação para o princípio advém da doutrina de Pacelli e Callegari¹³

Daí dizer-se, com acerto, que a pena deve ser individualizada, isto é, segundo as circunstâncias do fato, é claro, mas, sobretudo, nas relações que têm elas com o seu autor. Individualizar, portanto, é conectar o fato praticado – o delito concretizado (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) – com o seu autor, atentando-se particularmente para a singularidade do sujeito, suas condições pessoais e características especiais, que fazem dele o autor concreto de um fato definido como crime. A individualização da pena é princípio constitucional, segundo se vê no art. 5º, XLVI, da Constituição da República

Buscando atender esse princípio o legislador penalista impôs um complexo cálculo à dosimetria da pena. Em cada fase do cálculo o aplicador se atenta à diversas condições subjetivas e objetivas que se presentes ou ausentes alteram o quantum da pena. Mesmo em crimes cometidos em concursos de pessoas essas circunstâncias devem ser individualizadas se atentando sempre à culpabilidade de cada agente.

Uma das explicações para esse princípio ser tão detalhado na legislação vigente seria a vedação do ativismo judicial ou da pena aumentada arbitrariamente. Visando a condução pormenorizada do procedimento da dosimetria o legislador foi eficaz em reduzir a discricionariedade que cada magistrado poderia inferir à um apenado. A imposição do referido princípio encontra bom verso nas palavras da Ministra Laurita Vaz quando do julgamento do seguinte recurso:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA PENA-BASE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. OCORRÊNCIA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE DE RECONHECIMENTO. SÚMULA N.º 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MINORANTE DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INVIABILIDADE DE

¹³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 3ª Ed. São Paulo. Atlas, 2017.

INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FATO QUE, POR SI SÓ, DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 2. As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base. 3. Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, **bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada.**¹⁴ (*Grifo nosso*)

Ora, restando cristalina a variedade de princípios atinentes ao cálculo da pena imperiosa se torna a pergunta. O que, de fato, impedirá o membro do *Parquet* de não cumprir esses mandamentos? Se ao negociar um acordo de barganha o titular da ação penal atua com discricionariedade, sem parâmetros, nesse momento, a atuação ministerial já fere as normas processuais penais brasileiras.

2.5 Do princípio da reserva legal

O código penal brasileiro inaugura a ordem penalista já no primeiro artigo fazendo menção ao princípio da legalidade. Afirmando que não existe crime sem lei anterior que o defina. Também não existirá uma pena sem que haja prévia cominação legal.¹⁵ Dessa norma se extraem dois princípios basilares. O da legalidade e o da reserva legal.

Grande é a confusão causada pela mescla do princípio da legalidade com o princípio da reserva legal. Contudo a explicação doutrinária, analisada sob a ótica do direito penalista, é clara. Se o primeiro se refere à necessidade de haver uma previsão legal de um delito para justificar a imposição de uma pena. A segunda se refere ao

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Habeas Corpus. Nº 460.286 – SP.

¹⁵ BRASIL. CP (1940). Código Penal. Brasília, DF.

fato de que essa previsão deve ser dar única e exclusivamente por lei em sentido estrito. Afastando assim a possibilidade de medidas provisórias, por exemplo, estabelecerem condutas criminosas.

Da leitura dos dois princípios percebe-se que a intersecção mais latente dos dois é a sua finalidade. Qual seja, amenizar e limitar o poder punitivo estatal. O princípio da legalidade, nesse ponto também chamado de princípio da anterioridade, que está presente tanto no direito penal quanto no processual penal veda que o particular seja atacado com uma sentença condenatória de um crime que no momento de seu cometimento não estava disposto em nenhuma norma como uma conduta ilegal. O da reserva legal veda que um Presidente da República haja com poder absolutista sobre os outros poderes e estabeleça ele próprio, por meios ineficazes, como a medida provisória, a conduta que deseja reprimir.

Se torna evidente a necessidade de se proteger esses dois princípios na medida em que ambos consagram a própria finalidade do direito processual penal como instrumento garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Traremos à tona nesse capítulo a incompatibilidade do princípio da reserva legal com o instituto da barganha.

