

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

ISSN 1807-779X
9771807274000 00203 >
Edição 203 - Julho de 2017
R\$ 16,90

CLAUDIO LAMACHIA, PRESIDENTE NACIONAL DA OAB

FORA DA LEI NÃO HÁ SOLUÇÃO!

Encarte Especial: "A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ"

Devido Processo Legal x *Due Process of Law*

(Transação penal x *Plea bargaining*)

Marco Couto | Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

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 seis 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

Essa história 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 à sua apreciação. Tal missão tem sido, como é de conhecimento geral, prestada de forma muito precária em função de diversos fatores, entre 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

No entanto, 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.



Nesse panorama, por força da pequena extensão destas linhas, será feita a análise mais específica do instituto da transação penal, que, para muitos, encontra 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.

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, entre 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 que o instituto do *plea bargaining* é essencial ao funcionamento da Justiça penal dos Estados Unidos.⁴

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, cujo 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.

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.

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 quatro 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, entre 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.

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 restrito 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*. Nesse episódio, o Ministério Público ofereceu ao réu uma pena de cinco anos de prisão pelo fato de ele ter falsificado um cheque no valor de US\$ 88,30. 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.⁵

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 admitam, seja no que se refira 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 nº 9.099/95).

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 nº 9.099/95).

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 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.

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

No entanto, 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.

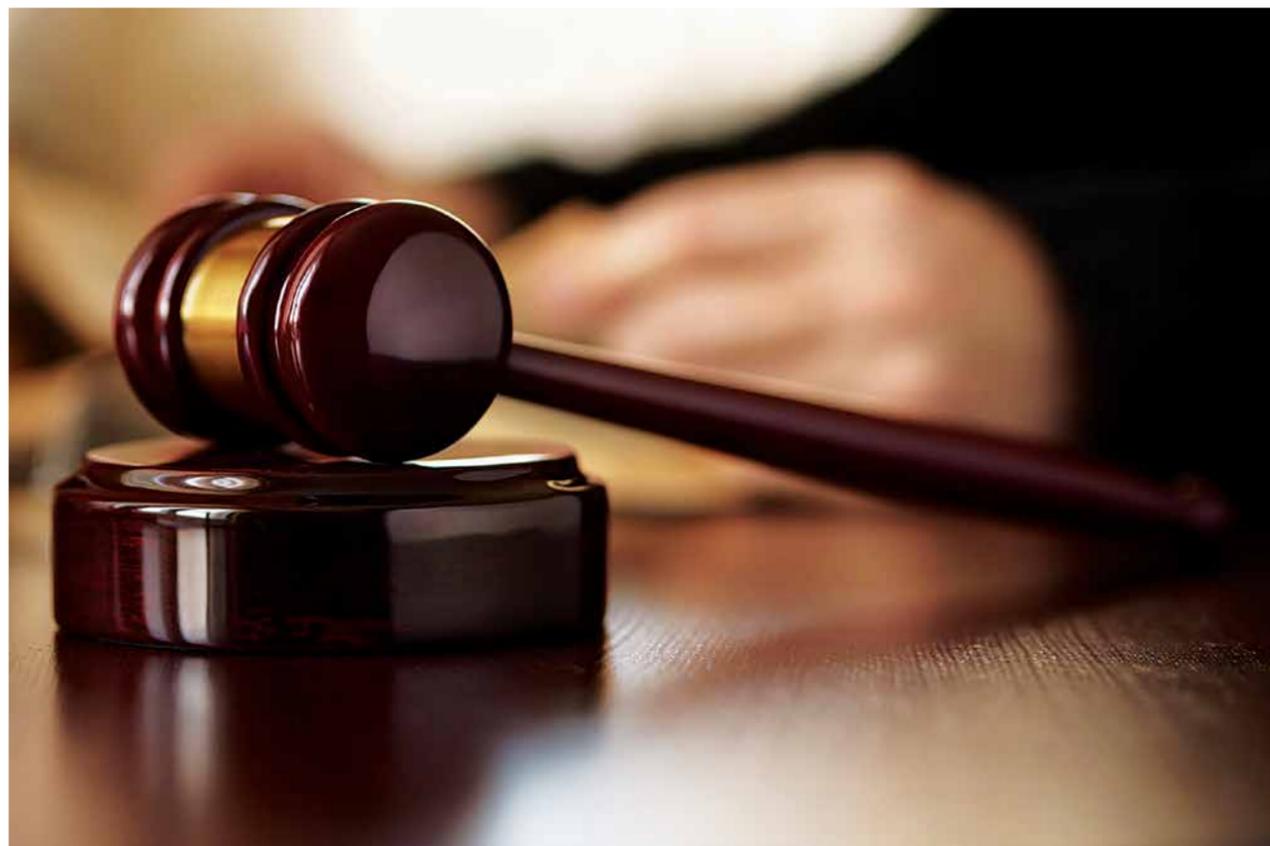
A aludida emenda assim dispõe:

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, por meio de tal instituto, o acusado não é julgado por um júri imparcial e não tem a possibilidade de produzir provas por meio das quais pretenda ver reconhecida a sua inocência.

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 era inegável o dispêndio de tempo e de dinheiro provocado pela situação.

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 já explicitado, abrangem as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não extrapole o patamar de dois anos (art. 98, I, da CF, e art. 61 da Lei nº 9.099/95).

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 nº 9.099/95 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”.⁶

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-la, deverá ser severamente reprimido pela lei. (tradução nossa)⁷

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)⁸

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 nº 9.099/95, 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).

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

- (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) 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, entre os quais se destacam o contraditório e a presunção de inocência.



A íntegra deste artigo encontra-se disponível no site www.editorajc.com.br

Notas

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: oitava série. 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.

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

⁴ MOREIRA, op. cit., p. 227.

⁵ 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.

⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

⁷ *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.*

⁸ *Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense.*