XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.

- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?

- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutiva do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

“PACOTE ANTICRIME”: UMA ANÁLISE DA TRANSPOSIÇÃO DO INSTITUTO DA PLEA BARGAINING PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

“ANTICRIME PACKAGE”: AN ANALYSIS OF THE TRANSPOSITION OF THE PLEA BARGAINING INSTITUTE FOR THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth [1]
Joice Graciele Nielsson [2]

Resumo

O artigo analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito? O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, o artigo visa a estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa. Utiliza-se o método de pesquisa fenomenológico-hermenêutico.

Palavras-chave: Processo penal, Garantias processuais, Plea bargaining, Eficientismo, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the transposition, for the Brazilian penal process, of the plea bargaining institute, questioning to what extent does the aforementioned transposition appear as a manifestation of an efficient process model that violates the guarantees established in a Democratic State of Law? The article is structured in two sections. In the first one, we seek to analyze the institute from a conceptual perspective; in the second, aims to establish a critique of the institute and its "transposition" to Brazilian reality, seeking to highlight the efficiency logic that underlies the proposed legislative amendment. The phenomenological-hermeneutic method of research is used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal proceedings, Procedural guarantees, Plea bargaining, Efficiency, Democratic state of law

---

[1] Doutor em Direito Público (UNISINOS); Coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos - Mestrado e Doutorado - da UNIJUÍ. Professor da UNIJUÍ e da UNISINOS.

[2] Doutor em Direito Público (UNISINOS); Professora do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos - Mestrado e Doutorado - da UNIJUÍ.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O denominado "Pacote Anticrime", proposto em fevereiro de 2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) brasileiro, é composto por dois Projetos de Lei e um Projeto de Lei Complementar que visam à alteração de quatorze Leis penais – dentre as quais estão o Código Penal e o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei dos Crimes Hediondos. Sob a justificativa de "adequação" da legislação penal brasileira às novas formas assumidas pela criminalidade na contemporaneidade, o "pacote" legislativo tem por objetivo diminuir a sensação de impunidade, conferindo maior agilidade ao cumprimento das penas e dotando o Estado de maior eficiência na persecução penal.

Referidas "agilidade" e "eficiência" pressupõem, dentre outras medidas polêmicas, a "importação", para o processo penal brasileiro, de medidas de cunho consensual que já são realidade, principalmente, no contexto norte-americano. Um desses mecanismos é o instituto da *plea bargaining* assunto com o qual se ocupa o presente artigo.

Parte-se, na investigação, da seguinte questão orientadora (problema de pesquisa): em que medida a transposição do instituto da *plea bargaining* para o processo penal brasileiro se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas em favor do acusado em um modelo típico de Estado Democrático de Direito, as quais passam a ser tratadas como meros "entraves" à persecução penal?

Para responder ao problema de pesquisa, o artigo encontra-se estruturado em duas seções que correspondem, respectivamente, aos seus objetivos específicos. Na primeira, busca-se analisar o instituto da *plea bargaining* a partir da perspectiva conceitual, apresentando, também, o modo como o instituto é "transposto" para a legislação brasileira no bojo do "Pacote Anticrime" encaminhado ao Congresso Nacional pelo MJSP; na segunda parte, o artigo visa a estabelecer uma crítica ao referido instituto e à sua "transposição" à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à proposta de alteração legislativa e seus impactos sobre as garantias processuais penais asseguradas constitucionalmente.

O método de pesquisa empregado na investigação é o fenomenológico-hermêutico, o qual "representa a superação do domínio da metafísica no Direito" (STEIN, 2004, p. 168), haja vista não se constituir pela sua exterioridade e exclusiva tecnicidade, mas, sim, "se liga tanto mais à discussão das coisas em si mesmas, quanto mais amplamente determina o movimento básico de uma ciência" (STEIN, 2001, p. 162). É a partir da fenomenologia – no caso, pelo seu viés hermenêutico – que, conforme Stein (2001, p. 169), se dá acesso "ao

fenômeno no sentido fenomenológico", ou seja, que se possibilita o desvelamento daquilo que "primeiramente e o mais das vezes não se dá como manifesto".

A metodologia escolhida considera a aproximação do sujeito-pesquisador com o objeto-pesquisado, pois, ao tempo em que a fenomenologia busca enxergar as coisas nelas mesmas, a hermenêutica visa ao ato de compreender com fulcro na condição constitutiva do ser no seu sentido de historicidade. Dessa forma, consoante Stein (2001, p. 187-188), o "ser-aí é, em si mesmo, hermenêutico, enquanto nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica", motivo pelo qual a compreensão não se realiza a partir de um ponto zero do pensamento, mas, sim, decorre de uma constante.

