

## A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SISTEMA *PLEA BARGAIN* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Pedro Faraco Neto<sup>1</sup>  
Diego Prezzi Santos<sup>2</sup>  
Vinicius Basso Lopes<sup>3</sup>

FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do sistema *Plea Bargain* no processo penal Brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**. Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019.

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho não é adentrar a mérito político de qualquer viés, e quaisquer menções a agentes públicos em voga serão somente para fins de informação. Dito isso, esta pesquisa tem como fim a análise da expansão do Processo Penal para uma nova ótica de negociação, usando como paradigma, portanto, a política criminal apresentada pelo Ministério da Justiça, no início do mandato presidencial de 2019, abordando principalmente o instituto do *plea bargain*, importação estadunidense ao ordenamento jurídico brasileiro, que embora excluído do Projeto de Lei de autoria do Executivo, é de suma importância a sua análise, uma vez que o Processo Penal brasileiro caminha a passos largos a uma mudança de paradigma. Pois bem, o denominado “Pacote Anticrime”, conjunto dos PL-881/2019, PL-882/2019 PLP-38/2019, propõe uma série de medidas de política criminal, com a finalidade de diminuir a corrupção, diminuir a atuação de organizações criminosas e ainda diminuir a incidência de crimes violentos. Dentre as diversas alterações ao Código Penal, Código de Processo Penal e outras leis esparsas, fora proposto uma nova tentativa de se inserir no sistema processual penal um viés de negociação, diminuindo a rigidez de garantias fundamentais, e aumentando a celeridade e efetividade do sistema punitivo. Sendo assim, o que se propõe com este trabalho é verificar se a inserção deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes proposto no projeto de lei supracitado, ou até mesmo tratando-se do mesmo em sua essência, poderia alcançar o fim a que se propunha, ou se causaria efeitos ainda mais catastróficos ao já colapsado sistema de justiça criminal brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça consensual; Barganha; Crise no processo penal; Civil Law; Common Law.

---

DOI: 10.25110/rcjs.v22i1.2019.7859

<sup>1</sup>Doutor em Sociologia Jurídica. Professor Universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação. E-mail: pedrofaraconeto@hotmail.com

<sup>2</sup>Doutor em Direito. Professor Universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação. E-mail: diegoprezzi@yahoo.com.br

<sup>3</sup>Acadêmico de Direito. E-mail: vinibasso98@hotmail.com.

## THE (IM)POSSIBILITY OF APPLYING THE PLEA BARGAIN SYSTEM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

**ABSTRACT:** This paper will not address the political merit of any bias, and any reference to public officers will be for information purposes only. That said, this study aims at analyzing the expansion of the Criminal Procedure to a new perspective of negotiation, using the criminal policy presented by the Ministry of Justice at the beginning of the presidential term of 2019 as a paradigm, mainly addressing the institution of the plea bargain, imported from the US into the Brazilian legal system, which, although excluded from the Bill of Law written by the Executive Branch, it is of paramount importance to be analyzed, since the Brazilian Criminal Procedure is striding towards a shift in paradigm. Therefore, the so-called “Anticrime Package”, the set including PL-881/2019, PL-882/2019 and PLP-38/2019, proposes a series of criminal policy measures aimed at reducing corruption, reducing criminal organizations and further reducing the incidence of violent crimes. Among the various amendments to the Criminal Code, Code of Criminal Procedure and other laws, a new attempt to insert a negotiating bias into the criminal procedural system was proposed, reducing the rigidity of fundamental guarantees and increasing the speed and effectiveness of the punitive system. . Thus, the purpose of this paper is to verify if the insertion of this institution in the Brazilian legal system, as proposed in the aforementioned bill, or even by treating it in its essence, could reach the intended purpose, or would it cause even more catastrophic effects to the already collapsing Brazilian criminal justice system.

**KEYWORDS:** Consensual justice; Bargain; Crisis in criminal proceedings; Civil law; Common Law.

## LA (IM) POSIBILIDAD DE APLICAR EL SISTEMA *PLEA BARGAIN* EN EL PROCEDIMIENTO PENAL BRASILEÑO

**RESUMEN:** El propósito de esta investigación no es abordar el mérito político de ningún sesgo, y cualesquier menciones a funcionarios públicos en boga, siendo solo para fines informativos. Dicho esto, este estudio tiene como objetivo el análisis de la expansión del Procedimiento Penal a una nueva perspectiva de negociación, utilizando como paradigma, por lo tanto, la política penal presentada por el Ministerio de Justicia, al comienzo del mandato presidencial de 2019, abordando principalmente el instituto del *plea bargain*, importación estadounidense al ordenamiento jurídico brasileño, que, aunque excluido del Proyecto de Ley de Autoría Ejecutiva, es de suma importancia para su análisis, ya que el Procedimiento Penal brasileño está avanzando hacia un cambio de paradigma. El llamado “Paquete Anticrimen”, conjunto de PL-881/2019, PL-

