

UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A LEI ANTICRIME DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA | *A CRITICAL ANALYSIS OF THE ANTICRIME LAW OF THE BRAZILIAN MINISTRY OF JUSTICE*

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI
JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA VELLOZO

RESUMO | Este artigo aborda de modo crítico o Projeto de Lei Anticrime, do Ministério da Justiça (PLA), apresentado pelo Poder Executivo. Buscamos demonstrar que a proposta atenta contra a Constituição de 1988, os direitos individuais e as bases fundantes do garantismo penal. Além disso, se aprovada, tende a ampliar a violência de Estado, marcadamente aquela dirigida contra os menos favorecidos, especialmente a população negra.

ABSTRACT: *This article seeks to make a critical analysis of the Anti-Crime Bill, proposed by the Brazilian Executive and sent to the Legislative Branch in 2019. The article seeks to explain why this proposal violates the Constitution of 1988, the individual rights and the founding bases of criminal guaranty. If it is approved, this law tends to amplify state violence, especially that directed against the less privileged and against the black population.*

PALAVRAS-CHAVE | Processo penal. Violência policial. Encarceramento em massa. Plea bargain.

KEYWORDS | *Criminal proceedings. Police violence. Mass incarceration. Plea bargain.*

1. INTRODUÇÃO

No dia 4 de fevereiro de 2019, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou uma proposta legislativa intitulada de “Projeto de Lei Anticrime” (PLA) e que, segundo seu autor, consiste em “um projeto do governo, não apenas do Ministério da Justiça”.¹ O projeto visa cumprir uma das promessas eleitorais do Presidente Jair Bolsonaro e pretende alterar quatorze legislações, entre elas o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Organização Criminosa e a Lei de Crimes Hediondos. Segundo o texto, a finalidade das alterações é “(...) estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”.

Ao todo, o PLA é composto por dezenove blocos de propostas, sendo elas: I) Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância; II) Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri; III) Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes; IV) Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes; V) Medidas para endurecer o cumprimento das penas; VI) Medidas para alterar o conceito de organização criminosa; VII) Medidas para elevar penas em crimes relativos a armas de fogo; VIII) Medidas para aprimorar o perdimento de produto do crime; IX) Medida para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública; X) Medidas para evitar a prescrição; XI) Medida para reformar o crime de resistência; XII) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade; XIII) Medidas para alteração da competência para facilitar o julgamento de crimes complexos com reflexos eleitorais; XIV) Medida para melhor criminalizar o uso de caixa dois em eleições; XV) Medidas para alterar o regime de interrogatório

1 *Valor Econômico*, 5 de fevereiro de 2019, pág. A7.

por videoconferência; XVI) Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais; XVII) Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais; XVIII) Medidas para aprimorar a investigação de crimes; XIX) Introdução do “informante do bem” ou do *whistleblower* (delator).

Considerando a extensão do Projeto de Lei Anticrime e de suas consequências para o sistema jurídico brasileiro, este artigo busca submeter algumas das propostas legislativas contidas no PLA à uma análise crítica, focando especialmente nos vários aspectos do texto que entram em conflito com a Constituição Federal de 1988. Para isso, a análise dos dispositivos seguirá a mesma ordem estabelecida no PLA, embora nem todas as propostas sejam analisadas por conta da limitação de espaço. Nosso critério de seleção buscou privilegiar as medidas que violam mais frontalmente a Constituição Federal.

2. PRINCIPAIS PROPOSTAS DO PLA

2.1. Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância

O primeiro bloco de alterações legislativas do projeto visa assegurar a execução antecipada da condenação criminal após decisão de segundo grau. Essa questão tem sido amplamente debatida, especialmente depois que, durante o julgamento do *habeas corpus* HC 126292, em 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal passou a admitir a chamada “execução provisória da sentença”. Essa decisão, que altera a concepção anteriormente vigente, foi tomada por maioria simples de seis votos a favor da execução provisória e cinco contra. Posteriormente, no entanto, o Ministro Gilmar Mendes, que havia votado pela execução provisória da sentença, mudou de posicionamento, tendo, em tese, alterado o placar de 2016. Essa reviravolta em um ponto

tão sensível fez com que a questão ainda hoje não esteja definida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tanto que atualmente existem duas ações pendentes sobre o tema. Não obstante a posição do Supremo Tribunal Federal, o PLA do Governo Federal pretende resolver definitivamente a questão, alterando uma série de dispositivos, entre eles, o mais importante: o art. 283 do Código de Processo Penal.

Atualmente, o art. 283 tem a seguinte redação:

Art. 283. **Ninguém poderá ser preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (grifos nossos)

Como fica claro a partir da leitura do dispositivo, a atual legislação processual penal só admite o início da execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E, não obstante argumentos contrários, a expressão “trânsito em julgado” tem um conteúdo jurídico muito bem definido e diz respeito a uma decisão contra a qual já não é possível interpor recursos, não se admitindo qualquer interpretação jurídica diversa.

Essa redação do artigo 283 do Código de Processo Penal está consoante com o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que garante o chamado Estado de Inocência a todos os indivíduos, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

Se os indivíduos somente poderão ser considerados culpados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, significa que antes desse fato acontecer as pessoas são inocentes. E se as pessoas são inocentes, como podem iniciar o cumprimento da pena? Puniremos inocentes? Este é o grande paradoxo da “execução provisória da sentença. Ainda que todas as propostas legislativas do PLA sejam aceitas, esse problema não se resolverá já que, sendo um projeto de Lei Ordinária, o PLA não pode alterar a Constituição Federal, cujo artigo 5º, LVII, continua considerando o Estado de Inocência como sendo uma garantia fundamental.

A nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal proposta pelo PLA é a seguinte:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou **exarada por órgão colegiado**. (g.n.)

