

Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!

10/01/2019



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Resumo: Eis a nova era: ação penal julgada no mesmo dia da

audiência de custódia! E o advogado será dispensado. Só faltará isso!

No ano passado, no XIII Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst, intitulei minha fala com a seguinte pergunta: *por que o direito brasileiro só quer falar inglês?* Fiz isso porque já de há muito que me preocupa essa importação meia-boca de uma série de institutos de outros ordenamentos que se faz por aqui, frequentemente com ares de novidade.

É comum no Brasil se falar em “precedentes vinculantes”, que em nada se assemelham ao *stare decisis* genuíno do *common law* (falei sobre isso, principalmente, em meu [Precedentes](#) e em uma quadrilogia aqui na **ConJur**, iniciada [aqui](#)). O padrão *proof beyond a reasonable doubt*, a prova para além de uma dúvida razoável, no Brasil é utilizado para condenar (ver [aqui](#), ver as entrevistas de um certo procurador, ver o [acórdão](#) do TRF-4). *Bayesianismo*, explanacionismo, e todo tipo de *ismos* chancelando aquilo que, no meu tempo, era o velho livre convencimento ([aqui](#)) “esculpido em carrara” ou o modelo de juiz Azdak, do Círculo de Giz Caucasiano.

Os exemplos poderiam ir além e além. Como podem ver, esse problema não é de agora, não é pequeno. E é porque o problema não é de agora, e não é pequeno, que foi *cum grano salis* que recebi as recentes manchetes: *Moro quer adaptar no Brasil acordo usado nos EUA para diminuir processos*.

O tal “acordo” é o *plea bargain*. Claro, é claro que seria *in English*. Agora eu sou herói e meu processo só fala inglês, para parafrasear a famosa música *João e Maria*.

Em linhas gerais, e já trazendo ao nosso contexto institucional, é um acordo entre o réu e o Ministério Público. O réu confessa, declara-se culpado, e o processo é então encerrado com abrandamento da pena.

Importantes e bons juristas [já se manifestaram](#). A) Tofic disse bem: *“Os próprios EUA estão revendo este modelo, inclusive, depois que muitos erros judiciais grosseiros foram revelados”*. B) Callegari vai além: *“O processo é caro nos EUA e como o MP pode imputar vários fatos idênticos que se sobrepõem o acusado fica com medo e aceita o acordo. Mas há estudos de que muitos deles não resultariam em condenação caso houvesse o processo. Provavelmente, se o processo fosse até o fim haveria muitos casos com absolvições”*. C) Aury complementa: *“O plea bargain americano não se encaixa no sistema brasileiro. Hoje, fala-se em 90% de negociação nos EUA como se fosse algo extremamente positivo, quando, na verdade, não é. Representa um afastamento da jurisdição. Em cada 10 casos, nove se resolveram em negociação entre acusado e MP. É uma lógica negocial no processo que é excessiva. O tamanho da população carcerária é sintoma de uma banalização . . . Seria um desastre. A explosão do sistema carcerário. E, mais do que nunca, dentro da seletividade que existe no país, encarceramento em massa do cliente preferencial do Brasil, o pobre”*.

Ah, pois é... pois é. Os EUA são um exemplo, certo? De cada 10, 9 processos são “plea”. Até o procurador Dallagnol reconhece que é esse o percentual nos *isteites*. Resultado: a maior população carcerária do planeta. É claro: em tempos nos quais a lógica é *prender é bom, soltar é ruim*, tempos em que juízes e ministros são hostilizados por conceder *habeas corpus*, não surpreende. Conceder HC no Brasil virou maldição.

Mas vejam bem: diferentemente daqueles que defendem o *plea bargain*, aqueles que enxergam a proposta com um certo ceticismo nem precisam dos argumentos consequencialistas (que já seriam, por si só, bem convincentes — especialmente em um paradigma de garantias constitucionais). O argumento jurídico já basta para desvelar a flagrante ilegalidade da iniciativa.

Primeiro: já há, e o ministro Moro sabe disso, uma tendência em favor desse espaço negocial nas discussões sobre o projeto de um novo Código de Processo Penal (CPP) no Congresso. Por que não se discutir na esfera adequada?

