

ser óbice à realização do julgamento pelo Tribunal do Júri” (HC nº 134.900/RS).
(3) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 799.

Daniel Kessler de Oliveira

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade
Feevale (RS). Advogado.
ORCID: 0000-0002-4768-6025
danielkessleradv@gmail.com

Diogo Machado de Carvalho

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de
Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Feevale (RS).
Advogado.
ORCID: 0000-0002-7072-1626
decarvalhus@gmail.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 04.06.2019

Versão final: 09.07.2019

Expansão e seletividade: a justiça penal negociada no pacote anticrime

Gabriel Martins Furquim e Salvador Scarpelli Neto

“O espírito humano parece interessar-se apenas por uma única coisa: especular sobre o assassinato”
(Emma Goldman)

Resumo: O estudo pretende perspectivar, a partir da criminologia crítica, como a justiça penal negociada no pacote anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, favorece a expansão do sistema penal e, ao mesmo tempo, dos processos de criminalização secundário por seletividade e desigualdade.

Palavras-chave: Justiça penal negociada. Seletividade penal. Sistema penal brasileiro.

Abstract: From de critical criminology, the study aims to look at how the negotiated criminal justice proposed in the anti-crime project presented by Minister of Justice Sérgio Moro favors the expansion of the criminal system and, at the same time, criminalization processes for selectivity and inequality

Keywords: Negotiates criminal justice. criminal selectivity. Penal system.

No que concerne à finalidade do sistema penal, é certo que esta estrutura de poder exerce uma função política. No plano processo de criminalização secundária, a pena, carente de sentido que não o simples exercício do poder estatal realizado pela agência judicial, deve ser compreendida como a consequência jurídica que impõe sofrimento⁽¹⁾ a pessoas específicas.

Mesmo considerando a da metáfora do dique, escrita por Zaffaroni,⁽²⁾ que se refere à contenção do violento e seletivo poder punitivo, através dos “filtros críticos da constitucionalidade e da racionalidade” (ALAGIA, et al., 2016, p. 20), a fim de que a legalidade seja observada, é certo que o Direito, enquanto forma necessária das relações capitalistas, não é capaz de atingir tal posição de garantia à pessoa acusada, haja vista servir como reproduzidor das relações de troca.

A vinculação que se estabelece entre o Direito e o modo de produção capitalista escapa aos interesses da classe dominante, vinculando-se “ao próprio fenômeno jurídico enquanto tal” (BATISTA, 2014, p. 92). Assim, a ideologia legitimadora do sistema penal, que é capitalista, constrói-se a partir da lei penal. Esta o municia “de uma discursividade que justifica e legitima a sua existência” (ANDRADE, 2017, p. 134).

Nesses termos, a inerente seletividade do sistema penal não é operada mediante a regra do discurso jurídico-penal, que exige, para habilitar o poder punitivo estatal, a comprovação, mediante o processo penal, da realização de uma conduta típica, antijurídica e culpável. Pelo contrário, diante da realidade social desse poder, podemos concluir que a função política se manifesta através da seleção criminalizante, instrumentalizada para recair sobre

“pessoas selecionadas segundo certos estereótipos historicamente condicionados” (ALAGIA, et al., 2016, p. 79).

Em razão desse elemento real, pode-se concluir que a função principal do sistema penal foge à oficial promessa de realizar a redução e a eliminação da criminalidade, ao proteger os bens jurídicos universais e garantir a segurança pública. Sua eficácia invertida,⁽³⁾ seletiva e estigmatizantemente, constrói a criminalidade, reproduzindo, “material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais” (ANDRADE, 2017, p. 136). Esta é a síntese da sistemática real do sistema penal.

A partir dessa perspectiva teórica, estrutura-se a crítica que assevera que as mudanças processuais propostas pelo ministro da Justiça, que versam sobre a justiça penal negociada ou o *plea bargain*, habilitarão uma profunda expansão do sistema do sistema penal. Na medida em que tais artigos, para atingirem a finalidade a que estão vinculados, condicionam a suspensão da própria ordem jurídica convencional e constitucional, o poder punitivo, agora dentro deste espaço indeterminado,⁽⁴⁾ conseguirá ampliar ainda mais o alcance de seu extermínio institucionalizado.

Compreender a ampliação do poder punitivo e suas mazelas como decorrência do paradigma da justiça penal negociada, apresentada pelo anteprojeto de lei anticrime, exige discorrer como esse mecanismo está estruturado. Pretende-se a inclusão de dois novos artigos no Código de Processo Penal, marcado por diversas alterações, e uma nova redação para o § 17, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Uma das alterações possibilitaria a realização de acordo de não persecução penal – espécie de acordo penal anterior à apresentação da

denúncia –, desde que preenchidos requisitos positivos e negativos: confissão e infração penal, cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, indicação de suficiência para a reprovação e prevenção do crime, assim como de favorabilidade dos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstância do crime (art. 28-A, caput, e § 2º, IV); excluindo-se a aplicação nas seguintes hipóteses: quando cabível transação penal; o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios a indicar habitualidade, reiteração ou profissionalismo, não repercutindo infrações pretéritas que sejam insignificantes; não ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, não apenas em acórdão de não persecução penal, mas também em transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 2º, I, II e III).

