



ESTADUAL DA PARAÍBA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

LUANA MIRELLA MARTINS RUFINO ALVES

**ACORDOS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA: ESTUDO COMPARATIVO DOS
SISTEMAS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO**

CAMPINA GRANDE
2014

LUANA MIRELLA MARTINS RUFINO ALVES

**ACORDOS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA: ESTUDO COMPARATIVO DOS
SISTEMAS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à coordenação do Curso de Direito como requisito para a obtenção do título de bacharela em direito da Universidade Estadual da Paraíba sob orientação da Prof^a. Dr^a. Rosimeire Ventura Leite.

Prof^a. Dr^a. Rosimeire Ventura Leite
Orientadora

CAMPINA GRANDE
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A474a Alves, Luana Mirella Martins Rufino
Acordos entre acusação e defesa [manuscrito] : estudo comparativo dos sistemas brasileiro e norte-americano / Luana Mirella Martins Rufino Alves. - 2014.
63 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite,
Departamento de Direito Público".

1. Processo Penal. 2. Transação Penal. 3. Plea bargaining. I.
Título.

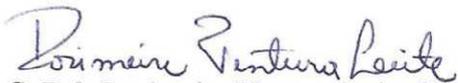
21. ed. CDD 345.05

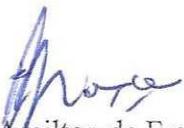
LUANA MIRELLA MARTINS RUFINO ALVES

**ACORDOS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA: ESTUDO COMPARATIVO DOS
SISTEMAS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à coordenação do Curso de Direito como requisito para a obtenção do título de bacharela em direito sob orientação da Prof.^a. Dr.^a. Rosimeire Ventura Leite.

Aprovada em 20/11/2014.


Prof.^a. Dr.^a. Rosimeire Ventura Leite (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Me. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Esp. Laplace Guótes Alcoforado de Carvalho
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha mãe, pelo carinho,
atenção, companheirismo e
compreensão, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por dar sentido à vida no Universo, por meio da fé.

À minha mãe, pelo cuidado e zelo desde o meu nascimento aos dias de hoje, pela amizade sincera e pelo amor incondicional.

Ao meu pai, por me inspirar no âmbito profissional, ensinando que trabalhar no que gosta é sinônimo de trabalho bem feito, e de felicidade, acima de tudo.

Ao meu irmão, pelo companheirismo singular e pelos momentos de distração.

À minha orientadora Prof^a. Dr^a. Rosimeire Ventura Leite, pelas conversas instigantes e norteadoras, que proporcionaram o encontro do objeto deste trabalho.

Aos professores desta instituição, que me ensinaram o gosto pelo Direito, tornando-o instigante e desafiante, especialmente Dr. Hugo de César Gusmão, Dr^a. Maria Cezilene A. de Moraes, Dr. Ricardo Vital, Dr. Félix de Araújo Neto, Prof. Me. Amilton França, Dr^a. Aline Lobato Costa, Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho e M^a. Maria do Socorro Bezerra Agra.

Aos meus amigos, por entenderem a minha ausência e apoiarem-me, através de incentivos exagerados, mas necessários.

Às amigas Ellen, Mirã, Renata e Síntia, surgidas no contexto universitário, mas que transcenderam a esfera profissional, tornando-se muito queridas e companheiras para o resto da vida.

Aos meus colegas de classe, pelos sorrisos e momentos de companheirismo e, acima de tudo, por tornar essa trajetória, rumo ao bacharelado em Direito, mais amena e prazerosa.

À minha família, por estar presente em todos os momentos, principalmente a Francisco Júnior e Amanda Gisele, meus irmãos de alma.

Ao meu avô Roberto Dias Martins (*in memoriam*), por me apresentar o significado da fé e mostrar-me que o conhecimento não está apenas nas instituições de ensino, mas, sobretudo, na mente daqueles que podem ver além.

“Quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será.” Cesare Beccaria.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo comparativo acerca dos modelos consensuais penais brasileiro e estadunidense, personificados nos institutos da transação penal e do plea bargaining, respectivamente. O consensualismo é visto como solução para a crise do Poder Judiciário, pois possibilita uma resolução de conflitos mais célere, inclusive na área penal. Trata-se de tendência mundial, com aplicação relativamente recente no direito pátrio, mas de uso amplo e antigo no direito norte-americano, cuja importância para a administração da justiça é consagrada. Por isso, pretende-se verificar quais são as semelhanças entre a transação penal e os acordos penais norte-americanos, bem como o grau de influência destes sobre o nosso sistema. Justifica-se o tema pela atualidade, bem como pelas controvérsias que suscita, tendo em vista a necessidade de harmonizar o anseio por celeridade com o respeito a direitos e garantias da pessoa acusada. Trata-se de pesquisa documental e bibliográfica, pautada na jurisprudência e na doutrina referentes aos dois institutos. Ao final da pesquisa, sustenta-se que há muitas diferenças entre o modelo brasileiro e o norte-americano. Contudo, o ordenamento pátrio é cada vez mais influenciado pelo modelo norte-americano, como se observa nas inovações contidas no Projeto do Novo Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Transação penal. *Plea bargaining*. Estudo comparado.

ABSTRACT

This paper aims to perform a comparative study of the Brazilian and US consensual models, personified in the institutes of criminal transaction and plea-bargaining, respectively. The consensualism can be the solution to the Judiciary Crisis for provides the resolution of conflicts rapidly, including in the criminal area. It is a global trend, where the application is relative new in Brazilian Law, but north-American lawyers use it for many years and in extensive use. Therefore, this work intends to identify which are the similarities between criminal transaction and north-American plea agreement, both with plea bargaining influence on Brazilian consensual model. This topic is justified by the present and controversies that it makes, since it is necessary to harmonize desire to speedy with respect of defendant's rights and guarantees. Through a documental and bibliographical research, based on the jurisprudence and doctrine on both institutes in their countries, outlines about their procedures and political and economics fundaments were drawn. In the end, it is shown the differences between criminal transaction and plea-bargaining. However, Brazilian Law is growing influenced by American model, especially in the Project of New Brazilian Procedural Criminal Code.

KEY WORDS: Criminal Transaction. Plea bargaining. Comparative Study.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE REGRADA NO DIREITO PÁTRIO.....	11
2.1	PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	12
2.1.1	Conceito do princípio da obrigatoriedade.....	14
2.1.2	Histórico	15
2.1.3	Reflexos do princípio da obrigatoriedade na persecução criminal.....	16
2.2	PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE REGRADA: CONCEITO E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO	17
3	ACORDO ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	19
3.1	CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI 9.099/95	21
3.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSAÇÃO PENAL	22
3.3	ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL	23
4	ACORDOS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA NO DIREITO NORTE-AMERICANO	32
4.1	OBSERVAÇÕES SOBRE O <i>PLEA BARGAINING</i>.....	33
4.2	MODALIDADES DE ACORDO	39
4.3	PROCEDIMENTO DO <i>PLEA BARGAINING</i>	41
5	NEGOCIAÇÃO PENAL NOS MODELOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	42
5.1	ANÁLISE COMPARATIVA DOS DOIS MODELOS	44
5.2	INFLUÊNCIA DO MODELO NORTE-AMERICANO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	48
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Os olhos do mundo sempre se voltaram para os Estados Unidos da América, em razão das suas inovações sociais e jurídicas. Essa ex-colônia inglesa foi a primeira a declarar independência¹ e a aplicar as ideias iluministas ao seu governo, criando uma Constituição que garantia os direitos individuais.

Rapidamente, destacou-se no cenário mundial, em face da sua crescente industrialização. Com a 1ª Guerra Mundial, tornou-se a primeira potência econômica e armamentista do planeta, sendo a grande vencedora nas guerras subsequentes – 2ª Guerra Mundial e Guerra Fria.

Na área jurídica, também é considerada e respeitada por sua produção doutrinária e jurisprudencial, posto que estão, em seu território, as maiores universidades no âmbito do estudo do direito. Em face de sua produção jurídica avançada, como a disseminação de seu processo penal por meios de comunicação, através de filmes e seriados, os quais maravilham leigos e *experts* no mundo inteiro, entende-se o recorrente estudo do sistema jurídico estadunidense pelos juristas, especialmente voltados para a sua principal forma de condenação: o *plea bargaining*.

O *plea bargaining* é um acordo realizado entre a acusação e a defesa, em que o acusado confessa o delito e/ou renuncia ao direito de recorrer, recebendo em troca várias vantagens concedidas pelo Ministério Público, como o número e a natureza das imputações, pena mais leve do que a legalmente prevista, execução mais benéfica, direito à condicional, entre outros.

Trata-se de um instituto singular pertencente aos países filiados ao sistema do *Common Law*, pautado na ideia do processo das partes e na ampla discricionariedade dispensada à atuação ministerial.

O referido *plea bargaining* é um modelo consensual no âmbito penal que tem muito prestígio nos países em que é aplicado, pela rapidez em que a pena é decretada, fato que resulta em um alto número de condenações, com economia de recursos financeiros e de pessoal nos Tribunais. Por outro lado, percebe-se uma crise generalizada do Poder Judiciário

¹ A razão das 13 colônias inglesas se unirem e serem pioneiras na Declaração de Independência foi a forma de controle da metrópole, que era “fraca”. Quando esta tentou aplicar o modelo colonizador utilizado pela Espanha e por Portugal, era tarde demais, fato que gerou a irritação dos colonos e instigou o seu grito de independência (MORAIS; FERNANDES; PURDY, 2011, p. 26).

ao redor do mundo, cuja morosidade e custos fazem ser uma instituição questionada pela população.

Uma das soluções encontradas pela doutrina para essa crise foi a Justiça Consensual, tanto no âmbito cível como no penal, que permite a resolução mais célere dos conflitos, com base no consenso entre as partes.

Alinhando-se a essa tendência mundial, o legislador pátrio passou a incentivar a via consensual para a resolução do conflito, primeiramente no direito civil, por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem, e, posteriormente, na área criminal, através dos institutos estabelecidos na Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Na seara penal, a Justiça Consensual há muitos anos é aplicada no sistema processual norte-americano, sendo a principal forma de condenação, por meio do *guilty plea*, a contrapartida da defesa mais requisitada pela acusação. Os seus resultados, embora criticados por alguns estudiosos, são consagrados pela própria Justiça, posto que são considerados fundamentais para uma boa administração judicial.

Diante desse contexto, a presente monografia tem por objetivo estudar o modelo estadunidense de negociação entre a acusação e a defesa, denominada de *plea bargaining*, com vistas a entender seus mecanismos, seus fundamentos políticos e sociais, e as suas consequências para o sistema processual. Além disso, pretende-se visualizar quais as influências desse instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Justifica-se o tema pela atualidade, assim como pelas controvérsias que ainda gera. Com efeito, para além do interesse na celeridade processual, é preciso conciliar tal propósito com o respeito aos direitos e garantias da pessoa acusada, resguardando os preceitos constitucionais.

Optou-se por empreender um estudo comparativo entre os sistemas processuais dos Estados Unidos e brasileiro, para analisá-los separadamente e, posteriormente, confrontá-los, permitindo uma nova visão sobre ambos os institutos, baseada na doutrina e na jurisprudência de ambos os países. Ao mesmo tempo, buscou-se visualizar quais caminhos devem ser tomados em relação ao modelo consensual.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa teórica, com dados obtidos em *sites* oficiais do governo brasileiro e norte-americano, realizada juntamente com uma pesquisa bibliográfica, através de consulta de obras referenciais sobre a matéria e da jurisprudência. Também analisou-se o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, cuja votação se encontra pendente na Câmara dos Deputados.

Conclui-se, por fim, que os acordos entre a acusação e a defesa no processo penal nos sistemas estudados são nitidamente diferentes, mas trazem em seu bojo uma ideia comum: dar celeridade processual. Desse modo, verifica-se que o *plea bargaining* e seu sucesso no direito estadunidense influenciaram o modelo consensual brasileiro, em especial com o “Procedimento Sumário” inserido no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal Brasileiro, mas não houve uma importação estanque do instituto alienígena, pois foi adaptado para as necessidades e princípios norteadores do nosso sistema processual.

2 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE REGRADA NO DIREITO PÁTRIO

Para se analisar e entender melhor um sistema normativo, como o funcionamento de seus institutos, faz-se necessário estudar os seus princípios norteadores, considerados estes como normas-chave de todo o sistema jurídico, conforme os ensinamentos de Bonavides (2011).

Embora atualmente a normatividade dos princípios esteja consolidada e seja consenso na doutrina, a sua importância jurídica foi questionada, posto que passou por um lento processo de mudança de perspectiva no direito e na doutrina.

Inicialmente, durante a fase denominada jusnaturalista, os princípios são reconhecidos como “axiomas jurídicos”, mas sua normatividade é nula e duvidosa, já que figura no campo da abstração (BONAVIDES, 2011, p. 259-262).

Em um segundo momento, durante o positivismo, os princípios ingressam nos Códigos, como “válvulas de escape”, conforme as precisas palavras de Gordillo Cañas (*apud* BONAVIDES, 2011, p. 262), sendo inferidos do próprio ordenamento jurídico, através de um processo de indução, e servindo para suprir eventuais lacunas no sistema.

Por fim, no pós-positivismo, os princípios ganham todo o reconhecimento que merecem dentro do sistema jurídico, e são considerados como núcleos dos ordenamentos que integram.

Assim, após o reconhecimento da normatividade dos princípios, esses são entendidos como normas, juntamente com as regras, tendo características que as fazem diferenciar-se entre si, de forma qualitativa. Segundo Alexy (1993, p. 86-87), os princípios são mandados de otimização, que ordenam a realização de algo na medida do possível, em face de condições jurídicas reais existentes. Por outro lado, as regras estariam caracterizadas por sua validade, já que poderiam ser cumpridas ou não. Caso houvesse conflito de regras, uma delas seria invalidada e expulsa do ordenamento jurídico, diversamente do que ocorre quando há conflito entre princípios, ocasião em que é aplicada a ponderação, de acordo com o caso concreto.

Quanto à conceituação do termo *princípio*, como afirma Borges (2010, p. 247), os autores levam em conta diversos critérios, entre eles, a fundamentalidade, a abstração e a hierarquia, para defini-lo, sem chegar, por isso, em uma uniformização. Todavia, todos são unânimes em relação à importância desse gênero normativo dentro do ordenamento jurídico moderno.

Nesse diapasão, as palavras de Reale (2002, p. 304) são precisas quanto à importância

dos princípios, embora se refiram aos princípios gerais do direito:

[...] princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.

Os princípios são essenciais ao ordenamento jurídico em face de suas funções interpretativa, integrativa, diretiva, fundamentadora, supletiva e limitativa, que unificam e harmonizam os ramos jurídicos existentes.

Do exposto, restou-se comprovada a importância de se iniciar um estudo comparado do modelo de acordo penal no Brasil e nos Estados Unidos da América a partir dos princípios que orientam os processos penais de cada país, compreendendo-se, desse modo, o sistema processual adotado e as formas de funcionamento dos institutos em análise.

Primeiramente, discutir-se-á acerca do princípio fundamental do sistema acusatório adotado no Brasil, denominado do princípio da obrigatoriedade ou da legalidade. E, a seguir, serão apresentadas as mudanças decorrentes da Lei nº 9.099/1995, que instituiu e regulamentou os Juizados Especiais Criminais, os quais alteram, em tese, o princípio processual principal do ordenamento pátrio.