882/2019 PLP-38/2019, propone una serie de medidas de política penal destinadas a reducir la corrupción, reducir la actuación de organizaciones criminales y reducir aún más la incidencia de delitos violentos. Entre las diversas enmiendas al Código Penal, Código de Procedimiento Penal y otras leyes dispersas, se propuso un nuevo intento de insertar un sesgo de negociación en el sistema procesal penal, reduciendo la rigidez de garantías fundamentales y aumentando la velocidad y la eficacia del sistema punitivo. Por lo tanto, el propósito de este documento es verificar si la inserción de ese instituto en el ordenamiento jurídico brasileño, como se propone en el proyecto de ley antes mencionado, o incluso en su esencia, podría lograr el fin a que se propone, o causaría efectos aún más catastróficos al sistema de justicia penal brasileño ya colapsado.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia consensuada; Ganga; Crisis en el proceso penal; Ley Civil; Ley Común.

---

## 1 INTRODUÇÃO

### A JUSTIÇA NEGOCIAL COMO NOVA TENDÊNCIA

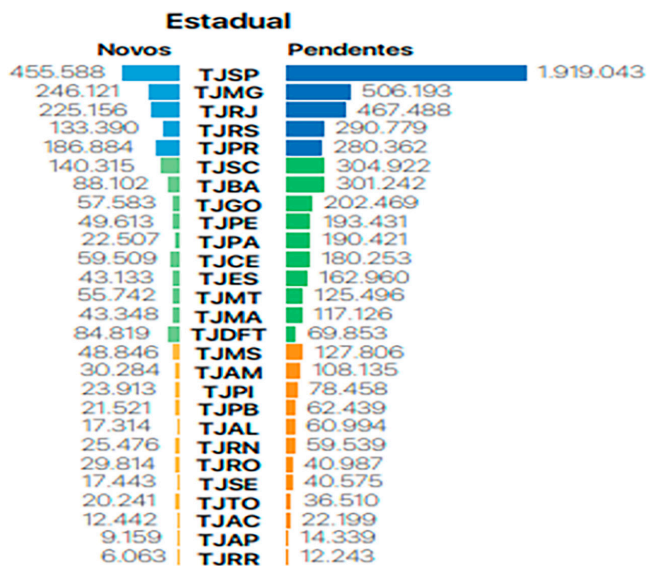
É notório que o Poder Judiciário brasileiro não cumpre o princípio basilar da administração pública, qual seja, o princípio da eficiência. Isso se dá por diversos motivos, dentre eles, com relevância ímpar, é a excessiva judicialização de demandas. Tal problema afetou de forma drástica a Justiça Cível, uma vez que a todos se processa, por qualquer aborrecimento, mínimo que seja. Desta forma, um simples processo de danos morais pode demorar anos para ser julgado e, conseqüentemente, o movimento natural e proposto como solução para este problema foi a desjudicialização de demandas, por meio da justiça negociada, que se inseriu no ordenamento de Direito Privado por meio da Conciliação e da Mediação, e segundo o CNJ (2018, p. 137):

A conciliação é uma política adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. Anualmente, o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, quando os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual. Por intermédio da Resolução CNJ 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que visam fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

Ocorre que o problema da falta de eficácia e da excessiva quantidade de processos também atinge a seara penal, porém de forma muito mais grave, uma vez que nessa, se lida com direitos indisponíveis e extremamente caros ao cidadão. Tal situação do sistema judiciário é efetivo fator criminológico para o gigantesco índice de violência que assola o país, uma vez que o sistema carcerário é comandado não mais pelo Estado, mas sim por Organizações Criminosas. Sendo assim, se faz necessário para a real compreensão do problema uma análise empírica, baseada nas estáticas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo o CNJ (2018) no ano de 2017, considerando apenas os foros estaduais, houve 2,7 milhões de casos criminais novos, sendo que o gráfico abaixo demonstra de forma ilustrativa a situação do sistema de justiça criminal:

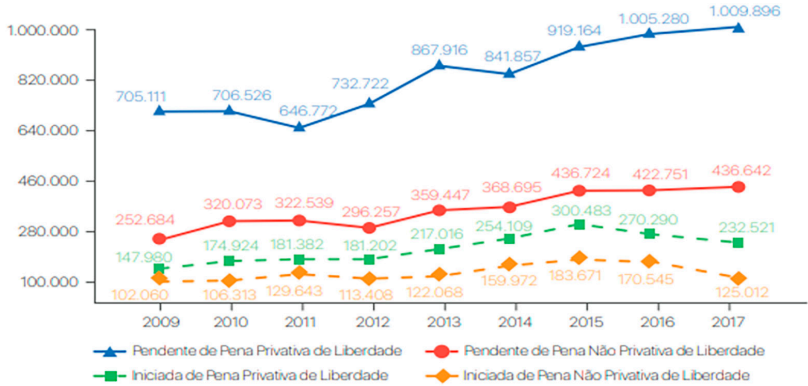
Gráfico 1 - Casos novos e pendentes criminais, excluídas as execuções penais, por tribunal, em 2017.



