



A NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL E O *PLEA BARGAINING*¹

NEGOTIATION ON THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN BRAZIL AND PLEA BARGAINING

Ricardo Gueiros Bernardes Dias²
Iago Abdalla Fantin³

RESUMO: O presente artigo buscou investigar o modelo brasileiro de negociação criminal, pautado no instituto da transação penal, sob perspectiva comparada com o *plea bargaining*. Diante de um cenário de crise da Justiça Criminal no Brasil, gerado pelo aumento da criminalidade e, conseqüentemente, do número de processos, o modelo consensual de solução das controvérsias pode ser importante mecanismo de celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Por isso, foi instituída a transação penal no âmbito dos Juizados, possibilitando acordo entre o Ministério Público e a defesa para aplicação de pena alternativa, com base em uma verdade jurídica consensuada entre as partes. Face a influência do direito alienígena na conformação do instituto, buscou-se compreender o modelo do *plea bargaining* dos Estados Unidos. Por fim, verificou-se que o tema demonstra potencial para alterar profundamente a justiça penal no Brasil, caso passe a vigorar nos moldes dos projetos de lei dos novos Código Penal e Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Justiça Penal. Negociação. Consenso. Plea bargaining.

ABSTRACT: This paper had the purpose of investigating the Brazilian criminal negotiation model, rooted in the institute of criminal transaction, compared with American plea bargaining. Due to the criminal justice crisis in Brazil, engendered by the growth of criminality and, therefore, the growth of the number of processes, the consensus way of

¹ Artigo submetido em 28-05-2017 e aprovado em 27-02-2018.

² Pós-doutorado (em andamento) na University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela UGF/University of California (Hastings) (sanduíche). Mestre em Direito pela UGF-RJ/UERJ. Pós-graduação em Direito Comparado pela Cornell/Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Atuou como visiting researcher (scholar) na University of California. É Professor do Quadro Permanente da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Especialização (em andamento) em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).



solving the controversies may be an important mechanism of celerity and efficiency of Justice. Thus, criminal transaction was instituted in the *Juizados*, allowing agreement between the District Attorney's Office and the defense to apply an alternative punishment, rooted in a juridical truth, built by the parties. Once the influence of foreign law was recognized in the conformation of the institute, it was sought to understand *plea bargaining*. Finally, it could be observed that the theme chosen shows potential to deeply change the criminal justice system in Brazil, because there are two projects of law that intend to introduce bargain in Brazilian legal system: the new Penal Code and the new Penal Process Code.

Keywords: Criminal Justice. Negotiation. Consensus. Plea bargaining.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal clássico, de modelo “conflitivo”, é marcado por uma tentativa de assegurar o devido processo legal aos acusados de infrações criminais, com denúncia, instrução probatória, ampla defesa, contraditório, sentença, recursos diversos, etc. No entanto, com o aumento da criminalidade e, conseqüentemente, do número de processos e da lentidão do Judiciário - a chamada crise da Justiça Criminal, verificada não apenas no Brasil, mas em muitos outros países-, cresceu a necessidade por alternativas simplificadoras para solução das controvérsias, que fossem capazes de apresentar as respostas necessárias e suficientes aos conflitos sociais, de modo a descongestionar a máquina judiciária, melhorar a eficiência e diminuir o custo do sistema e alcançar maior celeridade na solução das causas, evitando-se o colapso da administração da justiça.

Nesse contexto, percebido no Brasil precipuamente a partir da década de 1990, passou a ganhar relevo a forma conciliatória de solução para o conflito, com adoção do "consenso", já difundido na seara civil, ao processo penal, ainda que de modo limitado, como forma de resposta às demandas sociais, pelo que se fala em um novo modelo de justiça criminal, qual seja, a justiça criminal consensual.



No Brasil, a adoção do modelo de justiça consensual foi concretizada pela introdução no ordenamento jurídico pátrio da Lei nº 9.099/95, focada na desburocratização e simplificação do processo penal e, em última instância, na obtenção de maior eficiência no combate à criminalidade, tendo em vista “o colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo socioeconômico injusto”⁴.

A Lei nº 9.099/95 destacou-se por privilegiar a solução consensual do litígio, rompendo o “paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo”⁵, essas definidas como as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não exceda dois anos. Com efeito, foram adotadas quatro medidas denominadas “despenalizadoras” na lei, quais sejam, composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e exigência de representação da vítima em caso de lesões corporais culposas ou leves, das quais as três primeiras tem em comum a adoção do consenso como forma de solucionar o litígio.

Assim, o paradigma de justiça criminal consensual faz parte de uma nova realidade do direito pátrio, tendo destaque nesse cenário os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, precipuamente a transação penal, prevista no art. 76, permitindo que o Ministério Público e a defesa entrem em acordo para aplicação de penas alternativas ao autor da infração, encerrando-se o caso imediatamente, sem necessidade de colheita de provas. Não se olvide, ainda, que o instituto da colaboração premiada, disciplinado em grande medida pela Lei nº 12.850/2013, também integra a nova realidade de introdução de espaços de consenso na Justiça criminal brasileira, porém não é objeto deste trabalho.

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 43.

⁵GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação Premiada. *Revista FIDES*, Natal, vol. 6, n. 1, pp. 164-175, Jan./jun. 2015. p. 164



Esse modelo de justiça consensual tem inspiração no sistema de barganha criminal anglo-americano, o *plea bargaining*, no qual se confere ampla discricionariedade aos atores do sistema para negociar na justiça criminal, o que torna imprescindível o estudo comparado do direito alienígena para compreensão do modelo implantado no Brasil, bem como das mudanças propostas por projetos de leis.

Dentre as mudanças propostas, são de destaque os projetos dos novos Código Penal (PLS nº 236/2012) e Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009), pois introduzem a barganha, nos moldes do *plea bargaining* anglo-americano, ao ordenamento pátrio, estendendo-a para todos os delitos, de modo a ampliar exponencialmente a utilização do consenso na resolução de conflitos, por meio de verdadeira negociação criminal.

Acrescente-se que, segundo dados do último relatório Justiça em Números do CNJ⁶, no ano de 2015 ingressaram 3 (três) milhões de novos casos criminais no Poder Judiciário no Brasil, o que representa um crescimento de 6% (seis por cento) no acervo de processos e revela um desafio para a Justiça Criminal do país, pois terá que processar e julgar um número alarmante de casos.

Nesse contexto, a solução consensuada de controvérsias assume grande utilidade prática, pois permite a diminuição da demanda sobre os órgãos jurisdicionais, descongestionando a máquina judiciária e possibilitando, em consequência, maior tempo para dedicação aos processos mais graves.

⁶ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em números 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>, acesso em 16 jan. 2017.



2 A LEI N. 9.099/95

2.1 A conjuntura da introdução do diploma no ordenamento brasileiro

Até a década de 1990, o modelo político-criminal brasileiro caracterizava-se basicamente pela implacabilidade da resposta punitiva estatal, enxergada como suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. Nesse contexto, a pena teria função puramente retributiva. Trata-se do modelo penal dissuasório clássico.⁷

Para Luiz Flávio Gomes⁸, a partir de 1990, esse modelo passa a se caracterizar, ainda, por uma tendência *paleorepressiva*, que tem por notas marcantes: aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, novas tipificações e endurecimento da execução penal. Exemplo disso são a lei de crimes hediondos (8.072/90), a lei de combate ao crime organizado (9.034/95) e a lei 9.426/96, que criou novos tipos penais e agravou penas, emocionalmente inspiradas no movimento *Law and Order*.