Alterar o art. 283 do Código de Processo Penal, no entanto, não traz qualquer modificação para a situação de inconstitucionalidade da execução provisória da sentença penal condenatória, uma vez que a discussão funda-se em direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal

em dispositivo que tem a natureza jurídica de cláusula pétrea. Assim, a proposta feita pelo PLA no que se refere à execução provisória da sentença penal condenatória é não apenas inócua como também inconstitucional, pois viola frontalmente o disposto expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Muito mais efetivo que a execução provisória da sentença penal condenatória seria tentar entender — por meio de pesquisas científicas e metodologias de *accountability* — por que o Poder Judiciário brasileiro, um dos mais caros do mundo², leva tanto tempo para julgar os processos que lhe são submetidos.

2.2. Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Juri

As alterações legislativas propostas nesse pacote também violam frontalmente a presunção de inocência e decorrem de uma interpretação absolutamente equivocada a respeito da garantia fundamental do julgamento pelo Tribunal do Júri aos acusados de praticarem crimes dolosos contra a vida. A garantia do julgamento pelo Tribunal do Júri está prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 5º...

(...)

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;

2 Segundo Relatório do CNJ “Justiça em Números”, o custo do Poder Judiciário brasileiro no ano de 2016 foi de 1,35% do PIB. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85362-despesa-do-judiciario-cresce-mas-o-custo-por-habitante-cai-em-2016>>. Acesso em 03 jan. 2019. O gasto do Poder Judiciário alemão no ano de 2016 foi de 0,4% do PIB. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/judiciário-brasileiro-é-35-vezes-mais-carro-que-o-alemão/a-42522655>>. Acesso em 03 jan. 2019.

- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

O processo de julgamento de um crime pelo Tribunal do Júri é composto por duas fases: a primeira, conhecida como sumário de culpa, ocorre perante um juiz togado que, ao final, tem que decidir se o acusado será ou não submetido a um julgamento pelo Tribunal do Júri. Encerrada essa primeira fase, o procedimento atualmente vigente estabelece que se o juiz decidir que o acusado deve ser submetido a um julgamento pelo Tribunal do Júri, essa decisão é passível de recurso: o chamado Recurso em Sentido Estrito. Interposto o Recurso em Sentido Estrito, caso o Tribunal confirme a decisão do juiz togado, o acusado seguirá para julgamento perante o Tribunal do Júri. Se o Tribunal entender que a decisão do juiz togado estava equivocada, o acusado não será submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

A primeira modificação proposta pelo PLA é que esse Recurso em Sentido Estrito que ataca a decisão do juiz togado de submeter o acusado ao Tribunal do Júri deixe de ter efeito suspensivo, o que significa que, ainda que recorra da decisão, o acusado seria submetido ao Tribunal do Júri.

Tal proposta viola a garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição, que está implícita na Constituição Federal e expressa no art. 8º, II, “h” do Pacto de San José da Costa Rica. Segundo essa garantia constitucional, recorrer a uma instância superior para uma reanálise de uma decisão judicial que lhe seja desfavorável é um direito fundamental. Ainda que se diga que o Recurso em Sentido Estrito será analisado posteriormente e que poderá modificar a decisão do juiz togado e anular o júri ao qual o acusado tenha sido submetido, a situação seria vexatória e causaria um grave constrangimento ilegal muito grande ao acusado, que seria submetido a julgamento por um Tribunal

do Júri quando não deveria. Ainda mais grave seria a situação do acusado que fosse condenado pelo Tribunal do Júri, já que a intenção do PLA é que após essa condenação o início do cumprimento da pena seja imediato. Isso criaria uma situação na qual uma pessoa poderia cumprir uma pena por crime doloso contra a vida enquanto o Tribunal competente ainda não havia sequer decidido se ela deveria ou não ter sido submetida ao Tribunal do Júri. Caso o recurso dessa pessoa fosse provido pelo Tribunal, reformando a decisão do juiz togado, todo o julgamento que ela teria enfrentado no Tribunal do Júri e os dias (ou meses, ou anos) que passou presa teriam sido irregulares e nunca deveriam ter existido. No que se refere ao Tribunal do Júri, há ainda outra proposta igualmente eivada de inconstitucionalidade, que é a execução imediata da pena após decisão do Tribunal do Júri. Atualmente, nos termos do art. 492, inciso I, letra “e” do Código de Processo Penal, após a condenação pelo Tribunal do Júri, o juiz somente poderá decretar a prisão do réu se estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva definidos no art. 312 do Código de Processo Penal. A proposta do PLA é que, em caso de condenação pelo Tribunal do Júri, o réu seja imediatamente preso para início do cumprimento da pena. Trata-se de uma proposta ainda mais drástica que a da execução provisória da sentença discutido no item anterior, pois aqui sequer haveria a necessidade de uma revisão da decisão pelo Tribunal, bastando a decisão dos jurados.

Esta possibilidade de “execução imediata” da sentença do Tribunal do Júri já foi defendida por dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli e Luís Barroso, embora nunca tenha havido qualquer decisão do Plenário sobre o tema. A argumentação de ambos os ministros — e que nos parece que também inspira o PLA — é a soberania dos veredictos, já que o mérito da decisão do Conselho de Sentença não pode alterada em grau de recurso. Essa argumentação é equivocada,

pois despreza o fato de que a soberania dos veredictos é uma garantia fundamental (art. 5º, XVIII, “c”) e, como tal, jamais pode ser interpretada em desfavor do acusado. A Constituição Federal previu a garantia dos veredictos como um instrumento de defesa dos direitos do acusado, impossibilitando que uma absolvição perante o Tribunal do Júri fosse modificada para condenação em eventual recurso da Acusação. A soberania dos veredictos, portanto, pertence ao acusado, e não ao Tribunal do Júri, de modo que argumentar que a pena deva ser executada imediatamente em virtude da soberania dos veredictos é, no mínimo, incongruente, pois justificaria um ataque à liberdade individual com fundamento em uma garantia fundamental, que tem por função exatamente o contrário.

