

DEVIDO PROCESSO LEGAL X *DUE PROCESS OF LAW* (TRANSAÇÃO PENAL X *PLEA BARGAINING*)

Marco José Mattos Couto

Resumo: O presente trabalho analisa o instituto da transação penal enquanto exemplo de influência norte-americana no sistema jurídico brasileiro. Disserta sobre as causas da demora na solução de conflitos pelo Poder Judiciário no Brasil e sobre o exagerado número de processos pendentes de julgamento. Aborda a devida cautela na importação de institutos estrangeiros, haja vista as diferenças culturais existentes, e conclui pelo necessário exame crítico da aplicação do instituto sob análise diante da magnitude do princípio constitucional da presunção de inocência.

Palavras-chave: Devido processo legal. Poder judiciário. Direito comparado. Transação penal.

Abstract: This paper analyzes Brazilian criminal transaction as an example of North American influence in the Brazilian judicial system. The causes of the delay in resolving disputes by the Judiciary in Brazil and the exaggerated number of pending cases are addressed. This study also discusses due caution in importing foreign legal mechanisms, given the existing cultural differences, and concludes that critical examination is necessary for the application of the mechanism under analysis considering the magnitude of the constitutional principle of presumption of innocence.

Keywords: Due process of law. Judicial System. Comparative law. Criminal transaction.

Certa vez, em Barcelona, o Ministério Público denunciou o réu pela prática do crime de homicídio, pedindo, ao início do processo, a imposição da pena de 30 anos de prisão. Na sessão de julgamento, o Promotor de Justiça se retratou e passou a pedir a imposição de uma pena de apenas 6 anos de prisão, com o que,

naturalmente, concordou o acusado. É certo que o Tribunal se negou a homologar tal acordo extravagante. Mas o que marcou o episódio foi a reação dos parentes da vítima, que, inconformados, partiram do local em que estavam na direção do acusador com o propósito de agredi-lo, vendo-se este obrigado a fugir pela porta dos fundos do Tribunal para evitar a agressão.¹

A história acima é verdadeira. Com ela, objetiva-se ressaltar a necessidade de a importação de institutos estrangeiros ser feita da maneira mais cuidadosa possível, não se podendo ter a ilusão de que todos os institutos possam ser aplicados com êxito em todos os países. Se tal facilidade existisse, a Justiça funcionaria de forma muito melhor em todo o mundo. Em verdade, não se pode deixar de considerar as semelhanças – e, principalmente, as dessemelhanças – existentes entre os países para que, então, se verifique a viabilidade da aplicação de institutos estrangeiros.

No caso do Brasil, o número cada vez maior de processos em curso tem provocado grande preocupação em todos aqueles que pretendem ver o Poder Judiciário cumprindo a função constitucional de resolver os conflitos de interesses que sejam levados a sua apreciação. Tal missão tem sido, como é de conhecimento geral, prestada de forma muito precária em função de diversos fatores, dentre os quais o enorme número de processos.

É certo que ao acervo processual exagerado se somam outros motivos igualmente importantes na análise do nosso sistema judiciário. A má remuneração dos serventuários da Justiça, a baixa qualidade dos cursos jurídicos, a corrupção endêmica e a falta de responsabilidade social de muitos Magistrados também contribuem para o estado atual das coisas.²

Mas, neste artigo, o que se pretende é enfatizar os seguintes pontos: (i) o exagerado número de processos pendentes de julgamento; (ii) a demora na sua solução; (iii) a necessidade de aplicação de institutos capazes de resolver a crise judiciária atual; (iv) o cuidado que se deve ter na importação de institutos, atentando-se para as diferenças culturais existentes entre os países envolvidos.

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: São Paulo: Saraiva, 2004, p. 233-234.

² ARAÚJO, José Aurélio; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana. *In*: FUX, Ministro Luiz. (Org.). **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

Nesse panorama, por força da pequena extensão destas linhas, será feita a análise mais específica do instituto da transação penal, que, para muitos, encontra a sua inspiração no chamado *plea bargaining* norte-americano.³

Veja-se que a importação do *plea bargaining* será utilizada nesta análise apenas com o propósito de exemplificar a influência norte-americana no sistema brasileiro. Não é novidade ressaltar o encurtamento cada vez maior da distância entre os países da *civil law* e os países da *common law*. Todavia, tal aproximação, embora salutar, há de ser feita paulatinamente, sem a esperança no sentido de que, de uma hora para outra, os graves problemas que atingem a grande maioria dos países sejam solucionados.