2 *PLEA BARGAINING*: CLAROS-ESCUROS DE UM INSTITUTO EM "TRANSPOSIÇÃO" PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em uma tradução livre, a expressão "*plea bargain*" significa "negociação de confissão" ou "barganha de confissão". No âmbito processual penal, designa a inserção de um espaço maior para o consenso, por meio de acordos pelos quais o Ministério Público induz o indivíduo a confessar sua culpa e renunciar ao seu direito a um julgamento, em troca de uma sanção penal mais branda do que aquele que eventualmente seria aplicada ao fim do processo (LANGBEIN, 1978).

De acordo com Gioacomolli e Vasconcelos (2015, p. 1111), o instituto sob análise é ilustrativo de um fenômeno que representa uma propensão "do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal", o que se dá pela via do reconhecimento da culpabilidade ou, ainda, da incriminação de terceiros, com vistas "a facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas licitamente produzidas pelo acusador público – e anular a postura defensiva de resistência à denúncia."

De acordo com Rapoza (2013, p. 212),

> no *plea bargain*, o destino tanto da acusação como da defensa está nas mãos das "partes", que podem escolher exercer os seus direitos processuais ou prescindir deles em troca de um benefício correspondente. Aquilo que faz da interacção uma *bargain* reside naquilo de que cada parte está preparada para abdicar em troca daquilo que considera ser um resultado satisfatório.

Esse modelo de transação advém de países cujo sistema jurídico é o *Common Law*, nos quais o direito se modifica de acordo com os novos entendimentos jurisprudenciais e o

conjunto de precedentes vincula as futuras decisões. A regulamentação da *plea bargaining* é intrinsicamente influenciada "por tônicas liberais e notadamente [...] [voltada] para a questão do mercado e da eficiência de resultado." (SARAIVA, 2019, p. 172).

O conceito do instituto pode ser entendido como uma medida despenalizadora oferecida mediante negociação e pode se "subdividir, dependendo do momento pré, no transcurso, ou, pós o processo, e carecer, conforme ou não da necessidade do caso, ou mesmo por imposição legal, o reconhecimento de culpa." (SARAIVA, 2019, p. 169).

Assim, a *plea* se divide em *sentence bargaining* – negociando a sentença – e *charge bargaining* – barganhando a acusação. A primeira consiste na negociação por uma sentença, configurando um método por meio do qual o promotor concorda em recomendar uma sentença mais branda para as acusações, caso o réu se declare culpado ou não as conteste. O acusado se declara culpado (*guilty*) ou apenas não contesta a acusação (*no contest*) em troca de uma recomendação de sentença feita pela promotoria ao juiz, para que aquele não vá para a prisão. Já a *charge bargaining* configura-se como um método por meio do qual os promotores concordam em retirar algumas acusações, ou, ainda, reduzi-las em troca de uma confissão. O réu pleiteia pela condenação a um crime menos grave, ainda que não o tenha cometido. (BERMAN, s.a.).

Ademais, existem outros dois tipos de negociação: a *count bargaining* – negociando a soma – e a *fact bargaining* – negociando fatos. Na primeira, o réu busca a condenação por apenas uma das acusações originalmente propostas, ou seja, "o acusado pleiteia por uma acusação ou mais que a original e a promotoria retira as restantes." (SCHWARTZBACH, s.a. p. 1, tradução nossa[1]). Na segunda, o réu pede que a promotoria relativize os fatos para diminuir a sentença em troca da *plea*. Por exemplo: um sujeito é detido com cinco quilos cocaína e é acusado por tráfico de drogas, "cinco quilos de cocaína resultam em uma sentença envolvendo muitos anos na prisão, então [...] [o sujeito] concorda com a confissão de culpa para o crime de tráfico em troca da promotoria estipular que ele possuía menos do que cinco quilos." (SCHWARTZBACH, s.a. p. 1, tradução nossa[2]).

No Brasil, o instituto da *plea bargaining* é contemplado, com algumas peculiaridades – tanto na forma *charge bargaining* quanto na forma *sentence bargaining* –, no bojo do "Pacote Anticrime" encaminhado, em fevereiro de 2019, pelo MJSP, ao Congresso Nacional.

---

[1] No original: "the defendant pleads to only one or more of the original charges, and the prosecution drops the rest." (SCHWARTZBACH, s.a. p. 1).

[2] No original: "five kilograms triggers a sentence involving many years in prison, so [...] [the subject] agrees to plead guilty to the offense in exchange for the prosecution's stipulation that he possessed less than five kilograms." (SCHWARTZBACH, s.a. p. 1).