Por outro lado, insere a possibilidade de realização de acordo penal para a aplicação imediata das penas, após o juízo de admissibilidade da denúncia e antes do início da instrução processual, desde que cumpridos os requisitos: confissão e manifestação de aplicabilidade das penas dentro dos limites legais e dispensa da instrução probatória. Neste, inexistente hipótese de exclusão para a celebração do acordo penal, mas apenas parâmetro para a proposta de pena, como previsão de cumprimento em regime fechado, quando a pessoa for reincidente ou houver elementos a indicar comportamento habitual, reiterado ou profissional.

Dessa forma, os instrumentos de justiça penal negociada são extremamente alargados; e isso faz com que o poder punitivo – a partir da possibilidade de aplicação imediata de pena, alternativa ou privativa de liberdade – e os processos de criminalização seletivos sejam também ampliados, sem as amarras do processo penal, ou seja, sem controle jurisdicional efetivo e democrático. E os traços autoritários são potencializados (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1125).

Ademais, as formas de controle do negócio penal, como as hipóteses de não homologação, seriam meramente ilusórias em decorrência do funcionamento do sistema penal, que está atravessado pela racionalidade da eficiência, pelo esvaziamento das garantias processuais e pela gestão diferencial com base na posição de classe, pertencimento étnico e outras vulnerabilidades. Se não se analisa contemporaneamente, e de forma adequada, a existência de justa causa para a ação penal, também, por inferência, não haveria verificação se as provas no processo são manifestamente insuficientes para uma condenação criminal (art. 395, § 7). Portanto, sem quaisquer entraves concretos e preocupações com os sujeitos marginalizados, automatiza-se a homologação do acordo penal da mesma forma como já acontece com o juízo de admissibilidade da denúncia, malgrado a existência também de mecanismo de controle na sistemática processual. Significa isso que a materialização em dimensão alargada da punição e, ao mesmo tempo, a ampliação da automação dos processos de criminalização por seletividade e desigualdades.

Além disso, em ambas as hipóteses, presente a supervalorização do inquérito policial e, embora marcado por diversas incongruências e ineficiência dos instrumentos de controle, serviria para balizar os termos da negociação (LOPES JR., 2019). Esse cenário legitimaria, por exemplo, injustiças decorrentes de falsas memórias formadas, no mais das vezes, na fase de investigação e em decorrência de diversos fatores inerentes ao funcionamento do sistema penal seletivo, como sugestionamento, racismo estrutural e outras formas. E essas falsas memórias, por sua vez, balizariam o negócio penal, que legitimaria o processo de criminalização seletivo que o antecede, potencializando a condenação de inocentes

cujas presunção de inocência se desvirtuou (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1130). Assim, “a acusação [t] em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança” (LOPES JR., 2019).

A despeito de existirem diversos problemas dogmáticos concernentes, sobretudo, à importação de instituto de sistema jurídico diverso e com o nosso incompatível, a expansão dos instrumentos de justiça penal negociada significaria reconfigurar o Direito Penal enquanto instrumento para a conservação da seletividade do sistema penal e no gerenciamento diferencial da criminalidade conforme a posição de classe do autor, pertencimento étnico, cultural, territorial e outros, sob a pretensão de atribuir eficácia e certeza na materialização imediata de uma pena, sem o arnês dos direitos e garantias e com liberação da acusação de sua carga probatória.

Referências

- BATISTA, F. R. O conceito de ideologia jurídica em teoria geral do direito e marxismo: uma crítica a partir da perspectiva da materialidade das ideologias. *Verinotio*, Belo Horizonte, v. X, p. 91-105, 2014.
- FURQUIM, Gabriel Martins. *Delação premiada como instrumento do direito penal seletivo*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-premiada-como-instrumento-do-direito-penal-seletivo/>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- 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. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.
- LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Notas

- (1) ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Amir Lopes da Conceição; Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 202.
- (2) ALAGIA, A. et al. *Direito penal brasileiro: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 20.
- (3) Termo utilizado por Vera Regina P. de Andrade. Para mais ver: ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: Revan, 2012.
- (4) Utilizamos o termo no sentido empregado por Agamben, referindo-se a uma zona de anomia. Para mais ver: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2017.

Gabriel Martins Furquim

Mestrando Interdisciplinar em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas pela Faculdade de Ciências Aplicadas da Unicamp.

Advogado.

ORCID: 0000-0003-4504-6072

g.furquim1@gmail.com

Salvador Scarpelli Neto

Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado.

ORCID: 0000-0001-5064-4806

salvadorscarpelli@outlook.com

Recebido em: 01.03.2019

Aprovado em: 15.06.2019

Versão final: 10.07.2019