

JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E “PLEA BARGAINING”: A FRAGILIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO E A PREVALÊNCIA AUTORITÁRIA DA RACIONALIDADE NEOLIBERAL EFICIENTISTA

*CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE AND “PLEA BARGAINING”:
THE IMPAIRMENT OF THE DUE PROCESS OF LAW AND THE AUTHORITARIAN
PREVALENCE OF THE EFFICIENTIST NEOLIBERAL RATIONALITY*

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
Coordenador Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em Alagoas. Pesquisador CNPQ. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Advogado. Vice-presidente da Comissão de Estudos Criminais da OAB/AL.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8181-6922>
marcelohervalribeiro@hotmail.com

Marcos Eugênio Vieira Melo

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Co-coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Coordenador adjunto do IBCCRIM/AL. Professor da Faculdade Raimundo Marinho em Maceió/AL.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5854-579X>
marcos.evmelo@gmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa o autoritarismo presente na racionalidade neoliberal lançada pelo eficientismo que atinge os sistemas jurídicos contemporâneos. Fundado em uma matriz seletiva e punitivista, o sistema penal brasileiro embarcou nessa lógica racional, aumentando de forma exponencial instrumentos que têm como finalidade tornar mais simples e célere a resposta penal, como, por exemplo, a justiça negocial. Contudo, para que isso ocorra, o respeito às garantias fundamentais de um processo penal democrático tem que ser deixado para trás.

Palavras-chave: Processo penal, Justiça negocial, Eficientismo, Racionalidade neoliberal, Autoritarismo.

ABSTRACT

This article analyzes the authoritarianism present in the neoliberal rationality launched by the efficiency that affects contemporary legal systems. Founded on a selective and punitive matrix, the Brazilian penal system has embarked on this rational logic, exponentially increasing instruments that aim to make the criminal response simpler and faster, such as negotial justice. However, for this to happen, respect for the fundamental guarantees of a democratic criminal procedure must be left behind.

Keywords: Criminal Procedure, Business justice, Efficiency, Neoliberal rationality, Authoritarianism.

1. Notas introdutórias

O fenômeno de incorporação dos mecanismos de justiça negocial no ordenamento jurídico pátrio não é de todo recente. Pelo menos desde o final dos anos 80 e início dos anos 90, nomeadamente a partir do advento da Constituição da República Federativa de 1988 e, em seguida, da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), tem-se presenciado um crescente movimento de positivação, na estrutura processual brasileira, de instrumentos que visam a conferir maior simplicidade à resposta jurisdicional do Estado, objetivando torná-la mais célere e, supostamente, mais efetiva.

Nessa senda, o ex-ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, apresentou, no início de fevereiro de 2019, três propostas legislativas ao Congresso Nacional. As referidas propostas, amparadas na justificativa de recrudescer o tratamento penal relativamente à criminalidade organizada, crimes violentos e corrupção, tencionam à alteração em 14 (quatorze) diplomas legais, com destaque para o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Crimes Hediondos e Código Eleitoral.

Especificamente no que diz respeito às propostas de alteração na legislação processual penal, verifica-se que o Projeto de Lei correspondente (PPL 882/2019) se propõe a incluir duas novas modalidades de negociação no ordenamento jurídico brasileiro. Não

obstante — e aqui repousa a problemática fundante deste trabalho —, os institutos de justiça negocial (em geral) e as modalidades de acordo que pressupõem a realização de barganha encerram um conjunto de aporias que se apresentam, verdadeiramente, como prejudiciais à efetiva tutela dos direitos e garantias individuais, assim como aos fundamentos de um processo penal legitimamente democrático. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva empreender análise crítica a respeito das potenciais consequências deletérias fomentadas a partir das propostas negociais encampadas no supracitado “embrulho”¹ legislativo.

2. A racionalidade neoliberal e a lógica eficientista

Em primeiro lugar, faz-se mister observar que a expansão dos chamados mecanismos de justiça negocial exsurge a partir da pretensa necessidade de conferir maior eficiência à administração do sistema penal. Essa pretendida eficiência encontra suas raízes no desejo de que o sistema penal e, particularmente, os dispositivos processuais penais estejam a serviço de um rígido e inexorável combate à criminalidade, concepção que, conforme será examinado neste trabalho, não se apresenta compatível com os ditames de um processo penal democrático e acusatório. Além disso, a importação de um modelo de justiça célere, econômica e eficiente conduz a uma incontornável fissura no núcleo rígido dos direitos fundamentais em matéria processual penal, conforme se verificará.