A *charge bargaining* encontra-se disciplinada no art. 3º do projeto de Lei que visa à inserção, no Código de Processo Penal brasileiro, do art. 28-A, o qual dispõe que o Ministério Público ou o querelante poderão "propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento", desde que "o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos", exigindo-se, outrossim, o cumprimento de algumas condições que poderão ser ajustadas de modo cumulativo ou alternativo. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Dentre essas condições estão o dever de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo em caso de impossibilidade (inciso I), a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pela acusação como instrumentos, produtos ou proveitos do crime (inciso II), a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (inciso III), o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social (inciso IV) e o cumprimento de outras condições estabelecidas pelo Ministério Público, desde que sejam proporcionais e compatíveis com a infração imputada (inciso V). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Nos termos do § 2º do dispositivo em comento, não se aplicará o instituto quando cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais (inciso I), em casos nos quais o investigado for reincidente ou quando houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo em caso de infrações insignificantes (inciso II), quando o agente já tiver sido beneficiado com a aplicação do instituto, bem como pela transação penal ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores à prática da infração (inciso III) e quando os "os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida (inciso IV). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Do ponto de vista procedimental, o acordo de não persecução penal será formalizado por escrito, sendo firmado pelas partes (§3º), sendo homologado em audiência "na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade" (§4º), não constando de certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir novo acordo (§12). Uma vez cumprido o acordo, o juízo decretará extinta a punibilidade (§13). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Caso o juiz não considerar adequadas ou julgar insuficientes as condições propostas no acordo, determinará a devolução dos autos ao Ministério Público para reformulação da proposta, mediante concordância do acusado e seu defensor (§5º). A execução do acordo homologado será feita pelo Ministério Público perante o juízo da execução penal (§7º) e o seu descumprimento deverá ser comunicado pelo órgão ministerial ao juízo com vistas à sua rescisão e posterior oferecimento da denúncia (§10), sendo que o referido descumprimento "poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo" (§11). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

O juiz poderá recusar a homologação do acordo quando ele não atender aos requisitos legais ou na hipótese de não adequação da proposta nos termos do §5º (§7º) e, nesse caso, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que seja analisada a necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da inicial acusatória (§8º). Durante a vigência do acordo não correrá prescrição (§14). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Já a *sentence bargaining* é contemplada no "Pacote Anticrime" quando proposta a inserção, no Código de Processo Penal brasileiro, do art. 395-A, o qual prevê que "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." Para que o acordo em questão seja realizado alguns requisitos são exigidos no §1º do dispositivo, a saber: confissão da prática da infração penal (inciso I), requerimento no sentido de que a pena de prisão "seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz" (inciso II) e manifestação expressa das partes na dispensa de produção das provas indicadas e de renúncia ao direito de interpor recurso (inciso III) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

O §2º do dispositivo sob análise dispõe sobre a possibilidade de diminuição das penas pela metade, alteração do seu regime de cumprimento ou, ainda, a substituição da pena de prisão por pena restritiva de direitos, observadas a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a solução rápida do processo. Eventual cominação de pena de multa deverá constar do acordo (§3º), assim como a destinação de produto, proveito da infração ou bem de valor equivalente (§4º). O §5º prevê que, quando a infração tiver vítima, o acordo deverá estabelecer valor mínimo para a reparação dos danos

por ela suportados, o que não elide o direito de pleitear indenização complementar na esfera cível. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

No que diz respeito aos aspectos procedimentais do acordo nesta fase do procedimento, o §6º do dispositivo em análise prevê que a sua homologação será realizada em audiência "na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade", sendo que não haverá homologação se o juiz constatar que a proposta de penas "formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal" (§7º). Uma vez homologado, o acordo é considerado sentença condenatória (§8º); caso não homologado, será desentranhado dos autos, ficando vedadas quaisquer referências aos seus termos e condições (§9º) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Quando o acusado for reincidente ou quando haver nos autos "elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas" – reza o §10. Por fim, o §11 dispõe que o acordo, para ser celebrado, requer concordância de todas as partes, não sendo a discordância passível de suprimento por decisão judicial; dispõe, ainda, que o Ministério Público ou o querelante "poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal." (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019b).

Feita esta análise de caráter conceitual e dos moldes como se propõe a transposição do instituto da *plea bargaining* para o processo penal brasileiro, passa-se, na sequência, a analisar o instituto a partir de uma perspectiva crítica, buscando evidenciar e relação deste "movimento" com a lógica eficientista que tem orientado a expansão punitiva contemporânea, em detrimento das garantias do acusado típicas de um modelo de processo comprometido com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

3 A *PLEA BARGAINING* EM PERSPECTIVA CRÍTICA: A LÓGICA EFICIENTISTA SOBREPOSTA ÀS GARANTIAS

De acordo com Rapoza (2013, p. 209), a imagem do sistema de administração da justiça criminal dos Estados Unidos (imortalizada pela "exportação" dos dramas *hollywoodianos* de "tribunal" – que apresentam doze pessoas sentadas numa bancada de júri decidindo o destino do réu) está bastante desatualizada: "essa imagem foi substituída por uma

em que um arguido e o seu advogado comparecem perante um juiz, com o Ministério Público a informar o tribunal de um acordo a que as partes chegaram." Ou seja, atualmente, "o caso típico é geralmente resolvido através de um acordo do qual ambos os lados retiram benefícios." Tal a magnitude da utilização do sistema sob análise no contexto norte-americano, que "noventa e quatro por cento de todas as condenações dos estados e noventa e sete por cento de todas as condenações federais são resultado de *guilty pleas*." (RAPOZA, 2013, p. 208).