2.1 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Como demonstrado anteriormente, os princípios servem de baliza tanto para o ordenamento jurídico, como para os seus diversos ramos, possibilitando uma harmonização e uma aplicação sistemática do direito nacional.

Desse modo, os estudos de praticamente todas as disciplinas jurídicas iniciam-se com os princípios norteadores de todo o sistema e os específicos, permitindo uma compreensão melhor da matéria, isoladamente, a partir da concepção de ramo jurídico, como inserida no direito entendido em sua totalidade.

No campo processual não é diferente, posto que é submetido a uma série de princípios que têm por funções, entre outras, as de estruturar as leis do processo e limitar o alcance de sua interpretação (PODETTI *apud* JARDIM, 2003, p. 101).

O direito processual, nas palavras de Grinover, Cintra e Dinamarco (2011, p. 46), é um instrumento a serviço do direito material. Portanto, só se pode aplicar uma sanção penal após decretada a condenação por meio de um processo que respeita o devido processo legal.

A legalidade é um princípio constitucional, basilar de todo o ordenamento jurídico

brasileiro, e originário de um Estado Democrático de Direito, conforme previsto na Constituição Federal, no *caput* do art. 1º.

Nada mais natural, portanto, que o princípio-mor do direito processual penal brasileiro seja o princípio da legalidade, ou da obrigatoriedade da ação penal pública.

A ação penal é o “direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo”, segundo ensina Jesus (2011, p. 703), baseado nas ideias de José Frederico Marques. Assim, a ação é o meio pelo qual o indivíduo tem de requerer a reparação de um direito violado (BITENCOURT, 2010, p. 791). No âmbito penal, a ação será a forma que o Estado tem de punir aqueles que descumpriram suas normas mandamentais e agrediram um direito considerado tão importante, que foi tutelado pelo direito penal.

Pode-se classificar a ação penal em penal e pública, de acordo com o objeto jurídico do delito e o interesse do sujeito passivo do fato em movimentar a máquina judiciária (DAMÁSIO, 2011, p. 703).

A ação penal pública, regra no sistema processual brasileiro, é aquela em que o Ministério Público é o seu titular exclusivo, cuja peça vestibular é a denúncia e seu princípio norteador é o da obrigatoriedade. Essa modalidade de ação se subdivide em ação pública incondicionada, em que a atuação do *Parquet* independe de qualquer manifestação do ofendido, seus representantes ou do Ministro de Justiça, e a ação pública condicionada, que pode ser à representação ou à requisição.

A ação penal exclusivamente privada é, por sua vez, aquela em que o seu titular é o ofendido, o qual movimenta a máquina judiciária através da queixa, e que se baseia na disponibilidade em seu exercício. E, por fim, a ação penal privada subsidiária da pública, por meio da qual se permite, ao ofendido ou a seus representantes legais, atuar de forma suplementar ao órgão de acusação, em face de sua inércia, ao representar uma forma de controle da atuação do Ministério Público (MP) e do princípio da obrigatoriedade.

Como não é o objeto desse trabalho discorrer sobre cada modalidade de ação penal, focar-se-á na ação penal pública, cujo princípio basilar é de extrema importância para que se possa entender os acordos penais e sua possível legalidade.

2.1.1 Conceito do princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade, ou da legalidade, é uma decorrência da democracia, na qual não é dado ao servidor do Estado dispor do interesse coletivo, sobretudo daqueles direitos protegidos pelas normas penais.

Assim, mesmo que não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico, ele é visível em todo o sistema processual, pois o legislador escolheu o sistema acusatório, que abrange as funções de investigar, acusar e julgar, cada uma das quais atribuídas a órgãos diferentes. Por isso, impõe-se a necessidade de requerimento ao órgão acusador para movimentar o Poder Judiciário e vincular-se, a decisão judicial do representante judicial, aos termos da denúncia.

Há autores, a exemplo de Feitoza (2010, p. 59-67), que afirmam estar em voga no país acreditar que o sistema vigente é o acusatório, o que não seria verdade. Para ele, adota-se, no Brasil, um sistema misto o qual mistura, na prática, o sistema inquisitivo, que era comum na Idade Média – em que a acusação e a decisão ficam nas mãos de apenas um órgão – e o acusatório. Tal entendimento é embasado por ele na persecução penal como um todo, ou seja, é iniciada pelo Inquérito Policial, de caráter sigiloso e nitidamente inquisitivo, e pelo Processo Penal, que é fundado nos ideais acusatórios. Na dimensão constitucional, reconhece-se que foi adotado o sistema acusatório.

Assim, o princípio da legalidade nas ações penais seria uma consequência lógica do sistema acusatório adotado ao nível constitucional, pois, nas palavras de Jardim (2003, p. 100): “[...] a eleição por parte do sistema processual de um ou outro princípio dependerá do desenvolvimento político e social, dos valores éticos e democráticos cultuados pela sociedade”.

Como Constituição Brasileira é democrática, baseada no pluralismo político e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa, para a qual existem inúmeros direitos e garantias em todo o ordenamento para protegê-la, nada mais óbvio que adotar o sistema acusatório em seu direito processual penal.

Em uma perspectiva prática, pode-se entender o princípio da obrigatoriedade como o “dever de os órgãos persecutórios criminais obrigatoriamente atuarem, desde que concorram as condições exigidas pela lei, não podendo utilizar critérios políticos e de utilidade social para decidirem se atuarão” (FEITOZA, 2010, p. 226).

Caso o órgão acusador visualize indícios de materialidade e de autoria, e se não houver empecilhos legais para a sua atuação, deve agir obrigatoriamente, e apresentar a denúncia nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal (CPP).

2.1.2 Histórico

O princípio da obrigatoriedade surgiu e se desenvolveu conjuntamente, ou como uma

decorrência do seu oposto: o princípio da disponibilidade ou da oportunidade da ação penal.

No Egito Antigo, vigorava o princípio da obrigatoriedade, no qual as testemunhas eram obrigadas a noticiar o crime, sob pena de serem castigadas. Para o povo hebreu, a obrigatoriedade da acusação abrangia, por sua vez, os juízes e os ofendidos, que não podiam dispor da persecução criminal (FELÍCIO, 2011, p. 1).

Diversamente, dos dois exemplos anteriores, os mesopotâmicos tinham a disponibilidade de ingressar ou não com uma contenda penal (FELÍCIO, 2011, p. 1).

O sistema processual penal grego se baseava no sistema acusatório, pelo qual havia a obrigatoriedade de atuação do magistrado, no caso de interesse coletivo, e disponibilidade na acusação privada – sistema similar ao vigente hoje no Brasil (FELÍCIO, 2011, p. 1).

Em Roma, inicialmente, a persecução criminal era obrigatória, mas tinha um nítido caráter inquisitivo. Na República, com o aumento do poder dos juízes, vigorou o princípio da disponibilidade da acusação. Por fim, com o surgimento da jurisdição dos magistrados do *principis*, foi definitivamente consagrada a obrigatoriedade de empreender-se a persecução criminal (FELÍCIO, 2011, p. 1).

No direito canônico, cuja principal característica é a do sistema inquisitivo, a persecução criminal estava no âmbito da discricionariedade do ofendido, mas, uma vez certificada a existência de um delito, era dever dos juízes julgá-lo (FELÍCIO, 2011, p. 1).

Com relação ao princípio da obrigatoriedade no Brasil, ele sempre esteve presente como propulsor mestre do processo penal. Inicialmente, estava previsto nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, que vigoraram aqui até 1832. Assim, no direito lusitano e de sua colônia, o ofendido era obrigado a apresentar sua *querela* (similar a atual queixa) aos tabeliães, tendo a disponibilidade de prosseguir ou não com a persecução. Todavia, caso não quisesse desistir da demanda, o juiz atuaria nela *ex officio*, desde que não fossem crimes leves, cuja persecução era marcada também pela discricionariedade de atuação dos magistrados (FELÍCIO, 2011, p. 1).

Com a promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832, o princípio da legalidade da ação penal foi previsto expressamente, nos artigos 37 e 74 (CAMPOS, 2014), embora houvesse exceção no caso dos crimes estritamente particulares. As querelas foram abolidas e criadas as queixas.

No Código Penal da República de 1890, a obrigatoriedade continuava como regra, excetuando-se nos crimes contra a honra, os de natureza sexual e os delitos de furto e roubo.

A Constituição Federal de 1891 estabeleceu a legislação concorrente em matéria processual penal, possibilitando que cada Estado-membro criasse o seu. A regra continuou a

ser o princípio da obrigatoriedade, seja de forma expressa, como nos Códigos de Minas Gerais e da Bahia, seja de forma tácita.

Por fim, foi criado o Código de Processo Penal, em 1941, que unificou, mais uma vez, esse ramo jurídico, cuja criação voltou a ser de competência exclusiva da União. Esse é o diploma legal ainda em vigor, e, como já demonstrado, seu princípio basilar é o da obrigatoriedade da ação penal pública.

2.1.3 Reflexos do princípio da obrigatoriedade na persecução criminal

Embora a maioria dos doutrinadores entenda o princípio da obrigatoriedade destinado quase com exclusividade para o Ministério Público, ao qual lhe é imposto o dever de promover a ação penal pública, desde que presentes os requisitos para tanto, Bonfim (2009, p. 66) apresenta um caráter bifronte dele, ao afirmar que esse princípio também se destina à autoridade policial, obrigando-o a instaurar inquérito policial sempre que se saiba de um fato delituoso.

Com relação ao Ministério Público, o referido princípio serve como norteador de sua atuação, limitando-a. Assim, não cabe ao órgão acusatório analisar a oportunidade e a conveniência de uma ação penal, devendo instaurá-la de pronto, através do oferecimento da denúncia.

O princípio da obrigatoriedade, por ser o reitor do processo penal brasileiro, originou outros princípios processuais penais, podendo-se citar os princípios da indisponibilidade, oficialidade e da indivisibilidade.

O princípio da indisponibilidade estabelece que o *Parquet* não pode dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado. Assim, não pode desistir dela após a sua propositura. Segundo Oliveira (2012, p. 124), a única distinção entre esse e o princípio da obrigatoriedade é o momento processual em que regem, sendo o primeiro a partir da ação penal e o segundo antes dela.

O princípio da oficialidade significa que o Ministério Público, por ser o órgão incumbido de promover a ação penal, deve fazê-lo de ofício (COSTA JÚNIOR, 2010, p. 313).

E, por fim, o princípio da indivisibilidade, que impõe ao Ministério Público oferecer denúncia em relação a todos os autores e partícipes do delito. Para Jardim (2003, p. 115), tal princípio é consequência lógica da obrigatoriedade, não necessitando estar expresso na legislação, como está o referido princípio no caso das ações penais privadas.

No caso de haver arquivamento, afirma Jardim (2003) que o juiz funciona como fiscal

do princípio da obrigatoriedade, por isso ele analisa o pedido do Ministério Público nesse quesito e, caso não concorde, envia os autos ao Procurador-Geral, cuja decisão prevalecerá, conforme o art. 28 do CPP.

Inúmeros são os reflexos do princípio em estudo no processo penal, entre eles, é importante apresentar a ação penal privada subsidiária da pública, cuja titularidade do ofendido surge com a inércia do *Parquet* e que tem como objetivos fiscalizar a atuação do MP e a obediência ao princípio da obrigatoriedade. Por isso, como demonstra Jardim (2003, p. 124), o art. 29 do CPP impõe que, após o oferecimento da “queixa subsidiária”, o juiz determine vistas ao órgão acusatório, para que, havendo necessidade, adite a queixa ou apresente denúncia substitutiva.

Diante do exposto, observa-se a importância da obrigatoriedade da ação penal no sistema processual brasileiro, influenciando todas as suas fases, inclusive as pré-processuais.

2.2 PRINCÍPIO DA DISPONIBILIDADE REGRADA: CONCEITO E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Após o advento da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o entendimento majoritário na doutrina é o de que houve uma mudança no sistema processual brasileiro, posto que foi estabelecido o princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada.

Há muito tempo os juristas já sentiam que era preciso flexibilizar o princípio da obrigatoriedade, em razão do aumento da criminalidade e pela impossibilidade de levar a julgamento todos os fatos típicos previstos. Assim, permitir a análise da conveniência e necessidade em certos casos era fundamental para diminuir o excesso de trabalho no Poder Judiciário, e possibilitar que esse se focasse em crimes mais complexos e mais gravosos do ponto de vista social.

A disponibilidade da ação penal, entretanto, deveria se restringir a certos casos e obedecer a requisitos legais, ressaltando-se que a regra ainda seria a obrigatoriedade. Desse modo, ter-se-ia a aplicação do princípio da obrigatoriedade mitigada, segundo a qual o “Ministério Público fica adstrito às hipóteses legais, mas lhe é conferido um poder discricionário, através da qual ele pode agir livremente, todavia dentro dos ditames da lei, nos limites por ela estabelecidos e sob sua fiscalização” (STASIAK, 1998, p. 182).

Não é unânime o entendimento doutrinário segundo o qual a discricionariedade adentrou no ordenamento brasileiro após a retromencionada lei ter entrado em vigor. Alguns

autores visualizam manifestações desse princípio anterior a 1995, como nos casos de arquivamento. Outros afirmam que apenas após a Lei dos Juizados Especiais surgiram pontos de oportunidade na ação penal pública (LEITE, 2013, p. 261).

Uma das manifestações da discricionariedade, segundo Marques (*apud* FERNANDES, 2010, p. 190), seria a possibilidade de arquivamento, em razão da imprecisão da expressão “razões invocadas” encontrada no art. 28 do CPP.

Diferentemente do apresentado, Jardim (2003, p. 106-108) afirma que não se trata de incidência da oportunidade de exercício da ação penal, pois o Ministério Público só pode requerer o arquivamento se não houver as condições mínimas para a instauração do processo penal, quais sejam, indícios suficientes de materialidade e autoria. Assim, o *Parquet* pode agir discricionariamente desde que suas decisões estejam vinculadas apenas à existência ou não de tais indícios. Caso entenda que estejam presentes as condições da ação, deve obrigatoriamente oferecer a denúncia.

Grinover, Cintra e Dinamarco (2011) visualizam uma atenuação do princípio da obrigatoriedade na possibilidade do arquivamento, mas afirmam que esse ocorre em benefício do princípio da ação. Os referidos autores também apresentam como limitações à obrigatoriedade da ação penal a ação penal privada, os crimes de ação penal pública condicionada à representação e à requisição do Ministro da Justiça, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Os autores Jardim (2003) e Oliveira (2012) não concordam com a tese de mitigação do princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro, ao afirmar que a regra ainda é o dever do Ministério Público em oferecer denúncia desde que presentes as condições legais.

Vale ressaltar que Jardim (2003, p. 106 e 129) defende a impossibilidade de aplicação parcial do princípio da obrigatoriedade, embora o legislador possa estabelecer hipóteses de não incidência dele, nos casos mais relevantes, como ocorre com o instituto da suspensão condicional do processo.

