



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O *PLEA BARGAINING*: A EFICÁCIA NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS E O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Pedro Filipe Rufino Dutra de Figueiredo

Rio de Janeiro
2020

PEDRO FILIPE RUFINO DUTRA DE FIGUEIREDO

O *PLEA BARGAINING*: A EFICÁCIA NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES
CRIMINOSAS E O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

O *PLEA BARGAINING*: A EFICÁCIA NO COMBATE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O RISCO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA

Pedro Filipe Rufino Dutra de Figueiredo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – o presente artigo busca trazer o conceito amplo de *plea bargain*, utilizando a técnica de direito comparado, e as diferenças para o *plea bargain* brasileiro, o acordo de não persecução penal do projeto de lei anticrime. Além disso, discute-se a eficácia do instituto no combate a organizações criminosas, resgatando alguns fatos históricos. Por fim, o artigo, traz a possibilidade ou não de eventual encarceramento em massa em decorrência da aplicação desse instituto, realizando de forma comparada a dados estatísticos dos EUA.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. *Plea Bargaining*. Projeto de Lei anticrime.

Sumário – Introdução. 1. A história e o conceito do *Plea bargain*. Conceito Amplo e estrito. 2. *Plea bargain* e a sua relevância para desconstituição de organização criminosa. 3. O risco de aumentar o encarceramento, com a aplicação do *Plea Bargain*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo trazer a definição do *plea bargain*, em seu amplo sentido, bem como trazer o conceito que será adotado pelo projeto de lei anticrime proposto pelo Ministro Sérgio Moro em 2019. A pesquisa se baseará no direito comparado para esmiuçar as definições.

Para tanto, o pesquisador vai utilizar de algumas bibliografias e artigos científicos sobre o tema. É evidente que o Judiciário brasileiro cada vez mais se encontra sufocado pela quantidade de processos criminais, conforme números do CNJ, de 2018, são 6,3 milhões de casos pendentes de julgamento. Com aumento de casos a cada ano, o Estado vem tentando criar alternativas para conseguir maior eficiência nas demandas, isso quer dizer afastando a jurisdição, para um consensualismo penal, ou seja, tornando mais maleável a atuação ministerial para proposição de acordo em troca de algum tipo de pena.

O tema é controvertido em diversos aspectos, uma vez que alguns juristas entendem que a sua aplicação pode suprimir diversas garantias fundamentais do réu e, portanto, seria um instituto inconstitucional. Enquanto outros afirmam que é um instituto que melhoraria a eficiência e celeridade processual, e, conseqüentemente, geraria menos impunidade.

No processo penal é indubitável que há um processo de alargamento de consenso penal, isso já ocorre de forma acanhada em 1995, com a criação da Lei nº 9.099/95, com seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo. Recentemente, se alargou ainda mais o espaço de “negociação penal”, com a lei que instituiu no ordenamento jurídico a delação premiada.

Embora muitos só tenham ouvido falar de *plea bargain* por conta do projeto de Lei anticrime, como dito anteriormente, já há institutos no direito brasileiro que se enquadram dentro do seu conceito amplo. Dessa forma, para compreensão geral, o primeiro capítulo irá abordar a origem do instituto, seu significado de modo amplo, os institutos já aplicados no direito brasileiro, bem como sua forma de aplicação caso o projeto de lei anticrime seja aprovado.

O segundo capítulo destina-se a uma análise consequencial de aplicação desses institutos para desmantelamento de organizações criminosas, bem como o histórico de aplicação nesse âmbito.

O terceiro capítulo destina-se a observar o risco ou não do encarceramento em massa, que poderá ser ocasionado caso o projeto de lei anticrime passe a vigorar, bem como os efeitos de institutos enquadrados no conceito de *plea bargain* na alteração da realidade carcerária do Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador tem o objetivo de identificar os principais fatores que podem influenciar na aplicação desse determinado instituto, que integra o projeto anticrime, o projeto de Lei nº 882/2019.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente descritiva e explicativa, porquanto o pesquisador pretende se valer das características do instituto *plea bargain*, sua aplicação nos EUA e procura justificar os fatores que levam ou não ao desmantelamento de organizações criminosas, bem como se aumenta ou não o encarceramento, para essa pesquisa será utilizado artigos científicos e bibliografias.

