

ISSN 1676-3661
ANO 29 - N° 344 - JULHO/2021

BOLETIM ESPECIAL JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



IBCCRIM

WWW.IBCCRIM.ORG.BR

A CRISE EXISTENCIAL DA JUSTIÇA NEGOCIAL E O QUE (NÃO) APRENDEMOS COM O JECRIM

THE EXISTENTIAL CRISIS OF NEGOTIATION JUSTICE AND
WHAT (NOT) WE HAVE LEARNED FROM THE JECRIM

Aury Lopes Junior

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid.

Professor Titular no Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/4629371641091359>

ORCID: 0000-0002-7489-3353

aurylopes@terra.com.br

Resumo: O artigo analisa a tendência de expansão dos espaços de negociação no processo penal brasileiro, desde uma análise crítica dos argumentos justificacionistas e da equivocada tendência de importação do problemático instituto do *plea bargaining* norte americano. Aborda a ausência de igualdade processual para desconstruir o mito da voluntariedade da negociação. A crise do processo penal e o entulhamento da justiça criminal precisam ser enfrentadas de outras formas, não sendo a expansão da negociação o remédio adequado.

Palavras-chave: Justiça negocial - *Plea bargaining* - Transação penal - Acordo de não persecução penal - Espaço de consenso

Abstract: The article analyzes the tendency for the expansion of negotiation spaces in the Brazilian criminal process, from a critical analysis of the justificationist arguments and the mistaken tendency to import the problematic north american plea bargaining institute. It addresses the absence of procedural equality in order to deconstruct the myth of voluntariness in negotiation. The criminal process crisis and the clogging of criminal justice must be dealt with in other ways, and the expansion of negotiation is not the appropriate remedy.

Keywords: Negotiation justice - Plea bargaining - Criminal transaction - Non-criminal prosecution agreement - Space of consensus

O entulhamento da justiça criminal e a incapacidade do sistema de dar conta da imensa demanda não é novidade e tampouco exclusividade do sistema jurídico-penal brasileiro, mas sem dúvida esses fatores são decisivos para o fortalecimento do discurso expansionista dos espaços de consenso. Essa desarmonia temporal (ou da percepção do tempo) facilita, imensamente, a aceitação de atalhos e soluções imediatas, pois conduz à ilusão de uma justiça instantânea, desconsiderando que a ruptura temporal é crucial para que se respeite o tempo do direito e o tempo do processo.¹ Iniciamos em 1995, com a Lei 9099 e os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, mas pouco aprendemos com o fracasso das expectativas inicialmente criadas. Os juizados especiais criminais não só defraudaram a expectativa de desafogo da justiça criminal, como se mostraram perversos na ampliação do Direito Penal bagatelar. Não apreendemos com esse erro e seguimos acelerando, em verdadeira narcose dromológica, rumo ao suicídio do *plea bargaining*,² felizmente ainda não consagrado, mas não faltam esforços para tanto.

Negociar é possível e talvez até salutar, mas é preciso saber a dose certa do remédio para não se transformar em veneno. Primeiro ponto é compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada como o *plea bargaining* norte americano (*common law*), que era o sonho do ex-juiz-ex-ministro Sergio Moro. Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal brasileiro, na medida em que legitima em larguíssima escala a "aplicação de pena privativa de liberdade sem processo" (o que é absolutamente inconstitucional). Nos

Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais [Walsh³] e até 99% em Detroit [Langbein⁴]. Significa dizer que mais de 90 de cada 100 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas.

Convenhamos, não existe (e nem teria como existir) sistema judicial no mundo que condene 9 de cada 10 acusados, pelo simples fato de que o número de acusações abusivas e erradas supera longe a casa dos 10%, sem mencionar a importância do contraditório⁵ e do direito de defesa enquanto mecanismos de desconstrução da versão unilateralmente construída; as inúmeras e eternas discussões sobre os limites semânticos dos tipos penais; a possibilidade de provar a existência de causas de exclusão da ilicitude; etc. Ademais, existe um argumento bastante óbvio e irrefutável: partindo da presunção de inocência⁶ (fruto da evolução civilizatória), o nível de exigência de qualidade probatória necessário para condenação é sempre significativamente maior do que aquele necessário para mera acusação. Logo, sempre haverá um número maior de acusações improcedentes do que procedentes, sendo sintoma de distorção um sistema que gere cifras de condenações superiores a 90%, como ocorre nos modelos negociais sem limite de pena.