Oliveira (2010, p. 125-128) reconhece, por sua vez, o afastamento da obrigatoriedade da ação penal apenas quanto à sanção a ser proposta, caso haja o aceite pelo acusado e pela defesa da transação penal. Todavia, ele ressalva que o Ministério Público é obrigado a propor o acordo, desde que o alegado preencha as condições previstas no art. 76, § 2º, incisos I, II e III da Lei nº 9.099/1995.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 696, que trata da hipótese de recusa do MP em apresentar a benesse da suspensão condicional do processo àquele que preencha os requisitos legais, aplicando-se analogicamente aos casos similares

ocorridos com a transação, *in verbis*:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Preenchido os requisitos para a transação penal, mas com a recusa do MP de apresentar a proposta, de forma justificada ou não, o juiz, discordando, remeterá os autos para o Procurador-Geral para que decida definitivamente sobre a aplicação, ou não, desse modelo consensual. Portanto, a decisão final sobre a transação penal cabe ao próprio *Parquet*.

3 ACORDO ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Com o fim da vingança privada, o Estado toma para si o *ius puniendi*, segundo o qual ele diz e aplica uma sanção penal, por meio de um processo, respeitados os preceitos legais. É a observância do princípio *nulla poena sine iudicio*.

Desse modo, todas as punições deveriam advir de decisões judiciais, e todas as infrações deveriam ser punidas. Posteriormente, com a Revolução Francesa, foram conquistados e estabelecidos diversos direitos e garantias ao indivíduo, que não poderiam ser desrespeitados em momento algum, de modo que restou limitado o poder estatal, inclusive no âmbito processual.

Esses fatos tornaram o processo mais lento, em razão da maior preocupação com o réu, que deixa de ser um objeto processual, e passa a ser um sujeito de direitos e deveres.

O aumento populacional e o conseqüente aumento da criminalidade, juntamente com os processos longos, pautados por inúmeros mecanismos de defesa e pela busca da verdade real através das provas, ocasionaram um acúmulo de trabalho nos Tribunais. Tais problemas não são novos, já eram sentidos antes da promulgação da atual Constituição Federal, conforme ensina Grinover (1987, p. 193):

[...] é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária, do outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o código lhe atribui; a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante conseqüência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos “justiceiros”).

Embora passados mais de 30 anos da descrição acima feita pela Prof^ª. Grinover e, após ter sido promulgada a Constituição Cidadã de 1988, a percepção dos trabalhos nos Tribunais, e os seus reflexos sociais continuam praticamente os mesmos. Basta circular nos meios de comunicação físicos ou virtuais, que se veem reportagens e notícias nesse sentido.

Nesse diapasão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, recentemente, que a metade das pessoas que procuram a Ouvidoria do CNJ referem-se à morosidade no

juízo de ações judiciais, e que, desse total, 98% foram de reclamações (MONTENEGRO, 2014).

Corroborando com as percepções da referida autora, houve, neste ano de 2014, uma série de notícias e vídeos que versaram sobre grupos de pessoas que batiam em indivíduos pegos em flagrante delito, de modo que, em um dos casos, um criminoso foi preso em um poste, sem roupas (LUCCIOLA, 2014). Outra notícia no mesmo sentido foi divulgada no site G1 (da Bahia), segundo a qual um suspeito de assalto morreu após ser espancado por grupo em Salvador (SUSPEITO..., 2014); houve, similarmente, em Goiânia, uma sequência de crimes praticados pelos intitulados “Justiceiros”, pessoas que se unem para agredir suspeitos de crimes. (JUSTICEIROS..., 2014).

Para reverter esse quadro, que afetava a resposta social ao crime e a própria confiança da população no Poder Judiciário e, conseqüentemente, no próprio Estado, a doutrina passou a defender a ideia da deformalização e delegalização.

A deformalização é apresentada em duas fases: processual e a das controvérsias. A deformalização do processo em si é aquela em que se busca um processo “mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflito de interesses” (GRINOVER, 1987, p. 195). Já a deformalização das controvérsias é pautada por soluções alternativas ao processo, por meios extrajudiciais, como a mediação.

A delegalização subtrai o conflito de uma solução legal, aplicando-se a equidade (DENTI e VIGORITI *apud* FERNANDES, 2010, p. 193).

Embora a crise do Judiciário integre uma discussão mais profunda, e o fato de que as soluções têm de abarcar inúmeros problemas não abordados aqui, em razão desse não ser o foco do presente estudo, houve uma preferência jurídica e doutrinária pela deformalização das controvérsias por meios consensuais, inclusive no direito penal.

Seguindo a tendência mundial, o Brasil insere, de forma definitiva, o modelo consensual de resoluções de conflitos no âmbito penal, através da Lei nº 9.099/1995, que será abordada de forma mais detalhada nesse tópico, versando-se principalmente sobre um dos seus institutos principais: a transação penal.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI 9.099/95

A busca pela deformalização do processo, com vistas a torná-lo mais próximo do

povo, por meio de uma linguagem mais simplificada e menor apego à forma, não é uma ideia pioneira no Brasil, ou que só ocorreu com a Lei nº 9.099/1995.

O primeiro passo para o uso do meio consensual no âmbito jurídico veio com a criação da Justiça do Trabalho, instituída em 1934, em que prevalecia a solução dos conflitos pelo empregador e empregado, por meio de consenso.

Depois, a via conciliatória foi ingressando na seara processual civil, inicialmente com o Código de 1973, que impunha, como obrigatória, a tentativa de conciliação para causas que versassem sobre direitos patrimoniais de caráter privado e sobre litígios familiares (FERNANDES, 2010, p.194).

Vale destacar que a principal manifestação da solução consensual no Brasil foi a criação do Juizado Especial de Pequenas Causas pela Lei nº 7.244, de 8 de novembro de 1984, baseada na experiência bem-sucedida dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento no Rio Grande do Sul (PINTO, 2008).

O Juizado Especial de Pequenas Causas, inspirado também no modelo das *small claims courts* norte-americanas, era pautado na informalidade e na simplicidade, sendo uma via facultativa, a depender da escolha do autor da ação. Enfatizava a solução pelo consenso. Assim, surgia no cenário processual nacional, uma forma de procedimento acessível, rápido, simples e econômico para a resolução de litígios da massa.

Com o sucesso do Juizado retromencionado, abriram-se as portas para o ingresso da consensualidade no âmbito penal. Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, estabeleceu a criação dos Juizados Especiais, cujas competências cível e penal eram, respectivamente, dirimir causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo.

A Carta Magna vigente foi reformadora do ponto de vista processual, posto que previu, expressamente, a transação na seara penal, o que possibilitou soluções consensuais quanto a delitos especificados em lei. Todavia, o constituinte não definiu o que seriam as infrações de menor potencial ofensivo, e deixou tal encargo para o legislador ordinário.

Com vistas a dar efetividade à disposição constitucional, o Estado de Mato Grosso do Sul criou e disciplinou, de forma pioneira, os Juizados Especiais Criminais com a Lei nº 1.071/1990. Seguindo o exemplo, vieram leis estaduais no mesmo sentido na Paraíba, Lei nº 5.466/1991, e, no Mato Grosso do Sul, a Lei nº 6.176/1993. Todas elas traziam uma definição própria do que seriam as infrações de menor potencial ofensivo (LEITE, 2013, p. 149-150).

Questionada a constitucionalidade sobre essas leis estaduais, em razão da Constituição Federal expressamente designar como exclusiva a competência da União para legislar em

matéria penal e processual penal, conforme o art. 22, inciso I, do referido diploma, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessas leis no *habeas corpus* 71.713. (BRASIL, 1994).

Após sanado esse vácuo legislativo e tornado efetivo o preceito constitucional, foi criada a Lei nº 9.099/1995, que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis em sua primeira parte, o que ampliou a função do anterior Juizado de Pequenas Causas e trouxe, em seu bojo, na segunda parte, disposições sobre os Juizados Especiais Criminais.

Desse modo, o Brasil entrava no grupo de países que adotavam o modelo consensual em sede criminal, pautado pela descriminalização de forma indireta, através do processo (JARDIM, 2003, p. 336) ou, mais especificamente, como afirma OLIVEIRA (2012, p. 742), pela desencarcerização.

A competência material dos referidos juizados são as infrações de menor potencial ofensivo, entendidas como “[...] as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não” (Lei nº 9.099/1995, art. 61).

Ressalta-se que os procedimentos instituídos pela lei também são aplicáveis aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos (Lei nº 10.141/2003, art. 94), embora não sejam infrações penais de menor potencial ofensivo, como afirma Oliveira (2010, p. 748). Por outro lado, não se aplicam aos crimes definidos na Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Embora a potencialidade lesiva dessas infrações penais seja baixa, elas não se confundem com os delitos de bagatela, cujo grau de ofensa ao direito e à sociedade é tão baixo que não deveriam ser perseguidos. Nesse sentido, explica Leite (2013, p. 154):

[...] os delitos de menor potencial ofensivo não se confundem com infrações de bagatela. Estas se caracterizam por representar lesão tão ínfima ao bem jurídico alheio que sequer mereceriam tratamento penal. Obedecendo à ideia do direito penal como *ultima ratio*, nos delitos de bagatela dever-se-ia recorrer à descriminalização ou ao princípio da insignificância. Já as infrações de menor potencial ofensivo ostentam gravidade suficiente para autorizar a intervenção penal, mesmo que de maneira mais branda.

Por fim, é importante citar os critérios orientadores do Juizado Especial Criminal (JECrim), pois eles vão ser a base de todo o procedimento sumariíssimo, aplicável naquela jurisdição, sendo eles: oralidade; informalidade; economia processual e celeridade.

Em relação às suas finalidades, existem a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (Lei nº 9.099/1995, art. 62), sendo esta última

realizada principalmente pela transação penal (BADARÓ, 2009, p. 37), instituto objeto deste estudo.

Os dois outros institutos que também visam à não aplicação da pena privativa de liberdade são a composição civil dos danos e a transação penal.

O procedimento regulado na Lei ora analisada impõe que, após a ocorrência de um fato definido como infração de menor potencial ofensivo, seja lavrado o termo circunstanciado, que será remetido ao Juizado Especial Criminal competente, o qual designará dia e hora para a ocorrência da audiência preliminar. Comparecendo a este o suposto autor do fato, a vítima e o seu responsável civil, caso haja necessidade (nas hipóteses do art. 927 e ss. do Código Civil), o juiz tentará a composição civil.

A composição civil é a possibilidade que a vítima e o suposto autor do fato têm para chegarem a um acordo, de modo que este deve pagar os danos causados. Se houver composição, o juiz deve homologá-lo, e a sentença valerá como título executivo no juízo cível (Lei nº 9.099/1995, art. 74, *caput*).

Da sentença que homologa a composição civil não cabe a interposição de recurso, e seus efeitos são diversos, a depender da espécie da ação penal. Se a ação for privada ou pública condicionada à representação do ofendido, haverá a renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação, respectivamente, caso em que declarada a extinção da punibilidade do agente (CP, art. 107, IV). Caso a ação seja pública incondicionada, não haverá efeito direto sobre a persecução criminal.

Não ocorrendo a composição civil, tentará o juiz a transação penal, proposta pelo Ministério Público e que deverá ser aceita pelo arguido e por sua defesa, na qual restará determinada uma sanção penal, seja pena pecuniária, seja pena restritiva de direitos. Maiores considerações sobre esse instituto serão feitas a seguir.

Caso não ocorra transação penal, ou não haja proposta pela ausência de um dos requisitos legais, o *Parquet* apresenta a denúncia oral, na própria audiência preliminar, e, se for o caso, apresenta as condições para a suspensão condicional do processo, que deverão ser aceitas pelo acusado.

A suspensão condicional do processo ou *sursis* processual é um instituto da Lei nº 9.099/1995, de base consensual, que paralisa o processo instaurado, estabelecendo uma série de condições a serem cumpridas pelo acusado por um período probatório, variante entre 2 a 4 anos. Passado esse prazo e cumpridas todas as determinações, será decretada a extinção da punibilidade do suposto autor do fato.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é um instituto jurídico de base consensual no âmbito do processo criminal, instituído pela Lei nº 9.099/1995, em seu art. 60, § único, e art. 72, como na Magna Carta, no art. 98, inciso I.

A ideia de não aplicar uma pena mais gravosa, como a pena privativa de liberdade ou os castigos físicos, não é nova. No Código de Urukagina, datado de 2350 a.C., cuja compilação física nunca foi encontrada, havia expressa, segundo outros textos que lhe faziam referência, a possibilidade de qualquer dano ser reparado por multa em dinheiro ou em cereal. No Código de Ur-Nammu, também criado pelos povos que viveram na Mesopotâmia por volta de 2100-2050 a.C., havia a possibilidade de aplicação de penas pecuniárias ao invés das penas talianas, cuja base principal era a retribuição igualitária do dano causado. (ALBERGARIA, 2011, p. 18-19).

Na Lei das XII tábuas, criada pelos mentores jurídicos do Ocidente (os romanos) continha um dispositivo que citava nitidamente o acordo entre a acusação e a vítima como forma de não se aplicar a pena taliana, *in verbis*: "Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo". (DUARTE, 1999, p. 1).

O modelo brasileiro de acordo penal entre acusação e defesa é único, não existindo paralelo em nenhum outro país, embora possam ser verificadas as influências do *patteggiamento* italiano e do procedimento sumariíssimo lusitano.

Em linhas gerais, pode-se descrever o *patteggiamento*, após as mudanças sofridas no instituto com o Código de Processo Penal italiano de 1988, como forma consensual na seara penal, em que as partes, em comum acordo, ou proposto por um e anuído pelo outro, requerem ao juiz, antes dos debates, a aplicação de sanção substitutiva (liberdade controlada, semi-detenção ou pena pecuniária) ou de pena privativa de liberdade não superior a cinco anos, segundo a reforma ocorrida em 2003. Assim como no modelo brasileiro, não há determinação que ao arguido, aceitando o acordo, reconheça a sua culpa, sendo ponto também controvertido na doutrina e jurisprudência daquele país (LEITE, 2013, p. 99-108).

Quanto ao processo sumariíssimo, instituído no Código de Processo Penal português, é um procedimento célere, destinado à pequena criminalidade, em que o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do ofendido, apresenta sanção concreta a ser aplicada diferente da pena de prisão. Nesse caso, o réu apenas declara sua anuência ou não sobre o pedido do *Parquet*, devendo o juiz controlar a legalidade do ato.

No Brasil, a primeira tentativa de inserir um acordo entre acusação e defesa no âmbito

penal, similar à atual transação, ocorreu no Anteprojeto de 1981, em que se estabelecia um procedimento sumaríssimo para os delitos menos graves. Nessa ideia inicial, o Ministério Público poderia propor nos crimes punidos com pena de multa, prisão simples ou detenção, a substituição por pena pecuniária cujo valor seria determinado pelo magistrado. O referido instituto foi retirado no momento de aprovação do Anteprojeto, que se tornou a Lei nº 1.565/1983, como explicitado por Leite (2008, p. 44).

Somente com a Constituição Federal de 1988, o acordo penal ingressou em nosso ordenamento jurídico, cuja regulamentação só veio com a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

O legislador pátrio não definiu a transação penal, usando, inclusive, no art. 76 da lei retromencionada, que disciplina seu procedimento, a expressão: “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa”.

Segundo Galvão (2007, p. 635), o instituto acima é denominado de transação penal pela doutrina em razão da necessidade de expressa aceitação do suposto autor do fato da proposta formulada pela acusação, em momento anterior ao julgamento de mérito.

No âmbito cível, há uma definição de transação no art. 840 do Código Civil, cujos pontos centrais – quais sejam concessões recíprocas e o objetivo de não iniciar ou findar o processo – continuam na sua versão penal.

