



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constitucionalidade do Procedimento Sumário no Anteprojeto do Novo CPP: o *Guilty Plea*

Luiz Octavio Vianna Marques

Rio de Janeiro
2012

LUIZ OCTAVIO VIANNA MARQUES

A Constitucionalidade do Procedimento Sumário no Anteprojeto do Novo CPP: o *Guilty Plea*

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares

Prof^ª Katia Silva

Prof^ª Mônica Areal

A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO SUMÁRIO NO ANTEPROJETO DO NOVO CPP: O *GUILTY PLEA*

Luiz Octavio Vianna Marques

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Advogado. Juiz Leigo.

Resumo: A tramitação do PL 156/2009 (Anteprojeto do Novo CPP) traz importante inovação no campo das medidas despenalizadoras: o *guilty plea*. Trata-se de instituto oriundo do direito norte-americano pelo qual o acusado faz acordo com a promotoria a fim de que sua confissão lhe acarrete a imposição imediata de pena menor, dispensando-se o processo. Os reflexos desse instituto, próprio do modelo *Common Law*, no modelo *Civil Law* geram debate acerca da constitucionalidade e até mesmo dos paradigmas dos Sistemas Inquisitório e Acusatório. Essa discussão é o objeto do presente trabalho, ao final do qual se defende a validade do referido instituto.

Palavras-chave: *Guilty Plea*. Procedimento Sumário. Anteprojeto CPP. Constitucionalidade. Transação. *Nolo Contendere*.

Sumário: Introdução. 1. Devido Processo Legal: Formalismo Brasileiro e Pragmatismo Norte-Americano. 2. O *Guilty Plea*. 3. A Transação Penal (*Plea Bargaining*) nos Juizados Especiais Criminais. 4. Distinção entre *Guilty Plea* e *Plea Bargaining*. 5. *Nolo Contendere* e Presunção de Inocência. 6. *Guilty Plea* e Política Criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, já em trâmite no Congresso e em vias de ser aprovado, inseriu em seu art. 271 – Do Procedimento Sumário – a possibilidade de dispensa de processo mediante prévia confissão do acusado, assegurando-lhe a pena mínima.

Essa inovação foi importada do sistema norte-americano, no qual é denominada *guilty plea*. Lá, o instituto funciona da seguinte forma: o réu, na primeira ocasião em que estiver diante do juiz, será por ele indagado: “como se declara o acusado?”. Como resposta, terá as seguintes opções: “culpado”, “inocente” ou “nada a declarar”.

A ideia desse mecanismo é a de dar maior celeridade/efetividade na aplicação da lei, pois, de acordo com a resposta do acusado, haverá ou não a necessidade de um processo.

No Brasil, o mesmo objetivo é perseguido, sobretudo após A EC 45/2004, que impôs como direito fundamental a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

Para tanto, foi inserido o *guilty plea* no Anteprojeto do Código de Processo Penal, em seu art. 271, instituto esse inédito no direito brasileiro.

Entretanto, muitas questões exsurgem dessa inovação: é possível a aplicação de pena sem processo e, em caso positivo, representaria isso retrocesso ao sistema inquisitivo? Pode a garantia do devido processo ser objeto de disposição pelo acusado? A confissão prévia de culpa mitiga o princípio da presunção de inocência? Seria o *guilty plea* constitucional?

Com efeito, o debate dessas e de outras questões está sendo travado no Congresso e, ainda que aprovado o Anteprojeto, essa discussão será revolvida pela doutrina e não escapará ao enfrentamento do Judiciário.

Assim é que o presente trabalho buscará explorar a natureza jurídica, a aplicação e os efeitos do instituto do *guilty plea*. O objetivo do estudo, ainda, é a defesa da constitucionalidade dessa inovação legislativa, por estar em sintonia com a evolução da Política Criminal.

O trabalho se inicia pela distinção histórica entre os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, porquanto o instituto pesquisado teve origem naquele, porém será inserido nesse, fazendo-se, após, uma análise dos possíveis obstáculos a serem enfrentados.

Em seguida, passa-se à definição do conceito de *guilty plea* e o funcionamento do instituto de acordo com o Anteprojeto do CPP.

Cumprir registrar que, como se trata de instituto inédito no ordenamento pátrio, a presente pesquisa adota o direito comparado como método de estudo. E, para aproximar o instituto da realidade do direito brasileiro, faz-se uma analogia com um instituto semelhante e já existente: a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95).

Isso porque tanto a transação penal (denominada *plea bargaining* no direito norteamericano) quanto o *guilty plea* integram o processo penal conciliatório, aqui sustentado como alternativa ao processo penal condenatório, cuja utilização se reserva em último caso.

Também será abordado o instituto do *nolo contendere* (“nada a declarar”), que, embora não tenha previsão no Anteprojeto do CPP, seu estudo ajuda a expandir a ideia do processo penal conciliatório. Esse instituto harmoniza a presunção de inocência (direito ao silêncio) com a validade a dispensa do processo (modelo conciliatório).

A presente pesquisa é calcada basicamente no estudo doutrinário, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1. DEVIDO PROCESSO LEGAL: FORMALISMO BRASILEIRO E PRAGMATISMO NORTE-AMERICANO

De início, é preciso ter-se em mente que o instituto objeto desse trabalho – *guilty plea* – foi importado do sistema anglo-saxônico, no qual a experiência do devido processo legal ocorreu de forma diferente em relação ao sistema romano-germânico.

Modelo anglo-saxônico (*Common Law*) é o adotado, v.g., pela Inglaterra, Irlanda, EUA, Canadá, Austrália, Nova Zelândia etc., fundado em precedentes judiciais e eminentemente pragmático. Modelo romano-germânico (*Civil Law*) é o adotado, v.g., pela França, Alemanha, Portugal, Brasil etc., fundado na lei e eminentemente formalista ¹.

O Brasil adota o *Civil Law*, não apenas em razão de ter sido uma colônia portuguesa, mas também em virtude de seu passado autoritário (Cartas Políticas de 1824, 1937, 1967 e 1969). Isso porque a conjuntura política instável, os sucessivos golpes de estado e regimes ditatoriais, o contínuo cerceamento das liberdades individuais, levaram a uma constante preocupação com o retorno das arbitrariedades e à busca de proteção na lei.

Esse histórico é semelhante ao da França, em que o Monarca incorporava o próprio Estado (absolutismo). Por essa razão, os súditos viam nas leis a possibilidade de limitar o poder absoluto do rei. O Judiciário não se prestava a tanto; pelo contrário, o magistrado era um *longa manus* do Monarca, atuando segundo suas ordens.

¹ Para um estudo mais aprofundado, vide PEDROSA, Katia Lelis Aguiar. *O contrato nas doutrinas Common Law e Civil Law*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14625>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

Por isso, países com passado autoritário, como Brasil e França, evidenciam elevado apego à lei, i.e., ao formalismo. No sistema do *Civil Law*, em que a principal fonte do direito é a lei, o devido processo legal é a garantia fundamental de um Estado Democrático de Direito, devendo ser preservado a qualquer custo; nenhuma pena pode ser imposta antes do término de um processo válido e regular.