CNJ, 2018, p. 153.

Além disso, há também o sistema de cumprimento de pena (Execução Penal) que ao final de 2017, acumulava 1,4 milhão de execuções penais pendentes, com 358 mil execuções iniciadas em 2017. Mais da metade dessas execuções (232,5mil, ou 65%) implicavam pena privativa de liberdade. Conforme gráfico abaixo reproduzido (CNJ, 2018):

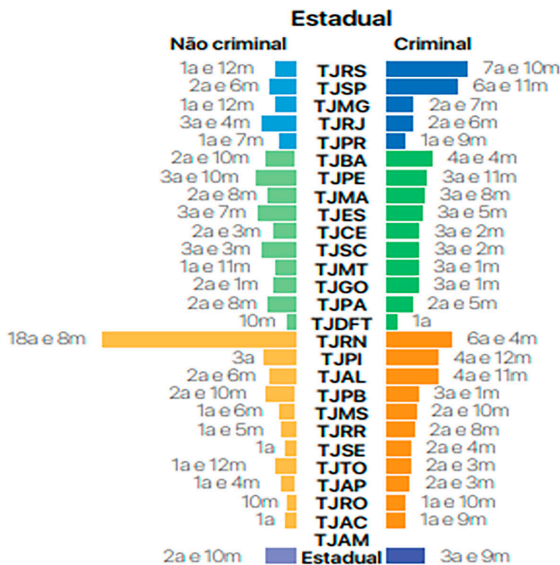
Gráfico 2 - Histórico das execuções penais de 2009 a 2017.



CNJ, 2018, p. 154.

Por óbvio, este montante de processos causa uma mora excessiva à prestação jurisdicional, sendo que o tempo médio de duração dos processos encontra-se ilustrada no gráfico abaixo (CNJ, 2018). Veja-se:

Gráfico 3 - Tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau, por tribunal, em 2017.



CNJ, 2018, p. 156.

Diferente da esfera cível, quando o excesso de demandas atinge a seara penal, o resultado não é mera insatisfação daqueles que postulam perante o Judiciário, mas sim a restrição da liberdade de diversas pessoas, que não se sabe se estão presas de maneira justa, uma vez que a enorme quantidade de processos, muitas vezes causa uma menor precisão nas decisões judiciais. Urge o velho dilema quantidade x qualidade.

Não há números precisos a respeito da população carcerária no país, o INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), por exemplo, não atualiza seus números desde junho de 2016. Segundo Barbiéri (2019), em julho deste ano, o CNJ registrou o número de 812 mil presos no país, sendo que destes, 337.126 mil são presos provisórios (2019) e há ainda que se considere aqueles que estão presos pelo instituto da execução antecipada da pena.

Diante da latente expansão do sistema carcerário, os sintomas começam a surgir cada vez com mais frequência, em maio deste ano, por exemplo, as rebeliões no Estado do Amazonas deixaram diversos mortos, na unidade prisional de Compaj foram 19, no Instituto Penal Antônio Trindade (Ipat) foram 25 mortos, na Unidade Prisional do Puraquequara (UPP) foram 6 mortos, no Centro de Detenção Provisória Masculino (CDPM 1) foram 5 mortos. Além disso, em Altamira-PA, no Centro de Recuperação Regional, houve a maior rebelião do ano, onde foram contabilizados ao menos 57 mortos.

Enfim, os dados são límpidos em apontar um colapso no sistema de política criminal no Brasil, e os efeitos deste colapso são vários: além de uma clara violação aos Direitos Humanos, também há um aumento significativo da violência, dentro e fora dos presídios.

Diante do exposto, a questão que norteia este trabalho é a seguinte: Se-ria a solução para o sistema penal brasileiro a mesma dada ao sistema de justiça cível, por meio do *Plea Bargain*? É o que se buscará responder ao final deste trabalho.

## 2 DEFINIÇÃO DE *PLEA BARGAIN*:

O principal instituto estudado por este trabalho é o *plea bargain*, modelo de justiça consensual muito usado principalmente nos Estados Unidos. Axio-logicamente, em tradução livre, *plea* significa “argumento”, enquanto *bargain* remete-se a “barganha”. Trazendo para o contexto brasileiro, é simplesmente a negociação (barganha) entre acusação e defesa.

Basicamente, é uma forma de se abreviar o rito para que se chegue a uma pena de maneira muito mais célere, sem a necessidade de produção de provas, uma vez que antes do início do processo, ou durante ele, dependendo das circunstâncias, a acusação e a defesa entram em um consenso e negociam

uma vantagem ao acusado, mediante a contrapartida de que o mesmo se declare culpado, poupando o Estado do ônus de se instruir todo um processo criminal. Nos Estados Unidos da América grande parte dos processo sequer chega à fase processual em razão desta aplicação. (SCHWAZER; RAPOZA, 2013)

De acordo com Vinicius Gomes de Vasconcellos é (2014, p. 56):

O instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociado e pactuado pelas partes ou somente esperado pelo acusado.