A doutrina, em face da omissão legislativa, conceitua a transação penal de forma precisa. Nesse sentido, pode-se citar a definição trazida por Leite (2013, p. 158):

No âmbito criminal, a transação se configura como acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que se submeterá, de imediato, a pena restritiva de direitos ou multa, com intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*.

Do conceito apresentado pela referida professora, fica claro quais são as finalidades da transação penal. A primeira delas é a aplicação de uma pena não privativa de liberdade, em total concordância com o movimento despenalizador que caracterizou a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

O segundo escopo apresentando é evitar a instauração do processo, criando o Estado uma forma rápida e célere de aplicar uma sanção penal, sem a necessidade de todo procedimento legal previsto para uma eventual condenação.

Embora a apresentação da proposta seja um ato obrigatório pelo Ministério Público, conforme entende a maioria doutrinária, a aceitação dela pelo imputado trata de um ato

personalíssimo, voluntário e tecnicamente assistido.

Com efeito, a aceitação da proposta da transação só pode ser realizada pelo arguido, não se admitindo que apenas o defensor o faça, mesmo que possua procuração com poderes especiais. Isso é lógico, já que será o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo que cumprirá a medida, devendo ter o máximo conhecimento sobre as condições do acordo e os outros caminhos possíveis – justificando a necessidade de acompanhamento de um advogado. Todavia, tal entendimento não é unânime, existindo defensores da necessidade de uma aceitação conjunta entre o arguido e seu defensor, pois seria este o mais qualificado para verificar os ônus e bônus da proposta apresentada, conforme o entendimento de Moraes e Smanio (*apud* Leite, 2008, p. 55).

Por fim, trata-se de um ato voluntário, já que o imputado não é obrigado a aceitar a proposta do *Parquet*, podendo, inclusive, apresentar contraproposta.

A proposta da transação penal não é ampla, como será demonstrado adiante no instituto do *plea bargaining*. Há rígidos limites legais do seu conteúdo, que só podem apresentar, como penas cabíveis, a substitutiva de direitos e a pecuniária, devendo especificar o tempo de sua duração e forma de cumprimento. Em nenhuma hipótese pode conter pena privativa de liberdade de qualquer natureza.

O rol das penas restritivas de direitos que podem ser propostas encontra-se no art. 43 do Código Penal, delimitadas no art. 45 e ss. do mesmo diploma legal. Com relação à pena pecuniária, vale destacar que, se o beneficiário concordar, pode constituir-se em prestação de outra natureza (CP, art. 45, § 2º).

Quanto à dosimetria da pena alternativa, ela deve ser pautada nos mesmos princípios da imposição da pena por meio de um processo ordinário: razoabilidade e proporcionalidade. Caso haja um excesso na pena de multa proposta, o juiz poderá reduzi-la até a metade (Lei nº 9.099/1995, art. 76, §1º), em uma nítida função de fiscalização do ato.

Nesse sentido de fiscalizar a legalidade do ato consensual, caso o arguido apareça na audiência preliminar sem a presença de advogado, caberá ao juiz nomear um dativo, sob pena de nulidade absoluta.

Para a apresentação de proposta da transação penal, o Ministério Público deve estar diante de indícios suficientes de materialidade e autoria, que possibilitem o oferecimento da denúncia, como existir uma série de requisitos positivos e negativos.

Os requisitos positivos são aqueles que devem estar presentes no caso a ser transacionado, cujo rol não é expressamente definido em lei, mas que é retirado de uma leitura sistemática da Lei dos Juizados Especiais Criminais, sendo eles, conforme os ensinamentos de

Santos (2008, p. 641): pena máxima cominada até dois anos de privação de liberdade e se tratar de delito cuja natureza da ação é pública condicionada à representação ou incondicionada. Ressalta-se, porém, o entendimento doutrinário majoritário, que defende a aplicação da transação penal na ação privada. (OLIVEIRA, 2012, p. 756; FERNANDES, 2010, p. 211).

Os impedimentos, ou requisitos negativos, são aqueles que, uma vez existentes no caso em análise pela acusação, impossibilitam a essa apresentar a proposta de transação penal:

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.

[...]

§ 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.

O primeiro requisito negativo instituído em lei é a existência de sentença definitiva condenando o réu à pena privativa de liberdade. Assim, se a condenação versar sobre infração de menor potencial ofensivo e contravenções penais, caberia a proposta da transação.

Com relação ao termo usado pelo legislador, “sentença definitiva”, entende Oliveira (2012, p. 757) que não é a mesma coisa que sentença transitada em julgado. Nesse sentido, se houvesse condenação em primeira instância, mesmo que recorrível, não poderia ser proposta a transação. Em sentido diverso, Santos (2008, p. 642) entende que o legislador quis se referir à sentença irrecorrível, ou seja, aquela que transitou em julgado, observado o prazo prescricional de cinco anos para que seja cabível a reincidência (CP, art. 64, I).

A segunda causa impeditiva para que seja deferido o benefício da transação penal é já ter sido beneficiado com o instituto em um prazo inferior a cinco anos, sendo o único efeito existente com a homologação do acordo, e que só constará para esse fim. Portanto, não há efeitos penais nem civis com a transação.

O último requisito negativo determinado por lei é o que impõe uma análise da personalidade do indivíduo, de sua vida pregressa e do fato delituoso, para se entender a necessidade e viabilidade da transação, conforme os escopos do direito penal. Trata-se de um requisito aberto, que, nos entendimentos de Oliveira (2012) e Jardim (2003), como expostos

no capítulo anterior, está no âmbito de discricionariedade do Ministério Público, ressaltando aquele que o órgão acusatório não pode perder de vista o objetivo final do instituto. Em contrapartida, Santos (2008, p. 643-644) afirma que a neutralidade dos elementos do inciso em análise já permite a apresentação da proposta, pois:

[...] avaliação dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do fato na *transação penal*, que devem fundamentar **prognose desfavorável** para excluir o substantivo penal, é decidida pelo *in dubio pro reo*, que autoriza a transação penal mesmo em face da *incerteza* sobre o futuro comportamento do acusado [...]. (grifo do autor)

O MP, portanto, só pode deixar de apresentar proposta para transação penal quando ausente um dos elementos positivos demonstrados acima, ou com a presença de um dos requisitos negativos. Com relação aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, sua verificação positiva ou neutra possibilita o acordo penal brasileiro.

3.3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL

A transação penal, como instituto inovador que é, gerou inúmeras controvérsias na doutrina, em face dos dispositivos escassos sobre o seu procedimento, bem como pela sua inserção no sistema processual já em vigor.

Um dos primeiros pontos questionáveis sobre o dito instituto foi a sua constitucionalidade, pois se alegava que o acordo entre a acusação e a defesa geraria ao arguido uma punição sem processo, procedimento que viola uma série de garantias constitucionais, como o devido processo legal e o estado de inocência.

Primeiramente, vale ressaltar que dito questionamento não tem mais razão de ser, já que a doutrina majoritária e os tribunais reconhecem a constitucionalidade do instituto, sendo largamente aplicado no Brasil. Ademais, a transação penal está prevista expressamente na Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I.

Quanto à violação do devido processo legal, entendido esse como uma série de garantias processuais, incluindo o juiz natural, o contraditório e ampla defesa (GRINOVER, 2011, p. 88-93), ele não se justifica. Em primeiro lugar, o instituto da transação está regulado em lei e a sua proposta não passa de obediência a um mandamento do legislador ordinário. Há, desse modo, um tipo diferente de ação penal, conforme defende Jardim (2003, p. 128).

O estado de inocência, ou o conhecido princípio da presunção de inocência, instituído no art. 5º, inciso LVII, da Magna Carta, significa que nenhuma pena será executada antes do

trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em uma leitura superficial, pode-se alegar que a transação penal viola o referido princípio. Todavia, essa não é a verdade.

Para entender a falácia desse argumento, basta verificar que a lei em nenhum momento fala em assunção de culpa pelo arguido, apenas requer a sua aceitação para a homologação da proposta. Acrescente-se o fato de que a transação não gera nenhum efeito, somente será registrada para impedir a concessão de uma nova transação no prazo de 5 anos.

Há doutrinadores, todavia, segundo os quais há um reconhecimento de culpa por parte daquele que aceita a transação, de forma indireta, já que a Lei dos Juizados Especiais não traz nenhuma referência sobre culpa, como defendem Souza e Japiassú (2011, p. 459).

Esse não é, porém, o entendimento dos tribunais brasileiros. Inclusive, vale destacar, o entendimento predominante é de que a sentença que homologa a transação penal não teria caráter condenatório. Nesse sentido foi proferida a seguinte decisão do TSE, a qual foi tomada de forma unânime:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, III, DA CF/88. TRANSAÇÃO PENAL. SENTENÇA. NATUREZA MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO EM SENTIDO MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO OU RECONHECIMENTO DE CULPA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DESPROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas posições jurisprudenciais e doutrinárias opostas a respeito da sentença de homologação da transação penal: de um lado, uma corrente que defende a natureza homologatória da sentença, que é registrada apenas para impedir que o autor do fato utilize o benefício novamente no prazo de cinco anos; de outro, a que defende a natureza condenatória da sentença, que gera a sucessão dos efeitos da condenação, salvo aqueles expressos no art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei n.º 9.099/95. 2. Posiciono-me, a respeito do tema, a favor da tese de que a transação penal não tem natureza condenatória e não gera trânsito em julgado material, pois considero que, embora haja o cumprimento de medidas restritivas de direito ou o pagamento de multa, não há, ainda, processo penal e não ocorreu a verificação ou mesmo a assunção da culpa pela parte transacionante. 3. Atribuir à transação penal e à sentença que a homologa efeitos condenatórios e a possibilidade de transitar em julgado materialmente violaria o princípio da presunção de inocência, segundo o qual exige-se, para a incidência de efeitos penais, o perfazimento ou conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e a realização de juízo certo sobre a ocorrência e autoria do ilícito imputado ao acusado. 4. Assim, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos somente pode ocorrer com a condenação que, além de transitada em julgado materialmente, decorra do devido processo legal e apure a culpabilidade do cidadão, o que não ocorre na transação penal. 5. Recurso especial eleitoral a que se nega provimento. (BRASIL, 2012). [grifo nosso].

Destaque-se que a referida decisão desconsidera a possibilidade de a sentença homologatória gerar coisa julgada material. O que é um posicionamento interessante, pois

afirma o citado Acórdão que reconhecer coisa julgada material nessa hipótese seria violar o princípio da presunção de inocência. Leite (2013, p. 178), por sua vez, entende que a sentença que homologa a transação não tem realmente caráter condenatório, mas gera coisa julgada material.

Outro ponto questionado sobre o instituto em comento é a forma de procedimento no caso de descumprimento injustificável da pena transacionada.

Segundo a Lei nº 9.099/1995, caso o descumprimento seja de uma pena pecuniária, deveria haver a conversão dela em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos (art. 85). Não se pode proceder à aplicação da primeira parte do citado dispositivo, em razão do mandamento inserido no art. 51 do Código Penal, que proíbe que se converta a multa em pena privativa de liberdade. Por outro lado, a possibilidade de converter em pena restritiva de direitos é possível, desde que haja expressa menção na proposta formulada, inclusive contendo o tempo dela (LEITE, 2013, p. 181). Pode-se ainda executar a pena pecuniária como dívida de valor na Fazenda Pública.

O grande problema se encontra com relação ao descumprimento de pena restritiva de direitos. Nesse caso, não há qualquer posição legal para resolver esse impasse.

Quanto à possibilidade de converter a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, esta tese é inconstitucional, pois violaria a garantia inserta na Carta Magna que impede a cominação e a execução de pena sem a ocorrência de processo penal. Acrescente-se o fato de que não haveria, na proposta da transação, qualquer disposição nesse sentido, o que contrariaria outros princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e restaria ferida a própria ideia consensual desse instituto (BADARÓ, 2009, p. 47-48).

A solução encontrada e aplicada, portanto, é o prosseguimento da ação penal, não aceitando que a sentença homologatória da transação gere coisa julgada material. Esse é o entendimento nos tribunais²:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. TRANSAÇÃO PENAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONDIÇÕES NÃO CUMPRIDAS. PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. De acordo com a jurisprudência desta nossa Corte, que me parece juridicamente correta, o descumprimento da transação a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a

² Em sentido contrário, Badaró (2009, p. 49) afirma que a sentença homologatória da transação penal gera coisa julgada material e formal, sendo a única solução possível, no caso de descumprimento da pena transacionada, a execução desta.

submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Precedente: RE 602.072-RG, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 2. Agravo regimental desprovido (STF – 2ª Turma – RE 581201 RS – Rel. Min. Ayres Britto – j. 24/08/2010 – DJe 07/10/2010).

Sobre o instituto em comento, torna-se relevante ao objeto deste estudo saber se a transação penal é um direito subjetivo do réu ou se é uma faculdade do poder público.

Inicialmente, advogava Jardim (2003, p. 336-339) que a transação penal estava no âmbito de discricionariedade do poder público, que tinha a faculdade de apresentar ou não a proposta. Posteriormente, não visualiza qualquer discricionariedade ministerial com o referido instituto, como demonstrado anteriormente, apenas uma faculdade legal em seguir a ação penal tradicional, por meio da denúncia oral, ou através de um acordo penal.

Esse não é o entendimento dominante. Para grande parte da doutrina, caso presentes os requisitos legais, o Ministério Público deve apresentar a proposta para transação penal ao réu.

Consagrado esse posicionamento, surge outro questionamento: caso o *Parquet* não apresente proposta de transação penal, mesmo se presentes todos os requisitos legais exigidos, qual a providência cabível?

Para conceber a transação penal como direito subjetivo do réu, o juiz poderia aplicar o instituto de ofício, ou a requerimento da parte interessada. Não é a solução mais adequada, segundo a doutrina, pois, no caso de transação *ex officio*, estar-se-ia a violar o sistema processual acusatório.

A segunda corrente, mais aceita e acatada doutrinária e jurisprudencialmente é a que defende a aplicação analógica do art. 28 do Código Processo Penal, em que a decisão sobre a apresentação de proposta ou não caberia ao Procurador-Geral, que deteria a palavra final sobre o assunto, de modo que restaria apenas ao juiz acatar. Nesse sentido foi editada a Súmula 696 do STF, em relação à suspensão condicional do processo, aplicada também para o instituto ora discutido.

Por fim, Badaró (2009, p. 44) e Oliveira (2012, p. 751-752) afirmam que a melhor solução para o caso em questão seria a renúncia da eventual denúncia oral oferecida pelo Parquet, por ausência de justa causa (CPP, art. 395, III), ou mesmo por falta de interesse de agir (CPP, art. 395, II), em face da não apresentação prévia da proposta de transação.

4 ACORDOS ENTRE ACUSAÇÃO E DEFESA NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos da América, que já foram uma colônia inglesa, sempre influenciaram o mundo e a América Latina, desde a sua criação. Inclusive, foi o primeiro país a implementar as ideias iluministas, que pregavam o respeito ao ser humano através de um conjunto de direitos e deveres em face do Estado. E mais, mostrou que adotar essa visão na administração de um país dava certo.

Como a maior parte de sua população veio da Inglaterra, e com o endurecimento do controle da metrópole sobre a região após a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), o país em análise sofreu a influência jurídica do *Common Law* inglês, com peculiaridades únicas em relação aos demais países da Europa, cujos sistemas jurídicos eram baseados no direito romano codificado por Justiniano³ e ficou conhecido como *Civil Law*.

