



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A instituição da barganha como método de solução dos conflitos penais tem sido ventilada no Brasil há tempos, sendo que o Projeto de Lei n.º 8045/10, que trata do novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal e em tramitação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, dispõe, em seu artigo 283 da possibilidade de acerto entre defesa e acusação com a aplicação imediata de pena, estipulando limites objetivos para ocorrência do ajuste.

Quando da tramitação do Projeto de Lei n.º 4850/2016, vulgarmente conhecido como 10 medidas contra a corrupção, inseriu-se a possibilidade do acordo penal sem que tivesse tal previsão no documento inaugural do PL, tendo o plenário da Câmara dos Deputados afastado, em votação destacada, a possibilidade de negociação penal.

Recentemente, o novo Ministro da Justiça anunciou sua intenção de simplificar a legislação processual penal através da plea bargain.

A estrutura constitucional brasileira tem, como pedra de toque, o devido processo legal, não se admitindo a imposição de pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*). Tanto é assim que a Resolução n.º 181/2007 do CNMP, a qual, de forma surpreendente, criou o acordo de não persecução penal, é alvo de arguições de inconstitucionalidade, pendentes de julgamento no STF (ADI 5790 e 5793), as quais não se resumem a flagrante afronta aos art. 22, I, e 130-A da Carta da República (competência privativa da União para legislar sobre processo penal e violação da finalidade do CNMP), mas apontam, dentre outros, a violação à garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, desqualificando um dos poderes da República, qual seja, o Judiciário.

Intrigante, no entanto, que a barganha no processo penal, gerida em solo estadunidense, é objeto de duras críticas, seja na perspectiva de que se trata mais de coação do que de um acerto de vontades, levando inocentes a confessar delitos que não cometeram, especialmente em razão do excesso de acusação (*overcharging*), além da falta de critérios objetivos sobre quais casos podem ser objeto do ajuste penal.

Nesse ponto, importante lembrar que o *overcharging* é utilizado rotineiramente na prática judiciária brasileira pelo Ministério Público, fato demonstrado pela Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro, a qual esquadrinhou 3.167 processos com imputações dos delitos dos artigos 33, 34, 35, ou 37 da Lei 11.343/06, constatando que em 42,7% dos processos (1.595 casos), a imputação contida na denúncia cumulava os delitos do art. 33 e 35 da Lei de Drogas, sendo que 40,2% só havia a indicação do art. 33. Quando da análise das sentenças, observa-se que apenas em 27,1% dos casos ocorreu a condenação no delito associativo (art. 35), o que significa, em números absolutos, 783 condenações, ou, 812 absolvições.

Não se pode perder de vista a experiência cotidiana da aplicação do instituto da transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, a demonstrar que a acusação oferta a aplicação imediata de pena sem qualquer filtro prévio, tornando rotina a proposta de acordo em fatos atípicos ou de bagatela.

Causa espécie, ainda, que o modelo norte americano de acordo penal, em que se inspiram os defensores da barganha, a vítima é totalmente deixada de lado, eis que a negociação é estabelecida unicamente entre acusador e acusado, característica de vai de encontro ao que preceitua o Projeto do Novo Código de Processo Penal, que tem um título específico sobre os direitos das vítimas.

Não há como se perder de vista a relação direta entre o plea bargaining e o aumento da população prisional norte americana, o que levou a recente aprovação do First Step Act, norma que pretende iniciar a alteração do sistema processual estadunidense, já que há consenso entre os defensores da lei-e-ordem e os progressistas de que o modelo de justiça criminal se esgotou. Bom lembrar que o STF já declarou o ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL do sistema penitenciário pátrio (ADF 347/2015), donde se aponta para o estabelecimento de políticas liberatórias, com outras formas de responsabilização que não favoreçam ao encarceramento.

Note-se, ainda, que a Suprema Corte estadunidense, ao deliberar sobre a constitucionalidade do acordo penal (*Brady v. USA*, 1970), estipulou as seguintes condições para validade do ajuste: “a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos; b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre o seu rigor e fidelidade às admissões do acusado”.

Sobre esse último ponto destacado pelo órgão máximo do judiciário norte americano - a presença de uma defesa técnica efetiva -, necessário relembrar que o número de Defensores Públicos no Brasil não satisfaz a exigência constitucional expressada na Emenda n.º 80, de 04 de junho de 2014 - um defensor público para cada órgão jurisdicional -, apontando para a necessidade prévia de corrigir essa distorção para fortalecer a defesa criminal, especialmente diante da possibilidade de adoção de instituto processual de tão nocivo alcance como a barganha.

Dessa forma, não nos parece razoável que se discuta a introdução no processo penal brasileiro da barganha sem que tal discussão esteja vinculada a mudanças profundas no processo penal brasileiro, não se podendo tratar isoladamente do instituto em questão ante toda a controvérsia que o envolve, não descuidando do fato de que os norte-americanos já caminham no sentido de ultrapassá-lo devido aos seus graves efeitos colaterais.