O benefício ao réu pode se dar em basicamente dois vieses: o primeiro deles é a negociação à imputação (*charge bargain*); o segundo é a negociação quanto à quantidade de pena (*sentencing bargain*). No primeiro caso se negocia qual o crime será imputado ao acusado, se haverá ou não qualificadoras, privilégios, etc.. Já na segunda se negocia somente a pena, ou o seu regime de cumprimento, com a imputação já determinada pelo órgão acusador.

No Brasil, a barganha que fora proposta pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, se limitaria ao *sentencing bargain*, ou seja, a negociação quanto ao montante da pena ou o regime de seu cumprimento. Explicado o conceito de *plea bargain* e sua delimitação ao modelo à brasileira, vejamos como se encontrava previsto no Projeto de Lei Anticrime (PL – 882/2019), que neste ponto alteraria o Código de Processo Penal, inserindo o seguinte artigo:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Diferente de outras medidas de negociação que já se encontram vigentes hoje no país (conforme tópico abaixo), esta modalidade de consenso abrange



todos os crimes previstos tanto no Código Penal, quanto nas diversas leis esparsas. Isso significa dizer que todo o Processo Penal passaria a ter uma lógica não mais de litígio, mas sim de consenso, mudando drasticamente a matriz do *civil law* a qual o Brasil aderiu.

### **3 ESPÉCIES SUI GENERIS JÁ PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O instituto em voga não é exatamente uma novidade completa, desde 1995, principalmente, o ordenamento jurídico penal brasileiro que entrou de maneira tímida, porém significativa, numa filosofia de negociação. Expoente deste movimento de transição processual foi a Lei. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), respaldada constitucionalmente pelo art. 98, I, da Constituição Federal, que autoriza a criação dos juizados especiais em infrações penais de menor potencial ofensivo, neste tema, importante é a análise de Aury Lopes Jr (2019, p. 753):

Sem dúvida, a Lei. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descaracterizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Mas, principalmente: marcou o ingresso do “espaço negocial” no processo penal brasileiro, que só tende a ampliar..

O referido diploma legislativo trouxe ao ordenamento brasileiro os seguintes institutos de negociação:

#### **3.1 Suspensão condicional do processo (sursis processual)**

O presente instituto segue o panorama trazido pela Lei 9.099/95, qual seja: despenalização por meio de medidas alternativas à pena. Sendo assim, o art. 89 do referido texto normativo, dispõe que cabe a suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, podendo ser proposta pelo Ministério Público, pelo período de dois a quatro anos, com a imposição de condições, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

As condições impostas ao acusado, caso aceite o acordo, poderão ser, as seguintes: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da Comarca onde re-

side, sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Conforme o §2º do art. 89, o juiz poderá ainda impor outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

O acusado terá que cumprir estas condições pelo denominado período de prova, que durará de 2 a 4 anos, sendo que neste período, se o acusado deixar de fazer jus ao instituto, tanto pelo não cumprimento das medidas lhe impostas, quanto por deixar de se encaixar nos requisitos impostos pelo caput (responder a outro processo ou ser condenado). Neste sentido é a Jurisprudência do STJ, que afirma:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO OU DESCAMINHO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRO PROCESSO CRIMINAL NO MOMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. No momento do oferecimento da denúncia é que são verificados os requisitos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, para eventual suspensão condicional do processo. Logo, não tem direito ao benefício o acusado que, nessa oportunidade, responde a outro processo criminal, mesmo que este venha a ser posteriormente suspenso. 2. Não tendo o Agravante trazido tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, mantenho, na íntegra, a decisão recorrida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo desprovido. (AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.386.813 - RS (2011/0044022-9) Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ, Julgado: 02/08/2011)

Sendo assim, passado o período de prova, sem a revogação do benefício, o juiz decretará extinta a punibilidade do acusado, e o processo será arquivado sem o julgamento do mérito, não gerando, portanto, nenhum antecedente criminal. Importante salientar ainda, que o prazo prescricional não decorre durante o período de suspensão.

Uma questão recorrente na doutrina, é se o Ministério Público pode ou não decidir se propõe a suspensão, de modo discricionário. Segundo GIACOMOLLI (cit., p. 192. Apud. LOPES JR. 2019, p. 769):

Presentes os pressupostos legais, a previsão abstrata se converte numa obrigatoriedade. E, ainda que presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de

médio potencial ofensivo, motivar sua negativa.

Porém caso o membro do *parquet* se negue a fazer a proposta, e dissentindo o juiz, deverá remeter a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal, nos termos da Súmula nº 696 do STF.