Por outro lado, os EUA adotam o *Common Law*. Isso se justifica porque, sendo os Estados Unidos uma colônia britânica, o Parlamento inglês era o responsável pelas leis draconianas que exploravam os colonos americanos (v.g., *Stamp Act* – Lei do Selo; *Tea Act* – Lei do Chá)². Com isso, a única proteção de que dispunham vinha pelas mãos do magistrado, ao qual cabia conter os abusos do legislador inglês.

Desse prestígio do Poder Judiciário decorre o pragmatismo, uma vez que, no sistema do *Common Law*, são os precedentes judiciais (*leading cases*) que constituem a principal fonte do direito. Nele prepondera a análise dos casos concretos e o costume, sendo o devido processo legal apenas um dos meios de defesa da liberdade, entendida essa inclusive como a escolha do acusado em abrir mão de um processo em troca de uma pena mais branda.

O mesmo se aplica à Austrália e Nova Zelândia, ambas ex-colônias britânicas.

Do exposto, pode-se concluir o seguinte: no formalismo, o maior receio é a arbitrariedade estatal, cujo remédio é a lei; já no pragmatismo, o maior receio é a lei injusta, cujo remédio é o juiz.

Tal conclusão explica porque o *guilty plea* surgiu no *Common Law*, sendo fácil sua aceitação naquele sistema. É que, se a lei é injusta, o processo também o será. Logo, cabe ao juiz fiscalizar a persecução penal e assegurar ao réu as garantias encartadas na Constituição, com ou sem processo. Por isso, o acordo entre o promotor e o acusado para dispensar o processo não induz arbitrariedade, pois sempre passará pelo crivo do Judiciário.

² Essa lei deu origem à famigerada *The Boston Tea Party* (A Festa do Chá de Boston), ação de protesto executada pelos colonos contra o governo britânico, no qual lançaram ao mar os caixotes de chá pertencentes à Companhia Britânica das Índias Orientais no porto de Boston, em represália ao aumento do imposto sobre a mercadoria. Para um estudo mais aprofundado, vide JÚNIOR, Demerciano. *A festa do Chá de Boston*. Disponível em <http://guerras.brasilecola.com/seculo-xvi-xix/a-festa-cha-boston.htm>. Acesso em 1 mar. 2012.

A mesma conclusão anterior também explica porque o *guilty plea* pode sofrer resistência à sua implantação no *Civil Law* e, especificamente no Brasil, pode ser inquinada a constitucionalidade do art. 271 do Anteprojeto do CPP. É que mesmo o Estado-Juiz se corrompe e comete abusos. Somente a lei, cunhada pela legitimidade popular, limita a arbitrariedade na persecução criminal, pois vincula a decisão através de um processo.

Não obstante, o *guilty plea* foi inserido no ordenamento pátrio e está em vias de ser aprovado. Explicado o cenário no qual se originou, bem como o cenário para o qual será trazido, cumpre tratar agora do instituto.

2. O *GUILTY PLEA*

Guilty plea, que significa “alegação de culpa”, é o instituto importado do processo norte-americano, no qual é aplicado da seguinte maneira: na primeira oportunidade em que o réu for levado diante do *judge*, esse lhe formulará a pergunta “como se declara o acusado?”. Como resposta, o *defendant* poderá se declarar *guilty*, *not guilty* ou *no contest*.

A primeira opção (*guilty*) é o que consubstancia o chamado *guilty plea*. Nada mais é que uma confissão de culpa perante a autoridade judicial.

Todavia, não basta a mera admissão das acusações; o juízo deve se certificar de que a confissão foi voluntária e ter indícios para crer em tal alegação, cabendo ao promotor expor as provas que possui contra o acusado para instaurar um julgamento³.

Importado para o ordenamento pátrio, como já visto, o *guilty plea* virá inculpidado no art. 271 do Anteprojeto do Código de Processo Penal.

³ [...] *Pleading guilty means you admit the charges, you have no defense for your actions, and the court can go ahead and levy punishment against you. The court first ensures that you entered the guilty plea voluntarily and that they have some reason to believe you are telling the truth. It is not unheard of, for example, for a parent to plead guilty to a crime to protect their child. The prosecutor must explain what evidence they would have had against you had you pled not guilty and a trial had been set. [...].* Vide NOLOCONTENDERE.ORG. *Difference between Guilty and No Contest.* Disponível em <<http://www.nolocontendere.org/differencebetweenguiltandnocontest.html>> Acesso em 1 mar. 2012.

Cumpra salientar que não se trata da confissão clássica, já prevista no art. 197, CPP, uma vez que essa constitui meio de prova (CPP, Título VII – Da Prova) e ocorre no curso do processo penal, na fase instrutória.

O novel instituto objeto desse trabalho, embora, de fato, seja numa confissão, é uma confissão prévia, anterior ao início da instrução.

Sua finalidade precípua é celeridade da persecução criminal, na medida em que dispensa a fase probatória, encerrando-se o processo criminal.

Reza o art. 271 do Anteprojeto do Novo CPP:

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – a pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal.

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

§2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

Passa-se à análise da dinâmica do instituto.

Primeiro, observe-se que o processo penal já deve ter sido instaurado, haja vista que o artigo expressamente prevê que o momento para a utilização do instituto é “até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265”. Trata-se da Audiência de Instrução e Julgamento. Logo, a denúncia já foi recebida pelo juiz, tendo sido citado o acusado para oferecer resposta escrita (art. 396, CPP atual; art. 261 do Anteprojeto).

Segundo, anote-se que são legitimados ao requerimento da aplicação imediata da pena tanto o Ministério Público quanto o acusado, assistido por seu defensor. Ou seja, exige-se provocação do juízo, sendo vedado ao magistrado proceder de ofício. Isso porque a jurisdição já foi iniciada, de modo que o fim prematuro do processo, i.e., sem exame de autoria e materialidade, sem produção de provas, sem juízo de certeza (cognição exauriente) exige pedido expresso das partes.

Terceiro, não basta o mero requerimento. Até porque, caso esse advenha por iniciativa do *Parquet*, a imposição imediata da pena depende da anuência do acusado, já que esse estará abrindo mão do prosseguimento do processo e das garantias a ele inerentes. Tampouco basta o consentimento do réu; há requisitos a serem preenchidos. São eles: a) pena máxima de 8 (oito) anos cominada ao crime imputado; e b) confissão, total ou parcial, feita “liminarmente”, i.e., no início do processo (antes da AIJ).

O critério da aplicação do *guilty plea* é puramente objetivo. Considera-se apenas o fato típico descrito na denúncia, e a pena em abstrato a ele correspondente.

Quanto à confissão, não se exige a forma escrita, circunstanciada ou pormenorizada; basta a admissão de, ao menos, parte do fato, exigindo-se apenas que seja expressa (manifestação inequívoca da vontade) e voluntária (sem vício de vontade, v.g., erro, coação). Não se exige que seja espontânea (por livre iniciativa), uma vez que o réu é levado diante do juiz contra sua vontade. Deve ainda ser admitida a confissão qualificada (admite o fato, porém invocando excludente de ilicitude ou de culpabilidade), eis que o legislador prestigiou mais a conduta do réu em confessar do que propriamente o teor da confissão.

