

LIMITE PENAL

## Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno?

22 de fevereiro de 2019, 10h11

Por Aury Lopes Jr.

A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena — como a proposta pelo projeto "anticrime" do governo federal — que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*). Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a "aplicação de pena privativa de liberdade sem processo". Nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais e até 99% em Detroit. Significa dizer que 9 de cada 10 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas.



O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. É verdade que o projeto tenta dar maior protagonismo para o juiz, inclusive permitindo que não homologue o acordo quando “as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal”. Mas isso é simbólico e meramente sedante, pois não resolve o problema e serve como mero paliativo a uma (apenas uma) das críticas ao modelo de ampla negociação que pretende implantar.

O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da Justiça? É preciso pensar esse limite a partir da compreensão da nossa realidade social e prisional e também dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal (Lei 9.099/95). Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva ou ilimitada desse espaço?

Também é uma ilusão pensar que existe uma "livre" negociação ou "consenso" real por parte de quem está sofrendo uma acusação e não raras vezes sofrendo uma prisão cautelar.

Schünemann<sup>[1]</sup> 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.

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação 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. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio".

Dessarte, a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto.

Na Itália, cujo modelo *civil law* é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o *patteggiamento sulla pena* (artigo 444 e seguintes, CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3, a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do artigo 283 do projeto de CPP que tramita atualmente.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê o instituto da *conformidad* nos artigos 695 e seguintes e depois nos artigos 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos. No processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo" (artigo 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos ou de 5 anos (casos previstos no artigo 281. 6 e 7), e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (artigo 282). Esse é o espaço negocial. Figueiredo Dias[2] propõe uma ampliação, dentro do marco do artigo 344 do CPP português, e, portanto, *somente cabível para crimes cuja pena máxima não ultrapasse os 5 anos*, ficando na esfera dos crimes de pequena ou média gravidade.

O projeto do CPP (PL 8.045) define no seu artigo 283 que a negociação será aplicável aos crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse 8 anos, cabendo às partes pedir aplicação da pena mínima.

A negociação é imposta antes da instrução, portanto, sem produção de provas. Isso leva a uma supervalorização do inquérito policial, que passa a ser soberano e a única prova existente, com os graves inconvenientes de que o inquérito é um modelo ultrapassado de investigação, é unilateral, inquisitório, sigiloso e despido de contraditório e defesa efetivos. Daí a preocupação acertada de Streck[3] em cobrar seriedade na aplicação do *plea*, a começar pelo dever de o Ministério Público ter um agir ético (e não estratégico, como sói ocorrer), de também investigar elementos de descargo e que possam auxiliar a defesa (e o esclarecimento do fato), e de trazer todos os elementos colhidos, de forma transparente, para o momento do acordo, evitando "blefes" e surpresas. Mas isso, com certeza, é sempre muito difícil de se efetivar.

Ademais, a negociação está centrada na "confissão", que volta a ser a *rainha das provas* no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores. Nada de prova de qualidade, de *standard* probatório, de prova produzida em juízo, à luz do contraditório e que precisa ser robusta ou pelo menos *com alto grau de certeza e convicção*. *Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão. A rainha das provas voltou.*

Atualmente, explica Langbein[4], nos Estados Unidos, "nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos 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). A experiência da "lava jato" já mostrou o quanto a prisão cautelar é usada (e degenerada) como instrumento de coação para obter confissões e colaborações[5]. A prática não será diferente quando adotado o *plea bargaining* à brasileira.

A negociação é ainda *perversa* na medida em que subverte a lógica punitiva: o verdadeiro culpado é beneficiado com a negociação e recebe uma pena inferior àquela que teria de cumprir se fosse julgado. Já o inocente, injustamente acusado e sobre o qual recaem apenas os elementos da fase inquisitória, é pressionado a fazer o acordo "para não correr o risco do processo e da condenação alta".

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. Sintoma disso é que, logo após o anúncio do projeto "anticrime", mesmo despido que qualquer justificativa ou fundamentação, uma pesquisa da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)[6] apontou que 90% dos juízes[7] apoiam a *plea bargaining*. Como recorda Langbein[8], nesse tema existe um adágio popular muito adequado: *se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai*.

Em síntese, tudo dependerá do espírito aventureiro do acusado e de seu poder de barganha. É um modelo que subverte a lógica do sistema penal, na medida em que prejudica o inocente e beneficia o culpado, gerando uma distribuição seletiva e formalizada de impunidade.

Por último, a alardeada eficiência do sistema e benefícios de redução e custos é ilusória. Façamos um cálculo rápido e superficial do impacto financeiro:

- vagas faltantes: 359.058 vagas[9];

- custo preso/mês segundo o CNJ: R\$ 2,4 mil[10];
- custo aproximando de construção: R\$ 42,5 por vaga[11];
- gasto aproximado com a construção de presídios apenas para suprir a falta de vagas: R\$ 15 bilhões;
- acréscimo no custo mensal: R\$ 861,7 milhões.