O raciocínio dos que defendem essa medida é bastante sintomático do processo de abandono dos parâmetros mais básicos do constitucionalismo moderno e do penalismo iluminista. O Tribunal do Júri foi, na aurora do mundo das garantias individuais, um de seus pilares mais importantes, constituído como uma garantia dos réus diante da violência do Estado. Interessante notar que os Estados Unidos, cujo modelo judiciário tanto inspira os proponentes do PLA, sempre pensou o Júri desta maneira. Conforme sabemos, o direito ao júri pelos jurados foi uma das questões nodais da Independência daquele país em relação à Inglaterra e a montagem do Estado-nação estadunidense estabeleceu esse instituto desde o começo como sendo um dos pilares fundantes da liberdade dos indivíduos. O primeiro congresso americano de colônias britânicas, que teve seu início em 1774, estabeleceu o júri como sendo o segundo grande direito a ser preservado e defendido. Em seu texto, lê-se:

O outro grande direito é o do juízo por jurados. Prevê que nem a vida, nem a liberdade nem a propriedade podem ser subtraídas do titular até que doze cidadãos

irreprováveis e iguais a ele e da mesma vizinhança, do que se pode presumir que por isso conhecem seu caráter e o das testemunhas, mediante um juízo justo e com contradição plena em sessão pública, ante todo o povo que queira assistir, emitam sob juramento a sentença, uma sentença que não injustamente desgraçar o réu sem desgraçar ao mesmo tempo a reputação e provavelmente os interesses de seus julgadores (...)³.

Ao pretender a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, despreza-se absolutamente o direito ao duplo grau de jurisdição — que, como já explicado, tem previsão implícita na Constituição Federal e explícita no Pacto de San José da Costa Rica —, bem como o Estado de Inocência, uma vez que havendo previsão de recurso de apelação contra a decisão do Tribunal do Júri, não se pode dizer que houve o trânsito em julgado e, conseqüentemente, que o réu é culpado.

Mais uma vez, o PLA falha ao tentar alterar um tema de matiz constitucional por meio de reforma em Lei Ordinária.

2.3. Medidas relacionadas à legítima defesa

Uma das mais questionáveis propostas do PLA, essa medida refere-se a alterações em relação às excludentes de ilicitude, especialmente à legítima defesa.

A legítima defesa, dogmaticamente, é uma das causas de exclusão da ilicitude e, conseqüentemente, do crime. Assim, quem pratica uma conduta definida na lei penal como crime, se o faz em legítima defesa, atua licitamente. Atualmente a legítima defesa está definida no art. 25 do Código Penal, que tem a

3 CLAVERO, Bartolomé. Happy Constitution. **Cultura y lengua constitucionales**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

seguinte redação:

Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

A dogmática penal não encontra dificuldades em estabelecer os alcances e limites da excludente de ilicitude da legítima defesa. Age em legítima defesa quem usa moderadamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra terceiros. Sendo assim, o policial, bem como qualquer cidadão, que atire em pessoa armada para defender a si mesmo ou a terceiro, age em legítima defesa. Obviamente, não age em legítima defesa o policial que, após dominar o suspeito, executa-o.

A primeira modificação proposta pelo PLA é a inclusão de um segundo parágrafo no art. 23 do Código Penal, aplicável a todas as excludentes de ilicitude⁴, com a seguinte redação:

Art. 23...

(...)

§ 2o O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.

4 Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Nos termos desse dispositivo, qualquer pessoa pode ter sua pena reduzida pela metade, ou ainda ser perdoado, se praticar o excesso em qualquer das causas de exclusão de ilicitude, e esse excesso decorrer de medo, surpresa ou violenta emoção. Desnecessário apontar o quanto essas expressões (“medo”, “surpresa” ou “violenta emoção”) são vazias de significado, admitem múltiplas interpretações, são de prova difícil e de enorme carga subjetiva, acabando por ampliar muito as possibilidades de exclusão de punição.

Quando essas hipóteses forem aplicáveis a cidadãos comuns, a proposta pode até fazer algum sentido, pois pessoas leigas podem acabar extrapolando os limites das causas de exclusão de ilicitude motivadas pelo medo, surpresa ou violenta emoção.

Porém, quando essas categorias são transferidas para agentes policiais, a questão recebe contornos diferentes. Nos termos do PLA, um policial pode matar um suspeito dolosamente em excesso de legítima defesa, como ocorre quando, após derrubar o sujeito no chão e desarmá-lo, desfere-lhe tiros nas costas. Atualmente, sem sombra de dúvidas, tal situação seria considerada homicídio. Porém, nos termos do PLA, se o policial alegar que cometeu o excesso por medo, surpresa ou violenta emoção, poderá ter a pena perdoada. Se aprovada nestes termos, essa modificação legislativa será uma “carta branca” para maus policiais cometerem os mais diversos crimes e serem perdoados.

Há ainda outras alterações propostas pelo PLA que acabam por legitimar a letalidade policial, especialmente em relação à legítima defesa.

Tem-se, no atual Código Penal brasileiro, como na maioria absoluta dos países, um conceito de legítima defesa válido para todas as pessoas, inclusive para os policiais e agentes de segurança pública. A proposta do PLA, ignorando qualquer consideração dogmática, pretende ampliar o conceito de legítima

defesa, criando para os policiais e agentes de segurança pública situações de “legítima defesa presumida”, o que em outras palavras significa excluir o crime de seus comportamentos em determinadas situações, tornando-os lícitos.