Dentro desse contexto de intensificação da repressão estatal em resposta ao aumento da criminalidade, com fulcro na crença do Direito Penal como reação eficaz ao delito, a lei 9.099/95, cumprindo a determinação constitucional contida no artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988, representou uma quebra de paradigma e instauração do novo padrão da justiça criminal consensuada.

O Juizado Especial Criminal traz um procedimento que rompe com a tradição jurídica brasileira, dando interpretação diversa ao acesso à prestação jurisdicional. Pedro Manuel

⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 - lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 341.

⁸ Ibid.



Abreu⁹ destaca, nesse sentido, que o sistema dos juizados insere o Brasil na chamada terceira onda de acesso à justiça do universo *cappelletiano*, pois representa uma resposta aos anseios da população por uma justiça rápida, desprovida de formalismos, sintonizando o Judiciário com um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a cidadania.

No artigo 72, a lei nº 9.099/95 estabelece uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal, que regula a atividade do Ministério Público, determinando a possibilidade de conciliação entre as partes e, caso não obtida, segue-se à transação penal, com proposta da Promotoria. Dessa forma, de modo inovador, concede-se às partes (autor do fato e vítima) a possibilidade de autocomposição por meio de uma negociação. Não sendo efetuado o acordo, o Ministério Público irá propor a transação penal, que possibilita aplicação imediata de pena alternativa.¹⁰

O diploma apresentou ao Brasil institutos inovadores e diversas medidas despenalizadoras, assim conhecidas porque não houve descriminalização (retirada do caráter criminoso, ilegal, de condutas) mas aplicação de medidas penais ou processuais penais alternativas que visam evitar a pena de prisão, capazes de cumprir os objetivos de celeridade na solução de controvérsias e diminuição da sensação de impunidade no seio social.

Esse modelo consensual instituído pela lei nº 9.099/95 tem como fundamentos três princípios, consoante as lições de Luiz Flávio Gomes¹¹: a) princípio da discricionariedade (ou

⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 254-260.

¹⁰ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares*. 1. ed. Niterói: Intertexto, 2003. p. 60.

¹¹ MOLINA, A. G.; GOMES, L. F., 1997, p. 423-433.



oportunidade) regrada; b) princípio da autonomia da vontade; c) princípio da desnecessidade da pena de prisão.

2.2 Verdade consensuada e discricionariedade regrada

A abertura de espaços de consenso na Justiça Criminal está voltada primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar o recuo, ou uso voluntariamente limitado, de certos direitos e garantias assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, como ampla defesa e contraditório, presunção de inocência etc¹².

O espaço de consenso é atrelado à criminalidade de pequena e média gravidade, onde deverá incidir com maior extensão o princípio da intervenção mínima, além de ser o campo mais autorizado para as penas ou medidas alternativas ao encarceramento¹³, de modo a assumir grande utilidade prática, pois com ela se consegue a diminuição da demanda sobre os órgãos jurisdicionais, possibilitando-se, em consequência, maior tempo para dedicação aos processos mais graves, o que é, inclusive, a justificação do processo despenalizador. Com isso, vai ao encontro do interesse público, sendo mais democrático.

Conforme ensina o desembargador paulista Márcio Franklin Nogueira, o consenso:

“a) serve, como já foi visto, para desafogar os tribunais, evitando o colapso da Justiça Criminal b) implica economia processual; c) dá relevo à assertiva de que é preferível, e mais eficaz, um castigo imediato, ainda que menor, que um processo completo, com todas as garantias, mas do qual deriva uma justiça tardia.”¹⁴

No Brasil, há abertura para utilização do consenso na Justiça Criminal nos Juizados Especiais Criminais, em que o Estado abre mão do princípio clássico da busca da verdade real por meio do processo, e admite a construção de uma verdade jurídica, com base no consenso entre as

¹² Ibid, p. 418.

¹³ Ibid, p. 418.

¹⁴ NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66



partes envolvidas. Assim, conforme o escólio de Ada Pellegrini Grinover: "ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada".¹⁵ Com isso, sinaliza-se especialmente para os institutos da composição civil e da transação penal, trazidos pela lei nº 9.099/95.

Saliente-se, ademais, que a lei não concedeu discricionariedade completa ao Ministério Público, que fica preso às alternativas penais legais oferecidas. Trata-se, em verdade, de uma discricionariedade regrada. Nesse sentido, destaca Grinover:

O Ministério Público, nos termos do artigo 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, "deve agir"), mas sua 'proposta', presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada (ou, ainda, oportunidade regrada).¹⁶

2.3 Medidas despenalizadoras

As medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95 fazem parte de um empreendimento de desburocratização e simplificação do direito penal. Elas ficaram assim conhecidas porque não houve descriminalização (retirada do caráter criminoso, ilegal, de condutas) mas aplicação de medidas penais ou processuais penais alternativos que visam evitar a pena de prisão.

A doutrina aponta quatro medidas despenalizadoras: a) a composição civil, pela qual nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada à representação será extinta a punibilidade do autor do fato (artigo 74, parágrafo único); b) transação penal (artigo 76), com aplicação imediata de pena alternativa, para o caso de não haver composição civil ou em caso de ação penal pública incondicionada; c) suspensão

¹⁵ GRINOVER *et al.*, 2002. p. 45.

¹⁶ *Ibid*, p. 44.



condicional do processo para crimes cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano (artigo 89); d) lesões corporais culposas ou leves passam a exigir representação da vítima (artigo 88).

No caso de acordo quanto aos danos civis, a sentença que homologa tal avença terá eficácia de título executivo no âmbito cível (natureza civil) e acarreta renúncia ao direito de queixa ou representação (com conseqüente extinção de punibilidade - natureza penal).

Ademais, por meio da transação penal, aceita a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, resulta afastada a pretensão punitiva estatal inicial de aplicar pena de prisão. Com abdicação estatal ao modelo punitivo clássico pautado na pena de prisão, de um lado, e a renúncia do acusado a algumas garantias típicas do devido processo penal, por meio de uma negociação legalmente delimitada, chega-se uma solução célere e eficaz dos conflitos levados ao Judiciário.

Quanto à exigência de representação da vítima em caso de lesões corporais leves ou culposas, possibilita-se que a renúncia ou decadência gerem a extinção de punibilidade.

A suspensão condicional do processo é largamente vista como uma revolução do processo penal brasileiro. Por meio desse instituto inovador, quando o Ministério Público vislumbra a possibilidade de concessão futura de sursis (suspensão da execução da pena aplicada), haja vista o cumprimento de seus requisitos: primariedade, bons antecedentes, boa personalidade, boa conduta social, etc. (artigo 77 do Código Penal), poderá propor a suspensão do processo. Havendo aceitação do acusado e de seu defensor, será iniciado um período de prova de dois a quatro anos e deverão ser cumpridas algumas condições para futura extinção de punibilidade.



Cumpridos as condições impostas -dentre elas a reparação dos danos à vítima- e não havendo revogação do benefício, desaparecerá a possibilidade de sanção penal estatal (artigo 89, §5º) e não haverá instrução processual (audiências, interrogatório), sentença, inclusão do nome no rol de culpados, caracterização de reincidência ou maus antecedentes. "É como se aquele fato nunca tivesse ocorrido na vida do imputado"¹⁷.