Isso sem considerar o aumento (gigantesco e muito rápido) de demanda por novas vagas, na medida em que os acordos forem sendo fechados e necessariamente executados.

Em apertada síntese, a proposta contém os seguintes problemas:

- pretende importar um instituto do sistema jurídico norte-americano incompatível com o sistema jurídico brasileiro e as regras que regem a ação penal pública (indisponibilidade e obrigatoriedade);
- não estabelece um limite máximo de pena negociável, criando a possibilidade de negociar qualquer pena e qualquer crime;
- viola a relação entre gravidade do fato-pena aplicada, que é a base de legitimação do Direito Penal e do processo penal;
- a adoção da negociação antes da instrução representa uma supervalorização daquilo que foi produzido de forma unilateral, inquisitorial, sigilosa, sem contraditório e defesa, no inquérito policial, retirando do direito de audiência e de produção de provas perante um juiz imparcial;
- é ilusória a "voluntariedade" do acusado ao negociar, na medida em que coagido pela ameaça de penas altíssimas, por excesso de acusação (*overcharging*) e, principalmente pela ameaça da prisão cautelar, que será utilizada como instrumento de coação para obtenção de confissões e forçar a negociação;
- desconsidera o gigantesco impacto carcerário que irá gerar e também as críticas que o próprio sistema jurídico americano faz, pois hoje os Estados Unidos são a maior população carcerária do mundo (mais de 2,2 milhões de presos) por conta do *plea bargaining*;
- constituiu o fim do processo penal demarcado pelo artigo 5º, LV da Constituição, pois permite em larga escala e sem limites, a aplicação de pena sem prévio processo;
- essa medida gera um encarceramento em massa (basta ver que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo) em um sistema carcerário caótico, medieval e extremamente deficitário de vagas;
- é uma economia ilusória, na medida em que a médio e longo prazo terá um gigantesco impacto orçamentário, com a imprescindível construção e manutenção de novos presídios além da resolução do déficit já existente.

Diante disso, a proposta substitutiva é retomar o PL 8.045 (Projeto do CPP) com alguns ajustes, para que a negociação seja possível para os crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos. Esse é um espaço negocial bastante amplo, mas adequado à nossa realidade. Tal proposta foi objeto de amplo debate com toda a comunidade jurídica e está amadurecida no espaço democrático, em contraste com o pacote "anticrime", feito *a la carte* e conforme o gosto do proponente. Sem falar que é uma proposta que sofre de "solipsismo legislativo", na medida em que parte de um marco zero e desconsidera todos os projetos anteriores em tramitação. Por fim, precisamos de um CPP inteiramente novo (e que está pronto no Congresso), e não de mais uma reforma pontual em nosso já retalhado e desfigurado código de 1941.

Retomando o título do presente artigo, a diferença entre o remédio e o veneno não raras vezes está apenas na dosagem. À Justiça negocial se aplica essa metáfora: se bem utilizada e na dose certa, pode salvar o sistema de Justiça; mas, se abusamos dela, matamos o processo penal brasileiro.

---

[1] SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norteamericano*. In: "Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito". Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 257.

[2] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o "fim" do estado de direito ou um novo "principio"?* Conselho Distrital do Porto, 2001.

[3] <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio>

[4] LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: "Sistemas Processuais Penais". Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

[5] Como noticiou a ConJur, "o uso das prisões preventivas como forma de forçar os réus da operação 'lava jato' a colaborar com a investigação não é mais segredo. Em pelo menos quatro pareceres em Habeas Corpus, a Procuradoria Regional da República da 4ª Região defende a manutenção das prisões diante da "possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal" (<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>). Em parecer do MPF, pela manutenção da prisão preventiva, encontramos trechos sintomáticos do uso da prisão como instrumento de pressão para aceitação de acordos: "A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos" (<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>). Também causou surpresa, mais pela clareza do que

propriamente pelo conteúdo, a declaração do procurador regional da República Manoel Pastana de que "em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso" (<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>).

[6] <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro>

[7] <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/11/80-dos-juizes-apoiam-prisao-em-segunda-instancia-diz-pesquisa-da-amb>

[8] LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: "Sistemas Processuais Penais". Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 146.

[9] <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/07/20/brasil-caminha-para-se-tornar-refem-do-sistema-prisional-diz-jungmann.ghtml>

[10] <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>

[11] <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>

Aury Lopes Jr. é advogado, doutor em Direito Processual Penal e professor titular da PUCRS.

Revista **Consultor Jurídico**, 22 de fevereiro de 2019, 10h11