

Com delação premiada, Direito Penal também é lavado a jato



A “barganha e a justiça criminal negocial”, como

manifestações dos espaços de consenso no processo penal, vem (pre)ocupando cada vez mais os estudiosos, mas também os atores judiciais. A tendência de expansão é evidente, resta saber que rumo será tomado, se seguirá o viés de influência do modelo norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*). Ampliaremos o tímido (mas crescente) modelo brasileiro introduzido pela Lei 9099/95 (transação penal e suspensão condicional) até chegar na Lei 12.850/13 e a colaboração premiada. Que rumo tomar? Quais os limites? Que vantagens e inconvenientes isso representa? São questões importantes a serem ponderadas.

A expansão dos espaços de consenso decorre de fatores utilitaristas e efficientistas, sem falar na evidente incompatibilidade com o Princípio da Necessidade (*nulla poena sine iudicio*), mas é uma realidade que se impõe diante da insuficiência estrutural do poder judiciário (sustentam os defensores do viés expansionista). Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero ‘homologador’ do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal (nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais).

A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional 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 limitase 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.

O pacto 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”.

O acusador público, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento.

A tal ponto pode chegar a degeneração do sistema que, de forma clara e inequívoca, o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público. O processo, ao final, é transformado em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos, conforme a doutrina de Ferrajoli.

A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão todo o rigor do direito penal ‘tradicional’, onde qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado.

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quicá 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. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.

No Brasil, a tendência de expansão é evidente e a preocupação, crescente. Dos limites tímidos da transação penal e suspensão condicional do processo, caímos no outro extremo: o amorfismo da colaboração (leia-se: delação) premiada e a Lei 12.850/13.

Essa semana foi noticiada uma sentença penal condenatória na operação “lava a jato” em que alguém — beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) — é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”. Depois vem um regime “semiaberto diferenciado”(??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos. Tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa ‘execução penal *a la carte*’.

Mas isso é outro Direito Penal? Com certeza. E outro processo penal também.

Mas o que é esse “outro”? A serviço de quê(m) ele está? Quais seus limites de incidência? Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários impróprios do Ministério Público? Fico preocupado, não apenas com banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da



negociação. É evidente que a Lei 12.850/13 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.

A delação premiada, enquanto forma de consenso sobre a pena, precisa ser objeto de uma problematização muito mais complexa (para além da simples recusa, pois ela está aí), como por exemplo:

- a) Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)?
- b) Até que momento pode ser efetivada? Apenas na fase pré-processual? Após a denúncia mas antes da instrução? A qualquer momento (então não haverá a aceleração procedimental característica)?
- c) Que consequências procedimentais ela gera em termos de aceleração e limitação da cognição?
- d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o pré-julgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um *rewind* e deletar o que ouviu, viu e leu?
- e) Nos casos penais de competência do tribunal do júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri?
- f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor a negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer 'condições' ou será ignorada (como ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)?
- g) Existe um "direito" do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público?
- h) Qual o nível e dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser 'juiz' (ou seja, imparcial)?

Muitas são as perguntas não respondidas pelo sistema jurídico brasileiro, chegando-se a uma elasticidade absurda (e decisionismo igualmente absurdo) de fixar uma pena de 15 anos de reclusão a ser cumprida em regime de recolhimento domiciliar, absolutamente fora de tudo o que temos no Código Penal brasileiro.

Mas, antes de pensarmos que 'legislar' é a solução para tudo isso, faço mais um questionamento: já foi elaborado um sério e profundo 'estudo de impacto carcerário' da expansão do espaço negocial? A expansão da possibilidade de concretização antecipada do poder de punir por meio do reconhecimento consentido da culpabilidade, não representará um aumento significativo da nossa já inchada população carcerária? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? Pois é, parece que mais uma vez legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois...



Dessarte, estamos entrando — sem muito rumo ou prumo — em terreno minado, (em grande parte) desconhecido e muito perigoso para o processo penal democrático e constitucional.

Date Created

24/07/2015