



[Artigos Inéditos]

Justiça criminal negociada como instrumento de uma política criminal garantista?

Negotiated Criminal Justice as an instrument of a Guaranteeing Criminal Policy?

André Ferreira de Oliveira¹

¹ Universidade Anhanguera - Taquaral, Campinas, São Paulo, Brasil. E-mail: andreferreiradoliveira@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7337-7114>.

Artigo recebido em 04/01/2025 e aceito em 30/08/2025.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



Resumo

Sendo a Justiça criminal negociada uma realidade numa parte significativa dos sistemas nacionais de administração de Justiça e demandando os atores judiciais públicos o reforço dos seus institutos, cumpre perceber se os institutos negociados de resolução de diferendos com dignidade penal e, sobretudo, a própria negociação da (administração da) Justiça criminal cumpre objetivos de Política Criminal e, sendo a resposta afirmativa, se tais objetivos se coadunam com a função do Direito Processual Penal como sistema garantidor de direitos e liberdades dos perseguidos pelo Estado, não se reduzindo a puros critérios de produtividade estatística e de modulação social. O artigo parte de análise de conteúdo de diplomas e instrumentos legais europeus, mobilizando os dados quantitativos neles presentes para uma análise conceitual crítica aplicada.

Palavras-chave: Justiça criminal negociada; Efetividade; Eficácia; Política Criminal; Garantismo.

Abstract

Being the negotiated Criminal Justice a reality in a relevant part of the Justice administration national systems and with the public legal actors calling for the enhancement of its institutes, urges to perceive if the decision making negotiated institutes regarding conflicts with criminal virtue and, foremost, the negotiation (itself) of (the administration of) the Criminal Justice fulfils Criminal Policy goals and, answered affirmatively, if those goals are conformed to the Criminal Procedure Law role as a fundamental rights safeguard system concerning those prosecuted by the State, not diminished to mere statistic productivity and social modulation criteria. O artigo parte de análise de conteúdo de diplomas e instrumentos legais europeus, mobilizando os dados quantitativos neles presentes para uma análise conceitual crítica aplicada.

Keywords: Negotiated Criminal Justice; Effectiveness; Efficiency; Criminal Policy; Rights-based approach.



1. Introdução

Se a negociação de Justiça criminal, em maior ou menor amplitude, é uma insofismável certeza, apresentada por uma parcela da comunicação social como possuindo virtualidades sem par, demandada sobretudo por agentes públicos envolvidos na persecução penal e servindo a atores políticos como exigência 'cívica', é importante avaliar os riscos que comportam sistema de resolução de litígios sedimentados na 'negociação, donde o presente artigo se destinar a avaliar o verdadeiro referente decisório na temática, se uma Política criminal garantista, se um eficientismo de finalidade utilitarista, procurando discernir conceitos de ordem utilitarista e avaliando da exequibilidade de sua mobilização numa Política Criminal com preocupação garantista - operada através de um Processo Penal constitucionalmente legitimado, sem instrumentalização do particular (MARQUES, 2016, 48).

2. Panorama Processual

O argumento mor mobilizado em defesa da implementação e operacionalização de soluções negociadas de Justiça criminal traduz-se nos ganhos de eficiência (e celeridade) que proporciona(ria)m, sobretudo em domínios de criminalidade marcados pela prática através de métodos dissimulados, tecnologicamente avançados e territorialmente dispersos, ao abrigo de estruturas criminosas organizadas marcadas pelo silêncio e secretismo.

O vetor eficiência é abordado pelo Legislador *infraconstitucional* criminal português no Ponto 8 da Exposição de Motivos do Decreto-Lei 78/87, 17 fevereiro, que aprovou o CPP:

(...) não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: a procura de uma maior...eficiência na administração da justiça penal. [...] a procura da...eficiência não obedeceu a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade. A rentabilização da realização da justiça é apenas desejada em nome do significado directo da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos. A eficiência é...o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção [...] a eficiência - no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas



obedecem - pode também valer como a garantia da igualdade da lei em acção, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização colectiva (PORTUGAL, 1987).

Pode ser divisado o sentido do valor eficiência entre uma abordagem holística - que potencie a administração da Justiça Penal sem implicar o sacrifício de direitos e garantias fundamentais (sobretudo dos investigados/perseguidos) - e uma abordagem atuarialista - puramente pragmático-utilitária, centrada em estatísticas e análises de custo/benefício, visando diminuir as cifras de impunidade e maximizar a aplicação processual da Lei penal.

O Tratado da União Europeia prevê fundar-se a União Europeia nos valores comuns “do Estado de direito”, proporcionando (e promovendo) a seus cidadãos um espaço “de justiça”, artigos 2º, 3º n.ºs 2 e 3 §2º: para avaliação do cumprimento pelos Estados-Membros deste valor fundante, a Comissão Europeia conta com dois mecanismos de controlo, o *Rule of Law Report* (UNIÃO EUROPEIA.A, 2024) e o *EU Justice Scoreboard* (UNIÃO EUROPEIA.B, 2024), embora não exclusiva e/ou especificamente tratando questões de Justiça criminal; o segundo permite comparar a “eficiência, qualidade e independência” dos sistemas nacionais de Justiça, aferindo o respeito pelo Estado de Direito e reforçando laços de mútua confiança.

Do *Painel de Avaliação de Justiça da União Europeia* de 2024 resulta ser o sistema de Justiça eficiente quando “gere a carga processual e a finalização dos processos, proferindo decisões sem atrasos injustificados”, sendo a eficiência sistémica monitorizada através de um triplo critério - duração dos processos judiciais (dias estimados ou medianamente previstos para resolver um processo), taxa de resolução (*‘clearance rate’*, relação entre o número de processos concluídos e o dos instaurados) e número de processos pendentes (que continuam como tal no final do ano) -, concluindo-se ser um valor quantitativamente mensurável, determinado em função dos índices de produtividade do sistema formal de administração de Justiça.

Sendo uma das principais atribuições do Conselho da Europa (doravante CE) a preservação e desenvolvimento do Estado de Direito, a melhoria da eficiência da Justiça é escopo da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (doravante CEPEJ), auxiliada pelos Conselhos Consultivos de Juízes e Procuradores Europeus (CCJE e CCPE), desenvolvendo medidas e instrumentos concretos (dirigidos a atores judiciais e órgãos legislativos) que visam “a análise do funcionamento dos sistemas judiciais e orientação de



políticas públicas de Justiça”, obtendo um conhecimento adequado dos tempos judiciais e otimizando a gestão destes, bem como “promover a qualidade do serviço público de Justiça” e tornar mais simplificada a “implementação de padrões europeus no campo da Justiça”.

No trabalho da CEPEJ também resulta a acoplagem da noção de eficiência a parâmetros de produtividade dos tribunais, utilizando três critérios para controlar o ‘tempo dos autos’: a taxa de resolução (*‘clearance rate’*: relação entre os novos processos e os processos concluídos num predefinido período de tempo), a taxa de conclusão de processo (*‘case turnover’*: relação entre o número de processos concluídos e os não concluídos) e o tempo de gestão processual (*‘disposition time’*, comparando o número de processos resolvidos durante um período de tempo e dos não resolvidos no final desse período - permitindo medir quanto tempo demoram os tribunais a resolvê-los).

