



Moro sugere “plea bargain” no Brasil

*Que é isso? É possível?
Seria uma revolução?*

L u i z F l á v i o G o m e s

Professor Luiz Flávio Gomes,
*jurista e deputado federal eleito por
São Paulo apresenta artigo especial sobre
o “Plea bargain” ou “plea bargaining”,
modelo de Justiça criminal vigente nos
Estados Unidos, conhecido como
Justiça consensuada ou negociada.*

 (11) 99261-8720

 luizflaviogomesoficial

 @professorlfg

 @professorlfg

www.professorluizflaviogomes.com.br

SUMÁRIO

1 Que é o “plea bargain” ou “plea bargaining”?	5
2 “Plea bargain” não é “reality show” nem “fast food”	7
3 Ninguém é obrigado a fazer o acordo (princípio da autonomia da vontade).....	8
4 Já existe Justiça criminal consensuada no Brasil	10
5 No nosso país vigora a certeza da impunidade	12
6 Essência da Justiça criminal negociada nos EUA	14
7 Críticas ao sistema americano	16
8 Críticas ao papel do juiz e mudanças recentes.....	18
9 O escopo é chegar também aos peixes grandes	20
10 O direito internacional recomenda o “plea bargain”	22
11 Constitucionalidade do sistema nos EUA	23
12 Constitucionalidade da Justiça negociada na Alemanha e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	24
13 Constitucionalidade do instituto na Itália	25
14 STF já reconheceu a constitucionalidade da delação premiada.....	26
15 Judicialização e rigorosa fiscalização do acordo.....	27
16 Respeito absoluto à presunção de inocência.....	29
17 Confissão isolada não permite o acordo	31
18 Garantias processuais e constitucionais	32
19 Pena mais rápida não significa cadeias mais cheias.....	35
20 Economia, redução dos gastos com o Judiciário e otimização do sistema existente	37

SUMÁRIO

Que saber mais sobre isso?

21 Necessidade de compreender os dois modelos de Justiça criminal no mundo.....	40
22 “Common Law” é a fonte da Justiça criminal negociada	41
23 Sistema conflitivo da “civil law”	42
24 Sistema processual adversarial	43
25 Sistema burocrático da investigação oficial.....	44
26 Devido processo legal sem negociação	45
27 Diferenças entre os dois sistemas clássicos de Justiça criminal	47
28 Presunção de inocência e responsabilidade nos dois sistemas	48
29 “Plea bargain” no Brasil, primeiras limitações.....	50
30 Sistema pragmático “versus” sistema burocrático	52
31 Certeza do castigo “versus” reformas contínuas das leis penais	53
32 Manda a certeza do castigo não a crueldade da pena (Beccaria)	55
33 Melhoras na investigação.....	57
34 O que se imagina para a Polícia no sistema da Justiça negociada?	58
35 Outras medidas necessárias	60
36 Sucesso do modelo consensuado de Justiça nos EUA.....	62
37 Por que os EUA adotaram a Justiça negociada?	63
38 Princípio do benefício mútuo.....	65
39 Falência do Estado.....	67
40 Resistência ao “plea bargain”.....	69
41 Justiça criminal brasileira está assoberbada	70
42 Falta uma lei geral	72
43 Suspensão condicional do processo e “plea bargain”.....	74
44 Números da Justiça negociada no Brasil após a Lei 12.850/13.....	76
45 Até o Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) se inclinou para a “common law”	78
46 Sem controle jurisdicional o acordo não vale	80
47 Repercussões da ideia.....	81

1

Que é o “plea bargain” ou “plea bargaining”?

É o modelo de Justiça criminal consensuada ou negociada que se desenvolveu na tradição do sistema jurídico anglo-americano. Chama-se “plea bargain” ou “plea bargaining” ou, ainda, “plea bargain agreement”, porque permite e incentiva o acordo, a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público (promotor ou procurador). No Brasil, por força de uma decisão do STF (em 2018), o acordo também pode ser feito com o Delegado de Polícia, sem a presença do Ministério Público. No sistema americano o réu (defendant), necessariamente sob a orientação de advogado(a), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o “agreement”); confessa sua participação

no crime (“pleading guilty”) com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena etc. (ver G. Brindeiro, Estadão 9/2/16). Em suma, “plea bargain” é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado (“guilty plea”). Sou totalmente favorável à introdução do instituto do acordo no Brasil, mas é evidente que não se trata de uma mera importação. As condições históricas, socioeconômicas e jurídicas dos EUA são muito diferentes das do Brasil. Poderíamos talvez chamá-lo aqui de “Pedido de Acordo” ou “Acordo para a aplicação imediata da pena”.

2

**“Plea bargain” não é “reality show”
nem “fast food”**

Com prudência e equilíbrio, respeitando nossas tradições legais e constitucionais, vale a pena testar o “plea bargain” no Brasil, porém, afastando qualquer possibilidade de que se transforme num “fast food” para condenar mais rápido sem as devidas garantias (Augusto de Arruda Botelho, *Folha* 13/1/19). A Lava Jato, que constitui a maior ruptura da história contra a bandidagem da “velha ordem” colonialista, dos “pactos oligárquicos” para roubar a nação, teve vários momentos de “reality show” da Justiça. O “plea bargain” tem que evitar essas anomalias. Justiça rápida não pode ser sinônimo de Justiça injusta, sobretudo contra os desfavorecidos, muito menos um trem de alta velocidade para *Auschwitz* (campo de concentração). Mas contra a impunidade perversa reinante no nosso país, sobretudo dos “Homens de Honra” das máfias patrimonialistas, algo tem que ser feito urgentemente.

3

Ninguém é obrigado a fazer o acordo (princípio da autonomia da vontade)

Ninguém é obrigado a fazer o acordo penal. O “plea bargain” é norteado por muitos princípios. Dentre eles o destaque primeiro é o da autonomia da vontade, ou seja, é o princípio da voluntariedade ou do consensualismo. O autor do fato negocia se quiser e qualquer tipo de coação anula o acordo. O advogado presente tem o dever jurídico de zelar pela observância desse princípio, que significa a liberdade de decisão. Os termos do acordo ficam por conta dos negociadores, que devem atuar com liberdade sobre as propostas colocadas “on the table”. O procedimento da negociação tem que se desenvolver de modo adequado para que o resultado consensuado seja válido. Um dos efeitos relevantes decorrentes da autonomia da vontade das

partes é o comprometimento delas com o que ficou acordado. Isso assegura um maior nível de cumprimento espontâneo do acordo, algo bem diferente ou, ao menos, não coincidente com o que acontece quando um terceiro, o juiz, impõe sua decisão. Muitas críticas ao sistema do “plea bargain” se suaviza quando se sabe que o autor do fato não é obrigado a se submeter a esse sistema. Não havendo sua concordância, segue-se o tradicional devido processo legal.

