

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL - UMA ANÁLISE DO INSTITUTO SOB OS CONCEITOS DE ÉTICA E JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

Caio Cesar Arantes

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discorrer acerca do modelo de Justiça Penal Negociada instituída e operacionalizada no Brasil, bem como, proceder uma análise crítica do instituto à luz dos conceitos de Ética e Justiça preconizados por Aristóteles. A utilização do instituto com propósitos distorcidos, visando abreviar procedimentos e impor a aceitação de acordos pelos acusados, compromete não só o sistema de justiça, assim como os mais basilares ditames da Constituição Federal brasileira, a exemplo do que ocorre no Direito Comparado, gênese do instituto. Os conceitos de Ética e Justiça em Aristóteles, dado a magnitude e precisão com que foram preconizados há mais de 2.300 anos, são até os tempos atuais adotados como referência e reflexão aos mais variados estudos atinentes ao tema.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada. Ética e Justiça. Aristóteles.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the “plea guilty” procedure started and established in Brazil, as well as, make a critical analysis of the institute through the concepts of Aristotelic Ethics and Justice. The use of the institute for distorted purposes, aiming to shorten procedures and impose the acceptance of agreements by the accused, compromises not only the justice system, but also the most basic dictates of the Brazilian Federal Constitution, an example of what occurs in Comparative Law, the genesis of Institute. The concepts of Ethics and Justice in Aristotle, given the magnitude and precision with which they were advocated more than 2.300 years ago, are up to the present times adopted as a reference and reflection for the most varied studies related to the theme.

Keywords: Negotiated Criminal Justice, Ethic and Justice. Aristotle.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas o Brasil sofreu diversas alterações legislativas de cunho processual penal, instituindo-se diversos dispositivos expressos de Justiça Penal Negociada.

A pretexto de propiciar mecanismos desprocessualizadores e despenalizadores, o modelo, ao exemplo de outros países, vem sendo utilizado na prática com fins absolutamente distorcidos de sua essência, com objetivos únicos de abreviar procedimentos através da imposição de acordos travados, em geral, sob o temor dos acusados em sofrer injustas condenações em razão do deficiente e distorcido sistema de justiça criminal ou, até mesmo, retaliações pela recusa à negociata.

Diante desse absoluto descrédito à jurisdição e à persecução penal (*lato sensu*), a Justiça Penal Negociada brasileira assumiu o viés de um balcão de negócios altamente interessante aos inseridos em seu escopo, à exceção, é claro, dos acusados.

Assim, passando pela Lei dos Juizados Penais Criminais (9.099/95), Organizações Criminosas, que veio a regular o procedimento de Colaboração Premiada (12.850/13), o famigerado Pacote Anticrime instituído pela Lei 13.964/19 e, até mesmo, a Lei de Drogas (11.343/06, em seu artigo 41), pretende-se, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim, delineá-lo, demonstrar o contra senso que tais institutos são utilizados na prática, em detrimento dos conceitos e ditames de Ética e Justiça Aristotélica.

2. JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

2.1 Primórdios não muito distantes

Formalmente, a Justiça Penal Negociada integra o cotidiano forense brasileiro desde a edição e vigência da Lei 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Criminais e o rito sumaríssimo, competentes ao processamento dos crimes e contravenções penais considerados de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles cuja pena máxima não seja superior a dois anos¹.

O conceito de Justiça Penal Negociada, detalhe-se, reside num acordo em que ambas as partes praticam concessões recíprocas, na busca por um acordo final, no qual se permite uma disposição maior do objeto do processo, negociando-se desde o arquivamento até uma redução de pena².

Alvo de inúmeras críticas, a Lei 9.099/95, desde que tramitando como projeto perante a Assembleia, mostrava-se estranha aos princípios trazidos na Constituição Federal³, mas ainda, à Teoria Geral do Delito e à própria Teoria Geral do Direito Penal e Processual Penal.

Anteveu-se, assim, que a inserção de meios de consenso no âmbito criminal brasileiro, embora legalmente admissíveis, acarretaria a expansão do controle punitivo estatal nas relações sociais, com efeitos diversos daqueles imaginados.

¹ A Lei 9.099/95, quando promulgada, definia em seu art. 61 como de “menor potencial ofensivo” os crimes com pena máxima não superior a 1 (um) ano, alterando-se tal prazo para o de 2 (dois) anos em razão da Lei nº 11.313, de 2006 (“Lei dos Juizados Especiais Federais”).

