

POLÍTICA DE BARGANHA NO PROCESSO PENAL

Bárbara Pinho COELHO¹

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo rebater argumentos para a não implementação da política de barganha no Brasil. Conta com investigações na esfera legal e prática com o estudo do sistema jurídico consensual internacional como nos Estados Unidos e também o nacional. Além disso, analisa como o Ministério Público vem se posicionamento a cerca dos novos desafios. Sustenta a possibilidade de alteração da Constituição Federal e na própria legislação infraconstitucional para conceder uma maior discricionariedade ao Órgão acusador, aumentar a possibilidade da justiça consensual; nega a violação dos direitos fundamentais como o Devido Processo Legal e também afasta a coação da vontade do agente – acusado para celebrar um acordo com o acusador.

Palavras-chave: Processo. Penal. Barganha. Negociação.

1 INTRODUÇÃO

A justiça consensual é uma tendência já utilizada nos Estados Unidos e em outros países da Europa com grande reflexo na criminologia moderna.

O objeto estudado a seguir é justamente o contexto da política de barganha com aspectos históricos e conceituais. Além de refutar argumentos já consolidados na escassa doutrina sobre o tema.

Embora seja uma nova maneira de instrumentalizar o processo penal é algo bastante curioso, peculiar e inovador que pode modernizar a visão processual brasileira que se adotado, ainda que gradativamente, atenderá de forma louvável nossas necessidades frente aos tribunais (juízes e Ministério Público), a sociedade e também para o próprio acusado, pois é capaz de solucionar rapidamente de forma amigável o problema, desafogando o Judiciário e oferecer uma resposta à sociedade.

¹ Discente da Pós Graduação em Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Aluna do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, barbara-advogada@outlook.com.

Logo, o principal objetivo do trabalho é mostrar argumentos favoráveis à adoção da política e afastar visões distorcidas sobre o tema, como por exemplo, a violação a direitos fundamentais.

Como metodologia foi utilizado o método dialético com o fim de negar premissas já existentes na doutrina brasileira por meio de outros argumentos legais e intencionais do próprio sistema processual penal.

Embora de maneira singela, o artigo busca dar maior atenção à política de barganha quanto a sua implementação e seu desenvolvimento no país.

2 POLÍTICA DE BARGANHA

Antes de qualquer coisa é preciso dizer que a barganha é um avanço da criminologia que já passou por diversos estágios e atualmente encontra-se em uma fase moderna.

Segundo Roberto Lyra (1964, p.39):

Criminologia é a ciência que estuda as causas, as concausas da criminalidade e a periculosidade preparatória da criminalidade; estuda também as manifestações, os efeitos da criminalidade.

Já que a criminologia estuda os reflexos do crime, a política de barganha na justiça criminal é resultado de fenômenos que se prolatam no tempo.

Sua origem foi nos Estados Unidos com a chamada *Plea Bargaining* (LANGBEIN, 1979, p. 265) que:

Se dá por meio do promotor, que utiliza do poder discricionário que lhe é conferido pelo Estado para induzir o acusado a confessar o crime para realizar o acordo penal. No acordo, o acusado renuncia o seu direito de ser julgado por um tribunal de júri para em troca receber uma sanção penal menos grave do a que ele provavelmente receberia se fosse submetido ao julgamento do tribunal do júri. O promotor oferece a indulgência diretamente ao acusado, por meio da redução da quantidade de imputações, ou indiretamente, sob a forma de recomendação para que a sentença seja reduzida com a concordância do juiz. Em troca, pela concessão da indulgência ao acusado, o promotor é dispensado de provar a culpa do acusado, e a corte é poupada de ter de julgar o caso.

Isso é possível porque a Constituição Americana por meio da IV Emenda concede ao Promotor um poder discricionário que mesmo sem regulamentação a *Plea Bargaining* é considerada constitucional pela Suprema Corte Americana (CAMPOS, 2012, p. 06).

Já no Brasil, o movimento de desencarceramento que o país vem sofrendo há alguns anos é um forte indicador da tendência da política de barganha.

Seu início foi com a possibilidade de substituição da pena trazida pelo art. 44 do Código Penal e, ainda o diploma geral consagra o instituto conhecido como SURSIS – suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Posteriormente teve maior destaque a criação do JECRIM – Juizado Especial Criminal com o advento Lei. 9.099/95 que inovou no quesito procedimento penal ao tratar dos crimes de menor potencial ofensivo (art. 61) como a suspensão condicional do processo (art. 89) e por fim, a transação penal (art. 76) que permite que o Ministério Público negocie com o acusado sua pena.

E, agora com maior ênfase a possibilidade da colaboração e delação premiada além dos acordos de leniência.

É clara a passagem de uma justiça criminal impositiva para uma justiça consensual com participação das partes e possibilidade de acordo de vontades.

A política de barganha como já dito advém desse processo de negociação do direito criminal como forma de acordo de vontades entre as partes em uma fase pré-processual que, na maioria das vezes exige a apreciação e homologação posterior do juiz.

Há quem critique esse ajuste com diversos argumentos, entre eles o Ministério Público como quarto poder; a violação do Devido Processo Legal; vício de vontade nos acordos entre outros que não devem persistir.