4

Já existe Justiça criminal consensuada no Brasil

No Brasil nunca foi implantado o “plea bargain” em sua integralidade, mas isso não significa que sempre rejeitamos seus institutos. A primeira lei que possibilitou a justiça consensuada (delação premiada) foi editada em 1990 (leis dos crimes hediondos). Depois veio a lei dos juizados criminais e da suspensão do processo (1995). Em seguida apareceu a lei de proteção de vítimas e testemunhas (lei 9.807/99) e mais recentemente a lei do crime organizado (12.850/13), a mais completa sobre a matéria e muito parecida com a experiência estrangeira. Leis no campo dos crimes financeiros, lei de lavagem de capitais, lei de combate ao tráfico de drogas, todas já permitiram o consenso dentro do processo penal brasileiro, que já não segue o modelo francês puro há 30 anos. O termo

de ajustamento de conduta na esfera ambiental constitui outro exemplo de acordo. As fissuras no velho sistema burocrático vêm se sucedendo há quase três décadas. Com cautela e muita ponderação, chegou a hora de ousar o grande salto disruptivo, compatibilizando-o com nossa tradição constitucional de garantias. Falta-nos uma lei geral que discipline o assunto. Mas não se pode impor o instituto no Brasil “de qualquer jeito” (ver João Marcos Buch, *Migalhas* 14/1/19).

5

No nosso país vigora a certeza da impunidade

Como no Brasil as leis são escassamente aplicadas (isso é público e notório), a ponto de se afirmar que vivemos um permanente “estado de exceção” (algo paralelo ao oficial), o que é certo no nosso país é a certeza da impunidade, não a certeza da punição (do castigo). Essa impunidade é altamente prejudicial porque afeta nosso ambiente de negócios assim como o desenvolvimento da nação. Gera, ademais, muita desconfiança, medo e reduz a credibilidade nas instituições, incluindo a própria democracia que os setores mafiosos das elites do poder nos permitem praticar (de baixa qualidade ou de baixa intensidade). O fato de votar, por si só, não esgota o conceito de democracia. Essa ineficiência estatal incontestável sugere o abandono da arrogância e da

soberba, que devem dar lugar ao princípio da realidade. Temos que ver em que termos podemos aproveitar o pragmático sistema de Justiça norte-americano, sem ofensa à nossa Constituição. Tal sistema, de resto, já foi implantado na maioria dos países ocidentais. Nos EUA ele resolve a quase totalidade dos delitos (mais de 90%) prontamente. Ninguém suporta mais tanta impunidade no Brasil. Algo de revolucionário deve ser feito, respeitando-se a Constituição e o Estado de Direito (revolução dentro da ordem).

6

Essência da Justiça criminal negociada nos EUA

Diante de uma acusação de um crime, o imputado, nos EUA, pode se dizer “guilty” ou “not guilty” (culpado ou não culpado). Se o acusado ou imputado nos EUA se diz “not guilty” (não culpado) instaura-se um processo criminal, que será julgado por um juiz singular ou por um tribunal do Júri, seguindo-se o devido processo legal. Se o acusado se diz “guilty” inicia-se, normalmente, um processo de negociação. O “plea bargaining” significa pedido de negociação sobre a natureza dos fatos imputados, as penas, a quantidade de crimes, a forma de cumprimento das penas, reparação dos danos etc. Há uma outra possibilidade para o imputado que é a “plea of nolo contendere”, ou seja, declaração de que não quer discutir, não quer “guerrear”. Aceita-se a imposição de pena, sem

contenda, sem o processo contraditório tradicional. O “nolo contendere” é o que explica a suspensão condicional do processo no Brasil (onde o réu não se diz culpado e onde não se discute sua culpa). O réu cumpre algumas condições, por um período, e depois disso julga-se extinta sua pena (se tudo foi cumprido corretamente). O sistema norte-americano não poderia ser importado integralmente para nosso país. Aqui, como veremos, a confissão do réu isolada não derruba a presunção de inocência.

7

Críticas ao sistema americano

São inúmeras as críticas formuladas contra o sistema do “plea bargain”. Os que censuram tal modelo falam em abusos do Ministério Público, destacando-se três: “*overcharging*” (o MP se vale da sua posição privilegiada para imputar mais crimes do que as provas permitem); “*overrecommendation*” (o MP ameaça com pena maior que a recomendada pelos critérios de justiça) e “*bluffing*” (o MP afirma mentirosamente ter mais provas do que realmente possui). De acordo com Rodrigo Leite Ferreira Cabral (citado por Renne do Ó Souza, *Conjur* 7/1/19), “o *overcharging* (excesso de acusação) pode ser *vertical*, que ocorre quando é feita uma acusação mais grave do que os elementos de informação autorizam, v.g. imputação de furto qualificado, quando as informações indicam

tratar-se de furto simples ou *horizontal*, aquela em que é incluída a imputação de fatos adicionais que não defluem dos elementos de informação, v.g. denúncia por furto e receptação, quando há elementos apenas para a receptação. Já o *bluffing* ocorre quando a acusação informa ao investigado que tem mais elementos de informação para realizar a acusação do que efetivamente tem". Todas essas críticas devem ser levadas em conta no sistema brasileiro para que ele não incorra nelas. É inadmissível qualquer tipo de pressão psicológica para que o imputado faça o acordo. O escopo de se livrar do processo não constitui motivo para qualquer tipo de coação, que é vício que pode impedir a homologação do acordo ou até mesmo anulá-lo.

8

Críticas ao papel do juiz e mudanças recentes

Também se critica muito o papel do juiz de mero homologador (carimbador) do acordo, sem tomar o devido cuidado de controlar a livre manifestação da vontade do implicado e outros aspectos relacionados à legalidade e razoabilidade da negociação. O juiz federal Peter Messitte, do Distrito de Maryland, nos EUA (citado por Brenno Grillo, *Conjur* 8/12/17) afirmou (em palestra proferida no Brasil dia 8/12/17) “que as delações premiadas têm alterado o papel da magistratura norte americana, pouco a pouco. Ele disse que, no início das *plea bargains*, os julgadores de seu país se limitavam a homologar os acordos, mas atualmente passaram a verificar minuciosamente as condições. Messitte citou dois casos para demonstrar a mudança do perfil dos

juízes de seu país: um envolvendo uma conhecida do Brasil, a Odebrecht, e outro sobre o Citigroup. Em relação à empreiteira, o crime cometido foi evasão de divisas por meio do mercado acionário e envolveu os MPs brasileiro, americano e suíço. Num primeiro acordo foi definida multa de R\$ 3 bilhões, que foi reduzida posteriormente mesmo tendo sido homologada pelo juiz do caso. Já sobre o caso do Citigroup, Messitte citou decisão do juiz Jed Rakoff, que não aceitou acordo proposto pelo Security Exchange Commission (SEC) — espécie de Comissão de Valores Mobiliários dos EUA — ao banco e teve a decisão reformada pela corte de apelação, sob o argumento de que a SEC, por ter cuidado das negociações, seria a melhor entidade para definir a dosimetria das penas e benefícios. Rakoff afirmou, ao negar a homologação do acordo, que as balizas definidas não seriam justas e que não havia provas suficientes que comprovassem o fim da prática e dos ilícitos já cometidos. O Citigroup foi acusado de vender investimentos hipotecários e apostar que eles teriam mau desempenho”.