O PLA pretende incluir um parágrafo único no artigo 25, que teria a seguinte redação:

Parágrafo único. Observados os requisitos do **caput**, considera-se em legítima defesa:

I – o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

Nos termos do PLA, de acordo com o inciso I, o policial pode matar “preventivamente”, se estiver em um conflito armado ou em risco iminente de conflito armado. À primeira vista, tal previsão legislativa não soa tão absurda, mas é praticamente uma licença para matar, especialmente a parcela mais vulnerável da população brasileira.

Todo e qualquer policial que ingresse numa comunidade, especialmente se for dominada por qualquer facção criminosa, está em risco de participar de um conflito armado e, nos termos do PLA, está autorizado a atirar para prevenir injusta agressão. Em termos absolutamente leigos e longe de qualquer linguagem técnica é o famoso “atira primeiro, pergunta depois”. Ao atirar em qualquer “suspeito”, ainda que desarmado, o policial poderá argumentar que havia o risco de um conflito armada e que

preveniui injusta agressão.

Ainda, no que se refere ao inciso II, a proposta também autoriza a polícia a atirar para matar qualquer suspeito que tenha reféns, ainda que estes reféns não estejam em situação de perigo concreto. É óbvio que se a vítima estiver sofrendo agressão atual ou iminente, deve a polícia agir para preservar sua vida, como aliás já autoriza o atual artigo 25 do Código Penal. Porém, a proposta vai além, e permite que o policial atire para prevenir agressão ou risco de agressão, o que na prática é uma autorização para atirar sempre que houver vítimas, ainda que as vítimas não estejam sendo agredidas ou na iminência de serem agredidas.

O chocante de tal proposta que amplia as possibilidades de “homicídio legal”, é que simplesmente desconsidera o fato do Brasil ser o país com a polícia mais letal do mundo. As mortes perpetradas por policiais são motivo de vergonha internacional para o Estado brasileiro, ainda mais porque suas vítimas são bem definidas: jovens negros, pobres e periféricos.

Segundo pesquisa realizada pelo delegado Orlando Zaccone em trezentos processos envolvendo óbito em ação policial, em 99% dos casos os autos foram arquivados pelo Ministério Público em menos de três anos. Em 2013, 2212 pessoas foram mortas pelas polícias, no mesmo período as polícias norte-americanas, também conhecidas por sua letalidade, mataram 461 pessoas⁵.

Do ponto de vista jurídico, a fórmula legal para não punição dessas mortes perpetradas pela polícia, eram os registros dos odiosos “autos de resistência”, nos quais a ocorrência era formalizada como resistência seguida de morte, ou seja, a vítima do homicídio policial passava a ser formalmente investigada

5 MENA, Fernanda. Um modelo violento e ineficaz de polícia. In: KUCINSKI, Bernardo. [et. al] Bala perdida. A violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

como autora de um crime de resistência e o policial que a alvejou figurava como vítima. Vários estados da Federação, por meio de suas Secretarias de Segurança Pública, passaram a não admitir mais essa capitulação e, em algumas hipóteses, tornar obrigatória a investigação policial. Em 2016, por pressão de organizações de direitos humanos, houve uma Resolução Conjunta do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil proibindo a utilização das expressões “auto de resistência” e afins⁶. Porém, a proposta do PLA resolverá definitivamente esta questão, pois presumirá, quase sempre, que o policial agiu em legítima defesa, logo, não praticou qualquer crime.

2.4. Medidas para alterar conceito de organização criminosa

O Brasil é signatário da Convenção de Palermo, que passou a fazer parte de nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 5015 de 2004. Neste Acordo Internacional, firmado no âmbito da ONU, os Estado signatários se comprometeram, nos termos do art. 1º do referido documento, a “...promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”. Atualmente, a Lei nº 12.850/13 define Organização Criminosa em seu art. 1º, parágrafo 1º, nos seguintes termos:

6 Resolução Conjunta nº 2 de 13 de outubro de 2015 do Conselho Superior de Polícia-MJ.

Art. 1º – Ficam definidos os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial.

Art. 2º – Os dirigentes dos órgãos de polícia judiciária providenciarão para que as ocorrências de que trata o art. 1º sejam registradas com a classificação “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”, conforme o caso.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) 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 infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Da forma como está redigido atualmente o dispositivo, pode-se afirmar que para o reconhecimento da existência de uma organização criminosa é necessário que estejam presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos: a) quatro ou mais pessoas; b) estrutura ordenada e com divisão de tarefas; c) objetivo de perceber qualquer vantagem; d) prática de infrações penais com pena máxima superior a quatro anos, ou infrações penais que sejam de caráter transnacional, independentemente da quantidade de pena.

O simples fato de ser integrante de uma Organização Criminosa, ainda que não se pratique qualquer outro crime, já caracteriza infração penal disposta no art. 2º da mesma lei, nos seguintes termos:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Ainda, quando se trata da investigação envolvendo Organização Criminosa, a Lei 12.850 de 2013 prevê uma série de

medidas que não são aplicáveis às investigações criminais que não tenham por objeto essas Organizações Criminosas. Dentre essas medidas, destacam-se: I — colaboração premiada; II — captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III — ação controlada; IV — acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V — interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI — afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII — infiltração, por policiais, em atividade de investigação; VIII — cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. Logo, fácil perceber que, havendo Organização Criminosa, nos termos da definição legal do parágrafo 1º do art. 1º da Lei 12.850 de 2013, as Instituições responsáveis pelas investigações têm muito mais possibilidades de atuação e de sucesso, mas por outro lado, significa também que os investigados sofrem mais limitações em seus direitos fundamentais, especialmente em relação à intimidade e privacidade.

O PLA propõe alteração no parágrafo 1º do art. 1º da Lei 12.850 de 2013, no intuito de acrescentar mais algumas situações fáticas que também caracterizariam Organização Criminosa. A proposta da redação é a seguinte:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que: I – tenham 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;
II – sejam de caráter transnacional; ou
III – se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.

