

O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual

Livia Yuen Ngan Moscatelli e Raul Abramo Ariano

O acordo de barganha (“*plea bargain*”) pode ser entendido como um pacto firmado entre a acusação e o acusado, objetivando a renúncia ao julgamento e a redução da pena em contrapartida à assunção da responsabilidade do injusto imputado.⁽¹⁾ Ainda que também inserido na realidade do avanço da justiça consensual em esfera penal, tal mecanismo legal difere da transação penal e da suspensão condicional do processo, já que pressupõe a confissão do acusado, havendo, portanto, o “reconhecimento de culpabilidade”,⁽²⁾ independentemente da comprovação da suposta prática delitativa. Ademais, destaca-se ainda o papel de maior postura ativa e autonomia do órgão ministerial, uma vez que caberá a ele proceder com todas as negociações relativas à propositura do acordo. Concretamente, o vulgarmente intitulado “Projeto de Lei Anticrime”, apresentado pelo atual ministro da Justiça e Segurança Pública, já prematuramente e largamente alterado após críticas,⁽³⁾ bem como permeado de profundas polêmicas desde o ventre, prevê a adoção do modelo de barganha pela inserção no seio do Código de Processo Penal do inédito artigo 395-A.⁽⁴⁾

Apesar de se tratar de uma das principais bandeiras trazidas pelo “Pacote Moro”, a importação da justiça negocial norte-americana já é bem conhecida no país. A proposta negocial já havia sido idealizada no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012), ainda sob discussão legislativa, e já está em vigor desde 2017, com a inserção do nem tão conhecido – mas já polêmico – acordo de não persecução penal, apresentado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público,⁽⁵⁾ que conta com sua legalidade sob análise perante o Supremo Tribunal Federal.⁽⁶⁾

Especificamente quanto ao acordo de barganha, embora inúmeros países adotem institutos semelhantes, sua aplicação se tornou mais conhecida a partir da experiência estadunidense. Cerca de 90% das imputações criminais naquele território são finalizadas com o reconhecimento da culpabilidade a partir do acordo, em momento anterior a qualquer instrução processual. Outras fontes mais recentes indicam que o número pode chegar em até 96%.⁽⁷⁾ Tal fenômeno recebeu a alcunha de desaparecimento dos julgamentos (“*The Disappearing Trial*”).⁽⁸⁾

Diante da promessa de viabilizar rápida resposta estatal à criminalidade, o instituto, dotado de evidente lógica mercantil, vem ganhando significativa quantidade de defensores. Ainda no mês de fevereiro, o estudo “Quem somos: a magistratura que queremos” demonstrou que 89% dos magistrados se mostram favoráveis à aplicação da barganha penal.⁽⁹⁾ Também, o Fórum Nacional de Juizes Criminais (FONAJUC) emitiu nota nesse sentido.⁽¹⁰⁾ Além disso, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) manifestou publicamente o integral apoio à proposta do ministro.⁽¹¹⁾ Não obstante, em contraponto, ademais do massivo posicionamento da academia e dos defensores públicos

e particulares, também houve contundentes críticas advindas da magistratura e do Ministério Público. A Associação Juizes para a Democracia (AJD) chegou a afirmar que “*Além de não contar com uma técnica apurada, havendo embaralhamento de conceitos e acúmulo de equívocos de redação, o que é inusitado para projetos oriundos de um ministério cujas estruturas somente foram enrijecidas, o Pacote vem desacompanhado das tradicionais justificativas*”.⁽¹²⁾ Por seu turno, o Coletivo “Transforma MP” se posicionou diametralmente oposto ao Projeto de Lei, colocando-o em patamar de absolutamente inconstitucional.⁽¹³⁾

É imperioso verificar que a importação de institutos negociais vem sendo realizada em contexto de tendência global. A ineficiência estatal e a dita “impunidade” ocasionada por longos e custosos processos encampam alguns dos argumentos dos defensores da aplicação da barganha no país. A principal questão a se refletir, no entanto, é até que ponto se justifica, bem como constitucionalmente se compatibiliza, a transferência de responsabilidade ocasionada pela ineficiência estrutural do Estado ao indivíduo, mediante a mitigação de garantias fundamentais básicas.