Embora o Brasil tenha herdado a legislação portuguesa a partir das Ordenações Filipinas, sendo inserido, desde o início, no chamado *civil law*, há algumas décadas a influência norte-americana em nosso sistema processual tem se mostrado presente, o que, aliás, é importante para o seu desenvolvimento. Assim como não se podem importar os institutos norte-americanos com os olhos fechados, também não é correto criar um bloqueio no sentido de não os admitir de forma pouco reflexiva.

Nesse sentido, apenas para contextualizar o *plea bargaining* como uma das várias influências norte-americanas, é conveniente ressaltar também outras, como a inserção no texto constitucional do princípio do devido processo legal, a adoção das técnicas de proteção coletiva dos direitos e interesses supraindividuais, a criação dos Juizados de Pequenas Causas (hoje denominados Juizados Especiais) e, ainda, o prestígio cada vez maior a ser dado à jurisprudência.

Feita essa pequena introdução, com o propósito de fundamentar a preocupação já externada quanto à importação dos institutos estrangeiros, é importante enfatizar a ideia de que o Direito é mesmo um saber local, conforme há muito sustentado por Clifford Geertz. É que o Direito, como conjunto de regras regedoras de uma sociedade em busca do bem comum, depende do tempo e do local onde ele é observado.

Clifford Geertz – um dos maiores antropólogos de todos os tempos –, em sua obra *Local knowledge: further essays in interpretative anthropology*, traduzida para a língua portuguesa, trata das diferentes culturas, tendo como base as civilizações de

³ PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 44.

Java, Bali e Marrocos, ressaltando, de forma muito inteligente, que a compreensão de nós mesmos e a compreensão dos outros são influenciadas pelo intercâmbio entre as formas culturais.⁴

Nesse sentido, Bianca Garcia Neri ensina que:

o comparatista não deve se ater apenas ao estudo doutrinário, mas sim estabelecer uma análise comparativa de todo o contexto e características locais, a fim de perceber como se manifestam os institutos dentro de um determinado sistema.⁵

Portanto, a transação penal prevista no nosso ordenamento jurídico, embora possa ter sido inspirada no *plea bargaining*, não pode ser pensada como se estivéssemos em solo norte-americano e, muito menos, aplicada como se os seus destinatários fossem norte-americanos que vivenciassem a realidade norte-americana, cuja diferença com a nossa realidade brasileira é inquestionável e percebida até pelos mais distraídos.

Veja-se, para enfatizar em nível constitucional as nossas diferenças gritantes, que a Constituição norte-americana é de 1787, possui 7 artigos e sofreu 27 emendas. A atual Constituição brasileira é de 1988, possui 250 artigos e, até julho de 2016, sofreu 92 emendas, não sendo pessimismo infundado supor que muitas outras emendas serão feitas, ainda mais neste período de mudança política decorrente do *impeachment* presidencial ocorrido há pouco.

O *plea bargaining* norte-americano e a transação penal partem da premissa segundo a qual é salutar a solução do processo sem o enfrentamento do mérito do conflito de interesses propriamente dito. São muitos os fatores que sugerem tal medida, destacando-se, dentre eles, a celeridade e a não interposição de recurso, já que, ao menos no campo das ideias, há um acordo justo decorrente da livre manifestação dos envolvidos.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “há quem pense que, se todos os processos penais tivessem de chegar até o *trial*, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso,” o que torna, em alguma medida, compreensível a afirmação já feita pela Suprema Corte daquele país no sentido de

⁴ GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁵ NERI, Bianca Garcia. Federalismo brasileiro e norte-americano: uma perspectiva comparada. In: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário; LIMA, Roberto Kant (org.). **O judiciário dos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas**. Curitiba: CRV, 2015, p. 253.

que o instituto do *plea bargaining* é essencial ao funcionamento da Justiça penal dos Estados Unidos.⁶

Sob o ponto de vista matemático, é totalmente aceitável a afirmação de que o sistema norte-americano entraria em colapso sem o *plea bargaining*. A conta é muito simples. As pesquisas informam que nada menos do que 96% dos processos norte-americanos são encerrados sem atos cognitivos do Juiz. Por isso, se o sistema norte-americano atual funciona com um pequeno número de julgamentos (cerca de apenas 4%), é evidente que não teria condições de absorver um número tão expressivo de processos a serem julgados.⁷

Mas por que são distintos a transação penal e o *plea bargaining*?