Trata-se também de uma pesquisa histórico-comparada, haja vista que o pesquisador introduzirá o conceito, que é derivado dos EUA.

1. A HISTÓRIA E O CONCEITO DE *PLEA BARGAIN*. CONCEITO AMPLO E ESTRITO

As primeiras aparições do *plea bargain*, segundo Alschuler¹, foram entre os séculos XIII e XIX, efetuadas no direito inglês e no período colonial norte-americano. Contudo, o autor ainda faz outro registro, que a barganha processual mais próxima que se conhece na atualidade no direito norte-americano só apareceu nos tribunais de apelação após a eclosão da guerra civil estadunidense, precisamente no último quadrante do séc. XIX.

O primeiro caso surgiu no Tennessee, em 1865, o réu se declarou culpado de duas acusações de jogos de azar, neste acordo que ele havia firmado com o promotor, oito outras acusações de jogos de azar foram descontinuadas e o réu teve que pagar 25 dólares por causa de uma acusação e 10 dólares por causa da outra. Importante destacar que nesse caso o Tribunal entendeu que havia vícios, pois o Promotor teria coagido o réu a aceitar o acordo, e que, portanto, era inconstitucional, pois todos acusados teriam direito ao julgamento público.²

Nesse ponto George Fischer³, em seus estudos no Estado de Massachussets, revela outra realidade, onde afirmou que o *plea bargain* já ocorria com certa frequência, entre o início e meados do século XIX, no primeiro grau de jurisdição, aplicando técnicas que até os dias atuais são adotadas.

Após importante introito histórico, vamos definir o que é *plea bargain*. O *plea bargain* em simples tradução do inglês para o português significa “barganha de argumento”. A confissão do acusado é chamada de *Guilty Plea*. Dessa forma, pode-se visualizar que para funcionar o instituto do *plea bargain* tem que haver algum benefício em troca, pois, evidente que nenhum acusado assumiria culpa se não houvesse algum benefício.

Pode-se conceituar o *plea bargain* da seguinte forma: Concessão mútua, entre Estado (perseguidor) e réu (acusado), em relação a uma imputação criminosa, para obtenção de um benefício da acusação, com ou sem a participação de um juiz.

Pedro Soares de Albergaria⁴, conceitua *plea bargain* da seguinte forma:

[...] negociação entre o arguido e o representante de acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objecto (sic) integra recíprocas concessões e que

¹AUSCHLER apud GOMES, André Ismael; COSTA RIBEIRO, Diaulas; DE AGUIAR, Julio Cesar. *Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico*. *Revista de Processo*, V. 263/2017, p. 429-449, jan. 2017.

²ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining its history*. Chicago: University of Chicago Law School, 1979, p.19.

³FISCHER apud Ibid.

⁴ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p.19.

contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (guilty plea) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (plea of nolo contendere)[...]

Dentro desse conceito amplo, o Brasil começa a esboçar uma mudança de justiça conflitiva para a justiça consensuada no ano de 1990, com a lei de crimes hediondos, que ampliou as possibilidades de delação premiada.

Contudo, o marco histórico, que definitivamente traz mudança relevante, acontece no ano de 1995, com o advento da Lei de Juizados Criminais, Lei nº 9099/95⁵, que rompeu com o velho sistema conflitivo nas infrações com pena não superior a dois anos (infrações de menor potencial ofensivo).

Segundo Luiz Flávio Gomes⁶ a Justiça consensuada é dividida em quatro subespécies: A justiça reparatória que é aquela que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos, por exemplo, juizados criminais e o TAC em crimes ambientais. A Justiça restaurativa que exige um mediador (não é o juiz) visando a solução do conflito, nesse caso não há uma decisão propriamente dita. Justiça negociada que é aquela onde se enquadra o *plea bargain*, ou seja, onde há um acordo entre acusador e acusado. A justiça Colaborativa é uma subespécie da Justiça negociada, isso porque aqui o acusado colabora com a consensualmente com a justiça criminal, por exemplo, ajudando a justiça a desvendar algum crime, seja indicando comparsas ou de alguma outra forma.