Vale ressaltar que o sistema estadunidense tem sérias rupturas com o direito inglês, embora mantenha a característica de ser um direito baseado na jurisprudência, cujos precedentes judiciais têm fundamental importância na aplicação do direito pelos tribunais (BAGNOLI, BARBOSA E OLIVEIRA, 2009, p. 90-91). No âmbito do direito público, há fixação rígida das atribuições de cada Estado-membro e da federação, com a existência de tribunais estaduais e federais, similarmente ao que ocorre no Brasil (LOSANO, 2007, p. 344-345), o que não se verifica no sistema da Grã-Bretanha.

Isso não significa que no sistema inglês ou norte-americano, o qual interessa ao presente estudo, não existam leis. Há leis, mas sua importância na resolução de casos é recente, atrelada à ideia de uniformização do direito, ocorrida após a globalização, em que a troca de informações e pessoas entre os países trouxe influências do *Civil Law* ao direito anglo-americano – onde também ocorre o inverso.

Um dos principais institutos estadunidenses, de prática disseminada pelas suas cortes e que gera controvérsias no âmbito nacional e internacional, como fascinante pelas perspectivas trazidas, é o *plea bargaining*.

Os acordos penais são a principal forma de resolução de conflitos nos Estados Unidos, em especial por meio do *guilty plea*⁴, cuja importância para a administração da justiça foi

³ Segundo Reale (2000, p. 114), os ingleses se consideram romanistas puros, pois se baseiam no Direito Romano clássico, obra da doutrina e das decisões dos pretores. O *Civil Law*, por sua vez, estaria baseado no Direito Romano codificado por Justiniano.

⁴ Segundo dados do Bureau of Justice Statistics, em 2009, 97% das condenações ocorridas no U.S. district court foram resultados de *guilty plea*, fato que resultou em um aumento de 3% em relação ao ano de 2005 (MOTIVANS, 2011, p. 12).

reconhecida pela *Supreme Court of the United States*, como nos casos *Santobello v. New York* [404 U. S. 257(1971)] e *Blackledge v. Alisson* [431 U.S. 71 (1977)]. E tal importância é tão latente que Rauxloh (2012, p. 63) afirma que proibir o uso do *guilty* e as concessões daí decorrentes causaria um colapso no sistema jurídico norte-americano.

Em face da significância do *plea bargaining* e dos resultados decorrentes dele, analisar-se-ão seus pontos principais, para, posteriormente, diferenciar-se do modelo consensual brasileiro e verificar a sua influência no direito pátrio.

4.1 OBSERVAÇÕES SOBRE O *PLEA BARGAINING*

O instituto *plea bargaining* é muitas vezes confundido com o *guilty plea*, embora não sejam a mesma coisa. Todavia, cabe ressaltar que muitas vezes os dois andam juntos, o que levou Albergaria (2007, p. 18), citando Fanchiotti, a afirmar que são, de forma não aprofundada, coincidentes.

O *guilty plea* é o termo usado para designar a assunção de culpa pelo acusado, sendo a principal forma para que o Ministério Público apresente concessões ao acusado, em face da pena, das imputações, entre outras.

Por sua vez, o *plea bargaining* é uma forma processual cuja resolução do caso se faz por meio de concessões entre a defesa e a acusação, sem levar o acusado a julgamento. Nas palavras de Albergaria (2007, p. 20):

[...] negociação entre o arguido e o representante de acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).”

Similar é a definição de Rauxloh (2012, p. 26):

Plea bargaining é geralmente entendida como uma negociação informal realizada pela acusação e pela defesa (incluindo, às vezes, o juiz), na qual se oferece ao acusado uma decisão mais branda em troca de uma declaração de culpa, através da renúncia do direito ao julgamento [tradução nossa].

Do exposto, percebe-se que a conceituação desse instituto estadunidense não é controvertida, sendo de fácil entendimento e comumente associada à do *guilty plea*.

O referido instituto não é novo no direito norte-americano. O seu uso remonta ao período anterior à *Civil War* (MAYNARD, 1984, p. 1), mas a sua consolidação só veio no

século XIX. Por muito tempo, sua prática ocorreu às escondidas do público, até a década de 1920, quando seu uso começou a ser popularizado. Em 1960, o instituto ora comentado passou a ser foco de inúmeros estudos, posto que abrange a sociedade civil e os personagens diretamente envolvidos com crimes, visando a captar sua utilização e os problemas dele decorrentes.

Inicialmente, a prática do *plea bargaining* foi mal vista pelos tribunais, tanto no sistema inglês, como no estadunidense, por se entender que violava uma série de direitos do acusado, além de ser desencorajada a *guilty*, em razão da rigidez das penas consequentemente aplicadas. Nesse sentido, a *Court of Appeal* em 1978, na Inglaterra, declarou que: “*plea bargaining has no place in the English Criminal Law*”, ou, em português: “A barganha não tem lugar no Direito Penal Inglês” (ROUXNOH, 2012, p. 30).

Com relação ao sistema processual norte-americano, a negociação penal foi um traço fenotípico desse, resultante do próprio aperfeiçoamento do processo, como dos interesses dos atores processuais, já que todos teriam o que ganhar com a rápida resolução do conflito. É o que afirma Albergaria (2007, p. 33).

O declínio do *jury trial* – similar ao Tribunal do Júri brasileiro, difere daquele por não ter competência material específica; deve julgar todas as matérias de âmbito penal e, inclusive, cível – ocorreu no século XVIII, em razão de inúmeros fatores que, proporcionalmente, incentivaram a alternativa da negociação penal entre acusação e a defesa.

Para entender melhor essa transformação, é importante entender um pouco do *Jury trial*, principalmente em seu formato, anterior ao século XVIII e as reformas constitucionais do mesmo período, que culminaram nas Emendas V^a, VI^a e VII^a da Constituição dos EUA.

Os julgamentos eram realizados pelo júri, formado por 12 pessoas e cuja decisão deveria – e ainda deve – ser unânime, pelo menos no âmbito federal (FORSYTH, p. 344). Antes das citadas emendas e sua real aplicação processual, essa forma de julgar não continha a atuação de promotores e advogados. Os papéis da acusação e da defesa eram feitos pelas testemunhas e vítimas, por meio do denominado *Private Prosecution*.

Em face da ausência de profissionalismo nas partes processuais, os julgamentos eram emotivos, sem nenhuma análise de provas que fossem trazidas ao processo, nem controle da forma de sua obtenção. Nesse período, o juiz tinha poder absoluto, podendo dispensar o veredicto, e desencorajava a confissão, nos termos acima demonstrados. Vale destacar que vários casos eram noticiados na audiência, podendo-se julgar todos ou nenhum. Ademais, não havia possibilidade de recurso (LANGBEIN, 1979).

Várias são as causas que explicam o surgimento e a consolidação do fenômeno *plea*

bargaining no sistema processual anglo-americano, como sua observância pelo mundo. A maioria delas ocorre durante o século de sua consolidação, e a maioria dessas causas são extrajurídicas, mas que influenciam diretamente a atuação profissional dos atores envolvidos com os delitos e sua persecução.

A primeira causa apresentada é a modificação social que ocorreu no século XVIII nos Estados Unidos, decorrente do aumento exponencial da população após a Guerra Civil, travada entre nortistas e sulistas nos anos de 1861 e 1865, cuja vitória do norte consolidou a industrialização, colocando o recente país como a 2ª potência mundial, atrás apenas da sua ex-metrópole.

A intensa industrialização trouxe prosperidade e, como uma recorrência histórica, a imigração. Somando-se a isso tudo, há um acréscimo da população urbana de forma desenfreada, surgindo novas formas de conflitos interpessoais e a necessidade de resolução formal desses conflitos.

Houve neste período também uma intensificação e modificação nos tipos de crimes, como na própria vitimologia, em face das transformações sociais do período e aumento das diferenças entre as classes (MCCONVILLE, 2005, p. 15-16).

Outra causa também apresentada é a profissionalização dos atores processuais, que passam a se dedicar apenas aos tribunais, havendo um melhor colhimento de provas pela Polícia. Desse modo, ficou mais fácil reconhecer os “*dead bang*” dos “*triable cases*”, sendo aqueles os casos com fortes evidências, que podiam ir a julgamento (MCCONVILLE, 2005 p. 5).

Segundo as palavras de Albergaria (2007, p. 30), a “complexificação” processual teve outro fator muito importante: o aumento do número de processos, tendo a pauta do *Trial Jury* no século XVIII um caso por dia para julgar. Acrescido a isso, são aprovadas as Emendas V, VI e VII, que trazem uma série de garantias processuais constitucionais aos acusados, tornando o andamento do processo mais lento e oneroso.

O mais importante de todos esses pontos, ao ver da maioria dos autores, como o retrocitado Albergaria, Fisher (2003) e McConville e Mirsky (2005) foram os interesses dos atores processuais, em que todos saíam ganhando com um procedimento mais célere e que não dependesse do julgamento pelo juiz ou por um júri unânime.

Com relação ao arguido, vários pontos são visualizados a seu favor, como a rapidez e a certeza da sentença, que cominaria em uma pena menor, e evitaria os excessos da aplicação

pelo *Trial Jury* ou *Bench Trial* – juiz singular⁵ –, economia nos gastos pelo acusado e preservar a sua imagem, ao poupá-lo da exposição pública do fato. Outro ponto positivo para seu desenvolvimento foi a ideia de ressocialização, já que alegavam que os culpados sentiriam remorso e confessariam, auxiliando no retorno desses à sociedade. Essa pressão psicológica não ocorreria com os inocentes, servindo, a declaração de culpa, como um meio de protegê-los⁶.

Com relação ao advogado de defesa (*attorney*), o instituto em estudo permite uma eficiência no uso do tempo, possibilitando receber os honorários mais rapidamente, como preservar a própria reputação profissional, já que só levariam a julgamento casos com uma boa base probatória.

Os magistrados também visualizaram vantagens no *plea bargaining*, não de forma inicial, em que lhe negavam, inclusive, a inconstitucionalidade, em face das garantias processuais estabelecidas. Todavia, as vantagens para eles superaram os aspectos negativos, pois os processos eram findos de forma mais rápida e barata, evitando inúmeros recursos e possíveis erros nas decisões judiciais (ROUXLOH, 2012, p. 56)

Por fim, deve-se atentar para os interesses dos promotores (*prosecutors*), principais astros do instituto, já que eles são o “senhor indiscutível e primeiro do *plea bargaining*” (ALBERGARIA, 2007, p. 33).

O já citado Albergaria demonstra a relação entre os interesses do MP e a forma de provimento do cargo que, diferentemente do que ocorre no Brasil, é eletivo⁷. Perceptível, portanto, o alto grau de influência política na atuação do *Prosecutor*, cujo mandato é de 4 anos.

Pela ideia de provimento do cargo, os eleitores são mais susceptíveis de votar naqueles promotores que tenham altos índices de condenação (*crimefighter*), cuja forma mais rápida de resolução é o *plea bargaining*, com o adicional de evitar a incerteza do julgamento. Por outro lado, proporciona uma economia de tempo para os membros do Ministério Público, que podem direcionar seus esforços para casos mais complexos e com mais evidências acusatórias. Somado a

⁵ McCoy (2005, p. 26) afirma que as penas estabelecidas pelos juízes são usadas como forma de coagir o acusado a aceitar os acordos, pois as *trial penalties* são mais duramente cominadas.

⁶ Em estudo inovador, Dervan e Edkins (2013, p. 34) fizeram uma pesquisa sobre a possibilidade de inocentes ou não declararem culpa para obter benefícios, juntamente com alunos universitários. Os resultados desse estudo demonstraram que 56, 4% dos inocentes optaram pelo *plea*, o que revelou um problema segundo o qual, na concepção anterior – apenas os realmente culpados confessariam, por questão de consciência.

⁷ Com exceção dos Estados de Nova Jersey, Rhode Island e Delaware que ocorrem por nomeação. Os procuradores federais também são nomeados, mas pelo Presidente dos EUA, com o consentimento do Senado. Portanto, há uma forte carga política envolvida nos provimentos desses cargos. (ALBERGARIA, 2007, p. 33).

tudo isso, tem-se a possibilidade de ganhar a simpatia de eventuais clientes – já que se trata de cargo eletivo e temporário, que não impede a atuação posterior como advogado –, como permite conquistar a colaboração dos colegas profissionais (ALBERGARIA, 2007, p. 33-37).

Nada disso seria possível, porém, se a atuação dos *Prosecutors* não fosse baseada na discricionariedade, que acontece de forma inigualável no direito comparado, como afirma Albergaria (2007, p. 54).

Assim, segundo a discricionariedade do Ministério Público, ele pode escolher quais casos levará ao Poder Judiciário⁸, dispor da ação penal, desistir dela, por meio do *writ of nolle prosequi*, ou reduzir a gravidade das imputações. Nesse sentido, permite-lhe negociar com a defesa benefícios em troca de uma declaração de culpa ou a garantia de não ser questionada a decisão judicial.

As razões para a existência e a legalidade do instituto em apreço são muitas, conforme entendimento da Suprema Corte, estando entre elas: reduzir gastos e morosidade na atuação ministerial e judicial, proporcionar a efetividade da lei penal, evitar o desgaste na eficácia dos *Prosecutors* e obediência ao princípio da separação dos poderes (DAVIS, 1998, p. 20).

Davis (1998, p. 21-22), que é uma defensora pública, argumenta, em artigo sobre os poderes discricionários do Ministério Público, que não nega a importância da discricionariedade para atuação desse órgão, e demonstra a necessidade de aplicar-se este instituto nos crimes de bagatela ou naqueles considerados moralmente justificáveis – como roubar para alimentar a sua família. Por outro lado, denuncia um certo abuso dessa atuação, ao pautar-se na diferenciação de tratamento das vítimas e dos acusados de acordo com a raça⁹.

Nesse sentido, Albergaria (2007, p. 56-57) traz algumas formas de controle da atuação do referido órgão, cuja efetividade prática é quase inexistente, por ausência de coação real na atuação dele. Ademais, a interferência de um órgão na função do outro, como a eventualmente realizada pelo juiz, por exemplo, configuraria violação à separação de poderes, já que o Ministério Público é órgão vinculado ao Poder Executivo.

Em relação à inércia do Ministério Público, há um caminho legal possível: punir o agente do MP pessoalmente por *criminal nonfeasance* ou violação do *Civil Rights Act*.

⁸ O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público, segundo o disposto na norma 28 U. S. C. § 547.

⁹ No artigo *Prosecutor and Race: the power and privilege of discretion*, Angela Davis, por meio de sua atuação como defensora pública, demonstra a discriminação no tratamento dos casos pelos promotores, a depender da raça da vítima, das testemunhas e do próprio acusado. Para ilustrar tal afirmação, cita o caso de um rapaz, denominado ficticiamente de McKnight, de cor branca, que matou uma mulher com uma faca típica da região da América Central e, posteriormente, a única testemunha ocular do crime, seu colega de quarto, que era vietnamita. O caso jamais foi a julgamento, e o referido autor do delito nunca foi punido. Segundo a autora, em razão das raças do agressor e da vítima (1998, p. 14-15).