Um esclarecedor caminho para traçar as diferenças entre os citados institutos é observar os seus personagens. Em outras palavras, é importante realçar os papéis do Juiz, do acusador, do defensor e do réu em ambos os sistemas, sendo certo que será possível perceber as gritantes diferenças entre os sistemas em destaque.

Não é novidade lembrar que a atuação do Juiz na condução do processo, sobretudo no que tange à produção probatória, muito bem revela o sistema em que ele está inserido. No sistema norte-americano, tem-se um Juiz inerte, quase desinteressado no processo, cuja papel praticamente se reduz a fiscalizar o desenvolvimento dos trabalhos. No sistema brasileiro, é possível que o Juiz tenha atuação determinante na produção das provas.

É certo que o Juiz norte-americano se coloca diante de uma situação social bem distinta daquela que é apresentada ao Juiz brasileiro, o que explica a razão de o número de processos atingidos pelo *plea bargaining* ser muito expressivo, conforme os dados acima já aludidos.

No Brasil, a situação é outra. Não se desconhece o fato de muitos operadores do Direito aderirem ao chamado *garantismo penal*, inspirados em um dos aspectos da obra de Luigi Ferrajoli. Segundo tal ótica, caberia ao Juiz deixar que as partes produzissem as provas que pudessem, sem haver intromissão do Magistrado nesse aspecto. Assim, não haveria nada de estranho em transformar o processo em verdadeiro *vale-tudo*, deixando as partes livres para buscar o reconhecimento de seus direitos.

⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 227.

⁷ BISHARAT, George. Palestra parte 3. **III seminário internacional do InEAC**. Rio de Janeiro: UFF, fev. 2013.

Nesse aspecto, Afrânio Silva Jardim tem demonstrado preocupação afirmando que “no processo penal pátrio, já se encontra alguma influência do sistema processual penal dos Estados Unidos, falando-se de um processo adversarial, o que leva ao que chamamos de fundamentalismo do sistema acusatório”.⁸

No que tange ao acusador, as diferenças existentes entre os Estados Unidos e o Brasil são ainda mais perceptíveis. Na maioria esmagadora dos estados norte-americanos, o *prosecutor* é eleito para mandato de 4 anos, o que apenas não ocorre em New Jersey, Connecticut, Rhode Island e Delaware, locais em que o provimento ocorre por nomeação. No Brasil, como é de conhecimento geral, os integrantes do Ministério Público, por força de norma constitucional, são submetidos a rigoroso concurso de provas e títulos e, uma vez nomeados, gozam de garantias, dentre as quais a vitaliciedade (art. 128, § 5º, I, a, e art. 129, § 3º, ambos da CF).

Não é preciso muito esforço para concluir que são bem distintas as perspectivas dos acusadores norte-americanos e brasileiros. O elemento político inserido no contexto norte-americano impõe um esforço ao *prosecutor* que não existe no Brasil. O acusador eleito presta contas à sociedade e, em muitos casos, utiliza a sua atuação como trampolim para atingir outros cargos eletivos. O número de vezes em que obtém o *plea bargaining* é importante porque passa a impressão de que o *prosecutor* teve atuação efetiva. De seu lado, no Brasil, o acusador não tem a mesma preocupação, o que em muito distingue a sua atuação.

Quanto à atuação do defensor norte-americano, também é possível perceber a sua predisposição para aceitar o *plea bargaining* e para incentivar o seu cliente a aceitá-lo. Alguns fatores contribuem neste sentido. É que, em regra, os honorários são cobrados ao início do processo. Logo, interessa ao defensor resolver o processo o quanto antes, sem maiores delongas. Além disso, o acordo evita o risco do julgamento propriamente dito, o qual, por sua própria natureza, pode ensejar ao réu a aplicação de sanção muito gravosa, o que pode ser evitado com o *plea bargaining*.