Mas o principal argumento justificacionista da justiça negocial, o 'entulhamento', precisa ser visto desde outra perspectiva: banalizamos o Direito Penal como resposta a problemas sociais complexos, priorizando soluções paliativas e sem enfrentar as causas reais. Sem dúvida o enfrentamento da crise do bem jurídico contribuiria para a redução significativa desse argumento efficientista, ainda mais se aliado

ao filtro processual de maior exigência de responsabilidade acusatória e principalmente, efetividade do controle de admissibilidade da acusação por parte dos juízes. Na dimensão processual, existe ainda um imenso e perverso (ab)uso do poder de acusar, com a conivência do poder judicial que não barra, como deveria, uma enxurrada de acusações natimortas, inúteis ou despidas de suficiente justa causa. E, quando se trata de acusação para negociação, além dos evidentes abusos (*overcharging*), existe uma ausência de filtragem processual, na medida em que os juízes simplesmente desconsideram essa análise, basta ver o que ocorre nos juizados especiais criminais.

Explica **Walsh**⁷ que esse desequilíbrio no tratamento é tão sério que nos EUA, no Texas e na Carolina do Norte, juntamente com alguns outros estados, é obrigatório que as partes compartilhem evidências (provas) antes do acordo. Um procedimento muito importante que não está sendo ventilado no Brasil (e que já deveria ter entrado junto com o acordo de não persecução penal) como requisito para a realização do acordo, proibindo que o acusado seja impedido de ter acesso⁸ à integralidade dos elementos colhidos e tenha que decidir sobre fazer ou não o acordo a partir de uma análise parcial da viabilidade ou não da acusação. Esse dever de compartilhamento é uma exigência de boa-fé e transparência que não só deve pautar o agir do Estado, mas também como uma forma de evitar "blefe" e acordos abusivos. Se a "estratégia" e a "malícia" podem ser utilizadas nos negócios privados, não o devem quando se trata de um agente público.

Cada avanço do espaço de negociação acarreta um achatamento da garantia da jurisdição – Princípio Supremo do Processo Penal (**Werner Goldschmidt**) – e de todo o devido processo, além de sepultar qualquer esperança de se ter um processo como procedimento em contraditório (**Fazzalari**). Fulminada a legitimação formal do processo, melhor sorte não assiste ao seu caráter epistêmico, pois o sistema negocial prescinde de qualquer compromisso ético com a "verdade"⁹ (crítica também feita por **Schünemann**¹⁰) e com o valor "justiça".

A cultura inquisitória aplaude o ressurgimento da confissão como a 'rainha das provas', demonstrando o primeiro erro do recém implantado acordo de não persecução penal. Para piorar, a negociação – na sua essência – é obstáculo à instrução, ou seja, na perspectiva utilitarista-eficientista na qual se insere, a negociação deve ser prévia à instrução criminal exatamente para se evitar a parte mais cara e morosa do processo penal. A aceleração por ela exigida faz com que nenhuma prova seja produzida em contraditório judicial, ressuscitando assim mais um ícone da cultura inquisitória: supervalorização da confissão e dos atos de investigação, aqueles realizados no inquérito policial, sem contraditório, com limitação da defesa, da publicidade, ausência da garantia da jurisdição, etc. Isso tudo demonstra, ainda, a falácia do argumento de que a negociação é característica do sistema acusatório.¹¹ Todo o oposto: ela se encaixa perfeitamente na estrutura inquisitória brasileira, por exemplo, alinhando-se a esses elementos tipicamente inquisitórios referidos.

A pena passa a não ser mais uma consequência do delito, mas sim do acordo. Portanto, além de representar o fim do processo penal e gerar um previsível superencarceramento, o abuso da esfera negocial desconecta o fundamento legitimante da pena, pois ela passa a não guardar mais nenhuma relação com os argumentos que justificam sua existência e tampouco cumprir com suas funções estabelecidas. A pena torna-se fruto apenas da negociação entre as partes, sem qualquer ancoragem nos argumentos que historicamente a justificaram.

A justiça negocial viola desde logo esse primeiro pressuposto fundamental, pois o poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e vinculado à sua discricionariedade. É a mais completa desvirtuação do juízo contraditório, essencial para a própria existência de processo, e se

encaixa melhor com as práticas persuasórias permitidas pelo segredo e nas relações desiguais do sistema inquisitivo. É transformar o processo penal em uma "negociata", no seu sentido mais depreciativo.

Schünemann (2013) critica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de "eufemismo", por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto.