Conseguir tal feito, entretanto, é complicado, em razão dos requisitos exigidos para comprovar a *nonfeasance*, como o corporativismo profissional, que impede a perseguição de colegas de trabalho por esses motivos.

Quanto à vítima, ela pode impetrar o *writ of mandamus*, que seria a ordem destinada ao funcionário público para que cumpra adequadamente os seus deveres ou corrija abusos cometidos no exercício da função. A sua capacidade de coação, em relação ao *Prosecutor* seria praticamente nula, em razão de sua atuação discricionária, acrescida do entendimento que a parte agredida em fato típico não teria legitimidade de agir.

Com relação à disposição da ação penal, os estados e o governo federal, por meio das *Federal Rules of Criminal Procedure*, impuseram a necessidade de concordância judicial para o arquivamento do caso, como também a aceitação do acusado, se o processo estiver em curso¹⁰.

Versando sobre a atuação ministerial, está vedado a *selection prosecution*, em que se proíbe a escolha de quais ações ingressar ou não com bases arbitrárias, como a raça, o credo ou o sexo das partes envolvidas¹¹. Todavia, como mostrou Davis (1998), isso não ocorre na prática, já que para caracterizar o *discrimination prosecution* e a violação do princípio da igualdade processual constante na XIV^a Emenda, faz-se necessário comprovar dois requisitos. O primeiro deles é o *discriminatory effect*, em que o acusado deve demonstrar a escolha arbitrária feita pelo promotor através de um procedimento de exclusão – ou seja, ele foi escolhido, mas outros na mesma situação, por razão de não terem determinada característica, não. Também deverá apresentar o *discriminatory purpose* – o acusador escolheu de forma deliberada e consciente a diferenciação no tratamento dispensado ao alegante. (ALBERGARIA, 2007, p. 58-59).

Do exposto, entende-se a dificuldade em se comprovar a referida discriminação no meio judicial, em face dos requisitos exigidos, cuja existência probatória pelo acusado depende do ingresso no âmbito de atuação ministerial, além da compreensão do foro íntimo do próprio promotor.

Ao Ministério Público também seria vedado o uso da *vindictive prosecution*, ou seja, o

¹⁰ “Rule 48. Dismissal (a) By the Government. The government may, with leave of court, dismiss an indictment, information, or complaint. The government may not dismiss the prosecution during trial without the defendant’s consent.”

¹¹ A vedação ao *selective prosecution* no âmbito penal ocorreu no julgamento *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1962), em que o acusado alegava ter confessado, pela terceira vez, sem ser informado de que cumpriria a pena em uma penitenciária e sem oportunidade de entrar em contato com a sua defesa. Assim, deu provimento a Suprema Corte ao caso, encontrando violação ao “*due process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment*”.

uso do seu poder discricionário para punir os arguidos que não optassem pela renúncia de direitos e garantias processuais. Todavia, a Suprema Corte norte-americana criou uma área de proteção a essa forma de coação do MP com o precedente *Bordenkirsher v. Hayes*, em que este recebeu a pena perpétua no *Trial Jury*, por força da pressão ministerial no julgamento, já que o acusado negou o acordo, cuja pena seria de 5 anos. Segundo aquele Tribunal, o acusado tem o direito ou não de aceitar a proposta do *Prosecutor* (ALBERGARIA, 2007, p. 59 - 62).

4.2 MODALIDADES DE ACORDO

Como exposto no tópico precedente, o *plea bargaining* é uma negociação ocorrida entre a acusação e a defesa, em que aquela propõe inúmeros benefícios ao acusado, em troca de sua confissão ou da ausência do exercício ao direito recursal, evitando-se o julgamento pelo júri ou pelo juiz singular.

O instituto referido, pelo exposto, pode ter por objeto de transação vários aspectos penais, gerando inúmeras possibilidades de acordo, e, conseqüentemente, modalidades dele.

A primeira modalidade que iremos tratar de forma breve, em razão dos objetivos deste trabalho, é o *Sentence bargaining*. Trata-se de acordo entre o promotor e o acusado, assumindo este a culpa, tendo em contrapartida a promessa daquele (ou do juiz, conforme a participação deste ou não na negociação) sobre uma pena determinada ou determinável, ou fazer recomendações ao juiz quanto à pena ou sua execução. É a negociação da sanção penal. (ALBERGARIA, 2007, p. 22).

Outra hipótese é o *charge bargaining*, em que o *Prosecutor* diminui as imputações (redução quantitativa ou horizontal das imputações) ou enquadra o fato em delito mais leve (redução qualitativa ou vertical das imputações), em troca do *guilty plea* ou *plea of nolo contendere* (ALBERGARIA, 2007, p. 22).

Por fim, nas três modalidades mais comuns de *plea*, há a denominada forma mista, que mescla as duas outras formas anteriores.

Albergaria (2007, p. 23-26) traz várias modalidades de acordo, afora as três já apresentadas, que serão conceituadas de forma simplificada a seguir.

O *contigent plea bargaining* seria uma forma condicional de acordo, cujo recebimento dos benefícios dependeria dos efeitos conseguidos com as declarações contra o coarguido. Ou seja, o coautor precisaria ser condenado. Como espécie desse, há o *package plea bargaining*, no qual todos os autores devem confessar o delito, sob pena de serem retiradas, em bloco, as concessões feitas para um ou alguns dos acusados.

As demais modalidades foram pontuais, estratégias para escapar da tentativa de limitação dos acordos por meio de uma tabela, que fixava, por meio de parâmetros objetivos e confusos, as concessões que poderiam ser feitas, de acordo com o tipo do delito, as circunstâncias do fato, as características do autor, entre outras, e conhecidas como *Federal Sentencing Guidelines* (FISHER, 2003, p. 227).

Por fim, existe também a *Implicit Plea Bargaining*, hipótese em que não ocorre um acordo entre a acusação e a defesa, mas a confissão gera uma perspectiva de concessões pelo acusado, o que dificulta o controle judicial (GARCÍA, 1997, p. 41).

Herman (2012, p. 205-206) apresenta os cinco tipos de *plea bargaining* aceitos no sistema jurídico estadunidense. O primeiro deles é o *plea of not guilty*, pautado pela presunção de inocência e requer que o promotor apresente elementos probatórios que demonstrem a ausência de razoável dúvida sobre a autoria. Em muitos estados é aceito em face da insanidade mental do ofendido, mas também pode ser caracterizado quando réu silencia sobre a acusação, refuta as imputações – algumas Cortes recusam o *plea* nesses termos–, ou quando o arguido não comparece. A “*Straight*” *guilty plea* é uma declaração de culpa incondicional, a qual deve ser aceita pelo magistrado, quando verificados os requisitos que serão apresentados no próximo tópico.

A *Alford Plea* surgiu após o caso North Carolina v. Alford [400 U. S. (1970)], em que este aceitou o *plea* com a ressalva de que era inocente, por medo do julgamento. Entendeu a Suprema Corte que se tratava de um acordo válido, cujas consequências são similares ao “*Straight*” *guilty plea*.

O quarto tipo de *plea* é o altamente utilizado *plea of nolo contendere*, em que o acusado se compromete a não contestar a decisão decorrente do acordo, e cujos efeitos são similares ao “*Straight*” *guilty plea*. Por outro lado, não pode ser usado para impedir o processo civil sobre o mesmo fato ou questionar eventuais danos decorrentes da decisão acordada.

Terminando os tipos de *plea* “legais”, há a *condicional plea*, caracterizada por ser um meio pelo qual o acusado tem de negociar com a acusação sobre vários aspectos da condenação, mas sem perder o direito de questionar, posteriormente, algum vício anterior ao acordo.

4.3 PROCEDIMENTO DO PLEA BARGAINING

O acordo em acusação e defesa, segundo as observações de Albergaria (2007, p. 63-

67), geralmente acontece após a formalização da acusação, seja no *indictment* – a imputação é submetida ao crivo do *Grand Jury* ou do magistrado que preside a audiência denominada de *preliminary hearing* –, seja na *information* – formalização da acusação sem que haja a necessidade de o Poder Judiciário analisar a viabilidade da acusação. Ela também pode ocorrer no *arraignment*, uma audiência prévia, em que o arguido é apresentado e questionado sobre a acusação.

Vale destacar que não há momento processual especificado em lei para a ocorrência do *plea agreement*, inclusive pode ocorrer depois da mencionada audiência prévia, como durante a execução da pena.

Para acontecer o acordo penal, os polos passivo e ativo precisam verificar uma série de fatores, que mostrarão a viabilidade ou não de realizar as concessões, e quais serão feitas.

No âmbito federal, os vários fatores que deverão ser levados em conta pela acusação estão estabelecidos no *Principles of Federal Prosecution*, sendo eles: a força probatória dos casos, a natureza do delito, os sentimentos da vítima e da polícia sobre o caso, a personalidade e antecedentes do *defendant*, a existência de negociações durante as investigações, os recursos material e pessoal dos tribunais e na polícia, a capacidade de cooperação da defesa e, por fim, as motivações pessoais do membro do MP (HERMAN, 2012, p. 6-8).

Quanto à existência de provas, importante destacar que o *plea bargaining* é mais atrativo aos *weak cases*, ou seja, àqueles casos que têm pouca base probatória, nos quais a acusação tende a ser mais generosa. Caso não consiga um acordo, pode se valer de ameaças ou fraude, alterar a percepção do réu sobre as provas existentes nos autos e incentivá-lo a optar pela via consensual.

Assim, há várias estratégias para se chegar a um acordo, como usar a forma competitiva, em que haverá a busca por vitória simplesmente pelas partes, através de todos os meios possíveis. Pode-se buscar também a cooperação entre os polos processuais, com vistas a se chegar a um acordo vantajoso para ambos, e, por fim, uma forma intermediária entre as formas anteriores (*hardball* e *softball*, respectivamente), sendo as duas últimas mais utilizadas na prática, conforme os ensinamentos de Herman (2012, p. 2-3).

Como o sistema acusatório é pautado pela produção probatória pelas partes, a defesa sai em real desvantagem, por lhe faltar o aparelhamento estatal de investigação. Por isso, criou-se o *Discovery*, em que há troca de provas entre as partes, mas apenas para permitir um processo justo. Por outro lado, há determinação legal no sentido de que o material “exculpatório”, que exclui o crime ou a culpabilidade, deve ser apresentado à defesa (ALBERGARIA, 2007, p. 67-68).

O *attorney* também tem inúmeros fatores a levar em conta antes de aceitar ou propor um acordo com a acusação, estando entre eles: as evidências de acusação, a real culpabilidade do agente, o valor financeiro e emocional de levar o caso à julgamento pelo júri, a possibilidade de amenizar ou evitar o encarceramento, as consequências da confissão e a possibilidade de o juiz conceder os pedidos do réu (HERMAN, 2012, p. 8-10).

Desse modo, os principais atores profissionais no desenvolvimento da negociação têm uma série de fatores para analisar e verificar a possibilidade, ou os benefícios, de uma negociação.

Por outro lado, não significa que o Juiz será apenas uma presença formal na negociação. Cabe a esse verificar se foram respeitadas as garantias processuais do *plea*, quais sejam: publicidade; documentação e assistência técnica, como averiguar a existências dos requisitos para uma declaração de culpa válida. A assistência técnica realizada por um advogado tem papel duplo, segundo García (1997, p. 62), pois deverá:

[...] conjugar os interesses do cliente com os da sociedade: ambos estariam ansiosos para que o litígio termine o mais rápido possível, bem como pela mínima possibilidade de gastos e danos para seus interesses. Está na hora de valorizar a atuação do advogado de defesa pela proteção dos direitos do acusado e por assegurar a voluntariedade de sua declaração [...]. [tradução nossa]

Para que a declaração de culpa seja aceita judicialmente, o acusado deve ter capacidade genérica para estar em juízo, incluída, nesse caso, a noção do mesmo sobre a língua inglesa (ALBERGARIA, 2007, p. 81). A declaração também deve ser feita de forma informada, conforme a *rule 11, (b)*, através de uma audiência pública, em que deverá ser questionado sobre seu conhecimento quanto à natureza das imputações, aos seus direitos constitucionais, inclusive sobre a prerrogativa de levar o caso a julgamento, e às consequências do *guilty plea*.

Outro requisito necessário é que a declaração de vontade seja voluntária [Fed. R. Crim. Proc., rule 11, (b), (2)], devendo-se verificar se não é decorrente de “*force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement)*”.

O último requisito seria *factual basis*, conforme disposto na *rule 11 (b) (3)*, devendo-se entender esse não como correspondência exata entre os fatos confessados e os denunciados, mas que o crime cuja culpa foi declarada seja tão grave quanto o que consta na acusação (ALBERGARIA, 2007, p. 87).

O juiz, verificando a existência desses requisitos, ainda pode não aceitá-lo, conforme o

entendimento do *American Bar Association* (A.B.A.)¹², se observar que a negociação naquela situação ofende o interesse público na efetiva administração da justiça. Ou seja, quando o MP abusa da discricionariedade que lhe é atribuída, em especial no *charging sentence*.

Assim, mesmo havendo uma possibilidade jurisprudencial para que o juiz negue uma negociação penal, o critério utilizado é de difícil visualização prática, somado ao receio de violação ao princípio de separação dos poderes. Trata-se, portanto, de um direito jurisdicional pouco relevante, conforme assevera Davis (1998, p. 25):

Nas sentenças condenatórias, é muito comum, em face da ocorrência do *charging* e *plea bargaining*, as determinações do promotor frequentemente determinarem a sentença que o acusado irá receber, tornando a participação do defensor e do juiz praticamente irrelevante. [tradução nossa]

Por fim, cabe ressaltar que a declaração de culpa pelo imputado não o impede de revogá-lo, em face de eventuais violações realizadas pelo promotor durante a negociação (HERMAN, 2012, p. 305). Antes do crivo judicial sobre o *guilty plea*, ele pode ser revogado livremente, segundo entendimento dos ordenamentos estaduais e federais sobre a matéria (ALBERGARIA, 2007, p. 102).

Segundo Herman (2012, p. 305), o *withdrawing the Plea* pode ser realizado, em âmbito federal, antes de a sentença ser aplicada, desde que comprove “*any fair and just reason*”¹³. Para tanto, os tribunais geralmente consideram se o réu protestou sua inocência, os prejuízos à acusação dessa revogação, como a possibilidade de arquivamento, por exemplo, se há interesse recursal, se houve assistência técnica e a existência dos requisitos de validade do *guilty plea* quando realizado. Diversamente, o Distrito de Columbia apenas verifica a existência de erros no momento da negociação.

A revogação da declaração de culpa pode ocorrer após a execução da sentença, mas em casos muito limitados, durante o *direct appeal* e *collateral attack*. No primeiro caso, tem que se demonstrar uma manifesta injustiça, geralmente baseada na violação de direitos constitucionais. Há tribunais, porém, que acatam o pedido de *withdrawing the plea* apenas com entendimento de que o acordo foi injusto (HERMAN, 2007, p. 309).

¹² A.B.A. Standards for Criminal Justice: Pleas of Guilty, § 1.1. (b).

¹³ Fed. R. Crim. Rule 11 (d) (2) (B): “the defendant can show a fair and just reason for requesting the withdrawal”.

5 NEGOCIAÇÃO PENAL NOS MODELOS BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

Após um estudo em separado da transação penal e do *plea bargaining*, visualizaram-se o seu procedimento, os tipos de cada um dos sistemas processuais que estão inseridos e seu princípio norteador. Agora analisar-se-ão ambos os institutos em conjunto, com vistas a encontrar as eventuais similaridades ou diferenças entre eles.