Convém salientar que, nos Estados Unidos, é conhecida a figura dos *cop-out lawyers*, que são advogados especializados na realização de acordo com a acusação. Muito deles sequer já participaram de algum júri, o que lhes torna cômodo

⁸ JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal**: breve e parcial reflexão. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>>. Acesso em: 15 jul. 2016

orientar seu cliente para aceitar a proposta acusatória, já que não se sentem suficientemente seguros para enfrentar o julgamento.

No Brasil, a grande massa de pessoas que são levadas a juízo para responder pela prática de alguma infração que admita a transação penal é composta de miseráveis. A pobreza da população é demonstrada claramente em juízo. Tal aspecto revela a máxima importância da nossa Defensoria Pública, sem a qual, nos dias de hoje, ficariam inviáveis os trabalhos nos juízos criminais.

Muito ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, os nossos Defensores Públicos, por força de norma constitucional, são selecionados em rigoroso concurso público de provas e títulos, o que, por si só, lhes confere autoridade intelectual compatível com o órgão acusador. Além disso, o valor que recebem mensalmente por sua atuação não guarda qualquer relação com o número de processos em que atuem. Os seus assistidos não lhes pagam honorários e os Defensores Público brasileiros não têm, ao contrário de seus colegas norte-americanos, qualquer interesse pessoal em tornar o mais curto possível o trâmite processual (art. 134, § 1º, CF).

A situação do réu norte-americano é muito diferente da situação do acusado brasileiro. A amplitude do *plea bargaining* confere a percepção no sentido de que, uma vez ocorrendo o julgamento, o acusado fica em situação verdadeiramente vulnerável. Veja-se que o acusador, dependendo do caso, sequer fica limitado aos limites impostos pela moldura penal alusiva ao delito, em tese, praticado. Isso ocorre no chamado *charge bargaining*, no qual as possibilidades de alteração da imputação são praticamente ilimitadas.

Vale recordar o caso *Bordernkirsher vs. Hayes*. Neste episódio, o Ministério Público ofereceu ao réu uma pena de 5 anos de prisão pelo fato de ele ter falsificado um cheque no valor de oitenta e oito dólares e trinta centavos. Para convencê-lo a aceitar a sua proposta, o acusador ressaltou que, caso não concordasse com o *plea bargaining*, em razão da sua reincidência, proporia a aplicação de uma pena de prisão perpétua. A Suprema Corte norte-americana, de maneira excepcional, declarou inválido o *plea bargaining*, por considerar que, nesse caso específico, a

adesão do réu ao acordo não foi voluntária, tendo ocorrido verdadeira ameaça acusatória.⁹

No Brasil, a situação é outra. A transação penal não tem a mesma extensão do *plea bargaining*, seja no que atine aos delitos que a admitem, seja no que se refere à atuação do Ministério Público. O legislador constitucional limitou a aplicação da transação penal àquelas infrações de menor potencial ofensivo, as quais foram definidas pelo legislador ordinário como sendo as contravenções penais e os crimes com pena até dois anos de prisão (art. 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9099/95).

O acusado brasileiro fica muito mais à vontade para se manifestar quanto à transação penal quando percebe que o *Parquet* não pode extrapolar a moldura legal da imputação, quando informado de que se trata de um benefício cuja aceitação não significa o reconhecimento de sua culpa e, por fim, quando sabe que a proposta, por força de lei, apenas pode se referir à aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa (art. 76 da Lei 9099/95).

Diante dos aspectos expostos até este momento, a conclusão à qual se chega é no sentido de que a comparação entre a transação penal e o *plea bargaining* apenas serve para realçar profundas diferenças. Cabe registrar que os personagens envolvidos – Juiz, acusador, defensor e acusado – atuam em circunstâncias completamente díspares.

Em linhas gerais, pode-se afirmar o seguinte: o Juiz norte-americano tem atuação discreta, enquanto o brasileiro pode (em verdade, deve) ter atuação efetiva na produção das provas; o acusador norte-americano, sem qualquer dúvida, tem preocupações políticas que caracterizam a sua atuação, ao contrário do brasileiro; o defensor norte-americano não tem interesse no julgamento, seja por questão de celeridade, seja pelo seu despreparo, o que não ocorre com o brasileiro; o réu norte-americano tem medo das (quase ilimitadas) possibilidades acusatórias, enquanto o brasileiro sabe os limites da resposta penal que lhe pode ser imposta, caso não haja acordo.

