



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

**O INSTITUTO DA BARGANHA E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIOECONÔMICAS
DA EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL**

VITÓRIA VIRGÍNIA DA SILVA

Prof.^a Dr.^a MANUELA ABATH VALENÇA
(Orientadora)

Recife
2018

VITÓRIA VIRGÍNIA DA SILVA

**O INSTITUTO DA BARGANHA E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS E SOCIOECONÔMICAS
DA EXPANSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.

Áreas de conhecimento: Criminologia, Direito Penal, Direito Processual Penal e Política Criminal.

Agradecimentos:

Aos meus pais, que me dão todo o suporte necessário e são responsáveis pelas condições que me permitiram chegar até aqui.

À minha irmã mais velha, que escolheu o Direito para si antes de mim e me abriu caminhos, além de incentivar meu pensamento crítico.

Aos meus amigos, em especial os que compartilharam da minha jornada na Faculdade de Direito do Recife, e que, ao longo do curso, foram essenciais para a evolução crítica que me permitiu escrever este trabalho.

Ao meu melhor amigo, que esteve ao meu lado desde a concepção do tema até o depósito do trabalho, me auxiliando e me incentivando.

À minha orientadora, que inspirou o tema da presente monografia em uma de suas brilhantes exposições como professora na FDR.

A todos os companheiros e companheiras de luta, que sonham com um Direito Penal e Processual Penal menos racista, elitista e desumano.

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as causas e as consequências da expansão da justiça negocial no Brasil e no mundo, dando-se maior destaque ao instituto da barganha, tendo em vista sua eminente introdução no processo penal brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 156/2009, já aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, onde encontra-se em trâmite como o Projeto de Lei nº 8045/2010. Propõe-se, deste modo, a identificar os benefícios e malefícios trazidos pela barganha nos ordenamentos jurídicos em que ela já foi implementada, com especial atenção para o *plea bargaining* estadunidense, por sua notoriedade, e a verificar quais serão as consequências processuais da implementação deste instituto no ordenamento jurídico nacional, bem como as repercussões socioeconômicas da introdução da barganha na realidade brasileira, com enfoque no perfil do réu brasileiro, efetivo destinatário da barganha, e na precariedade estrutural da Defensoria Pública, órgão responsável pela defesa de grande parte dos acusados no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: Justiça negocial. Instituto da barganha. *Plea bargaining*. Defensoria Pública. Ministério Público. Processo penal. Perfil do réu brasileiro.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1 – A BARGANHA E O AVANÇO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL	9
1.1 O instituto da barganha e o modelo proposto pelo Projeto de Lei 156 de 2009	9
1.2 Avanço da justiça negocial no Brasil: os modelos já existentes	15
CAPÍTULO 2 – AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA BARGANHA E OS CONFLITOS DO INSTITUTO COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	24
2.1 O discurso da necessidade da barganha como instrumento de celeridade e a demonstração do excesso de intervencionismo penal na sociedade brasileira	24
2.2 A barganha como volta ao sistema inquisitivo: as consequências processuais da aceitação da confissão como prova única, da presunção de culpa e do desrespeito aos princípios constitucionais do processo penal.....	29
CAPÍTULO 3 – BARGANHA NO BRASIL: AS PROBLEMÁTICAS SOCIOECONÔMICAS DA INTRODUÇÃO DO INSTITUTO NA REALIDADE BRASILEIRA.....	35
3.1 As partes negociantes na barganha: o perfil do réu brasileiro e a hipervalorização do Ministério Público.....	35
3.2 A situação da Defensoria Pública no Brasil e o problema da defesa na barganha	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

É inegável a mudança cultural que as mais recentes inovações, em especial as tecnológicas, trouxeram para a humanidade. Com a permanente mutação da sociedade contemporânea, há agora um novo conceito de espaço-tempo sob o império da tecnologia e da velocidade¹. A ordem atualmente é de rapidez e sintetização, e não poderia ser diferente a expectativa imposta ao processo judicial. Ocorre que, especialmente no processo penal, os riscos são grandes na busca pela celeridade, e, como diz o ditado popular, “a pressa é inimiga da perfeição”.

No Brasil, a esperança de celeridade foi inicialmente apresentada na forma da Lei 9.099/1995, que, ao regular os juizados especiais criminais, inaugurou os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, as primeiras formas concretas de justiça consensual no processo penal brasileiro. Tais institutos têm essência comum: a aceitação por parte do acusado de cumprir obrigações a ele atribuídas em função do acordo e a renúncia ao seu direito de defesa, atitudes estas “premiadas” pela acusação com algum benefício no processo².

Na sequência, também buscando proporcionar maior rapidez e efetividade às investigações policiais e, conseqüentemente, ao processo judicial, foi instituída a delação premiada, regulamentada através da Lei 12.850/2013. A recente adição do instituto ao grupo de modelos consensuais demonstra avanço notável da justiça negocial no Brasil.

Atualmente, considera-se dar passo ainda maior na expansão da justiça negocial: o Projeto de Lei nº 156/2009, aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, onde encontra-se em trâmite como o Projeto de Lei nº 8045/2010, pretende reformar integralmente o Código de Processo Penal e traz, sob a denominação “procedimento sumário”, instituto que dá ao Ministério Público a opção

¹ WUNDERLICH, Alexandre. **Sociedade de Consumo e Globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re) afirmação dos direitos humanos.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Diálogos Sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. P. 8.

² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2015. P. 110.

de negociar com o acusado em caso de crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos³, figura em muito semelhante ao *plea bargaining* estadunidense.

Ademais, foi recentemente aprovada a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017⁴, que traz, em seu capítulo VII, a figura do “acordo de não-persecução penal”, aplicável para crimes cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos e que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, devendo o acusado confessar a prática e cumprir as disposições do acordo para que a investigação a cargo do Ministério Público seja arquivada. A Resolução é, atualmente, objeto da ADI nº 5790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, e da ADI nº 5793, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo sua efetivação objeto de grande e atual debate, inclusive com alguns Ministérios Públicos Estaduais recusando-se a aplicar não só o acordo, mas a Resolução como um todo.

Com as novas propostas, é justificável a preocupação com as consequências que o instituto da barganha trará para o processo penal brasileiro. Explica-se: sob a expressão “barganha” reúnem-se diversos ideais de sistemas nos quais se valoriza a negociação a respeito da imputação feita ao indivíduo suspeito de ter cometido uma infração penal e a penalidade a ele aplicada. O instituto, nas várias formas em que se apresenta, em diversos países, busca relativizar o princípio da obrigatoriedade, que prevê a persecução de todos os ilícitos penais de que as autoridades públicas tomem conhecimento⁵.

Há, atualmente, uma tendência mundial de ampliação dos modelos de justiça negocial. Países como Estados Unidos, Alemanha, França e Itália trazem, cada um ao seu modo, institutos que preveem negociação entre o órgão acusatório e o réu. A maior inspiração, em razão de sua solidez, é o modelo norte-americano, no qual a

³ Cf. Comissão temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. **Parecer nº 1.636, de 2010 - Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>>. Acesso em 10/11/2017

⁴ Cf. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 03/05/2018.

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Op cit.** P. 46.

plea bargaining chegou a fazer com que, no ano de 2015, 97.1%⁶ dos réus na justiça federal daquele país confessassem a prática dos delitos dos quais foram acusados.

Em geral, a confissão é parte de um acordo feito entre o representante do órgão acusatório e o réu, no qual é negociada uma redução da pena que seria imposta ao último. Contudo, diversos motivos – tais quais o óbvio desequilíbrio entre as partes envolvidas, os interesses pessoais de promotores, juízes e advogados de defesa, determinantes na obtenção de um acordo, e a cultura do *plea bargaining* que se enraizou naquele país – impossibilitam que haja verdadeira negociação entre as partes envolvidas, situação que acaba por gerar uma espécie de *reboot* do terrível modelo inquisitivo, no qual o réu é pressionado, por todos os lados, a aceitar o acordo oferecido, já que, se não o fizer, sofrerá com a imposição de uma pena mais gravosa.

Ademais, os princípios basilares do processo penal de nosso país, bem como a realidade socioeconômica brasileira, são incompatíveis com o instituto da barganha e o modelo que se pretende introduzir. O baixo nível de instrução escolar da maioria dos réus⁷, aliado à precariedade estrutural da Defensoria Pública⁸, que proporcionará a defesa técnica de grande parte daqueles, impossibilita o equilíbrio entre réu e promotor, tornando previsível a ausência de real negociação no âmbito da Justiça criminal brasileira com a instituição da barganha. É provável que haja, com a ampliação dos modelos de justiça consensual, tão somente um deslocamento de poderes do juiz para o promotor, o que fere gravemente os princípios constitucionais do processo penal democrático.

A introdução do instituto da barganha no Brasil é questão atual e de grande pertinência, pois traz grande risco aos procedimentos democráticos consagrados no

⁶ United States Sentencing Commission, **2015 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics**, Figure C. Disponível em <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2015/FigureC.pdf>>. Acesso em 10/11/2017.

⁷ O nível de instrução escolar dos réus brasileiros será melhor analisado em tópico próprio. Porém, note, desde já, que, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, cuja última atualização foi publicada em 08/12/2017, 51% da população carcerária brasileira tem o ensino fundamental incompleto. Cf. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 05/02/2018. P. 33.

⁸ A questão da precariedade estrutural da Defensoria Pública será esmiuçada em tópico próprio. Por hora, insta ressaltar que, de acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, no ano de 2014, as Defensorias Públicas Estaduais estiveram presentes em, aproximadamente, 13% das unidades jurisdicionais do país. Cf. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em 10/11/2017. P. 61

processo penal brasileiro, ao relativizar os princípios do contraditório e da ampla defesa. O instituto remonta, ademais, ao tenebroso sistema inquisitivo, ao elevar a confissão à posição de única prova necessária para a condenação e trazer uma espécie de presunção de culpa do acusado.

Por tais motivos, pretende-se, ao longo deste trabalho, fazer espécie de análise prévia das consequências da implementação da barganha na Justiça criminal brasileira. Serão analisadas informações sobre a situação de países que já institucionalizaram alguma forma de justiça negocial, bem como as origens e o formato do instituto da barganha que se pretende introduzir no ordenamento jurídico do Brasil. Também serão levantadas questões referentes ao impacto da Justiça negocial na realidade socioeconômica brasileira, analisando a situação dos réus aos quais seria oferecida a barganha e sua possibilidade de negociação consciente frente à proposta, levando em conta fatores como a situação precária da Defensoria Pública no país e o quanto isto poderá afetar os réus por ela representados.