A suspensão condicional do processo, dessa forma, cumpre muito bem os princípios orientadores da lei 9.099/95 de simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º). Isso porque permite resposta estatal rápida ao delito; evita a ocorrência de prescrição, que não corre durante a suspensão, servindo de escudo à impunidade; além de ser mais eficaz na ressocialização do autor do fato, que não pode cometer outro delito durante o período de prova, sob pena de revogação do benefício.

Outrossim, para as infrações com pena mínima cominada pequena (até um ano), evita-se o preconceito decorrente de sentença penal condenatória e, mais ainda, do próprio processo penal, fonte de agruras para o acusado.

Em suma, assim como ensina Ada Pellegrini, “o que há de comum, pelo menos no que tange a três desses institutos depenalizadores, é o consenso (a conciliação)”¹⁸, referência aos institutos de composição civil, transação penal e sursis processual.

O incremento do consenso como alternativa ao endurecimento do direito penal foi uma conquista da Lei nº 9.099/95, sendo de destaque nesse campo a transação penal, uma vez que apresenta características típicas de negociação no processo penal, razão pela qual é o foco deste estudo, buscando-se compreender o instituto em cotejo com a modelo de negociação

¹⁷GRINOVER *et al.*, 2002, p. 45.

¹⁸GRINOVER *et al.*, 2002, p. 45.



criminal angro-americano, que serviu de inspiração à transação penal e a novos projetos de leis.

3 O DIREITO COMPARADO

O modelo de justiça consensual implantado no Brasil sofreu forte influência do direito alienígena, em especial o norte-americano, conhecido como *plea bargaining*.

O sistema de justiça criminal norte-americano apresenta um típico caso de negociação penal, com ampla discricionariedade do órgão acusador e excelentes resultados na obtenção de celeridade na solução das controvérsias levadas ao Judiciário. Assim, face seus atrativos, serviu de paradigma para outros países, que buscam melhor desempenho no combate à criminalidade, como foi o caso do Brasil.

Tal fenômeno merece estudo sob a ótica do Direito Comparado, uma indispensável ferramenta para compreensão do fenômeno local, seja porque o *plea bargaining* inspirou os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, com destaque para a transação penal, bem como a legislação sobre colaboração premiada, mas também porque continua influenciando os novos projetos de lei, que almejam ampliar os espaços de consenso na seara criminal no Brasil. Por isso, mostra-se imprescindível o estudo aprofundado do sistema de barganha penal norte-americano.



3.1 O *plea bargaining*

Os Estados Unidos apresentam o mais famoso método de negociação penal do mundo ocidental¹⁹, pautado na discricionariedade dos atores negociantes e no princípio da oportunidade, denominado genericamente *plea bargaining*. Ele serviu de referência e inspiração para reforma legislativa em muitos países onde o paradigma penal vigente não consegue dar as respostas necessárias às infrações penais²⁰, uma vez que apresenta simplificação e celeridade na solução das controvérsias levadas ao Poder Judiciário, com eficiência no combate à impunidade e grande aceitação social.

Por meio do *plea bargaining*, busca-se um consenso sobre a verdade dos fatos e a culpabilidade do acusado, pelo que Kant de Lima afirma ter esse instituto uma lógica inequívoca e universalmente disponível: "a verdade pública é fruto de uma negociação explícita e sistemática entre as partes interessadas"²¹. A verdade no sistema de justiça criminal nos EUA é fruto de uma decisão consensuada, o que vale tanto para a barganha que se faz entre a promotoria e a defesa, quando o réu se declara culpado (*plea guilty*), quanto para a decisão que encerra a arbitragem pelo Judiciário, dos conflitos em que o réu não se declara culpado (*not guilty*).²²

Nesse sistema, o princípio da oportunidade é vastamente aplicado, uma vez que o promotor goza de ampla discricionariedade e extraordinária liberdade de negociação, podendo decidir

¹⁹ Conforme Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Inglaterra e Holanda possuem mecanismos praticamente idênticos ao norte-americano, o mesmo ocorrendo com a Áustria quanto ao uso e posse de entorpecentes. Cf. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos Juizados Especiais cíveis e criminais*: lei 9.099, de 26.09.1995. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000.p. 603.

²⁰ NOGUEIRA, 2003, p. 69.

²¹ KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. [s.n.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 175.

²² Ibid, p. 173.



livremente se, quando, como e por que delitos acusar alguém, podendo até mesmo renunciar à ação penal ainda que já iniciada²³.

O *plea bargaining* pode ser explicado como o acordo realizado entre a acusação e a defesa pelo qual o acusado concorda em se declarar culpado em troca de vantagens oferecidas pelo Ministério Público, tais como deixar de acusá-lo por algum ou alguns delitos ou recomendar uma sentença mais branda ao juiz. No doutrina local é assim caracterizado:

Plea bargaining consists in the arrangement, between prosecutor and defendant (or more accurately the defendant's attorney), where in return for a defendant's plea of guilty, the prosecutor agrees to press a charge less serious than that warranted by the facts which she could prove at trial. Plea bargaining also refers to the prosecutor's promise to give the defendant a lighter sentence than he would get if convicted at trial. Alternatively, prosecutors may offer leniency by threatening multiple charges and then offer to drop the added counts in a multiple-count indictment. Defendants accepting the bargain waive their constitutional right to a trial, the privilege against self-incrimination, the right to challenge the evidence against them, and to the offering of a defense of his conduct.²⁴

Jorge Figueiredo Dias, da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, ao estudar suas diversas formas, entendeu a *plea negotiation* como uma "negociação entre o MP e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por crime menos grave"²⁵.

²³ NOGUEIRA, 2003, p. 69.

²⁴ MCGREGOR, Joan L. The Market Model of Plea Bargaining. *Public Affairs Quarterly*, University of Illinois Press, vol. 6, n. 4, 1992, p. 385. O *plea bargaining* consiste em um acordo entre o promotor e acusado (ou mais acertadamente o advogado do acusado), no qual, em troca da confissão de culpa do acusado, o promotor concorda em oferecer acusação menos severa que aquela atrelada aos fatos que deveriam ser provados em julgamento. O *plea bargaining* também se refere à promessa do promotor de dar ao acusado uma sentença mais leve que aquela que ele deveria obter se condenado em julgamento. Alternativamente, promotores podem oferecer leniência ameaçando acusações múltiplas e depois oferecendo abrir mão das acusações adicionais de um indiciamento múltiplo. Aceitando o acusado a barganha, renuncia a seu direito constitucional a um julgamento, ao privilégio de não auto incriminação, ao direito de contestar evidências contra ele e à oferta de defesa de sua conduta (tradução nossa).

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Limitada, 1984. p. 484-485 apud MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Apontamento sobre a política criminal e a plea bargaining*. RT 678. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 2.