Há vários institutos no Brasil que não podem ser confundidos com o conceito de *plea bargain*, apesar de estar dentro do que se chama de Justiça consensuada. A transação penal, por exemplo, estampada no art. 76 da Lei nº 9099/95⁷, que diz que em caso de representação ou de crime de ação penal pública poderá o Ministério Público propor a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, sem que ainda tenha havido a denúncia, esse procedimento se diferencia do *plea bargain*, pois falta o elemento da *guilty plea* (assunção de culpa pelo agente).

A Suspensão condicional do processo (SCP) também não pode ser confundida com *plea bargain*, aquele instituto cabe para acusados de crimes cuja pena cominada seja igual ou inferior a um ano, caberá a suspensão do processo por um período de dois a quatro ano (há outros requisitos, conforme art. 89 da Lei nº 9099/95⁸). De igual forma o acusado aqui não

⁵BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

⁶GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada. *Revista FIDES*, Natal, V.6, nº1, p. 164-175, jan./jun. 2015.

⁷BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸Ibidem.

confessa o crime, ele somente aceita a proposta do Ministério Público, tanto é assim que a aplicação desse instituto não pode acarretar antecedentes criminais.

Já a colaboração premiada integra o conceito de *plea bargain*, isso porque nesse caso, o acusado se declara culpado e, além disso, colabora para efetivamente para investigação criminal, seja identificando os demais coautores, seja revelando a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas, seja prevenindo para que infrações penais em andamento sejam reprimidas ou ajudando na recuperação total ou parcial do produto ou proveito das ações criminosas.

Importante salientar que a denominação delação premiada é uma das formas de colaboração premiada, ou seja, é uma subespécie deste. Contudo, a denominação mais utilizada comumente é a da delação premiada.

A Delação pode até mesmo ser feita após a sentença, nesse caso, como descreve a Lei nº 12.850⁹, o juiz poderá reduzir a pena a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos.

Merece destaque o art. 4º, §3º desta lei, caso o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o Delegado de polícia, no inquérito polícia, com a manifestação do M.P., entenda que a colaboração foi de muita relevância, poderão requerer ou representar ao Juiz que conceda Perdão Judicial ao colaborador.

Isso significa que alguém que cometeu crime, mesmo que grave, por meio da Justiça Negociada, poderá até mesmo deixar de cumprir qualquer pena, dependendo do grau de colaboração. Isto demonstra que houve um grande avanço da Justiça Negociada com a entrada em vigor desta Lei.

Neste ponto é importante trazer à baila o seguinte questionamento: Se já se tem um instrumento de justiça negociada, então qual será a definição de *plea bargain* que o ministro Sérgio Moro quer importar dos E.U.A? Pois, como fora visto, alguns institutos brasileiros já se enquadram no conceito *lato sensu* de *plea bargain*. Sendo assim, qual a diferença da modalidade que está sendo proposta pelo Ministério da Justiça em 2019?

Dessa forma, cabe nesse momento distinguir as modalidades de *plea bargain* utilizados nos E.U.A.

A divisão conhecida das modalidades de *plea bargain* são duas: *Charge bargaining* (*charge concession*), *sentence bargaining* e uma forma mista de negociação. A *charge Bargaining* se entende por aquela que há uma troca da própria imputação, ou seja, há a confissão do acusado e o Ministério Público se compromete a promover uma desqualificação

⁹BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

da acusação por uma de pena mais branda. Na *Sentence Bargaining* há uma verdadeira negociação da sanção penal a ser imposta, o Ministério Público, nesse caso, propõe ao juiz a aplicar uma pena mais branda do que a prevista para imputação do caso.

Também não há nenhum problema com a forma mista, isto é, aquela que traz características dos dois modelos. Por exemplo, no caso de confissão de culpa, o Ministério Público desiste de prosseguir com a ação, e o juiz estipula uma determinada sanção, aplicação muito parecida com a suspensão condicional do processo no Brasil, mas no SCP não há confissão de culpa.

Por fim é relevante conceituar o instituto trazido pela Lei nº 13.964¹⁰, que incluiu o art. 28-A no CPP. Trata-se do acordo de não persecução penal (ANPP), chamado por alguns de *plea bargain* brasileiro.

Esse instituto ampliou mais a justiça penal negociada no direito penal. Contudo, é importante salientar que posteriormente iremos demonstrar que ele é diferente do *plea bargain* aplicado nos EUA.