² GOMES, Luiz Flávio. 25 anos depois, Direito Penal 3.0. Boletim Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº 298, p. 2-4, set/ 2017.

³ A crítica é fundada em relação ao conteúdo da Lei 9099/95 e não aos Juizados Especiais Criminais, já que previstos na Constituição Federal, em seu artigo 98, I.

Além disso, aspectos muito práticos e céleres, porém, certamente não operacionais e inexecutáveis, estavam previstos e foram consolidados na redação promulgada da Lei dos Juizados Especiais Criminais, fazendo com que seu início de vigência se desse sob clara distorção prática de seu conteúdo.

Porém, a principal crítica advinda das experiências e percepções práticas de justiça penal negociada, residem, invariavelmente, no fato de se afastarem de sua atribuição constitucional, fazendo do sistema de justiça criminal um verdadeiro balcão de negócios, ignorando não somente os princípios e finalidades da administração pública e da prestação jurisdicional, mas o próprio conceito e essência de justiça.

O processo penal consensual, com o princípio da discricionariedade regulada por lei, excepciona um princípio, até então absoluto, do processo penal, que é o *nulla poena sine iudicio*. A transação penal, por exemplo, implica o cumprimento de pena de multa ou restritiva de direito, sem que haja um processo prévio⁴.

Mas não é só!

Com a negociação, ocorre uma clara desvirtuação do contraditório no sistema de justiça negocial, o qual caracteriza-se pelo “confronto claro, público e antagônico”, ou seja, o acusado tende a virar um refém do Ministério Público, abrindo espaço para pressões psicológicas em busca de um acordo (mesmo que desfavorável), aguçando ainda mais a perspectiva de confronto entre o Estado e o cidadão, tal qual vem acontecendo desde o advento da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) onde os acusados que se recusam a aceitar a transação penal ou a suspensão condicional do processo são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão acusações mais graves⁵.

2.2 A Evolução do Instituto

O instituto da Justiça Penal Negociada, por óbvio, ganhou adeptos que, desprezando alguns aspectos do desvirtuamento do sistema de justiça criminal, fomentaram a ampliação de seu espectro, sempre com argumentos pouco verídicos e convincentes como redução do encarceramento e das penas restritivas de liberdade, morosidade da justiça em razão do grande número de processos, justiça restaurativa, dentre outros.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo/SP, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 738.

⁵ LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

A prática, porém, mostrava-se contrária aos argumentos e o Estado não conseguiu acompanhar as inovações legislativas nesse sentido.

As Polícias Civis, por exemplo, em razão da falta de recursos humanos, haviam deixado de instaurar inquéritos para apurar delitos de menor potencial ofensivo mas, com a criação da Lei 9.099/95 e do Termo Circunstanciado, viu-se obrigada à tal, aumentando virtuosamente o número de procedimentos criminais.

O Poder Judiciário e demais órgãos envolvidos no sistema de justiça como Ministério Público, Procuradoria Geral do Estado (P.A.J.) e Defensoria Pública, por sua vez, almejando reduzir bruscamente o número de feitos, abreviar seus prazos de tramitação e pessoal, foi ágil em promover a criação de Varas especializadas e firmar convênios buscando operacionalizar os Juizados Especiais Criminais.

Despiciendo notar que, em razão da informalidade abrupta e certo descaso com as causas menos complexas, o processamento das contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo passou a ser feito de forma desprovida de alguns preceitos básicos e, até mesmo, com certo descaso, não raro, abrindo-se mão da formal instalação de audiência, presença do juiz e do representante do Ministério Público.

Malgrado tais práticas revelassem um absoluto desprezo a direitos indisponíveis e garantias fundamentais formadoras do Estado Democrático de Direito, a Justiça Penal Negociada mostrou-se oportuna e altamente conveniente à Administração Pública que não olvidou em seguir em busca de novos modelos nesse sentido.

Assim, seguindo nesse interessante contexto, verificou-se que o desenvolvimento da criminalidade no Brasil e seus novos modelos de estruturação e atuação, somados a incompetência do Estado em combatê-la de forma eficiente, fez com que se buscassem alternativas que pudessem mitigar esse caótico cenário, encontrando-se no Direito Comparado a solução⁶.

Denominada por “Lei das Organizações Criminosas”, a Lei 12.850 foi promulgada em 2 de agosto de 2013, implementando e regulando a “Colaboração Premiada”, criando uma nova hipótese de justiça penal negociada⁷ e muito em voga até os tempos atuais, sobretudo, nos casos de grande repercussão⁸.