Analisando a aplicação da *plea bargaining* na realidade norte-americana, Goldstein (1975, p. 684-685), a partir da teoria do sociólogo e cientista político Harold Dwight Lasswell, refere que "a noção de liberdade deve ser 'o principal objetivo da política no que se refere ao nosso corpo político' e o respeito pela dignidade da pessoa humana deve ser a principal preocupação." (GOLDSTEIN, 1975, p. 684-685, tradução nossa[3]). Neste marco, a dignidade da pessoa humana seria o gênero do qual a liberdade é a espécie. Ao analisar a obra de Lasswell, Goldstein (1975, p. 685, tradução nossa[4]) explica sucintamente os três sistemas – ou caminhos processuais possíveis – adotados pelo ordenamento jurídico estadunidense: "(a) aprisionamento baseado na conduta criminosa, (b) consentimento informado para terapia médica ou experimentação e (c) transação – negociação – para uma confissão de culpa."

Todos os caminhos envolvem uma relação entre o Estado e o réu na qual aquele designa um agente público com todas as habilidades e treinamento necessários para aplicar a força coercitiva do Estado, em prol da "ordem pública", em face deste. Nessa relação, pode o agente público ser mais dominante em face do vulnerável – o acusado – diante das circunstâncias (GOLDSTEIN, 1975). Dessas três transações, a barganha feita entre o réu e o Ministério Público para obter uma confissão de culpa é a mais polêmica e controversa. Com efeito,

> trata-se de um processo conduzido não por apenas uma autoridade, mas por três: promotores, juízes, e defensores – em sua relação com o cidadão acusado. A acusação que conduz o cidadão à transação não é diversa daquela que geralmente leva o cidadão a contatar com seu médico. A diferença crítica é, claramente, que a acusação não intitula uma escolha em que seja possível ignorar, logo, não há como evitar o estabelecimento de contatos com as autoridades. Em resumo, as relações

[3] No original: "Lasswell's work affirms the notions that freedom must be 'the over riding goal of policy in our body politic' and that respect for human dignity must be the ultimate concern." (GOLDSTEIN, 1975, p. 684-685).

[4] No original: "(a) entrapment into criminal conduct, (b) informed consente to medical therapy or experimentation and (c) bargaining for a guilty plea." (GOLDSTEIN, 1975, p. 685).

> não são voluntárias; elas não resultam de forças da natureza, mas da força do estado. (GOLDSTEIN, 1975. p. 699, tradução nossa[5]).

A principal crítica dos países contrários ao uso dessa transação recai pontualmente nessa (in)voluntariedade na participação do processo já criado com o fim de obter um acordo no qual a concordância se traduz em uma declaração de culpa – tal como se propõe no bojo do "Pacote Anticrime" brasileiro, consoante análise empreendida no tópico precedente.

Ora, é cediço que, em um modelo de processo penal que se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito, para um "acordo" de tal viés ser considerado válido, dois requisitos devem ser preenchidos: a voluntariedade e a plena consciência do que foi acordado. No entanto, do modo como a *plea bargaining* é aplicada no âmbito norte-americano e – como demonstrado – proposta no contexto brasileiro, ambos os requisitos não são observados.

Uma pesquisa foi realizada sobre a aplicação do instituto pelo *The Washington Post*, em 2018, com base nos dados oferecidos pelo *National Registry of Exoneration*. O jornal publicou como o rito para a aferição de culpa do acusado se dá: um sujeito é acusado de um grave crime e tem seu defensor público constituído; geralmente, a primeira conversa entre o advogado e o cliente acontece na prisão; na oportunidade de visitação, o defensor precisa apresentar todos os caminhos possíveis para o réu, esclarecendo as consequências iminentes; o acusado precisa decidir sobre seu futuro sentado em uma cela; a promotoria oferece a *plea bargaining* que expira em um período muito breve; ao aceitar o acordo, o sujeito sairá do *entrapment* mais rapidamente do que se optasse pelo julgamento; quando a oferta expira, é dado início ao julgamento (WASHINGTON POST, 2018).

As testemunhas da acusação são ouvidas e restam dúvidas quanto à confiabilidade de seus testemunhos; todo esse processo é feito "no escuro" porque não é possível saber o quão confiáveis são os depoimentos; seria mais simples se o defensor apenas perguntasse o que aconteceu para o acusado, entretanto, pessoas inocentes não podem dizer com precisão o que aconteceu porque, na maioria das vezes, eles não sabem; ciente disso, o advogado apresenta as opções; a primeira opção é ir a julgamento, porém, o juiz o detém na prisão durante todo o processo que pode levar meses – ou anos, a depender da complexidade –; é possível que o cliente ganhe, mas caso ele perca, pode continuar na cadeia por décadas; a segunda opção

[5] No original: "It concerns the conduct not just of a single authority but of three prosecutor, trial judge, and defense counsel - in their relationship to the accused citizen. The accusation which brings the citizen into this transaction is not unlike the illness which generally brings the citizen into contact with his physician. The critical difference is, of course, that the accused is not entitled to choose to ignore the accusation and thus to avoid establishing contact with the authorities. In short, the relationships are not voluntary; they result not from the forces of nature, but from state force." (GOLDSTEIN, 1975. p. 699).

possível é aceitar a oferta de acordo – o que significa ir para casa com maior brevidade (WASHINGTON POST, 2018).