No “*European judicial systems - CEPEJ Evaluation Report*” (CONSELHO DA EUROPA, 2024) foram mobilizados dois critérios de avaliação performática da eficiência dos tribunais, a *‘clearance rate’*¹ e o *‘disposition time’*; em 2022 foram distribuídos a cada membro do Ministério Público (MP) português, em média, 4,34 inquéritos por cada 100 habitantes (tendo sido a média europeia de 2,93), sendo deduzida Acusação em 0,42 processos por 100 habitantes (sendo a média europeia 0,81).

No ano de 2022, em matéria criminal o *‘disposition time’* médio europeu foi de 133 dias na 1ª instância e 110 em 2ª (contra, respetivamente, 292/215 na seara administrativa e 239/200 na cível e comercial) - no Relatório anterior, na mesma área e relativo a 2020, a média (em ambas as instâncias) era de 122 dias; em 1ª instância, no que respeita aos casos resolvidos, em 32 Estados se verificou um aumento e em 27 deles um aumento nos novos casos.

Entre 2012 e 2022, em matéria criminal e na 1ª instância, em Portugal a *“clearance rate”* oscilou entre 105% e 99%², sendo que o *“disposition time”* oscilou entre 276 e 211 dias³: indica o Relatório que Portugal (como a Sérvia e a Eslovénia) apresentam 20% ou mais dos processos judiciais criminais pendentes mais de 2 anos, embora com uma melhoria de 2% face ao prévio Relatório.

¹ “ratio obtained by dividing the number of resolved cases by the number of incoming cases in a given period, expressed as a percentage”.

² 2012: 105%; 2014: sem dados; 2016: 107%; 2018: 102%; 2020: 93%; 2022: 99%.

³ 2012: 276 dias; 2014: sem dados; 2016: 235 dias; 2018: 205 dias; 2020: 280 dias; 2022: 211 dias.



O CCPE, na Opinião nº 11 (CONSELHO DA EUROPA, 2016), prescreveu que a eficiência do trabalho dos Procuradores sofre significativa influência de fatores externos, nomeadamente orçamentais, enfatizando a necessidade de assegurar recursos técnicos/humanos e treino adequado, permitindo alguma autonomia dos serviços (em áreas relativas à gestão) aumentar a eficácia - em termos de organização analítica e metodológica do trabalho cabe adequada distribuição dos processos entre os individuais Procuradores em função de suas capacidades técnicas e a utilização efetiva de tecnologias de informação, com partilha de conhecimentos.

O CCPE defende que os indicadores quantitativos (número de processos ou sua duração) não podem ser os únicos critérios de aferição da eficiência do trabalho, nem a “qualidade” da Justiça deve ser entendida como sinónimo da ‘produtividade’ do sistema judicial, conferindo relevo complementar a indicadores qualitativos como a adequada e rigorosa investigação, a utilização devida de material probatório, a correta dedução de Acusações e a conduta profissional em tribunal.

3. Eficácia, Eficiência ou Efetividade

É usual uma aparentemente indistinta menção a ‘eficácia’, ‘eficiência’ e ‘efetividade’ - serão sinónimas ou encerrarão diferenças entre elas?

‘Eficiência’ é um conceito de natureza económica, demonstrativo de quão bem utilizado é um período de tempo, esforço ou custo para atingir o fim previamente definido e que determinou a sua mobilização, numa clara relação entre fins e meios; enquanto a eficiência respeita à relação entre aquilo que é carreado ao sistema e o resultado do processo (relação *input-output*), a efetividade respeita à consecução dos fins, medindo a obtenção dos resultados pretendidos⁴.

Se algo apenas pode ser eficiente se for eficaz (CARMELIET, 2014, p.247), já a eficácia não será condição necessária da efetividade (CALSAMIGLIA, 1989, p.146), visto se poder verificar obediência a uma norma, que não é efetiva por o objetivo atingido ser

⁴ É a eficiência a prudente utilização dos recursos disponíveis para otimização do melhor resultado possível, a eficácia como sendo a boa qualidade da consecução de tal resultado e a efetividade como a sustentada economia e qualidade no desenvolvimento da atividade e obtenção dos melhores resultados.



diverso do legislativamente fixado (na verdade, o Legislador cria a norma para que seja eficaz, eficiente e efetiva)⁵.

Equivale a eficiência à “aptidão do meio utilizado para atingir o resultado ou gerar o efeito” (FERNANDES, 2009, p.24), significando a eficácia o “alcance do resultado ou produção do efeito” - correspondendo a efetividade à “repercussão positiva do efeito ou do resultado em determinado âmbito social, político, econômico”⁶.

Em termos criminais, é considerada sanção efetiva aquela que produz efeitos, não deixando de o ser mesmo que os efeitos gerados não sejam exatamente⁷ aqueles determinados pelo Legislador e pelo concreto julgador, indispensável sendo a manutenção da paz social; inversamente, sanção inefetiva será aquela que não produz quaisquer efeitos, bem como aquela cujos efeitos produzidos divirjam da sua razão de ser (TZUTZUIANO, 2015, p.257-259) v.g. uma sentença que aplica uma sanção puramente retributiva, não ressocializando o agente do crime ou não reforçando a confiança comunitária na validade da norma violada.

Na Justiça criminal a efetividade diz respeito aos resultados desejados em termos de redução de criminalidade definidos nos moldes da Política Criminal, tendo a (re)definição das concretas medidas legislativas impacto direto no vetor; não é um conceito unidimensional, a sua expressão economicista/estatística no combate à impunidade é apenas parcial, tendo que ser complementado por critérios como a executoriedade, a capacidade de identificar/investigar/perseguir condutas penalmente relevantes, a eficiência, a igualdade de tratamento perante a Lei, a segurança jurídica, a previsibilidade ou a proibição de retroatividade.

A aplicação do Direito Penal não tem em si um efeito dissuasor (BACHMAIER; DEMLEITNER, 2018, p.113-114), tendo-o já um sistema de Justiça criminal que investigue, persiga e puna os responsáveis pela prática dos crimes, sendo indispensável que os órgãos de investigação/persecução sejam dotados de condições (técnicas, humanas e orçamentais) para levar a cabo suas funções, fazendo uso de adequadas técnicas de

⁵ Respeita a eficácia à capacidade para concretização dos objetivos (*performance*), ao passo que a eficiência é utilizada para pensar a realização dos objetivos num certo complexo e realidade, num contexto de circunstâncias com que se tem de contar e que exigirá a intenção da máxima realização dos objetivos naquele contexto circunstancial em referência aos efeitos aí possíveis (princípio de otimização) (NEVES, 2008, p.232).

⁶ Será o Processo Penal eficiente se, em tempo razoável, assegurando ao acusado o respeito pelas garantias processuais, possibilitar aos órgãos de persecução penal condições de ação para exercício da punição; seja: a punição, para ser justa, simultaneamente terá de ser eficaz e respeitar o devido processo legal.

⁷ A exigência de plenitude de produção de efeitos equivaleria a “estilhaçar a própria noção de efetividade, porquanto efetividade alguma poderia existir” (LEROY, 2011, p.338).



recolha de prova; a efetividade será inversamente proporcional à sua aplicação: quanto menos sanções forem aplicadas, mais efetivo será o sistema de Justiça criminal - se, cumprida a finalidade de prevenção geral, crime algum fosse cometido, todos os bens estariam protegidos e máxima seria a efetividade.

A eficiência do sistema de Justiça criminal tende a ser medida economicamente, procurando os órgãos da administração da Justiça atingir um adequado grau de eficácia (redução de criminalidade) com a melhor relação de custos/esforços; o conceito de eficiência está relacionado com a forma como algo é feito, sem muito dispêndio de tempo e/ou esforço - o esforço tende a ser economicamente ponderado no que concerne à eficácia dos sistemas de Justiça criminal em razão dos limites orçamentais.