O ANPP, também chamado de *plea bargain* brasileiro, definido pelo art. 28-A do CPP, é um acordo entre o ministério público e o acusado, no qual deve este confessar formalmente e circunstancialmente a prática da infração penal, que não pode ter violência ou grave ameaça e deve ser inferior a 4 anos.

Nesse ponto é importante destacar que no anteprojeto, objeto de estudo desta pesquisa, era previsto um acordo, no Art. 395-A, do projeto de Lei nº 882/2019¹¹, que poderia ser oferecido após a denúncia ou queixa, era um acordo de execução imediata da pena, que é bem mais parecido com *plea bargain* dos EUA, pois além da confissão de culpa (*Guilty plea*), era aplicado os efeitos como se fosse sentença condenatória.

As principais diferenças do ANPP para *plea bargain* são três. No ANPP há um acordo antes mesmo de instaurar-se um processo penal, igualmente ocorre com a transação penal, o juiz tem o poder de homologar o acordo, verificando a voluntariedade do acordo e a legalidade das condições impostas. Já no *plea bargain*, há a instauração de um processo penal, ou seja, após a queixa ou denúncia, negocia-se uma pena e o juiz tem poder de verificar as formalidades do acordo e sua voluntariedade, além de analisar se a confissão acareada com os demais elementos de provas são suficientes para condenação e aplicação de pena.

¹⁰BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹BRASIL. *Projeto de Lei nº 882 de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/projeto_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 10 fev. 2020.

A segunda diferença é que no ANPP, apesar da confissão de culpa, se o acusado cumprir as condições impostas não gerará efeitos para fins de maus antecedentes, reincidência, ou seja, não há natureza de sentença condenatória, somente persistirá anotação para fins de feitura de novo acordo. Por outro lado, no *plea bargain*, o réu assume a culpa e é considerado culpado, havendo efeitos para fins de reincidência, maus antecedentes, ou seja, há na verdade uma sentença de natureza condenatória.

A última diferença são as penas impostas, enquanto que no ANPP só podem ser condições diversas da pena privativa de liberdade e determinadas pelo princípio da razoabilidade, no *plea bargain* podem ser penas privativas de liberdade e, em alguns casos, são até mesmo obrigatórias, pois apesar de a pena ser acordada entre Ministério público e acusado, quem a impõe é o juiz por meio de sentença condenatória.

2. PLEA BARGAIN E O COMBATE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O conceito de crime organizado foi muito discutido no mundo inteiro, pois era necessário pormenorizar o conceito de organização criminosa para assim, estabelecer a tipificação.

Num aspecto sociológico o conceito de crime organizado é o agrupamento de indivíduos, com fins criminosos, esse agrupamento é feito de forma estrutural, com hierarquia ou não, mas com funções determinadas para que o crime seja realizado. Por exemplo, no Tráfico de Drogas, há uma estrutura, desde o olheiro até o “dono da boca”.

A partir disso vários órgãos definiram o que seria uma organização criminosa. Conforme exemplifica Mendroni¹²:

[...] *FBI – Federal Bureau of investigation*: “qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm duas posições através do uso de violência, corrupção, fraude, ou extorsões, e geralmente têm significante impacto sobre os locais e regiões do país onde atuam.”

Interpol: “qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática de corrupção.”

ONU: “Organização de grupos visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou relações pessoais que permitem que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência, à intimidação e a corrupção; e à lavagem de lucros ilícitos.” [...]

¹²MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 07-08.

Após alguns anos de discussão e divergência a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional surgiu com uma definição legal:

[...] grupo criminoso organizado – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.[...]¹³

No Brasil a primeira lei a tratar sobre o tema foi a Lei nº 9.034/95¹⁴, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, sem, no entanto, defini-las e tipifica-las.

Muitos autores, como Luiz Flávio Gomes defendia a perda de eficácia¹⁵ dessa lei, justamente por não definir de forma estrita o que seria organização criminosa.

Em 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.694/2012, que no seu art. 2º conceituou organização criminosa:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.¹⁶

Sendo assim, o Legislador corrigiu o problema com a Lei nº 12.850/2013, que definiu pormenorizadamente organização criminosa (art. 1.º, § 1.º). E, além disso, o entendimento majoritário é de que essa lei revogou tacitamente a Lei nº 12.694/2012¹⁷, ou seja, o conceito que prevalece é da Lei nº 12.850/2013¹⁸.