Aplicada imediatamente a pena, essa será obrigatoriamente o mínimo da pena cominada. Prevalece, assim, a segurança jurídica do réu, i.e., saber de antemão a exata pena que deverá cumprir. Registre-se, ainda, que a medida não impede a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44 do CP) e de suspensão condicional da pena – *sursis* (art. 77 do CP), quando cabíveis.

Além de assegurar a pena alternativa e o *sursis*, o legislador permitiu ainda a avaliação das circunstâncias pessoais do acusado e das consequências do crime, sempre em seu favor, para reduzir a pena aplicada. Cria-se, assim, uma nova causa de diminuição da pena (1/3 da pena mínima cominada).

Entendido como se dará o funcionamento do *guilty plea* no processo penal brasileiro, cumpre tentar aproximar esse instituto da realidade jurídica nacional, a fim de evitar um estudo puramente abstrato do tema.

Para tanto, impõe-se tratar de um instituto semelhante e já existente no ordenamento pátrio, cuja aplicação tem o mesmo escopo de celeridade e da busca de um processo penal conciliatório: a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95).

3. A TRANSAÇÃO PENAL (*PLEA BARGAINING*) NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Da mesma forma que o *guilty plea*, a transação penal objetiva minimizar o prolongamento desnecessário do processo penal através da aplicação imediata da pena.

No direito norte-americano, a transação pode ser traduzida como *plea bargaining*. É a “barganha” feita entre acusado e acusador. Outrossim, esse instituto também é típica do pragmatismo e do sistema *Common Law*, em que prevalece a escolha do acusado quanto à conveniência ou não de se submeter a um processo penal.

E há inúmeras vantagens na sua adoção: a sociedade se beneficia porque é poupada dos custos de julgamentos demorados e obtém a punição dos réus por sua conduta; os réus também se beneficiam, pois são aliviados da ansiedade de uma persecução criminal, além de lhes ser aplicada uma punição mais branda do que a que receberiam se fossem julgados ao final de todo um processo.⁴

Assim, tanto o *guilty plea* quanto a transação são inspirados nesse processo penal conciliatório, negocial, dentro do que a doutrina denomina espaço do consenso.

A transação, porém, já é familiar ao direito brasileiro.

Prevê o art. 76 da Lei 9.099/95 que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Aceita a proposta pelo acusado, a aplicação da pena não importará em reincidência (art. 76, § 4º), e não constará de certidão de antecedentes criminais nem terá efeitos civis (art. 76, § 6º).

⁴ [...] *Society benefits because it is spared the cost of lengthy trials while defendants admit to crimes and still receive punishment. (...) Criminal defendants may also benefit from plea bargaining. Plea agreements provide quick relief from the anxiety of criminal prosecution because they shorten the prosecution process. Furthermore, plea agreements usually give defendants less punishment than they would receive if they were found guilty of all charges after a full trial. [...]* Vide THEFREEDICTIONARY.COM. *Plea bargaining: A Shortcut to Justice*. Disponível em <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Plea+Bargaining>. Acesso em 1 mar. 2012.

Cumpra registrar que, para Eugenio Pacelli de Oliveira⁵, os institutos da transação e do *plea bargaining* não se confundem. É que, para o autor, o Ministério Público não detém a livre escolha da medida a ser imposta ao acusado, estando adstrito às penas restritivas de direitos previstas em lei (art. 43 do CP), e que, uma vez aceita pela acusado, será submetida à apreciação do juiz (art. 76, § 3º, da Lei 9.099/95). Ao contrário, no *plea bargaining*, há ampla discricionariedade do *prosecutor* para eleger a medida aplicada. Pondera o autor:

Não reconhecemos na Lei nº 9.099/95 a instituição de nenhum modelo de justiça negociada, como ocorre, por exemplo, no *plea bargaining* norte-americano. Ali, sim, reconhece-se ao órgão da persecução a livre escolha da medida a ser tomada.

Contudo, no presente trabalho, utiliza-se a expressão *plea bargaining* como sinônimo de transação, pois aqui o que importa é a característica consensual neles presente.

Frise-se que no *guilty plea* não terá o *Parquet* qualquer escolha quanto à sanção a ser imposta, eis que o inciso II do art. 271 do Anteprojeto do Novo CPP determina a aplicação da pena mínima cominada.

Apesar de hoje ser a transação instituto sólido na doutrina e jurisprudência, não se olvida o fato de que várias controvérsias surgiram quando de sua implementação. O mesmo pode vir a ocorrer com o *guilty plea*. Por isso, cumpre analisar como a transação as suplantou.

Primeiramente, discutiu-se a constitucionalidade da transação no processo penal. O argumento, calcado na visão formalista do devido processo legal, é o da violação à ampla defesa e ao contraditório. Nesse sentido, é a posição de Rogério Pacheco Alves⁶, para quem a busca pela celeridade processual pôs em xeque as garantias constitucionais e relegou a segundo plano o próprio valor de Justiça.

Todavia, essa é visão radical e anacrônica de devido processo legal. Na atualidade, não mais se sustenta formalismo puro, o processo como um fim em si mesmo.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900 (novo interrogatório), de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 624.

⁶ ALVES, Rogério Pacheco. A Transação Penal como Ato da Denominada Jurisdição Voluntária. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 157-177, 2001.

Assim, a transação penal é uma alternativa ao trâmite moroso e custoso do processo. Constitui medida despenalizadora fundada na autonomia da vontade e tem respaldo constitucional (art. 98, I, da CRFB). Ademais, a assistência do réu por advogado assegura a ampla defesa, e a preservação da justiça do acordo firmado está no controle judicial, por meio da homologação.

O próprio doutrinador supracitado admite sua posição isolada:

[...] o atual estágio da doutrina a esse respeito é de incompreensível conformismo com a afirmação, a nosso ver errônea, de que a medida despenalizadora em comento, fundando-se na autonomia da vontade e por encontrar expressa previsão no texto constitucional, dispensaria a adoção do “devido processo legal clássico”, admitindo os autores de forma surpreendentemente majoritária a aplicação de sanção penal sem o exercício do contraditório amplo (...). Argumenta-se que, ao prever a assistência de advogado, teria o legislador garantido a ampla defesa e que o *due process of law* seria o previsto na própria Lei nº 9.099/95, a qual, estabelecendo a necessidade de homologação do acordo pelo Poder Judiciário, teria emprestado legitimidade ao instituto.⁷

Com efeito, a maioria da doutrina⁸ reconhece na transação um modelo processual consensual pontificado pela própria Constituição não havendo, portanto, falar em ofensa ao devido processo legal.

Ainda sobre a suposta inconstitucionalidade da transação, erigiu-se outro argumento, também típico do formalismo, que é o da violação ao princípio da não-culpabilidade (ou da presunção de inocência), uma vez que a transação importaria na imposição de sanção penal sem o necessário reconhecimento de culpa pelo acusado.