Do ponto de vista epistêmico, sem adentrar a ultrapassada e clássica distinção entre *verdade formal* e *verdade material*, deve-se reconhecer que o *plea bargain* limita qualquer possibilidade de se atingir maior grau de verdade aproximativa, já que serão suprimidas providências probatórias que visam a reconstituição dos fatos e a sua correspondência com o mundo real. Aqui, toda a dogmática acerca dos *standards* probatórios, incluindo a prova além do razoável (“*beyond a reasonable doubt*”) se mostra irrelevante. Isso, já que, para a concretização do acordo e o reconhecimento de sua culpabilidade, basta mera confissão, elevando-se esta novamente ao patamar de *rainha das provas* (“*confessio est regina probationum*”), típica das práticas inquisitórias,⁽¹⁴⁾ bem como da lógica do sistema legal de provas (ou “prova tarifada”). Ademais, a barganha é diretamente incompatível com a previsão do artigo 197 do CPP, já que não é destinado a essa espécie de confissão extrajudicial o mesmo rigor de tratamento que é conferido à confissão judicial, cuja valoração depende do confronto da compatibilidade ou concordância com as demais provas colhidas no processo. Pouco importa, na realidade, se a condenação é efetivamente justa e a culpa suficientemente demonstrada. O que se busca, sobretudo, é a eficiência máxima do sistema de condenações.

Assim, o projeto se pauta sobre uma leitura inspirada na criminologia etiológica, interessada na *eficiência* e na *efetividade* do controle social, lastreada em uma política estatal repressiva. Há sobreposição do interesse pragmático do Estado na área do controle social, cego à chamada criminologia crítica, que explica a criminalidade pelas desigualdades estruturais e institucionais e, assim, almeja que se garanta ao cidadão proteção contra a violência do Estado. Conforme nos denuncia Cirino: “a maior

proteção do cidadão contra o poder do Estado exclui relativizações fundadas na efetividade da jurisdição, que pode ser princípio administrativo, mas não tem status de direito fundamental”.⁽¹⁵⁾

A lógica de imprimir a máxima celeridade subverte todo o conceito de um Estado de Direito, já que o que causa a morosidade ao percurso processual não é o indivíduo que se vê submetido à acusação pelo Estado, e sim déficits estruturais do próprio sistema legal. Almeja-se que o Estado terceirize aos cidadãos sua responsabilidade de fornecer mecanismos jurídicos ao mesmo tempo justos e eficientes, pelo altíssimo preço da liberdade dos indivíduos e a mitigação de garantias fundamentais. Não se perca de vista que ainda são corolários garantistas de nosso sistema legal: as garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), os princípios do juiz e do promotor natural (art. XXXVII e LIII), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e o devido processo legal (art. 5º, LIV). Assim, impossível ignorar tais preceitos em detrimento da cega busca por uma mágica solução de problema estrutural do funcionalismo brasileiro. Há no projeto, portanto, sério óbice de adequação e compatibilização à Constituição Federal.