⁶ O instituto foi criado na Itália no ano de 1970, com a figura dos “Colaboradores da Justiça”, tornando-se Lei no ano de 1982 (Lei 304/82).

⁷ Esse benefício já era, de certa forma, previsto em diversas leis brasileiras em relação a certos crimes e circunstâncias, em específico: Leis n° 8.072/90, n° 7.492/86, n° 8.137/90, n° 9.613/98, n° 9.807/99, n° 12.529/11 e n° 11.343/06, vindo porém, a Lei 12.850/13 a regular seu procedimento e aplicação em sentido amplo.

⁸ <https://jus.com.br/artigos/70742/do-mensalao-a-lava-jato-a-ascensao-da-barganha-e-da-colaboracao-premiada-no-processo-penal>

Em suma, a Colaboração Premiada se traduz num benefício legal atribuído a determinado investigado, réu ou condenado, que concorde em colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha resultados como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e revelação de sua estrutura hierárquica, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, dentre outros⁹.

Não foram, de igual forma, poucas as críticas ao novel instituto e a sua paulatina banalização, como visto durante o julgamento da AP 470 (Mensalão) e as diversas e consecutivas fases da afamada “Operação Lava-jato”.

Dentre outros motivos, censurou-se o instituto sob o argumento de que “a delação premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de persecução penal criminal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição”¹⁰.

Ou ainda, que de forma indubitável e deplorável, assiste-se diariamente por intermédio dos meios de comunicação, a negociata intensa entre os órgãos de persecução penal, notadamente afetos à Procuradoria da República e aqueles que estão sendo objeto de investigação criminal, sobre a promessa de prêmio diante da delação de seus comparsas, sem qualquer tipo de limitação e controle daquilo que se constitui a “defesa” do dedo-duro¹¹.

Ao exemplo dos efeitos da Lei 9.099/95, a Colaboração Premiada também teve sua essência alterada, dando azo a inúmeros entraves de ordem prática com a conseqüente alteração de sua finalidade.

Afora o inconformismo de grande parte da comunidade jurídica e população em beneficiar, de qualquer forma, o criminoso delator, verificou-se um alto índice de reincidência por parte destes, ao que parece, em razão da ausência ou mitigação da pena e de seus (imagináveis) efeitos ressocializadores sobre o condenado.

⁹ Lei 12.650/13, art. 4º: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

¹⁰ TRF1 – Apelação Criminal 2212611.2007.4.01.3500, 3ªT, Rel. Des. Fed. Tourinho Filho, DJF 17.12.2010, p. 1647.

¹¹ MOSSIN, Heráclio Antonio. Delação premiada – Aspectos Jurídicos. J.H. Mizuno ed., Leme/SP, 2016, p. 30.

Nos anos seguintes, o Brasil assistiu ao eclodir de inúmeras operações policiais de grande monta. Prisões, conduções coercitivas, buscas e apreensões, bloqueio de bens e ativos, cooperação internacional, dentre outras medidas, passaram a fazer parte do cotidiano.

Em março de 2014 surge a Operação Lava-jato e durante anos consecutivos as atenções da imprensa e da população estiveram voltadas as suas fases e envolvidos, seguindo a praxis brasileira de criar mitos e reverenciar pessoas, no caso, juiz e procuradores envolvidos na relação processual eram vistos como ídolos com status cinematográfico.

Não é demasiado dizer que, na última década, raramente não se tratou de algum tema adstrito ao direito penal ou processual penal nos noticiários diários, dando azo ao surgimento de pseudos juristas de toda sorte e banalizando-se ainda mais o conceito (geral) de justiça, com seus negativos efeitos.

Enfim, no apagar do ano de 2019 promulga-se a Lei 13.964/2019, denominada “*Pacote Anticrime*”, com diversas disposições, porém, ao que nos importa, acrescentando ao Código de Processo Penal o art. 28-A, prevendo o “*acordo de não persecução penal*”, propiciando aos acusados travar uma negociação junto ao órgão acusador, desde que a pena mínima atribuída ao delito não seja superior a quatro anos, que este não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, dentre outras de cunho relevante.

A norma, que altera as disposições do Código de Processo Penal, foi herdada dos odiosos institutos americano e britânico da *plea guilty* e da *plea bargaining*, aniquilando o princípio da obrigatoriedade inerente ao processo penal, mas ainda, atuando como uma forma de negociata imposta em razão do medo ao (desacreditado) sistema de justiça.