2.6 Da celeridade processual

Segundo dados oficiais, o processo penal no Brasil, em média, chega a durar 3 anos e 3 meses.¹⁶ Tal demora é flagrante sangramento ao imperativo da norma constitucional da celeridade. Ressalta-se que não se trata de uma norma constitucional qualquer. O direito subjetivo à celeridade¹⁷ na tramitação do processo, elencado no artigo 5º, alcança patamar de direito fundamental. O dado trazido traz à tona a discussão sobre se a Constituição vem sendo cumprida pela Justiça. O direito

¹⁶ CIEGLINSKI, Thaís. Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos. CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>. Acesso em: 9 de ago. de 2019.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF:

ao acesso tempestivo à justiça alcança patamar superior aos demais direito na medida em que o mesmo é o instrumento para a consecução dos demais direito quando violados.¹⁸ Na mesma esteira, no direito moderno, o acesso à justiça pode ser encarado como o direito humano mais importante e sua morosidade conduz à precariedade todos os demais direitos.¹⁹ Importante lembrar o entendimento também de Rui Barbosa, eminente jurista, que influencia o direito há mais de um século. O professor afirma, categoricamente, que a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.²⁰

Percebe-se o elevado patamar que esse princípio alcançou no direito contemporâneo. Contudo, o tema é um dos de maiores subjetividades no âmbito do direito. A celeridade não pode ser entendida com um prazo fixo. Há de se encontrar um meio termo entre a celeridade e o trâmite necessário e regular. Oportuno se faz lembrar a afirmação do sofista Aristóteles que afirmava que a virtude era o meio termo entre os vícios.

Até a emenda constitucional n.º 45, editada em 2004. Emenda esta que reformou o judiciário brasileiro. Tinha-se esse direito como um direito implícito na Carta Magna. Porém, o legislador, de certo modo entendendo que esse direito não vinha sendo observado elencou a celeridade como um direito explícito. Contudo, o poder judiciário, por meio de vários fatores, ainda se mostra lento e moroso.

Essa morosidade, sem dúvida é um dos maiores argumentos a favor da implementação da barganha no direito processual penal brasileiro. É louvável a atitude do legislador na busca da efetivação da celeridade. Contudo, não deve ser essa a principal preocupação da justiça. Sobre o tema, bem meditou Nucci, *in verbis*:²¹

É nítida a preocupação do legislador com a celeridade da Justiça, tudo para fazer valer o direito individual, supramencionado, assegurando a “razoável duração do processo” e com “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Aliás, até mesmo na avaliação da duração da prisão cautelar os tribunais têm alterado o seu entendimento e exigido dos magistrados de primeiro grau maior preocupação com o trâmite rápido dos feitos, pois, se assim não ocorrer, torna-se preferível determinar a libertação

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. 1ª Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰ BARBOSA, R., *Oração aos Moços*. São Paulo, 1921

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 17. ed. – São Paulo: Editora Forense, 2017.

do acusado. Não pode implicar, no entanto, em nenhuma hipótese, a restrição ao direito da parte de produzir prova e buscar a verdade real.

Depreende-se da leitura do respeitado doutrinador que a celeridade não pode ser instrumento que agrida a busca pela verdade real. Como no instituto a fase probatória é altamente minada não há que se falar em busca pela verdade real. Restando pacífico que a barganha deixa de cumprir o necessário tramite regular do processo penal. Violando fortemente a ampla defesa e a busca pela verdade real. Buscando socorro na doutrina do eminente Jurista Celso Antônio Bandeira de Mello os princípios são mandamentos nucleares e sua violação é muito mais danosa que a violação de uma norma específica.²²

Restando, portanto pacífico, que o instituto agride e sufoca os mandamentos principiologicos do processo penal pátrio. Devendo sua aplicação ser afastada. A sabedoria popular já sabe que nem toda refeição que é preparada de forma rápida é mais saudável. O que se está propondo, ao aplicar a barganha no processo penal. É um verdadeiro *fast food* processual. Mais barato, mais rápido, mas certamente menos saudável.

2.3 Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios de mais alto grau no ordenamento pátrio. Mundo afora esse princípio serve como base para evitar erros cometidos no passado da humanidade. Para tanto, se encontra positivado em diversos documentos de organismos internacionais, constituições, leis e decisões.²³

²²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

²³ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_textobase_11dez2010.pdf. Acesso em: 27 de set. 2019.

Eminentemente filosófico e de cunho moral, esse princípio fatalmente é de difícil aplicação prática. Traz uma integração entre a ordem moral e ética ao direito posto.²⁴

O instituto da barganha traz um verdadeiro jogo de baralho ao direito processual penal. Envolvendo as artimanhas de jogos populares, como o blefe, isto é, fazer o oponente acreditar que você tem controle do jogo quando não tem. Sendo inevitável o questionamento: o que o acusado, que já está vulnerável, tem a ganhar em sua ordem psíquica quando inserido em um jogo penal?