Quanto à importação de modelos, cumpre relembrar as lições de **Langer**, quando se vale da metáfora do Cavalo de Tróia à analogia de institutos jurídicos que são transplantados de um ordenamento ao outro. A manobra tanto é perigosa por desconsiderar as realidades jurídico-sociais locais, como, inclusive, permeada de alto teor de imprevisibilidade de efeitos colaterais – bem como dos efeitos da própria finalidade almejada – que podem se mostrar presentes apenas no ordenamento importador, e não em sua origem. Não nos esqueçamos de que a proposta eleita como aquela apta a dirimir as mazelas sociais da corrupção é instrumento jurídico de origem anglo-saxã, com profundas distinções em relação a nossa realidade de raízes romano-germânicas. Assim, a pretexto de exemplificação, **Langer**, ao estudar o conceito de “*procedimiento abreviado*”, modalidade de barganha introduzida no ordenamento argentino, acabou por concluir que: “*The wooden horse has been brought within the walls of the Argentine criminal procedure, but the soldiers in its belly have not been enough to take Troy, or even a substantial part of the city. Only time will tell whether new Trojan horses will appear in the future*”. (“O cavalo de madeira foi trazido para dentro das paredes do processo penal argentino, mas os soldados em sua barriga não foram suficientes para tomar Tróia, ou mesmo uma parte substancial da cidade. Só o tempo dirá se novos cavalos de Tróia aparecerão no futuro” – em tradução livre).⁽¹⁶⁾

Outro relevante ponto que deve ser confrontado é o argumento de cunho eficientista de que a limitação de recursos do judiciário é fator justificante ao uso da barganha, já que se impõe entrave orçamentário à acusação no modelo norte-americano. O paradoxo reside exatamente nesse ponto: se o órgão acusatório detém realidade de contigência pecuniária, podendo levar apenas poucos acusados a julgamento (e jamais todos), como a ameaça de processar todos os imputados pode induzi-los a recorrer ao *plea bargain*?⁽¹⁷⁾ Assim, de fato, a alternativa de ser submetido a julgamento não existe para grande parcela dos imputados, já que é virtualmente impossível em decorrência da alegada limitação orçamentária.

Se há realmente óbice material do número máximo de julgamentos possíveis de serem conduzidos, em um cenário de

inexistência do modelo de barganha, aqueles que optaram pelo acordo não seriam processados de forma alguma, não representando o *plea bargain* para esses, portanto, uma alternativa à instrução, mas como verdadeira única opção de serem punidos pelo Estado. É nessa mesma medida que cai por terra o discurso do senso comum de que “quanto mais opções são dadas ao acusado, melhor, sendo que a barganha é mais uma das opções”. Tal afirmação é imprecisa, pois parte da premissa de que a instrução processual adequada estaria à disposição de todos, o que claramente não se verifica diante do cenário atual dos processos criminais no Brasil.

Por outra face, tendo em vista que não é possível ao sistema norte-americano levar a julgamento todos os acusados, impulsiona-se o uso de mecanismos ainda mais coercitivos por parte da acusação para que se aceite o acordo, através da imputação de crimes mais graves, ou com modulações de penas mais agressivas (movimento conhecido por “*overcharging*”). Oportuno aqui retomar a nota pública da Associação dos Juizes pela Democracia: “*O projeto prevê a supervalorização do Ministério Público como epicentro do sistema de justiça criminal, sem se proteger do excesso de discricionariedade e da falta de controle judicial, característicos destes institutos*”.⁽¹⁸⁾

No mesmo sentido, ao se analisar o discurso pretensamente justificador de que o *plea bargain agreement* estaria em pleno funcionamento nos Estados Unidos da América, inafastável a crítica tecida por **Streck**⁽¹⁹⁾: “*e daí*”? (i) o que importa? Certo é que, como já tratado, as disparidades de realidades jurídico-sociais de ambos os países são tão profundas e gritantes que tal argumento reducionista não se demonstra apto à justificação necessária que uma reforma tão profunda exige. Ademais, (ii) como o tema é enfrentado no território tido pelo ministro da Justiça e Segurança Pública como exemplo de sucesso do instituto? Certo é que os críticos ao sistema lá empregado são inúmeros e expressivos. Veja-se, a exemplo, a campanha encampada pelo internacionalmente reconhecido *Innocence Project*, que indicou que cerca de 11% dos casos de DNA analisados apontaram falsos reconhecimentos de culpa em acordos realizados junto ao Ministério Público.⁽²⁰⁾ Tais casos representam tão somente uma pequeníssima parcela daqueles que são inocentes e cumprem penas por terem optado pelo *plea bargain*, em decorrência da ameaça da imposição de sensações extremamente rigorosas.