Desse modo, não causa nenhuma estranheza o fato de que 95% das pessoas aceitam quaisquer propostas feitas pela promotoria. Ainda, 49% dos acusados por homicídio e 66% dos suspeitos por crimes envolvendo drogas e entorpecentes aceitam os acordos. É uma decisão impossível que o réu deve tomar às pressas e em circunstâncias em que o "*guilty*" ou "*no contest*" é quase uma "não opção" (WASHINGTON POST, 2018).

Diante disso e com o apoio de parte da doutrina americana, foi aprovada a Proposição nº 8, na Califórnia, em 1982. Esse regulamento determinava que a *information* – informação – ou o *indictment* – indiciamento – em relação a determinados crimes considerados mais graves não viabilizariam a negociação. (BERMAN, s.a., p. 2). Nesse sentido, a *Section 1192.7(c)* arrolava os crimes que são considerados graves (como, por exemplo, assassinato ou homicídio voluntário; estupro; sodomia por força, violência, coerção, ameaça; copulação oral por força, violência, coação, ameaça; ato lascivo em uma criança menor de 14 anos de idade; entre outros). (CALIFORNIA, 1982, p. 1). Ainda, a Section 1192.7(2) elencava a utilização excepcional da medida:

> negociação judicial em qualquer caso com acusação ou informação que envolva qualquer crime grave, qualquer crime que seja alegado o uso de arma de fogo pelo réu, ou qualquer crime em que o réu esteve dirigindo sob a influência de álcool, drogas, narcóticos, ou qualquer outra substância entorpecente, ou qualquer combinação dessa espécie, é proibida, a menos que haja insuficiência de evidência para provar o caso, ou um testemunho materialmente relevante não possa ser obtido, ou uma redução ou demissão não resultaria em uma mudança substancial na sentença." (CALIFORNIA, 1982, p. 1, tradução nossa[6]).

Entretanto, os críticos dessa excepcionalidade pressionaram o Estado até que fosse efetivada a revogação da Proposição. Como visto, há diversas críticas ao instituto da *plea bargaining* na realidade dos Estados Unidos. A principal delas reside na constatação de que este sistema favorece a opressão do acusado para que haja um acordo. De fato, partindo-se do pressuposto de que o órgão de acusação é o ente mais forte na relação processual penal, este sistema se afigura injusto, na medida em que sua aplicação significa uma verdadeira imposição ao réu em aceitar a transação proposta. Ao contrário do que propalam seus

[6] No original: "2) Plea bargaining in any case in which the indictment or information charges any serious felony, any felony in which it is alleged that a firearm was personally used by the defendant, or any offense of driving while under the influence of alcohol, drugs, narcotics, or any other intoxicating substance, or any combination thereof, is prohibited, *unless there is insufficient evidence to prove the people's case, or testimony of a material witness cannot be obtained, or a reduction or dismissal would not result in a substantial change in sentence."* (CALIFORNIA, 1982, p. 1, grifo nosso).

defensores, o acordo, nesse contexto, não se afigura como uma *alternativa*, evidenciando a situação de desvantagem à qual é conduzido o acusado que realiza – sob pressão – o acordo (LEITE, 2009).

Ademais, "o *plea bargaining* é grandemente baseado na culpa do arguido considerada como um 'dado', em que a única questão significativa é o grau de sancionamento a ser imposto" (RAPOZA, 2013, p. 217), o que denota uma grave violação ao princípio da presunção de inocência. Com efeito, ao admitir sua culpa, o acusado renuncia à presunção de inocência e, ao mesmo tempo, ao correspondente direito – decorrente do devido processo legal – de exigir que o Ministério Público faça a prova da sua culpa em julgamento.

Por outro lado, também se critica o fato de que o instituto cria "dois pesos e duas medidas", uma vez que os acusados pelos mesmos crimes podem vir a receber penas diferenciadas, em afronta ao princípio da igualdade. Com efeito, os indivíduos que se declaram culpados, neste sistema, recebem penas muito mais brandas que aqueles que optam pelo curso regular do processo. Com isso, fazer valer a garantia constitucional ao devido processo legal pode representar o risco de sofrer uma sanção mais severa (LEITE, 2009).