Segundo: a importação — nos moldes propalados por Moro — é absolutamente incompatível com nosso sistema de *civil law*. Esse tipo de acordo, por aqui, seria a inauguração de um *neorrealismo jurídico inquisitório*: Direito é aquilo que a acusação diz que é. Lei? Constituição? Isso é ultrapassado. Processo *vapt-vupt*. Macdonaldização processual. Logo, logo, aparecerão especialistas em confissões. Especialistas em fazer “plea à brasileira”. Expert em *due fast food process*. Nas faculdades, em vez de técnicas de fazer uma boa defesa, ensinarão modos heterodoxos de confissão. Por certo, criarão uma TGC (Teoria Geral da Confissão). E logo virá em versão facilitada.

Terceiro, e isso é tão importante quanto grave: que tipo de acordo podemos esperar em um país no qual o entendimento recente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região dispõe que o Ministério Público não precisa ser isento? Afinal, [diz](#) o TRF-4 que *“Não é razoável exigir-se*

isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal". Você, leitor, faria um acordo com alguém não isento (veja-se: ao que consta, o MP concordou com o item 9 do aludido acórdão do TRF-4)? Eis a questão. Decifra-me ou te condeno! Imaginem a cena: o MP diz "tenho cinco crimes contra você; dá uns 50 anos; é melhor você confessar e aceitar 10". OK. Pode ser vantajoso. E se a prova for frágil? Ou ilícita? E se os enquadramentos forem forçados? E se só tiver como prova a palavra de um delator? Hoje se sabe que a coisa mais fácil é o enquadramento em organização criminosa. Sobre isenção, lembro, para reflexão, o caso MP-RJ x Queiroz, em que talvez nem a defesa faria uma nota oficial melhor ([aqui](#)). É o que se diz por aí!

Sigo. Por que não radicalizamos de uma vez? A ideia não é conseguir *celeridade*? *Eficiência*? Façamos como em *Judge Dredd* (pra quem não lembra, aquele filme do Stallone): já no flagrante, o policial-juiz acusa e julga. Já denunciei aqui em 28.7.2016, em uma coluna que se chamou *Advocacia virou exercício de humilhação e corrida de obstáculos*, que, no Acre, o MP ficou exultante com uma ação penal em que, no mesmo dia, houve denúncia, instrução, julgamento e sentença ([ler aqui](#)). Crime de roubo. Pena de 5 anos e 4 meses. O que dizer disso? Processo virou "isso"? Por que não dispensamos logo os advogados? Vamos fazer tudo sumarissimamente? Sem olvidar "os novos tempos fundamentalistas", como a decisão do juiz de Araguaína, Tocantins ([aqui](#)), que, certamente, entrará para os anais do folclore jurídico de Pindorama. Ou será premiada. Quem vai saber do futuro? E que tal uma *plea bargain* conduzida por ele? Quais as chances do réu? Confessará até que matou Kennedy. Ou Jesus.

Acham que isso tudo é ficção? Pois leiam um enunciado do Fórum Nacional dos Juízes Criminais (Fonajuc), assim aprovado:

"A audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento".

Eficiente, não? O apelido do enunciado é "Judge Dredd". O Fator Stallone! Coincide com a proposta-ideia do ministro Moro. Para o [Fonajuc](#), *"as técnicas de negociação no Direito Penal e Processual Penal são instrumentos relevantes e fundamentais para concretização de um Sistema de Justiça mais efetivo no país"*. Isso porque *"a ausência de efetividade/celeridade da Justiça Criminal contribui para insegurança jurídica e principalmente para a impunidade, que deve ser combatida"*.

Perfeito. Talvez o plano seja, mesmo, *Brasil acima de tudo*. Acima até dos EUA em população carcerária. Lá chegaremos.

Contra a impunidade. Em favor da eficiência. Ora, quem é *a favor da impunidade*? O curioso é que, por trás desses jargões vazios e anêmicos, nunca se demonstra aquilo que se diz. Muita retórica, pouca epistemologia. [Falei](#) sobre isso: que tal começarmos a exigir evidências da parte de quem sustenta esse tipo de coisa?

Por exemplo: quando falou no *plea bargain*, o ministro Moro disse querer *"enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal"*.