Feitos tais registros, convém verificar a compatibilidade do *plea bargaining* e da transação penal, respectivamente, com as constituições norte-americana e

⁹ COUTO, Ana Paula Branco Machado. **A transação penal nos juizados especiais criminais e a *plea bargaining* nas small claim courts** - uma análise comparada. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro, UNESA, 2013, p. 49.

brasileira, sem que se pretenda, evidentemente, esgotar o tema por força da limitada abrangência deste artigo.

Quanto ao sistema norte-americano, é preciso ressaltar que o *plea bargaining* teve a sua constitucionalidade questionada em diversas ocasiões, sendo certo que a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre reconheceu a compatibilidade do aludido instituto com a sua constituição.

Cabe registrar a afirmação feita pela Suprema Corte estadunidense no caso *Santobello vs. New York*:

Se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar por muitas vezes o número de juízes e de fóruns, e o *plea bargaining* protege a sociedade dos acusados que tendem a continuar a conduta criminal mesmo quando em liberdade provisória anterior ao julgamento. (tradução nossa)¹⁰

Como é sabido, a constituição norte-americana possui apenas 7 artigos e 27 emendas, justificando-se a existência de pouco dispositivos com a sistemática própria do *common law*, de acordo com a qual têm destaque os precedentes jurisprudenciais.

Mas, ainda assim, a constitucionalidade do *plea bargaining* já foi questionada à luz das emendas IV, V, VI e XIV, o que demonstra que se trata de instituto verdadeiramente prestigiado pela Suprema Corte norte-americana. Apenas para exemplificar, cabe destacar o teor da emenda VI.

A aludida emenda assim dispõe:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei; de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer, por meios legais, testemunhas de defesa e de ser defendido por um advogado.

Portanto, o teor da emenda VI, em uma primeira leitura, revela que o *plea bargaining* seria incompatível com a constituição norte-americana, já que, através de tal instituto, o acusado não é julgado por um júri imparcial e não tem a possibilidade de produzir provas através das quais pretenda ver reconhecida a sua inocência.

¹⁰ *If every criminal charge were subject to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities and that plea bargaining protects public from accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release.*

Contudo, não se pode negar que a Suprema Corte norte-americana também levou em consideração, para declarar a constitucionalidade do *plea bargaining*, aspectos de ordem prática. Veja-se que, nos anos 60 do século passado, ocorreu a chamada *crime wave*, o que causou a multiplicação por oito do número de crimes, acabando por protagonizar a possibilidade de acordo entre a acusação e o réu, já que inegável o dispêndio de tempo e de dinheiro provocado pela situação.

O reconhecimento da constitucionalidade do *plea bargaining* pela Suprema Corte estadunidense não livrou tal instituto das mais graves críticas por parte da doutrina. José Carlos Barbosa Moreira, em conferência na qual tratou da influência do processo penal norte-americano no sistema brasileiro, abordou as críticas existentes, revelando que há quem trate o *plea bargaining* como *um sórdido processo*. O autor, ao abordar o instituto em destaque, afirma o seguinte:

Contra ele se argumenta, além do mais, que sacrifica o direito do réu de ser julgado por um júri e de não ser condenado senão quando se prove sua culpa, na expressão consagrada, *beyond reasonable doubt*.¹¹

De fato, existem casos norte-americanos em que é flagrante a situação desarrazoada imposta pelo *plea bargaining*. O caso North Carolina vs. Alford é um bom exemplo. Henri Alford foi acusado pela prática de um homicídio de primeiro grau, cuja reprimenda máxima era a pena de morte. Mas, de acordo com a legislação da Carolina do Norte, se o réu se declarasse culpado, a pena seria de prisão perpétua, no caso de homicídio de primeiro grau, e de 2 a 30 anos de prisão, no caso de homicídio de segundo grau. Foi realizado *plea bargaining*, declarando-se o réu culpado e tendo o *prosecutor* feito a acusação pela prática do homicídio de segundo grau. O próprio réu afirmou que apenas concordava com a proposta acusatória porque não desejava ser condenado à prisão perpétua. Todavia, foi imposta a pena máxima pela prática do homicídio de segundo grau, ou seja, 30 anos de prisão.