Referidos institutos, reconhecidamente falhos e percursores de inúmeras injustiças em seus países de origem¹², foram ratificados pelo “Projeto Anticrime” sem qualquer preocupação em relação a tais aspectos, sob o fomento dos aplausos daqueles mais interessados com a autopromoção pessoal e política, que na aplicação dos verdadeiros conceitos de ética e justiça.

3 ÉTICA E JUSTIÇA

3.1. Conceito geral

¹² <https://guiltypleaproblem.org/> “*WHY DO INNOCENT PEOPLE PLEAD GUILTY TO CRIMES THEY DIDN'T COMMIT?*” O site e autoria da ONG americana “Innocence Project”, mostra inúmeros casos em que pessoas, apesar de inocentes, são forçadas a aceitar um acordo imposto pelo Ministério Público, sob o temor de serem condenadas a morte ou presas perpetuamente em razão do temor e descrédito ao sistema de justiça americano.

Ética é uma palavra derivada do grego “*ethikos*”, que pode ser definida como a ciência da moral.

Ética é termo do senso comum, presente no cotidiano de todos, e presta-se a justificativa para escolha de amizades, relações afetivas, empregos, candidatos, postos eletivos e muito mais. Neste senso comum é entendida como um conjunto de atributos para uma convivência boa, um gabarito para toda organização social e a resposta certa para as dúvidas sobre a conduta de cada um¹³.

Na contramão deste senso comum, a ética se apresenta como uma prática de reflexão compartilhada sobre as práticas, em que a razão busca o melhor argumento no sentido de um aperfeiçoamento progressivo da convivência¹⁴.

A ética, cuja essência está imbuída do conceito de moral, é algo que transcende formas ou fórmulas concretas para dar ensejo ao emprego das melhores práticas, à lisura dos atos e à escorreição das condutas, constituindo-se na antítese dos problemas comportamentais que sempre afligiram a humanidade, como o egoísmo, o favorecimento pessoal, o desrespeito e à violência.

Para os antigos, ser ético implicava o comprometimento do indivíduo enquanto membro da sociedade, com uma vida orientada para a prática de virtudes¹⁵.

Nessa linha, percebe-se que não há, portanto, como dissociar “ética” de “justiça”, constituindo-se, ambas, como uma alternativa eficaz para o enfrentamento das misérias da condição humana e, nos notórios dizeres de Ulpiano na Roma antiga, na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.

Assim, também, é a justiça, a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se estabelece o império da própria lei, sendo fato que as regras existem para ser aplicadas objetivamente, daí se extraindo o brocardo *dura lex, sed lex*.

No entanto, o Direito, é uma ciência humana, não meramente técnica. Conhecer e dominar o Direito não se resume ao conhecimento das normas, dos ordenamentos jurídicos.

¹³ FILHO, Clóvis de Barros. Ética: da práxis à complexidade. Café Filosófico. Gravado em 4 de abril de 2013. Disponível em <http://www.institutocpfl.org.br>. Acesso em 19/11/2020.

¹⁴ Idem acima.

¹⁵ FIGUEIRA, José Pedro Haroldo de Andrade. A falta de ética e de espírito público na política brasileira. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009.

Aplicar o Direito, não depende apenas da observância das leis e do estudo das evidências. O Direito deve ir além, para praticar Justiça¹⁶.

Não restam dúvidas que no ordenamento jurídico brasileiro, a maior acepção do Direito, calcado no supra princípio da Dignidade da Pessoa Humana característico do Estado Democrático, está contido na Constituição Federal, plenitude das normas condizentes com a ética, moral e justiça, e ainda, pauta mínima de condutas esperáveis como modo de aperfeiçoamento do ser humano e, como decorrência, da própria comunidade onde ele vive.

Não é a toa que, dentre suas previsões, estão aquelas determinantes da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência nos atos da administração pública (art. 37, *caput*), além de uma gama de outros preceitos garantidores da ética e da justiça que, contrariados, culminarão na nulidade do ato, com seus consequentes efeitos.

Portanto, no campo geral e abstrato do Direito, com a finalidade de regular o comportamento humano na sociedade e cuja característica essencial é a força coercitiva que a própria sociedade lhe atribui, está a lei representada pela norma jurídica. Sob a gênese da norma, não há dúvidas que incidirão como motivadores de sua edição todos os aspectos e efeitos da famosa definição romana dos mandamentos do Direito: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu¹⁷, ratificando a necessária inseparabilidade dos conceitos de ética e justiça.