Apesar da péssima redação, está claro que o parágrafo primeiro estabelece os requisitos comuns à todas Organizações Criminosas (quatro ou mais pessoas, ordenação estruturada, divisão de tarefas) que devem ser combinados com quaisquer um dos três incisos seguintes. Os incisos I e II já constavam da redação original e não sofreram qualquer alteração.

Porém, o art. III é novidade, e prescreve que também caracteriza Organização Criminosa se tem os requisitos do §1º, e “se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre atividade criminal ou econômica...”, sendo que, posteriormente, exemplifica citando nominalmente facções criminosas conhecidas nacionalmente e as milícias.

Neste ponto, a proposta é muito equivocada, pois não tem qualquer potencialidade de modificar a realidade da criminalidade brasileira e apela à estratégia do populismo penal e do direito penal simbólico. Ao citar nominalmente as facções criminosas que verdadeiramente são responsáveis por grande parte da criminalidade urbana no Brasil, o PLA transmite à população brasileira a mensagem de que somente agora estas facções serão efetivamente “combatidas” pelo Poder Público, pois antes deste PLA não havia legislação suficiente para tanto. Porém,

do ponto de vista prático, esta proposta não somente é inócua, como também é de péssima técnica legislativa, pois não parte de situação abstrata para concreta, mas sim o contrário.

Atualmente, qualquer uma destas facções já compõem o conceito de Organização Criminosa, pois preenchem todos os requisitos exigidos pela Lei nº 12.850 de 2013. Todas essas facções são ordenadamente estruturadas, tem divisão de tarefas, tem finalidade de obter vantagens e o fazem por meio de crimes com pena máxima superior a quatro anos — como homicídios, latrocínios, tráfico de entorpecentes, corrupção ativa, porte ilegal de armas etc. — ou são transnacionais. Logo, ao citar nominalmente as facções, nada se acrescentou ao panorama jurídico atual.

Por sua vez, as Milícias — que também tem nomes próprios como “Liga da Justiça”, “Escritório do Crime”, “Escuderia Le Cocq” etc. — e são formadas normalmente por policiais ou membros das forças armadas, na ativa ou aposentados ou exonerados⁷, não foram citadas nominalmente, mas apenas de forma genérica como “milícias”.

Mas, assim como ocorre com as facções, as milícias já estão compreendidas no conceito de organização criminosa. Em relação às milícias, há, inclusive, tipo penal específico que as definem, previsto no art. 288-A do Código Penal:

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

⁷ Em 2008 houve uma CPI na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presidida pelo Deputado Estadual Marcelo Freixo, que ao final pediu indiciamento de 225 políticos, policiais, agentes penitenciários, bombeiros e civis. O Relatório Final da CPI está disponível em <<https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>>. Acesso em 29 jan 2019.

Ao que nos parece, o PLA equivoca-se gravemente ao citar as milícias no inciso III do §1º do art. 1º da Lei nº 12.850/13, pois se aprovado desta forma, acabaria por revogar tacitamente o disposto no art. 288-A do Código Penal, e daria tratamento mais brando ao referido crime. Isso porque, ao considerar expressamente que as milícias são Organizações Criminosas, estas passariam a configurar o crime disposto no art. 2º da Lei 12.850 de 2013, cuja pena é de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, e não mais o crime previsto no art. 288 do Código Penal, cuja pena é mais grave.

Da forma como está redigido, especialmente no que se refere às Organizações Criminosas, o PLA não só será incapaz de trazer qualquer ganho na eficácia da persecução e punição das organizações criminosas, entre elas as facções e milícias, como poderá trazer imensa confusão conceitual, criar conflitos entre normas penais e tratar de maneira mais branda os integrantes de milícias.

2.5. Medidas para introduzir soluções negociadas no código do processo penal

Inegável que já exista no processo penal brasileiro uma forma de justiça negociada, que é o instituto da transação penal, previsto no art. 76 da Lei nº 9.099 de 1995. A transação penal, porém, ainda que de constitucionalidade duvidosa, somente é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo⁸, e apenas permite a aplicação de penas restritivas de direitos, isto é, não privativas de liberdade. De certo modo, pode-se afirmar,

8 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

que na transação penal não se negocia a liberdade, vez que o “acusado” não pode ir para prisão. Ademais, para concessão da transação penal, não se faz necessário que o “acusado” confesse a prática delituosa, sendo que o acordo não constitui sentença condenatório e não gera reincidência de qualquer natureza.

O PLA propõe duas modificações no Código de Processo Penal que passariam a permitir de maneira absolutamente ampla a chamada “justiça penal negociada”, segundo a qual se poderia aplicar penas privativas de liberdade, inclusive em regime fechado, sem que houvesse o devido processo penal.

A primeira das propostas do PLA, seria o chamado “Acordo de Não Persecução”, por meio da inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal, que teria a seguinte redação:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

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

De modo geral, pode-se dizer que esta proposta de “Acordo de Não Persecução Penal” é uma ampliação do que já se opera por meio da transação penal, com algumas pequenas modificações que fogem ao escopo deste artigo. Diz-se que é uma ampliação, pois enquanto a transação penal é aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não exceda 2 anos), o “acordo de não persecução penal” seria aplicável aos crimes cujas penas máximas fossem superiores a dois anos, mas não ultrapassassem quatro anos.

Todas as críticas que já existem ao instituto da transação penal, inclusive sobre a sua constitucionalidade, seriam também aplicáveis ao “Acordo de Não Persecução Penal”, porém seus efeitos seriam limitados, vez que não se permitiria a aplicação de pena privativa de liberdade, conforme se verifica dos incisos I a V do *caput* do art. 28-A proposto pelo PLA.