Reconhece-se a eficiência, entendida como o maior benefício ao menor custo, como um dos pilares de uma sociedade justa e de um Direito (e Justiça criminal) societariamente operante e comunitariamente aceite, que apenas o será se não colidir com elementos essenciais da ideia de Justiça⁸; as leis devem ser eficazes, eficientes e efetivas, não se limitando a declarações de princípios de Justiça, e é necessário que atinjam os fins prosseguidos (eficácia), conseguindo-o ao menor custo (eficiente) e de forma eticamente justificada (efetividade).

O ponto ótimo é aquele em que se obtém uma equilibrada ponderação entre equidade e eficiência; sendo a eficiência parte da ideia de Justiça, não a esgota: se um sistema jurídico totalmente ineficiente ou uma sociedade que desperdiça recursos não é justa, também o não será um sistema eficiente que não dê primazia a direitos e objetivos comunitários (CALSAMIGLIA, 1989, p.150-151).

Todavia, não podemos acompanhar o anátema, sem introduzir nessa simplista equação o vetor primordial da garantia de direitos e liberdades fundamentais, sobretudo no que concerne ao sistema de administração de Justiça criminal, no qual o particular (alegadamente inocente) se encontra mais desprotegido face ao *jus imperii* estatal, mesmo em Estados de Direito Democráticos que controlam os ímpetus autoritários através de um Processo Penal, e seus procedimentos, balizado em primeira linha pela proteção do Acusado/Arguido.

⁸ Uma boa lei deve preencher cinco elementos de racionalidade: comunicativa (transmitindo com fluidez uma mensagem à população); jurídica formal (inserindo-se no sistema jurídico sem entrar em contradição com outras normas); pragmática (ajustando-se as condutas dos destinatários da Lei ao seu conteúdo), técnica (alcançando os fins pretendidos com os meios adequados - eficientes); ética (havendo justificação para as normas e os fins perseguidos); tem também de apresentar eficácia ontológica, sendo obedecida e permitindo proporcionar os efeitos legislativamente determinados (ATIENZA, 1994).



O entendimento do que seja a efetividade diverge consoante o ator judiciário (SUOMINEN, 2014, p.395): para o Legislador corresponde à utilização do Direito Penal para a obtenção do predeterminado resultado proibição e/ou eliminação de conduta ilícita em termos de prevenção geral, para o MP e as Polícias significa investigar/perseguir os crimes a um custo mais reduzido e com melhor produtividade, significando para os Juízes descobrir a verdade dos autos, atribuindo responsabilidade penal (e culpa) e restaurando a confiança comunitária na validade da norma violada através do Julgamento e sentença.

A exigência de maior eficiência dos sistemas de Justiça criminal é uma das premissas base da moderna Política Criminal e um dos principais motivos invocados para introduzir/reforçar práticas processuais substitutivas/complementares do tradicional procedimento e marcha processuais: com a crescente dificuldade dos tribunais e órgãos de investigação e persecução penal em responder de forma adequada ao aumento da litigância e os crescentes clamores públicos (populistas), exige-se da Justiça criminal que aplique mais, melhor e de forma mais rápida soluções que diminuam os índices de criminalidade e garantam a paz jurídica, maximizando os recursos existentes e diminuindo o custo unitário do trabalho da administração da Justiça.

Num marco civilizatório pautado pela conflitualidade e por conflitos cada vez mais complexos e de dimensões crescentemente superiores, o(s) Estado(s) - sem cuidar de regular o processo a montante, ao nível da (des)criminalização de certos comportamentos - procura alternativas menos onerosas para aceleração dos procedimentos existentes, encurtando-os e exponenciando a possibilidade de produzirem condenações, amiúde ao custo da contração dos direitos dos investigados, olvidando que este efeito a jusante provocará ainda maior pressão no sistema de Justiça criminal.

Ao abrigo do 'aumento de eficiência', o Estado diminui o espaço para os tradicionais julgamentos em rito ordinário (invocando sua 'longa e pesada tramitação'), substituindo-os por soluções mais expeditas, (alegadamente) solucionando os litígios que merecem dignidade penal a um mais baixo custo, libertando recursos para que ainda mais casos com dignidade penal possam ser perseguidos.

A eficiência é, pois, encarada numa perspectiva de produtividade: para a atividade produtiva 'resolução de litígios com dignidade penal' interessa atingir o resultado desejado (diminuição da impunidade) despendendo menor volume de recursos (humanos e orçamentais, principalmente) ou, despendendo os mesmos recursos, obter



resultados mais significativos (mais condenações/diminuição de impunidade) (BROWN, 2014, p.190-191).

O teorema padece de vários vícios de conceptualização, desde logo por o Estado não alterar o prisma da procura ou, quando o faz, aumentar a pressão sobre o sistema: a tendência expansionista dos sistemas penais e a criminalização crescente de comportamentos provocam uma acrescida tensão, não podendo o Estado (administrador) cercear a oferta dos serviços de administração da Justiça sem que o Estado (Legislador) condicione a entrada no sistema através da descriminalização de comportamentos⁹.

Ademais, esta conceção reduz-se a pura síntese matemática, num domínio que se não pode resumir a meras análises estatísticas: sendo importante maximizar resultados e diminuir/eliminar redundâncias procedimentais, as opções escolhidas para tanto são da mais elementar relevância no Estado de Direito Democrático.

A opção por soluções negociadas de Justiça criminal (o *plea bargaining* ou as que têm sido introduzidas nos sistemas processuais penais de países de matriz não adversarial) traduz uma imediatista via de persecução de aumento da 'capacidade produtiva' do sistema: mais demandas são resolvidas em menos tempo e a um custo inferior, seja porque as cifras (que não as negras) de impunidade são reduzidas num espaço temporal menor, seja porque os recursos excedentes são mobilizados para lidar com novas demandas, seja ainda porque se reduzem as despesas financeiras com os serviços (pelo menos atendendo à necessidade de um menor número de Juízes, porque menos Inquéritos são remetidos para a fase de Julgamento ou podendo o mesmo número de Juízes fazer mais Julgamentos, proferindo maior número de sentenças).

Os ganhos de eficiência assim conseguidos criam, porém, um *rebound effect* (BROWN, 2014, p.195,205-206): à medida que permitem realocar recursos e dar resposta a mais demandas judiciais, cresce a pressão sobre os atores judiciais para agir (ainda) mais eficientemente, investigando e julgando mais processos, pelo que o aumento de processos pode ser parcialmente justificado pelos ganhos de eficiência - ao invés de ser o aumento de processos a criar necessidade de maior eficiência; a administração de Justiça, tornando-se menos dispendiosa (numa avaliação custo/benefício), conduz ao incrementado incentivo à persecução penal, sendo a pressão criada sobre os órgãos de

⁹ Ou da retirada de conflitos criminais do sistema formal de administração da Justiça criminal, v.g. reforçando o sistema de mediação penal e, dessa forma, evitando que tramitem nos serviços do Ministério Público e, sendo deduzida Acusação em sede de Inquérito, sejam submetidos a Julgamento.



investigação/persecução acompanhada pelo aumento do seu financiamento, consequentemente sendo exigidos (como contrapartida) novos e exponenciados ganhos de eficiência.