Passada a análise deste instituto, que é o mais recorrente dentro da Lei. 9.099, continuemos na análise dos demais, com menor incidência, mas de importância paradigmática ao tema proposto neste trabalho.

### **3.2 Composição civil dos danos**

Em consonância com a Lei dos Juizados Especiais, este instituto inseriu de maneira peculiar a desjudicialização de demandas, uma vez que possibilita que em crimes de ação penal privada, ou pública condicionada à representação, autor e vítima negociem pecuniariamente a reparação dos danos causados pela incidência da infração, sendo que tal acordo será feito em audiência preliminar, ou até mesmo extrajudicialmente, sendo que o juiz homologará o acordo em ambos os casos, e a partir deste momento a vítima renunciará de seu direito de queixa e a representação, e o réu terá sua punibilidade extinta.

A sentença que homologar o acordo, por óbvio será irrecorrível e terá eficácia de título executivo judicial a ser executado no juízo cível competente.

### **3.3 Transação penal**

Neste caso, o Ministério Público oferece para a parte a possibilidade de cumprimento imediato da pena, antes do oferecimento da denúncia, desde que seja pena de multa ou restritiva de direitos.

Tanto quanto na suspensão condicional do processo há divergência na doutrina se o direito à transação penal é subjetivo ao réu, ou seja, se preenchido os requisitos deverá o membro do Ministério Público oferecê-la ao acusado, ou se tratasse de discricionariedade do órgão acusador. De qualquer forma, o acordo não poderá ser oferecido se o acusado já tiver sido condenado, com sentença definitiva a pena privativa de liberdade; se já tiver se beneficiado da transação anteriormente, no prazo de cinco anos; ou haver óbices quanto aos antecedentes e conduta social e a personalidade do agente.

Este instituto também não implica em antecedentes criminais, sendo computado somente para o prazo de cinco anos para nova proposta de transação penal.

No caso em questão, muito se discutiu se eventualmente o acusado viesse a descumprir os termos do acordo se o Ministério Público poderia ou não oferecer a Denúncia, ou se a decisão que homologou o acordo faria coisa julgada

formal e material, para unificar a questão o STF editou a Súmula Vinculante nº 35:

A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei. 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

De mais a mais, são estes os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, porém, a barganha no processo penal brasileiro não se limita somente ao nobre intuito de desafogar o Judiciário, além disso, institutos de flexibilização processual são usados também para buscar uma maior efetividade do sistema punitivo, principalmente em casos de extrema complexidade, como os que possuem a incidência de organizações criminosas e grandes acordos de corrupção. Sendo assim, diante da iminente dificuldade em se apurar estes crimes, se aumentou drasticamente a incidência da Colaboração Premiada, que será matéria a ser analisada mais à frente.

### **3.4 Acordo de não persecução penal**

Antes de adentrarmos ao tema da delação premiada, se faz necessário ainda a análise de mais um instituto, que não está nem na Lei 9.099/95, nem nas leis que tratam da delação, que é o famigerado Acordo de não persecução penal.

Atualmente, tal acordo não possui respaldo legislativo, uma vez que se encontra regulado somente pela Resolução 181/07, do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo que surge para suprir a necessidade de acordos não só para crimes de pequeno potencial ofensivo, mas também para os de médio potencial.

A motivação para tal medida vai ao encontro com a problematização apontada no início deste trabalho, conforme a própria Resolução 181/07: “Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”.

Sendo assim, tal resolução prevê, em seu art. 18 que:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e

circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativamente ou alternativamente...

Nota-se, portanto, que tal instituto se assemelha muito com o *plea bargain*, só que de forma mais comedida, uma vez que este delimita a pena, a mínima inferior a 4 (quatro) anos, e aquele expande a negociação a todo o rol de crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal instituto também é matéria do Pacote do Ministro da Justiça Sergio Moro, sendo que o mesmo pretende inserir no Código de Processo Penal o seguinte artigo, que praticamente repete o previsto na resolução do CNMP, alterando somente no que diz respeito a pena, que neste caso é de no máximo 4 (quatro) anos:

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

*Ad argumentandum tamtum*, qual seria a necessidade da inserção de tal instituto no Pacote Anticrime? Uma vez que ao permitir o uso do *plea bargain*, se macula o uso do Acordo de não persecução penal.

Findado, sumariamente, este tema, passemos a analisar o instituto de negociação mais utilizado atualmente.

### 3.5 Delação premiada

Também denominado de Colaboração Premiada, este instituto encontra-se respaldado no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, nas leis 9.807/99 (art. 13 a 15) e 12.850/2013 (art. 4 a 8), e ainda nas Convenções Internacionais de Palermo (art. 26) e de Mérida (art. 37).

Tal modalidade de *barganha* se constitui em um acordo entre o Ministério Público e réu, só que nesse caso, não somente com a exigência de confissão, mas também deve o acusado oferecer ao Estado, um ou mais dos seguintes requisitos, previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticados; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventu-

al vítima com a sua integridade física preservada. Em contrapartida o juiz poderá conceder ao acusado (conforme previsto no acordo): perdão judicial; reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, havendo ainda a possibilidade do acordo acontecer após a sentença, podendo ser concedida a redução da pena até metade ou a progressão de regime.