Art. 1.º (...) § 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda

¹³GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. Franca-SP: Lemos & Cruz, 2006, p. 39.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁵“É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados” GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01?* (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-n-10-217-01>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁶BRASIL. *Lei nº 12.694*, de 24 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁷Ibidem.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 9.

que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.[...]¹⁹

O *plea bargain* como visto é um amplo conceito no qual se enquadra a colaboração premiada, que já fora conceituada no primeiro capítulo.

A colaboração premiada, tem natureza jurídica de meio especial de obtenção de prova, pois, como vimos, o acusado aceita um prêmio (redução de pena, perdão judicial, cumprimento de pena em regime diferenciado etc.) em troca de: a) delação premiada; b) colaboração para libertação; c) colaboração para localização e recuperação de ativos; e d) colaboração preventiva.

Como pode-se perceber a colaboração premiada é instrumento facilitador, que dentro de um sistema processual penal engessado, busca facilitar a obtenção de provas contra organizações criminosas.

Organizações criminosas que cada vez mais se aperfeiçoam na empreitada criminosa, através de uma sofisticada estrutura organizacional. E ademais, se beneficiam de uma estrutura hierárquica entre Líderes, gerentes, agentes, e ainda se aproveitam de corrupção de agentes públicos, o que torna quase impossível a persecução criminal contra o Líder-chefe, que ordena as ações do grupo criminoso. Além disso, o líder-chefe, se vale do crime de lavagens de capitais para dar aparência de legalidade ao seu patrimônio. Dessa forma, sem instrumentos que tornem maleáveis a atuação do Ministério Público, esses crimes ficam sob o manto da impunidade, pois são delitos de difícil comprovação.

Um exemplo da utilização da colaboração premiada foi a Lava jato, a maior investigação criminal contra a corrupção realizada no Brasil. As investigações se deram em início em meados de março de 2014 ante a Justiça Federal de Curitiba, em que estava sendo investigado uma organização criminosa liderada por doleiros que atuavam em vários Estados, a partir de tal fato foi descoberto um grande sistema de corrupção na Petrobrás envolvendo várias empreiteiras, operadores financeiros e políticos.

Tudo isso só foi possível, porque durante as investigações, os acusados aceitaram acordo de colaboração premiada. Tiveram cento e dez colaborações premiadas homologadas pelo STF até o ano de 2019.²⁰

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 16.

²⁰MIGALHAS. *STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

Além disso, segundo o site da Polícia Federal, foram recuperados R\$ 745.100.000 (setecentos e quarenta e cinco milhões de reais), esses números foram atualizados até quatorze de agosto de 2017.²¹

Até março de 2019, foram condenadas 155 pessoas, isso demonstra que a colaboração premiada é um instrumento importante para desmantelamento de organizações criminosas.²²

3. PLEA BARGAIN E O RISCO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

De início é importante destacar que tal discussão se dá em torno do art. 395-A do projeto de lei nº 882/2019, que previa que o acordo poderia tratar de pena privativa de liberdade.

Portanto, neste capítulo antes de adentrar ao tema encarceramento em massa é preciso explicar a seleção penalizante que ocorre em todas sociedades contemporâneas, ou seja, explicar a seletividade do Poder Punitivo.

É um fenômeno que Zaffaroni²³ chama de criminalização, no qual as instituições do Estado são responsáveis por uma criminalização seletiva, ou seja, somente para determinadas pessoas. Essas instituições são denominadas como agências.

Esse processo seletivo se desenvolve em duas fases. A primeira é criminalização primária que é quando as agências políticas sancionam uma lei penal material que incriminam e permite que certas pessoas sejam punidas.

Ordinariamente as agências políticas, parlamento e executivo, são as que exercem a criminalização primária, ao passo que a política criminal instituídas por ela deve ser seguida pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários).

Esse processo de Seletividade do poder sofre influências da cultura e história da sociedade, por evidentemente influir em todo processo de criminalização, ou seja, da definição de quem vai ser criminoso e seus estereótipos e quem vai ser as vítimas potenciais e protegidas.