No credo eficientista, espaço algum é reservado para a consideração dos ‘custos humanos’: o máximo de soluções impositivamente aplicadas, o máximo de ‘produtividade sentencial’ ao menor custo econômico-temporal possível, chegada ao irônico ponto de justificar a compressão de direitos e garantias fundamentais (a sua desconsideração, maior ou menor, ou mesmo a sua perigação) com ‘cantos de sereia’ como o princípio da razoabilidade na duração do processo.

4. O Utilitarismo da Justiça Negociada

Este propósito maior do sistema de administração de Justiça gera atritos entre esta visão utilitarista e a natureza social do Processo Penal, desconsiderando os efeitos substantivos seja ao nível social, seja ao nível da própria definição de uma Política Criminal (também) comprometida com a salvaguarda de garantias e direitos fundamentais.

A simplificação gerencialista torna os ganhos de eficiência o sacrossanto objetivo do sistema nas suas múltiplas vertentes, podendo as vantagens ser mais facilmente manipuladas em termos de comunicação, numa sociedade cada vez mais (i)mediatizada e sucumbida aos encantos de um populismo penal simplificador: é fácil transmitir à população o aumento percentual de investigações e do número de sentenças condenatórias ou a diminuição do custo unitário de cada processo judicial - no fundo, transmitir a ideia de que o sistema funciona, parecendo diminuir a impunidade dos agentes do crime, sobretudo em áreas nas quais as soluções negociadas de Justiça criminal permitem obtenção de prova que de outra forma dificilmente seria acessível ao Estado -, com isto criando um maior (e, nas mais das vezes, artificial) índice de confiança na Justiça.

Contudo, perdem-se de vista elementos fundamentais como a obtenção da verdade, a consecução dos fins político-criminais e mesmo os efeitos da eficiência em termos das finalidades do sistema processual penal; não se confundem e justapõem ganhos de eficiência e efeitos do aumento de eficiência, não conduzindo menores custos de administração de Justiça à melhor administração da Justiça - como, inversamente, a



não diminuição de custos ou até, em certos aspetos, um seu (pelo menos parcial) aumento não traduzem necessariamente uma pior qualidade de administração.

Quando se apresentam as soluções negociadas de Justiça criminal neste domínio, apontam-se-lhes a vantagem de, a menor custo, permitirem aumentar a produtividade do trabalho dos órgãos de investigação/persecução penal, a redução de cifras de impunidade, e consumindo um volume de recursos menor, simultaneamente sendo instrumentos eficazes, eficientes e efetivos de Justiça.

Porém, quase sempre se desconsidera a análise dos custos não económicos e também (não inocentemente) se deixa de assinalar que, pelo menos a curto/médio prazo - em sistemas que se pretendam respeitadores das regras basilares do Estado de Direito democrático na esfera criminal, sobretudo quando tais soluções não se compaginam com as tradições nacionais ou com elas contendem -, o Estado terá necessariamente de fazer vultuosos investimentos, o que cria um paradoxo: soluções introduzidas e/ou reforçadas para reduzir o desperdício do erário público, permitindo melhor Justiça a menor custo...encarecem a Justiça e não produzem efeitos imediatos.

O Estado tem de proceder à capacitação dos funcionários judiciais, que lidarão com procedimentos novos e que implicam rotinas diversas, demandando uma orgânica física diferente dos serviços (do MP e judiciais). As entidades/instituições responsáveis pela formação de magistrados necessitarão de alterar os *curricula* de formação, previamente preparando seus formadores, não tendo sequer a possibilidade de (numa primeira fase) mobilizar dados empíricos ou trabalhar com simulações decalcadas sobre casos reais. O Estado tem de desenvolver ferramentas específicas para lidar com o volume acrescido de processos gerados por estas soluções, que criam uma pressão acrescida sobre os serviços do MP e, ainda mais difícil de gerir, sobre as Polícias - sendo os orçamentos cada vez mais cativados.

Além deste investimento *intra*-judiciário, o Estado tem de lidar com a opinião pública: apesar dos modernos discursos populistas alçarem as soluções negociadas de Justiça criminal a 'maná providencial', sempre o Estado terá de levar a cabo campanhas de sensibilização pública para a nova realidade, contando tais campanhas (por muito estrategicamente delineadas que sejam) com imensas resistências - em Portugal pensemos na dificuldade hercúlea que será dissociar a imagem do Acusado/Arguido que faz uso de solução negociada de Justiça criminal num cenário de auxílio probatório



(mesmo que se não traduza em negociação da concreta medida da sanção) do ‘bufo’ ou ‘chibo’ do período ditatorial do século XX.

Apartando eficiência do Direito e eficiência do Processo Penal e submetendo-se o Direito criminal à Constituição, apenas será o Processo Penal eficiente se tutelar os direitos fundamentais, confundindo-se as expressões “garantia e eficiência...para traduzir a menor intervenção penal possível e a máxima realização da tutela dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 1999, p.4)¹⁰.

Sendo certo que o Processo Penal é, na verdade, um instrumento mobilizado para atingir uma legislativamente pré-definida finalidade - ou seja, o Processo Penal ‘faz política’¹¹ - importa perceber ao serviço de quem e/ou do que se encontra: se de um puro racionalismo dogmático, visando conceitos puros de natureza técnica como a “eficiência plena”, o efficientismo [como produtividade máxima na redução de impunidade e aumento de condenações, como ferramenta repressiva da *Law and Order* ou de um Direito Penal do Inimigo (DIVAN, 2015, p.141), ou se ao serviço de uma realização da Justiça eficiente e garantista, um “braço armado da Constituição” (CUNHA, 1998, p.89).

O efficientismo, pugnando pela máxima eficácia e eficiência na administração da Justiça, descongestiona as instâncias formais de controlo, solucionando as demandas judiciais com uma pura racionalidade económica; simbolizando “uma nova forma de ‘Direito Penal de emergência’” (BARATTA, 2000, p.40-41), procura uma mais rápida e eficaz resposta, suprimindo garantias substanciais e processuais, destruindo “o equilíbrio entre a verdade substancial e a verdade processual”, redundando num “modelo totalitário de política criminal”.

Responde não de forma cognitiva, mas normativa, visando o reforço da eficácia através do aumento da intensidade da persecução penal e em detrimento das garantias dos visados, em vez de apostar em métodos equilibradamente eficazes e garantistas.

A eficiência funcionalista retira a pessoa como sujeito de direitos do centro da ação da Justiça, objetificando-a ao ponto de se tornar afastada (como se depreende no Direito Penal do Inimigo), substituindo-a por cálculos e juízos de fins, antecipando punições e nem sequer concedendo ao sujeito um espaço do/no Direito.

¹⁰ Eficiência e Justiça não são antagónicas, antes é a primeira “um dos halos da Justiça” ou ser sua repercussão (WEDY, 2013, p.111,181).

¹¹ “O intenso comprometimento do sistema processual com a Política (a Justiça faz parte desta), ou seja, a inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente” (DINAMARCO, 2009, p.198).



Eficiente passa a ser apenas a Justiça punitiva e uma punição rápida, dolorosa, utilitaristicamente conduzida para obter o máximo efeito inculcador ao menor custo, porquanto não seria possível uma Justiça criminal forte com custos sociais nulos.

Esta eficiência de caráter instrumental desequilibra o sistema, acabando por aumentar as cifras de criminalidade: ao incentivar o descumprimento dos ditames processuais, desconsiderando/eliminando garantias em prol de métodos ‘céleres’ e ‘eficazes’, produzindo um fluxo numericamente mais apreensível de condenações, é a própria confiança dos cidadãos na Justiça que se torna cediça - o Processo Penal passa a ser o ‘braço armado do poder’, instrumentalizando-se os destinatários das normas com uma clara intenção de modelação social.