Em resumo, Eduardo Araújo Silva a conceitua da seguinte forma: (2015, p. 53):

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo) ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação processual, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando as suas prisões (colaboração repressiva).

O instituto da delação premiada sofre imensa instabilidade tanto no sentido doutrinário, onde não há consenso nem quanto ao termo correto, se seria *delação* ou *colaboração*, dentre outros aspectos (como por exemplo: violação a princípios constitucionais, porém, não será feita esta análise aprofundada neste trabalho), bem como, quanto ao sentido prático, onde se analisa se os acordos de delação (ou colaboração) premiada seguem a estrita legalidade, ou se é aplicada uma discricionariedade ao Ministério Público, o que, *prima facie* seria violação ao princípio da legalidade.

No primeiro viés Guilherme de Souza Nucci aponta como sendo o termo correto a *delação*, veja: (2013, p. 47):

Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, de *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de investigado ou acusado, mas aquele no qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialização da infração penal – por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo.

Também para Cesar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, o termo *colaboração* seria nada mais do que um intensão de “disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui”. (2014, p. 115).

Além da problematização quanto ao termo utilizado, a doutrina aponta

diversas irregularidades nos acordos de delação premiada que são efetivados na *práxis* judiciária, para esta análise, imprescindível é a pesquisa dos professores J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão, na obra “Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato”, nesta obra são apontadas diversas cláusulas sem nenhum respaldo normativo, como por exemplo: redução da pena de multa; suspensão de procedimentos com o objetivo de poupar réus colaboradores de eventuais processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros, etc.

Há ainda cláusulas em acordos de colaboração que ficaram conhecidos, como por exemplo o de Paulo Roberto Costa, que possui aspectos absolutamente ilegais, como: prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um ano), com tornozeleira eletrônica; o cumprimento de 0 (zero) a 2 (dois) anos da pena em regime semiaberto; cumprimento do restante da pena em regime aberto, liberação de uso de imóveis frutos do crime, entre outros.

Se não bastasse tais irregularidades apontadas acima (que não se limitam às citadas) há ainda a prática recorrente da prisão cautelar para forçar a delação, para ilustrar esta situação, importante é a frase dita pelo procurador Manoel Pestana, do Ministério Público Federal: “Em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso” (CONJUR, 2014).

Ora, se o instituto que mais se aproxima do *plea bargain*, sofre de diversas máculas, que precisam ser reparadas normativamente, não parece prudente a ampliação do espaço de negociação no processo penal, sem antes haver uma melhor regulação dos institutos que já se encontram em vigor.

Feita esta análise sumária dos institutos de barganha que já existem no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar que o *plea bargain*, o qual se estuda no presente caso, se difere de todos eles, uma vez que abre o campo de negociação dentro do processo penal não só para determinados crimes de pequeno ou médio potencial ofensivo, mas sim para todos os delitos, sem possuir contudo, uma filosofia de despenalização e diminuição da incidência do Direito Penal, tal qual se procurou fazer com a Lei. 9.099/95. O que se pretendia pelo dito “pacote”, está muito mais próximo da delação premiada (com todas as ressalvas que os diferem), uma vez que se pretende aumentar a efetividade do sistema de justiça criminal, facilitando condenações, e aumentando, por consequência a incidência violenta do braço mais forte do Estado, o Direito Penal.

Porém, a matriz a qual o Direito brasileiro segue, se baseia no *Civil law*, com extrema observância a letra da lei e aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, portanto, seria possível a inserção de um instituto de matriz americana, baseado no *Common law*, para resolver as mazelas que o Processo

Penal brasileiro sofre atualmente? Parafraseando Lenio Streck, afinal de contas “por que o direito brasileiro só quer falar inglês?” (CONJUR, 2019).

#### 4 A COLISÃO DO CIVIL LAW COM O COMMON LAW

A diferença entre os dois modelos teve o seu estopim no fim do século XIII e início do século XIV, havendo como pivô do *civil law* o direito francês, que passou a se basear em uma lógica escrita (positivada), tendo em vista o fortalecimento do Parlamento de Paris; e do *common law* o direito inglês, que passou a atuar com um protagonismo da oralidade, em decorrência do fortalecimento do Tribunal inglês em Londres. (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2015)

No modelo inglês (*common law*), há um protagonismo do Poder Judiciário, uma vez que “lançava mão do *case method*, tanto o aprendizado do Direito, quanto à solução das questões jurídicas passava pela análise de decisões judiciais anteriores” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2015, p. 273). É basicamente um sistema voltado a precedentes judiciais, tendo a lei positivada uma função meramente formal, em segundo plano. Os principais países a utilizarem este formato atualmente são a própria Inglaterra e os Estados Unidos.