²¹POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

²²COSTA, Gilberto. *Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas*. Agência Brasil, Brasília, 16 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

²³ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 49.

Partindo deste ponto de vista, é importante saber que nosso país passou por período histórico em que houve instituição da escravização de populações sequestradas do continente africano, o que foi um dos pilares mais importantes. Isso quer dizer que o processo de colonização do Brasil baseou-se no trabalho de escravos e superexploração, e era isso que mantinha a economia brasileira.²⁴

Esse processo que após a abolição da escravidão formou castas estruturais do funcionamento e a organização social e política do País. Portanto, pode-se concluir que o processo de criminalização tem total influência do período histórico-cultural vivido pelo Brasil no séc. XVI até o séc. XIX.

A partir dessa perspectiva vários doutrinadores ficaram preocupado com o potencial efeito do *plea bargain* quanto ao encarceramento em massa. Essa preocupação tem como fundamento as recentes discussões sobre o aumento do encarceramento nos EUA.

Neste ponto, cabe citar a constatação de Marllon Sousa²⁵:

[...] quase todos os artigos de periódicos jurídicos que tratam do *plea bargaining*, sejam publicados nos Estados Unidos ou no exterior, começam apontando que a barganha processual é responsável por uma porcentagem maciça de condenações no sistema de justiça criminal americano [...].

A fundamentação para tal afirmação, se dá por meio de dados, que constata que entre 68.887 condenações, o *plea bargain* — *guilty plea* — foi responsável por 67.320 condenações, enquanto condenações por julgamentos por juízes togados em processos criminais foram apenas 179, e os julgamentos por júri foram 1.388²⁶.

Em contraponto a afirmação de que o *plea bargain* é responsável por um aumento significativo do encarceramento pode ser equivocada, isso porque se as condenações fossem aplicadas por juízes togados os números poderiam ser iguais ou até maiores que as condenações pelo acordo penal (*plea bargain*). Portanto deve-se levar em conta que o presente artigo apresenta em abstrato um suposto risco dos efeitos do *plea bargain* no aumento de encarceramento.

Adentrando nos possíveis efeitos do *plea bargain* no contexto brasileiro é preciso analisar dados quantitativos. Primeiramente é necessário analisar que, segundo dados do

²⁴BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?*. Belo Horizonte - MG: Letramento: Justificando, 2018, p. 36-39.

²⁵SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Juspodivm, 2020, p. 91.

²⁶Sobre: *U.S. District Courts—Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017* (2017). Disponível em <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) de 2019, a relação de presos provisórios — aqueles que estão encarcerados por conta de uma prisão cautelar ou prisão provisória — é de 30% da população prisional²⁷.

Outro dado importante para uma avaliação concreta é a quantidade dos crimes que geram essas prisões. Segundo gráfico do DEPEN, a maioria das prisões se dão conta de 494.994 mil prisões por crimes contra o patrimônio, o segundo maior número é por crimes da lei de drogas²⁸.

Levando em conta esses dados é possível perceber que sem o *plea bargain* o sistema penal Brasileiro já é seletivo, muito por conta da criminalização primária e da criminalização secundária, conforme conceito explanado no início do capítulo. Ou seja, o Legislativo tem o poder de selecionar qual crime terá uma pena mais grave, isso gera o aprisionamento seletivo de vulneráveis. Por exemplo, se um indivíduo furtar um aparelho de rádio de um veículo, depois de ter arrombado a porta, poderá receber uma pena de até 10 anos. Por outro lado, se alguém cometer o crime de sonegação fiscal, na casa de milhões de reais, sua pena somente poderá chegar até 5 anos. As condutas são baseadas no art. 155, §4º do Código penal²⁹ e art. 1º da Lei nº 8.137/90³⁰.

CONCLUSÃO

O artigo buscou trazer o conceito amplo de *plea bargain*, no qual abarca diversos institutos jurídicos já estabelecidos no ordenamento brasileiro. A diferença, para o *plea bargain* brasileiro, o acordo de não persecução penal e o conceito trazido pelo projeto anticrime, bem como possíveis consequências de sua aplicação, como a influência no combate a organizações criminosas e a eventual consequência de um encarceramento em massa.