O avanço do eficientismo comportou um acrescido risco de mesclagem entre o sistema anglo-saxónico, nitidamente marcado por uma Política Criminal povoada pela eficiência atuarial, e o modelo de ‘cultura emergencial’ e ‘excepcionalidade penal’ europeu (ANITUA, 2003, p.415).

A Política Criminal daí resultante é, além de populista, managerialista/gerencialista, partindo de um modelo de análise de risco (*‘risk management’*), sendo a eficiência instrumentalizada por uma lógica atuarial, pela ponderação matemática de dados visando a determinação da probabilidade de acontecimento futuro de eventos (prática de crimes).

Os Estados Unidos da América foram o primeiro sistema nacional de Justiça criminal a enveredar por esta lógica de gestão, com quase unânime apoio académico e político, face à inoperância do ideal ressocializador, com elevados índices de criminalidade e reincidência (sobretudo em áreas urbanas e densamente povoadas, com maior representação estatística de ‘marginais’); a segunda metade da década de 70 do século XX marca o início da implementação da *New Penology*, erigida sobre as ruínas do *Welfare State* pós 2ª Grande Guerra, caracterizada pela utilização “dos instrumentos atuariais para identificação de risco com a teoria da incapacitação seletiva em busca de eficiência na gestão da criminalidade” (DIETER, 2012, p.94).

As políticas relacionadas com a administração da Justiça, seja com a prevenção do crime, seja as que visam sua investigação e/ou persecução, sustentam-se quase exclusivamente em dados e tratamentos estatísticos do fenómeno criminoso, para cumprimento de uma ‘política de objetivos’ securitária e mobilizando novas instâncias.



Eficiência significa ‘controle de expressão estatística do crime’, ao mesmo tempo reduzindo cifras de criminalidade e violência dos cidadãos com um investimento/dispêndio de verba (e violência) pública menor, tudo assente nos ‘prognósticos de risco’¹².

Em termos europeus, o eficientismo traduz uma formulação funcionalista de um Direito Penal de emergência, cria da globalização e neoliberalismo dos mercados, bem como da falência de representatividade dos agentes políticos, perdendo a sua natureza excecional e convertendo-se em solução *prima ratio*, remédio mágico para todos os problemas sociais, instrumento simbólico e repressivo para a elite política aplacar a ira popular (DELMAS-MARTY, 1986, p.44); o Direito Penal assume vestes moralistas, despolitiza os conflitos, resumindo a resolução das questões ao ‘sacrossanto’ sistema penal, seletivamente perseguindo os sujeitos socialmente mais débeis (BARATTA, 2000, p.42).

Os modelos utilitaristas puros estão há muito afastados, em regra por considerações de viés pragmático, compreendida a irredutível caminhada para a extinção dos modelos que, pelo menos de forma temporizada, não atribuam qualquer relevo (nem que seja de ordem complementar) à garantia de direitos mínimos: é defendido (SANCHÉZ, 2004, p.7,33,49,54-55,68) que um modelo utilitarista integra melhor direitos, liberdades e garantias do que o modelo da Análise Económica do Direito, diminuindo os atritos entre direitos e eficiência, cuja natureza preventiva é condição indispensável do Direito Penal e cuja existência não estará fundamentada se não se reduzir o custo social do crime “através da ameaça de sanção ou a integração da norma num contexto de socialização”.

A Análise Económica do Direito, na sua visão puramente matemático-económica, não considera a ressocialização por inexistir diferenciação entre delinquentes e não delinquentes em função da personalidade e/ou ambiente, apenas em função dos primeiros considerarem existir vantagens na prática do crime que ultrapassam as da obediência à Lei.

A pedra de toque do sistema é a versão processualizada do adágio ‘*time is money*’, donde a aceleração de procedimentos penais: o Processo Penal, como instituição burocratizada e protetiva, é vista como empecilho à eficácia dos mercados, necessitada

¹² Que apresentam o perigo dos falsos positivos (cidadãos rotulados como perigosos, sem apresentar ameaça real à sociedade) e dos falsos negativos (reincidentes crónicos, apontados como de baixo risco incorretamente) (DIETER, 2012, p.215,216).



de uma gestão mercantilista que elimine os engulhos à fluidez da solução de litígios e à geração de valor acrescentado, direcionando o foco para procedimentos rápidos - na seara criminal com castigos o mais imediatos possível ao cometimento do crime.

Colidem eficiência (em termos de análise custo/benefício) e preservação de garantias: embora tendo como limitação o critério ético (POSNER, 1992, p.13), na *Law and Economics* a eficiência prevalece sempre face a quaisquer fins jurídico-políticos, relevando a análise custo/benefício em termos político-criminais e sendo a legitimação económica “alcançável por meio da eficiência” da justificação do Direito Penal; mesma a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal conduz à eficiência máxima, porquanto a diminuição da violência estatal reduz os custos da administração da Justiça e neutraliza os custos do delito.

5. Um Utilitarismo ‘Temperado’?

Embora a operacionalização da análise custos/benefícios permita a eficiência, esta não deve ser um fim em si mesma, antes se deve limitar “a ser um meio, com a pessoa como horizonte. Por isso há que vigorar aqui, adicionalmente, os limites ontológicos derivados da ideia de pessoa”.

A persecução de uma eficiência puramente económica é matizada pelo Mínimo Ético Legal através do Princípio da Eficiência Económico-Social: não pode a análise de custos e benefícios ser puramente quantitativa, deverá também atender a critérios distributivos, para garantir algum equilíbrio de soluções - no que ao Direito criminal concerne, o Princípio ganhará corpo quando se procurar uma (tendencial) equiparação dos níveis de satisfação da coletividade (na administração da Justiça) e individuais (de preservação de garantias fundamentais do investigado/perseguido criminalmente).

Esta escolha será racional e eficiente, sendo a “normo-instrumentalização moderna, eficiente e racional de melhor aproveitamento da riqueza” (GONÇALVES; STELZER, 2014, p.278,283) a que melhor satisfaça tais interesses, apenas se podendo afirmar existir solução economicamente ótima, *i.e.*, melhor aproveitadora dos recursos, se “forem associadas as ideias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação racional da riqueza...respeitando-se, definitivamente, o outro”.



Se a Análise Económica do Direito reconduz o estudo do sistema jurídico à eficiência normativa, custo e consequência económica da administração da Justiça, maximizando a geração e aplicação de recursos (porquanto as demandas do sistema superam os recursos de que dispõe), o Princípio da Eficiência Económico-Social harmoniza a ação económica dos atores judiciais com critérios de justiça social, em completude com o cálculo custo/benefício no processo de tomada de decisões, incluindo na ‘letra fria da Lei’ uma posição social inclusiva que realiza direitos para além da norma e considerando “o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas”.

A análise custo-eficiência/custo-efetividade (*cost-effectiveness analysis*, CEA) é mais lata do que a análise custo-benefício (*cost-benefit analysis*, CBA), atendendo também a fatores não económicos/monetários na determinação da valência (da justificação) de um dado custo de atividade face aos resultados produzidos.

A estimativa de custos (de programas político-criminais) através da CBA atende às despesas diretas do projeto, aos recursos públicos mobilizados, ao custo dos serviços/instalações utilizados pelo programa e àqueles que traduzem uma diferente utilização de recursos se comparados com a original função, seguindo-se-lhe o desenvolvimento de estimativas de benefícios resultantes do programa para, na fase final, se identificarem seus resultados-chave e determinar se houve uma considerável variação face ao *status quo ante* (ROMAN, 2004, p.258-259).