9

O escopo é chegar também aos peixes grandes

No Brasil a adoção da Justiça negociada tem o desafio de superar resistências culturais e acadêmicas, sobretudo da velha ordem colonialista, patriarcalista, patrimonialista, escravagista e extrativista, que é responsável pelos delitos mais danosos para a nação, decorrentes do patrimonialismo mafioso que se enriquece pela corrupção, pelos desvios do dinheiro público e pelos privilégios perversos, às custas do restante da população. Na casta bandida composta pelos grandes delinquentes, espalhados por todo país em milhares de células, a regra vigente, semelhante à da Máfia italiana, é a da “omertà”, ou seja, a lei do silêncio. Diante da dificuldade de produção de provas contra essas castas, o êxito das investigações depende do sistema de incentivos contemplado no “plea

bargain". Sem ele a Justiça brasileira vai sempre se limitar ao "little fish" (peixe pequeno). Os acordos de "cooperação" ("cooperation agreements") são os que permitem (e, na Lava Jato, já estão permitindo) chegar aos peixes grandes ("the little fish to catch the big fish"). Constitui erro frequente, nesse aspecto, supor que um determinado delinquente já seja o peixe maior. Não podemos nos esquecer que os políticos, na casta mafiosa que comanda o país, são instrumentos nas mãos dos grandes grupos econômicos e financeiros, onde se encontra efetivamente o "big fish".

10

O direito internacional recomenda o “plea bargain”

O Brasil subscreveu vários tratados internacionais nos últimos 20 anos relacionados com a criminalidade organizada e o combate à corrupção. A Convenção da ONU de 2003 foi ratificada pelo Congresso brasileiro em 2005. Mais de 150 países aderiram a esse documento internacional, que no seu art. 37 incentiva o uso de ferramentas adequadas à negociação entre as partes, quando há a disposição de se colaborar com a investigação do delito. Os termos do acordo dependem de cada caso concreto, o fundamental é que não haja desequilíbrio entre a colaboração e as consequências penais avançadas. O caso JBS, no Brasil, é tido como um exemplo de falta de razoabilidade, ou seja, muitos entendem que o acordo foi inadequado, tendo favorecido os autores dos crimes em demasia.

11

Constitucionalidade do sistema nos EUA

Geraldo Brindeiro (*Estadão* 9/2/16), com precisão de relógio suíço, enfocou o tema da seguinte maneira: “A Suprema Corte dos EUA tem repetidamente rejeitado argumentos sobre a inconstitucionalidade do plea bargain agreement, desde o leading case Brady x United States (397 U.S. 742, 1970). Só observa que os acordos devem ser voluntários e os acusados, saber de suas consequências (McCarthy x. United States, 394 U.S. 459, 1969). E, recentemente, reconheceu que o investigado tem legítimo interesse, protegido pela Constituição, na delação premiada proposta pelo procurador ou promotor (prosecutor), que poderia aceitar, se o seu advogado não o informou ou deu orientação incompetente (Lafler x Cooper, 132 S.Ct. 1376, 2012; e Missouri x Frye, 132 S.Ct. 1399, 2012).

12

Constitucionalidade da Justiça negociada na Alemanha e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A constitucionalidade do instituto do acordo no campo penal, como acrescenta Geraldo Brindeiro (*Estadão* 9/2/16), “também tem sido reconhecida na Europa pela Corte Constitucional Alemã e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ver BVerfG, 1 BvR 1215/07, 19/3/2013; e ECtHR, *Natsvlshvili and Togonidze x Georgia*, 9043/05, 29/4/2014). A primeira considera constitucional a regulamentação legal do instituto, mas não admite acordos informais. O segundo não só o julgou constitucional, mas o reconheceu, se aplicado corretamente, como instrumento eficaz de combate à corrupção e ao crime organizado.

13

**Constitucionalidade do
instituto na Itália**

A Corte Constitucional Italiana, desde a Decisão 313, de 1990, também tem reconhecido a constitucionalidade do patteggiamento, equivalente ao acordo de delação premiada ou ao plea bargain agreement no país, submetido ao controle judicial sobre o cabimento e a regularidade do acordo. Como bem observa G. Brindeiro (citado), a Corte italiana sublinhou “que o juiz pode rejeitar ou homologar o acordo, devendo fundamentar sua decisão considerando a proporcionalidade da pena e sua adequação aos fins legais e constitucionais”. O novo patteggiamento foi introduzido na Itália pelo código de processo penal de 1988 e amplamente usado pelo Ministério Público na década de 1990 na Operação Mãos Limpas (Mani Pulite), quando o país estava mergulhado na corrupção com o pagamento de propinas para concessão dos contratos do governo envolvendo partidos políticos e a Cosa Nostra”.

14

STF já reconheceu a constitucionalidade da delação premiada

Em 2015 (27/8) o STF, por decisão unânime do Plenário, indeferiu habeas corpus de Alberto Youssef, colaborador na Lava Jato, mantendo a homologação do acordo feita pelo ministro Teori Zavascki, com base na Lei 12.850/13. Desde esse momento já não se discute a constitucionalidade da Justiça criminal negociada no Brasil (ver G. Brindeiro, citado).

15

**Judicialização e rigorosa
fiscalização do acordo**

Um aspecto fundamental que está presente tanto nas decisões europeias como no posicionamento do STF diz respeito à imperiosa necessidade de judicialização do acordo no âmbito criminal, ou seja, tudo que é negociado tem que passar pelo crivo do Judiciário, que só pode homologar o que foi pactado quando se convence da sua razoabilidade (em sua dupla dimensão de proibição de excesso e vedação de insuficiência da medida), da manifestação de vontade livre (voluntariedade), da certeza de que existem provas mínimas contra o imputado (“*fumus delicti comissi*”), da convicção de que ele está ciente das consequências do seu ato, da efetividade da assistência jurídica prestada, da eventual assimetria abusiva em favor do Ministério

Público e por aí vai. Principal atenção do juiz deve merecer o chamado “réu pobre”, que não contaria com “defesa suficiente” (essa crítica é formulada nos EUA há várias décadas). Tudo deve passar pela lula do juiz. Se ele não se convencer da legalidade, legitimidade, constitucionalidade e razoabilidade do acordo, não deve homologá-lo, apresentando suas razões. O certo é que a defesa não pode ter papel puramente decorativo na negociação. Para aferição também desse ponto, deve a negociação ser gravada. A gravação serve como padrão de conferência do ato negocial. Quando o caso (quando há questionamento ou dúvida), o juiz então tomará conhecimento direto dos seus termos. O juiz não pode ter papel burocraticamente homologatório. Por isso também é fundamental a gravação dessa audiência, que poderá ser analisada em fases revisionais.