Como destaca **Walsh**, o direito constitucional a um julgamento público é excluído com o *plea bargaining*, tratando-se, para a maioria, de um mito, conforme também compreendeu o Juiz Federal americano **John Kane**. Essa deterioração sistemática que o acordo penal produz é identificada por um coro de juristas dos EUA, que "querem ajustes para regulamentação e controle das negociações; outros pedem uma revisão mais ambiciosa do modo como os procedimentos são conduzidos, agilizando o processo para torná-lo acessível a um maior número de pessoas".¹² Nesse sentido, **Langbein**¹³ é categórico: "o *plea bargaining* é, portanto, um procedimento de julgamento para condenar e declarar culpadas pessoas acusadas de crimes graves", sem legitimação constitucional, por causa da "garantia oposta, uma garantia de julgamento". Além disso, prossegue **Langbein**,¹⁴ a negociação é coercitiva e as práticas de tortura e *plea bargaining* não têm diferença de gênero, apenas de grau.

Portanto, a negociação não pode ser justificada ou legitimada a partir da categoria "autonomia de vontade". Trata-se de uma base excessivamente porosa e frágil, como apontou com pioneirismo **Geraldo Prado**¹⁵ ao falar da transação penal:

os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades e, pois, posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal.

Grave erro é a importação "a la carte" de institutos de sistemas de matriz absolutamente distinta, como o modelo *common law* norte-americano, desconsiderando sua incompatibilidade com o modelo *civil law* brasileiro, com os princípios que regem a acusação de iniciativa pública, os limites institucionais do Ministério Público, a indisponibilidade do objeto do processo penal brasileiro, enfim, com nosso desenho jurídico, processual e institucional. **Figueiredo Dias**¹⁶ é claro em rechaçar a importação do *plea bargaining* porque incompatível com o modelo português (e também com o brasileiro, acrescentamos), na medida em que não coincide com nossa concepção de Estado de Direito, que tampouco é conciliável com o *rule of law* anglo-saxônico. Logo, é preciso respeitar certos limites metodológicos que infelizmente estão sendo esquecidos nesse debate. Para tratar de direto comparado é preciso saber direito e saber comparar.

Dessarte toda a crítica, resumidamente feita acima, a ampliação dos espaços negociais é uma realidade. Não vislumbramos perspectivas mínimas de uma inversão de sinais. Então por que seguir criticando e lutando para dar visibilidade ao 'dark side' da negociação? Para evitar sua ampliação e frear as tentativas de inserção do *plea bargaining* em reformas futuras. Pensamos que já houve um alargamento (mais do que) suficiente com a inserção do acordo de não persecução penal no art. 28-A, que representa, quando analisado junto com a transação

penal e a suspensão condicional da pena, o estabelecimento de um espaço negocial bastante relevante e suficiente, abrangendo com certeza mais de 70% dos tipos penais.¹⁷

Na estrutura jurídica e constitucional brasileira, entendemos que não se pode conceber a imposição de uma pena privativa de liberdade sem prévio processo. Nesse ponto, pensamos que o legislador andou bem ao demarcar os limites do acordo de não persecução penal, ainda que tenha errado em outros, como por exemplo, a problemática exigência de haver 'confessado formal e circunstancialmente' ou não determinar os efeitos endoprocedimentais do acordo.

Apenas por argumentar, se ampliarmos o espaço negocial já existente, para permitir aplicação de pena privativa de liberdade, houve um estudo prévio sobre o impacto que isso iria representar? Sem dúvida, a primeira impressão é de que o *plea bargaining* representa imensa economia e agilidade, e o pensamento econômico aplaude. Mas mesmo os adeptos do viés economista precisam reconhecer que existe um sobrecusto gigantesco, que anula a economia feita ou mesmo gera um prejuízo ainda maior: o custo do superencarceramento. Quando o ex-juiz-ex-ministro Sergio Moro apresentou o 'seu' pacote anticrime e a proposta

de adoção *a la carte* (e a fórceps) do *plea*, o fez sem qualquer "estudo de impacto carcerário" da expansão do espaço negocial. Como o nosso sistema carcerário sucateado e medieval iria lidar com isso? Qualquer estudo epidérmico de custos, comprovaria: seria o caos, ou melhor, agravaria o caos já existente. Ora, não se deve legislar primeiro para ver o que vai ocorrer depois. É lamentável como no Brasil não se faz uma análise prévia do impacto das reformas penais e processuais penais, e tampouco se acompanha criticamente suas implementações, para corrigir distorções. Do contrário, teríamos corrigido os erros funcionais dos juizados e partido para uma ampliação da própria transação penal, sem necessidade de criar um novo e problemático instituto (acordo de não persecução penal).