No estudo intitulado *Understanding the short history of plea bargaining*, John H. Langbein²⁶, sob um olhar crítico, afirma serem suas características essenciais: 1) O *plea bargaining* é um procedimento de não-julgamento. 2) Esse procedimento subverte o modelo traçado pela Constituição Americana, que garante ao acusado, em *todas* as imputações criminais, o direito a julgamento por um Júri imparcial (Constituição Americana, emenda VI). 3) Com o objetivo de substituir o modelo constitucional pelo modelo do *plea bargaining*, os americanos tornam custoso para o acusado reivindicar seu direito constitucional. Isso porque, quando um acusado é condenado por um julgamento do Júri, normalmente ele é punido duas vezes: uma pelo crime e outra -de modo mais severo- por clamar seu direito a julgamento pelo Júri, tendo tal postura o objetivo de coibir outros réus de requer tal direito. 4) Esse procedimento sem julgamento tem sérios inconvenientes. Especialmente porque o acusado não pode apresentar sua defesa e ter sua culpa provada ao Júri acima de uma dúvida razoável - sua maior garantia contra erros na condenação. 5) Não obstante, por conta de sua eficiência, o *plea bargaining* ganhou o aval da Suprema Corte como um "componente essencial à administração da justiça" (caso *Santobello v. New York*, 404, U.S. 257, 1971). Naquela ocasião o *Chief Justice*²⁷ Warren E. Burger afirmou que o procedimento deveria ser encorajado porque "se toda acusação criminal fosse submetida a julgamento completo pelo Júri, os estados e o Governo Federal teriam que multiplicar por muitos o número de juízes e instalações forenses".

Nessa senda, o Ministério Público teria duas razões principais para escolher a barganha. Primeiro, tendo em vista que ele está sob extrema pressão devido à grande quantidade de trabalho, oferece a barganha para poupar tempo. Segundo, porque sua chance de conseguir a condenação dos réus diante do Júri, com frequência, não é alta. Falhas nas provas estatais,

²⁶ LANGBEIN, John H. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*. *Law and Society Review*, vol. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, 1979. p. 261.

²⁷ Seria o correspondente ao nosso Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.



escassez de testemunhas com credibilidade, ou até mesmo um acusado com boa fama e respeito da comunidade, o qual o Júri hesitaria em condenar, fazem do ajuizamento um curso perigoso. Assim, quanto menor a probabilidade de condenação em julgamento, maior a receptividade do promotor em condenar o acusado por meio da barganha.²⁸

Verifica-se, também, que, apesar da ênfase dada pelas universidades americanas em transmitir técnicas e desenvolver habilidades com relação ao julgamento no Tribunal do Júri, a grande maioria dos casos criminais americanos são resolvidos por meio do *plea bargaining*, cerca de 97% dos casos levados à Justiça²⁹.

3.2 Procedimento

A prática do *plea bargaining* não é uniformemente seguida em todos os EUA, variando de acordo com o estado federado, uma vez que os estados possuem legislações penais e processuais penais diferentes. Mas no nível federal está regulamentado pelas *Federal Rules of Criminal Procedure*³⁰, regras emitidas pela Suprema Corte e aprovadas pelo Congresso, que no título 4, regra 11, estabelece que o acusado poderá utilizar-se de três tipos de *plea*: declarar-se inocente (*plea not-guilty*); declarar-se culpado (*plea guilty*) ou, com o consentimento da Corte, declarar "*nolo contendere*".

²⁸ THE UNCONSTITUTIONALITY of Plea Bargaining. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 83, n. 6, 1970.p. 1389.

²⁹ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A Comparative Empirical Study of Negotiation in Criminal Proceedings Between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. IV, n. 2, pp. 59-96, 2016. Em THE UNCONSTITUTIONALITY of Plea Bargaining (1970, p. 1387) é destacado que a maior parte das condenações resultam do *guilty plea*, sendo até cerca de 90% em algumas jurisdições. Ainda, MCGREGOR (1992, p. 385), apresenta o dado de que 85% de todas as condenações criminais são resolvidas por meio da barganha. Apesar da variação dos números, que derivam de diferentes períodos de tempo, demonstra-se a relevantíssima importância do sistema de negociação

³⁰ LEGAL Information Intitute. Rule 11. Pleas. Cornell University Law School. Disponível em< http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 21 de jan. 2017.



Declarando-se inocente, diante do princípio da presunção de inocência que é característica do sistema americano, o Estado terá o dever de prestar o *due process of law*³¹, inclusive com direito do acusado ser julgado por um Júri, o qual pode ser dispensado por ele, optando por um juiz unipessoal (*bench trial*³²). Se cumpre o *plea guilty*, afirmando-se culpado, caberá ao magistrado verificar se a declaração foi produzida de modo livre e consciente e, ato contínuo, fixar data para a sentença.³³

As consequências do *guilty plea* são reconhecidas como uma peculiaridade do procedimento penal anglo-americano. Em geral, nos sistemas legais continentais, quando o acusado de um crime sério confessa sua autoria, mesmo assim ele irá para julgamento, de modo que a confissão não elimina a decisão judicial, servindo como evidência para condenação. Já no *common law* a confissão é tratada como renúncia ao julgamento.³⁴

O instituto do *nolo contendere plea* pressupõe que o acusado decida não contestar as alegações do promotor, aceitando as acusações imputadas, significando, portanto, que ele não quer contestar. Ele é entendido pelos juristas americanos como tendo o mesmo resultado, nos

³¹ "Ou seja, as arbitragens pelo júri nunca são obrigatórias para os cidadãos; o direito de não se incriminar, que impõe ao silêncio o significado da não culpabilidade, tendo como correlata a obrigação de dizer a verdade- tudo o que todos dizem em Juízo deve ser verdade, sob pena de cometerem o crime de *perjury*" (KANT DE LIMA, 2008, p. 174).

³² Conforme ressalta LANGBEIN (1979. p. 289), o *bench trial* (julgamento sem o Júri) é visto como uma adaptação menos radical do que o procedimento sem-julgamento do *plea bargaining* para os crimes mais sérios.

³³ DIEGO DíEZ, Luiz Alfredo. *Justicia Criminal Consensuada: Algunos Modelos del Derecho Comparado en los EEUU, Italia y Portugal*. Valência: Publicaciones Universidad de Cadiz, 1999 apud NOGUEIRA, 2003, p. 73.

³⁴ LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Law and Society Review*, vol. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, 1979. p. 268.



procedimentos criminais, que o *plea guilty* (admissão de culpa),³⁵ sem, no entanto, haver um reconhecimento formal de culpa.

O *nolo contendere plea* é um termo em latim que significa "eu não contesto". O réu que se utiliza dele não admite nem nega as acusações realizadas e não tem o intento de se defender. Segundo Daniel E. Hall³⁶, a vantagem do *nolo contendere plea* em relação ao *guilty plea* é que aquele não pode ser usado em um procedimento civil contra o acusado, enquanto esse pode ser usado.

Consoante a regra 11 das *Federal Rules of Criminal Procedure* (...) the court must not participate in these discussions (...)”³⁷, o que significa restringir as negociações à acusação e à defesa, sem participação da Corte.

Contudo, quando se verifica a aplicação do instituto no nível estadual, a participação do juiz na negociação é inegável. Nesse caso, duas situações podem ocorrer: a) havendo consenso com a proposta, o defensor consulta o acusado (que normalmente está preso no mesmo prédio e esperando em uma sala próxima) para dizer se ele aceita as condições apresentadas. Se aceitar, o rito formal do *plea guilty* será levado a efeito; b) não havendo consenso com a proposta, terá início a instrução processual para futuro julgamento.³⁸

³⁵ NEUBAUER, David W. *America's Court & Criminal Justice System*. California: Brooks/ Cole Publishing, 1988 apud FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, M. S.; KANT DE LIMA, R.; BURGOS, M. B. (Org.), 2003.p. 62.

³⁶ HALL, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 2nd ed. Albany: Delmar Publishers, 1996, p. 398.

³⁷ "An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will: (...)". Rule 11, Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 21 jan. 2017.

³⁸ DIAS, 2016, p. 67.