Existe aqui relevante problema de ausência de igualdade de posições e de paridade de armas, lógica já exaustivamente discutida quanto ao emprego da “colaboração premiada”: a viabilidade da confissão do crime sempre é contraposta à eventual imposição de altíssimas penas. Tal *modus operandi* acusador é amparado pela mais óbvia lógica negocial, já que se almeja dissuadir o indivíduo em optar por sua defesa técnica e, com isso, incidir em procedimento judicial mais trabalhoso e longo para o judiciário. Na barganha, tal lógica ainda é ainda mais evidente, uma vez que o judiciário somente realiza o controle posterior acerca das formalidades, não adentrando na questão fática alegada pela confissão, estando tal incumbência exclusivamente a cargo do *Parquet*, que poderá utilizar desse enorme poder ao seu bel-prazer.

Há de se observar que, da forma como posto no Projeto de Lei, não há a previsão de mecanismos que garantam ao acusado o conhecimento acerca das condições e indícios probatórios que lhe

seriam favoráveis. Como se pretente defender que há uma proposta de acordo com uma isonomia de partes quando, verdadeiramente, apenas um dos lados dispõe da visão holística do caso? Inclusive impossível ignorar que existe a previsão de *full disclosure* em relação aos elementos benéficos ao imputado no normativo internacional, sendo o que consolidou a Suprema Corte Norte-Americana, através do emblemático julgado *Brady v. Maryland*.⁽²¹⁾ Ademais, tal necessidade seria em solo nacional decorrência direta do previsto no Estatuto de Roma, incorporado desde 2002 ao Direito brasileiro através do Decreto 4.388/2002, que dispõe, *in verbis*: “Artigo 54, a - fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”.

Além disso, não há uma preocupação efetiva com os impactos financeiros aos cofres públicos que o uso da barganha irá acarretar.⁽²²⁾ Veja que se pretende implementar uma radical mudança estrutural no sistema judicial-carcerário, com seríssimas implicações aos recursos dos estados, sem qualquer análise especializada e desapaixonada do cenário que se verá. A imposição dessa nova realidade que se almeja é impulsionada unicamente por uma sede social de um difuso e mal equalizado conceito de justiça. O próprio idealizador do projeto não esconde seu desdém pela produção acadêmica especializada e pela necessidade de estudos científicos sérios, ao afirmar que “você vão ouvir críticas de advogados e especialistas, mas temos um bom alibi, que é o Código Italiano. Buscamos fazer a lei para produzir efeitos práticos e não para agradar professores de direito penal”.⁽²³⁾

No ritmo que se marcha, com o aumento da população carcerária e avanço de um punitivismo medieval, cada vez o Estado flerta mais com a realidade descrita no conto machadiano “O Alienista”. Dentro de alguns anos será menos onerosa a construção de grande muro ao redor do país, para estabelecer que todos aqui contidos são indivíduos em situação de encarceramento, do que prosseguir no levantamento de unidades prisionais para responder imediatos anseios leigos-sociais do genérico “fim da criminalidade”.

Sob a ótica de política criminal e ainda em leitura mais direta, pela própria concepção do nosso Estado de Direito, a barganha não vem como instrumento judicial apto a sanar as deficiências estruturais, mas como forma de agravar a situação alarmante já existente no sistema prisional brasileiro. Não é à toa que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo, ao passo que o Brasil já alcançou o terceiro lugar. A máquina de chancelas de acordos, também denominada como “fast food processual”,⁽²⁴⁾ indubitavelmente contribuirá para um maior encarceramento em massa, como forma de agradar o senso comum, que aplaude qualquer medida populista punitiva e trata o investigado/imputado como inimigo da comunidade.⁽²⁵⁾ Enquanto não se buscar a implementação de uma política criminal séria, pautada por subsídios teóricos e empíricos rigorosos, se remarará com cada vez mais vigor ao abismo de uma máquina pública incapaz de atender às realidades sociais, aprofundando a dicotomia *indivíduo e cidadão* e reaquecendo o sempre existente – ainda que por vezes dormente – anseio de algumas parcelas da sociedade por um Estado autoritário.