16

Respeito absoluto à presunção de inocência

A fase homologatória judicial tem ainda o propósito de evitar que pessoas inocentes se declarem culpadas. Muitas vezes o autor do crime se vê premido a abrir mão das suas garantias processuais e acaba aceitando uma condenação em virtude do medo de sofrer consequências mais penosas anunciadas na negociação. Nada, absolutamente nada, justifica a condenação de um inocente. Não existe razão nenhuma superior à preservação da presunção de inocência, que só pode ser derrubada por provas válidas. A presunção de inocência faz parte da dignidade da pessoa humana. Provas ilícitas não derrubam a presunção de inocência. O juízo deliberatório do magistrado sobre as demais provas, além da confissão do autor do fato confirmada em sua

presença, é que tranquiliza quanto à impossibilidade (ainda que não absoluta) de se condenar qualquer pessoa inocente (louvável a luta de Fernanda Ravazzano, dentre tantos outros, que, a partir da experiência americana do “Innocent Project”, vem proclamando a imperiosidade de se evitar a todo custo a condenação de inocentes).

17

Confissão isolada não permite o acordo

O juiz tem que estar atento ao conteúdo e forma da confissão. Ela, por si só, não permite o “plea bargain” na nossa tradição constitucional e legal. Ela não é suficiente, sem outras provas, para derrubar a presunção de inocência. Outras provas além da confissão são indispensáveis para a formação do convencimento do juiz. Outro ponto sumamente relevante relaciona-se a um possível direcionamento da confissão delatária, ou seja, o autor do crime confessa e delata outras pessoas. Não pode haver nenhum tipo de direcionamento nesse material probatório. Daí a importância das gravações dos atos e da presença de advogado. Não se pode aproveitar somente uma parte da confissão e ignorar outra. Vigora aqui o princípio da indivisibilidade da confissão. Não importa quem é o afetado. A Justiça tem o dever constitucional e moral de agir contra todos (“erga omnes”).

18

**Garantias processuais
e constitucionais**

Todo processo tem que observar uma série de garantias, incluindo-se o contraditório participativo e a ampla defesa. No campo da barganha todas essas garantias devem ser respeitadas, com outras dimensões e peculiaridades. O “plea bargain” nada mais é que um novo tipo de processo com novas garantias. Não é verdade que não existe “processo” no “plea bargain”. É um outro tipo de processo. Não pode haver nenhum tipo de coação no momento da negociação. É inconcebível a decretação de prisão preventiva ou temporária para que o autor do crime seja compelido a fazer acordo. Nenhuma ameaça pode estar embutida numa proposta de negociação. A instrumentalidade abusiva da prisão cautelar anula qualquer tipo de negociação no campo

penal. Não se pode blefar, não se pode forçar qualquer tipo de anuência do autor do crime. A presença de advogado é imprescindível para que esses vícios não aconteçam. A gravação de tudo também é uma garantia. E compete ao juiz, posteriormente, analisar todos esses aspectos relacionados com a lisura do acordo. A judicialização dessa negociação é outra garantia. Só assim se alcança um processo justo, adequado ao Estado de Direito. Não há impedimento de o autor do crime abrir mão do exercício de algumas garantias constitucionais imaginadas para ele, quando respeitado o princípio do benefício duplo. Jamais pode haver uma negociação penal sem benefícios concretos para o réu também. Se o não exercício de um direito acontece para o desfrute de alguma vantagem em favor da mesma pessoa, existe razoabilidade, que foi inventada para se evitar atos estatais abusivos, que negam o Estado de Direito cooperativo e tendencialmente justo. Ao Ministério Público passa a valer o princípio da oportunidade ou da discricionariedade regrada, ou seja, sua atuação também tem limites. Em caso de abuso, anula-se o acordo ou ele não é homologado. Todas as

nulidades do procedimento negocial podem e devem ser invocadas por quem se sente prejudicado. Todas as ilegalidades devem ser proclamadas. Toda fiscalização deve ser exercida. O "plea bargain" não é uma terra de ninguém, sem lei.

19

**Pena mais rápida não significa
cadeias mais cheias**

O sistema de Justiça consensuada tem por objetivo fazer respeitar o império da lei (“rule of law”), ou seja, as penas são aplicadas de forma mais rápida (o que atende a expectativa da sociedade), sem a burocratização clássica da Justiça, mas a prioridade, para favorecer o consenso e o espírito do benefício mútuo, é a imposição de penas e consequências alternativas à prisão, exequíveis prontamente. Não é só a agilidade do processo que conta. Por detrás desse interesse que poderia ser chamado de “econômico”, há a preocupação com a tranquilidade da sociedade bem como com o efeito preventivo da pena. O “plea bargain” não é um “fast food” para superlotar ainda mais nossos presídios. Seus clientes não serão apenas os jovens

negros, pobres, sem escolarização. Se bem estruturado na lei, o “plea bargain” pode contribuir decisivamente para a descarcerização do sistema penal brasileiro, priorizando-se a educação obrigatória no cárcere, se o caso. Numa morte ocorrida no trânsito, por exemplo, o acordo pode implicar a frequência obrigatória a cursos de prevenção de acidentes (presenciais ou “on line”), o aprendizado da ética humanitária, o sentido da moral como cooperação (ver Joshua Greene), a cassação imediata da carteira de motorista, o pagamento das despesas geradas pelo delito, o pagamento de pensão para os familiares da vítima, eventual recolhimento domiciliar, com ou sem tornozeleira etc. A pena de prisão deve ser reservada efetivamente para delitos graves, com destaque para os cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. A pena de prisão, em regime fechado, é a “*extrema ratio*”, ou seja, a última medida a ser combinada entre as partes, em casos realmente graves (louváveis as ponderações e preocupações de Luís Francisco Carvalho Filho e Pierpaolo Cruz Bottini, publicadas por Frederico Vasconcelos, *Folha* 12/1/19). Ver ainda Augusto de Arruda Botelho, *Folha* 13/1/19.

20

**Economia, redução dos gastos
com o Judiciário e otimização do
sistema existente**

O “plea bargain” não gera custos orçamentários no setor judiciário. Cria um novo sistema de Justiça, mas aproveitando integralmente a estrutura existente. É dialogal (ou dialógico) e instrumento de redução do chamado “custo Brasil”. Sem prejuízo da criação de garantias específicas do novo processo, ele elimina várias fases do procedimento, tanto em primeiro grau como nos graus recursais, o que se traduz em redução drástica dos custos da Justiça, mas sem deixar o autor do crime descoberto de garantias. É, portanto, a racionalização do sistema, buscando-se otimizar o esforço empreendido pelas velhas burocracias (que não é pequeno, mas é pouco efetivo). O “plea bargain” significa usar a máquina judiciária existente de forma diferente, de forma mais

veloz, mais efetiva e, conforme sua regulamentação, de forma mais humana, para o réu e para as vítimas, com ampla aplicação de sanções e consequências alternativas, distintas da pena prisão, que ficaria reservada para crimes muito graves, sobretudo quando cometidos pelas lideranças do crime organizado ou com violência ou grave ameaça contra pessoas.

Que saber mais sobre isso?

21

Necessidade de compreender os dois modelos de Justiça criminal no mundo

O que ficou explanado até aqui nos revela dois modelos de Justiça criminal: o conflitivo (que não admite acordo entre o autor do crime e o Ministério Público) e o consensual (que admite negociação sobre as provas, as imputações, a culpabilidade, penas, regime de cumprimento da prisão, reparação dos danos, restrição de direitos etc.). Vamos compreender um pouco mais a matéria. O primeiro tem raízes no modelo de Estado desenvolvido na França a partir da Revolução francesa (de 1789). O segundo tem por fundamento a tradição do liberalismo contratualista inglês.