Naquele caso, o acusado recorreu alegando que a aceitação da culpa ocorreu em decorrência de medo e de coerção, razão pela qual pediu a anulação da aceitação de culpa. O caso chegou à Suprema Corte, a qual manteve o *plea bargaining*, sob o argumento de que havia prova suficiente do crime cuja prática o acusado admitiu. Foi também afirmado que a constituição norte-americana não proíbe a imposição de uma pena de prisão ao réu que não pretende admitir

¹¹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 233-234.

expressamente a sua culpa, mas que, perante difíceis alternativas, está disposto a renunciar ao seu julgamento e a aceitar a pena.

Para finalizar essa abordagem crítica feita pela doutrina ao instituto do *plea bargaining*, por força do seu radicalismo, é importante consignar a afirmação de Roscoe Pound, segundo a qual o instituto norte-americano na forma como é aplicado constitui verdadeira *license to violate the law*.¹²

De outro lado, cabe examinar a nossa transação penal, destacando algumas de suas principais características e examinando-a à luz de alguns dos mais significativos princípios consagrados na constituição brasileira, sem que se tenha, por óbvio, a pretensão de esgotar o tema.

Ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano no qual o *plea bargaining* é aplicado, inclusive, em crimes graves, a transação penal tem aplicação restrita, basicamente incidindo nas infrações de menor potencial ofensivo, as quais, conforme acima explicitado, abrangem as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não extrapole o patamar de 2 anos (art. 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9099/95).

Tal peculiaridade – a aplicação restrita do instituto sob análise – parece demonstrar certa preocupação do legislador brasileiro quanto ao acerto da importação do instituto norte-americano ou, em uma perspectiva mais otimista, a sua prudente cautela no sentido de inseri-lo apenas aos poucos no sistema processual brasileiro.

Veja-se que o art. 76 da Lei 9099/95 salienta que, *não sendo caso de arquivamento*, deverá o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Em verdade, o legislador utiliza o verbo *poderá*, e não o verbo *deverá*. Mas sedimentou-se o entendimento segundo o qual o autor do fato tem direito subjetivo à aplicação de tal benefício, caso observados os requisitos legais. Nesse sentido, Geraldo Prado afirma que “a formulação da proposta de transação penal, pelo Ministério Público, quando presentes os requisitos legais, é obrigatória”.¹³

Assim, o acusador deve fazer uma dupla análise: em um primeiro momento, deve investigar a presença da justa causa, ou seja, do mínimo suporte probatório

¹² BODENHAMER, David J. **Fair trial: rights of the accused in american history**. Nova Iorque: Oxford, 1992, p. 87.

¹³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

sem o qual ninguém deve ser processado criminalmente; em um segundo momento, havendo justa causa, o acusador deve examinar se estão preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei 9099/95. Em outras palavras, havendo justa causa e estando presentes os requisitos, o Ministério Público está obrigado a propor a transação penal. Lembre-se que, muito ao contrário, no sistema norte-americano, o *prosecutor* tem completa liberdade, podendo, até mesmo, abandonar a moldura penal, em tese, aplicável à conduta praticada pelo acusado.

Além disso – não bastassem a abrangência mais restrita do nosso instituto, a necessária análise da presença da justa causa e o direito subjetivo do autor do fato que cumpre os requisitos legais –, não pode o acusador propor qualquer tipo de acordo, ficando limitado à aplicação de pena restritiva de direito ou de pena de multa. Em contrapartida, conforme exemplos acima citados, o *prosecutor* pode propor, a título de acordo, a aplicação de penas privativas de liberdade gravíssimas.

Curiosa distinção entre os sistemas norte-americano e brasileiro decorre da assunção de culpa por parte do acusado. No sistema norte-americano, o réu tem algumas possibilidades: ele pode declarar-se inocente (*not guilty plea*); ele pode afirmar-se culpado (*guilty plea*); ele pode manifestar desinteresse em impugnar a acusação, embora sem se reconhecer culpado (*nolo contendere plea*). Nas duas últimas hipóteses – que para tal fim se equiparam –, o processo extingue-se de imediato, com a imposição da pena. No Brasil, a situação é bem distinta. O legislador, de forma expressa, dispõe que, aceita a proposta, o Juiz aplicará a pena, que não importará em reincidência. Além disso, a lei prevê que a sanção não constará da certidão de antecedentes do autor do fato e não terá efeitos civis. Em síntese, o autor do fato não confessa a prática do crime (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei 9099/95).