Inicialmente, cabe salientar que o mencionado discurso de matriz eficientista deriva do avanço global (ou globalizado) de uma racionalidade neoliberal, fundamentada em uma desenfreada competitividade, assim como na divinação do mercado, cujos efeitos práticos correspondem à transformação de valores humanos em mercadoria e de sujeitos em potenciais consumidores.

Nesse sentido, colocam-se políticas criminais com enfoque econômico no “custo-benefício” ou em qualquer outro significante de natureza mercadológica. Com efeito, o léxico e a semântica economicistas tornam-se essenciais dentro de uma análise de custo da repressão e da delinquência, o que provoca uma multiplicação de mecanismos disciplinares, mas não somente eles, pois existe uma nova economia geral do poder, que passa a um modelo de exercício não mais vinculado à partição binária da exclusão, mas a uma nova racionalidade governamental ligada à população: trata-se daquilo que o filósofo francês **Michel Foucault** denominou como biopolítica.²

Nessa conjuntura, o sistema penal se apresenta como instrumento de controle daqueles que são considerados indesejáveis e que não conseguem adquirir o status de consumidores ou se encaixar em algum dispositivo útil do mercado neoliberal. Como verifica **Byung-Chul Han**, o neoliberalismo contemporâneo se desvincula cada vez mais da negatividade e se aproxima da positividade do poder, concitando o sujeito de desempenho a se tornar mais produtivo que o sujeito da obediência, o que implica um controle por meio do excesso de positividade, compactuando com os desígnios do mercado, naquilo que o autor sul-coreano designa como “psicopoder”.³

Não obstante, o grande problema observado nessa crescente expansão do sistema penal e dos mecanismos securitários de controle diz respeito à incontornável relativização dos direitos e garantias fundamentais que, nesse contexto, emerge, uma vez que a proteção da sociedade – materializada discursivamente a partir de expressões como “defesa social”, “segurança social” e “ordem pública” – se apresenta como a principal finalidade (*telos*) do sistema de justiça, o que faz despontar uma nova e urgente necessidade de contenção do perigo e eliminação de qualquer tipo de risco.

Paralelamente, a velocidade típica da sociedade de massa e de risco dos séculos XX e XXI – potencializadora da sensação de insegurança – é a mesma velocidade que faz com que a população pugne por resultados rápidos e eficientes. Desse modo, ao acolher no cerne do ordenamento jurídico princípios eficientistas, o modelo processual corrompe seus fundamentos originários, relacionados à defesa do indivíduo face ao arbítrio estatal, o que provoca um agigantamento do poder punitivo e de seus dispositivos repressivos, tornando-os sem limites e legitimando uma relativização de direitos fundamentais sob o fundamento de que os meios justificam os fins.

Nesse sentido, tem-se que a desejada eficiência seria alcançada pela adoção da rapidez processual e pela certeza dos procedimentos; desse modo, a celeridade encontraria suporte na renúncia ao formalismo, isto é, na minimização de garantias. Com efeito, o processo penal e suas garantias acabam sendo encarados como obstáculos ao eficientismo estatal, e o poder punitivo termina por preencher a lacuna das expectativas sociais contaminadas pelo medo e pela insegurança.

Consequentemente, institutos jurídicos tradicionais, como o devido processo legal – que em última análise corresponde ao núcleo fundante de uma estrutura processual legítima e efetivamente democrática –, passam a carecer de revisões teóricas e práticas (nomeadamente legislativas e hermenêuticas) capazes de adequá-los à nova realidade econômica neoliberal, numa evidente “preocupação de redirecionar o sentido histórico (da tradição), a partir

de novas coordenadas hermenêuticas [...] e o compromisso absoluto com o ‘Livre Mercado, esquecendo-se das conquistas democráticas’.⁴

3. O cariz autoritário e inquisitorial das propostas negociais encampadas no pacote “anticrime”

Conforme se afirmou no introito deste trabalho, o Pacote legislativo apresentado pelo atual ministro da Justiça e Segurança Pública objetiva, dentre outras questionáveis medidas, a normatização de duas novas espécies de acordo no âmbito processual penal. A primeira dessas modalidades negociais, para a qual se atribui o *nomen iuris* de “acordo de não persecução penal”, visa à inclusão de um novo artigo no Código de Processo Penal (artigo 28-A), cuja aplicação se restringiria aos tipos penais não violentos com pena máxima não superior a 04 (quatro) anos.