2.1 A Divisão de Poderes

A tripartição dos poderes da República defendida por Montesquieu foi adotada pelo poder constituinte de 1988 no art. 2º da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Ao colocar em prática o sistema de freios e contrapesos para efetivar a independência e a harmonia entre os poderes fica escancarado o cenário da justiça brasileira: o ativismo judicial.

O ativismo judicial surgiu (MIARELLI; ROGÉRIO, 2012, p. 16):

Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

Um fenômeno resumido na necessidade de tudo se levar a apreciação do Judiciário tem como consequência a superlotação dos tribunais que se deparam com situações em que, se quer há previsão legal ou qualquer outra forma de solução por meio das fontes derivadas do direito.

A política de barganha veio também como instrumento para relativizar esse ativismo e diminuir essa sobrecarga deste poder como “um dos principais meios de aceleração da resolução de processos penais é a antecipação da punição por meio de acordos e barganhas entre acusação e defesa” (FERNANDES, 2005, p. 192).

É dado ao Ministério Público, integrante do poder Judiciário e titular da ação penal, um grau de autonomia para que em comum acordo com parte (investigado) negociem consensualmente, em uma fase pré-processual, com o intuito de evitar a propositura da ação.

Toda a forma de negociar é dita pela Lei, veja no caso da colaboração premiada.

A colaboração pode ser proposta pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público (MP), ficaremos adstritos a este último. O MP ao receber o inquérito policial já possui embasamento para fazer um juízo de valor e averiguar a materialidade do fato e indícios da autoria, por isso não exerce uma negociação às escuras e motivado por seu livre arbítrio.

Esse benefício é entendido pelo Supremo Tribunal Federal como forma de obtenção de provas e consiste em um acordo consensual entre o órgão acusador e o acusado onde este se compromete em quebrar o silêncio e colaborar com as investigações com a finalidade de receber um benefício em troca.

O conceito de colaboração foi trazido pelo Ministro Dias Toffoli no HC nº. 127.483 como um negócio jurídico processual:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A colaboração premiada é prevista no nosso ordenamento jurídico em diversos diplomas legais: Lei dos Crimes contra o Sistema financeiro Nacional (Lei 7.492/1986), a Lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei 8.137/1990), Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998), Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999) e Lei Antitóxicos (Lei 11.343/2006) e a Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013).

Além disso, têm embasamento jurídico internacional sobre a colaboração no art. 26 da Convenção de Palermo diploma criado em Nova York pela Organização das Nações Unidas em 2003 que trata sobre o crime organizado internacional.

Após esse exemplo, fica claro que o MP não se tornou um quarto poder e sim um facilitador e fiscal da Lei, inclusive com uma tendência de relativização da obrigatoriedade da ação penal.

Por isso, a autonomia dada a esse órgão é necessária em tempos de humanização da justiça e necessidade de redução dos processos perante os tribunais.

2.1.1 A Violação dos Princípios Constitucionais: Devido Processo Legal e Presunção de Inocência

O princípio do Devido Processo Legal é muito importante no processo penal e foi consagrado no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

Com a justiça criminal consensual há doutrinadores como Vinícius Gomes de Vasconcellos que critica essa nova tendência argumentando que a

negociação viola o garantismo processual penal que demorou anos para ser alcançado.

Veja, esse argumento não deve prosperar. A barganha no processo penal deve ser um dos caminhos que as partes podem optar em seguir ou não, ou seja, dependerá de um acordo de vontades.

Não fere o Devido Processo Legal, pois os mecanismos utilizados estão previstos em lei e caso não sejam aceitos pelas partes o processo seguirá o rito procedimental anteriormente previsto com suas peculiaridades.

Além disso, o acusado não abre mão de seu direito fundamental à presunção de inocência previsto na Constituição Federal no art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” pois aqui, não se faz esse juízo de valor sobre a culpabilidade do agente e sim demonstra com fortes indícios a autoria e a materialidade do fato que, se não acordado consensualmente uma punição ou qualquer outra restrição se tornará uma ação penal com grandes chances de se encerrar em uma sentença penal condenatória.

Por mais que se reconheça a presunção de inocência como um princípio basilar no processo penal nos acordos de colaboração premiada, por exemplo, existe a possibilidade de negociação entre as partes (acusador e acusado) diante de uma situação de clara culpabilidade (onde qualquer homem-médio se convenceria, inclusive o magistrado) do agente, o que por fim, acaba sendo mais benéfico para ele.

Neste sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a homologação do acordo de colaboração fica restringido apenas a verificação da legalidade do acordo e do consentimento do acusado, como no HC 127.483/PR, o voto do Ministro Teori Zavaski:

(...) o âmbito da cognição judicial na decisão que homologa o acordo de colaboração premiada é limitado ao juízo a respeito da higidez jurídica desse ato original. Não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas, muito menos investigar ou atestar a veracidade ou não dos fatos contidos em depoimentos prestados pelo colaborador ou das informações trazidas a respeito de delitos por ele revelados. É evidente, assim, que a homologação judicial do acordo não pressupõe e não contém, nem pode conter, juízo algum sobre a verdade dos fatos confessados ou delatados, ou mesmo sobre o grau de confiabilidade atribuível às declarações do colaborador, declarações essas

às quais, isoladamente consideradas, a própria lei atribuiu escassa confiança e limitado valor probatório.