Já o *civil law*, que tem sua formação relacionada ao direito romano, canônico e alemão medieval (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2015), atua com forte influência do Poder Legislativo, já que é na lei que encontra o seu principal alicerce, utilizando-se do método dedutivo, com aplicação do silogismo nos casos judiciais, onde a lei é a premissa maior, e o fato é a premissa menor. Aqui a principal fonte do direito é a lei, enquanto os precedentes (jurisprudências), tem papel subsidiário. Este modelo teve sua gênese, nos moldes que é conhecido atualmente, na França, e é o adotado pelo Brasil.

No que diz respeito ao Processo Penal, que é o tema deste trabalho, há alguns princípios que se colidem quando se faz a inserção de mecanismos de *common law* em um sistema de *civil law*, ou vice-versa, que no caso em análise neste trabalho se limitarão aos: da legalidade, princípio da obrigatoriedade da Ação Penal (*Civil law*) e princípio da discricionariedade ou oportunidade (*Common law*):

No tocante à questão da legalidade, há que se observar ser ela aplicável ao processo penal para garantia e para permitir a verificabilidade. No parágrafo 7 no art. 395-A da proposta de mudança legal, há expressões lacônicas, como “manifestamente desproporcional” e “manifestamente insuficientes”. Tais enunciados não ofertam segurança jurídica alguma e permitem a infusão de moral de quem detêm o poder em substituição à norma, aproximando perigosamente Direito e Moral. (FERRAJOLI, 2014, p. 114-115)



O princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) da Ação Penal, não está expresso em nenhum artigo do Código de Processo Penal, porém sua essência é extraída do art. 24, veja-se: “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Tal princípio significa que o Ministério Público, se preenchido os requisitos de condição da Ação, não poderá dispor da Ação Penal Pública Incondicionada, devendo intentá-la perante o poder judiciário, sendo que só poderá dispor da mesma, caso não estejam presentes os *fumus comissi delicti*, a punibilidade concreta ou a justa causa (LOPES JR. 2019, p. 202). Nesse caso, deverá postular o arquivamento das investigações perante o Juiz.

Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2019, p. 202-203): “O dever de agir faz com que não exista margem de atuação entre denunciar, pedir diligências complementares ou postular o arquivamento. Ou denuncia, se presentes às condições da ação; ou pede diligências complementares, nos termos do art. 16; ou postula de forma fundamentada o arquivamento.”

O autor ainda aponta que a antítese para tal princípio se faz nos princípios da oportunidade e conveniência, e ressalva que não são adotados no Brasil. Sendo assim, passaremos a análise de tais princípios, que se frisa, fazem parte do *Common Law*.

Como já dito, o princípio da oportunidade é o absoluto oposto da obrigatoriedade, uma vez que no primeiro pode o Ministério Público decidir, de forma discricionária se tentará ou não com a Ação penal, na lição de Montero Aroca (2008, p. 302): “A oportunidade supõe o reconhecimento ao titular da ação penal da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, do seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado”.

Portanto, como no *plea bargain* o Ministério Público abriria mão da Ação Penal, e o princípio da obrigatoriedade já não seria mais útil no Processo Penal brasileiro, porém, não seria prudente deixar que a decisão que se alguém será ou não processado criminalmente, passasse a ser regida por mera discricionariedade. Sendo assim, Vinicius Gomes de Vasconcellos, aponta que um meio termo seria a utilização do princípio da *Oportunidade Regrada*: “Tratar-se-ia da situação em que o princípio da obrigatoriedade seria mitigado de modo restrito, somente nos casos previstos em lei e conforme critérios ali regulados” (2018, p. 38).

Bom, então a resposta parece simples, se alterar o princípio que rege a Ação Penal para o princípio da discricionariedade, ou até o da oportunidade regrada, não haveria mais esta incompatibilidade, porém, quando se trata de mo-

delos completamente distintos, a mudança não é tão simples assim:

Esses aspectos são fundamentais para evidenciar que o desenvolvimento do *common law*, e, respectivamente, dos seus principais institutos, não forma feitos por criação legislativa, pelo contrário, eles são frutos da evolução histórica, social e doutrinária de determinados países, principalmente a Inglaterra, ou seja, as particularidades da própria história da Inglaterra contribuíram para determinar a formação do seu *common law*. Em decorrência do *common law* ser fruto da evolução histórica de determinada comunidade, seus institutos e conceitos não podem ser instituídos em outros ordenamentos mediante via legislativa, daí porque, é, no mínimo, ingênuo imaginar-se que é possível a criação do sistema de *stare decisis* ou da doutrina dos precedentes no Brasil, tão somente por meio de alteração legislativa ou constitucional. (ABBOUD, 2015, p. 270)

Portando, para a vigência legal do instituto do *plea bargain* no Processo Penal brasileiro, não basta a mudança quanto ao princípio regente na Ação Penal Pública incondicionada para mitigar o choque entre *Civil Law* e *Common Law*, uma vez que a matriz história brasileira não é compatível com a barganha nesses moldes.