3.2 Os Conceitos sob a ótica Aristotélica

Considerando-se o objetivo dinâmico deste artigo, bem como, a incontestável notoriedade da biografia de Aristóteles, entendemos por desnecessário sobre ela discorrer ou de qualquer forma detalhá-la¹⁸.

Assim, passemos diretamente ao aspecto da produção filosófica de Aristóteles, havida num período de esplendor cultural e concretização do Império Ateniense sobre as demais cidades gregas, mas de curta duração, já que as disputas pelo poder no Peloponeso com a rival Esparta levarão ao declínio da hegemonia ateniense e em breve os persas, seguidos pelos macedônios, dilapidarão o poderio da *polis ateniense*.

¹⁶ CHALITA, Gabriel. A sedução no discurso. O poder da linguagem nos tribunais do júri. Max Limonad, São Paulo, 2ª ed., 2001, p. 15.

¹⁷ Digesto de Justiniano, 1.1.10

¹⁸ Podendo, porém, ser consultada em <https://en.wikipedia.org/wiki/Aristotle>

Atuantes nesse período, Platão e Aristóteles são os grandes pensadores das questões éticas e políticas da *polis*; é nesse momento de declínio político, no século IV a.C., que se dá, porém, o momento fulgurante da Filosofia Grega¹⁹.

Não há dúvidas que a produção literária de Aristóteles se encontra até hoje presente nos conceitos, reflexões e ideais de ética, justiça e até mesmo de felicidade, eternizados em sua obra *Ética a Nicômaco*, que se inicia da seguinte forma:

“Toda arte e todo saber, assim como tudo que fazemos e escolhemos, parece visar algum bem. Por isso, foi dito, com razão, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem, Mas há uma diferença entre os fins: alguns são atividades, ao passo que outros são produtos à parte das atividades que os produzem.²⁰”

O trecho inaugural da obra busca demonstrar duas correntes básicas do conceito de *Ética Aristotélica*: A primeira de que todas as coisas tendem ao bem, equivalendo a afirmação de que o bem é a finalidade de todas as coisas e, a segunda, de que se alcança o bem por dos meios: a) pelas atividades práticas, isto é, aquelas que contêm seus próprios fins (ética e política); b) pelas atividades produtivas (artes ou técnicas).

O conceito de ética para Aristóteles é explicado sob um contexto derivado da consequência das ações dos indivíduos, dos cidadãos virtuosos, unidos em amizade, que assim alcançam a perfeita virtude, o fim último de suas ações, ou seja, o bem.

O bem, por conseguinte, leva cada indivíduo a ser capaz de viver com os outros, na *polis*. Em outras palavras, a ética, no campo individual, prepara terreno para a política, no campo coletivo, para as boas práticas no âmbito da administração pública e, por que não já não aventar, à justiça. Para Aristóteles, a finalidade da política é a busca do bem de todos os homens.

Agregam-se, assim, ao conceito de ética em Aristóteles, não somente as escolhas morais, mas a virtude, enquanto finalidade da soma das ações e deliberações do homem que levam ao bem estar e à felicidade coletiva (*eudaimonia*). São, assim, nossas escolhas e ações que nos constituem moralmente.

O conceito de ética em Aristóteles possui, portanto, um viés muito mais amplo que o comumente e hodiernamente empregado, abrangendo aspectos como a formação moral do indivíduo, sua opção pela virtude e a razão teleológica que o permite orientar-se pelos

¹⁹ SILVA, Rosely de Fátima. A medida e a desmedida nas ações humana na *Ética a Nicômaco*. Prefácio. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo, Martin Claret, 2016.

²⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1094a, 1-5.



caminhos do meio, cuja prática reiterada o levará à realização moral inserida na realização política da *pólis*:

Assim, “*o bem seja idêntico para um indivíduo quanto para a cidade, revela-se melhor e mais perfeito compreender e preservar o da cidade*”²¹.

Essa união de ética à política em Aristóteles, remete-nos diretamente ao caráter político e de equidade no conceito de justiça que, segundo o filósofo, é uma disposição segundo a qual o homem justo é definido como aquele que está apto a realizar, por escolha deliberada, o que é justo, e quando se trata de efetuar uma divisão, seja entre ele mesmo e outra pessoa, seja entre duas outras pessoas, não é homem para atribuir a si mesmo, no bem desejado, uma parte maior para si e uma menor ao seu próximo (ou o inverso, se se trata do que não convém), mas dá a cada um a parte proporcionalmente igual e que lhe convém, e que age da mesma maneira quando a partilha se faz entre terceiros²².