Inicialmente, no capítulo 1, foi definido o surgimento histórico do instituto, e, além disso, definiu cada um de forma específica, delimitando ainda as diferenças entre o acordo de não persecução penal (*plea bargain* brasileiro) e o *plea bargain* embrionário.

²⁷DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias de dezembro de 2019*. p.11. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

²⁸Ibidem.

²⁹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

³⁰BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Posteriormente, sustentou-se acerca da eficácia dos institutos de justiça penal negociada, no qual por meio de dados estatísticos, retirados de órgãos nacionais, se estabeleceu significante evolução quanto ao consensualismo no direito penal. Mostrou-se ainda, a importância do instituto de Justiça consensual no âmbito do Direito Penal, de forma mais específica, demonstrou a importância do instituto de colaboração premiada para desmantelamento de organizações criminosas, assim corroborando com fatos históricos como a produção de efeitos desse instituto na operação contra a corrupção, a famosa operação Lava Jato.

No último capítulo, foi abordado uma discussão polêmica sobre o risco ou não de encarceramento em massa por conta da aplicação do *plea bargain*. Alguns estudiosos afirmam, com base em dados estatísticos, que o *plea bargain* ocasiona um aumento de condenações e, por consequência, a eventual aplicação do instituto aqui no Brasil poderia agravar ainda mais a situação precária do sistema penitenciário.

Nesse aspecto, contudo, discorda-se desse posicionamento, isso porque com os dados utilizados para tais afirmativas, percebeu-se que há um falso silogismo. Isso porque, nada pode concluir que os dados referentes a condenação por aplicação do *plea bargain* não seria também uma condenação do Juiz, após toda instrução criminal.

Além disso, o encarceramento em massa não é causado por um simples instituto jurídico. Como fora explanado, há na verdade uma estrutura de criminalização, há um caminho percorrido até chegar ao resultado de encarceramento em massa, desde o arraigamento cultural de definição do estereótipo do criminoso, passando pela repressão policial, até a aplicação da pena pelo juiz.

O autor considera que o instituto jurídico do *plea bargain* pode até mesmo reduzir o encarceramento. Isso porque, o *plea bargain* é um acordo benéfico para o indivíduo que tem a consciência de que cometeu o crime, que entende que não há possibilidade de esquivar da execução da pena privativa de liberdade, pois, sendo assim, com acordo terá sua pena privativa de liberdade reduzida e cumprirá imediatamente. Esse pode ser um ponto favorável, já que, conforme dados estatísticos do DEPEN, cerca de 30% da população carcerária espera por julgamento.

No caso do acordo de não persecução penal a discussão fica esvaziada, pois nesse caso, apesar da confissão de culpa do acusado, não haverá sequer denúncia e não poderá ser aplicada a pena privativa de liberdade, ou seja, é uma medida despenalizadora.

Por todo exposto, concluiu-se que a evolução do direito penal para uma justiça negociada, pode ser eficaz no desafogamento do judiciário e do sistema penitenciário.

REFERÊNCIAS:

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining its history.* Chicago: University of Chicago Law School, 1979.

BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?*. Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. *Código de Processo Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. *Código Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

_____. *Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 de fev. 2020.

_____. *Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. *Projeto de Lei nº 882 de 2019.* Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenome=PL+882/2019>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COSTA, Gilberto. *Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas.* Agência Brasil, Brasília, 16 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 18 jan. 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias de dezembro de 2019.* p.11. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQ0NmJlMi00OTJhLWFjMDktNzRlNzRl>>

mFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 25 abr. 2020.

GOMES, André Ismael; COSTA RIBEIRO, Diaulas; DE AGUIAR, Julio Cesar. Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico. *Revista de Processo*, V. 263/2017, p. 429-449, jan. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; DA SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada. *Revista FIDES*, Natal, v.6, nº1, p. 164-175, jan./jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2919/crime-organizado-que-se-entende-por-isso-depois-da-lei-n-10-217-01>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado*. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIGALHAS. STF homologou mais de uma centena de delações no âmbito da Lava Jato. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/301349/stf-homologou-mais-de-uma-centena-de-delacoes-no-ambito-da-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

U.S. District Courts—Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending June 30, 2017 (2017). Disponível em <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/stfj_d4_630.2017.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Juspodivm, 2020.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.