Segundo Rogério Pacheco Alves⁹, seria ilegal o afastamento do princípio *nulla poena sine culpa* nas infrações de menor lesividade por razões meramente utilitaristas. Para o autor, “o retrocesso seria inegável, dando margem a que, no futuro, outras zonas de criminalidade também fossem encontrar fundamentos outros para a aplicação da sanção criminal”.

⁷ *Ibid.*, p. 164.

⁸ Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva Jardim. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 140; *Idem*. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 339; NICOLITT, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-15; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900 (novo interrogatório), de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 118-119.

⁹ ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 166.

Todavia, não merece acolhida a tese. A aferição da culpa não ocorre unicamente ao final do processo; pode, ao contrário, ocorrer no seu início, pela assunção voluntária do próprio acusado.

Isso porque o processo se presta à comprovação da culpa. Se tal comprovação é desnecessária, também o será o processo. Nesse caso, a obrigatoriedade do processo deixa de ser uma garantia ao réu, e lhe passa a ser um ônus aflitivo e vexatório a ser suportado.

No moderno sistema acusatório, garantista, a busca pela verdade real deve ceder quando confrontada com a dignidade humana. Logo, a transação dispensa que o acusado se submeta a um processo quando opta pelo acordo, por ser esse a solução menos gravosa.

Alguns doutrinadores inclusive negam a busca pela verdade real no processo penal brasileiro. Afirma o professor Nicolitt¹⁰:

[...] O art. 5º, em seu inciso LVI, prescreve que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo. Desta forma, a Constituição deixou claro que não está interessada na verdade absoluta, real ou material. Ao contrário, repita-se, preocupa-se com a verdade eticamente construída. Adiante encontramos o art. 98, I, onde se lê que nas hipóteses de infração penal de menor potencial ofensivo é possível a transação penal. Com efeito, a inserção de um possível espaço de consenso no Processo Penal demonstra mais uma vez a renúncia a qualquer forma absoluta de verdade, pois, com o referido instituto, não há investigação da verdade.

Como já assinalado, a transação oferece uma solução consensual do processo penal, sem adentrar na seara da culpa. Basta a aceitação da proposta do MP pelo acusado, assistido por seu advogado, para pôr fim à persecução criminal.

Outra questão debatida pela doutrina diz respeito a se a transação mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Defendia Afrânio Silva Jardim¹¹ que a Lei 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade, porquanto o exercício da ação penal pelo Ministério Público se dá de duas formas: pela proposta de transação ou pela denúncia oral. Nesse sentido:

[...] o sistema que se depreende da referida Lei 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de

¹⁰ NICOLITT, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 82.

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 101.

exercer uma espécie de ação. (...) funcionando aí o juiz como fiscal do aludido princípio. (...) se a ação penal é exercitada, seja pela proposta de transação, seja pela denúncia oral, cabe ao magistrado tão somente fazer o juízo de admissibilidade daquela ação que lhe é apresentada.

Contudo, a corrente predominante sempre reconheceu que a transação, de fato, mitigou a obrigatoriedade da ação penal pública.

Ensina Rogério Pacheco Alves¹² que a transação, enquanto caminho despenalizador que valoriza o consenso, na medida em que busca solução menos gravosa ao autor do fato, inegavelmente implica abrandamento da obrigatoriedade da ação penal:

[...] com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art. 98, ao admitir a *transação penal* nas infrações de menor potencial ofensivo, disponibilizou ao Ministério Público, mesmo naquelas hipóteses em que o oferecimento da denúncia já se apresente possível, caminho despenalizador no qual o consenso ganha extraordinário valor. Agora, possível será (...) que antes de inaugurada a persecução criminal em juízo, se busque a satisfação da pretensão sancionatória do Estado por caminho menos gravoso ao autor da conduta criminosa, impondo-se-lhe penalidade pecuniária ou restritiva de direitos da qual não resultarão os efeitos próprios da condenação criminal. Mitiga-se, assim, o princípio da obrigatoriedade, até então inflexível [...].

Complementa Eugênio Pacelli de Oliveira¹³ que a Lei 9.099/95, ao instituir o modelo consensual de processo, que se contrapõe ao modelo condenatório, mitigou o princípio da obrigatoriedade. Entretanto, salienta o autor que o afastamento da obrigatoriedade foi unicamente quanto à exigência de propositura da ação, permanecendo o *Parquet* obrigado a propor a transação penal sempre que preenchidos os requisitos legais (daí porque, para o aludido jurista, a transação tem natureza de direito público subjetivo do réu).

Com efeito, prevalece o entendimento de que a transação efetivamente mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Tanto assim que levou Afrânio Silva Jardim¹⁴ a rever seu posicionamento, passando a se filiar à corrente dominante:

Parece-nos que temos de pensar a transação penal como uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Penal. Muito se discutiu sobre a necessidade de se mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, então, o legislador, para as infrações de menor potencial ofensivo, abrandou o Princípio da Obrigatoriedade [...]

Outro ponto de grande celeuma na doutrina trata da natureza jurídica da transação.

¹² ALVES. *op. cit.*, p. 158.

¹³ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 118-119.

¹⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 337.

Para Afrânio Silva Jardim, antes de rever sua orientação acerca da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, a transação tinha natureza de ação penal pública condenatória, “nela estando embutida uma imputação de um crime ou contravenção, que deve restar individualizada no tempo e espaço”¹⁵. Todavia, a partir de seu novo entendimento, o autor passa a sustentar a que a transação tem natureza de faculdade/discricionariedade do MP em “oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu etc.”¹⁶.

Em sentido diametralmente oposto, aduz Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁷ que a natureza da transação é a de direito subjetivo do réu, uma vez que as hipóteses de cabimento estariam previstas na lei, ou seja, a discricionariedade recairia sobre o âmbito legislativo (política criminal), e não sobre a atuação do órgão ministerial. Para o jurista, é a lei que estabelece qual a medida mais adequada ao fato e ao seu autor, cabendo ao Ministério Público a implementação dessa política.

Já para Rogério Pacheco Alves¹⁸, para quem a transação viola os princípios do devido processo legal e da presunção de não-culpabilidade, a única maneira de afastar a inconstitucionalidade do referido instituto é dar-lhe um enfoque não jurisdicional, mas administrativo. É dizer: o autor trata a transação como ato do procedimento de jurisdição voluntária. Em abono de sua tese, elenca as seguintes características: a) negócio bilateral no qual o Estado abre mão a pretensão punitiva, e o autor da conduta aceita imposição imediata da sanção; b) atuação meramente integrativa do magistrado; c) inexistência de pretensão, logo, de jurisdição; d) espaço do consenso; e) inexistência de imutabilidade, por ser pré-processual (antecede a imputação); f) natureza administrativa.

¹⁵ *Idem. Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 140.

¹⁶ JARDIM, *op. cit.*, p. 337-338.

¹⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 623.

¹⁸ ALVES, *op. cit.*, p. 168-172.