De fato, o “Acordo de Não Persecução” não é uma criação do PLA, pois já está sendo aplicado no Brasil por meio da Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Grosso modo, o PLA apenas pretende transferir para o Código de Processo Penal uma orientação já firmada no âmbito do CNMP. Parece-nos que esta medida seria salutar, pois o local adequado para se inserir modificações de natureza processual penal é o Código de Processo Penal, e o caminho é a aprovação

de um Projeto de Lei pelo Congresso Nacional.

A grande mudança que o PLA pretende em relação à chamada “justiça penal negociada” seria a inclusão em nosso ordenamento processual penal do instituto originário do direito penal estadunidense conhecido como *plea bargain*, segundo o qual o Órgão Acusador (Ministério Público) poderia negociar a pena diretamente com o réu e seu defensor, dispensando a realização completa do procedimento processual penal.

No PLA, a proposta de inclusão do *plea bargain* vem por meio do art. 395-A, com a seguinte redação:

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

No §1º e seus incisos, estão dispostos os requisitos para o “acordo”, sendo: confissão circunstanciada, requerimento ao magistrado para que a pena seja aplicada de acordo com parâmetros legais com sugestão de penas em concreto, e expressão manifestação das partes dispensando a produção de provas e renunciando a recursos.

No §2º, encontra-se a forma como o acusado pode beneficiar-se do acordo, nos seguintes termos: “As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos...”.

Da forma como previsto pelo PLA, a quantidade de pena poderá ser reduzida em até metade, mas também poderá haver mudança no regime de cumprimento ou realizada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, de acordo com critérios definidos pelo órgão da acusação, que nos termos

do PLA, terá o poder discricionário de escolher quando realizar ou não o acordo.

Ainda, nos termos do PLA, havendo a homologação do acordo, este terá caráter de sentença penal condenatória, ou seja, é como se o acusado tivesse respondido a todo processo penal e ao fim condenado pelo Poder Judiciário por decisão transitada em julgado.

Por fim, dentre as várias incongruências apresentadas, uma chama demais a atenção pela sua arbitrariedade, disposta no §9º, que contém a seguinte redação:

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

Há situações nas quais o magistrado pode não homologar o acordo, ou mesmo as partes podem dele desistir antes da homologação. Nestas hipóteses, o PLA, apenas prevê que o acordo será retirado dos autos e as partes, nem o magistrado, poderão a ele fazer referência. Mas como o juiz poderá atuar com imparcialidade se já tomou conhecimento da confissão do acusado? Ainda que não possa haver referência ao acordo, quais são as chances de absolvição nestas situações? Como quase todas as propostas do PLA, esta também desequilibra muito a paridade de armas entre acusação e defesa.

Inegável que há uma tendência mundial de expansão da justiça penal negociada, especialmente da *plea bargain*⁹, sendo

9 Para um análise da globalização do *plea bargain* conferir: LANGER, Máximo: Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargain* e a tese da americanização do processo penal. In: DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2 n. 3 (2017). Disponível em <<http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>>.

certo que tal instituto já está fazendo parte do ordenamento jurídico de diversos países¹⁰, inclusive de países europeus como Alemanha¹¹, e latino americanos como o Chile e Argentina. Dados estatísticos apontam um aumento de 300% na adoção destes sistemas pelo mundo entre 1990 e 2017¹². A adoção do sistema em vários lugares do mundo, no entanto, não significa que o instituto não atente de forma grave contra as garantias individuais. Afinal, conforme uma série de autores tem notado, temos vivido um grave processo de crise do garantismo e de esvaziamento das constituições¹³.

As críticas ao instituto da *plea bargain* são muitas, sendo possível destacar: a ausência do devido processo legal; o excesso de discricionariedade ao Órgão Acusador; a ausência de um efetivo “acordo” entre as partes, já que o acusado sempre

Acesso em 30 jan 2019.

10 Para um panorama sobre a aplicação do *plea bargain* em diversos países, conferir: THAMAN, Stephen C. *World plea bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Carolina Academic Press. Durham, 2018.

11 Para uma panorama da “justiça penal negociada” na Alemanha, conferir: GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Bol. Mex. Der. Comp.**, México, v. 49, n. 147, p. 13-33, dic. 2016. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso>. acessado em 09 fev. 2019.

12 *The Disappearing Trial*. Disponível em: <<https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>>. Acessado em 09. fev. 2019.

13 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. SALAS, Denis. *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*. Paris: Pluriel, 2010. WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

estará em situação de desvantagem em relação ao Estado; a ignorância em relação às críticas elaboradas pela Criminologia Crítica, especialmente em relação à seletividade racial e classista do Sistema de Justiça Criminal etc.

Sobre o excesso de poder do Órgão Acusador no sistema de Justiça dos EUA, Angela Davis escreve:

Promotores são os funcionários mais poderosos do sistema de justiça criminal. Suas rotinas e decisões diárias controlam a direção e o resultado dos casos criminais e tem imenso impacto e consequências mais sérias que de qualquer outro funcionário do sistema de justiça criminal. A característica mais marcante destas importantes, às vezes sobre a vida e morte, decisões é que são totalmente discricionárias e virtualmente sem possibilidade de revisão. Promotores tomam a maioria dessas importantes decisões discricionárias atrás de portas fechadas e respondem apenas a outros promotores. Até mesmo promotores eleitos, que presumivelmente respondem ao eleitorado, escapam da prestação de contas, em parte porque suas mais importantes responsabilidades — particularmente a acusação e as decisões de *plea bargaining* — estão protegidas do acesso público.