A segunda modalidade de consenso, designada tão somente de “acordo penal”, encontra-se normatizada na proposta que igualmente objetiva a inclusão de novo artigo (artigo 395-A) no CPP, todavia com abrangência e consequências sobremaneira distintas àquelas previstas à primeira modalidade. De fato, é possível observar nessa segunda modalidade características fundamentalmente semelhantes ao instituto jurídico típico do sistema norte-americano – qual seja, o *plea bargaining*. Nesse sentido, tem-se que esta segunda espécie negocial se aplica a quaisquer tipos penais, independentemente da natureza (com ou sem violência e/ou grave ameaça) ou da pena máxima cominada. Além disso, possibilita-se que seja aplicada ao acusado, malgrado a inexistência de outros elementos probatórios – porquanto suficiente a confissão –, uma pena privativa de liberdade.

Outrossim, tem-se que o Projeto de Lei em comento, prenunciando as críticas que potencialmente recairiam sobre o texto legal, ressalvou, quanto à hipótese relativa ao “acordo penal”, no parágrafo sétimo do artigo 395-A, que “o juiz não homologará o acordo [...] se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal”. No entanto, é imperioso mencionar que o dispositivo precitado incorre em grosseira atecnia legislativa. Isso porque o texto legal confunde elemento de prova⁵ (decorrente de um ato de prova) com elemento informativo (originado de um ato de investigação), estatuindo que o acordo não deverá ser homologado nas hipóteses de insuficiência das “provas existentes no processo”. Contudo, o que o texto legal pretendia efetivamente comunicar é que o acordo não deverá ser homologado nas hipóteses de insuficiência de elementos informativos – na medida em que elementos de prova não poderiam ser, haja vista que a dispensa destes consiste em requisito *sine qua non* à realização do acordo.

No início de agosto de 2019, no entanto, em reunião deliberativa destinada à discussão das propostas negociais contidas no Projeto em questão, o grupo de trabalho em “legislação penal e processual penal” da Câmara dos Deputados rejeitou, por 8 (oito) votos a 3 (três), as duas modalidades de acordo encerradas naquele diploma legal.

Após argutas considerações apresentadas pela pesquisadora e advogada norte-americana Rebecca Shaeffer, membra da organização internacional *Fair Trials*, que enfatizou, dentre outros argumentos, a absoluta seletividade do sistema penal norte-americano, a inquestionável predominância, naquele contexto, do instituto do *plea bargaining* e a problemática coercibilidade engendrada a partir dos mecanismos de justiça consensual, os deputados integrantes do grupo de trabalho decidiram aprovar, tão somente, a proposta negocial apresentada pelo ministro Alexandre de Moraes, hodiernamente em discussão no Congresso sob o PL 10.372/2018.

Nesse contexto, é possível observar, em primeiro lugar, que a consubstanciação de um acordo processual penal, nos

moldes estabelecidos no diploma legal suprarreferido, exige o reconhecimento de culpabilidade a partir de uma manifestação autodeclaratória pretensamente voluntária do acusado. Isso provoca, indubitavelmente, uma "hipervalorização da confissão incriminadora",⁶ cujo efeito prático repousa no deslocamento do sistema probatório do livre convencimento motivado ao sistema inquisitório da certeza moral do legislador (ou sistema tarifado de provas).

Com efeito, em que pese não tenha sido originariamente concebido no processo inquisitório, foi sem dúvidas neste modelo que o sistema tarifado alcançou seu maior nível de desenvolvimento. Estabelecendo-se com antecedência o valor legal de cada meio probatório, o legislador atribuía nomeadamente à confissão o caráter de *regina probationum*, ou rainha das provas, de tal sorte que, havendo uma declaração incriminatória, entendia-se que o processo já se encontrava em condições de julgamento – mesmo que houvesse outros elementos probatórios divergentes ou conflitantes com aquela autodeclaração (o que não era incomum, tendo em vista as corriqueiras práticas coercitivas de tortura que conduziam frequentemente a falsas confissões).