Atento o financiamento público das políticas criminais estatais, o rigor da CBA assume grande relevo, cabendo apurar o impacto nas contas públicas, considerando os custos marginais, *i.e.*, a diferença dos custos operativos entre os momentos prévio e posterior à implementação das concretas medidas devido à modificação do volume de trabalho (*workload*) - atendendo aos custos operativos de curto prazo, que se alteram de forma imediata e mesmo com ligeiras alterações, e aos de longo prazo (aqui incluídos custos com pessoal) (MATTHIES, 2014, p.20-21).

Na implementação das políticas públicas, os custos estatais podem dividir-se entre variáveis, fixos ou semifixos (CHEN; FORSYTHE; WEIKART, 2009, p.13): os primeiros, diretamente relacionados com o volume de trabalho, reagem de forma imediata ao seu aumento/diminuição (*v.g.* horas extraordinárias dos funcionários), os fixos permanecem estáveis durante determinado período, não sendo afetados pelas mudanças (*v.g.* rendas



de edifícios públicos), ao passo que os semifixos permanecem constantes, mas podem mudar caso o *workload* ultrapasse ou baixe de certo nível (v.g. salários) - como substancial parte dos custos com políticas públicas é com salários, a maioria são semifixos e dependerão do *workload* (HENRICHSON; GALGANO, 2013, p.6).

A CEA foi introduzida como forma de amenizar a 'fria' CBA, que apenas atende ao mérito económico de determinada medida, cobrindo os *inputs*, fazendo-o sem necessidade de comparação com outra(s) alternativa(s) - a CEA atende ao custo social das medidas, verificando se existe incremento do bem-estar social e monetariza todos os elementos de avaliação, procedendo a uma medição em relação a um cenário de referência.

Além de pelo menos eticamente questionável a não medição de valores sem expressa tradução monetária (v.g. ressocialização do agente, paz comunitária), a (pseudo) eficiência (melhor aporte de realização da tarefa ao menor custo) não pode ser fator mais relevante do que a consecução de (uma democrática e garantidora) Justiça.

A CEA funciona complementarmente a outros sistemas de avaliação, atendendo não apenas a elementos tangíveis (v.g. valor/hora de trabalho dos atores judiciais públicos, despesa com a obtenção de material probatório), mas também a elementos intangíveis irrelevantes pela CBA (v.g. confiança no sistema de Justiça, índice de percepção de criminalidade); se o sistema permite maior responsabilização dos decisores por permitir priorizar uma gestão mais adequada dos recursos, não se pode deixar de assinalar que podem ser manipuláveis com menor dificuldade (dada a subjetividade na definição e/ou avaliação de alguns elementos não tangíveis), o que acaba dificultando ou mesmo inviabilizando uma avaliação técnica rigorosa.

6. Que Política Criminal?

A Política Criminal desloca-se do mero atuarialismo, de maximização da utilização dos recursos [do eficientismo puro (APONTE, 2006, p.141-142)], para a construção de uma Política Criminal eficiente, assente no tríptico Dogmática Penal, Processo Penal e Execução Penal; por outras palavras (GONÇALVES; CARDOSO, 2019, p.91), deixa a eficiência de ser um valor hermenêutico, integrando antes a prossecução da função última do Direito, ou seja, a garantia da paz comunitária - eficiente sempre, mas com limites inultrapassáveis



da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, com a intervenção do Direito Penal a título subsidiário¹³.

À espiral repressiva do eficientismo penal se contrapõe o Garantismo com o funcionamento do Direito Penal em resposta a anseios sociais de defesa da comunidade e como obstáculo à excessiva ingerência processual do Estado nas garantias fundamentais, numa experiência de pacificação (RODRIGUES, 2005, p.30) , sendo as decisões valorativas político-criminais mobilizadas também ao nível processual penal e dialeticamente comunicando entre si (MOCCIA, 1995, p.81).

O Direito Processual Penal funciona como o mostruário do respeito pela Constituição e pela salvaguarda de garantias fundamentais, donde ser tão reativo às transformações sociais e políticas, contraindo em épocas de securitarismo eficientista e se expandindo quando reina a paz social; instrumento por excelência da Política Criminal, procura equilibrar o vetor garantia (defesa do Estado de Direito) e o vetor eficácia (funcionalidade)¹⁴, apenas intervindo para salvaguarda de bens constitucionalmente referenciados quando todos os restantes meios se encontrarem esgotados, por se mostrarem insuficientes e/ou inadequados e na estrita medida necessária ao funcionamento da sociedade - Justiça, eficiência e garantia formam o inafastável e codependente 'triunvirato'.

A dignidade da pessoa humana e a salvaguarda das suas garantias fundamentais - não mutuamente excludentes, mas bidirecionalmente comunicantes - são o limite intransponível do exercício do *jus puniendi* estatal, que será tanto mais eficiente quanto mais respeitar aquelas, num equilíbrio (perene) entre consecução de resultados na investigação, persecução e condenação criminal e proteção de direitos substantivos e processuais (FERNANDES, 2001, p.61-62,66).

É necessário que o sistema de Justiça criminal seja simultaneamente um "ordenamento de liberdade" (sendo o Direito um limite à intervenção punitiva na salvaguarda dos direitos) e um "ordenamento de segurança" (sendo o Direito um limite a tais direitos); para tanto deve a Política Criminal assumir contornos mais realistas, sendo

¹³ Um modelo que limite a "*societas*...ao estrito correlato funcional de um processo de determinação de benefícios...- e das estratégias (*globais*) que o especifiquem (se não das regras que os orientem) e permitir que um tal processo...seja iluminado por uma intenção de prevenção geral" representa uma verdadeira mudança (LINHARES, 2002, p.84).

¹⁴ A primazia de um dos valores sobre o outro conduziria ao agravamento da crise da Justiça criminal (GARCÍA, 2003, p. 1.464,1.465). O Processo Penal será justo quando, respeitando normas garantistas, for dotado de eficácia e garantir os direitos à liberdade e segurança (FERNANDES, 2005, p.40-41).



“pragmática e diferenciada”, sendo seletiva “não...’no resultado’ da intervenção”, mas “no princípio de intervenção” - o próprio fenómeno das soluções negociadas de Justiça criminal, com uma base consensualista, insere-se neste movimento que é “de expansão dos direitos fundamentais, mas obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia”.

Rejeita-se qualquer reducionista dicotomia garantismo/impunidade: além de nenhuma das versões puras ser passível de aplicação e exequibilidade, é o regramento imprescindível, pois apenas poderá ser atingida a diminuição da impunidade e obtida a paz social se as decisões forem obtidas sem sacrifício excessivo dos Acusados/Arguidos, sendo apenas possível proceder à salvaguarda de direitos se o sistema caminhar no sentido de melhor gerir seus recursos, alocando-os de forma a holisticamente garantir que é operante.

É temerário afirmar que as soluções negociadas de Justiça criminal representam mecanismos produtivos do ponto de vista de uma gestão mais eficiente de recursos, permitindo (uma poupança orçamental n)a redução das cifras de impunidade: a implementação do sistema de negociação necessariamente comporta custos (avultados), pelo que uma pura análise contabilística/orçamentária (mesmo de médio prazo) funcionaria contra a mudança de paradigma, até contra a complementaridade destes mecanismos.