No entanto, a negociação pode ocorrer em qualquer momento, mesmo após instaurado o processo, ou até durante o julgamento no júri, *in verbis*:

(...) plea bargaining is the ultimate destination for almost all of the cases that are brought before the court. A lack of agreement is usually only in practice a postponement for a supervening negotiation. This (plea bargaining) can recur at any time, even during the *jury trial*³⁹.

Citando entrevista do Advogado Geral de Rhode Island, Ricardo Gueiros observou que as negociações raramente são feitas pelo esclarecimento dos fatos controversos. Na verdade, a negociação normalmente ocorre com as partes adiantando algumas estratégias que seriam usadas em um futuro julgamento, formando-se um jogo de estratégia, em que uma parte tenta mostrar força a fim de convencer a outra a evitar o julgamento.⁴⁰

Assim, nota-se que a verdade pública produzida para administrar conflitos é fruto: a) de uma negociação patrocinada pelo *District Attorney Office* (promotoria), em que as partes desistem de sua verdade para compor uma terceira versão satisfatória para todos ou, alternativamente, b) uma negociação entre os jurados, árbitros selecionados pelas partes para decidir qual verdade que vão dizer ao público, depois de presenciarem a exposição dos fatos admitidos em juízo, ou seja, seu *verdict*. Esse segundo sistema, no âmbito do judiciário dos EUA, é denominado *trial by jury*, ou arbitragem pelo júri, por meio do qual é feita a escolha, em comum acordo, dos "fatos que devem ser discutidos e validados diante dos jurados, com exclusão dos não aprovados por consenso, por meio das *exclusionary rules*"⁴¹(regras de exclusão das evidências levadas a juízo).

³⁹ Ibid. O "pleito de negociação" é o destino final de quase todos os casos trazidos perante a Corte. A falta de um acordo, usualmente, na prática é um adiamento para uma superveniente negociação. Essa negociação pode ocorrer a qualquer momento, mesmo durante julgamento pelo Júri (tradução nossa).

⁴⁰ Ibid., pp. 68-69.

⁴¹ KANT DE LIMA, 2008, p. 174-175.



A doutrina americana aponta alguns tipos de barganha. O primeiro tipo é a *sentence bargaining*, que consiste num acordo entre o acusado e o promotor, no qual, mediante uma declaração de culpabilidade do acusado ou decisão de não contestar, o *District Attorney* se compromete a fazer recomendações benevolentes ao juiz (*recommendarions*) no sentido de uma *light sentence* (sentença com penas mais leves) por acusações específicas. O segundo, *charge bargaining*, é a transação na qual, em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o *prosecuter* se compromete a abandonar uma ou algumas imputações que originalmente lhe foram feitas ou acusá-lo de um delito menos grave que realmente tenha cometido.⁴²

Um terceiro tipo seria a forma mista de acordo, em que o acusado confessa em troca da diminuição de imputações (*charge bargaining*) e da aplicação de uma pena atenuada (*sentence bargaining*). Fala-se ainda em um *implicit plea bargaining*, que se refere a práticas forenses que proporcionam leniência sem necessidade de negociação explícita entre acusação e defesa. Em verdade, trata-se da cultura forense americana de buscar recompensar o réu que confesse sua culpa com uma pena mais branda e de que todo aquele que insistir em ir ao *jury trial* não terá o mesmo tratamento. Desse modo, mesmo que não haja negociação expressa entre as partes, a declaração de culpa será sempre premiada.⁴³

É importante perceber, de antemão, que a chancela da Suprema Corte dos EUA não trouxe qualquer inovação quanto ao *plea guilty* em si, ou seja, quanto à declaração da culpa. Esta sempre existiu e teve (e tem) suas várias funções dentro do modelo judicial americano. O inovador é a chancela formal da Suprema Corte salientando que a Constituição americana não

⁴² SOUZA, José Alberto Sartório. "Plea bargaining": modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, 1998.

⁴³ Ibid. O mesmo autor ressalta uma pesquisa realizada em 1979 que constatou que, entre 1950 e 1970, 36% das declarações de culpa no Condado de Alameda, Califórnia, deveram-se ao *plea bargaining* implícito e 40% ao explícito.



impõe óbice à *plea bargaining*. Em outras palavras, o que houve foi a sedimentação formal de mais uma faceta do *plea guilty*. Ela seria também a “moeda de troca” para o *plea bargaining*. O acusado precisa declarar-se culpado, como condição *sine qua non*, para ter a oportunidade de barganhar.

A barganha não se limita tão-somente à pretensão de diminuir a pena a ser imposta, como poderia parecer em uma primeira análise. Vai bem além disso. A partir do momento em que o acusado se declara culpado as partes negociantes (e, aqui, como será visto adiante, podemos incluir o juiz) estabelecem seu mais alto grau de *discretion*⁴⁴.

Em entrevista com o *Judge James Collins*, a respeito dessa *discretion*, principalmente quanto aos seus limites, Ricardo Gueiros se deparou com a seguinte resposta:

Sim, o *District Attorney* tem total *discretion* no tocante à acusação. E mais: uma vez formulada a acusação, ela pode ser modificada a qualquer instante. Aliás, eu me lembro que, na época em que eu era um defensor, participei de um interessante caso em que o réu era acusado de homicídio e eu conduzi uma negociação para modificar a acusação para *disturbing the peace*, que se trata de um crime com baixa relevância. E acho que isso ocorreu por uma razão. Muitas vezes o policial não tem convicção de que o acusado realmente cometeu aquele crime. Quando o *District Attorney* percebe que, mesmo o amedrontando, não conseguirá convicção da prática delituosa, ele precisa dar algum tipo de resposta. Assim, acaba-se por escolher o crime que, ao meu ver, seria o “menor” delito existente [*disturbing the peace*].

Entretanto, quando indagado sobre a mitificação da neutralidade do juiz nesse processo, ele disse:

A palavra final é totalmente do juiz. Bem, há diferentes filosofias entre os juízes, mas claramente se o juiz não gostar da oferta, ele poderá não aceitá-la. Por exemplo, o juiz que me antecedeu frequentemente deixava de lado as negociações que teriam ocorrido anteriormente. Em todos esses anos, eu só fiz isso uma vez. Eu tenho outra filosofia. Se o *District Attorney* e o defensor chegaram em um acordo... Eles conhecem bem o caso. O defensor sabe bem o que é o melhor para o acusado e o *District Attorney* tem consciência de qual seria a melhor opção para a sociedade.

⁴⁴ Evita-se utilizar a expressão “discricionariedade”, preferindo o termo *discretion*, para denotar com mais precisão o amplo contraste que encontramos nessa seara se compararmos o sistema brasileiro com o dos EUA.



E é, nesse particular, que se vê uma das características mais marcantes da *plea bargaining*. Em uma de suas primeiras visitas ao *chamber* do juiz (onde ocorria a negociação prévia, nos moldes descritos no início desse trabalho), Ricardo Gueiros percebeu que, quando o promotor, o advogado e o juiz iniciavam a negociação (pressupondo haver a possibilidade de declaração de culpa), havia uma extensa abertura quanto ao “destino” do acusado. Notou que era muito comum “escolher” a tipificação legal do crime praticado. Ou seja, mesmo que todos estivessem certos de que houve o crime de tráfico de drogas, seria possível estipular que o réu seria acusado pelo crime de posse de drogas e, via de consequência, receber a punição condizente e proporcional com prática estipulada (e não realizada!). A acusação, portanto, será formulada por um fato simbólico, “criado” por uma negociação. Aliás, é o que já afirmou em uma entrevista um juiz alemão:

(...) o *plea bargaining* pode enfraquecer o dever do juiz em investigar a ‘verdade dos fatos’ (...) o juiz tem uma menor oportunidade de verificar a base dos fatos (...).⁴⁵

Na mesa de negociações, o Código Penal não serve como parâmetro de adequação da conduta praticada, mas como um leque de opções que serve de leme para a escolha (*pick up*) da punição a ser cominada.