Assim, parte-se da premissa em Aristóteles de que o “justo” é aquilo que é de acordo com a lei e correto, e ainda, intimamente ligado à discricionariedade e ao livre arbítrio, já que deriva de uma disposição de caráter pela qual os homens praticam coisas que são justas, e pela qual agem de maneira justa e desejam coisas justas; do mesmo modo, também em relação à injustiça.

A justiça não se compreende, assim, como uma parte da virtude, mas como a virtude inteira, e a injustiça, de forma contrária, não é uma parte do vício, mas o vício inteiro. Ou seja, elas são da mesma qualidade, mas sua essência é diferente: o que é em relação ao outro é justiça, como uma disposição de caráter e em si mesmo, é virtude²³.

Aristóteles interpreta, pois, que duas formas básicas de justiça performam o conceito de igualdade e equidade que lhe são inerentes, a saber: a Justiça como virtude geral e como virtude especial, essa dando azo a “justiça distributiva” e a “justiça corretiva”, e essa, finalmente, subdividida em “justiça comutativa” e “justiça judicial”.

Ao escopo desse artigo, focaremos na justiça corretiva que, diferentemente da distributiva, possui um caráter específico, caracterizando-se a justiça como um tipo de igualdade e a injustiça como um tipo de desigualdade.

Descreve Aristóteles, diante de sua conceituação, não importar, por exemplo, que seja um homem bom que tenha despojado um homem honesto, ou um desonesto homem bom, ou ainda que um adultério tenha sido cometido por um homem bom ou por um homem mau: “a lei

²¹ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1094b9 e ss.

²² Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1134a e ss.

²³ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1130a10.

apenas tem relação com o caráter distintivo do erro causado, e trata as partes com igualdade, se perguntando somente se uma a cometeu e a outra sofreu, ou se uma é autora e a outra é vítima de uma falta”²⁴.

Obtêm-se, dessa fórmula, a assertiva de que a injustiça consiste, de fato, numa espécie de desigualdade, devendo-se o juiz estabelecer a igualdade, determinando ganhos à vítima (indenização, por exemplo) e perdas ao acusado (por meio do castigo), como uma espécie de equilíbrio, caracterizando-se, assim, a justiça corretiva como o intermediário entre uma perda e um ganho.

O juiz atua como restaurador da igualdade! Referida expressão de Aristóteles²⁵ ratifica a proporção necessária de se estabelecer um meio termo através da atividade jurisdicional, através de “ganhos” e “perdas”, mas jamais através da retribuição, o que é repellido expressamente pelo Filósofo, já que interpretações extensivas e equivocadas seriam feitas nesse sentido: mas a reciprocidade não coincide nem com a justiça distributiva, nem mesmo com a justiça corretiva, sem bem que se queira normalmente dar esse sentido à justiça de Radamanto²⁶.

Em suma, podemos identificar que Aristóteles adota como justo, aquilo que é probo, moral, equitativo e capaz de (re)estabelecer o equilíbrio e um meio termo através da igualdade.

Tais aspectos, somados a conceituação de ética, culminará na ponderação a seguir acerca da prevalência de tais conceitos sobre o instituto da Justiça Penal Negociada, tema nevrálgico desse artigo, com intrigantes conclusões.

4 REFLEXÕES FINAIS E CONCLUSÃO

Aristóteles faz equacionar a Justiça universal com a legal. No entanto, com sua análise da justiça em particular, ele vai ainda mais longe e nos convida a adotar, em nossas relações com os outros, uma perspectiva na qual vemos a nós mesmos e aos outros como membros de uma comunidade de seres humanos livres e iguais e também ao decidir o que fazemos a partir dessa perspectiva.

²⁴ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1132a5.

²⁵ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, 1132a30.

²⁶ “*Se alguém sofrer o mesmo que fez aos outros, a justiça será, então, parcial*” (Radamanto). In <https://en.wikipedia.org/wiki/Rhadamanthus>, acesso em 22/11/2020.

Se formos capazes de fazê-lo e incorporar isso em nossos pensamentos, sentimentos, desejos e escolhas, teremos realizado a Justiça Aristotélica. Quando agirmos a partir dessa perspectiva, expressaremos uma concepção de nós mesmos como membros livres e iguais de uma comunidade política: como cidadãos²⁷.