Esse entendimento é minoritário. Predomina na doutrina a orientação¹⁹ de que a transação penal se dá no bojo de uma atividade jurisdicional do Estado com o escopo de imposição de uma pena.

Há ainda o entendimento segundo o qual a transação tem natureza de ação penal, porém não condenatória (tal como inicialmente defendeu Afrânio), mas sim *sui generis*. Essa é a posição de Nicolitt²⁰.

Outra questão que suscita divergência é a recusa do Ministério Público em propor a transação e seu respectivo desdobramento.

Para Afrânio Silva Jardim²¹, como se trata de mera discricionariedade do *Parquet* (posição atual do autor), nada se há de fazer caso entenda o órgão ministerial não ser o caso de propor transação.

De outra feita, Eugênio Pacelli de Oliveira²² propõe duas soluções: aplicação do art. 28 do CPP, remetendo-se a questão ao Procurador Geral de Justiça (analogia à Súmula 696 do STF²³); ou rejeição da denúncia por ausência de justa causa ou de interesse de agir:

Na hipótese de recusa do MP à propositura da transação penal, a solução (...) seria a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP (...), o que culminou com a edição da Súmula 696/STF (...) Temos para nós que referido posicionamento é efetivamente o mais acertado (...), porque, mesmo nas ações penais comuns, fora do Juizado Especial Criminal, cabe aos órgãos superiores da instituição ministerial a última palavra acerca do juízo de propositura da ação (e, agora, da transação). (...) A solução que ora nos parece mais adequada, de rejeição da denúncia oferecida (recusada pelo *parquet* a transação) por ausência de justa causa ou de interesse de agir, pode não ser a melhor, mas inegavelmente tem um mérito: o de manter em mãos do Judiciário o controle de legalidade dos atos praticados pelos órgãos estatais [...]

Já Nicolitt²⁴ assevera que, sendo a regra no Juizado Especial o oferecimento da transação, inexistindo impedimento legal, tem o Ministério Público o dever de oferecê-la. Se

¹⁹ Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 100-101; *Idem*. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 339; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p. 622.

²⁰ NICOLITT. *op. cit.*, p. 15.

²¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 338.

²² OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 120 e 624.

²³ Essa Súmula refere-se à suspensão condicional do processo. Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

²⁴ NICOLITT. *op. cit.*, p. 19.

assim não proceder, cabe ao juiz rejeitar a denúncia por falta de interesse de agir. Consigna o jurista que “a regra no Juizado é a transação e a denúncia, exceção”.

Outra discussão é a da natureza jurídica da decisão que homologa a transação.

Segundo propugnava inicialmente Afrânio Silva Jardim²⁵, tratava-se de sentença condenatória, “acolhendo a pretensão punitiva estatal, ainda que tal decisão dependa do consentimento do réu”. Entretanto, como já consignado, o referido autor reconsiderou alguns de seus posicionamentos acerca do instituto, sendo certo que atualmente defende a natureza de sentença penal homologatória:

[...] o juiz homologando a transação não está prolatando uma sentença condenatória no sentido tradicional que conhecemos, mas está submetendo, declarando (...) – até porque houve assentimento do réu – a existência do fato penalmente típico. (...) Apenas nos parece que essa sentença homologatória da *transação penal* não pode ser um título executivo para a indenização do dano *ex delicto*. (...) O Código de Processo Civil, no Capítulo que trata dos Títulos Executivos Judiciais e Extrajudiciais, diz que é título executivo judicial a sentença penal condenatória e aqui não é realmente uma sentença penal condenatória propriamente dita, e sim homologatória.²⁶

Comunga desse entendimento Eugênio Pacelli de Oliveira²⁷. Acentua o doutrinador que “a decisão que homologa a transação é uma sentença, ato jurídico perfeito e acabado, e, por isso, exequível, na medida de sua exequibilidade”.

Por outro lado, Rogério Pacheco²⁸, para quem o instituto não decorre de atividade judicial, sustenta que a homologação da transação tem natureza de acordo administrativo.

Todavia, essa visão não prospera. É assente na doutrina²⁹ que a sanção imposta na transação tem natureza de pena (e não de mera sanção administrativa), consoante a literalidade do art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95. O fato de se aplicar uma pena não privativa de liberdade (não há encarceramento) não desvirtua o caráter penal da sanção.

²⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 140.

²⁶ *Idem*. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 350.

²⁷ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 638.

²⁸ ALVES. *op. cit.*, p. 174.

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 140; *Idem*. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 350; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *op. cit.*, p. 639.

Por fim, debate-se a consequência do descumprimento do compromisso assumido pelo réu na transação.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira³⁰, embora haja título executivo, não há condenação no modelo conciliatório, eis que a questão penal não restou apreciada judicialmente. Por isso, invocando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui que a solução ante o descumprimento do acordo é o ingresso com nova ação penal:

[...] no modelo conciliatório, não há nem pode haver condenação, porque não apreciada judicialmente a questão penal. Daí porque a transação penal vale como título executivo (sentença que é), mas nos limites em que nela tenha se manifestado a jurisdição (...) Supremo Tribunal Federal, que, afirmando a impossibilidade de transformação de pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade – o que está absolutamente correto –, reconheceu a possibilidade de o Ministério Público ingressar com nova ação, agora de conteúdo condenatório, tendo em vista o descumprimento do ajuste firmado na transação penal (HC nº 79.572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 22.2.2002)

Da mesma forma entende Rogério Pacheco Alves³¹, discordando apenas quanto à existência de título executivo, ao registrar que “a homologação não dará nascimento a um título executivo, até porque, descumprido o acordo administrativo, ressurgem, às inteiras, o caminho clássico do processo penal, único legitimado à aplicação da sanção penal”.

Porém, André Luiz Nicolitt³² apresenta outra solução. Para o jurista, cumpre ao juiz aplicar ao réu a pena por crime de desobediência.

Contudo, como já exposto, a questão já se encontra pacificada pelo STF, que já decidiu no sentido da necessidade de nova ação penal face ao descumprimento do acordo.

Essas, portanto, são exemplos de questões a serem enfrentadas pelo *guilty plea* caso seja aprovado no Anteprojeto do CPP. Desse modo, muitos dos argumentos acima expendidos também poderão ser utilizados quanto ao novel instituto, haja vista sua proximidade com a transação, ambos pertencentes ao processo penal consensual.

Analisadas as semelhanças entre o *guilty plea* e a transação, cumpre agora tratar de suas diferenças.

4. DISTINÇÃO ENTRE *GUILTY PLEA* E *PLEA BARGAINING*

³⁰ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 638.

³¹ ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 173.

³² NICOLITT, André Luiz, *op. cit.*, p. 24.

Ambos são institutos despenalizadores, porquanto visam ao abrandamento da sanção penal a ser imposta. Contudo, não se confundem.

Elucida Vitor Costa Haidar³³ que o *guilty plea* consiste na confissão precoce do acusado, enquanto o *plea bargaining* consiste na negociação entre o acusado e promotoria. Ressalte-se que em ambos os casos o acusado receberá uma pena menor e será dispensado o processo penal.