Em seguida, como o estudo comparado também ajuda a entender como serão as leis, e especial no âmbito da Justiça Consensual, cuja ampliação pelo mundo é nítida, serão procuradas as influências do modelo norte-americano de consenso no Projeto de Lei nº 156, que traz, em seu bojo, o conjunto de normas a partir do qual se pretende formar o Novo Código de Processo Penal.

5.1 ANÁLISE COMPARATIVA DOS DOIS MODELOS

Pelo exposto nos tópicos 2 e 3 deste trabalho, observou-se que os dois institutos não são similares, embora se baseiam em uma ideia central: evitar que o fato seja processado, aplicando-se uma pena por meio de um acordo.

A ideia de acordo, todavia, não é a mesma nos dois institutos. No caso do *plea bargaining* existe realmente uma negociação, em que ambas as partes fazem concessões uma à outra. Por outro lado, a transação penal não parece um acordo em si, no entendimento jurídico. Nesse caso, o Ministério Público apresenta uma proposta ao acusado, e este deve aceitá-la ou não, sendo mais próximo de um contrato de adesão.

Afirmação acima segue o entendimento que diferencia o contrato ordinário do contrato de adesão, segundo os ensinamentos de Garcia (2010, p. 349):

Ao contrário do contrato de comum acordo (*contrat de gré à gré*) em que as partes negociam cláusula a cláusula, no contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são aprovadas por autoridade competente [...] não podendo o consumidor recusá-las; ou estabelecidas pelo fornecedor de modo que o consumidor não possa discuti-las ou modifica-las substancialmente, cabendo-lhe somente o poder de aderir ou não ao contrato como um todo.

Obviamente não se está a alegar que a transação é de fato um contrato de adesão, até porque ele pertence ao âmbito cível, mais especificamente da seara consumerista. O que se pretende demonstrar quanto ao instituto da transação penal, na verdade, é que há diferenças entre a participação do acusado na negociação brasileira e a participação de um acusado

americano quando recebe a proposta nos Estados Unidos, onde, neste, há maior liberdade à defesa, que pode usar de artifícios para conseguir o melhor acordo possível. Por outro lado, no Brasil, há apenas a declinação de termos de concessão previamente estabelecidos em lei. Se o Ministério Público oferece a proposta, cabe apenas ao imputado concordar ou não.

Portanto, discorreu-se agora de outra diferença. Enquanto na negociação estadunidense, o *Prosecutor* pode fazer um acordo sobre inúmeros aspectos penais, como a qualidade e a quantidade das imputações, dosimetria da pena e a forma de sua execução e a renúncia do direito a um segundo grau de jurisdição (consubienciado na interposição de recursos), o mesmo não ocorre no direito brasileiro. No caso deste, o Ministério Público apenas pode versar sobre a pena alternativa à privativa de liberdade e o tempo de sua aplicação, conforme o art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/1995, *in verbis*:

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.

Desse modo, observa-se que há outra divergência entre os dois institutos consensuais em análise, com relação ao seu princípio norteador. Se nos Estados Unidos da América vigora, quanto ao seu modelo de negociação penal, o princípio da discricionariedade, que dá amplos poderes ao MP, inclusive de dispor da ação; no Brasil, por outro lado, vigora, em relação a esse instituto, o princípio da discricionariedade mitigada, em que a margem de liberdade negocial do *Parquet* está disposta em lei.

Nesse ponto, vale retomar a ideia de Oliveira (2010, p. 749-750), apresentada anteriormente, segundo a qual não há discricionariedade regrada, pois a lei estabelecerá os requisitos necessários para que a transação fosse proposta, de modo que não há qualquer discricionariedade para que o Ministério Público possa escolher entre a ação penal ordinária ou a via conciliatória.

Depara-se, mais uma vez, com outra diferença. Para a doutrina majoritária brasileira, a transação penal é um direito subjetivo do acusado, posto que tal proposta deve ser sempre apresentada desde que presentes os requisitos exigidos ao caso concreto. Em sentido diametralmente oposto, está o *plea bargaining*, que se trata de uma prerrogativa do Ministério Público, podendo ou não utilizá-la, a depender de uma série de fatores, como o valor econômico e material de um julgamento e a força probatória do caso.

Jesus (1997, p. 76) também diferencia a transação penal do *plea bargaining*, em

relação ao concurso de crimes. No segundo instituto, o Ministério Público tem o poder de barganhar com a defesa o número de imputações, como a natureza delas, modificando-as. Tal modalidade de *plea* é denominada de *charge bargaining*. Na transação penal não é possível negociar as imputações, como ocorre com o instituto norte-americano, já que o único meio de concessão é qual pena diversa da prisão será aplicada ao caso. Assim, o acusado não tem a benesse de ver o número de imputações alegadas contra ele diminuir ou mudar de natureza.

Outro ponto de divergência entre ambos os modelos ora discutidos refere-se ao seguinte: a quais delitos poderão ser aplicados? No modelo estadunidense, a negociação pode ser feita em face de qualquer delito, inclusive os *felons*, que são os delitos mais graves, como o homicídio e crimes sexuais. Já na transação penal brasileira, sua aplicação se restringe às infrações consideradas de menor potencial ofensivo, que, segundo o legislador, são: contravenções penais e qualquer crime cuja pena máxima cominada seja inferior a dois anos, cumulada ou não com pena de multa (Lei nº 9.099/1995, art. 61).

Quanto à pena negociada, observa-se uma liberdade ampla ao Ministério Público, que pode oferecer proposta para aplicar pena privativa de liberdade e qualquer outra que entenda ser necessária, como a participação em programas de apoio a agressores sexuais, por exemplo. Na transação penal, porém, as penas que podem ser aplicadas são as restritivas de direito e de multa, ambas reguladas em lei, e jamais pode versar sobre pena de prisão – sendo uma medida desencarceradora.

Outra diferença também se refere à declaração de culpa. Enquanto, nos Estados Unidos, a esmagadora maioria dos acordos penais têm como contrapartida da defesa a *guilty plea*, ou seja, a confissão dos fatos acusados; no Brasil, não há qualquer discussão em relação a culpa pelo acusado, não servindo o aceite da transação para tanto.

Ademais, com a transação penal, segundo a jurisprudência, não há condenação, por isso não gera nenhum efeito penal, além do mero registro judicial para evitar a concessão de novo acordo no prazo de cinco anos. Em oposição, o *plea bargaining* gera uma condenação, cujos efeitos serão os mesmos de um julgamento realizado pelo júri ou pelo juiz singular.

Por fim, cabe registrar o momento em que as negociações penais podem ser feitas. No caso do Brasil, a transação penal só pode ser feita em audiência, seja ela preliminar, ou em uma nova tentativa na audiência de instrução e julgamento. Já o *plea bargaining* pode ocorrer nos tribunais, em audiência, ou fora deles, inclusive durante a investigação criminal.

Do exposto, as diferenças entre a transação penal e o *plea bargaining* são inúmeras, de modo que confirmam a afirmação doutrinária segundo a qual aquela se baseou no *patteggiamento* italiano e no procedimento sumariíssimo lusitano.

Por outro lado, deve-se ter em mente que há semelhanças entre os dois institutos, já que ambos se inserem no âmbito da Justiça Consensual. A primeira similaridade já foi apresentada: são institutos conceituais, que buscam atender ao *ius puniendi* do Estado sem usar, para isso, o processo penal tradicional. Assim, ambos têm, por escopo, evitar o julgamento.

Outro ponto em comum é sua fundamentação política: economia processual. Nos dois institutos vê-se a ideia pela qual o legislador cria mecanismos que acelerem a aplicação da lei penal, sem os altos custos materiais e de pessoal que um processo origina.

Ademais, como modelos consensuais que são, com caráter de bilateralidade, ambos devem ser aceitos pelo acusado. Para tanto, a lei estadunidense e a brasileira estabelecem uma série de requisitos de validade para que seja aceito. No caso brasileiro, os requisitos legais se estendem ao delito aplicável, às circunstâncias do fato, à personalidade e aos antecedentes do réu, o que não ocorre no *plea bargaining*, em face da citada discricionariedade ministerial.

A transação penal e o acordo penal norte-americano precisam passar pelo crivo do Poder Judiciário, que analisará os requisitos exigidos em lei para a sua concessão. Em ambos os institutos, vê-se uma parcimônia judicial, e não cabe a este intervir para aplicar o acordo ou modificar os termos negociados –com a exceção brasileira em que o juiz pode reduzir a pena de multa pela metade, se apenas ela estiver contida na proposta (Lei nº 9.099/1995, art. 76, § 1º). Todavia, os juízes, em ambos os sistemas processuais, podem não homologar o acordo, cuja aplicação prática em nenhum dos países é usual.

Por fim, ambos os institutos não possibilitam a participação da vítima nas negociações, pois são desconsiderados seus desejos quanto à tradicional persecução criminal.

No modelo norte-americano, a doutrina visualiza uma série de vantagens às vítimas com a sua aplicação, como diminuir os seus sofrimentos em público e acalmar seu ânimo em relação à vingança. Afirmam, também, que gera menos problemas para coletar evidências, em especial nos crimes sexuais (RAUXLOH, 2012, p. 41). No processo brasileiro, há um descaso geral com os desejos da vítima, amenizado com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, com a possibilidade de composição civil dos danos.

5.2 INFLUÊNCIA DO MODELO NORTE-AMERICANO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Projeto de Lei nº 156/2009, que visa a modernizar o Processo Penal Brasileiro, e a torná-lo compatível com as diretrizes constitucionais (BOSCHI, 2012, p. 76), foi elaborado

por uma comissão de juristas de alto nível, inclusive o Ministro Hamilton Carvalhido, como coordenador, e o processualista Eugênio Pacelli de Oliveira, como relator.

O referido Projeto foi aprovado no Senado Federal, passou por mudanças no texto original, por meio do Parecer nº 1.631/2010, foi aprovado na Comissão realizada em 07 de dezembro daquele ano e remetido para o crivo da Câmara dos Deputados em 23/03/2011, mas ainda está pendente de votação.

A ideia de um novo CPP, segundo a palavra de Corrêa (2012, p. 140), um dos participantes da comissão de elaboração do anteprojeto, é solucionar a morosidade judiciária através da criação de leis que modifiquem os preceitos que, atualmente em vigor, conforme se defendem os magistrados, trazem prazos dilatados para defesa, os quais visam a proteger o réu em face do Estado.

Uma das novidades trazidas, com vistas a amenizar a crise do Poder Judiciário, vem, novamente, por meio de um instituto consensual, denominado no Anteprojeto de “Procedimento Sumário”, constante no art. 271 do texto original da comissão, e no art. 283 do texto modificado pelo Senado, que dispõe, *in verbis*:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Trata-se da consolidação da Justiça Consensual no processo penal brasileiro, o qual amplia sua aplicação com a criação de um novo instituto, cuja denominação doutrinária vagueia entre acordo penal¹⁴ e barganha penal¹⁵.

Segundo Ramiro (2012, p. 352), o que o legislador denomina de procedimento sumário nada mais é do que o procedimento ordinário aplicável para os crimes cuja pena máxima não ultrapasse oito anos.

Embora na legislação processual em vigor exista um procedimento sumário, não há nenhuma similaridade com o instituto de mesmo nome no Projeto de Lei nº 156, conforme assevera a própria comissão na Exposição de Motivos (2009, p. 20):

De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua

¹⁴ Termo utilizado por Ramiro (2012, p. 352-359).

¹⁵ Termo utilizado por Costa (2013), em seu artigo intitulado “A barganha no projeto do novo Código de Processo Penal”, em clara referência ao modelo norte-americano, denominado *plea bargaining*.

nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.

Do exposto, o procedimento sumário possibilita ao Ministério Público, após o oferecimento da denúncia e antes da instrução e da audiência, apresentar proposta de acordo a defesa, para aplicação imediata da pena, desde que o acusado confesse os fatos denunciados, no todo ou em parte, para os delitos cuja pena máxima cominada não seja superior a oito anos.

O legislador não estará distanciando-se, todavia, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que o Ministério Público ainda terá que denunciar o fato que configure um ilícito penal. Apenas está se deferido a possibilidade, observando as circunstâncias do caso concreto, o término célere desse, por meio da aplicação imediata da pena (RAMIRO, 2012, p. 355). Para Costa (2013, p. 1), estar-se-ia diante do afastamento do princípio da indisponibilidade da ação penal.

Ambos os autores citados concordam que não se trata de um direito subjetivo do acusado, mas de uma prerrogativa ministerial, cuja conveniência ou não será verificada no caso concreto. Assim, justifica-se a impossibilidade do juiz substituir a atuação do MP nem discordar do conteúdo acordado, desde que obedecido os ditames legais, podendo dispensar a negociação se observar a ausência dos requisitos legais, conforme o preceito inserido no § 7º do referido artigo.

Para que a barganha penal seja efetiva, similar ao procedimento da transação penal, deverá o juiz observar a existência dos seguintes requisitos:

- I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;
- II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;
- III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

O primeiro dos requisitos apontados é a necessidade de confissão pelo acusado, que pode ocorrer de forma parcial ou total. Nesse sentido, pode-se entender pela possibilidade de um acordo parcial, em que será feita a negociação sobre alguns dos fatos imputados, e os demais fatos seriam processados conforme o procedimento ordinário (RAMIRO, 2012, p.

356).

Ramiro (2012, p. 357) também advoga a possibilidade da *confissão qualificada*, sendo esta, citando as palavras de Tourinho Filho, aquela em que o acusado reconhece a autoria dos fatos, mas apresenta fato ou circunstância que exclua o crime ou o isente de pena. Nesses casos, o acordo também poderá ser realizado, desde que o seja mediante a anuência da defesa.

O segundo requisito se refere ao *quantum* da pena barganhada, que deverá estar limitada ao mínimo legal cominado no tipo penal objeto do acordo, sem prejuízo da possibilidade de que a pena seja convertida em restritiva de direitos ou que se conceda a suspensão condicional do processo.

A última condição imposta é que haja a manifesta dispensa de produção de provas, cuja lógica que se atribui a findar o processo com base na confissão, sem necessidade de base probatória para tal.

Pelo dispositivo em estudo, observa-se que os antecedentes criminais e a reincidência não são fatores que impedem a aplicação deste instituto. Todavia, para que o acordo seja atrativo aos réus primários e com bons antecedentes, o §3º do retromencionado art. 283 permite que a pena acordada seja diminuída em 1/3 do mínimo previsto, desde que as condições pessoais do agente e a menor gravidade do crime, como a referida diminuição, estejam expressamente previstas na proposta.

A diminuição por boa conduta do § 3º não será aplicada no caso de existir causa de diminuição de pena, não se incluindo, entretanto, a adequação do tipo à forma tentada (RAMIRO, p. 357).

A pena de multa, quando aplicada como pena principal ou cumulada a outra na barganha penal, será cominada também no mínimo legal, devendo o valor estar expressamente previsto no acordo (§ 5º).

Outra benesse concedida àqueles que optarem pelo procedimento sumário, é a isenção das despesas e das custas processuais, como expressamente previsto no § 6º.

Após a concordância do acordo pelo acusado e sua defesa, dando prevalência, obviamente, à opinião daquele, o juiz deverá homologar o acordo.