22

“Common Law” é a fonte da Justiça criminal negociada

O “plea bargain” se consolidou no século 18 no sistema pragmático da “common law” (Reino Unido), composto de pouquíssimas leis escritas (vale em regra o direito criado pelos juízes, os precedentes). Depois foi exportado para os EUA (que se tornaram independentes da Inglaterra com a Guerra de 1775-1783). Em seguida surgiu a primeira Assembleia Constituinte do mundo ocidental (1787) assim como a primeira Constituição da história do Estado moderno (1789, com sete artigos, depois ampliados).

23

Sistema conflitivo da “civil law”

Oposto da “common law” é o sistema jurídico da “civil law”, criado pelo direito germânico-romano. Em seguida ele se espalhou para toda Europa, sobretudo para a França, que passou por profunda mudança após sua Revolução, de 1789. Na França o modelo adotado foi o conflitivo, não se permitindo nenhum tipo de negociação, no campo criminal. O sistema brasileiro filiou-se ao modelo francês. Contamos, portanto, com uma Justiça excessivamente burocratizada.

24

Sistema processual adversarial

No decorrer da evolução histórica, dois modelos processuais nasceram: na “common law” vingou o *adversarial*, isto é, as partes (Ministério Público e réu) produzem suas provas, inclusive no campo criminal, e entregam para o juiz. Mais: por força do liberalismo (impregnado na cultura inglesa e norte-americana), a essência dos atos jurídicos reside nos contratos, que são manifestação livre dos contratantes (ver Leonardo Avritzer, *GGN* 14/10/16). Essa liberdade de contratar e de negociar explica o sistema da Justiça negociada na Inglaterra e, depois, nos EUA. Os indivíduos, no exercício da sua autonomia de vontade, têm ampla liberdade de negociar, inclusive o tamanho da sua responsabilidade penal.

25

**Sistema burocrático da
investigação oficial**

Na França, diversamente, prosperou o modelo processual da investigação e do processo oficiais (O Estado é que se encarrega de investigar, acusar, garantir a presença de defensor e punir o criminoso). O sistema inglês é contratualista (liberdade do indivíduo, liberdade de contratar), o francês é burocrático (centrado na burocracia do Estado). Ainda no século 18 nasce na França a Polícia Investigativa ou Judiciária, consolida-se o Ministério Público como parte acusadora (falando em nome do “Rei”), a figura do defensor (advogado) obrigatório e a Justiça com juiz independente (terceiro imparcial). Foi decisiva a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, que está na origem de uma das criações originais do Ocidente, que é o Estado de Direito (ao lado do capitalismo competitivo, da ciência e da democracia liberal, evidencia-se o que o Ocidente supôs que fosse o melhor dos mundos).

26

Devido processo legal sem negociação

O devido processo legal (a forma processual) idealizado pelo modelo burocrático francês criou uma série de direitos, garantias, deveres e obrigações para todos os envolvidos no sistema (polícia, MP, advogado e Juiz). A obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, de 1764, foi sumamente relevante para a estruturação do processo contraditório moderno (aqui se poderia vislumbrar o Direito Penal 1.0), fundado na presunção de inocência, em oposição ao “processo” inquisitivo da monarquia absoluta (que partia da presunção de culpa do suspeito). A vítima, como se pode verificar, foi completamente esquecida. Aliás, até hoje ela praticamente não existe para o modelo de Justiça que praticamos. É uma desumanidade o esquecimento da vítima e dos seus direitos. Por força da

nula influência do liberalismo contratualista (individualista) no sistema francês, não foi permitida nem disciplinada a negociação no campo criminal. Cada um cumpre seu papel sem nenhum tipo de colaboração ou diálogo entre as partes. Se a burocracia estatal (assoberbada, lenta, desestruturada) não der conta de investigar e punir o crime, a sociedade acaba sendo muito prejudicada assim como a vítima, a segurança pública e a certeza do castigo (esta era defendida por Beccaria).

27

Diferenças entre os dois sistemas clássicos de Justiça criminal

São incontáveis as diferenças entre os dois sistemas de Justiça criminal (o inglês-americano de um lado e o francês de outro). O primeiro admite o “plea bargain”, ou seja, pedido de barganha, de acordo, de negociação. O segundo não, porque segue o modelo conflitivo. O processo nos EUA-Inglaterra é consensual (aliás, já são mais de 140 anos de experiência acumulada). No modelo conflitivo o processo significa guerra, desavença, luta, discórdia, ataques, ofensas, ardis legais e processuais, estratégias para retardar o andamento da Justiça, recursos infinitos e por aí vai. O primeiro é regido pelo princípio da oportunidade (o Ministério Público tem total possibilidade de fazer acordo e não iniciar o processo). No segundo vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (o Ministério Público é obrigado a denunciar e processar o criminoso, seguindo a tramitação burocrática traçada pelas leis).

28

Presunção de inocência e responsabilidade nos dois sistemas

A confissão do réu, na presença de advogado, por si só, derruba a presunção de inocência nos EUA. O réu pode ser condenado pelo juiz só com base na confissão. A primeira coisa que se pergunta ao investigado nos EUA é se ele é “guilty” ou “not guilty”. Se você estiver dirigindo em Miami, por exemplo, e derrubar um poste, em dois minutos várias viaturas se aproximam e no Distrito Policial vão te indagar: “guilty or not guilty”. No Brasil (que segue o modelo clássico francês) a confissão, por si só, não permite a condenação do réu. Nem tampouco a delação premiada. O juiz só pode condenar quando há mais provas, além da confissão. Aí o juiz reconhece a culpabilidade do réu, ou seja, sua responsabilidade pelo crime, aplicando-se as penas devidas. No Brasil faz-se necessário um conjunto

de provas críveis (sobre a existência do crime assim como sobre a autoria) para que se derrube a presunção de inocência do réu. Sua confissão isolada não permite isso. Há três modelos no mundo de superação da presunção de inocência: (1) o americano (basta a confissão); (2) o predominante no Ocidente que vem estampado na Convenção Americana de Direitos Humanos (condenação após 2º grau derruba a presunção de inocência); (3) condenação após o esgotamento de todos os recursos cabíveis (sistema constitucional brasileiro singular no mundo, que permite tramitar o processo por quatro instâncias, gerando muita morosidade até o início do cumprimento da pena).