Sob esse enfoque, não se pode deixar de sopesar o fato de que o instituto ora analisado se destina – em especial nos termos da proposta de alteração legislativa brasileira – "para aquela criminalidade mais aquilatada economicamente". Em outras palavras, pode-se afirmar que se trata de um instrumento elitista próprio de "um sistema que privilegia sua adoção apenas em situações especiais e em crimes especiais, como nos casos de lavagem de dinheiro, de crimes tributários e de delitos relacionados ao comércio de estupefacientes e de corrupção." (WEDY, 2016, p. 356).

Sobre a aplicação seletiva do instituto no contexto dos Estados Unidos, a obra de Alexander (2017) evidencia o quanto ela acaba por reforçar o racismo estrutural presente naquela sociedade e chancelado, desse modo, pelo sistema de justiça criminal. Da mesma forma, Bischarat (2018, p. 266-267), com base em dados levantados em 1991 pelo jornal norte-americano *San Jose Mercury News* acerca de 700 mil casos criminais da Califórnia ocorridos entre 1981 e 1990, demonstra uma grande disparidade racial relacionada à aplicação da *plea bargaining*:

> seis por cento dos brancos, comparados a quatro por cento dos não-brancos, ganharam casos onde os promotores retiraram por completo as acusações, seguindo o que é considerado o "interesse da justiça". Da mesma forma, a 20% dos réus brancos foi dada a opção de participar de um programa de reabilitação fora do cárcere, em comparação a 14% dos negros em situação similar e 11% dos latinos e hispânicos.

Ora, em um contexto como o brasileiro, profundamente marcado pela seletividade punitiva (ALMEIDA, 2018; ANDRADE, 2015; BATISTA, 2011; FLAUZINA, 2008; GÓES, 2016; THOMPSON, 1998; WERMUTH, 2011), a transposição do instituto – como proposta no "Pacote Anticrime" analisado – serviria para reforçar, ainda mais, a monotonia cromática dos corpos majoritariamente perseguidos pelo sistema penal. Com efeito, no Brasil, a seleção dos "clientes" do cárcere é retratada pelos seguintes elementos e índices: homem (95%), jovem (55%), negro (64%), escolaridade de até ensino fundamental incompleto (61%), solteiro (60%), acusados ou condenados por delitos de roubo e furto (37%) e tráfico de entorpecentes (28%) (INFOPEN, 2017).

Também não se pode deixar de considerar, nas discussões acerca do instituto da *plea bargaining*, a presença de uma nítida influência da lógica eficientista que tem orientado profundas mudanças no processo penal na contemporaneidade, tanto em âmbito internacional quanto em âmbito doméstico[7]. Cada vez mais "tempo é dinheiro" e, nesse sentido, a medida em questão está diretamente relacionada ao objetivo de "lucro" que um modelo de Estado pautado pela lógica neoliberal[8] espera do Direito Processual Penal. A obtenção de vantagens econômicas, nesse contexto, pressupõe o "aceleramento" do processo, transformando a liberdade do ser humano em um verdadeiro negócio de direito privado (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015).

Como salienta Walsh (2017), a barganha está diretamente relacionada com o pensamento economicista: se os julgamentos são caros e demorados, afigura-se como "racional" o fato das duas partes – acusação e defesa – obterem um resultado mais rápido e, consequentemente, barato, a partir de um acordo por meio do qual o Ministério Público "oferece" ao autor da infração um acusação mais leve caso ele admita a culpa e renuncie ao processo – total ou parcialmente. No mesmo sentido, Rapoza (2013, p. 210) assevera que, no

[7] Sobre o tema, sugere-se a leitura de Wermuth (2018).

[8] Dentro dos limites deste artigo, convém salientar que o termo "neoliberalismo" possui conotação polissêmica, razão pela qual existem muitas divergências teóricas sobre o fenômeno que essa expressão efetivamente designa. Aqui o termo é utilizado para expressar o estágio atual de desenvolvimento do capitalismo, marcado pela sua exasperação. Uma abordagem mais densa do assunto pode ser encontrada na obra de Brown (2015), autora que busca demonstrar como a emergência do chamado "homo oeconomincus" subjugou outras configurações e interpelações do humano. Para isso, ela apresenta, em primeiro lugar, uma leitura crítica da teorização do "homo oeconomicus" na obra de Michel Foucault (em especial as aulas do filósofo francês sobre o neoliberalismo ministradas no Collège de France na década de 1970), ao considerar que este autor não atentou suficientemente para o "homo politicus", que seria, na perspectiva dela, o lócus da soberania popular que consegue resistir à hegemonia do "homo oeconomicus". No estudo, a autora também reflete sobre a morfologia e posicionamento variáveis do "homo oeconomicus" e do "homo politicus", evidenciando a polissemia aqui apontada, nos trabalhos de Adam Smith, Locke, Rousseau, Hegel, Marx, Bentham e J. S. Mill. Brown (2015) também analisa o gênero do "homo oeconomicus" contemporâneo, discutindo a disseminação desta concepção por meio da ordem de uma razão normativa e de uma racionalidade governante construída sobre essa ordem.

contexto dos Estados Unidos, o crescimento exponencial da utilização do *plea bargaining* não se apoia "no facto de ser um mecanismo melhor do que o julgamento para assegurar a realização da justiça", mas sim "no desejo de resolver processos de natureza criminal de forma célere e eficiente."

Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito,

> o processo penal não se destina a iniciativas que o considerem um *market system*, aniquiladoras do direito penal ou à comercialização da justiça criminal, como ocorre nas negociações da *plea bargaining*. Ou seja, rechaça-se a consolidação do império da economia processual, pautado por uma tirania da urgência e da aceleração, que, em regra, implementa-se a partir de "operação de *marketing*" que propõe a flexibilidade e a funcionalidade frente à morosidade judicial. (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1121).

No entanto, a ideia de um processo utilitarista permeia boa parte do raciocínio jurídico-penal da atualidade – e no caso do "Pacote Anticrime" brasileiro isso não é diferente. Com efeito, referido "pacote" legislativo, nos termos da exposição de motivos do Ministro Sérgio Moro, tem por objetivo fundamental a adequação da legislação à realidade atual, além de "dar mais agilidade no cumprimento das penas, tornar o Estado mais eficiente e diminuir a sensação de impunidade." (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2019a).

Isso evidencia que se parte, na proposição das medidas, do entendimento de que o processo se afigura como um meio idôneo para agilizar o procedimento, subvertendo a sua compreensão como meio necessário para se chegar – ao menos o mais próximo possível – à realidade dos fatos (WEDY, 2016). Assim, a lógica eficientista implica unicamente a busca por um sistema processual penal utilitário e que contempla a ideia de justiça disseminada pelas mídias – a chamada "opinião pública" – que invariavelmente propugna pela aplicação sumária da pena ao sujeito acusado de uma prática delitiva. Nesse cenário, a flexibilização e/ou supressão de garantias assume papel de destaque, considerando-se que elas são percebidas enquanto verdadeiros "entraves" a esta eficiência que se espera da resposta estatal ao delito, o que confere ao discurso um verniz autoritário e repressivista, que não se coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito. (WERMUTH, 2018).

De fato, o eficientismo se apresenta como a faceta totalitarista do processo penal. A partir do uso deliberado da ideia de eficiência, a função do processo de tutelar bens jurídicos e garantir a justiça e paz social fica distorcida, na medida em que o afã de finalizar o processo no menor lapso temporal possível se sobrepõe à garantia de um julgamento justo (WEDY, 2016).

Nesse sentido, fica muito evidente no “Pacote Anticrime” proposto pelo MJSP a relativização das garantias processuais em nome da preocupação com a rapidez do procedimento, que acaba por suplantar etapas importantes para a defesa. De acordo com Kudo (2015, p. 3), em um contexto tal,

> o devido processo legal passou a ser visto como um empecilho à eficiência na repressão penal e não mais como uma garantia individual em face do poder punitivo estatal, sendo a justiça penal consensual "vendida", portanto, como uma solução à crise, quando, na realidade, em nada contribuirá para a sua superação, uma vez que para tanto mostra-se necessária uma reforma total, tendo em vista que ainda vivemos sob a égide de um sistema criminal maculado por uma cultura essencialmente inquisitória.

A justiça consensual tem como meta a formação de um consenso a partir da existência de diálogo igualitário entre as partes. No entanto, isto é algo difícil de ocorrer, pois o sistema processual brasileiro, na prática, trata as partes processuais com desigualdade. Desse modo, as propostas de justiça consensual inseridas no bojo do Projeto de Lei aqui analisado não conformam um sistema compatível com os princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro. Por consequência, os riscos que a *plea bargaining* inserida no “Pacote Anticrime” proposto pelo MJSP representam às garantias do acusado são maiores do que os seus benefícios – voltados apenas à questão da tirania do “aceleramento processual”. Mais valioso se afigura, sob a lógica dos princípios delineados na Constituição Federal de 1988, um processo que tramite um tempo razoável e que garanta, de fato, os direitos mínimos do acusado, do que um processo célere que mitigue essas garantias em razão da pura economia processual em nome de uma suposta – e definitivamente não comprovada – “sensação de impunidade”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teor neoliberal emanado pelo instituto do *plea bargain* no sistema jurídico estadunidense, e, principalmente, diante da proposta do controverso “Pacote Anticrime” no contexto do processo penal brasileiro contemporâneo, evidencia uma flexibilização de garantias processuais que há tempos têm sido relativizadas por intermédio de decisões com caráter altamente ativista. Tal tônica reflete como se tem, progressivamente, consolidado um sistema penal cada vez mais repressivista e retributivo, do que propriamente garantista conforme o que, em tese, a Constituição Federal (ainda) parece assegurar.