CAPÍTULO 1 – A BARGANHA E O AVANÇO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL

1.1 O instituto da barganha e o modelo proposto pelo Projeto de Lei 156 de 2009

Julio B. J. Maier, em seu texto “Entre la Inquisición y la Composición” desenha dois sistemas distintos de persecução penal. O que o autor chama de *Inquisición* seria o sistema no qual o Estado toma as rédeas do conflito, tirando-o de seus protagonistas de carne e osso, enquanto ameaça quem é considerado culpado com o exercício da força – representada pela pena estatal, máxima expressão do poder coercitivo do Estado –, além de buscar a solução do conflito diretamente, com sua própria força de trabalho, sem atenção ao interesse das partes⁹.

Por outro lado, a *Composición* seria o sistema segundo o qual os protagonistas do conflito arbitram, em princípio, sua solução; sistema em que a vontade das partes, separada ou conjuntamente, governa o conflito. É de acordo com o segundo modelo, de inclinação democrática frente ao autoritarismo do primeiro, que são resolvidos a maioria dos conflitos do Direito Privado, nos quais a autoridade do Estado funciona supletivamente, apenas impondo a solução legal, inclusive sancionatória, quando, para manter a paz social, diante da impossibilidade de acordo entre as partes em conflito, não restar outra alternativa¹⁰.

No segundo modelo citado, que leva em conta os interesses concretos que geraram o caso, são buscadas formas de resolução como conciliação, composição ofendido-ofensor e reparação integral do dano, na expectativa de que alguma de tais opções harmonize os interesses em conflito. É notável, contudo, a grande chance de fracasso de tais medidas, diante da frequente necessidade de aplicação da punição estatal¹¹.

Pela história das organizações sociais, observa-se que sempre existiu uma tensão entre os sistemas indicados, que coexistiam apesar da predominância de um sobre o outro, o que fazia com que o sistema não-predominante ficasse quase que completamente deslocado¹². Até mesmo no Direito Romano coexistiam os *delicta*

⁹ MAIER, Julio B. J. **Entre la Inquisición y la Composición**. In: Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Vol. 2. Ediciones de la Castilla-La Mancha [Salamanca]: Universidad de Salamanca, 2001. P. 802.

¹⁰ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹¹ *Ibidem*, P. 806.

¹² *Ibidem*, P. 803.

privata ao lado dos *delicta publica*, e ambas as categorias subsistiram ao final do Império, quando teve início, de forma incipiente, a persecução penal pública ou oficial dos crimes, conforme postulado atualmente¹³.

Apesar disso, a persecução penal pública dos crimes sofreu diversas mudanças ao longo do tempo, e atualmente não é exagero afirmar que o processo penal, em sua versão completa, está em declínio. É notável nos dias atuais a expansão de uma nova tendência, que busca o afastamento das questões criminais dos tribunais ou pelo menos a sua mutação para uma espécie de ofensa mais leve que permita algum tipo de procedimento sumário, e, quando isto não é possível, várias medidas são utilizadas para recompensar réus que cooperem voluntariamente com as autoridades¹⁴.

Em outros tempos, a mais marcante cooperação entre autoridades e acusados se dava com a admissão de crimes pelos réus com a mera expectativa de um tratamento mais leniente; mas há agora um novo modelo, marcado pela oferta de concessões aos acusados pelas autoridades, com o objetivo de chegar a um ato de autocondenação que permita evitar o processo judicial completo, ou facilitá-lo¹⁵.

Há uma dicotomia que precisa ser esclarecida para se compreender a atual derrocada do processo penal em sua forma completa: a que se dá entre os princípios da legalidade e da oportunidade, que regem o exercício do órgão acusatório no processo – no nosso caso, o Ministério Público.

Vinícius Vasconcellos, em sua brilhante tese de mestrado sobre Barganha e Justiça Criminal Negocial, nota que para a doutrina majoritária existe uma obrigação de se dar início ao processo penal sempre que for constatada a ocorrência de uma conduta criminosa, de modo que o princípio da legalidade corresponderia à obrigatoriedade da persecução punitiva pelo órgão acusatório, exemplificada inclusive pelas proibições de desistência, retratação e perdão ao acusado pelo Ministério Público¹⁶.

O princípio da oportunidade, por sua vez, traz a ideia de discricionariedade para o titular da ação penal, que decidiria, com base em critérios subjetivos, entre as

¹³ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹⁴ DAMASKA, Mirjan. **Negotiated Justice in International Criminal Courts**. In: *Journal of International Criminal Justice* 2. Oxford University Press, 2004. P. 1019.

¹⁵ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op cit.* P. 36-37.

diversas vias admitidas em lei¹⁷. Assim, enquanto o princípio da legalidade buscava a persecução penal de todos os delitos perpetrados e fixava o dever dos agentes estatais de agir diante da *notitia criminis*, o princípio da oportunidade nasceu em meio à busca de uma solução para a supersaturação de casos processados¹⁸.

Surgiram então as opções dos sistemas de abreviação do rito penal, que conduzem a negociações sobre a pena – cita-se como exemplo o modelo italiano, em que o instituto do *patteggiamento* permite a aplicação das penas por requisição das partes, tornando-se o acordo um direito subjetivo do réu, de modo que o Ministério Público precisa explicar seus motivos em caso de recusa da oferta e, entendendo-a injustificada, o juiz pode garantir a redução solicitada pelo acusado, ou até mesmo absolvê-lo, ao fim do procedimento ordinário¹⁹ – e em seguida à tentativa de substituir o sistema penal, ao menos parcialmente, ou diminuir sua aplicação, buscando outras soluções para alguns casos, diante da impossibilidade fática de persecução pelo Estado de todos os conflitos penais²⁰.

A conclusão a que se pode chegar é que o princípio da autonomia da vontade, central no Direito Privado, parece haver ingressado no Direito Penal para ocupar alguma posição, que não foi, todavia, determinada, o que faz alguns visualizarem a situação como uma tendência de privatização do Direito Penal²¹.

Tal desenvolvimento histórico levou diversos sistemas penais à busca por mecanismos de abreviação, sendo um deles o denominado instituto da barganha, foco central do presente trabalho. Para Vinícius Vasconcellos, a barganha é:

[...] o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação – e possível colaboração – do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício – em regra, redução de pena –, negociado e pactuado entre as partes, ou somente esperado pelo acusado²².

¹⁷ *Ibidem*, P. 38.

¹⁸ MAIER, Julio B. J. *Op cit.* P. 809-811.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de.; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281229305_BARGANHA_NO_PROCESSO_PENAL_ITALIANO_ANALISE_CRITICA_DO_PATTEGGIAMENTO_E_DAS_ALTERNATIVAS_PRO_CEDIMENTAIS_NA_JUSTICA_CRIMINAL>. Acesso em 27/03/2018. P. 446.

²⁰ MAIER, Julio B. J. *Op cit.* P. 809-811.

²¹ *Ibidem*, P. 812.

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op cit.* P. 68.

Em âmbito brasileiro, a implementação da barganha vem sendo há muito discutida. No âmbito da Proposta de Emenda à Constituição 230/00, foi sugerida a adição de nova atribuição do Ministério Público ao rol do art. 129, qual seja:

X – Negociar a pena de indiciados em Inquérito Policial e/ou denunciados em ações penais em curso, podendo fazer acordo, transigir, desistir da ação penal, conceder imunidade para que estes confessem detalhes de crimes, apontem cúmplices, desde que preenchidos os requisitos a serem estabelecidos em Lei Complementar²³

A PEC a que se refere buscava, optando pelo já referido princípio da oportunidade em detrimento do princípio da obrigatoriedade, implementar um instituto em muito semelhante ao *plea bargaining* estadunidense, justificando tal adição com a suposta necessidade de criação de mecanismos que pudessem tornar mais ágeis e eficazes as punições estatais, com vistas a coibir as práticas criminosas que estariam gerando uma “crescente onda de violência”²⁴. A Proposta foi, contudo, arquivada no ano de 2008.

Por sua vez, no Projeto de Lei 156/2009, que pretende reformar integralmente o Código de Processo Penal e que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 8045/2010, após ter sido aprovado pelo Senado Federal, é trazido, sob a denominação “procedimento sumário”, instituto que permite uma forma de barganha.

No art. 269 do projeto de lei, que trata das disposições gerais dos procedimentos, é afirmado que “o procedimento será comum ou especial, aplicável ao Tribunal do Júri e aos tribunais” e, logo em seguida, o §1º, em seu inciso II, afirma que o procedimento comum será sumário “quando no processo se apurar crime cuja sanção máxima não ultrapasse 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade”.

Na sequência, o art. 283 detalha o procedimento sumário e afirma que, até a audiência de instrução, “cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena

²³ Cf. Câmara dos Deputados. **PEC 230/2000 - Proposta de Emenda à Constituição**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14581>>. Acesso em 25/02/2018.

²⁴ A justificativa se dá nos seguintes termos: “A crescente onda de violência por que passa o nosso país, assim como o aumento do número de casos relacionados ao crime organizado e à corrupção no âmbito da estrutura do Estado, passou a exigir deste mesmo Estado a criação de mecanismos que possam tornar mais ágeis e eficazes as medidas punitivas visando a coibir ditas práticas, alcançando os seus maiores responsáveis que, via de regra, fazem uso de terceiros para alcançar o seu intento criminoso”. Cf. *Ibidem*.

nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos”. O §1º do artigo traz os requisitos do acordo: “a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória”; “o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena [...]”; e “a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas”.

Os demais parágrafos afirmam que: poderão ser aplicadas, quando couberem, a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão condicional da pena (§2º); mediante requerimento das partes, a pena aplicada no procedimento sumário poderá ser diminuída em até um terço do mínimo legal, de acordo com as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime (§3º), o que não se aplica se incidir no caso concreto outra causa de diminuição da pena, ressalvada a hipótese de crime tentado (§4º).

Ademais: se for aplicada pena de multa, esta também deverá ser no mínimo legal, com o valor constando do acordo (§5º); o acusado ficará isento das despesas e custas processuais (§6º); o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos quando da aplicação da pena na forma do procedimento sumário e na homologação do acordo (§7º), que, para todos os efeitos, é considerada sentença condenatória (§8º); e se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, deverá ser desentranhado dos autos, restando proibidas as partes e o juiz de fazerem quaisquer referências aos termos e condições pactuados (§9º). O art. 284, por sua vez, afirma que caso não haja acordo entre acusação e defesa, o procedimento será prosseguido na forma do rito ordinário.

Em análise do PL 156/2009 feita pelo Comitê de análise do projeto de novo CPP junto à Comissão de Acompanhamento Legislativo do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça – CNPG, diversas críticas foram feitas ao texto final do referido projeto. No que diz respeito ao procedimento sumário, é afirmado que a aplicação imediata da pena proposta não equivale à transação, pois se trata de verdadeira condenação²⁵.