29

**“Plea bargain” no Brasil,
primeiras limitações**

No formato do “plea bargain” no Brasil não se pode prever a confissão isolada como prova suficiente para se impor consequências penais contra o réu. Além da confissão devem existir outras provas que concorram para o convencimento do juiz. É absolutamente impossível qualquer modelo de “plea bargain” sem a presença do Judiciário (do juiz). A fase negocial é extrajudicial, necessariamente. Em seguida vem a fase judicial homologatória. Não cabe ao juiz uma função meramente burocrática, só ratificatória. Juiz não é despachante de papéis. Há uma série de tarefas que o juiz tem que desempenhar, como a análise, ainda que deliberatória, das provas colhidas. A livre manifestação da vontade do réu, presença de advogado, conhecimento das consequências

do ato, teor da negociação, equilíbrio entre as partes, razoabilidade das penas propostas e por aí vai. O ideal é que tudo isso fosse feito no bojo de uma audiência protetiva de direitos (APD), já com peça acusatória formulada (delimitação do âmbito da acusação), com garantia de audiência das partes e da vítima, contraditório e muito diálogo, para se buscar o melhor resultado possível, o mais próximo do valor justiça. Outros pontos relevantíssimos são: no caso de réu preso só haveria “plea bargain” se houvesse pedido do próprio interessado e seu defensor e, ademais, o acordo deveria “favorecer negociação com réus soltos ou em medidas cautelares, pela reiteração dos requisitos da preventiva; garantir pleno acesso da defesa aos elementos acusatórios; permitir aplicação direta também de penas alternativas; restringir o regime fechado para hipóteses socialmente recomendáveis; incluir práticas restaurativas; assegurar homologação e revisão judiciais; exigir análise da viabilidade da acusação previamente à formação do acordo; prever possibilidade de sanção ético-profissional aos negociantes são algumas possibilidades para otimizar o ambiente convencional e o seu resultado (ver Gustavo Scandelari, *Migalhas* 18/1/19).

30

**Sistema pragmático “versus”
sistema burocrático**

A Justiça criminal norte-americana (do “plea bargain”) é pragmática. Há mais de 140 anos percebeu que era impossível ao sistema de Justiça investigar e punir os crimes burocraticamente. Nunca teremos juízes e estrutura suficientes para isso. A segurança pública é um bem coletivo de alta relevância. Os direitos e garantias do réu e da vítima também devem ser observados. Do equilíbrio entre o direito à segurança e os direitos individuais pode resultar um modelo adequado. De qualquer modo, não se pode negligenciar com a vida, a liberdade e os bens das pessoas. O Estado tem que ser eficiente e dar uma pronta resposta ao crime. Não podemos continuar com nossa irresponsabilidade organizacional na área da segurança pública e privada. Mas também não temos que nos converter numa Justiça arbitrária que não escuta o réu e seu advogado.

31

**Certeza do castigo “versus” reformas
contínuas das leis penais**

O modelo americano busca no patamar máximo possível a certeza do castigo. No modelo burocrático francês, que vigora no Brasil, nós vangloriamos as reformas legais. Nossa formação cultural tem pontos positivos e pontos negativos. Uma das coisas mais nefastas na nossa cultura é a crença absoluta nas leis, como se elas fossem suficientes para mudar a realidade. O Brasil é um país, por formação histórica, desorganizado, anárquico. As melhoras são visíveis na nossa ordenação, mas ainda também são manifestos os arcaísmos da velha ordem (colonial, patriarcal, patrimonialista, escravagista e extrativista). Nós somos um povo que acredita no milagre reformador da lei. Sérgio Buarque de Holanda (*Raízes do Brasil*), um

dos intérpretes do caráter do brasileiro, afirmava:

“Nossos reformadores só puderam encontrar até aqui duas saídas, ambas igualmente superficiais e enganadoras [...] Outro remédio, só aparentemente mais plausível, está em pretender-se compassar os acontecimentos segundo sistemas, leis ou regulamentos de virtude provada, em acreditar que a letra morta pode influir por si só e de modo enérgico sobre o destino de um povo. A rigidez, a impermeabilidade, a perfeita homogeneidade da legislação nos parecem constituir o único requisito obrigatório da boa ordem social. Não conhecemos outro recurso. Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos juriconsultos, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações”.

32

**Manda a certeza do castigo não a
crueldade da pena (Beccaria)**

A difusa certeza do castigo no Brasil é um sonho nunca realizado. Beccaria, que foi um criminólogo italiano no século XVIII, escreveu (em 1764) acertadamente que

“um dos maiores obstáculos aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade; a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”.

No Brasil fazemos exatamente o contrário. Vigora a política criminal da aprovação contínua de leis penais mais duras, que raramente são aplicadas. Nossa Justiça não tem a mínima condição de investigar, processar

e condenar mais que 1% ou 2% dos crimes. Nada mais que isso o sistema comporta. Do nosso Código Penal de 1940 para cá, 180 leis já foram editadas. Nenhum crime, evidentemente, diminuiu. Acredita-se que só com a promulgação de leis se resolve o problema. Isso é inteiramente equivocado. Algumas leis são necessárias, como bem disse Moro no seu discurso de posse. Cite-se o exemplo da criminalização da corrupção no âmbito privado, das empresas. Precisamos de uma lei para isso. No mais, temos que mudar radicalmente nossa política criminal, para o modelo da certeza do castigo.

33

Melhoras na investigação

O sucesso do sistema do “plea bargain”, de outro lado, depende do radical aprimoramento da tarefa investigativa, porque é a partir dela que o Ministério Público conta com elementos mínimos para se iniciar uma negociação. É dessa maneira que os EUA e a Itália, desde os anos 80, vêm desmantelando grande parte das máfias e do crime organizado. Crimes violentos são investigados com sucesso em 65% casos no primeiro país, em mais de 80% no segundo (em 90% no Reino Unido, França 80% e Brasil 6% - ver *Superinteressante* 24/2/17).

34

O que se imagina para a Polícia no sistema da Justiça negociada?

Os métodos de investigação devem ser continuamente revisados, porque a criminalidade vem se tornando cada vez mais sofisticada. O sistema do “plea bargain” exige um consolidado material probatório, colhido da maneira mais rápida possível, de acordo com os parâmetros da legalidade e constitucionalidade. Quanto mais a defesa se aproximar dessa fase inicial, mais legitimidade terá o material probatório. Não se trata de um contraditório pleno ou de uma ampla defesa como existe no velho procedimento judicial. Mas algo próximo disso deve ser estimulado. Do ponto de vista externo, dois movimentos já foram desencadeados: o incremento da internacionalização das investigações (a cooperação internacional é cada vez mais decisiva, posto que o

crime não tem fronteiras) assim como a interiorização (capilarização) dessas grandes investigações em todo país. A investigação deve facilitar, ademais, a recuperação do “roubado” (como dizia o padre Antonio Vieira, no século 17). O foco deve estar voltado para a materialidade da infração, autoria e a recuperação de ativos.

35

Outras medidas necessárias

Disponibilidade de recursos materiais e humanos, porque a polícia pode evitar muitos danos ao Estado e à população, sobretudo nos delitos praticados pelas máfias da patrimonialização (que é o uso do dinheiro ou do poder do Estado para fins privados). Abertura dos concursos necessários, dotando-se as instituições de policiais bem remunerados, preparados e motivados. Garantia de previsibilidade orçamentária é fundamental e que não haja contingenciamento dessas verbas. Integração total das bases de dados, operações conjuntas com todos os órgãos públicos envolvidos (Coaf, Receita Federal etc.), inteligência artificial, monitoramento dos contratos da administração, relacionamento com a administração pública para a prevenção de fraudes

e falcatruas, autonomia do policial no exercício responsável das suas funções e um Estatuto da Polícia, com as garantias necessárias para o bom desempenho das investigações, com respeito ao Estado de Direito e à Constituição.