Assim, o *guilty plea* contém uma carga de confissão, o atestado de culpa do réu, enquanto o *plea bargaining*, não. Enfim, o *plea bargaining* seria gênero ao qual pertenceria a espécie *guilty plea*.

Considerando a eventual resistência quanto à compatibilidade do novel instituto com o postulado da presunção de inocência, cabe aqui expandir a limitada visão que ainda se tem quanto ao modelo conciliatório do processo penal no Brasil.

5. NOLO CONTENDERE E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O *nolo contendere* é outro instituto anglossaxônico, que consiste na alegação do acusado de que não deseja litigar, i.e., submeter-se a um processo penal, porém deixa a critério do juiz decidir se ele é ou não culpado³⁴. Também é denominado *no contest* ou *standing mute*.

Igualmente ao *guilty plea* e ao *plea bargaining*, tal expediente é utilizado como alternativa ao processo penal.

Não há correspondente legal desse instituto no ordenamento pátrio. O mais próximo disso seria o direito ao silêncio do acusado no interrogatório (art. 186 do CPP).

³³ Haidar, Vitor Costa. *A Aplicabilidade da Teoria dos Jogos e dos Institutos Despenalizadores como Instrumentos Capazes de Tornar o Sistema Penal Brasileiro Mais Célere e Eficaz*. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/60399/1/A-APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DOS-JOGOS-E-DOS-INSTITUTOS-DESPENALIZADORES-COMO-INSTRUMENTOS-CAPAZES-DE-TORNAR-O-SISTEMA-PENAL-BRASILEIRO-MAIS-CELERE-E-EFICAZ-/pagina1.html>>. Acesso em 15 abr. 2011.

³⁴ NOLOCONTENDERE.ORG. Disponível em <<http://www.nolocontendere.org>>. Acesso em 11 jan. 2012.

A relevância do *nolo contendere* é a de que o acusado pode invocá-lo sem que isso importe no reconhecimento de sua culpa, do que difere do *guilty plea*, no qual o acusado confessa-se culpado.

É claro que o juiz perquire se houve culpa do réu, pois a leva em consideração para impor a pena. O que descabe é o reconhecimento da culpa para o mundo exterior. Conseqüentemente, a imposição da sanção não poderá acarretar reincidência, antecedentes ou efeitos civis. Nesse aspecto, assemelha-se à transação (art. 76, §§ 4º e 6º, Lei 9.099/95).

Ou seja: tratando-se de *nolo contendere*, não se perquire culpa; tão somente o acusado renuncia o seu direito a um processo, aplicando-se-lhe, desde logo, uma pena.

E isso nada tem de inconstitucional. Pelo contrário, conforme já assinalado, a própria Constituição reduziu a importância da busca pela verdade real, prestigiando mais a dignidade da pessoa humana. Conforme leciona Nicolitt³⁵, não importa o tipo de infração, “seja pequeno, médio ou grande o potencial ofensivo, buscar-se-á no máximo a verdade eticamente construída”.

Assim, considerando a mesma natureza conciliatória do *guilty plea* (e também a transação), distinta do processo penal condenatório, tem-se uma perfeita compatibilidade entre aquele modelo e o princípio constitucional da presunção de inocência.

Esse, portanto, é o norte que deverá orientar a interpretação e a aplicação do *guilty plea*: não como um instrumento de supressão de garantias fundamentais, mas antes como a própria garantia de proteção da dignidade humana do acusado.

Nesse esteio, o novel instituto se coaduna com a moderna Política Criminal.

6. GUILTY PLEA E A POLÍTICA CRIMINAL

O *due process* é plenamente assegurado ao réu, que, porém, pode afastá-lo quando entender que nenhum benefício lhe advirá de um processo aflitivo, moroso e vexatório. Não

³⁵ NICOLITT. *op. cit.*, p. 85.

raro o acusado aguarda seu desfecho privado provisoriamente de sua liberdade, unicamente para ao final ver-se inexoravelmente condenado a uma pena muito superior à mínima.

Não se nega, aqui, a relevância do devido processo legal, com todas as garantias do contraditório e da ampla defesa, sobretudo em matéria penal, na qual está em jogo a liberdade individual. O que se procura demonstrar é que tanto o devido processo legal quanto qualquer outro direito fundamental não tem caráter absoluto, nem tampouco prepondera *a priori* sobre os demais, pois, no caso concreto, pode não ser o mais importante.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal³⁶, no sentido de que, na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º da CRFB ou constantes em tratados e convenções sobre direitos humanos, impondo-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto, não havendo falar em prevalência entre direitos de igual estatura jurídico-valorativa.

Portanto, nada impede que o próprio beneficiado pela garantia do *due process* dela disponha, se com isso obtiver um bem maior, qual seja, a celeridade do julgamento e a segurança jurídica, que, no caso, é a certeza da pena mínima.

Para Vitor Costa Haidar³⁷, considerando a dualidade entre garantia de direitos e resposta à sociedade, a lentidão da máquina estatal é motivo suficiente para a adoção dos institutos despenalizadores, que minimizam o sentimento coletivo de impunidade e injustiça.

A evolução da Política Criminal na seara do Direito Processual Penal caminha em direção às medidas despenalizadoras, vale dizer, prestigia a aplicação de sanções alternativas ao encarceramento (desprisionalização), sobretudo em países como o Brasil, onde é notória a falência do Sistema Penitenciário.

O modelo conciliatório tem ganhado força no direito público moderno, na esteira dos ordenamentos jurídicos estrangeiros (v.g., o processo penal norte-americano).

³⁶ BRASIL, STF, HC 93250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, publicado em 27/06/2008.

³⁷ HAIDAR. *op cit.* Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/60399/1/A-APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DOS-JOGOS-E-DOS-INSTITUTOS-DESPENALIZADORES-COMO-INSTRUMENTOS-CAPAZES-DE-TORNAR-O-SISTEMA-PENAL-BRASILEIRO-MAIS-CELERE-E-EFICAZ-/pagina1.html>>. Acesso em 15 abr. 2011.

Com efeito, essa característica própria do Direito Privado, qual seja, a negociação (espaço do consenso) permeou o campo do Direito Público.

Como exemplo, no Direito Administrativo, o art. 23-A da Lei 8.987/95 estabelece que o contrato de concessão pode prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas. Igualmente dispõe o art. 11, III, da Lei 11.079/04, quanto às parcerias público-privadas.

Do mesmo modo, no Direito Tributário, o art. 156, III, do CTN, elenca a transação como modalidade de extinção do crédito tributário.

Por que, então, ao Direito Processual Penal ser-lhe-ia vedado o sistema negocial? Por que não outorgar também à esfera criminal o espaço do consenso?

Ressalte-se que essa despenalização não deve ficar adstrita aos Juizados Especiais Criminais, mas ultrapassa os seus limites formais e orgânicos, projetando-se sobre os procedimentos penais instaurados perante os demais órgãos e tribunais. É assente na doutrina³⁸ a possibilidade da aplicação dos institutos despenalizadores aos crimes sujeitos a rito diverso da Lei 9.099/95.

Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

[...] A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. (...) O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes à Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais [...]³⁹

Não se sustenta, aqui, a extinção da pena privativa de liberdade, como quer a tese abolicionista; apenas que se reserve essa espécie de sanção aos delitos de alto potencial

³⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340; OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 620.

³⁹ BRASIL, STF, Inq 1055 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996.

ofensivo (elevada gravidade/lesividade). Salvo esses casos, é imprescindível que se busquem instrumentos alternativos ao encarceramento e ao processo penal.

Sobre a eficácia dessas medidas, aponta Vitor Costa Haidar que “os institutos despenalizadores são largamente utilizados no sistema penal de vários países desenvolvidos, entre eles os EUA, e vêm dando significativos resultados, chegando a ser solucionado 95% dos casos penais fora dos Tribunais norte-americanos”.⁴⁰

Elucida José Carlos Barbosa Moreira⁴¹ que o *plea* é responsável pela extinção da maioria dos processos criminais logo no início, i.e., na primeira oportunidade em que o acusado comparece ante o juiz. Assevera, ainda, que o *guilty plea* reflete o êxito da negociação entre acusação e defesa. Por fim, observa que o *plea bargaining* favorece: o *prosecutor*, que se justifica perante seu eleitorado; o advogado, diante de um caso difícil; e o Poder Judiciário, com a redução do volume de *trials*.

Merece transcrita a lição do mestre:

[...] A imensa maioria dos pleitos, como se explicará pouco adiante, extingue-se no nascedouro, graças ao mecanismo do plea, na primeira oportunidade em que o indiciado comparece ante o juiz. A bem dizer, só nos filmes policiais é que o processo penal norte-americano encontra seu ponto culminante na sessão de julgamento, com a carga de dramaticidade que tanto emociona as platéias: a realidade quotidiana parece bem menos espetacular. (...)

O predomínio do guilty plea deve-se, em máxima parte, ao êxito muito frequente de uma negociação entre acusação e defesa, na qual o prosecutor, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração, ou de pleitear a aplicação de pena mais branda. Semelhante procedimento, conhecido como plea bargaining, tem sido alvo de duras críticas no mundo acadêmico e no político, por abrir ensejo a manobras escusas e a pressões odiosas sobre o acusado. (...)

Vários fatores concorrem para explicar-lhe a vitalidade. Entra pelos olhos que ele atende a interesses poderosos. De um lado, o prosecutor, em geral provido no cargo mediante eleição popular, não raro faz do respectivo exercício trampolim para novas conquistas políticas, e precisa vencer o eleitorado de que desempenhou eficazmente sua função; excelente credencial nesse sentido será o alto número de condenações obtidas, o que a via consensual lhe proporciona com maior facilidade e segurança, sem os riscos e as delongas do julgamento por júri. Por outro lado, os juízes criminais não podem deixar de ver com bons olhos um expediente que lhes reduz a carga de trabalho. O mesmo se dirá de advogados que se sentem mal preparados para enfrentar os ásperos embates do trial e preferem induzir os clientes a aceitar solução em seu entender menos perigosa. Há quem pense que, se todos os

⁴⁰ HAIDAR. *op cit.* Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/60399/1/A-APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DOS-JOGOS-E-DOS-INSTITUTOS-DESPENALIZADORES-COMO-INSTRUMENTOS-CAPAZES-DE-TORNAR-O-SISTEMA-PENAL-BRASILEIRO-MAIS-CELERE-E-EFICAZ-/pagina1.html>>. Acesso em 15 abr. 2011.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. Disponível em <http://www.fiscolex.com.br/doc_6223621_O_PROCESSO_PENAL_NORTE_AMERICANO_SUA_INFLUENCIA.aspx>. Acesso em 15 abr. 2011

processos penais tivessem de chegar até o trial, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso. À vista de tudo isso, por mais chocante que possa soar, chega a ser compreensível a afirmação, contida em acórdão da Suprema Corte, de que o plea bargaining é instrumento essencial ao funcionamento da Justiça penal nos Estados Unidos.

Com efeito, não o eiva de invalidade o fato de o *guilty plea* permitir que um inocente opte por um acordo que lhe acarrete uma sanção.

Primeiro, porque isso em nada seria mais grave do que a condenação desse mesmo inocente ao final de um processo penal (moroso e vexatório), algo passível de ocorrer no modelo processual condenatório.

Segundo, porque a escolha pelo acordo é direito do réu, jamais sua obrigação, e do qual sempre poderá fazer uso quem se ache ameaçado de sanção penal.

Nesse sentido, comenta Eugênio Pacelli de Oliveira:

[...] o direito subjetivo aqui mencionado é atribuído ao réu, isto é, a quem se achar ameaçado de sanção penal, independentemente de se tratar ou não do verdadeiro autor do fato. A eventual escolha, pelo inocente, do caminho a transação penal, na qual se impõem também restrições de direito, é, como demonstramos, uma das imperfeições do sistema, mas não infirma a teoria segundo a qual se trata de direito subjetivo do acusado.

Dessa feita, o acusado tem a opção de confessar ou não para obter o benefício; não o fazendo, o processo seguirá seu trâmite normal pelo rito ordinário (art. 272 do Anteprojeto do Novo CPP).

Ademais, sendo cumulável o *guilty plea* com outros benefícios, tais como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional da pena (*sursis*), por óbvio, só optará o acusado por dispensar o processo se com isso a probabilidade de livra-se da pena de cárcere seja maior do que arriscar-se a tal condenação ao final do processo.

O que se busca, ao final, é o deslinde mais favorável (ou menos gravoso) ao réu. Nesse esteio, pontifica Eugênio Pacelli de Oliveira⁴², que, aliás, é o relator do Anteprojeto do Novo CPP:

[...] inúmeras infrações penais de natureza eleitoral, para as quais são previstos procedimentos especiais, enquadram-se no conceito de menor potencialidade lesiva,

⁴² OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 620-621.

ou seja, têm pena máxima não superior a dois anos. Por acaso, e unicamente pela inexistência dos Juizados Especiais Eleitorais, se poderia concluir pela inaplicabilidade da transação penal para tais infrações? Evidentemente que não. O que deve ser observado é a regra de direito material, isto é, o grau de reprovabilidade manifestado na quantidade e na qualidade da pena. (...) Eventuais dificuldades procedimentais, e elas existem mesmo, não podem impedir a adoção da solução mais favorável ao réu, como se a forma fosse sacramental, em detrimento do conteúdo. Aí, sim, o fetichismo procedimental ultrapassaria qualquer medida razoável. [...]

Com efeito, o aludido jurisconsulto já sustentava que o processo conciliatório poderia perfeitamente jungir-se ao processo condenatório, como uma fase preliminar a este, i.e., como sua condição de procedibilidade. Tanto assim que inclusive previu a necessidade de nova regulamentação legislativa:

[...] Afinal, o Direito não pode servir de obstáculo à transformação social (...). E a base estrutural para uma tal formulação já nos parece pronta; o processo conciliatório, no que tem de inteiramente distinto do processo condenatório, pode perfeitamente ser inserido no contexto deste último, como uma fase preliminar, cujo esgotamento seria, por assim dizer, uma condição de procedibilidade do modelo condenatório. Entretanto, semelhante solução, a nosso aviso, e por enquanto, depende de nova regulamentação legislativa [...] ⁴³

E foi o que, de fato, ocorreu. A nova regulamentação legislativa mencionada por Eugênio Pacelli de Oliveira não só adveio, como foi por ele capitaneada, haja vista ter atuado como relator do Anteprojeto do Novo CPP.