²⁵ Comitê de análise do projeto de novo CPP. **Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o Novo Código de Processo Penal.** Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>. Acesso em 27/03/2018. P. 57.

Outra crítica pertinente trazida pelo Comitê é a da falta de esclarecimento no projeto de lei sobre o envolvimento ou não do juiz na concretização do acordo²⁶, ponto de extrema importância, tendo em vista o grave risco de se ter um juiz participando da negociação de um acordo no qual o réu se propõe a confessar a prática de um crime, especialmente quando se leva em conta que este acordo pode não ser homologado. Na segunda hipótese, poderia ocorrer a situação absurda de o réu vir a ser julgado pelo juiz que o assistiu confessar ou se propor a confessar o crime então em julgamento. Por isso, a atuação direta do juiz na negociação viola a sua imparcialidade e a presunção de inocência do acusado, além de majorar o poder de coerção estatal para pressionar o acusado à realização da barganha²⁷.

Também podem ser apontadas diversas outras problemáticas que serão trazidas à tona caso o projeto de lei seja aprovado com o texto remetido à Câmara, tendo em vista suas falhas: questionamentos acerca da consideração do acordo como um direito do acusado ou não; sobre o procedimento e a publicidade das negociações entre acusação e defesa; sobre o momento do acordo e a possibilidade de sua retratação; sobre a homologação judicial do acordo e a possibilidade de absolvição do réu; e também sobre o direito a recurso da condenação²⁸.

Vinícius Vasconcellos, ao comentar sobre as citadas problemáticas, atenta para a questão da arbitrariedade vislumbrada em uma recusa injustificada do Ministério Público em propor o acordo, o que não ocorreria no anteriormente citado *patteggiamento* italiano, por exemplo, já que nele o juiz pode interceder em favor do réu ao entender injustificada a recusa da acusação²⁹. Também é preciso cuidado com a publicidade dos atos que envolvem a barganha, para que sejam evitados acordos informais e coações indevidas, questões para as quais o PL 156/2009 não atenta³⁰.

Verificados os pormenores envolvendo o instituto da barganha e o seu formato de aplicação no Brasil, passemos a analisar as formas já existentes de justiça negocial em nosso país, para podermos compreender melhor o espaço que a barganha ocupará no processo penal brasileiro caso o procedimento sumário passe a integrá-lo.

²⁶ *Ibidem*, *Loc cit.*

²⁷ VASCONCELLOS, Vinícius. *Op cit.* P. 138.

²⁸ *Ibidem*, P. 134.

²⁹ *Ibidem*, P. 135-136.

³⁰ *Ibidem*, *Loc cit.*

1.2 Avanço da justiça negocial no Brasil: os modelos já existentes

Em virtude do que Rodrigo Ghringhelli chama de “crise do Estado moderno”, fortemente marcada pelo aumento da influência da lógica capitalista de busca pela maximização do lucro e globalização da produção, diversas mudanças sociais ocorreram ao longo do século XX, e tais mudanças acabaram por “enfraquecer os mecanismos de controle comunitário sobre os comportamentos”³¹. Assim, cresce o sentimento social de desordem e a opinião pública passa cada vez mais a exigir do Poder Judiciário a restauração da ordem, imputando ao sistema penal a resolução até mesmo de conflitos privados³².

Devido à necessidade de resposta ao crescente número de conflitos, a partir dos anos 70, a sociedade em geral passa a buscar formas alternativas de resolução de litígios. Tem início, então, um movimento de informalização dos procedimentos judiciais, que busca reduzir a complexidade e a demanda por controle social formal na sociedade³³. Passam a ser consideradas novas formas de lesão aos bens jurídicos, na medida em que os bens jurídicos coletivos e difusos, como o meio ambiente e as relações de consumo, passam a receber tutela penal³⁴. Tal situação cria uma sensação coletiva de insuficiência na resposta estatal, fazendo com que os Estados passem a adotar políticas criminais voltadas para a expansão penal, tipificando novos delitos e dando maior atenção a comportamentos antes não tão veementemente reprimidos.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, é seguida a mesma direção: a previsão dos Juizados Especiais Criminais, efetivamente regulamentados pela Lei Federal nº 9.099, de setembro de 1995, pretendia abreviar o procedimento penal nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, informalizando o processo com o objetivo de torná-lo mais eficaz e menos oneroso. Até a edição da referida Lei, as contravenções penais e os delitos punidos com pena de detenção eram processados por meio do denominado Processo Sumário, que trazia poucas

³¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. **Conciliar ou Punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea**. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002. P. 38-39.

³² *Ibidem*, *Loc cit*.

³³ *Ibidem*, P. 65-66.

³⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial**. In: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n.1, 2016. P. 377.

diferenças em relação ao Processo Ordinário: alguns prazos eram reduzidos e alguns momentos processuais eram abreviados. A estrutura básica do processo, contudo, era a mesma, passando por inquérito policial, denúncia do Ministério Público, interrogatório do réu, defesa prévia, audiência de instrução, debates orais e julgamento³⁵.

A Lei 9.099, por sua vez, trouxe três institutos que detêm um elemento em comum, qual seja, a concordância do réu em aceitar a acusação e, deste modo, consentir com a realização de obrigações acordadas com a promotoria³⁶. O primeiro destes institutos é a composição civil, prevista nos artigos 72 a 74 do referido diploma legislativo. Por meio deste instituto, haverá uma tentativa de acordo entre a vítima e o acusado, através de diálogo que deve ser intermediado por juiz ou conciliador, presentes os advogados de ambas as partes. A tentativa de composição civil deve ocorrer no primeiro momento da audiência preliminar do procedimento, ou no início da audiência de instrução e julgamento, e, caso o acordo seja alcançado, seu termo deverá ser homologado por juiz togado, mediante sentença irrecorrível, que representará renúncia ao direito de queixa ou de representação da vítima, extinguindo-se a punibilidade do acusado³⁷.

Em especial no instituto da composição civil, é característica marcante o amplo destaque dado à vítima, que participa do processo não apenas como denunciante e testemunha, mas como parte negociadora, tendo grande influência na decisão a respeito do rumo que tomará o processo.

Nesse sentido, cabe notar a crítica feita por Aury Lopes Jr. a respeito da maior participação da vítima no processo penal, que é, pelo menos em tese, proporcionada pelo procedimento da Lei 9.099/95. Para o autor, o processo tende, dessa forma, a ser contaminado por elevada carga de “vingança privada”³⁸. Ele ressalta ainda que admitir a cumulação de uma pretensão indenizatória desvirtua o processo penal, por transformá-lo em um caminho mais cômodo, econômico e eficiente para o ressarcimento financeiro, que deveria ser buscado através do processo civil³⁹.

³⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Op cit.* P. 68-69

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op cit.* P. 101-102.

³⁷ *Ibidem*, *Loc cit.*

³⁸ Lopes Jr., Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarentista.** In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Op cit.* P. 101.

³⁹ *Ibidem*, *Loc cit.*

O segundo instituto trazido pela Lei dos Juizados Especiais Criminais foi a suspensão condicional do processo. Tal procedimento, detalhado no art. 89 do referido diploma legislativo, proporciona a paralisação do processo judicial por período que pode variar de dois a quatro anos, e durante o qual o réu submeter-se-á a determinadas condições. A suspensão condicional só pode ser aplicada para crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, dentre outros requisitos. Cumpridas as exigências legais e judiciais durante o período determinado, a punibilidade do acusado será extinta.

O último instituto trazido pela Lei 9.099/95 é o que mais se assemelha ao modelo proposto pelo Projeto de Lei 156 de 2009: a transação penal, regulamentada no art. 76 da referida Lei. A transação permite a proposta de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”, para crimes de menor potencial ofensivo processados por ação penal pública incondicionada, ou mediante representação, desde que esta tenha sido feita. Há alguns requisitos para o uso do instituto, sendo um deles a proibição de que o agente tenha sido beneficiado com acordo de transação nos cinco anos anteriores. Quando aceita pelo réu e seu defensor, dispõe o §3º do art. 76 que a proposta de transação será submetida à apreciação do Juiz.

Note que o uso da transação penal não foi novidade no processo penal brasileiro, apenas a sua formalização: ressalta Geraldo Prado que a prática era relativamente comum, especialmente em locais menos populosos, apesar da clandestinidade que lhe permeava até a vigência da Lei dos Juizados Especiais⁴⁰. A regularização do instituto, por sua vez, traz, nas palavras de Maria Lúcia Karam, a “concretização antecipada do poder de punir”⁴¹.

Fazendo apanhado geral das mudanças trazidas pela Lei 9.099/95, Aury Lopes Jr. afirma que tal diploma legislativo veio na contramão dos movimentos da época: enquanto muitos defendiam a intervenção penal mínima, a Lei terminou por “ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social”⁴². O autor é incisivo em sua crítica à justiça negociada e

⁴⁰ PRADO, Geraldo. **A Transação Penal quinze anos depois.** Disponível em <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>>. Acesso em 14/02/2018. P. 3.

⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir.** *Apud*: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Op cit.** P. 103.

⁴² Lopes Jr., Aury. **Op cit.** P. 113.

aos Juizados Especiais Criminais, classificando-os como “verdadeiras expressões do movimento da lei e ordem, na medida em que contribuem para a banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor”⁴³.

Outro instituto polêmico, recentemente reintroduzido no processo penal brasileiro, é a delação premiada. Citada na Lei nº 8.072/90 – que em seu art. 8º, parágrafo único, afirma que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços” – e melhor regulamentada pela Lei nº 12.850/13, a delação premiada é modalidade do que alguns denominam “direito penal premial”, e consiste na oferta de prêmios aos acusados com o objetivo de, com sua cooperação, realizar o desmantelamento de organizações criminosas⁴⁴. A Lei nº 12.850/13 afirma, em seu art. 4º, que:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
 I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

As opiniões sobre o instituto são controvertidas, com parte da doutrina sustentando a impossibilidade de o Estado incentivar, através da delação premiada, uma postura antiética de traição, que consiste, às vezes, em qualificadora de crimes⁴⁵, o que faz gerar um sentimento de dois pesos, duas medidas.

A crítica mais veemente feita ao instituto diz respeito à clara demonstração de inaptidão do Estado que, ao buscar a cooperação de indivíduos que estão sob a

⁴³ *Ibidem*, P. 110.

⁴⁴ LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **O Acordo de Leniência e sua (in)compatibilidade com o Devido Processo Legal Substantivo**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129626/327605.pdf?sequence=1>>. Acesso em 14/04/2018. P. 41.