36

**Sucesso do modelo consensuado
de Justiça nos EUA**

Mais de 90% dos processos criminais nos EUA são resolvidos pelo modelo de Justiça negociada, que traz benefícios para o autor do crime, para o Estado, para a Justiça, para a sociedade e, muitas vezes, também para a vítima. Há críticas ao sistema, mas não se nega que ele se tornou o único dotado de praticidade e racionalidade. Por força do princípio da realidade, não existe estrutura no mundo capaz de investigar e punir os delitos na forma burocratizada tradicional. Desde os anos 80 a racionalidade vem produzindo grandes transformações no processo penal em todo o mundo Ocidental, destacando-se a Europa. Na Itália, por exemplo, o pentitismo (confissão do arrependido) foi o instrumento que viabilizou o combate às máfias. Toda América Latina também vem atualizando seus sistemas jurídicos.

37

**Por que os EUA adotaram a
Justiça negociada?**

São inúmeras as razões que levaram os EUA, há mais de 140 anos, a adotarem o “plea bargain” como modelo para investigar, controlar e reprimir a criminalidade. A primeira reside na ética utilitarista, que afasta o caráter exclusivamente retributivo da pena, que afeta apenas o infrator. A pena é retributiva, mas também tem que ser preventiva, tem que valer como prevenção geral útil também para toda sociedade (nesse sentido Beccaria, Bentham e tantos outros). As consequências do crime não podem se limitar ao infrator, tem que beneficiar também a sociedade e reparar os danos do delito. Inclusive a aplicação pena deve trazer o máximo de felicidade ao maior número possível de pessoas. A pena não pode ser apenas uma

retribuição ao crime cometido. Dela nós temos que extrair algo mais. Por força do liberalismo já vimos que a negociação penal tem por fundamento a liberdade de estabelecer contratos. Por força do utilitarismo, a pena, sobretudo a resultante de um acordo, tem que beneficiar todos, tanto o réu como a sociedade e, na medida do possível, também a vítima.

38

Princípio do benefício mútuo

Por força do “plea bargain” são vários os benefícios para a Justiça (confissão do crime, rapidez na solução do problema, eventual delação de outras pessoas, revelações sobre o delito, indicação de provas, ou de meios para obtê-la, recuperação do produto do crime etc.). A sociedade também ganha porque se diminui o custo da Justiça e a resposta ao crime acontece de forma rápida. O imputado como autor do crime tem também ganhos relevantes: diminuição da pena, eventualmente pode haver perdão judicial, rapidez na solução do seu processo, reafirmação da ética da responsabilidade, eventual proteção contra uma delinquência organizada etc. Outro benefício mútuo reside na redução do risco recíproco, posto que o réu se não faz acordo corre o

risco de sofrer uma pena muito mais grave, enquanto a acusação corre o risco de haver uma absolvição que geraria a impunidade de um delito (ver Leonardo Avritzer, *GGN* 14/10/16).

39

Falência do Estado

Pragmaticamente os EUA reconheceram a impossibilidade do Estado de adotar um sistema de Justiça burocratizado, formalista, moroso. O custo da Justiça burocrática é impraticável em qualquer parte do mundo. O serviço público “justiça” falha muito (e gera descrença), quando não conta com boa estrutura e funcionabilidade. Isso gera impunidade, que é fonte de estímulo para a delinquência. A obtenção de provas é uma atividade difícil, custosa. Se existe a colaboração do infrator, nada melhor que se negociar para que todos tenham benefício. A quantidade imensa de processos, o poder discricionário do Ministério Público, a complexidade dos julgamentos pelo tribunal do Júri, os interesses dos atores processuais (relacionados com o

excesso de trabalho, escassez de meios, de pessoas, de recursos), a racionalidade do trabalho, a possibilidade de recebimento de honorários mais rapidamente, a previsibilidade do resultado do processo, a onda de crimes (“crime wave”) que se propagou nos anos 60, a constitucionalidade do “plea bargain” reconhecida pela Corte Suprema americana nos anos 1970 e tantos outros motivos incrementaram enormemente o uso do modelo negociado na Justiça americana.

40

Resistência ao “plea bargain”

Existem muitos respeitados doutrinadores e profissionais do direito que resistem à ideia da Justiça criminal negociada. O diálogo com todos se torna absolutamente indispensável, porque não podemos negligenciar no tema das garantias, que são diferentes no sistema da negociação. Ser diferentes, no entanto, não significa garantias inexistentes. O Estado Leviatã (autoritário), descrito por Hobbes, nunca pode ser menosprezado. O compromisso é mostrar a realidade do nosso país, com altíssimo índice de impunidade, que requer a construção de um novo sistema não previsto na Constituição brasileira, mas que do seu espírito não pode se divorciar. A falta de repressão ao delito não produz nenhum tipo de prevenção e a sociedade está farta com a violência e delinquência aqui produzidas. Estamos inseridos no continente mais agressivo do planeta.

41

**Justiça criminal brasileira
está assoberbada**

A provecta Justiça brasileira, com mais de 80 milhões de processos sem julgamento e sem perspectiva de encerramento rápido (relatório do CNJ em 2018), em virtude da cartorialização, burocratização e lentidão (velho sistema francês), é um serviço público muito desprestigiado. É, ademais, um serviço muito caro. Em 2017 custou R\$ 90 bilhões. Dos processos sem solução, 94% estão em 1º grau. Não é que os juízes não trabalhem, a questão é que o sistema burocratizado não funciona. A falha ou o atraso no funcionamento da Justiça gera a impunidade de muitos crimes (aliás, da quase totalidade deles). Nesse caso, não temos nem a repressão nem a prevenção. A impunidade generalizada atende a um princípio anárquico, que se traduz na ausência de

autoridade. Começa com a anomia e termina com a anarquia. Gera muita ansiedade na população e também ira, com reflexos inevitáveis no próprio formato do Estado democrático. Contra esse velho sistema nosso legislador tem reagido. Há 30 anos que as experiências consensuais na Justiça criminal estão sendo vivenciadas. Mas até hoje não implantamos aqui em sua inteireza o sistema do "plea bargain". A instituição mais parecida que criamos foi a colaboração e delação premiadas, com a lei 12.850/13.

42

Falta uma lei geral

No entanto, que sistematize o “plea bargain” para evitar anomalias setoriais bem como incongruências pontuais, respeitando-se certos limites e sob certas garantias. O princípio da igualdade obriga a uma regulamentação geral da matéria, ressalvando-se casos muito especiais, como é o da violência doméstica. Na Polícia Civil de São Paulo inventou-se o Necrim (um núcleo de atuação negociada no âmbito da polícia judiciária). O Ministério Público baixou resolução (181/17 e 183/18) para a não persecução penal em casos de menor ou média gravidade. No rol também deve ser inserida a Justiça restaurativa que, por exemplo, contempla medidas terapêuticas para usuários de drogas (ver Resolução 4/15 no PR). No campo das

ações de improbidade administrativa o acordo é permitido por força da resolução 179/17 do CNMP. Como se vê, de múltiplas maneiras a justiça negociada vem tentando ocupar seu espaço no sistema criminal brasileiro. São, no entanto, microssistemas, geradores de controvérsias e aporias.