## 5 CONCLUSÃO

Com todo o exposto, conclui-se, que é fato incontroverso que o Processo Penal atualmente é completamente ineficiente, causando prejuízos imensos ao réu e a sociedade. Porém a pretensão de resolver este problema de forma avessa aos ditames legais que historicamente regem o Direito brasileiro, de forma apresada, não parece o ideal.

Portanto, respondendo à pergunta feita no começo desse trabalho: Seria a solução para o sistema penal brasileiro, a mesma dada ao sistema de justiça cível, por meio do *Plea Bargain*? Entende-se que, pelo menos por ora, não. Explica-se:

O instituto de negociação mais próximo ao *plea bargain* presente hoje no ordenamento brasileiro é a delação premiada, e conforme o exposto no texto, sofre de diversos problemas que precisam ser resolvidos em âmbito legislativo, para só assim ampliar o sistema de barganha no Processo Penal.

Além do mais, no cenário brasileiro atual, o acusado em geral, é parte absolutamente hipossuficiente em relação ao Ministério Público, não sendo razoável impor (com a intenção de se perseguir os ditos criminosos do colarinho

branco) a réus comuns (aquelas que praticam delitos como: Tráfico de drogas, roubo, furto, etc.), que geralmente não possuem recursos financeiros, um verdadeiro Contrato de Adesão, uma vez que não possuirá força nenhuma de negociação, principalmente num processo onde, segundo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), “ Não é razoável exigir-se isenção dos Procuradores da República, que promovem a ação penal”. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR).

Não há mínima paridade para que uma possível barganha pudesse ser aplicada com razoabilidade, uma vez que o Ministério Público se encontra cada vez mais capacitado em atuar por meio da barganha em casos de extrema complexidade, muito por conta dos eventos recentes (Operação Lava Jato, etc.). Enquanto a advocacia sofre de imensa crise qualitativa, muito por conta da exorbitante quantidade de faculdades de Direito pelo país, que muitas vezes não proporcionam um ensino jurídico de qualidade, mas também por fatores políticos-institucionais, onde o único filtro que há para regulação da qualidade dos profissionais da advocacia que entram no mercado (Prova da OAB) está na iminência de ser extinta, *vide* PL 832/2019.

Como paradigma, portanto, imprescindível é a lição de Lenio Streck:

Crime não se combate com opiniões morais. A tentação de esfolar criminosos sempre é grande. Quase incontrollável. Mas um jurista tem de tratar (d)o problema com o Direito. Isto é, com os seguintes remédios: com o CP, o CPP e a CF. Ou vira justiceiro. Simples assim. (CONJUR, 2019).

É sempre importante ressaltar que o ideal é que mudanças legislativas desse porte sejam sempre feitas com a máxima cautela, com muita pesquisa e apreço a dados empíricos, sem a pretensão política/eleitoreira que mancha o tal “Pacote Anticrime”.

Conclui-se, portanto, que a inserção do *plea bargain* no processo brasileiro, causaria imensos prejuízos aos acusados, o que refletiria em todo o sistema de política criminal, agravando a crise do Judiciário, indo, portanto, totalmente ao avesso do que é pretendido.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. - 3. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 264-270;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento Nº 1.386.813 - RS (2011/0044022-9) Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ, Julgado: 02/08/2011;

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR**, RELATOR: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, 30/01/2018;

BRASIL. **Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882/2019**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181/07**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BITENCOURT, Cesar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa, Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 115. apud. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: vol. 133. Ano 25. p. 133-171, São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 142.

CNJ. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Págs. 137; 153; 154; 156.

CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>. Acesso em: 25 jul. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. São

Paulo: RT, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu, **Juizados Especiais Criminais**, cit., p. 192. Apud. LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 769;

STRECK, Lenio Luiz. **SENSO INCOMUM Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>. Acesso em: 27 jul. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal** – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 202, 203, 753;

MONTERO AROCA, Juan. **Processe Penal y libertad. Ensayo polémico obre el nuevo processo penal**. Madrid: Thompson Civitas, 2008, p. 302. apud. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de espensao dos espaços de consenso no processo penal brasileiro** – 2ª Edição – Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2018, p. 35;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organizações criminosas. Comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47. apud. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: vol. 133. Ano 25. p. 133-171, São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 142;

SCHWAZER, William. RAPOZA, Hon Phillip. A experiência americana do Plea Bargaining: a exceção transformada em regra. **Revista Julgar**. Coimbra, n. 19, 2013;

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei 12.850/2013**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53 ss. apud. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração Premiada: Reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: vol. 133. Ano 25. p. 133-171, São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 141;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 696**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 35**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 ago. 2019.

VASCONSELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, dissertação** (Mestrado em ciências criminais), Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2014, p. 56.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro** – 2ª Edição – Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2018, p. 38.