⁴⁵ NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 694.

coação de seu próprio poder punitivo, pretende eximir-se do seu dever de produzir provas lícitas suficientes para contrariar a presunção de inocência⁴⁶. A deficiência do sistema investigativo brasileiro levou a polícia e o Ministério Público a, atualmente, priorizarem o emprego da delação premiada como tática de persecução, o que favorece o acusador ao reduzir sua carga de trabalho e aumentar as chances de condenações com a ajuda dos delatores⁴⁷.

Em seu artigo “Estado Pós-democrático e Delação Premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil”, Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior descrevem a delação premiada como “instrumento capaz de potencializar a eficácia punitiva do Estado e, ao mesmo tempo, fornecer novos ingredientes ao processo penal transformado em espetáculo”⁴⁸.

No que os autores chamam de “processo penal do espetáculo”, os direitos e as garantias fundamentais passam a ser considerados obstáculos ao bom andamento do “roteiro desenvolvido para entreter maiorias de ocasião”⁴⁹. Nessas condições, o Estado convenientemente desconsidera o desvalor historicamente associado à figura do delator-traidor e incentiva o imputado a cooperar com a investigação, tornando a delação atitude festejada e fazendo desaparecer “qualquer resquício da superioridade ética que deveria distinguir o Estado do criminoso-delator”⁵⁰.

Finalmente, cabe citar ainda a mais recente movimentação na busca desmedida pela celeridade processual em detrimento das garantias fundamentais do processo penal: a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017⁵¹, que considerando “a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”, bem como “a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op cit.* P. 125-126.

⁴⁷ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Estado Pós-democrático e Delação Premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil.** Disponível em: <<http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/estado-pos-democratico-e-delacao-premiada.pdf>>. Acesso em 23/02/2018. P. 19.

⁴⁸ *Ibidem*, P. 10.

⁴⁹ *Ibidem*, *Loc cit.*

⁵⁰ *Ibidem*, *Loc cit.*

⁵¹ Cf. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** *Op cit.*

Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves [...]”, regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

A regulamentação feita pela Resolução se fez necessária a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727⁵², no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da investigação criminal feita pelo Ministério Público, mas ressaltou a precariedade da proteção das garantias básicas no curso da investigação feita pela instituição, regulamentada na época pela Resolução nº 13/2006. A Resolução que a sucedeu, contudo, além de regulamentar o procedimento investigatório, trouxe uma figura estranha à investigação criminal, que dá ao Ministério Público o poder de optar pelo não ajuizamento da ação penal pública: trata-se do “acordo de não-persecução penal”, constante do capítulo VII da Resolução nº 181, que, por sua vez, teve sua redação alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018⁵³.

Em seu art. 18, a Resolução nº 181 dispõe que:

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;

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.

⁵² Cf. STF. RE 593727 MG. Relator(a): Min. Cezar Peluso. DJ: 14/05/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em 03/05/2018.

⁵³ Cf. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em 03/05/2018.

Na sequência, é determinado que não se admitirá a proposta nos casos em que (§1º): for cabível a transação penal, nos termos da lei (I); o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local (II); o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95 (III); o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal (IV); o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340/06 (V); a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (VI).

Ademais, enquanto o §5º afirma que, caso o juiz considere o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, deverá devolver os autos ao Ministério Público para a sua implementação, o §6º afirma que, considerando incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, o juiz deverá remeter os autos ao Procurador-Geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, tendo este as possibilidades de: oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la (I); complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la (II); reformular a resposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado (III); manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição (IV).

O §7º determina que o acordo poderá ser celebrado já na audiência de custódia, enquanto os §9º e §10 estipulam que, descumprido o acordo, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer a denúncia, e que este descumprimento poderá ser utilizado também como justificativa para o eventual não oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. De acordo com o §11, por sua vez, cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação.

O debate sobre o acordo previsto na Resolução nº 181 é recente e intenso, tendo algumas Procuradorias-Gerais de Justiça se manifestado contrariamente à aplicação do instituto, resultando em forte posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público indicando a aplicação da medida⁵⁴. Tanto o Ministério Público do

⁵⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal**: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401/46266>>. Acesso em 03/05/2018. P. 241.

Rio de Janeiro quanto o de Minas Gerais fizeram recomendação a seus membros para que não firmassem acordos de não persecução até posterior deliberação, enquanto o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi mais incisivo ao se posicionar pela não aplicação integral da Resolução nº 181 até a decisão da Questão de Ordem nº 06/2017, defendendo a regulamentação do procedimento investigatório criminal pelo seu Conselho Superior⁵⁵. Na sequência, o Ministério Público do Ceará apresentou Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho, reportando a postura dos Ministérios Públicos citados, e requerendo o reconhecimento do imediato cumprimento da resolução nº 181, o que foi concedido por meio de liminar em 28 de setembro de 2017⁵⁶.

Contudo, não só o acordo de não persecução, mas toda a resolução nº 181 é objeto atualmente de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADI nº 5790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, e a ADI nº 5793, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que sustentam, como um dos argumentos, o fato de o Resolução nº 181 desrespeitar a competência exclusiva da União para legislar em matéria processual⁵⁷.

Não é o objetivo do presente trabalho discutir de forma exaustiva a constitucionalidade da Resolução citada. Insta ressaltar, contudo, o fato de a Constituição Federal determinar, em seu art. 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual, enquanto seu art. 24, inciso XI, afirma que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. O art. 130-A, §2º, por sua vez, dispõe sobre as competências do Conselho Nacional do Ministério Público, e em nenhum de seus incisos lhe dá a competência para criar um instituto como o do acordo de não persecução.

Sobre a Resolução nº 181, afirma Janaina Conceição Paschoal, advogada e Professora de Direito Penal na Universidade de São Paulo:

Essa Resolução está instituindo o “*Plea Bargaining*”, que além de não ser admitido no Brasil, foi rechaçado em recente discussão no Congresso Nacional. A leitura do artigo 18 mostra que para efetivar o novel acordo é necessário CONFESSAR, como se já não tivéssemos saído da era da confissão como rainha das provas; mais grave é o fato de o Ministério Público

⁵⁵ *Ibidem*, P. 243.

⁵⁶ *Ibidem*, *Loc cit.*

⁵⁷ *Ibidem*, P. 244.

se conferir o poder de aplicar pena (sem processo) e de acompanhar a própria execução.⁵⁸.

O acordo de não-persecução penal trazido pela Resolução comentada caracteriza novo instituto de justiça negocial, e, caso reconhecido como constitucional, representará novo e grande passo do Brasil na direção da contínua relativização de garantias fundamentais trazida por este tipo de instituto, conforme se demonstrará nos capítulos seguintes.

⁵⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Primeiras notas sobre a resolução 181/17 do CNMP: esqueceram que há Constituição Federal e leis no Brasil?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265066,51045-Janaina+Paschoal+critica+resolucao+que+amplia+poderes+do+MP+em>>. Acesso em 03/05/2018.

CAPÍTULO 2 – AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA BARGANHA E OS CONFLITOS DO INSTITUTO COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 O discurso da necessidade da barganha como instrumento de celeridade e a demonstração do excesso de intervencionismo penal na sociedade brasileira

Em brilhante exposição sobre o avanço da justiça negociada no cenário processual brasileiro, Aury Lopes Jr. afirma ser a *plea negotiation* “fruto de uma política de utilitarismo processual, em que se busca a máxima eficiência (antigarantista)”⁵⁹, observando, ainda, que “a ampliação do campo de atuação da justiça consensuada será desastrosa para o processo penal”⁶⁰.

Como já ressaltado no presente trabalho, não se pode deixar de visualizar a busca pela celeridade no processo penal como consequência direta da globalização e das mudanças sociais por ela trazidas. A nova palavra de ordem é eficiência, e esta é buscada também dentro da justiça criminal.

Ocorre que, conforme apontado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, eficiência não se confunde com efetividade: a primeira está ligada ao neoliberalismo vinculado ao discurso da globalização, buscando uma análise dos meios, enquanto a segunda pede por uma análise dos fins, fazendo com que o direito se torne um obstáculo “burocratizante” ao bom funcionamento do mercado⁶¹.

Na ideologia de mercado, o sistema penal, fiel representação da sociedade excludente, é igualmente excludente, de modo que o indivíduo não-consumidor, que não tem poder econômico para consumir, não é visto como cidadão e é colocado à margem, sendo inevitavelmente introduzido no sistema punitivo e tornando-se seu cliente favorito⁶². O modelo neoliberal vem trilhando um caminho para dentro do sistema penal por meio da política do *law and order*, do punitivismo, da necessidade de proteção do *homo economicus* como detentor e gerador de capital⁶³.

⁵⁹ Lopes Jr., Aury. *Op cit.* P. 99.

⁶⁰ *Ibidem*, P. 101.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 15/04/2018.

⁶² Lopes Jr., Aury. *Op cit.* P. 108.

⁶³ *Ibidem*, P. 110.

A ideia de que a barganha é necessária para que se efetive a punição aos criminosos, que, sem o instituto, ficarão impunes, não faz sentido porque parte de uma ideologia punitivista falida. As penas impostas no processo penal brasileiro, em especial a de prisão, não servem como elemento de prevenção, não reeducam e nem ressocializam; são eficientes tão somente na missão de estigmatizar o condenado, que sai da cadeia em situação ainda pior do que quando entrou⁶⁴. Lopes Jr. é incisivo, e, infelizmente, certo em sua crítica quando afirma que do discurso “re” das penas, só se efetivam a reincidência e a rejeição social, já que buscamos apenas punir e não educar, e queremos a punição feita em presídios, que, superlotados, são “verdadeiros mestrados profissionalizantes do crime”⁶⁵.

A busca pela celeridade processual em detrimento das garantias processuais remete ao que alguns denominam “direito penal do inimigo”, caracterizado pelo amplo adiantamento da punibilidade, pelas penas desproporcionalmente altas que são previstas para os crimes – inclusive sem que a antecipação da punição seja considerada para reduzi-las –, e pela relativização ou mesmo supressão das garantias processuais⁶⁶.

Sobre o assunto, insta ressaltar o pensamento de Silva Sánchez, que considera a existência de duas velocidades no direito penal: uma representada pelo direito penal “da prisão”, na qual seria necessário a manutenção rigorosa dos princípios político-criminais clássicos; e uma segunda velocidade para casos em que não seja cominada pena de prisão, mas de privação de direitos ou pecuniária, situações em que as garantias processuais poderiam ser flexibilizadas de forma proporcional à sanção cominada⁶⁷.

A consideração dos dois conceitos leva o autor a compreender o direito penal do inimigo como uma terceira velocidade do direito penal, nele coexistindo a pena de prisão e também a ampla relativização dos princípios político-criminais e das regras de imputação⁶⁸. O direito penal do inimigo é institucionalizado pela modernidade social

⁶⁴ *Ibidem*, P. 104.

⁶⁵ *Ibidem*, P. 105.