No mais, resta aguardar a aprovação definitiva do Novo CPP.

O medo do retrocesso existe. Porém, é preciso superar o trauma das sucessivas ditaduras e autoritarismos do passado.

Saliente-se que o controle do Judiciário (e até mesmo da imprensa) sobre a pretensão punitiva estatal (*jus puniendi*) é hoje mais eficaz e poderoso do que jamais o fora.

Ademais, nunca se olvide que o *guilty plea* é um direito de escolha do acusado. Decorre de um juízo que ele faz das opções de que dispõe: submeter-se a um processo ou cumprir desde logo a pena mínima. Essa, porém, jamais lhe será imposta imediata ou compulsoriamente, dependendo de requerimento e aceitação do acusado.

E, da forma como o instituto foi plasmado no Anteprojeto do Novo CPP, de plano se verifica que o intuito do legislador foi que, ao final, não fosse imposta pena privativa de

⁴³ *Ibid.*, p. 638.

liberdade ao acusado. Isso porque, considerando que a pena será aplicada no mínimo, asseguradas, ainda, as reduções legais, os demais institutos hoje existentes no processo penal por si só se encarregam de eximir o acusado do encarceramento.

Na prática, ocorrerá o seguinte: (i) o *guilty plea* aplicar-se-á aos crimes cuja sanção máxima não exceda a 8 anos, fixando-se a pena no mínimo legal; (ii) dessa pena, caberá diminuição de 1/3 pelas circunstâncias judiciais; (iii) por fim, a pena privativa de liberdade resultante poderá ser substituída por restritiva de direitos ou ter sua execução suspensa (*sursis*).

Dessa forma, bem se vê quão improvável será o recolhimento à prisão no caso de opção pelo benefício. Todavia, como já dito, a escolha acerca da conveniência da dispensa do prosseguimento processo compete ao acusado.

CONCLUSÃO

O anteprojeto do Novo CPP, na iminência de ser aprovado, altera o Procedimento Sumário do processo penal, trazendo uma inovação importada do direito norte-americano, o *guilty plea*, que consiste na confissão antecipada do acusado, i.e., antes da audiência de instrução e julgamento.

Essa confissão, aliada ao requerimento de aplicação imediata da pena, extingue o processo nos crimes cuja pena máxima é de até 8 anos.

A primeira dificuldade a ser enfrentada será a compatibilização/adequação desse instituto ao *Civil Law*, formalista, eis que nascido no *Common Law*, pragmático.

Para aproximá-lo do ordenamento pátrio e melhor compreendê-lo, sua análise passa pela de outro instituto semelhante, a transação penal (*plea bargaining*), ambos oriundos do direito anglossaxônico e calcados no processo penal consensual.

A transação já é adotada pelo ordenamento brasileiro (Lei 9.099/95), de modo que as discussões outrora por ela enfrentadas poderão ser aplicadas ao *guilty plea*, tais como: a

constitucionalidade, o princípio da obrigatoriedade, a natureza jurídica, a recusa do MP, a natureza da decisão e a consequência do descumprimento.

Já a distinção entre o *guilty plea* e a transação subsume-se à aferição de culpa, o que somente ocorre no *guilty plea*. Esse seria espécie, e a transação, gênero.

Contra a dificuldade da aceitação do *guilty plea*, mormente face à presunção de inocência, impõe-se um alargamento da visão dos institutos do processo penal conciliatório. Para tanto, faz-se a análise de outro instituto anglossaxônico, o *nolo contendere*, que prova ser possível compatibilizar as garantias do *Civil Law* com a eficiência do *Common Law*.

De se registrar que o STF já reconheceu a inexistência de direitos fundamentais absolutos. Logo, o devido processo não prevalece sobre a dignidade humana do acusado, quando esse opta por dispensá-lo. O STF tem sinalizado, ainda, a necessidade de expansão do modelo despenalizador para os demais procedimentos penais, não devendo ficar restrito aos JECrim's.

Nesse sentido, tem ganhado força no direito moderno o sistema negocial (espaço do consenso), sobretudo no processo penal. A vantagem para o acusado é a celeridade no julgamento, a certeza da aplicação da pena mínima e a menor probabilidade de encarceramento.

No tocante ao *guilty plea*, sua aplicação dificilmente resultará na imposição de pena privativa de liberdade. Optando pelo instituto, devidamente assistido de advogado, o acusado poderá avaliar as suas chances de obter a substituição da pena ou *sursis*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. A Transação Penal como Ato da Denominada Jurisdição Voluntária, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 157-177, 2001.

BRASIL, STF, HC 93250, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, publicado em 27 jun. 2008.

BRASIL, STF, Inq 1055 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, publicado em 24 mai. 1996.

Haidar, Vitor Costa. *A Aplicabilidade da Teoria dos Jogos e dos Institutos Despenalizadores como Instrumentos Capazes de Tornar o Sistema Penal Brasileiro Mais Célere e Eficaz*. Disponível em <<http://www.webartigos.com/articles/60399/1/A-APLICABILIDADE-DA-TEORIA-DOS-JOGOS-E-DOS-INSTITUTOS-DESPENALIZADORES-COMO-INSTRUMENTOS-CAPAZES-DE-TORNAR-O-SISTEMA-PENAL-BRASILEIRO-MAIS-CELERE-E-EFICAZ-/pagina1.html>>. Acesso em 15 abr. 2011.

Jardim, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Júnior, Demerciano. *A festa do Chá de Boston*. Disponível em <http://guerras.brasile scola.com/seculo-xvi-xix/a-festa-cha-boston.htm>. Acesso em 1 mar. 2012.

Moreira, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. Disponível em <http://www.fiscolex.com.br/doc_6223621_O_PROCESSO_PENAL_NORTE_AMERICAN_O_SUA_INFLUENCIA.aspx>. Acesso em 15 abr. 2011.

Nicolitt, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOLOCONTENDERE.ORG. Disponível em <<http://www.nolocontendere.org>>. Acesso em 11 jan. 2012.

NOLOCONTENDERE.ORG. *Difference between Guilty and No Contest*. Disponível em <<http://www.nolocontendere.org/differencebetweenguiltandnocontest.html>> Acesso em 1 mar. 2012.

Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. de acordo com a Reforma Processual Penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900 (novo interrogatório), de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Pedrosa, Katia Lelis Aguiar. *O contrato nas doutrinas Common Law e Civil Law*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/14625>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

THEFREEDICTIONARY.COM. *Plea bargaining: A Shortcut to Justice*. Disponível em <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Plea+Bargaining>. Acesso em 1 mar. 2012.