É bem verdade que a prática forense demonstra que a situação não é tão simples na realidade brasileira. Em muitos casos, diante do número sempre enorme de processos, as audiências preliminares são realizadas sob a presidência do conciliador, e não pelo Juiz, o que é expressamente autorizado pelo art. 73 da Lei 9099/95. Ademais, na grande maioria dos casos, o *Parquet* limita-se a formular, apenas por escrito, a proposta de transação penal. Tal conduta é compreensível porque, na maioria dos Juizados Especiais Criminais, é matematicamente impossível contar com a presença do acusador em todas as audiências preliminares. O problema é que, às vezes, não é feito um exame profundo quanto à presença da

justa causa, o qual apenas é realizado quando a transação penal é recusada pelo autor do fato e, por isso, o Ministério Público se vê obrigado a oferecer a denúncia. Por vezes, ocorre de o acusador propor, por escrito, a transação penal e, diante da sua recusa, no momento em que os autos lhe são enviados para a elaboração da denúncia, o Ministério Público requer seu arquivamento, reconhecendo a ausência da justa causa.

De outro lado, embora a transação penal não deva produzir qualquer efeito em desfavor do acusado, não é bem isso o que ocorre. Geraldo Prado, em sua obra que trata do tema, faz pertinente comentário no seguinte sentido:

Quem já observou o processo de motoristas de ônibus em Juizados Especiais Criminais sabe que eles não conseguem emprego depois de aceitarem a transação penal. Na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva jurídica de que o suspeito não será reconhecido culpado pela infração penal.¹⁴

Feitos os registros acima destacados, a exemplo do que foi feito com o *plea bargaining* à luz da constituição norte-americana, cabe examinar, de forma crítica, a transação penal diante da constituição brasileira, mormente no que diz respeito a alguns de seus princípios. Para tanto, serão examinados, com a extensão que permite este artigo, porque relacionados diretamente com o tema sob análise, os princípios da ampla defesa, do contraditório e da inocência.

A Corte Constitucional alemã, ao abordar a ampla defesa, já teve oportunidade de afirmar que a pretensão não envolve apenas os direitos de informação e de manifestação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver todos os seus argumentos apreciados pelo órgão competente para o julgamento.¹⁵

A constituição brasileira, aderindo à extensão aludida pelo tribunal alemão acima referido, garante a ampla defesa *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*, inclusive fazendo menção aos meios e recursos a ela inerentes. Portanto, quando o autor do fato concorda com a imposição de uma verdadeira pena – o art. 76 da Lei 9099/95 utiliza o termo *pena* –, ele abre mão do seu direito de ver ouvidos todos os seus argumentos pelo Juiz. É certo que se pode alegar que a nossa própria constituição prevê a transação penal, mas o dispositivo que a prevê não regulamenta tal instituto. Portanto, é possível

¹⁴ PRADO. **Transação penal**, 2003, p. 118.

¹⁵ FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 524.

questionar a constitucionalidade da transação penal, já que o constituinte previu a ampla defesa e não declinou os casos em que se pode excepcioná-la (art. 5º, LV, e art. 98, I, ambos da CF).

Uma coisa é reconhecer a utilidade prática da transação penal. Seria inviável no Brasil, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, deixar de aplicar a transação penal nas centenas de Juizados Especiais Criminais espalhados pelo nosso país. Se o acervo processual já é absurdo, a situação pioraria muito com o julgamento de todos os processos que tratam das infrações de menor potencial ofensivo. Mas outra coisa – muito diferente – é aplicar tal instituto de forma acrítica.

O princípio do contraditório, como é de conhecimento geral, também tem sede constitucional. Eugênio Pacelli de Oliveira faz precisa análise.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.¹⁶

Logo, se a observância do contraditório é exigência constitucional e se ele constitui pressuposto necessário para a realização de um processo justo e equitativo, fica difícil explicar a constitucionalidade de um instituto que, sem observar a aplicação de tal princípio, impõe uma pena, ainda que se trate de pena restritiva de direitos ou de pena de multa. Aliás, em verdade, a natureza da pena é indiferente para a revelação de tal inconstitucionalidade. É certo que, sob o aspecto prático, a situação fica bem mais dramática quando se pensa no encarceramento daquele que aceitou o acordo. Mas o fato é que, também à luz do contraditório, a transação penal é de duvidosa constitucionalidade.