Como dito anteriormente, o juiz somente não homologará a barganha se não estiver presente um dos requisitos formais exigidos (§ 7º). Ocorrendo essa hipótese, caberá agravo no prazo de 10 dias (art. 473, VIII).

Não havendo homologação, o processo seguirá o rito ordinário (PL nº 156, art. 284) e o acordo será desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer referências aos termos e condições pactuados, assim como o juiz de remeter-se a elas em qualquer ato

decisório (§ 9º).

Por outro lado, se houver acordo nos ditames legais, a sentença que o homologará terá natureza condenatória, que poderá servir como título executivo judicial, e permitirá a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, se for o caso, e de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal.

Se o Ministério Público não apresentar proposta de barganha, se estiverem presentes os requisitos legais exigidos, e se o juiz não concordar com a posição ministerial, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral, cujo posicionamento deverá ser acatado (PL n° 156, art. 38, § único).

Diante do exposto, confirma-se a posição anteriormente apresentada de que o procedimento sumário e a transação penal são institutos diferentes, pelas razões a seguir:

- a) A transação penal é um instituto pré-processual, que visa a evitar a instauração do processo penal, pois é oferecida antes da denúncia oral (Lei n° 9.099/1995, art. 77, *caput*). O procedimento sumário, por sua vez, é aplicado após o oferecimento da denúncia.
- b) O modelo consensual previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais é aplicável apenas às infrações de menor potencial ofensivo, abrangendo estes, as contravenções penais e os delitos cuja pena máxima seja inferior a dois anos. Já na barganha penal, os delitos aplicáveis são aqueles cuja pena máxima cominada não seja superior a oito anos.
- c) Na transação penal, a existência de condenação à pena privativa de liberdade por sentença definitiva obsta a homologação desse instituto (Lei n° 9.099/1995, art. 76, § 2º, I), bem como se os antecedentes, as condições penais do agente e as circunstâncias do fato não indicarem essa medida como suficiente (inc. III). Diametralmente oposto está o acordo penal, em que não constam requisitos legais negativos para a sua homologação, já que está, dentre as atribuições ministeriais, verificar a conveniência ou não de optar por tal instituto.
- d) O PL n° 156/2009 estabelece como um dos requisitos obrigatórios do procedimento sumário a confissão do acusado, de forma total ou parcial. Na transação penal, porém, não há qualquer declaração de culpa, sendo esta sequer mencionada pela legislação.
- e) Em relação à pena que pode ser proposta, no caso da barganha penal, o Ministério Público pode propor qualquer espécie de pena permitida em lei, inclusive a pena privativa de liberdade. A pena que pode ser transacionada, por outro lado, apenas

poderá ser pena restritiva de direitos ou pena de multa, sozinha ou cumulada com aquela.

- f) Por último, há diferenças quanto aos efeitos da homologação de cada modelo consensual. Enquanto na transação penal não há nenhum efeito penal, existindo apenas um registro em âmbito judicial para impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos (Lei nº 9.099/1995, art. 76, § 2º, II); no acordo penal do Anteprojeto em comento, ocorrerão todos os efeitos penais decorrentes de uma sentença condenatória, pois a decisão que homologa esse instituto tem natureza expressamente condenatória.

Após as considerações gerais sobre a inovação do procedimento sumário no Anteprojeto do Novo Código Processo Penal, pode-se afirmar que esse instituto tem sua inspiração no *plea bargaining*, mas seu procedimento se aproxima do *patteggiamento*¹⁶.

O denominado acordo penal tem maiores pontos de semelhança com o modelo consensual norte-americano, como a possibilidade de se estabelecer na negociação pena privativa de liberdade e a necessidade de confissão.

Na essência, por outro lado, permanecem várias diferenças entre os dois institutos, em especial no princípio norteador, que continua a ser para o Ministério Público brasileiro o da obrigatoriedade da ação penal, como o campo restrito de negociação possível, que abrange apenas o tipo de pena que será aplicado. Em relação ao *quantum* da pena, a barganha brasileira está limitada ao limite legal ali fixado.

Embora pesem as divergências dos modelos consensuais brasileiro e norte-americano, a consagração daquele no sistema pátrio, e a previsão de um novo instituto no Anteprojeto no Código de Processo Penal, demonstram que os olhos jurídicos estão voltados às estatísticas e benefícios experimentados há anos pelo sistema processual estadunidense.

¹⁶ No Parecer do Senado sobre o Projeto de Lei nº 156/2009, cujo relator foi o Senador Renato Casagrande, a fonte do procedimento sumário no direito comparado foi o Código de Processo Penal Italiano, citando expressamente a aplicação imediata da pena a requerimento das partes – uma das traduções possíveis ao nome completo do instituto italiano: *applicazione della pena su richiesta delle parti*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se, neste trabalho, analisar os institutos do *plea bargaining* e da transação penal, separadamente, mediante uma observação dentro dos sistemas processuais nos quais estão inseridos. Posteriormente, foram comparados os dois modelos consensuais, e destacadas as várias diferenças havidas entre eles.

Não são poucas as divergências, posto que as características sociais, econômicas e jurídicas dos dois países são extremamente agudas. De um lado, os Estados Unidos da América, que integram o grupo das maiores economias do mundo, cujo sistema jurídico é o *Common Law*, caracterizado pela fonte primária do direito ser o costume jurídico e a jurisprudência. Por outro lado, o Brasil que tem o *status* de um país em desenvolvimento, cheio de mazelas sociais – muito mais graves do que as que assolam os norte-americanos –, filiado ao sistema do *Civil Law* e, conseqüentemente, da soberania das leis.

Do brevemente exposto, observa-se a impossibilidade de se aplicar o *plea bargaining* na sua concepção pura em nosso ordenamento, sem que se viole a Constituição Federal e que se desarmonize todo o ordenamento jurídico.

Por isso, entende-se que a transação penal e, futuramente, o procedimento sumário se baseiam no modelo consensual estadunidense, mas usando-o como um modelo negativo. O que se pretende dizer com isso é que o procedimento e a forma de sua aplicação foram utilizados como inspiração para se fazer um modelo consensual diferente, em que se respeitassem o princípio da obrigatoriedade da atuação do Ministério Público, o império das leis e uma série de direitos e garantias que não são considerados disponíveis ao indivíduo.

O mesmo foi feito em outros países, como no caso do Código Penal Italiano, que usa o *plea bargaining* como norte, mas que adotou seus próprios institutos consensuais, para que a solução buscada não se tornasse um problema jurídico e social.

Nesse sentido, o Brasil se aproximou mais do modelo italiano, em face das similaridades com esse ordenamento, ao criar, como já afirmado, formas consensuais completamente novas, que pudessem atender melhor ao sistema processual brasileiro.

Portanto, desprende-se que o estudo de institutos alienígenas na seara consensual – como deve ser – não tem por escopo o transplante direto do objeto estudado para aplicação em outro país. Antes disso, adapta-o as características jurídicas e sociais do país transportador, levando em conta, também, os defeitos e conseqüências que o seu uso causa no sistema jurídico de origem.

Entende-se, porém, que o meio consensual no direito processual penal está

consagrado, pelos seus benefícios ao réu e ao sistema carcerário brasileiro, por meio da transação penal e da suspensão condicional do processo. O acordo penal previsto no Projeto de Lei nº 9.099/1995 termina por consagrar essa forma de aplicação da lei penal, há muito tempo já referenciada pelos norte-americanos no exercício do seu *ius puniendi*.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. São Paulo: Atlas, 2011.

ALBERGARIA, Pedro Soares. **Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Editora Almedina, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madri/ESP: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Fábio Roque (Org.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal: tomo II. 2ª ed. atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. 15ª ed. rev., atual. e ampl.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional. 26ª ed. e atual**. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal. 4ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério**. In: *Revistas dos Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 7, n° 7, jan/jun. 2010, p. 247-269.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Notas Introdutórias ao PLS n. 156 – projeto de código de processo penal**. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Org.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal: obra coletiva de autoria da Editora. **Revista dos Tribunais. 16ª ed. rev. ampl. e atual**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

_____. Congresso. Senado. Parecer n° 1.636/2010. **Redação final do Projeto de Lei do Senado n° 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Congresso. Senado. **Relatório feito pelo Senador Renato Casagrande sobre o Projeto de Lei do Senado n° 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, e proposições anexadas**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407&tp=1>>. Acesso em: 30 out. 2014.

_____. Presidência da República. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2014.

_____. Senado Federal. Lei nº 11.340/2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 225 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher**; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 out. 2014

_____. Senado Federal. Lei nº 9.099/1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 03 out. 2014.

_____. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 8.123, HC nº 31.527/SP, de 16 abr 1999, APe nº 390/DF**.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1994. **Habeas Corpus nº 71.713-6 (PB) – Tribunal Pleno – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 26 out. 1994, DJU 20 out. 1995, p. 35.258**

_____. Supremo Tribunal Federal. 2010. **RE: 581201 RS**, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 24/08/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 Divulg 07-10-2010 Public 08-10-2010 Ement Vol-02418-07 Pp-01458.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **REspe: 12.602 MA**. Relator: Min. José Antônio Dias Toffoli, Data de Julgamento: 01/10/2012, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 02/10/2012.

CAMPOS, Clisia Eline. **Obrigatoriedade da ação penal e ministério público**. 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11627>. Acesso em: 23 out. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

CORRÊA, Antonio. **A reforma do código de processo penal**. Supressão da ação penal privada e seus efeitos no ordenamento jurídico. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Org.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de direito penal**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Rafael Paula Parreira. **A barganha no projeto do novo Código de Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3796, 22 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25927>>. Acesso em: 30 de out. 2014.

DAVIS, Angela J. **Prosecution and race: the power and privilege of discretion.** Fordham Law Review, vol. 67, n° 13, 1998, p. 15-68. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3499&context=flr>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The innocent defendant's dilemma: na innovate empirical study of plea bargaining's innocence problem.** Journal of Criminal Law and Criminology, 2013, vol. 103, p. 1-49. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>>. Acesso em: 23 out. 2014.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932>>. Acesso em: 25 out. 2014.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** 7ª ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

FELÍCIO, Carlos Eduardo. **Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2987, 5 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19923>>. Acesso em: 23 out. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

FORSYTH, William. **History by jury.** E-book. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=ELxCAAACAAJ&printsec=frontcover&dq=forsyth&hl=ptBR&sa=X&ei=SExhVK2hPIWmgwTlx4GgDQ&ved=0CFMQ6AEwBzgU#v=onepage&q=forsyth&f=false>>. Acesso em: 24 out. 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões, Decreto n° 2.181/97.** 6ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

GARCÍA, Nicolas Rodriguez. **La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado.** Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.** Revista Informe Legislativo, ano 25, n° 97, jan/mar, 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181826/000435279.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 out. 2014.

HERMAN, G. Nicholas. **Plea bargaining.** 3ª ed. Nova Iorque: Juris Publishing, Inc., 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.

JUSTICEIROS: casos ainda sem investigação. **Jornal o Popular**, 2014. Disponível em: <<http://www.goianiabr.com.br/2014/04/justiceiros-casos-ainda-sem-investigacao.html>>. Acesso em 23 out. 2014.

LANGBEIN, John H. **Understanding the short history of plea bargaining**. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1978/1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers>. Acesso em: 27 out. 2014.

LEITE, Danilo Pereira. **A transação Penal na ação penal de iniciativa privada**. 2008. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/816/793>>. Acesso em: 27 out. 2014.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCCIOLA, Luísa. **Adolescente atacados por um grupo de “justiceiros” é preso a um poste por uma trava de bicicleta, no Flamengo**, Portal Extra, 03 de fev. de 2014. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/adolescente-atacado-por-grupo-de-justiceiros-preso-um-poste-por-uma-trava-de-bicicleta-no-flamengo-11485258.html>>. Acesso em: 23 out. 2014.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Estudo sobre a efetividade do Processo Civil**. São Paulo, 2010.

MAYNARD, Douglas W. **Inside plea bargaining: the language of negotiation**. Nova Iorque: Plenum Press, 1984.

MCCONVILLE, Michael; MIRSKY, Cherster L. **Jury Trials and Plea Bargaining: a true history**. Oxford: Hart Publishing, 2000Oxford: Hart Publishing, 2005.

MCCOY, Candace. **Plea bargaining as coercion: the rial penalty and plea bargaining reform**. Criminal Law Quartely, vol. 50, 2005, p. 1- 41. Disponível em: <<http://www.teacherweb.com/FL/ChristianHomeandBibleSchool/kmccrory/Plea-Bargaining-as-Coercion.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2014.MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. Portal do CNJ, 01 out. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29765-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em: 03 out. 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. Portal do CNJ, 1º out. 2014. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/29765-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em: 03 out. 2014.

MORAIS, Marcus Vinícius de; FERNANDES, Luiz Estevam; PURDY, Sean. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. 3ª ed. São Paulo: Contexto, 2011.

MOTIVANS, Mark. **Federal Justice Statistics, 2009**. Portal do *Bureau of Justice Statistics*, dezembro de 2011, NCJ 234184. Disponível em: <www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs09.pdf>. Acesso em: 02 de nov. 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Alexandre Ribas de. **Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais**. [S.I.]: Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919>. Acesso em: 24 out. 2014.

PIMENTEL, Fabiano. **Do processo: uma análise constitucional do projeto do CPP**. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Org.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

PINHO, Alexandrino Augusto Ribeiro Gomes. **Aspectos criminais dos juizados especiais: o Direito acessível aos pobres**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/3344153/2-aspectos-criminais-juizados-especiais-direito-acessivel-pobres.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2014.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem história e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros: parte I**. [S.I.]: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2008/abordagem-historica-e-juridica-dos-juizados-de-pequenas-causas-aos-atuais-juizados-especiais-civeis-e-criminais-brasileiros-parte-i-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>>. Acesso em: 23 out. 2014.

RAMIRO, Fábio Moreira. **O procedimento comum**. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Org.). **O projeto do novo código de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2012.

RAUXLOH, Regina. **Plea bargaining in national and international law**. Nova Iorque: Routledge, 2012.

REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

_____. **Lições Preliminares de direito**. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: curso completo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ailton Alfredo. **Juizado criminal: uma crítica à transação penal diante da tensão entre garantismo e eficiência do procedimento**. 2008. Dissertação apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Católica de Pernambuco,

2008. Disponível em: < http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=521>. Acesso em: 27 out. 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, José Alberto Sartório. **“Plea bargaining”**: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. Monografia. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining_Souza.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 ago. 2014.

STASIAK, Vladimir. Considerações sobre o princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro. **Revista Cesumar**: Ciências humanas e sociais aplicadas, vol. 2, n° 1, 1998, p. 173-189. Disponível em: < http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cesumar.br%2Fpesquisa%2Fperiodicos%2Findex.php%2Frevcesumar%2Farticle%2Fdownload%2F541%2F516&ei=x79eVPiIH_TLsATclYGACg&usg=AFQjCNF5UNHYzHlmgGRZ4GmhtHDruX66DA&sig2=bCy3R2s9SPUX1uTFC9cBjA&bvm=bv.79189006,d.cWc>. Acesso em: 23 out. 2014.

SUSPEITO de assalto morre após ser espancado por grupo em Salvador. **G1 Globo-BA**, 2014. Disponível em: < <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/10/suspeito-de-assalto-morre-apos-ser-espancado-por-grupo-em-salvador.html>>. Acesso em: 13 out. 2014.