A propósito da coercibilidade dos acordos processuais penais, **John Langbein**, professor de Direito da Universidade de Yale, sustenta ser possível constatar paralelismos e semelhanças entre as propostas de consenso e os mecanismos de tortura medievais. Segundo o autor, "como os europeus de século atrás, que empregavam estas 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".⁷ No que se refere ao contexto estadunidense, por exemplo, estudos apontam que cerca de 80% dos inocentes que haviam sido condenados de maneira indevida declararam-se culpados, cedendo à proposta de acordo apresentada pela Promotoria.⁸

Além disso, considerando o fato de que os mecanismos negociais normatizados no Projeto em exame pressupõem a renúncia à produção probatória, tem-se que os únicos elementos que pesariam desfavoráveis aos acusados seriam aqueles obtidos preliminarmente durante o inquérito policial, a partir de um procedimento em que não se observa conformidade com quaisquer das garantias constitutivas do devido processo legal, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que as investigações preliminares se caracterizam fundamentalmente como discricionárias, sigilosas e inquisitivas.

Assim, o que se percebe é que os mecanismos de justiça negocial

promovem, por um lado, hipervalorização da confissão do acusado, elegendo-a como meio de prova praticamente absoluto e inquestionável, e, por outro lado, estabelecem as condições para que além da confissão, os únicos elementos que pesem em desfavor do réu sejam aqueles obtidos durante as inquisitivas investigações preliminares, favorecendo, conforme apontado por **Schünemann**, a emergência de um fenômeno designado como "apoteose do inquérito".⁹

Dessa forma, subsidiando-se nos escólios de **Gabriel Anitua**,¹⁰ é possível concluir que os mecanismos de barganha externalizam as duas principais e mais típicas características dos processos penais inquisitórios, quais sejam, o segredo e a confissão, acarretando conseqüentemente em "inevitável potencialização de traços autoritários em aspectos fundamentais do processo penal".¹¹

4. Conclusão

Os mecanismos de justiça negocial são instrumentos jurídicos que visam por essência à simplificação do procedimento penal, com vistas a torná-lo supostamente mais efetivo. Sucede que a pretexto de simplificar o caminho necessário à aplicação de uma pena, aqueles institutos terminam por relativizar garantias fundamentais, as quais, por força de sua natureza constitucional, deveriam ser compreendidas como absolutamente insuscetíveis a medidas que importassem na diminuição de sua carga axiológico-normativa.

Nesse diapasão, percebeu-se que os instrumentos negociais ensejam, primeiramente, o esvaziamento teleológico da garantia da juridicidade (mormente em seu sentido estrito), na medida em que permitem a aplicação de uma pena a despeito da inexistência de um processo penal devidamente instruído. Outrossim, foi possível constatar que os mecanismos de justiça negocial se afiguram potencialmente prejudiciais à tutela do princípio da presunção de inocência, em razão do inegável contexto de coercibilidade que circunda a propositura do acordo, responsável por conduzir pessoas inocentes a declararem-se culpadas devido ao receio de serem mais severamente punidas.

Finalmente, pôde-se depreender desses mecanismos o inadmissível fortalecimento de uma estrutura processual inquisitória. Considerando que os institutos negociais se fundamentam nos dois elementos mais determinantes da estrutura inquisitorial – quais sejam, o segredo e a confissão –, conclui-se que esses instrumentos são capazes de reforçar um processo penal cuja práxis já se revela lastimavelmente contaminada por práticas autoritárias deletérias à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

NOTAS

¹ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCRIM. O embrulho de Moro. São Paulo: Boletim IBCCRIM, ano 27, n. 318, p. 01-35, mai. 2019. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim318.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975/1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

³ HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Trad. Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2017. p. 24-25.

⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre; FABRES DE CARVALHO, Thiago. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não-violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27 e 28.

⁵ No que diz respeito aos elementos de prova, Aury Lopes Jr. assevera que eles pressupõem a "estrita observância da publicidade, contraditório e mediação" e devem ser "praticados ante o juiz que julgará o processo". Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 158. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial*:

⁶ análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, p. 176.

⁷ LANGBEIN, John Harris. Tortura e *plea bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas processuais penais* (org.). Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 141. Grifos nossos.

⁸ "Se havia alguma dúvida, os dados evidenciados pelos escândalos de Rampart e Tulia fornecem provas inequívocas de que pessoas inocentes efetivamente se declaram culpadas, e estão mais suscetíveis a serem condenadas a partir de um acordo de barganha do que por meio de um julgamento no tribunal". (COVEY, Russel D. Mass exoneration data and the causes of wrongful convictions. *SSRN Electronic Journal*, jul/2011, p. 05. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881767>. Acesso em: 17 mai. 2019).

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004.

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, op. cit., p. 368.

¹¹ VASCONCELLOS, op. cit., p. 180.