Pois bem. O que isso quer dizer exatamente? Alguém sabe? “Enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação”? Não quero ser cínico, mas me soa como um verdadeiro “estrangulamento” da legislação. Estrangulamento das garantias processuais, isso sim. Soa-me como a *stallonização* do direito brasileiro, um sistema “juiz-promotor-policial”.

Alguém dirá: “Muito bem, professor. E onde estão as suas evidências? Mostre que o sistema é questionado nos próprios EUA.” Mostro. Está na *The Atlantic*. Quem quiser a íntegra pode conferir [aqui](#): *Why U.S. Criminal Courts Are So Dependent on Plea Bargaining* (Por que os tribunais criminais americanos são tão dependentes da negociação de confissão). Sintetizo aqui em quatro pontos principais, que bem resumem o ponto do artigo (e o meu, em última análise): por lá, já se diz que o *plea bargain* leva a uma série de problemas:

- (i) Procuradores demasiada e desproporcionalmente poderosos;
- (ii) Flexibilização de garantias constitucionais pós-celebração do acordo (quem diz é o District Judge John Kane);
- (iii) Aspectos no mínimo questionáveis do ponto de vista moral (quem dizia era o célebre Justice Burger, para quem a economia simplesmente *não é o ponto de um sistema jurídico*);
- (iv) A desconsideração de padrões probatórios mínimos (inclusive o *proof beyond a reasonable doubt*, que, vejam só, lá é visto como garantia, e não como um pamprincípio pragmático, *ad hoc* e *pro societate*).

Isso nos EUA. Imaginem aqui, onde (i) procuradores e policiais (e juízes) *já são* poderosos; (ii) garantias constitucionais não apenas são flexibilizadas, mas também são apontadas como *lenientes*, “*de esquerda*” e “*bandidólatras*” [sic]; (iii) a moda é em favor da eficiência, das análises econômico-pragmático-utilitaristas; e (iv) *sequer há padrões probatórios minimamente racionais!*

Pois é. Se a moda é seguir os EUA, sigamos direito: rejeitemos o *plea bargain*. É o que estão começando a fazer por lá. Não só imitar, mas imitar mal e com alguns anos de atraso tem sido nossa especialidade já de há muito. Mais: se querem mesmo americanizar, por que então trazem, *stricto sensu*, a rigidez da cadeia de custódia da prova de lá? Lá não tem inversão do ônus da prova, por exemplo. Nos casos em que não têm o corriqueiro e criticado *plea bargain*, respeitam-se garantias. Prova ilícita por lá funciona. Árvore envenenada, lá, dá frutos envenenados, mesmo. Talvez por isso o atalho seja o “plea”.

Numa palavra final: o que está acontecendo com o Direito no Brasil? Garantias constitucionais históricas serão (já são) sepultadas, rasgadas, dispensadas? Fechemos as faculdades. Doutrina, para quê? E por que a comunidade jurídica se queda (tão) silente? Avisei, há tempos, que a dogmática jurídica havia se especializado em fabricar próteses para fantasmas. O ensino e a doutrina ficaram caudatários de um jurisprudencialismo retrô.

Nas faculdades já não se ensina Direito. Trocou-se o Direito por uma péssima teoria política do poder. E por uma má metafísica. O professor palpita. Seus juízos morais valem (bem) mais do



que o Direito. E mostra o último julgado. Livros? Doutrina? Para quê? Como diz a música, eles venceram e o sinal está fechado para quem defende garantias. *Definitively!*

Só mais uma coisa: Por que escrevi isso? Porque sou jurista. Quase 30 anos de Ministério Público. Advogado. Professor. Uma pessoa doente pode procurar um curandeiro. Uma benzedeira. Ou ajuda religiosa. Mas o correto é ir ao médico. No Direito ocorre o mesmo. Crime não se combate com opiniões morais. A tentação de esfolar criminosos sempre é grande. Quase incontrolável. Mas um jurista tem de tratar (d)o problema com o Direito. Isto é, com os seguintes remédios: com o CP, o CPP e a CF. Ou vira justiceiro. Simples assim.

Advogado (enfim, gente do direito *lato sensu*) que é contra garantias processuais de liberdade é como médico que odeia antibióticos. Ambos devem trocar de ofício ou profissão. Antes que matem os pacientes.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual/>