⁶⁶ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 67.

⁶⁷ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. P. 148.

⁶⁸ *Ibidem*, *Loc cit.*

sob o slogan da 'segurança interior' e de um 'estado de exceção' político como estandar jurídico-penal⁶⁹.

Vale ressaltar que o direito penal do inimigo precisa de um inimigo para chamar de seu. O novo perfil do direito penal é responsável por identificar não apenas um determinado fato, mas também um tipo específico de autor, o 'inimigo do pacto social'⁷⁰, que no Brasil costuma ter idade, cor e classe social pré-definidos.

A sociedade brasileira, ao coadunar com o direito penal do inimigo e seu punitivismo desmedido, não parece se dar conta de que o direito penal foi criado para ser, dentro do ordenamento jurídico nacional, o último recurso a ser utilizado para a resolução dos conflitos sociais. Leciona Bittencourt que o princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, tem a função de orientar e limitar o poder incriminador do Estado, de modo que a criminalização de uma conduta só será legítima quando demonstrar ser meio necessário para a preservação de bens jurídicos importantes⁷¹. Tem-se, deste modo, que o direito penal só deve ser utilizado quando os demais ramos do Direito demonstrarem ser incapazes de tutelar de forma adequada os bens relevantes para a vida em sociedade⁷².

O que ocorre, contudo, é que os legisladores parecem não compreender o direito penal como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro. Parecem vislumbrá-lo, ao contrário, como um recurso político, uma forma de atender às expectativas da sociedade punitivista e acalmar os ânimos da população, revoltada com a aparência de impunidade que o sistema penal falido propaga. Desse modo, "acabam por criminalizar as mais variadas e irrelevantes condutas existentes na sociedade, amparados, ainda, no discurso falacioso e inoperante de movimentos repressistas"⁷³.

⁶⁹ MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal**: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 9, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5070&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em 14/04/2018. P. 170.

⁷⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>>. Acesso em 10/04/2018. P. 152.

⁷¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 61

⁷² *Ibidem*. P. 62

⁷³ SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **O Limite da Intervenção Penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos**. Dissertação (Mestrado) – Pós-

As últimas novidades no sistema penal brasileiro – incluídos os institutos de justiça negocial – demonstram ser, em análise mais ampla, tão somente a “conta” da inacreditável ineficácia do Estado, sendo entregue a quem menos poderia ser: ao réu, hipossuficiente e cada vez mais pego de surpresa com inovações legislativas que buscam restringir suas garantias processuais em nome de uma celeridade que não lhe beneficia.

Para ilustrar melhor o argumento, traz-se à discussão uma mudança recente que influenciou fortemente o direito penal e o direito processual penal brasileiros. Trata-se do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do *Habeas Corpus* 126.292⁷⁴, no qual foi decidido pela possibilidade de execução da pena após o julgamento em segunda instância, contrariando não apenas um princípio – qual seja, o da presunção de inocência –, mas uma regra expressa constante do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O posicionamento do STF coloca em risco todos os outros direitos e deveres individuais e coletivos dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, que podem em breve ser considerados apenas princípios, ponderáveis e relativizáveis de acordo com a pretensão do usuário; isso tudo apesar do aviso constante do §1º do mesmo artigo, que afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que demonstra tratarem-se de regras, não de princípios.

A decisão constitui grande retrocesso no tema das garantias fundamentais, contraria regra expressa da Constituição Federal, e foi tomada com o pretexto de acelerar os procedimentos penais, permitindo que o réu comece a cumprir pena antes do esgotamento de instâncias. O novo posicionamento é apenas uma das formas de mascarar a incompetência do Estado, que, em razão da infinitude de condutas transformadas em ilícitos penais nas últimas décadas, não consegue concluir em tempo hábil os milhares de processos abertos na seara criminal.

Outra das artimanhas do Estado para mascarar sua incompetência é a promoção das formas alternativas de resolução de litígios, em especial as trazidas

Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3263/limite_intervencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11/04/2018. P. 29.

⁷⁴ Cf. STF. **HC 126292. Relator(a): Min. Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016.** disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11/04/2018.

pela Lei 9.099/95, já explicadas em tópico próprio. Apesar de os institutos trazidos pela referida Lei serem muitas vezes vistos com bons olhos, como medidas que afastam o réu do direito penal mais rígido, é necessário, para entender a real consequência de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, distinguir os conceitos de descriminalização, despenalização e diversificação.

A descriminalização é ato que pretende retirar, formalmente ou de fato, do âmbito do Direito Penal, condutas que, em razão de sua baixa gravidade, não mais sejam consideradas delitos⁷⁵. A despenalização, por sua vez, pretende diminuir a pena de um delito sem retirar dele o caráter de ilícito penal⁷⁶, enquanto a diversificação constitui “a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência”⁷⁷.

Diante dos conceitos, tem-se que a Lei 9.099/95 trouxe processos de diversificação, e não de despenalização ou de descriminalização, posto que tão somente introduziu alternativas ao processo penal tradicional, sem trazer novo tipo de pena nem retirar atos do âmbito do Direito Penal⁷⁸. Pelo contrário: a Lei dos Juizados Especiais foi responsável por reintroduzir no Direito Penal diversas condutas que haviam sido descriminalizadas de fato à época, em razão de sua irrelevância e também da sobrecarga do sistema penal⁷⁹.

É preciso notar também que as medidas dos Juizados Especiais Criminais nunca conseguiram reduzir a população carcerária brasileira, que é, atualmente, a terceira maior do mundo, com 726.712 pessoas presas no país, enquanto no ano de 1995, antes da implementação dos institutos da Lei 9.099/95, o número de presos no Brasil era de 148.800⁸⁰.

A diversificação trazida para o processo penal brasileiro, além de camuflar a ineficácia estatal, consegue também trazer a ideia de um Direito Penal Mínimo, ou seja, menos intervencionista, menos burocrático, mais acessível e mais maleável. Tal ideia, contudo, também não passa de uma máscara. Conforme já explicitado, os

⁷⁵ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. P. 72.

⁷⁶ *Ibidem*, P. 75.

⁷⁷ *Ibidem*, P. 76.

⁷⁸ MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 81.

⁷⁹ *Ibidem*, P. 95.

⁸⁰ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016**. *Op cit.* P. 9.

delitos abarcados pelos novos institutos foram, em sua maioria, delitos de pequena relevância penal à época. E os delitos de grande relevância continuaram, e continuam, ainda hoje, sendo punidos com a pior das penas: a restritiva de liberdade. Eis, portanto, a grande consequência da diversificação trazida para o processo penal brasileiro:

Os clientes entram no sistema porque existem mais alternativas. A bifurcação apresenta sentido: o extremo rigoroso e o extremo brando estão simbolicamente unidos um ao outro. O extremo rigoroso é a reserva – para tranquilizar o público, para oferecer funções degradantes do status, para enfatizar os limites entre os bons e os maus⁸¹.

Assim, “o discurso do Direito Penal minimalista e da aplicação de alternativas ao cárcere terminaram por ampliar as formas de controle penal”⁸², fazendo do Direito Penal mínimo o garantidor do Direito Penal máximo⁸³. A tentativa de implementação do instituto da barganha nada mais é o do que a continuação de uma estratégia antiga para desafogar o Poder Judiciário, que não consegue dar conta da enorme quantidade de processos criminais, que só existem em razão do excesso de intervencionismo penal na sociedade brasileira. A citada estratégia também não costuma trazer benefícios reais aos réus, muitas vezes inclusive suprimindo suas garantias fundamentais, como a barganha por certo fará.

2.2 A barganha como volta ao sistema inquisitivo: as consequências processuais da aceitação da confissão como prova única, da presunção de culpa e do desrespeito aos princípios constitucionais do processo penal

O sistema inquisitivo vem, no século XII, para revolucionar a justiça penal, em meio a críticas contra o sistema acusatório Greco-Romano até então regente, que garantia “proteção excessiva do acusado” ao punir denúncias caluniosas e deixar a responsabilidade da acusação em uma pessoa privada⁸⁴. No novo sistema, o

⁸¹ COHEN, Stanley. Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones. Trad. Elena Larrauri. *Apud*: MONTENEGRO, Marília. *Op cit.* P. 66.

⁸² MONTENEGRO, Marília. *Op cit.* P. 66.

⁸³ *Ibidem*, P. 72.

⁸⁴ NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Sistemas Processuais Penais**. Direito UNIFACS - Revista Eletrônica Mensal, Salvador, n. 163, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116>>. Acesso em 23/02/2018. P. 3.

destaque vai para a confissão, que, apesar de sabidamente ser concedida por alguns acusados inocentes – e por isso serem exigidos indícios complementares – passa a ser a rainha das provas, já que, “pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal”⁸⁵.

Dentre outras características do sistema inquisitivo, destacam-se: a concentração da persecução penal – que abarca as funções de investigar, acusar e julgar – no monarca absolutista, sendo exercida apenas de forma subordinada pelo juiz; a inexistência de contraditório e ampla defesa, de modo que o acusado é tido como objeto a ser investigado e não como ser humano dotado de garantias fundamentais; o sigilo do curso processual, que é escrito apenas nos livros e atas dos inquisidores; e, como já citado, a busca pela confissão e sua consequente prevalência frente a outras provas – inclusive frente a disposições em sentido contrário de testemunhas⁸⁶. No sistema inquisitivo, também é regra a prisão, ficando o acusado preso provisoriamente durante todo o curso processual, de forma a evitar obstáculos ao alcance da verdade real⁸⁷.

Este é o sistema processual que domina na Europa por vários séculos, influenciando diversos outros ordenamentos. É apenas no final do século XVIII que o sistema acusatório volta a ganhar força, afastando-se, contudo, das características do modelo Greco-romano, de modo que a função de acusar deixa de ser privada e passa a ser estatal, atribuída ao órgão do Estado destinado à acusação, o que contribui para uma separação absoluta entre acusador e julgador⁸⁸.

É esse sistema acusatório que influencia o atual sistema processual penal brasileiro. Conforme o art. 129, I, da Constituição Federal, uma das funções institucionais do Ministério Público é a de promover, privativamente, a ação penal pública, de modo que o réu não será acusado e julgado pelo mesmo órgão, como no sistema inquisitivo.

É notável, também, a preocupação da Constituição Federal de 1988 com a defesa dos indivíduos submetidos às ações penais, tendo o advogado e a defensoria pública sido elevados à condição de sujeitos indispensáveis à administração da

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em 14/04/2018. P. 57.

⁸⁶ NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Op cit.** P. 8-9.

⁸⁷ *Ibidem*, P. 7.