3.3 A discricionariedade dos atores do sistema

No caso de um acordo para recomendação de sentença com pena mais leve, o juiz não é obrigado a atender a essa recomendação, devendo o promotor alertar o acusado desse fato, antes de ele se declarar culpado.⁴⁶ Contudo, diante do princípio da oportunidade, que impera

⁴⁵ TURNER, Jenia. *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No. 1 (Winter, 2006), p. 225.

⁴⁶ No caso de o Juiz não aceitar a recomendação, o *defendant* terá a oportunidade de retirar sua *plea guilty*, conforme a *rule 11* das *Federal Rules of Criminal Procedure*: (c) (3) (A) (...), the court may accept the agreement, reject it, or defer a decision until the court has reviewed the presentence report; (c) (5) *Rejecting a Plea Agreement*. If the court rejects a plea agreement containing provisions of the type specified in Rule



no direito penal americano, a promotoria tem o direito de negociar com o acusado, pressionando-o para desistir de seu direito a um *due process of law*, declarando-se culpado de um crime menor para evitar ser levado a juízo por um crime maior e correr o risco de ser por ele condenado⁴⁷, de modo que a decisão do promotor de não exercitar a ação penal ou exercitá-la da maneira avençada não pode ser recusada pela Corte.

A grande discricionariedade dada aos atores do sistema jurídico americano tem o escopo de obter celeridade na resolução dos conflitos e de não permitir uma sobrecarga dos tribunais, garantindo que a Corte possa se debruçar sobre os casos mais complexos. Nesse sentido, discorre a doutrina local:

The system is thus dominated at every level by official discretion: police, prosecutors, judges, and correctional officials are expected to extend leniency to most offenders lest the system become brutal and the courthouses overloaded. The guilty plea thus provides incentives for the state as well as the defendant. The courts are prepared to try only about ten percent of the cases potentially before them, and prosecutors value convictions obtained without the effort and expense of trial.⁴⁸

Na prática, os promotores americanos tem essencialmente uma discricionariedade ilimitada para dispensar um caso ou negociar um *guilty plea* para um crime menor, garantindo, com isso, uma sentença mais branda. Mas há controvérsia a respeito do exercício da

11(c)(1)(A) or (C), the court must do the following on the record and in open court (or, for good cause, in camera): (A) inform the parties that the court rejects the plea agreement;(B) advise the defendant personally that the court is not required to follow the plea agreement and give the defendant an opportunity to withdraw the plea; and(C) advise the defendant personally that if the plea is not withdrawn, the court may dispose of the case less favorably toward the defendant than the plea agreement contemplated. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁴⁷KANT DE LIMA, 2008, p. 175.

⁴⁸ROSETT, Arthur. Plea bargaining. *Encyclopedia of the American Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, v. 3, p. 1394-1396, 1986,apud SOUZA, 1998. O sistema é portanto dominado em todos os níveis por discricionariedade oficial: espera-se que polícia, promotores, juízes e carcereiros tenham benevolência com muitos criminosos para que o sistema não se torne brutal e as cortes superlotadas. A declaração de culpa, portanto, oferece vantagens para o Estado e para o acusado. As cortes são preparadas para julgar somente em torno de dez por cento dos casos potenciais trazidos a elas e promotores valorizam condenações obtidas sem o esforço e as despesas de um julgamento (tradução nossa).



discricionariedade. Apesar de ser reconhecido que *guilty pleas* poupam recursos que seriam gastos com julgamentos, uma preocupação central dos críticos do *plea bargaining* é que o Ministério Público está em uma posição injustamente forte para negociar. Uma fonte dessa força de negociação para a promotoria é simplesmente o fato de que o acusado é requisitado para acordar com ela da maneira como pré-determinado.⁴⁹

4 NEGOCIAÇÃO PENAL NO BRASIL E NOS EUA

4.1 Aproximação (ou não) da transação ao *nolo contendere plea*

O Brasil é identificado como sendo componente do grupo de países de sistema jurídico de *civil law*, de origem na Europa continental. No entanto, sofre algumas influências de países como os Estados Unidos, de tradição jurídica do *common law*. Isso ocorre mais visivelmente nos Juizados Especiais Criminais, por meio dos seus institutos despenalizadores, introduzidos pela lei 9.099/95, sendo a transação penal o foco deste trabalho.

No sistema americano, como explicado, há três tipos de *plea*: declarar-se inocente (*plea not-guilty*); declarar-se culpado (*plea guilty*) ou, com o consentimento da Corte, declarar "*nolo contendere*". Esse último instituto significa que o acusado aceita as imputações realizadas, optando por não contestá-las. É visto como tendo a mesma consequência que o *plea guilty*, sem haver um reconhecimento formal da culpa, tendo apenas a diferença de não servir de prova para fins de responsabilidade civil.

⁴⁹ REINGANUM, Jennifer F. Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion. *The American Economic Review*, vol. 78, n. 4, 1988. p. 713 .



Analisando as peculiaridades da influência do modelo negocial da justiça penal americana sobre a abertura ao consenso no direito penal realizado pela lei 9.099/95, Ada Pellegrini Grinover⁵⁰ assevera que não há no direito brasileiro o mesmo grau de discricionariedade do modelo dos EUA. Na transação penal (artigo 76 da lei nº 9.099/95), o Ministério Público estará vinculado ao princípio da legalidade processual ("deve agir") e sua proposta, presentes os requisitos legais, deve versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca uma privativa de liberdade. Assim, dispõe da pena original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. É a chamada discricionariedade regrada.

Por conta disso, há pouco espaço para a barganha penal no direito brasileiro. Na transação, a aceitação de aplicação imediata da pena não corresponde a reconhecimento de culpabilidade penal (nem de responsabilidade civil). Por isso, para a professora da Universidade de São Paulo, "não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena)"⁵¹. Conclui, na verdade, que "a figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o do *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*".⁵²

⁵⁰ GRINOVER *et al.*, 2002, p. 44.

⁵¹ GRINOVER *et al.*, 2002, p.44. Mas a semelhança com o direito estadunidense é reconhecida por José Barros Fernandez: "uma análise mais apressada dos citados institutos (transação penal e suspensão condicional do processo) poderia levar a concluir que o instituto transação penal muito se assemelha ao aplicado no direito estadunidense (*plea bargaining*), já que, pela primeira vez, na história do direito penal pátrio, o Estado, através do Ministério Público, abre mão da obrigatoriedade da persecução penal, ou seja, do devido processo legal (artigo 5º, LIV), e negocia, por meio de acordo, com o suposto autor do fato, uma pena não privativa de liberdade. Cabe ressaltar, contudo, que as semelhanças com o direito estadunidense param por aqui, uma vez que lá o judiciário não participa nesta fase de negociação, podendo toda ela ocorrer fora do juízo, embora, depois de consensualizada entre as partes, seja a ele encaminhada" (FERNANDEZ, J. B. A transação penal e suas conseqüências jurídicas. In: AMORIM, M. S.; KANT DE LIMA, R.; BURGOS, M. B. (Org.), 2003. p.130-131).