Por derradeiro, o princípio da inocência impõe grave reflexão. Há mais de duzentos anos, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que

todo homem é considerado inocente, até o momento em que reconhecido como culpado e, se for indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuar a prisão, deve ser severamente reprimido pela lei. (tradução nossa)¹⁷

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43.

¹⁷ *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.*

Também de seu lado, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, dispõe que

qualquer pessoa acusada de uma ofensa penal tem o direito de ser considerada presumidamente inocente até que se prove culpada, de acordo com a lei e com um processo público com todas as garantias necessárias para a sua defesa.(tradução nossa)¹⁸

No Brasil, como é de conhecimento de todos, a nossa constituição, de forma taxativa, afirma que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Portanto, a transação penal, ao impor ao autor do fato uma pena (repita-se: o art. 76, da Lei 9099/95, utiliza a palavra *pena*), sem que haja a natural produção probatória, com o escopo de abreviar o processo e diminuir o acervo brasileiro, é, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade (art. 5º, LVII, da CF).

Para consignar a sua importância, é oportuno lembrar que Tourinho Filho destaca, com todas as letras, que o princípio da inocência *nada mais representa que o coroamento do due process of law*, representando um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre. Portanto, diante de tal magnitude do princípio da inocência, deve-se questionar a possibilidade de o legislador ordinário, para obedecer o comando constitucional que prevê a transação penal, estabelecer um procedimento em que, à luz da presença de mera justa causa, se abandona a presunção de inocência.¹⁹

A propósito, Geraldo Prado menciona curiosa situação que merece lembrança.

Os que estiverem em sala de audiência de um Juizado Especial Criminal podem indagar aos estagiários que estão assistindo à audiência: o que você acha daquele sujeito que acabou de aceitar uma proposta de pena formulada pelo Ministério Público? Que acabou de aceitar uma pena de prestação de serviços à comunidade, durante seis meses, por conta do arquivamento dessa acusação? O estagiário irá responder que ele provavelmente é culpado, porque, se não fosse, não aceitaria a pena. Interrogue-se o suspeito e ele, sinceramente, afirmará a mesma coisa.²⁰

Diante de tudo o que foi exposto neste artigo, a título de conclusão, é importante elencar os pontos mais significativos, nos seguintes termos:

¹⁸ *Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense.*

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61-62.

²⁰ PRADO, Geraldo. **Processo penal**: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

(i) no Brasil, existe um enorme número de processos que devem ser levados a julgamento, o que impõe a adoção de medidas buscando acelerar seu trâmite.

(ii) uma das alternativas é a importação de institutos estrangeiros, cuja aplicação no Brasil deve ser feita de maneira cuidadosa, respeitando-se as diferenças entre os países envolvidos.

(iii) a transação penal tem inspiração no instituto do *plea bargaining* norte-americano, mas as realidades existentes nos dois países são diversas em pontos fundamentais.

(iv) a atuação dos operadores do Direito - Juiz, acusador, defensor e réu - são muito diferentes nos Estados Unidos e no Brasil, o que não pode ser desconsiderado para a aplicação dos institutos em estudo.

(v) a Suprema Corte dos Estados Unidos já examinou, à luz de alguns dispositivos, a constitucionalidade do *plea bargaining*, deixando clara a sua preocupação no sentido de a abolição de tal instituto gerar verdadeiro colapso no sistema judiciário estadunidense.

(vi) no Brasil, embora não se tenha notícia de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade da transação penal, é possível questioná-la à luz de diversos princípios, dentre os quais se destacam ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Aurélio; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana. *In*: FUX, Ministro Luiz. (Org.). **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BISHARAT, George. Palestra parte 3. **III seminário internacional do InEAC**. Rio de Janeiro: UFF, fev. 2013.

BODENHAMER, David J. **Fair trial**: rights of the accused in american history. Nova Iorque: Oxford, 1992.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTO, Ana Paula Branco Machado. **A transação penal nos juizados especiais criminais e a plea bargaining nas small claim courts** - uma análise comparada. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro, UNESA, 2013.

FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão**. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>>. Acesso em: 15 jul. 2016

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERI, Bianca Garcia. **Federalismo brasileiro e norte-americano: uma perspectiva comparada**. In: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário; LIMA, Roberto Kant (org.). **O judiciário dos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas**. Curitiba: CRV, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.