Os ensinamentos de Aristóteles preconizados na Grécia há aproximadamente 2.500 anos (384 à 322 a.C) restam latentes até hoje, inclusive, no que se refere aos mais complexos aspectos da virtude, moral, justiça e política, jamais separados da prudência, mediedade e da equidade, ou seja, daquilo que nosso texto constitucional caracterizou como proporcional, razoável e isonômico, como alguns dos necessários requisitos ao composição do Princípio da Legalidade.

Com base nessas reflexões, cabe-nos, desde já, uma indagação enquanto cidadãos e jurisdicionados: Será que a prática da Justiça Penal Negociada, nos moldes do quanto aqui delineado, atende, de fato, aos preceitos de Ética e Justiça como preceituados por Aristóteles?

Poderíamos afirmar que a imposição, de certa forma, em se transacionar com o Estado, sob o temor da ineficiência ou descrédito do seu sistema de justiça criminal, ou de vinganças por seus representantes está consonante aos ditames de Ética, Moral e Justiça,?

Ou ainda, ao se permitir que o acusado, traindo seus comparsas de empreitada criminosa, receba benefícios de ordens diversas, desde que os delate em mínimos detalhes, estaríamos exercendo, de fato, os mais basilares conceitos sobreditos?

A ideia de um conjunto de normas jurídicas sem compromisso ético algum não parece sustentável como supedâneo de uma sociedade com vistas ao aperfeiçoamento humano, que é de certo modo, aquilo que toda sociedade juridicamente organizada pretende. É próprio da religião, qualquer delas, da Moral e do Direito isso que parece algo tão difícil: ensinar ao ser humano usufruir da felicidade. É o que está posto, entre nós, de certa forma, no art. 1º, III, da Constituição Federal.

A imposição, sob qualquer forma, de negociatas em sede de justiça criminal, sobretudo em razão de pressões não formais ou legais, deságua na afirmação de que “a justiça ou a injustiça dependem da lei”²⁸, sendo certo que, a despeito da previsão legal acerca do instituto da Justiça Penal Negociada, ainda assim estaremos diante da hipótese de uma solução injusta.

²⁷ KRAUT, R. The Blackwell guide to Aristotle's Nichomachean ethics. Tradução de Alfredo Stork. Porto Alegre, 2009, p. 185.

²⁸ Aristóteles, Ética a Nicômaco, 1134b15.

Mas não é só! O injusto foi dividido por Aristóteles em ilegítimo e improbo, e o justo, em legítimo e probo, não havendo campo fértil ao meio-termo, equivalente a algo como “pode ser legal, mas não é moral”!

Nessa linha, retomando-se os aspectos operacionais da Justiça Penal Negociada, observe-se que a imposição de espécie de multa sem que se tenha comprovado a transgressão, o beneficiamento da traição e indiretamente da reincidência pautada na ausência dos efeitos das “perdas do acusado”(como tratou Aristóteles), mas ainda, a possibilidade de mitigar eventual sanção mediante assunção de culpa e cumprimento de penas alternativas à prisão (ainda que sabidamente inocente), são adventos absolutamente contrários à Ética e Justiça, em troca de benesses de cunho administrativo e financeiro.

O anseio pelos representantes do Poder Público em travar o quanto antes um acordo, com seus consequentes e imediatos efeitos, tornou-se o objetivo precípua dos processos incorporados ao sistema de Justiça Penal Negociada, destoando, por completo, de sua essência sob o aspecto legal e daqueles que performam o conceito de “justo”.

Verifica-se, assim, que o açodamento no juízo afronta particularmente a deliberação, que é um dos atos necessários da prudência; a precipitação no juízo afeta sobretudo o diagnóstico dos fatos singulares e encaminha-se a um certo platonismo judiciário. Daí é um passo para a singeleza da burocratização dos julgados com a elaboração de modelos genéricos, no melhor estilo *pret-a-porter*, que aparenta servir para todos ou, ao menos, muitíssimos casos e pode guardar-se – suprema conquista – num arquivo informático qualquer: há quem diga que se trata da maldição da tecla F3, mas porque parece servir para todos os casos, em rigor não serve para nenhum²⁹.