⁵² *Ibid*, p. 41.



Para Luiz Flávio Gomes⁵³, a nossa transação penal não se confunde com o *plea bargaining* porque a transação deve ser feita em audiência, na presença do juiz. Não é caso de as partes fazerem acordo fora da audiência e o juiz apenas homologar. Tudo será feito em audiência para cumprir o princípio da oralidade, que garante a imediação do juiz e a publicidade. O referido autor concorda que estamos mais próximos do *nolo contendere*. O Ministério Público continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua proposta somente pode versar sobre uma pena alternativa, nunca sobre privativa de liberdade.

Em seus comentários sobre a lei, Tourinho Filho⁵⁴ ressalta que o autor do fato não reconhece sua culpabilidade, apenas concorda para evitar a tramitação de um processo, ou por outra razão qualquer. Por isso, é o típico *nolo contendere*. Ainda, se a aceitação da proposta acarretasse consequências sérias, a vontade do defensor, como órgão técnico, deveria prevalecer. Mas não é o que acontece: caso haja dissenso entre o autor do fato e o defensor sobre aceitar ou não a proposta, deve prevalecer a vontade daquele.

Em contraponto a boa parte da doutrina sobre o tema, Gonçalves Ferreira reconhece a influência do sistema de administração da justiça americano sobre o Juizado, mas critica a aproximação especificamente quanto ao *nolo contendere plea*, tendo em vista que o acusado não aceita a acusação realizada na representação criminal, mas sim *as penalidades* apresentadas a ele, que são delimitadas pela lei. E salienta:

Entretanto, contraditoriamente, os mesmos juristas que defendem a proximidade do Juizado Especial Criminal com referido instituto insistem afirmando que o réu ao

⁵³ MOLINA, A. G.; GOMES, L. F., 1997, p. 428.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Criminais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141-142.



aceitar a transação penal proposta pelo promotor, no sistema brasileiro, não assume culpa nenhuma, mas apenas defende-se.⁵⁵

4.2 Propostas de introdução da barganha no ordenamento pátrio

Como explicitado, o *plea bargaining system* norte-americano serviu de inspiração para o modelo de justiça penal consensual brasileiro. Deve-se ressaltar, ademais, que o instituto americano também tem influenciado o legislador na elaboração de novos projetos de lei, que buscam ampliar as possibilidades de negociação na justiça criminal.

Nesse sentido, o projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro prevê o instituto da barganha, no Brasil, semelhante ao *plea bargain* do direito anglo-americano, por meio do qual o processo se encerra de forma célere com a confissão do acusado e a negociação da pena. Caberia para todos os crimes e, uma vez que depende de confissão, a sentença seria condenatória. É dizer: o acusado confessa, não por causa da atenuante prevista no atual artigo 65, mas para poder negociar com o Ministério Público uma pena.

Há, portanto, diferente da transação penal, reconhecimento de culpabilidade e efeitos penais decorrentes de sentença condenatória. No entanto, não se esclarece os limites de discricionariedade do órgão acusador: se o Ministério Público poderá propor uma pena abaixo do mínimo legal ou se pode propor pena restritiva de direitos onde não cabe essa pena, como no caso de crime de homicídio.

⁵⁵ FERREIRA, M. A. G. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, M.S.; KANT DE LIMA, R.; BURGOS, M. B. (Org.), 2003, p.62.



Consta da Exposição de Motivos do referido projeto:

Seguiu-se, com adaptações à realidade nacional, o modelo do *plea bargain* norte americano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para a concertação de termos de avença que possam convir a ambas. Não há meios de compelir as partes ao acordo. Elas transigirão se assim for de seu interesse. Não se desenhou a proposta no sentido de erigir o acordo em direito da acusação ou da defesa, posto que acordo obrigatório não é um acordo, é um oxímoro. Exige-se, todavia, que tenha ocorrido o recebimento da denúncia, indicando a justa causa para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal. A partir daí – e antes da audiência de instrução e julgamento – o Ministério Público e o advogado ou defensor público poderão buscar acordo para a aplicação imediata das penas.⁵⁶

É possível verificar, ainda, que a redação elaborada apresenta algumas falhas. A primeira é a falta de previsão da figura do acusado na realização do acordo, o qual necessariamente precisará consentir para sua realização e deverá estar presente para confessar a autoria do delito, não bastando a anuência de seu advogado. Inclusive, poderia haver contradição entre a posição do defensor e a do acusado.

Ademais, há um erro mais sério na redação proposta, tendo potencial para inviabilizar a concretização do objetivo de dar solução célere aos conflitos e tornando temerária a introdução do modelo de negociação penal norte-americano no Brasil. Para tanto, deve-se atentar para o momento traçado para a realização da barganha: após o recebimento definitivo da denúncia, ou seja, após todas as investigações policiais, sendo necessários indícios suficientes de autoria e materialidade da infração. É cediço que há muitos casos em que a denúncia demora muito a ser formulada e recebida, de modo que o momento escolhido para a barganha não favorece o escopo de celeridade processual. Deveras, em cotejo com o modelo americano, percebe-se que nos EUA os trabalhos de negociação se iniciam até mesmo pelo

⁵⁶ PARECER. Comissão temporária de estudo da reforma do código penal. Relator Pedro Taques. Disponível em :<<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/08/veja-a-integra-do-relatorio>>. Acesso em: 20 nov. 2014.



telefone, quando o advogado de defesa liga para o promotor e requer a barganha, deixando para formalizá-la depois, de modo a evitar o processo.

Há ainda Projeto de Lei nº 156/2009, apresentado no Senado em 22 de abril de 2009, que tem por intento revogar o atual e editar um novo Código de Processo Penal, no qual também há previsão da barganha, em seus artigos 283 e 284, em termos semelhantes ao do projeto do artigo 105 do código penal.

5 CONCLUSÕES

Face todo o exposto, verifica-se que, na contramão do movimento legislativo brasileiro pautado no aumento do rigor das punições, a lei nº 9.099/95 implementou o modelo consensuado de justiça criminal brasileiro para crimes de menor potencial ofensivo, sendo de relevo nesse sentido o instituto da transação penal, ao permitir a negociação entre o Ministério Público e a defesa para aplicação de pena alternativa à privação de liberdade.

A lei representa uma quebra de paradigma e instauração do novo padrão da justiça criminal consensuada, passando a admitir a participação dos sujeitos do processo na construção da verdade jurídica, uma *verdade consensuada*.

A solução consensuada de controvérsias assume grande utilidade prática, pois com ela se consegue a diminuição da demanda sobre os órgãos jurisdicionais, possibilitando-se, em consequência, maior tempo para dedicação aos processos mais graves, o que é, inclusive, a justificação do processo despenalizador. Com isso, vai ao encontro do interesse público, sendo mais democrático.



A transação penal tem inspiração no *plea bargaining system* dos EUA, no qual se almeja, fundamentalmente, oferecer efetiva resposta estatal ao crime- ainda que branda- sendo poderoso remédio contra a impunidade, face o elevado número de crimes a exigir colheita de prova da autoria, evitando aumento da carga de trabalho judiciário.