⁸⁸ *Ibidem*, P. 11-13.

justiça, conforme texto dos artigos 133 e 134 da Carta Magna, o que reforça a convicção de que a defesa é imprescindível para o regular andamento do processo penal⁸⁹. Também importa o fato de, atualmente, os fatos incontroversos no processo dependerem de prova, de modo que a confissão não tem efeito absoluto e deve ser cotejada com os demais elementos probatórios⁹⁰.

Mas nem tudo são flores: como ressalta Luiz Gabriel Batista Neves, mestre em Direito Público pela UFBA, em artigo publicado em 2014, “a inquisição é aplicada no Brasil, e disso ninguém pode duvidar, porque só está faltando a fogueira nos corredores forenses para que a idade média retorne com toda força”⁹¹.

Algumas críticas pertinentes são feitas pelo autor, como a permissão que o art. 28 do Código de Processo Penal dá ao magistrado para que, discordando do pedido de arquivamento do inquérito policial pelo membro do Ministério Público, remeta os autos ao Procurador Geral da República, situação em que o juiz, teoricamente imparcial, parece dizer – nas palavras de Luiz Gabriel Batista Neves – “pelo amor de Deus, denuncie que eu quero condenar!”⁹² Também são consideradas impasses à imparcialidade do juiz os institutos da *emendatio libelli* – prevista no art. 383 do CPP – e da *mutatio libelli* – prevista no art. 384 do CPP –, bem como a possibilidade de decretar de ofício a prisão preventiva – em conformidade com o art. 311 do CPP⁹³.

Levando em consideração as diversas questões já presentes no processo penal brasileiro que o aproximam do antigo sistema inquisitorial, passemos a analisar as consequências da implementação do instituto da barganha, nos moldes do Projeto de Lei nº 156/2009.

Em primeiro lugar, ressalta-se mais uma vez o quanto a busca pela instituição da barganha é consequência direta da ineficiência do Estado, que busca cada vez mais relativizar o processo penal e conseguir condenações rápidas sem a carga probatória que seria necessária para obter a mesma condenação no procedimento tradicional. Assim, a barganha termina por macular as premissas de um processo

⁸⁹ *Ibidem*, P. 14.

⁹⁰ NICOLITT, André Luiz. *Op cit.* P. 645.

⁹¹ NEVES, Luiz Gabriel Batista. *Op cit.* P. 22.

⁹² *Ibidem*, P. 20.

⁹³ *Ibidem*, P. 21.

penal democrático, pois retira a imposição da carga probatória do acusador, pressuposto imprescindível ao afastamento da presunção de inocência⁹⁴.

Tal situação acaba gerando uma espécie de presunção de culpa, posto que o juízo abreviado “não foi projetado para ser aplicado aos réus confessos, e sim para gerar réus confessos a quem possa aplicá-lo”⁹⁵. Nos Estados Unidos, o *plea bargaining* é responsável por naturalizar a presunção de culpa a tal ponto que as sanções penais são abusivamente intensificadas pela recusa ao acordo, o que constitui a denominada “pena de julgamento”⁹⁶.

Nesse sentido, ressalte-se ainda a volta da confissão como rainha das provas, situação que, combinada à coerção imposta ao réu para a realização de um acordo, em muito se assemelha a um processo inquisitorial moderno, no qual a ameaça de sofrimento físico foi substituída pela intimidação de uma pena mais grave caso o acusado resolva exercer seu direito ao processo⁹⁷.

Também preocupa a possível corrupção, a partir da barganha, dos papéis dos protagonistas da justiça criminal, já que a obtenção de um acordo parece ser benéfica para todos (menos para o réu). É preciso notar que, com a imposição de uma pena sem processo, tanto o magistrado quanto o acusador público terão suas cargas de trabalho substancialmente reduzidas, além de o acordo assegurar a manutenção do alto número de condenações desejado pelo órgão de acusação⁹⁸.

O defensor do réu também dificilmente manterá intacto seu papel, pois a obtenção de um acordo lhe interessa na medida em que também diminui sua carga de trabalho e lhe permite representar mais acusados⁹⁹, além de ser o acordo uma alternativa mais segura para a carreira do defensor, frente à possibilidade de ter sua tese derrotada em um julgamento.

Ao tratar, em seu livro “Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica”, do instituto da transação penal – que, conforme já ressaltado, é o instituto em vigor no Brasil que mais se assemelha à barganha –, a professora doutora Marília Montenegro

⁹⁴ RODRIGUEZ, Javier Llobet. Procedimiento abreviado em Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. *Apud*: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op cit.* P.147.

⁹⁵ BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurados**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/04/doctrina30479.pdf>>. Acesso em 14/04/2018. P. 17.

⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op cit.* P.167.

⁹⁷ DIAZ CANTÓN, Fernando. Juicio abreviado vs. Estado de derecho. *Apud*: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op cit.* P.150.

⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op cit.* P.160-161

⁹⁹ *Ibidem*, *Loc cit.*

afirma “obviamente, neste caso, a lei não poderia apresentar a possibilidade de uma pena privativa de liberdade, pois afrontaria todos os princípios penais constitucionais a previsão de uma pena dessa natureza sem processo”¹⁰⁰. Ela continua a análise afirmando:

A verdade é que, em grande parte dos casos, se não fosse a transação penal, o Estado não conseguiria chegar a uma condenação pelo fato de as situações caracterizarem-se muitas vezes como insignificantes, ou pela ausência de provas, ou pelo decurso do prazo prescricional¹⁰¹.

A transação penal, na visão da autora, é um instituto que traz vantagens para o Estado, que poderá impor uma pena sem que antes haja processo, economizando tempo e recursos em casos nos quais, com o devido processo legal, dificilmente seria concretizada a condenação¹⁰². É o que pretendem os legisladores com a instituição da barganha, só que em maior nível, para mais réus e com maior relativização das garantias fundamentais em nome da celeridade, posto que o instituto tem a pretensão de ser aplicado para crimes aos quais são cominadas penas privativas de liberdade.

Inclusive, em virtude da frequente aplicação do instituto da transação penal em casos que dificilmente ensejariam condenação, parte da doutrina critica a atitude por meio da suposição de um novo princípio chamado “*in dubio pro transação penal*”¹⁰³. Mas a crítica, no caso da transação penal, não deve ser dirigida aos legisladores, pois o art. 76 da Lei 9.099/95 estabelece que o instituto da transação só deve ser aplicado quando não for o caso de arquivamento¹⁰⁴. Não é assim, contudo, que agem os aplicadores, e por meio do mesmo raciocínio, chegamos a uma das piores consequências que serão trazidas pela barganha: o uso do instituto para promover condenações em casos nos quais não haja acervo probatório suficiente nem mesmo para ensejar uma denúncia do *parquet*.

Assim, essencialmente, o que a barganha fará é permitir que as provas coletadas no curso do inquérito policial – eminentemente inquisitivo –, que hoje podem ser – ressalte-se que nem sempre são – suficientes apenas para ensejar uma denúncia pelo Ministério Público, passem a ser suficientes para ensejar uma condenação sem processo. Esta situação se demonstra inadmissível frente aos

¹⁰⁰ MONTENEGRO, Marília. *Op cit.* P.82.

¹⁰¹ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹⁰² *Ibidem*, P.83-84.

¹⁰³ *Ibidem*, P. 84.

¹⁰⁴ *Ibidem*, *Loc cit.*

pressupostos de um processo penal democrático, no qual, em tese, só deveria ser considerado culpado aquele que tivesse sua presunção de inocência fragilizada através de lastro probatório suficiente e lícito, produzido conforme as regras do devido processo penal, e, ainda, apenas após a irrecorribilidade da condenação¹⁰⁵ – o que, conforme demonstrado, já foi relativizado pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do processo penal, o instituto da barganha chegará para deixar definitivamente inócuos os já extensivamente relativizados princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e do devido processo legal. E, apesar disso, será introduzido com a desculpa da necessária celeridade que em tese beneficiará o réu, quando claramente o réu será o mais prejudicado, sendo considerado culpado antes mesmo da denúncia, e coagido a abrir mão de suas garantias fundamentais. Isso tudo em nome de mascarar a ineficácia do Estado, que, apesar de saber não conseguir lidar com a crescente quantidade de processos na seara criminal, insiste em tentar punir até mesmo condutas irrelevantes de fato.

¹⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op cit.* P.178.

CAPÍTULO 3 – BARGANHA NO BRASIL: AS PROBLEMÁTICAS SOCIOECONÔMICAS DA INTRODUÇÃO DO INSTITUTO NA REALIDADE BRASILEIRA

3.1 As partes negociantes na barganha: o perfil do réu brasileiro e a hipervalorização do Ministério Público

É preciso notar que muitas das situações denominadas “soluções consensuais” não resultam necessariamente na conciliação entre agentes e vítimas, além de nem sempre expressarem verdadeira autonomia do acusado, posto que, em diversos casos, este último se vê compelido diante de alternativas apresentadas pelo magistrado ou pelo promotor de justiça, devendo aceita-las sob pena de arcar com os riscos da opção pelo processo¹⁰⁶.

No caso do Brasil, especificamente, o instituto da barganha será envolto por circunstâncias agravantes que precisam ser levadas em conta. Uma delas é o perfil do réu brasileiro. É preciso atentar para quem de fato se utilizará do instituto da barganha caso ele seja implementado no processo penal nacional.

Sobre o perfil do réu brasileiro, cita-se afirmação contida no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, divulgado em dezembro de 2014:

Como é sabido, após as sucessivas etapas – polícia, Ministério Público e judiciário – sobram os criminosos não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso a defesa e reincidentes. [...] O perfil que podemos obter dos censos penitenciários, desde modo (*sic*), pode ser tido como é um recorte dos crimes de rua, filtrado pelo sistema de justiça criminal, e obviamente este perfil seria diferente se os órgãos de controle e a sociedade focassem nos crimes de colarinho branco¹⁰⁷.

Conforme dados mais recentes do INFOPEN, enquanto os negros correspondem a 53% da população brasileira, 64% das pessoas encarceradas são desta etnia¹⁰⁸. Ademais, a faixa etária mais presente nos presídios brasileiros é a mais

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual**. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Op cit.* P. 88.

¹⁰⁷ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em 05/02/2018. P. 32.

¹⁰⁸ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016**. Op cit. P. 30-32.

jovem: 55% dos presos têm de 18 a 29 anos de idade, apesar de tal faixa etária corresponder a apenas 18% da população brasileira¹⁰⁹.

No quesito escolaridade, 75% das pessoas encarceradas no Brasil têm até o ensino fundamental completo, contra apenas 25% com ensino médio incompleto até acima de superior completo¹¹⁰. Assim, fica claro quem é o cliente preferencial do sistema penal brasileiro: o negro, jovem e, a julgar pelo nível de escolaridade, pobre.