Por derradeiro, entendemos que o espaço de consenso deve ficar limitado a penas iguais ou inferiores a quatro anos, sem possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade sem prévio processo. Parafraseando **Carnelutti**¹⁸, a conclusão sobre os acordos é a mesma a que o mestre italiano chegou ao tratar da prisão cautelar: a negociação sobre a pena é como um remédio muito forte: se bem utilizado, pode salvar o paciente (o processo penal), mas, se houver abuso dela, vai matar o processo penal!

Notas

- 1 OST, 2001, passim.
- 2 Utilizaremos aqui apenas a expressão *plea bargaining* (ou *plea agreement*) por ser mais representativa e abrangente. Mas, como explica Masi (2016), existem diferentes tipos de barganha: "a) na *charge bargaining*, o acusado se declara culpado de um crime menos grave que a acusação original; b) na *count bargaining*, o acusado assume apenas uma parte dentre várias acusações; c) na *sentence bargaining*, a promotoria se compromete a pedir em juízo determinado benefício na sentença (o que pode ser negado pelo juiz); d) e na *fact bargaining* o acusado se declara culpado, mas as partes acordam sobre certos fatos que afetarão a forma como o acusado será punido."
- 3 WALSH, 2017.
- 4 LANGBEIN, 2017, p. 138.
- 5 Para além da concepção tradicional e acertada de FAZZALARI, pensamos que o contraditório deve ser considerado ainda como direito a 'igualdade cognitiva', isto é, mecanismo processual através do qual se reforça a necessidade da máxima originalidade cognitiva do juiz e, principalmente, para criar as condições de possibilidade de reversão (ou até impedimento de construção) das imagens construídas a partir da versão unilateral do caso penal que lhe é trazida pela acusação/investigação. Contraditório como instrumento de correção da dissonância cognitiva e seus perversos efeitos. Sobre o tema remetemos o leitor para nossa obra *Fundamentos do Processo Penal* (2021).
- 6 Neste tema é crucial a leitura de Maurício Zanoide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010) e a tríplice compreensão da presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento.
- 7 No artigo citado.
- 8 Interessante neste tema o texto de João Paulo Boaventura (2019) disponível no site <https://www.conjur.com.br/2019-out-29/opiniao-omissao-provas-acordos-colaboracao-premiada>.
- 9 Sem entrar aqui na complexa discussão sobre 'que verdade é essa', qual adjetivo vai ser agregado ao substantivo para salvá-la, ou ainda, e essa é a questão que nos parece nevrálgica: qual o seu 'lugar' no processo penal.

Referências

- BOAVENTURA, João Paulo. A omissão de provas e os acordos de colaboração premiada. *Conjur*, 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-29/opiniao-omissao-provas-acordos-colaboracao-premiada>. Acesso em: 25/05/2021.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, v. II. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.) *Observações sobre os sistemas processuais penais* (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 25-62.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª edição. Ed. Cedam, Padova, 1996.
- GOLDSCHMIDT, Werner. *Dikologia - La ciencia de la justicia*. De Palma: Buenos Aires, 1986.
- LANGBEIN, John H. *Tortura e plea bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 115-126.

- 10 SCHÜNEMANN, 2013, p. 248-249.
- 11 Para um estudo mais verticalizado de sistemas processuais, remetemos o leitor para nossa obra "Fundamentos do Processo Penal", (2021). Também é imprescindível a leitura de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, cuja produção neste terreno é bastante profícua, mas especialmente: COUTINHO, 2018, p. 25-62.
- 12 WALSH, 2017.
- 13 LANGBEIN, p. 137.
- 14 Na síntese do autor: "nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, **nosso meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas**. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, **nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento**. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, **mas a diferença é de grau, não de espécie**. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo" (Grifamos) (LANGBEIN, 2017, p. 141).
- 15 PRADO, 2003, p. 224.
- 16 DIAS, 2001.
- 17 Dados preliminares de uma pesquisa que estamos realizando, que já demonstrou que apenas a suspensão condicional do processo e a transação penal, quando confrontadas com os tipos previstos no Código penal, alcançam, respectivamente, 66,57% e 39,53% de espaço negocial. O acordo de não persecução penal amplia significativamente o espectro negocial, considerando a exigência de crimes, sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos.
- 18 CARNELUTTI, 1950, p. 75.

- LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MASI, Carlo Velho. *A plea bargaining no sistema penal norte-americano*. *Canal Ciências Criminais*, 20 nov. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>. Acesso em: 25/05/2021
- MORAES, Maurício Zenoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 2001.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís. (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240 a 261.
- WALSH, Dylan. Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials. *The Atlantic*, 2 maio 2017. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>. Acesso em: 25/05/2021

Autor convidado