No entanto, com o modelo posto, ainda há pouco espaço para a barganha penal, propriamente, no direito brasileiro. Na transação, a aceitação de aplicação imediata da pena não corresponde a um reconhecimento de culpabilidade penal (nem de responsabilidade civil). Por isso, parte da doutrina entende que, na comparação com o direito norte-americano, não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena), mas a figura que mais se aproximaria do instituto pátrio é o do *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do *consenso* à do *conflito*.

É comum deparar-se, no dia-a-dia dos tribunais, com a expressão *no contest*, em contraposição ao termo *plea guilty*. Em pesquisa de campo realizada, percebeu-se que a maioria dos infratores optavam por dizer *no contest*, em vez de declararem-se culpados. Como a própria expressão já denota, *no contest* é uma forma de não contestar a acusação. Restaria saber, entretanto, se haveria algum efeito prático na escolha dos termos, já que, a rigor, não contestar a acusação poderia significar aceitá-la. Na observação de campo, notou-se que a única distinção recai sob a esfera cível. Geralmente, fica a critério do juiz aceitar, ou não, a declaração de *no contest* do acusado. Uma declaração de *no contest* não pode ser usada contra o acusado em um eventual processo civil ajuizado em razão do mesmo conjunto de fatos descritos na acusação criminal. Alguns acusados têm a tendência, sob o ponto de vista psicológico, de optar pela declaração de *no contest* (em vez de declarar-se culpado). É claro,



obviamente, que alguns juízes têm suas reservas sobre o acusado em não admitir expressamente a culpa e, portanto, rejeitam o *no contest*.

No modelo de administração da justiça dos EUA, como visto, há debates entre a acusação e a defesa a fim de se estabelecer um consenso acerca da culpabilidade do réu, pois o sistema não se preocupa em encontrar a "verdade real" do caso criminal *sub judice*- o que acontece no Brasil-, mas é deliberadamente estabelecida uma verdade entre as partes, como meio de dar solução ao conflito.

No processo dos EUA a verdade é construída segundo as regras de consenso entre as partes. Importa muito menos o que de fato ocorreu; e importa muito mais o que se acordou quanto à ocorrência dos fatos. Isso colide com o modelo brasileiro, em que ainda se propaga no meio da dogmática jurídica busca pela verdade real.

No Brasil, não há uma intenção em consensualizar ou, em outras palavras, estabelecer esse fatos, tampouco acordar quanto às provas a serem levadas a julgamento. A lógica do contraditório acaba por tornar infinita a tentativa frustrada de consensualizar a base do processo: os fatos. Caberá ao juiz, colhendo as ideias contraditórias, realizar seu juízo, mediante o livre convencimento.

A opção da barganha no direito dos EUA impescinde da declaração de culpa. E a ideia da confissão, do arrependimento, do perdão parece sempre estar atrelada aos rituais religiosos do local. Seria difícil, com efeito, afirmar que, em uma determinada sociedade, os traços religiosos estariam separados da forma como essa mesma sociedade lida com a regulação do Direito local. Em se tratando dos EUA, nação que possui uma tradição protestante muito marcante, não é difícil perceber a entrelaçamento entre essas questões.



Como visto, a lei dos Juizados Especiais Criminais no Brasil busca solucionar os conflitos por meio do consenso, da composição e negociação das partes. Esses são instrumentos tipicamente usados no âmbito cível. Com isso, pode-se reconhecer até mesmo uma banalização da justiça criminal, que passa a resolver conflitos de menor potencial ofensivo com meios tipicamente civis. Por conta disso, cabe uma reflexão: será que não seria melhor deixar que a justiça cível resolva esses conflitos? É possível que um processo de descriminalização de alguns delitos (de menor gravidade) seja mais eficiente no oferecimento das respostas almejadas pela sociedade quando da ocorrência de uma conduta transgressora do direito.

Tendo em vista os projetos de lei do Senado nº 236, de 2012 e nº 156 de 2009, que pretendem alterar, respectivamente, o Código Penal e o Código de Processo Penal, para incluir a possibilidade de barganha, verifica-se que a negociação criminal demonstra potencial para alterar radicalmente a Justiça Penal do Brasil, pelo que mereceu detido estudo deste trabalho.

Ao contrário da *plea bargaining*, em que há realmente um consenso entre as partes (transparência do processo), no Brasil, o que existe é a propositura do ministério público, que, na prática, se situa em hierarquia superior. Os acordos não são consensuais, pois nem sequer há um conhecimento das partes de qual é realmente o propósito de cada uma daquelas audiências. Os conciliadores – verdadeiros detentores do “poder” – querem “livrar-se” do processo. E, para isso, utilizam uma regra já conhecida na cultura jurídica brasileira: a de que o processo é um problema do qual se deve livrar. Assim, ao contrário do que ocorre no sistema adversarial, em que o consenso é fator marcante, vemos que no caso brasileiro, a transação goza de uma característica inquisitorial mascarada. E é aquela transparência que concede legitimidade ao processo.



A tentativa de importar-se modelos que são provenientes de sistemas jurídicos diversos cria o que se denomina de “dissonância cognitiva”. Tanto a comparação entre a transação penal e a *plea bargaining* pelas suas semelhanças, bem como a importação deste último ao direito brasileiro (como pretende a proposta de reforma do CP), esbarram na problemática do paradoxo. Enquanto nos EUA, o *due process of law* visa às garantias individuais, vemos que no Brasil o devido processo legal vem salvaguardar os interesses do próprio processo, o que torna mais uma garantia do Estado do que um direito da liberdade individual. Ora, se no Brasil, o processo não é do acusado, mas, sim, do Estado, não há o que se barganhar.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. A Comparative Empirical Study of Negotiation in Criminal Proceedings Between Brazil and the United States of America. *University of Baltimore Journal of International Law*, v. IV, n. 2, pp. 59-96, 2016.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Direito de acesso à prestação jurisdicional: uma análise comparada entre os sistemas judiciários criminais dos EUA e do Brasil. In: AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). *Juizados especiais criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares*. Niterói: Intertexto, 2003. p. 53-64.



GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação Premiada. *Revista FIDES*, Natal, vol. 6, n. 1, pp. 164-175, Jan./jun. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HALL, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 2nd ed. Albany: Delmar Publishers, 1996.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em números 2016*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>, acesso em 16 jan. 2017.

KADISH, Sanford, Legal Norm and Discretion in the Police and Sentencing Processes, *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 5 Mar., 1962.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. [s.n.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KIPNIS, Kenneth. Criminal Justice and the Negotiated Plea, *Ethics*, Vol. 86, No. 2 (Jan., 1976).

LANGBEIN, John H. Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It. *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 78, n. 2, pp. 204-225, 1979.



_____. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Law and Society Review*, vol. 13, n. 2, Special Issue on Plea Bargaining, pp. 261-272, 1979.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Apontamento sobre a política criminal e a plea bargaining*. RT 678. São Paulo: Ed. RT, 1992.

MCGREGOR, Joan L. The Market Model of Plea Bargaining. *Public Affairs Quarterly*, University of Illinois Press, vol. 6, n. 4, pp. 385-399, 1992.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 - lei dos Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1997.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.

REINGANUM, Jennifer F. Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion. *The American Economic Review*, vol. 78, n. 4, pp. 713-728, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos Juizados Especiais Criminais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TURNER, Jenia. Judicial Participation in Plea Negotiations: *A Comparative View*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 1 (Winter, 2006).



THE UNCONSTITUTIONALITY of Plea Bargaining. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 83, n. 6, pp. 1387-1411, 1970.