Incorpora-se, assim, à Justiça Penal Negociada e seus obscuros bastidores, as mazelas hodiernas do processo penal, fazendo intactos os dizeres do Professor Hélio Tornaghi que há mais de meio século preceituou: “daqui a mil anos os estudiosos do processos nos considerarão bárbaros, por sujeitarmos as pessoas a tantos vexames no processo criminal”³⁰, assim como ora fazemos com a ostentação aos suplícios havida no século XVIII³¹.

Não poderíamos, assim, concluir de outra forma, senão ratificando o quanto já vínhamos acenando desde o início desse artigo, ou seja, de que o instituto de Justiça Penal Negociada encontra-se maculado desde sua gênese se analisado sob a égide dos conceitos Aristotélicos de Ética e Justiça.

²⁹ DIP, Ricardo. Direito Penal: Linguagem e Crise. 1º ed., Campinas/SP, Millennium Editora, 2001, p. 102.

³⁰ Compêndio de Processo Penal, Konfino Ed., 1967, Tomo II, p. 576.

³¹ Como muito bem narradas por Michel Foucault em Vigiar e punir: nascimento da prisão. 42ª ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 2014.

Ao propor o Estado ao jurisdicionado um formato de negociação de justiça, decai -se em inequívoca imoralidade, convolvendo-se a figura da expectativa do justo no injusto, da aparente vantagem na assunção de culpa pelo inocente, do benefício ao criminoso que trai sua grei e da “perda” no “ganho” do acusado, desprezando os preceitos que Aristóteles adota como componentes do justo: a probidade, a moralidade e a ética, capazes de (re)estabelecerem o equilíbrio e um meio termo através da igualdade.

Advirta-se que ao asseverarmos que o modelo de Justiça Penal Negociada é, em sua essência e prática, dissonante dos conceitos de Ética e Justiça, igualmente discordamos que um sistema punitivista, encarcerador e mínimo possa estar com aqueles alinhados. Muito ao contrário, tais características o são igualmente imoderadas e divergentes dos referidos conceitos.

O que há, enfim, é a repulsa pela imposição, pelo açodamento, pela negociata cega e por todos os outros atos que visam, de qualquer forma, inverter conscientemente a possibilidade em se alcançar o justo no injusto, sem a mediedade restauradora do equilíbrio, razoável e proporcional, aspectos estes que tornam, sem sobras de dúvidas, o instituto da Justiça Penal Negociada díspare e distante dos conceitos de Justiça e Ética Aristotélica.

O justo é, porém, tudo aquilo que é de acordo com a lei, mas sobretudo, correto!

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo, Martin Claret, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 8ª ed., São Paulo/SP, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 738.

BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética: da práxis à complexidade*. Café Filosófico. Gravado em 4 de abril de 2013. Disponível em <http://www.institutocpfl.org.br>. Acesso em 19/11/2020.

CHALITA, Gabriel. *A sedução no discurso. O poder da linguagem nos tribunais do júri*. Max Limonad, São Paulo, 2ª ed., 2001.

DIP, Ricardo. *Direito Penal: Linguagem e Crise*. 1ª ed., Campinas/SP, Millennium Editora, 2001.

FIGUEIRA, José Pedro Haroldo de Andrade. *A falta de ética e de espírito público na política brasileira*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009.



FOCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 42ª ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. 25 anos depois, Direito Penal 3.0. Boletim Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, nº 298, set/ 2017.

KRAUT, R. The Blackwell guide to Aristotle's Nichomachean ethics. Tradução de Alfredo Stork. Porto Alegre, 2009.

LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOSSIN, Heráclio Antonio. Delação premiada – Aspectos Jurídicos. J.H. Mizuno ed., Leme/SP, 2016.

SILVA, Rosely de Fátima. A medida e a desmedida nas ações humana na Ética a Nicômaco. Prefácio. Aristóteles, Ética a Nicômaco. Tradução e notas de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo, Martin Claret, 2016.

TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal, Konfino Ed., 1967, Tomo II.

Acesso a sites:

<https://jus.com.br/artigos/70742/do-mensalao-a-lava-jato-a-ascensao-da-barganha-e-da-colaboracao-premiada-no-processo-penal> - Acesso em 20/11/2020

<https://guiltypleaproblem.org/>

<https://en.wikipedia.org/wiki/Rhadamanthus>, acesso em 22/11/2020.

Caio Cesar Arantes

Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC-SP
Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Membro do IBCCrim.
Advogado Criminalista.
caio@carantes.com.br

Recebido em 27/11/2020

Aprovado em 15/12/2020