Os orçamentos da Justiça já são sempre considerados insuficientes por todas as classes representativas das profissões jurídicas e partidos políticos (com exceção daqueles que suportem o Governo em exercício); se os recursos já não permitem maximizar a eficiência com os mecanismos atuais, sendo necessário avultado investimento, percebe-se que o sistema de administração de Justiça passaria por uma necessária diminuição de qualidade de serviço e/ou diminuição da (já de si criticada) produtividade.

Mesmo que, por exercício de formulação académica, deixássemos de fora da equação estes investimentos, que garantias existem que as soluções negociadas são menos onerosas?

Inexistem estudos empíricos que, mesmo que de forma meramente contabilística, provem existir diferença unitária entre um procedimento dito burocratizado (seguindo o pleno rito processual penal ordinário) e um procedimento negocial - e que prove apresentarem os procedimentos negociais vantagens na produção de resultados e na diminuição do custo da administração da Justiça (mais eficácia e mais eficiência).



O estudo que poderíamos mobilizar para empreender um esforço comparatístico nesta seara seria o de IGARTUA *et al* (GOBIERNO BASCO, 2015, p.36-37) que, embora respeitando a práticas restaurativas em casos de menor gravidade, comparou o custo da sujeição àquelas e o custo associado à utilização das formas tradicionais de processo: se nas primeiras se situou entre €123,68 e €146,71, já no modelo tradicional o custo foi entre €151,14 e €154,88, tendo os investigadores concluído não se poder falar de relevante economização.

Ora, se a diferença entre a prática restaurativa e a prática conflitual tradicional não é relevante (inferior a 15%), sendo a prática restaurativa necessariamente menos onerosa para o Estado do que uma solução negociada¹⁵ - esta demanda a investigação plena, com a construção do material probatório que enforme a dedução da Acusação, implicando a intervenção do MP e mesmo, eventualmente, a realização de Julgamento -, parece que mesmo o argumento fundado na (mera) análise do custo (com estrondo) é falho.

Em Portugal existem acrescidas dificuldades endógenas ao sistema de administração da Justiça criminal, tornando ainda mais difícil (um)a análise: por um lado, a inexistência de um sistema, mesmo de um instituto legislado de negociação de Justiça criminal, que permita (tentar) fazer um estudo prospetivo; depois, inexistem (reconhecido pela própria tutela) dados estatísticos que permitam rigor científico na avaliação do custo unitário de um procedimento criminal que siga o rito ordinário (comum), de molde a empreender uma análise (CBA) (ou, em comparação, uma CEA).

Antes sequer de se ousar pensar analisar o custo de uma prática negociada criminal, não existem dados relativos ao custo unitário de processo que siga uma forma especial ou processo no qual tenham sido aplicadas algumas das soluções de colaboração/auxílio probatório - o mesmo se pode afirmar relativamente ao sistema de mediação penal, que permite a resolução de (alguns) litígios penais sem submissão à plena marcha procedimental tradicional e formalizada.

Ademais, que parametrizações utilizar quando se procura fazer uma análise custo/benefício? Calcula-se o custo da unidade hora de cada um dos atores judiciais envolvidos no concreto procedimento, os custos fixos do concreto serviço do MP (Procurador) envolvido na direção do Inquérito, da(s) concreta(s) Polícia (eventualmente)

¹⁵ Porquanto as práticas restaurativas, o mais das vezes, são totalmente retiradas do sistema formal de administração de Justiça, ou o são numa fase inicial do Inquérito - mas sempre antes da plena tramitação do Inquérito, dedução de Acusação e realização de Julgamento.



do concreto Tribunal, atendendo ao fato de a duração e natureza de suas intervenções necessariamente comportar despesas diversas na consecução das funções?

E ponderamos apenas os custos diretos com o sistema formal de administração de Justiça, ou atendemos também a custos marginais e futuros?

Resulta não nos podermos limitar à mera análise dos custos económicos; com o que dissemos, inviabilizada resta também a CEA, visto não ser possível empreendê-la sem ter uma realidade definível, quanto mais um ponto comparativo.

Na falta de dados estatísticos e parâmetros objetivos, qualquer discussão que se trave a este respeito estará votada ao fracasso - como definir medidas de direto impacto em termos de Política Criminal sem que saibamos do que realmente falamos?

Mesmo que projetássemos as vantagens para um horizonte de longo prazo, com os abatimentos dos investimentos necessários à implementação legislativa e administrativa de soluções negociadas de Justiça criminal plenamente traduzidos nos orçamentos anuais, e estando já implementada uma fórmula (comprovadamente) garantidora de um custo (económico) inferior da realização da Justiça, que dizer dos alegados ganhos de eficácia/eficiência?

Rejeitamos argumentos populistas como os utilizados por alguns atores judiciários envolvidos na 'Operação Lava Jato', que acenam panfletariamente com os valores que os Réus são condenados a pagar em sede de sentença condenatória e/ou os bens sujeitos a medida patrimonial cautelar - o que apenas serve para procurar desviar o foco dos atropelos às normas processuais e constitucionais e da violência estatal exercida sobre os sujeitos, num claro efficientismo penal e cotejando com um Direito de emergência, como alguns daqueles atores chegam a invocar existir.

Mais grave: quais os custos sociais resultantes da implementação e operacionalização de soluções negociadas de Justiça criminal, face a elementos não tangíveis como a confiança no sistema de administração de Justiça ou a confiança entre os cidadãos?

Mesmo em sistemas que dependem quase exclusivamente da operacionalização de soluções negociadas de Justiça criminal os custos sociais são enormes, com abusos por parte (sobretudo) dos *Prosecutors*, a ponto de o *Attorney General* do Alaska ter determinado a não utilização do *charge* e *sentence bargaining* para restabelecer a



confiança comunitária no sistema de Justiça¹⁶: ora, se o responsável máximo do órgão com papel dominante no sistema, numa sociedade plenamente adaptada a esta forma de fazer Justiça, reconhece o seu inaceitável custo social, como a poderemos aceitar acriticamente, sem o devido tratamento académico?

7. Conclusão

Afirmamos, peremptoriamente, a defesa inabalável do Processo Penal como um sistema garantidor de liberdades e garantias, sem que se lhe recuse a necessidade de ser eficaz na resolução dos concretos litígios, restabelecendo a confiança comunitária na validade da norma violada e ressocializando os agentes do crime.

Todavia, também por e para isso, o sistema de administração de Justiça criminal tem que ser operante em tempo útil, proferindo decisões que se não arrastem no tempo, protegendo as vítimas dos crimes; e tem que ser operante materialmente, dirimindo os litígios - respeitando princípios, institutos e garantias processuais -, proferindo decisões absolutórias e, quando os fundamentos para tanto se verificarem, condenando e sentenciando.

Não o fazendo para mascarar estatisticamente a realidade social, como mecanismo de engenharia social (abandonando a característica do Direito Penal e Processual Penal como de *ultima ratio*) ou, como alguns governantes pretendem, para fins propagandísticos político-partidários, ultrapassando pela direita os mais extremistas e extremados, nem que seja à custa das 'sensações populares'.

Nem o fazendo abdicando da operacionalização de um Processo Penal garantista, que efetive a proteção principiológica e material dos objetos da persecução penal - pessoas dotadas de inalienáveis direitos, presumíveis inocentes e componente dos cosmos no qual o Direito opera.