O juiz ao homologar a colaboração premiada, que é um meio de negociação entre o Delegado ou Ministério Público com o investigado checa a regularidade em que se deu o acordo, se foram observados os requisitos legais, além de se ater a questão do vício de vontade das partes.

Desta forma, não há violação do princípio constitucional do Devido Processo Legal e nem abuso das partes já que passa pelo crivo do Judiciário.

2.2 O Vício de Vontade nos Acordos

Muito se sabe que em meio a tempos de Operação Lava-Jato uma das principais ações capazes de evoluir o processo penal brasileiro, a negociação se tornou comum.

A negociação no processo penal surge de um acordo de vontade entre as partes acusador-acusado e, por ser um negócio jurídico processual a vontade deve ser autônoma, livre, consciente.

Há quem sustente a ideia de que o acusado já está em uma situação de coação de sua vontade diante de uma possibilidade de prisão.

A coação é tratada pelo Direito Civil dentro do campo de negócio jurídico e conceituada como (GONÇALVEZ, 2006, p. 383):

Toda ameaça ou pressão injusta exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a praticar um ato ou realizar um negócio. O que a caracteriza é o emprego da violência psicológica para viciar a vontade. Não é coação, em si, um vício da vontade, mas sim o temor que ela inspira, tornando defeituosa a manifestação de querer do agente.

Em uma fase pré-processual não é condição da prisão preventiva a não aceitação da negociação com o Ministério Público, ou seja, se o acusado não aceitar a barganha não necessariamente será preso por este único motivo.

Outro argumento que deve rebater a coação de vontade é que também não é requisito para a prisão temporária a negociação anterior. Desta forma, o

sujeito que realiza um acordo de colaboração premiada não deve ser preso temporariamente, pois não é imprescindível para a investigação criminal (art. 1º, I da Lei 7.960/89), por exemplo, já que este decide assumir a responsabilidade de boa fé para contribuir com o processo e claro, com a investigação.

Consequentemente em uma negociação onde o acompanhamento técnico é indispensável qualquer que seja a violação causada pelo Ministério Público será averiguada e levada à apreciação do Poder Judiciário com a finalidade de garantir que os acordos ocorram da forma mais correta, lícita e satisfatória para ambas as partes.

3 CONCLUSÃO

É fácil perceber que a política de barganha é uma tendência no processo penal brasileiro. Este instituto de origem americana tem seus diversos moldes a depender da política de cada lugar que lhe adota.

Com o estudo da criminologia em alta em nosso país é clara a necessidade de resposta a sociedade de forma eficaz e até um desafogamento do poder Judiciário, a justiça consensual tem sido uma saída plausível.

Os acordos de vontades são previstos na nossa legislação em vários diplomas espalhados que se aperfeiçoaram conforme a necessidade e a evolução do processo penal. Entre eles podemos elencar a suspensão condicional do processo, a transação penal, os acordos de leniência, delação e colaboração premiada, cada instituto com suas peculiaridades do caso concreto.

Embora muito se critique a adoção desse novo meio de procedimento penal é perfeitamente possível à adoção pelo Judiciário brasileiro.

Não fere a divisão dos poderes da República e nem torna o Ministério Público o quarto poder da nação, porque este atua nos limites da lei tendo a sua discricionariedade limitada. O MP só conseguirá efetivamente realizar acordos após uma mudança legislativa para desobrigar a ação penal.

Além disso, nada interfere nos princípios constitucionais do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência já que o acordo pode não ser aceito

pela parte que sentir-se prejudicada além de passar pelo crivo do juiz que checará a legalidade e o desenvolver do acordo.

Por fim, o acordo é livre de coação. Embora não se faça na presença do juiz, a liberdade das partes deve ser respeitada. A presença de defensor técnico é indispensável nessa justiça consensual, este poderá auxiliar seu cliente diante de eventual ilegalidade que ocorrer, inclusive com a recusa do acordo.

O Brasil está caminhando para a adoção de uma política de barganha cada vez mais dialogada, eficiente e capaz de solucionar problemas com maior rapidez, o que é extremamente interessante e merece cada vez mais estudos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. Decreto-Lei Nº 3.689 de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasil: Senado, 1941.

_____. Decreto Nº 5015 de 12 de Março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Brasil: Senado, 2004.

_____. Lei Nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Brasil: Senado, 1995.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual; Entre os Ideais de Funcionalidade e Garantismo. Custos Legis**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. VOL. IV, 2012. ISSN 2177-0921

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LANGBEIN, John H. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. Faculty Scholarship Series. Paper 544. Yale Law School, 1979.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Científico – Criminologia**. José Konfino, 1964.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de Direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

STF. **Habeas Corpus nº 127.483/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli .DJ:27/08/2015, 2015. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>.
Acessos em: 31 de Agosto de 2018.