A expressão “em que medida” inserida no início do problema desta pesquisa pressupõe – e ao final, ratifica a hipótese – que a proposta do “pacote” pelo atual Ministro Sérgio Moro, traduz-se em uma tentativa de maximizar e tornar a justiça brasileira eficientista para corresponder às exigências quase taliônicas de celeridade processual. Se Lasswell está correto ao afirmar que a dignidade da pessoa humana é gênero enquanto a liberdade é espécie, de que forma se pode considerar digno a um ser humano aceitar uma liberdade barganhada em moldes inquisitórios? Como constituir um “devido processo legal” quando sequer princípios basilares como o da presunção da inocência não estão presentes?

Os diversos institutos jurídicos devem sempre ser olhados a partir da perspectiva daquele que é hipossuficiente na relação para corresponder aos ideais garantistas. Logo, ao estudar a legislação consumerista, por exemplo, o pesquisador necessita olhar para essa consolidação com as lentes de um consumidor. O mesmo se aplica para a perspectiva celetista. Desse modo, visualizar o processo penal a partir de uma lógica de eficiência utilitarista, e, com lentes estatais, constitui-se em uma esquizofrenia jurídica que não corresponde ao ser e ao dever ser do próprio Direito. Enfrentar supostos “riscos” – oriundos, precipuamente, de “sensações” – criando novos “riscos” não se afigura, definitivamente, como medida apropriada.

REFERÊNCIAS

ADELSTEIN, Richard P. The Plea Bargain in Theory: A Behavioral Model of the Negotiated Guilty Plea. **Southern Economic Journal**, vol. 44, n. 3, jan. 1978. p. 488-503. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1057205>. Acesso em: 14 fev. 2019.

ALEXANDER, Michelle. **A Nova Segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERMAN, Sarah J. **The Basics of a Plea Bargain.** Plea bargains, also called negotiated pleas or just “deals”, are the way most criminal cases end up. Nolo: Legal encyclopedia, s. d. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/the-basics-plea-bargain.html>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BISCHARAT, George E. A persistência das desigualdades raciais no sistema de justiça criminal dos EUA. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, vol.21, n° 27, 2018, p. 256-282. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/6168/47965321>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BROWN, Wendy. Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution. New York: Zone Books; MIT Press, 2015.

CALIFORNIA. Departament of corrections and rehabilitation. **Definition of Serious Felony Offenses As specified in Penal Code (PC) Section 1192.7(c) and PC Section 1192.8.** 1982. Disponível em: <https://www.cdcr.ca.gov/parole/non_revocable_parole/serious_offenses_defined.html>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Novos estudos jurídicos**, v. 20, n. 3, 2015, p. 1108-1134. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8392/4724>. Acesso em: 23 set. 2017.

GÓES, Luciano. **A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues:** o racismo como base estruturante da Criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GOLDSTEIN, Joseph. For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain. **The Yale Law Journal,** vol. 84, n. 4, mar. 1975. p. 683-703. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/795389>. Acesso em: 13 fev. 2019.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 27 jul. 2018.

KUDO, Mirella Marie. Justiça criminal negocial: aplicação consensual da pena e prejuízo aos fundamentos do processo penal democrático. **21º Seminário Internacional de Ciências Criminais-IBCCRIM**, realizado no período de 25 à 28 de agosto de 2015, São Paulo/SP. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-todas/29248-justica-criminal-negocial-aplicacao-consensual-da-pena-e-prejuizo-aos-fundamentos-do-processo-penal-democratico>. Acesso em: 20 fev. 2019.

LANGBEIN, John H.. Torture and Plea Bargaining. **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 1, 1978, p. 3-22.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional**, 2019a. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>. Acesso em: 20 fev. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA PÚBLICA. **PL contra corrupção e crime organizado**, 2019b. Disponível em: <www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjsp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

RAPOZA, Phillip. A experiência americana do *plea bargaining*: a excepção transformada em regra. **Julgar**, Lisboa, n. 19, p. 207-220, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/207-220-Plea-bargaining.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019.

SARAIVA, Isaac Ronaltti Sarah da Costa. Plea bargaining: a influência do direito premial americano no direito penal brasileiro. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot (coords.). **Direito penal, processo penal e criminologia.** Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 164-182.

SCHWARTZBACH, Micah. **What Are the Different Kinds of Plea Bargaining?** Learn about charge bargaining, count bargaining, sentence bargaining, and fact bargaining., s. d. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/what-the-different-kinds-plea-bargains.html>. Acesso em: 14 fev. 2019.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude:** estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e o criminoso. Entes Políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 1998.

WALSH, Dylan. Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining. **The Atlantic**, 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 22 fev. 2019.

WASHINGTON POST. **Opinion - The plea bargain trap.** YouTube: The Washington Post, 12 janeiro 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3yWxX5kSg-c>. Acesso em: 13 fev. 2019.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal.** Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário? **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 140, p. 371 - 398, 2018.