É este réu que vai se deparar com a oferta da barganha feita por um membro do Ministério Público, sem a instrução escolar necessária para compreender as consequências de sua decisão pelo aceite ou pela recusa, e sem recursos financeiros para pagar pelo serviço de um bom advogado de defesa que possa lhe colocar a par da situação.

Geraldo Prado, ao discorrer sobre as soluções transacionais, afirma que as limitações aos direitos e garantias no processo penal acabam atingindo os setores menos favorecidos, social e economicamente, da sociedade, “fazendo ingressar de contrabando a mesma crônica e perversa seletividade penal que ao longo do século XX perseguiu as classes empobrecidas, os *inimigos de sempre*”¹¹¹. O autor segue com a crítica:

É por isso que a importação das soluções consensuais deve ser medida com cautela na América Latina, assim como sua idolatria deve ser precedida de aguda reflexão e séria pesquisa atinente aos efetivos destinatários das medidas e à estabilidade das resoluções dos conflitos. Como revelam todas as estatísticas disponíveis – especialmente os censos penitenciários, no Brasil – o direito penal nos países da periferia atua sobretudo em face dos grupos sociais que não participam do poder¹¹².

Em face das desigualdades socioeconômicas vivenciadas pelos povos da América Latina, as soluções consensuais correm o risco de potencializarem o discurso teórico de compressão de direitos fundamentais, direitos estes que já são garantidos apenas a imputados das classes médias e altas, que possuem recursos para se defenderem das restrições legais a seus direitos e garantias processuais¹¹³.

¹⁰⁹ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹¹⁰ *Ibidem*, P. 33.

¹¹¹ PRADO, Geraldo. **Justiça Penal Consensual**. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Op cit.** P. 90.

¹¹² *Ibidem*, P. 91.

¹¹³ *Ibidem*, P. 92.

O *Parquet*, por sua vez, tem sua atuação hipervalorizada na barganha, com Milton Heumann descrevendo, a partir de pesquisa empírica na justiça estadunidense, a generalizada afirmação pelos promotores em entrevistas a respeito da “insignificância relativa dos juízes” e da “regularidade de realização de atividades do magistrado pelo acusador”¹¹⁴. O Ministério Público é inserido em uma área que deveria ser do tribunal, enquanto esse último passa a ter a obrigação apenas de homologar o resultado do acordo, fazendo com que o promotor seja visto pela doutrina como “juiz às portas do tribunal”¹¹⁵.

É com esse Ministério Público, travestido de juiz, que o réu brasileiro, negro, jovem, pobre e sem escolaridade, vai ser obrigado a negociar. Aqui, repito o questionamento feito por Aury Lopes Jr. em seu texto “Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”: “que igualdade pode existir na relação do cidadão suspeito frente à prepotência da acusação, que, ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço do negócio?”¹¹⁶ ”

Afirma o INFOPEN ser razoável supor que a baixa escolaridade e renda da maioria dos presos no Brasil constituam um desafio para o exercício do direito de defesa e acesso à justiça¹¹⁷. Esta é a realidade atual do país, e a implementação da barganha no processo penal brasileiro não fará favor algum a estes réus, que, totalmente desamparados, passarão a ter o ônus de reverter a presunção de culpa que a naturalização dos acordos trará.

Tendo em vista a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade dos réus brasileiros frente ao Ministério Público, ao invés de punir com maior agilidade os indivíduos responsáveis pelo cometimento de crimes, é mais provável que um instituto semelhante ao *plea bargaining* estadunidense venha a causar no Brasil o que causa nos Estados Unidos: a falsa confissão por parte de diversas pessoas inocentes¹¹⁸.

¹¹⁴ HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining*. Apud: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Op cit.** P. 181.

¹¹⁵ LOPES Jr., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Op cit.** P. 120.

¹¹⁶ *Ibidem*, P. 121.

¹¹⁷ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. *Op cit.* P. 67.

¹¹⁸ Sobre o assunto, o artigo “*The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*” é bastante esclarecedor, demonstrando casos reais de réus estadunidenses inocentes que confessaram a prática de crimes que não cometeram e foram mais tarde exonerados, por meio de novas evidências, como, por exemplo a prova de DNA, que é comumente responsável pela exoneração de condenados por crimes graves como homicídio e estupro. Cf. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. Disponível em

Sobre o problema, importa citar o artigo divulgado pelo National Registry of Exonerations estadunidense, datado de 24 de novembro de 2015, intitulado “Innocents Who Plead Guilty”, que demonstra que 15% dos exonerados pelo sistema penal são pessoas que confessaram a prática do crime pelo qual foram acusadas¹¹⁹. A porcentagem cresce quando se analisa em específico os crimes de drogas: 66% dos exonerados desses delitos são pessoas que obtiveram acordos apesar de sua inocência¹²⁰.

No sistema dos Estados Unidos, réus inocentes que fazem acordos com a promotoria quase sempre recebem sentenças mais leves do que os que são condenados em julgamento, e este é o motivo pelo qual muitas pessoas confessam a prática de crimes que não cometeram; em muitos casos, eles preferem colocar a injustiça para trás do que entrar em prolongadas batalhas judiciais para provar sua inocência¹²¹.

Ressalte-se que tais batalhas judiciais seriam ainda mais dificultosas no Brasil, levando em consideração tudo o que já foi levantado sobre a realidade socioeconômica das classes que seriam de fato atingidas pela instituição da barganha. O Brasil não está preparado para este tipo de solução alternativa de conflitos, e a aprovação da proposta sem a análise das condições de negociação dos seus destinatários seria tão irresponsável quanto absurda.

3.2 A situação da Defensoria Pública no Brasil e o problema da defesa na barganha

Não bastasse a natural desvantagem do réu brasileiro – em sua maioria negro, pobre e pouco escolarizado – frente ao Ministério Público, há ainda de ser levada em conta outra problemática: a precariedade estrutural da Defensoria Pública, órgão responsável pela defesa técnica de grande parte dos réus brasileiros, em virtude de sua condição socioeconômica, que os impede de pagar pelos serviços de advogados de defesa particulares.

<<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>>. Acesso em 14/04/2018.

¹¹⁹ National Registry of Exonerations. **Innocents Who Plead Guilty**. 24 November 2015. Disponível em <<http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.Guilty.Plea.Article1.pdf>>. Acesso em 13/04/2018. P. 1.

¹²⁰ *Ibidem*, *Loc cit.*

¹²¹ *Ibidem*, *Loc cit.*

De acordo com o mais recente Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, no ano de 2014, as Defensorias Públicas Estaduais estiveram presentes em aproximadamente 13% das unidades jurisdicionais, e a média nacional de atendimento por comarcas foi de 40% no mesmo ano¹²². No estado da Bahia, de 731 unidades jurisdicionais existentes, apenas 23 são atendidas pela Defensoria; em São Paulo, de 1.604 unidades jurisdicionais, só 43 são atendidas; e em Pernambuco, de um universo de 454 unidades jurisdicionais, são atendidas 111¹²³.

Isto é um grave problema, que a Emenda Constitucional nº 80/2014 buscou sanar ao prever que a União, os Estados e o Distrito Federal disponibilizem defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país, dentro de um prazo de oito anos a contar de sua promulgação¹²⁴. Nesse sentido, no Diagnóstico citado, o número de unidades jurisdicionais atendidas, comparado ao de unidades existentes, demonstra a necessidade ou não de serem disponibilizados mais defensores públicos para alcançar a meta da EC 80/2014.

Cabe também analisar o número de comarcas que contam com núcleos da Defensoria, em relação ao número de comarcas existentes em cada estado, ponderação que dimensionará a necessidade de ampliação de infraestrutura da Defensoria no Brasil. No estado da Bahia, de 276 comarcas existentes, são atendidas pela Defensoria Pública apenas 28 delas; em Goiás, de 130 comarcas, só 3 são atendidas; no Paraná, são 21 comarcas atendidas em um universo de 144; em São Paulo, são atendidas 43 de 273 comarcas; em Pernambuco, de 150 comarcas existentes, 77 são atendidas; no Amapá, nenhuma das 16 comarcas existentes é atendida pela defensoria¹²⁵.

Analisando-se a razão de defensores públicos por população-alvo, a situação parece igualmente preocupante: no estado de Goiás existem apenas 18 defensores públicos ativos, para uma população-alvo de 2.861.175 pessoas, o que gera uma razão de 158.954 clientes para cada defensor; no Rio Grande do Norte, são 38 defensores públicos ativos para 1.425.164 pessoas, com razão de 37.504 pessoas por defensor; em São Paulo são 719 defensores ativos para um universo de 17.932.005 pessoas, gerando razão de 24.940 clientes por defensor; o Paraná, por

¹²² Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. *Op cit.* P. 59-61.

¹²³ *Ibidem*, P. 61-62.

¹²⁴ *Ibidem*, P. 58.

¹²⁵ *Ibidem*, P. 58-59.

sua vez, conta com 76 defensores ativos para 4.995.861 pessoas, com razão de 65.735 pessoas por defensor; em Pernambuco, por fim, são 246 defensores públicos ativos para um público-alvo de 3.849.256 pessoas, com razão de 15.647 clientes por defensor.¹²⁶

Apesar dos esforços dos defensores públicos ativos, é inegável a precariedade estrutural da Defensoria Pública no Brasil. São milhões de réus brasileiros que dependem da Defensoria para terem acesso à justiça, e diversas localidades ainda sem qualquer atendimento.

Por este motivo, é provável que ocorra na barganha o mesmo que ocorre na transação penal: na aplicação prática deste instituto, apesar de ser indispensável a presença de advogado acompanhando o autor do fato, na maioria dos casos, a parte comparece desacompanhada, e não é rara a falta de defensores públicos nos Juizados Criminais de grande parte dos estados, de modo que muitas vezes é nomeado um defensor dativo, que pode ou não auxiliar de fato o réu na audiência¹²⁷. Sobre a questão:

Não deixa de ferir o princípio da paridade de armas a falta de equilíbrio entre o órgão acusatório e o autor da infração, na transação. Nela, não há uma correlação de forças, antes uma negociação, em posições desiguais, entre as partes. Uma proposta diante da qual o autor da infração, muitas vezes sem a presença de advogado, deve ou não anuir. Nada mais. [...] aderir a uma proposta de transação, em situação de total desigualdade, constitui uma verdadeira aberração, não sendo conciliáveis as garantias próprias do devido processo legal com a aplicação antecipada da pena¹²⁸.

É patente a desvantagem dos réus brasileiros que dependam da Defensoria Pública para lhes aconselhar a respeito do aceite ou não da proposta feita pela promotoria. Relembre-se que este será o caso da grande maioria dos réus, tendo em vista o perfil do réu mais visado pelo sistema penal brasileiro.