A teoria dos jogos é uma espécie de instrumento matemático, ou econômico, que visa estudar o comportamento de determinados agentes levando-se em conta as vantagens e desvantagens que o agente tem se tomar um caminho ou outro dentro do universo de possibilidades possíveis. Tal teoria, que tem como pai o economista John Nash, é válida e respeitada em diversos outros ramos do saber. Contudo, a barganha, que é essencialmente a aplicação dessa teoria no direito, faz surgir o questionamento se é interessante ou não trazer esse tema para o ramo penalista.

Antes de tudo, se o direito penal foi encarado como um jogo qualquer é preciso que se apague os dizeres da Constituição da República e o Pacto de San José. Pois o direito penal é *ultima ratio*. Isto é, o último instrumento que o Estado deve lançar para solucionar conflitos. Deve ser plenamente tutelado. Pois envolve um dos mais altos valores que o Estado democrático de direito deve observar que é a liberdade. Ao tutelar a liberdade o estado deve ser garantidor desse inestimável bem jurídico.

Nesse diapasão, a busca da verdade real e da produção probatória se torna indispensável para que alguém perca seu direito à liberdade. O processo penal não pode funcionar como um jogo de pôquer em que o jogador aposta na melhor jogada de acordo com o que ele possui no momento. Fere a dignidade do acusado fazer com que o mesmo pense em seu futuro na prisão sendo decidido com a capacidade de negociação de seu defensor e do promotor natural. É evidente que o processo penal passará de um estudo profundo do direito para um estudo de técnicas de persuasão e negociação avançadas. O melhor advogado não será aquele que melhor conhece a lei mas sim o que se arrisca e obtém sucesso. Contudo, é importante ressaltar que no caso as fichas não são do advogado. Mas sim do acusado que dependerá altamente

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

da capacidade persuasiva do membro do parquet e seu advogado. Sendo invadido ferozmente em sua paz e ordem psíquica.

Considerações Finais

Ante o exposto, é perceptível a tendência de expansão da justiça negociada no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, tal expansão deveria ocorrer nos ramos do direito que não envolvam o bem jurídico da liberdade do acusado. Não pode o processo penal, com suas regras próprias, receber tão facilmente uma proposta de negociação entre o *parquet* e os acusados em geral. Trazer para a discussão o argumento da economicidade fere gravemente a busca pela verdade real e o zelo por esse princípio que devem os aplicadores do direito penal guardar.

No que é possível negociar no direito processual penal já existem institutos no direito pátrio. Abrir a negociação como regra não trará avanço ao ordenamento pátrio. Os efeitos que o instituto do *plea bargain* podem trazer para a sociedade brasileira seriam desastrosos. O instituto, bastante aplicado nos Estados Unidos, chega a representar 97% das formas de resoluções de conflitos penais. Para que ocorra a inserção da barganha no processo penal brasileiro há necessidade de complexa discussão acadêmica. O que não foi feito até o presente momento. Portanto, não foram sugeridos meios de resguardar os valiosos princípios do processo penal, dentre eles o acesso à ampla defesa e perfeita individualização da pena. A busca pela celeridade e economicidade fazem com tais propostas sejam tidas como boas. Contudo, por uma breve reflexão acerca do instituto é possível constatar que há afronta aos custosos princípios do processo penal. Sem fazer a separação do órgão acusador com o julgador estaremos nos aproximando do direito como era na época absolutista. Aproximando o direito processual penal do conceito de *fastfood*. Bastante palatável mas nada saudável.

A rápida propositura do instituto não é o caminho mais plausível e pode resultar em desastrosos resultados. É preciso discutir com todos os membros de um processo e suas entidade de representação antes da sua aprovação. Os impactos que podem ser gerados podem mudar os destino do ordenamento pátrio para sempre.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review**, vol. 36, p. 50-112, 1968.

BARBOSA, R., **Oração aos Moços**. São Paulo, 1921

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF.

BRASIL. CPP (1941). **Código de Processo Penal**. Brasília, DF.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão**. Lei n. 9.099, de 26.9.95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**, vol I. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

COSTA RICA. CADH (1969). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos

GRINOVER, Ada Pellegrini; CAPPELLETTI, Mauro. **Novas Tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitaria, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. **Juizados Especiais Criminais**. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal – Volume único**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 17. ed. – São Paulo: Editora Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3ª Ed. São Paulo. Atlas, 2017.

SOARES, Carlos Henrique. **Duração Razoável do Processo e sua Aplicação no Novo Código de Processo Civil**. 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/duracao-razoavel-doprocesso-e-sua-aplicacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 04 jul. 2017.