43

Suspensão condicional do processo e “plea bargain”

Não são a mesma coisa. A primeira é regida pela “*plea of nolo contendere*” (não quero litigar, mas aceito cumprir algumas condições), enquanto o segundo pressupõe a declaração de culpa (“*guilty*”). A suspensão condicional do processo pode, de qualquer modo, ser uma válvula de escape no sistema do “plea bargain”, para abrigar situações muito particulares, como por exemplo a violência de gênero (tal como defendida por Alice Bianchini e outros especialistas no assunto). Esta autora não concorda com o “plea bargain” para o caso de violência de gênero e entende que a suspensão do processo seria mais adequada pelo seguinte: (a) ao dar uma resposta mais célere à questão da violência, a suspensão do processo combate a impunidade, que

pode encorajar novos episódios violentos; (b) o fato de as condições a serem cumpridas pelo agressor terem sido por ele consensuadas permite uma adesão subjetiva mais comprometedora, contribuindo para que novos episódios de violência (reincidência) sejam evitados; (c) a magnitude das condições a serem consensuadas conduz a uma ideia de que houve consequências para o ato, consequências essas, inclusive, rapidamente incidentes sobre o agressor; (d) em não sendo cumpridas as condições, o processo pode ser reaberto e isso traz mais garantias de que o agressor as respeite.

44

Números da Justiça negociada no Brasil após a Lei 12.850/13

Foi depois do advento da lei das organizações criminosas (12.850/13) que surgiu a Operação Lava Jato (em 17/3/14) que já recuperou muito dinheiro (mais de R\$ 11 bilhões), mandou para a cadeia vários barões do crime (mais de 3 mil anos de prisão), mudou a vida de muitas empresas e ainda gerou uma significativa renovação no quadro político brasileiro nas eleições de 2018. Outro efeito decorrente do modelo operacional da Lava Jato (que estimula a delação premiada) foi sua interiorização (ou capilarização) em todo país. O total de prisões em casos envolvendo organizações criminosas atingiu seu ápice em 2018, com uma média de 410 casos por mês. Em relação aos 233 registros de 2014, ano em que a Lava Jato começou a investigar desvios na Petrobras, a alta é

de quase 76% (*Estadão* 6/1/19). Por força principalmente das delações, ao todo, 2.115 prisões foram decretadas entre 2014 e 2018 com base em investigações da PF sobre organizações criminosas envolvidas no desvio de verbas públicas no País. Isso decorre de um aprimoramento institucional e legislativo (*Estadão* 6/1/19). Agora é hora de as Polícias Cíveis dos Estados se aprimorarem também no combate às máfias do patrimonialismo (máfias da corrupção, da lavagem etc.). Não fosse a tibieza e a falta de estrutura do STF que, de qualquer modo, definiu a prisão após 2º grau (embora usurpando função do legislativo) e restringiu o foro privilegiado, todos esses números iriam para casas superlativas, como foram os pedidos de cooperação internacional, para mais de 40 países.

45

Até o Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) se inclinou para a “common law”

De acordo com Anderson de Paiva Gabriel e Larissa Pinho de Alencar (*Jota* 7/1/19), “o Código de Processo Civil/2015 já revela um hibridismo vanguardista entre a *civil law*, derivada do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas, e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência já havia se feito com mais força em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade (...) foi consagrada a devida observância aos precedentes, buscando-se conciliar as garantias constitucionais, dentre as quais sobressaem o contraditório participativo, a economia processual, a isonomia, a segurança jurídica e a duração razoável do processo, aprimorando nosso processo por meio do combate a três grandes problemas

diagnosticados pela Comissão presidida pelo ministro do STF Luiz Fux: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada (o CNJ constatou que de cada dois brasileiros, um litiga) e a prodigalidade recursal". A partir dessas ressonantes motivações, não há como negar a pertinência e urgência da ampla adoção da conciliação, arbitragem e mediação no processo civil e, por extensão, a negociação no processo criminal ("plea bargain", delação premiada, colaboração premiada, termo de ajustamento de condutas e acordo de leniência para as pessoas jurídicas). Todas são formas alternativas de resolução dos conflitos civis e penais. O velho modelo conflitivo como padrão geral para solução de todos os conflitos se esgotou. Certamente continua válido para causas complexas ou onde não há possibilidade de acordo.

46

Sem controle jurisdicional o acordo não vale

A proposta do “plea bargain” seria inconstitucional, diz Adib Abdouni (*Conjur* 8/1/19), porque “se mostra incompatível com o nosso sistema jurídico processual penal, haja vista que um dos pilares da Constituição Federal está fincado exatamente na inafastabilidade da jurisdição, prevista no seu artigo 5.º, inciso XXXV, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O argumento não é impeditivo do instituto, visto que sem o controle jurisdicional jamais poderá haver acordo penal, que é composto de uma fase extrajudicial (a negociação) e outra jurisdicional (como vimos acima ao juiz estão reservadas relevantíssimas funções na Justiça criminal negociada). É impossível no Brasil prosperar a tese de que o acordo dispensaria o controle jurisdicional. Sem esse controle o acordo não teria validade jurídica.

47

Repercussões da ideia

O *Migalhas* em editorial (9/1/19) afirmou: “No momento de criticar, somos implacáveis. Quando a hora é de aplaudir, também agimos com igual ímpeto (...) Nosso Direito, fundado nas raízes do modelo romano-germânico, vem a passos largos se aproximando do anglo-saxão. E é neste que encontramos o instituto do “plea bargain”. Ao pé da letra, quer dizer “pechincha” [negociação, acordo]. Uma tratativa simples entre parquet e acusado. Os benefícios são infinitos para nosso combalido sistema judicial: não coloca pessoas sem risco no malfadado sistema carcerário; pune onde mais dói (o bolso); aumenta a arrecadação do Estado; retira da malograda máquina do Judiciário os processos, etc. Não sem

motivo, sociedades em melhor situação que a nossa adotam este sistema. É o sopro de modernidade que nosso Judiciário tanto precisa, e que o jurisdicionado tanto anseia" (*Migalhas/Editorial 9/1/19*). A Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), pelo seu presidente José Robalinho Cavalcanti, apoia a ideia. No mesmo sentido: MPF.

Professor Luiz Flávio Gomes,
*jurista e deputado federal eleito por
São Paulo apresenta artigo especial sobre
o “Plea bargain” ou “plea bargaining”,
modelo de Justiça criminal vigente nos
Estados Unidos, conhecido como
Justiça consensuada ou negociada.*

 (11) 99261-8720

 luizflaviogomesoficial

 @professorlfg

 @professorlfg

www.professorluizflaviogomes.com.br