¹⁶ Em 1975, no Alaska, o *Attorney General* Avrum Gross determinou que os *Prosecutors* deixariam de usar *charge bargaining* e *sentence bargaining*, de forma a restabelecer a confiança comunitária no sistema de Justiça e devolver ao *Prosecutor* a sua função de investigação e participação em Julgamento (WRIGHT; MILLER, 1980).



Referências bibliográficas

- ANITUA, Gabriel Ignacio. Justicia penal pública: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales, 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, 528 p.;
- APONTE, Alejandro. Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Bogotá: Ibañez, 2006, 710 p.;
- ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, [S.l.], N. 1, p. 51-68, 1994;
- BACHMAIER, Lorena; DEMLEITNER, Nora. Challenges for the enforcement and effectiveness of criminal law: the prohibition on illegal drugs. In: ESTRÁZULAS, Nicolás Etcheverry; ARROYO, Diego Fernández. Enforcement and effectiveness of the law: general contributions of the Montevideo thematic congress. [S.l.]: Springer, p. 109-134, 2018, 163 p.;
- BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la Constitución...: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. Revista Brasileira de Ciências Criminais, N. 29, p. 27-51, 2000;
- BROWN, Darryl. The perverse effects of efficiency in criminal process. Virginia Law Review, V. 100, N. 1, p. 183-223, mar. 2014;
- CALSAMIGLIA, Albert. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. Documentación Administrativa, N. 218/219, p. 113-152, jun. 1989;
- CARMELIET, Tine. A critical analysis of the procedural fairness of the leniency instrument: finding the right balance between efficiency and justice in EU competition law. Jura Falconis, V. 50. N. 2, p. 181-260, 2013/2014;
- CHEN, Greg; FORSYTHE, Dall; WEIKART, Lynne. Budget tools: financial methods in the public sector. Washington: CQ Press, 2009, 288 p.;
- CONSELHO DA EUROPA, Consultative Council of European Prosecutors. Opinion 11, 18/11/2016. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16807474b9>>. Acesso em: 26 ago. 2025.;
- CONSELHO DA EUROPA, European Commission for the Efficiency of Justice, European judicial systems - CEPEJ Evaluation Report, 2024. Disponível: <<https://rm.coe.int/cepej-evaluation-report-part-1-en-/1680b272ac>>. Acesso em: 26 ago. 2025;
- CONSELHO DA EUROPA, European Commission for the efficiency of justice. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cepej>>. Acesso em: 26 ago. 2025;
- CUNHA, Paulo Ferreira da. A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 123 p.;
- DELMAS-MARTY, Mireille. Le flou du droit: du code pénal aux droits de l'homme. Paris: PUF, 1986, 332 p.;
- DIETER, Maurício Stegemann. Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história. 2012. 309 f. Tese. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012



DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 14ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, 393 p.;

DIVAN, Gabriel Antonolfi. Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, 571 p.;

FERNANDES, Antonio Scarance. O tempo e o movimento no processo penal: a eficiência e o garantismo em uma visão equilibrada do processo penal. *In*: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Araruna (Coord.). A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 289 p.;

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 352 p.;

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, 866 p.;

FERRAJOLI, Luigi. A teoria do garantismo e seus reflexos no Direito e no processo penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, N. 77, p. 3-4, abr. 1999;

GARCÍA, Nicolás Rodríguez. Análisis de la nueva regulación del “principio del consenso” en el procedimiento abreviado español. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa *et al* (orgs.). Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, p. 1.455-1.500, 2003;

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, V. 35, N. 68, p. 261-290, jun. 2014;

GONÇALVES, Jéssica; CARDOSO, Luiz Dias. Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico-social em matéria penal. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, Curitiba, V. 2, N. 2, p. 77-98, jul./dez. 2016;

LEROY, Yann. L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail, Tese - Curso de Doctorat en Droit Privé, École doctorale SJPEG - Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion, Université Nancy 2, 2011;

LINHARES, José Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 78, p. 65-178, 2002;

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, V. 2, N. 1, p. 43-55, 2016. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/16>>. Acesso em: 26 ago. 2025.

MOCCIA, Sergio. Función sistemática de la política criminal - principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente. *In*: SANCHÉZ, Jesús-María Silva; SCHÜNEMANN, Bernd; DIAS, Jorge de Figueiredo (eds.). Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal - Libro-homenaje a Claus Roxin, 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1995, 462 p.;

NEVES, António Castanheira. O funcionalismo jurídico: caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. *In*: NEVES, António Castanheira. Digesta - escritos acerca do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, p. 199-320, 2008, 672 p.;



POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 4th ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, 722 p.;

REPÚBLICA PORTUGUESA. Código do Processo Penal, 1987;

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. *Lusíada. Direito, Lisboa*, N. 3, p. 13-37, 2005;

ROMAN, John. Can cost-benefit analysis answer criminal justice policy questions, and if so, how? *Journal of Contemporary Criminal Justice*, V. 20, N. 3, p. 257-275, ago. 2004;

SANCHÉZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e Direito Penal*. São Paulo: Manole, 2004, 72 p.;

SUOMINEN, Annika. Effectiveness and functionality of substantive EU criminal law. *New Journal of European Criminal Law*, V. 5, N. 3, p. 388-415, set. 2014, p.395.

TZUTZUIANO, Catherine. L'effectivité de la sanction pénale. 574 f. Tese - Curso de Doctorat en droit privé et sciences criminelles, École doctorale n° 509 - Centre de Droit et Politique Comparés Jean-Claude Escarras Université de Toulon, 2015 ;

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, Relatório de 2024 sobre o Estado de direito. Disponível em: <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle/2024-rule-law-report_pt>. Acesso em: 26 ago. 2025;

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, The 2024 EU Justice Scoreboard, 11/06/2024. Disponível em: <https://commission.europa.eu/document/download/84aa3726-82d7-4401-98c1-fee04a7d2dd6_en?filename=2024%20EU%20Justice%20Scoreboard.pdf&prefLang=pt>. Acesso em: 26 ago. 2025.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência como critério de otimização da legitimidade do Direito Penal e seus desdobramentos em Processo Penal. Tese. Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013;

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência como critério de otimização da legitimidade do Direito Penal e seus desdobramentos em Processo Penal. Tese. Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013;

WRIGHT, Ronald; MILLER, Marc. The screening/bargaining tradeoff. *Stanford Law Review*, V. 55, Issue 1, p. 29-118, oct. 2002, p.44. RUBINSTEIN, Michael; CLARKE, Stevens; WHITE; Teresa. *Alaska bans plea bargaining*. Washington: National Institute of Justice, jul. 1980, 312 p.



Sobre o autor

André Ferreira de Oliveira é Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; Especializado em Direito Penal, Econômico Internacional e Europeu pelo IBDEE, Coimbra, Portugal; Advogado; Professor na Universidade Anhanguera - Taquaral, Campinas, São Paulo, Brasil. E-mail: andreferreiradoliveira@gmail.com

Créditos de autoria

O autor é o único responsável pela resenha.

Declaração sobre conflito de interesses

Não há possíveis conflitos de interesse na realização e comunicação da pesquisa.

Informações sobre financiamento

Esta pesquisa não foi realizada com financiamento

Declaração de Disponibilidade de Dados

Os dados que sustentam as conclusões deste estudo estão disponíveis junto ao autor correspondente, mediante solicitação

Declaração sobre o Uso de Inteligência Artificial

Não foi utilizada ferramenta de IA no desenvolvimento deste trabalho.

Editoras Responsáveis pela Avaliação e Editoração

Carolina Alves Vestena e Bruna Bataglia.