Um dos resultados mais claros e problemáticos em relação a esse instituto tem sido o processo de encarceramento em massa que transformou os Estados Unidos no país com o maior número de prisioneiros no mundo. Conforme demonstrou Michelle Alexander, em seu estudo sobre este fenômeno, o papel do *plea bargain* neste processo é muito grande:

quase ninguém vai a julgamento. Praticamente todos os casos criminais são resolvidos por meio da negociação de acordos — em que o réu assume a culpa em troca de alguma forma de leniência do promotor. Embora não se saiba muito a esse respeito, o promotor é o agente mais poderoso do sistema de justiça criminal (...). Depois que a polícia apreende alguém, o promotor está no controle. Poucas regras limitam o exercício da sua discricionariedade. Ele é livre para arquivar um caso por qualquer razão. O promotor também é livre para acusar o réu por mais crimes do que é possível provar, bastando que supostamente exista uma causa provável — uma prática conhecida por sobrecarga de acusações (...) Quando os promotores oferecem “apenas” três anos na prisão para um crime pelo qual o detido, se fosse a julgamento, poderia pegar cinco, dez ou vinte anos — ou mesmo prisão perpétua —, apenas réus extremamente corajosos (ou tolos) recusam a oferta.¹⁴

No que se refere à crítica sobre um verdadeiro acordo ou consenso entre o órgão acusador e o réu, interessante a crítica de Geraldo Prado, que também faz referência ao sistema de justiça penal estadunidense:

A intimidação é muitas vezes sutil, outras tantas coberta de ironia e não raro fruto de impaciência e opera na lógica da racionalidade, em virtude da qual a negociação concretizada é a forma mais segura

14 ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**. Racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 143-144.

de se tomar conhecimento da “verdade”
É também de John H. Langbein o estudo comparativo (de associação, ficaria melhor) entre a tortura e o sistema do *plea bargaining*. Assinala o autor notáveis paralelismos entre um e outro método e destaca, principalmente, as equivalências funcionais, que fazem com que ambos convirjam para a descoberta da verdade com incremento do sucesso do aparato judicial, medido pelo aumento das condenações.¹⁵

A ampla adoção do sistema do *plea bargain* decorre de uma inevitável tendência eficientista sobre a concepção do processo penal, pois desde há muito advoga-se a supremacia da eficiência sobre seu caráter axiológico, bem como a necessidade de se dar vazão ao enorme número de processos criminais que cresce exponencialmente. A natureza de instrumento indispensável à garantia dos direitos fundamentais que foi atribuída ao processo penal pelo Iluminismo está sendo paulatinamente substituída pela instrumentalidade para a realização de julgamentos *express*. Está havendo uma verdadeira transfiguração da garantia do devido processo legal, como bem destacado por Vinicius Gomes de Vasconcellos e Uriel Moeller ao escreverem:

...pode-se afirmar que o fortalecimento e a generalização da barganha como mecanismo de imposição antecipada de uma sanção penal demonstra a primazia da atuação dos atores do campo jurídico-penal no incentivo à justiça negociada. Percebe-se que o mecanismo consensual adere integralmente aos interesses de juízes e promotores, ou seja, aqueles que detêm o poder na persecução penal, e, portanto, se

solidifica na prática jurídica ainda que acarretando incontornáveis violações a premissas do processo penal de um Estado Democrático de Direito.¹⁶

Porém, a eficiência não é o único benefício alcançado por aqueles que detêm o poder no processo penal. O promotor, obviamente, gosta do *plea bargain* porque a sua vitória está assegurada, mas apesar de menos óbvia, existem vantagens também aos magistrados, como destaca George Fischer:

É verdadeiro que a maioria dos juízes não têm interesse pessoal ou profissional na condenação do réu. Mas o *plea bargain* significa que o juiz ‘ganhou’, nos limites de que o preserva contra um golpe de reputação de uma revisão. Sem um julgamento, ao fim, o juiz não pode cometer erros judiciais.¹⁷

Aqueles que sustentam as benesses do *plea bargain*, normalmente argumentam que sua aplicação é vantajosa para todos: o arrependimento do réu seria recompensado com uma pena mais leniente, a vítima seria poupada de um julgamento no qual seria inquirida e o resultado seria incerto, e toda a população seria beneficiada com a economia de recursos.¹⁸ Regina Rauxloh,

16 Para uma panorama da “justiça penal negociada” na Alemanha, conferir: GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Bol. Mex. Der. Comp.**, México, v. 49, n. 147, p. 13-33, dic. 2016. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso>. accedido en 09 feb. 2019.

17 FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford Universe Press, 2003, p.176.

18 RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Londres, Routledge, 2012, p. 35.

em profundo estudo comparativo entre os sistemas de *plea bargain* da Inglaterra e da Alemanha, após analisar os argumentos favoráveis à *plea bargain* sentencia: “Resumidamente, deve-se que concluir que os principais argumentos que sustentam o *plea bargain* são muito fracos e baseados mais em suposições do que em evidências empíricas”.¹⁹

Do ponto de vista político, a adoção do *plea bargain* é um esvaziamento das funções tradicionais do Poder Judiciário em prejuízo do Poder Executivo em matéria criminal, pois o juiz deixa de exercer o papel de avaliador das provas e de aplicador da lei penal para ser mero “homologador” de acordos propostos pelo Ministério Público. Trata-se, na verdade, não de avanço, mas sim de regresso a um tempo sem Poder Judiciário. Sobre essa relação, as críticas de Luigi Ferrajoli ao sistema processual penal italiano — e que podem muito bem ser aplicadas ao PLA — são fulminantes:

“Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquisidores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado, também aos fins da determinação

19 RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*. Londres, Routledge, 2012, p. 41.

judiciária da pena dentro dos limites legais. O legislador italiano, sugestionado pelos aspectos decadentes da experiência americana, seguiu, ao invés, a estrada oposta, legitimando a transação primeiro com as leis de emergência sobre os ‘arrepentidos’ e depois, de maneira ainda mais extensa, com a recente reforma do Código de Processo Penal. O resultado (...) é inevitavelmente a corrupção da jurisdição, a contaminação policial dos procedimentos e dos estilos de investigação e de júízo, e a conseqüente perda de legitimação política ou externa do Poder Judiciário.²⁰