Notas

- (1) HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The university of Chicago Press, 1981. p. 1.
- (2) Terminologia adotada em: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 23.
- (3) FOLHA DE S. PAULO. Moro anuncia mudanças em projeto anticrime para atender governadores e STF. Disponível em: <<https://bit.ly/2UNJu6T>>. Acesso em: 17 fev. 2019.
- (4) “Art. 395-A: Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas”.
- (5) No ponto, importante salientar que, resguardadas as devidas semelhanças, a proposta tratada no dito “Pacote Anticrime” e o mencionado acordo de não persecução penal previsto em Resolução do CNMP são institutos distintos, não se confundindo, portanto.
- (6) STF, ADI nº 5.793 e ADI nº 5.790.
- (7) Nos Estados Unidos, as legislações podem ser divididas em âmbito de incidência estadual e federal. Por esta razão, os números são diferentes. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Op. cit. p. 23.
- (8) RAND REVIEW. Judge Higginbotham sits on the U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit and is a member of the board of overseers of the RAND Institute for Civil Justice. Disponível em: <<https://bit.ly/2VjwXIZ>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (9) AMB; Quem somos? A magistratura que queremos. Dados disponíveis em: <<https://bit.ly/2twRBcy>>. p. 76. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (10) FOLHA DE S. PAULO. Juízes criminais apoiam proposta de Moro sobre acordo penal. Disponível em: <<https://bit.ly/2GXEQBu>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (11) Nota pública do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ). Disponível em: <<https://bit.ly/2TZfSnm>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (12) Nota pública da Associação Juizes para a Democracia. Crítica da AJD ao Pacote “Anticrime” <<https://bit.ly/2SW8MDo>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (13) Nota Pública do Coletivo “Transforma MP”: O projeto anticrime e suas inconstitucionalidades. Disponível em: <<https://bit.ly/2H0rDpN>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (14) GASCÓN ABELLAN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. p. 115.
- (15) SANTOS, Juarez Cirino. *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Lcmcad>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (16) LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization. *Thesis in Criminal Procedure*, v. 45, n. 1, winter, 2004.
- (17) BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Ando Omri. *The prisoner’s (plea bargain) dilemma*. Disponível em: <<https://bit.ly/2TYjx4J>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (18) Nota Pública da Associação Juizes para a Democracia. Crítica da AJD ao Pacote “Anticrime” <<https://bit.ly/2SW8MDo>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (19) STRECK, Lenio Luiz. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o martelo dos feiticeiros. Disponível em: <<https://bit.ly/2UXee5E>>. Acesso em: 27 fev. 2019.
- (20) INNOCENT PROJECT. Dados disponíveis em: <<https://www.innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (21) JUSTIA – US Supreme Court. Disponível em: <<https://bit.ly/2URundC>>. Acesso em: 27/02/2019.
- (22) Ao menos não que se tenha conhecimento, pelo que foi divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, não houve um estudo prévio para aferir os impactos financeiros ocasionados aos cofres públicos diante da reiterada aplicação do instituto da barganha.
- (23) VALOR. Não é fascismo endurecer penas contra crimes graves, diz Moro. Disponível em: <<https://bit.ly/2T8xTSZ>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (24) STRECK, Lenio Luiz. *Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos*. Disponível em: <<https://bit.ly/2SZLWqL>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- (25) VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e terrorismo: o progresso ao retrocesso*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 19.

Livia Yuen Ngan Moscatelli

Mestranda em Processo Penal pela USP. Pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharela em Direito pela USP. Advogada. liviamoscatelli@gmail.com

Raul Abramo Ariano

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela FGV. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela USP. Advogado. raul.a.ariano@gmail.com