Ademais, ainda para os poucos réus que tenham condições de pagar por uma boa defesa, a barganha traz em sua natureza conflitos que impedem a maioria dos defensores de desempenharem de forma adequada o seu trabalho. Nos Estados Unidos, muitos advogados privados raramente, quando já, levam casos criminais a

¹²⁶ *Ibidem*, P. 44-45.

¹²⁷ MONTENEGRO, Marília. *Op cit.* P. 85.

¹²⁸ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir.** *Apud*: MONTENEGRO, Marília. *Op cit.* P. 85.

juízo; eles fazem seus clientes confessarem¹²⁹. Na barganha, os advogados criminais passam de campeões do tribunal para figuras chave de um sistema coercitivo: a sua principal função passa a ser a de explicar aos seus clientes como o sistema legal funciona e a forçar esses clientes a reconhecerem o poder coercitivo das alternativas que eles enfrentam¹³⁰.

Insta ressaltar também que o perfil do cliente preferencial do sistema penal brasileiro poderá influenciar diretamente na atuação do seu advogado de defesa: uma pesquisa feita por Vanessa Edkins sobre a realidade estadunidense concluiu que a raça do acusado pode determinar de forma direta a postura adotada por seu defensor frente a um acordo com a promotoria, posto que um réu negro é três vezes mais aconselhado a aceitar o acordo do que os acusados de outras etnias¹³¹.

A defesa criminal tem sua natureza corrompida na barganha, da mesma forma que as funções acusatória e jurisdicional. É criado um sistema no qual até mesmo o profissional que existe para defender o melhor interesse do réu é colocado contra ele, por não conseguir desempenhar sua função sem a influência de um sistema cruel que coage todos os envolvidos a evitarem o processo penal.

De uma forma ou de outra, o réu brasileiro não terá qualquer chance de defender-se satisfatoriamente em um processo penal corrompido pelo costume da barganha, ou de negociar com um Ministério Público dotado de infinitamente mais recursos que ele e que o órgão designado para defender seus interesses.

¹²⁹ FINE, Ralph Adam. **Plea Bargaining: an unnecessary evil**. Disponível em <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=mulr>>. Acesso em 14/04/2018. P. 624.

¹³⁰ ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and the death penalty**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1990&context=journal_articles>. Acesso em 14/04/2018. P. 680.

¹³¹ EDKINS, Vanessa A. **Defense Attorney Plea Recommendations and Client Race: does zealous representation apply equally to all?** *Apud*: VASCONCELLOS, Vinícius. **Op cit**. P. 188.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o objetivo de analisar as causas e as consequências da expansão da justiça negocial no Brasil e no mundo, dando-se maior destaque ao instituto da barganha, tendo em vista sua eminente introdução no processo penal brasileiro por meio do Projeto de Lei nº 156/2009, já aprovado pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, onde encontra-se em trâmite como o Projeto de Lei nº 8045/2010. Sob a denominação de “procedimento sumário”, o referido projeto de lei, que tem a finalidade de operar reforma integral no Código de Processo Penal, traz instituto que possibilita a negociação do Ministério Público com o acusado no caso de crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

Ademais, a Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017, que trouxe em seu capítulo VII a figura do “acordo de não-persecução penal” – aplicável para crimes cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos e desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa –, apesar de ter sua constitucionalidade atualmente discutida por meio da ADI nº 5790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, e da ADI nº 5793, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, representa ao menos uma nova tentativa de avanço da justiça negocial no Brasil.

A partir da análise deste avanço – que deu seu primeiro grande passo com a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e trouxe os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, e posteriormente, com a Lei 12.850/2013, que regulamentou o instituto da delação premiada – foram verificadas as circunstâncias que envolvem e impulsionam a desenfreada busca pela celeridade que vem colocando em risco tanto o processo penal quanto as garantias constitucionais que o integram.

As recentes mudanças observadas na sociedade, estimuladas em especial pelo avanço tecnológico, criaram uma necessidade de rapidez em todos os setores da vida humana, fazendo com que o processo penal democrático, formal e rigoroso em sua proteção das garantias do réu, parecesse um sistema arcaico e um obstáculo à celeridade buscada. A barganha, no processo penal brasileiro, terá o objetivo de diminuir a carga probatória da acusação – e, conseqüentemente, relativizar a

presunção de inocência e os demais princípios processuais – para possibilitar a obtenção de condenações fáceis e rápidas.

Isto foi demonstrado através da análise dos institutos já regulamentados no Brasil, como é o caso da delação premiada, em que o Estado celebra a “traição” de um acusado em face dos demais porque não consegue, sozinho, obter provas suficientes para a persecução penal dos integrantes de uma organização criminosa. Na transação penal, por sua vez, é comum que a oferta seja feita pelo membro do Ministério Público sem a prévia verificação do processo, que, caso não contenha provas suficientes para ensejar uma denúncia pelo *Parquet*, deve ser arquivado, o que geralmente não ocorre. A transação acaba por ser ofertada indiscriminadamente, como forma de obter condenações mesmo em casos que não contenham acervo probatório suficiente para ensejá-las.

O instituto da barganha, ao retirar a carga probatória da acusação e relativizar absurdamente a presunção de inocência e demais garantias constitucionais, relembra o sistema inquisitivo, no qual, assim como na barganha, a confissão é a prova mais desejada, e a única que realmente importa para a condenação.

Também foram analisadas ao longo do trabalho duas problemáticas específicas da realidade brasileira, que definirão as consequências da barganha no país: o perfil do réu brasileiro, que, conforme demonstrado, é, em sua maioria, negro, jovem e pouco escolarizado; e a precariedade estrutural da Defensoria Pública no Brasil, que não está presente em diversas localidades do país, e, mesmo quando está, conta com poucos defensores e péssima infraestrutura, fazendo com que um único defensor seja responsável pelo acompanhamento processual de milhares de réus.

Ademais, a experiência internacional com a barganha não é boa: nos Estados Unidos, diversos problemas são causados pela cultura do *plea bargaining*, como, por exemplo, a confissão por parte de pessoas inocentes, que, eventualmente, acabam sendo exoneradas, após já terem cumprido pena por crimes que não cometeram. A barganha também é responsável pela corrupção das funções das partes, ao fazer com que a acusação desempenhe papéis que deveriam ser do Tribunal e colocar defensores contra os réus, na medida em que o acordo começa a ser almejado também pela defesa, e esta passa a fazer parte de um sistema cruel em que todos têm a função de coagir o acusado a evitar o processo penal.

Todas as circunstâncias analisadas – passando pela experiência brasileira com os institutos de negociação já positivados, pela experiência internacional com a barganha, e pelas problemáticas socioeconômicas que influenciarão na aplicação do instituto – levam à conclusão de que o instituto da barganha, no formato proposto pelo Projeto de Lei nº 156/2009, trará terríveis consequências para o processo penal brasileiro. A instituição de novas formas de justiça negociada deve ser antecedida de estudo sobre as repercussões jurídicas e socioeconômicas que a novidade poderá trazer, levando em conta especialmente quem serão seus destinatários, o que não parece estar sendo levado em conta pelos legisladores.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and the death penalty**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1990&context=journal_articles>. Acesso em 14/04/2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOVINO, Alberto. **Procedimiento abreviado y juicio por jurados**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/04/doctrina30479.pdf>>. Acesso em 14/04/2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 230/2000 - Proposta de Emenda à Constituição**. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14581>>. Acesso em 25/02/2018.

BRASIL. Comissão temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. **Parecer nº 1.636, de 2010 - Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>>. Acesso em 10/11/2017.

BRASIL. Comitê de análise do Projeto de Novo CPP. **Análise do Projeto de Lei 156/2009 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o Novo Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/cpp-reforma-mj.pdf>>. Acesso em 27/03/2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em 03/05/2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 03/05/2018.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06/05/2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 06/05/2018.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 06/05/2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 06/05/2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em 10/11/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização – Junho de 2016**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 05/02/2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em 05/02/2018.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos Sobre a Justiça Dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Estado Pós-democrático e Delação Premiada**: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negocial no Brasil. Disponível em: <<http://www.antoniopedromelchior.adv.br/wp-content/uploads/2015/05/estado-pos-democratico-e-delacao-premiada.pdf>>. Acesso em 23/02/2018.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. Trad. Eliana Granja et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena**: um problema às reformas processuais. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 15/04/2018.

DAMASKA, Mirjan. **Negotiated Justice in International Criminal Courts**. In: Journal of International Criminal Justice 2. Oxford University Press, 2004.

FINE, Ralph Adam. **Plea Bargaining: an unnecessary evil**. Disponível em <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=mulr>>. Acesso em 14/04/2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em 14/04/2018.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. **O Acordo de Leniência e sua (in)compatibilidade com o Devido Processo Legal Substantivo**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129626/327605.pdf?sequencia=1>>. Acesso em 14/04/2018.

MAIER, Julio B. J. **Entre la Inquisición y la Composición**. *In*: Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Vol. 2. Ediciones de la Castilla-La Mancha [Salamanca]: Universidad de Salamanca, 2001.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>>. Acesso em 10/04/2018.

MÜSSIG, Bernd. **Desmaterialización del Bien Jurídico y de la Política Criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 9, 2002. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5070&dsID=Documento.pdf>>. Acesso em 14/04/2018.

National Registry of Exonerations. **Innocents Who Plead Guilty**. 24 November 2015. Disponível em <<http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE.Guilty.Plea.Article1.pdf>>. Acesso em 13/04/2018.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Sistemas Processuais Penais**. Direito UNIFACS - Revista Eletrônica Mensal, Salvador, n. 163, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116>>. Acesso em 23/02/2018.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Primeiras notas sobre a resolução 181/17 do CNMP: esqueceram que há Constituição Federal e leis no Brasil?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI265066,51045->>

Janaina+Paschoal+critica+resolucao+que+amplia+poderes+do+MP+em>. Acesso em 03/05/2018.

PRADO, Geraldo. **A Transação Penal quinze anos depois**. Disponível em <<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>>. Acesso em 14/02/2018.

SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **O Limite da Intervenção Penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3263/limite_intervencao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 11/04/2018.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

STF. **HC 126292. Relator(a): Min. Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11/04/2018.

STF. **RE 593727 MG. Relator(a): Min. Cezar Peluso. DJ: 14/05/2015**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em 03/05/2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial**. *In: Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n.1, 2016.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **2015 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics**, Figure C. Disponível em <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2015/FigureC.pdf>>. Acesso em 10/11/2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de.; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281229305_BARGANHA_NO_PROCESSO_PENAL_ITALIANO_ANALISE_CRITICA_DO_PATTEGGIAMENTO_E_DAS_ALTERNATIVAS_PROCEDIMENTAIS_NA_JUSTICA_CRIMINAL>. Acesso em 27/03/2018.