Não há dúvidas de que é preciso — e possível — melhorar o sistema processual penal brasileiro, especialmente no que se refere à agilidade nos julgamentos, já que a duração razoável do processo é também uma garantia fundamental insculpida no art. 5º, §3º da Constituição Federal. Porém, sob pena de se inverter completamente a função de garantia do devido processo penal em um Estado Democrático de Direito, a busca do eficientismo não pode ser cega e burocrática ao ponto de ignorar que, ao fim e ao cabo, os processos penais tratam da vida de pessoas que muitas das vezes não tem mais do que suas liberdades. Nesse sentido, comungamos da crítica elaborada por Aury Lopes Junior quando sentencia:

Insistimos na necessidade de se acelerar o tempo do processo, mas desde a perspectiva de quem o sofre, enquanto forma de abreviar o tempo de duração da pena-processo. Não se trata da aceleração utilitarista como tem sido feito, através

20 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 561.

da mera supressão de atos e atropelo de garantias processuais, ou mesmo a completa supressão de uma jurisdição de qualidade, como ocorre na justiça negociada, senão de acelerar através da diminuição da demora judicial com caráter punitivo.²¹

O PLA parece desconsiderar a realidade brasileira, e a inserção da *plea bargain* em nosso sistema processual penal, nos moldes propostos, configuraria aquilo que Jacinto Nelson Coutinho chamou de “Americanização à brasileira”²². Sem sombra de dúvidas, esse simples traslado de um instituto forjado na prática processual estadunidense, que tem como matriz processual a *common law*, aumentaria a capacidade do sistema de justiça criminal de produzir iniquidades, pois absolutamente disfuncional, atingindo de maneira muito mais potente os integrantes das classes mais baixas e periféricas de nossa sociedade, que são os verdadeiro clientes das delegacias e fóruns brasileiros. Ademais, o próprio sistema estadunidense de *plea bargain* é alvo de muitas críticas e tem sua eficácia questionada e posta a prova a todo momento, sendo bastante duvidosa a concepção de que nos EUA o sistema “funciona”²³.

3. CONCLUSÃO

O PLA é apresentado pelo governo como solução para o combate à criminalidade. No entanto, conforme demonstramos

21 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 92.

22 COUTINHO, Nelson J. M. *Prefácio à obra: Direito Penal e Autoritarismo* de Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 28.

23 Para uma crítica e proposta de reformulação do sistema de *plea bargain* estadunidense, conferir: KELLY, William R; PITMAN, Robert. *Confronting underground justice: reinventing plea bargaining for effective criminal justice reform*. New York: Rowman & Littlefield, 2018.

nesse artigo, o seu efeito será contraproducente. O mais provável é que, caso seja aceito em suas linhas gerais pelo legislativo, ele produza uma ampliação da violência.

Há no PLA um pressuposto teórico não declarado: o de que devemos abrir mão de nossas garantias e de nossas liberdades em favor de uma suposta segurança. Suposta porque a realidade internacional tem demonstrado que a ampliação da violência por parte do Estado, seja através da letalidade da polícia, seja por meio do encarceramento em massa não tem demonstrado eficiência em conter o crime.

No entanto, ainda que o conjunto de medidas propostas pelo governo Bolsonaro tivessem eficiência no controle da criminalidade elas se chocam frontalmente com a Constituição, razão suficiente para a sua rejeição. Para além disso, o plano obedece a uma lógica geral de ataque contra as garantias individuais da população mais pobre e se coaduna com uma série de mecanismos penais cujo objetivo é fazer a gestão dos indesejáveis, daqueles que não podem ser absorvidos pelo sistema, nem na condição de trabalhadores, nem na de exército de reserva.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. A nova segregação. Racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 143-144.

CASARA, Rubens. Estado pós-democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CLAVERO, Bartolomé. Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 561.

FISHER, George. Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford Universe Press, 2003, p.176.

FAIR TRIAL. The Disappearing Trial. Disponível em: <https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/2017/12/Report-The-Disappearing-Trial.pdf>. Acessado em 09. fev. 2019.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Bol. Mex. Der. Comp., México, v. 49, n. 147, p. 13-33, dic. 2016 . Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300013&lng=es&nrm=iso. Acessado em 09 fev. 2019.

MENA, Fernanda. Um modelo violento e ineficaz de polícia. In.KUCINSKI, Bernardo. [et. al] Bala perdida. A violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação. São Paulo: Boitempo, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LANGER, Máximo: Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal. In: **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 2 n. 3 (2017). Disponível em <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em 30 jan 2019.

RAUXLOH, Regina. Plea bargaining in national and international law: a comparative study. Londres, Routledge, 2012, p. 41.

SALAS, Denis. La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal. Paris: Pluriel, 2010.

THAMAN, Stephen C. World plea bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Carolina Academic Press. Durham, 2018.

WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Autores convidados | *Invited authors*

SOBRE OS AUTORES | *ABOUT THE AUTHORS*

HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM (2013). Mestre em Direito Político e Econômico pela UPM (2008). Bacharel pela Faculdade de Direito da UPM (2006). Professor de Processo Penal na Faculdade de Direito da UPM. Professor do Programa de Mestrado da EPD-SP. Advogado. Avaliador da Revista Brasileira de Direito (IMED) e da Revista do Direito Público (UEL). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Associação Penal de Direito Internacional

e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. E-mail: humberto@mackenzie.br.

JÚLIO CÉSAR DE OLIVEIRA VELLOZO

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (2018). Doutor em História Social pela FFLCH/USP (2017). Mestre em Estudos Brasileiros USP (2012). Bacharel em História pela USP (2009). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da pós-graduação da Faculdade Autônoma de Direito. E-mail: juliovellozo@gmail.com.