

PLEA BARGAINING E JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: ENTRE OS IDEIAIS DE FUNCIONALIDADE E GARANTISMO

Gabriel Silveira de Queirós Campos

**Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-UNIDERP,
Procurador da República no Estado do Paraná e
membro da *International Association of Prosecutors*.**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Nota prévia: o processo penal como instrumento de política criminal – 3. A experiência norte-americana da *plea bargaining* – 4. O modelo de Justiça Criminal introduzido no Brasil pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) – 5. A Justiça Criminal Consensual, a diversificação de formas processuais e os “espaços de consenso” no processo penal – 6. Princípio da obrigatoriedade *vs.* princípio da oportunidade – 7. Propostas de ampliação do “espaço de consenso” no processo penal brasileiro e (in)compatibilidade do modelo da *plea bargaining* com o ordenamento jurídico nacional – 8. Conclusões

1. Introdução

O processo penal, compreendido como importante instrumento de implementação de política criminal, encontra-se constantemente diante de uma encruzilhada: dependendo do rumo que tome, pode ir ao encontro de um modelo denominado “garantista” (L. FERRAJOLI), mais preocupado – por vezes em excesso – com o respeito aos direitos e liberdades individuais; pode, ao revés, dirigir-se a um modelo “eficientista”, com enfoque maior na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.

A linha-mestra de condução do presente trabalho, nesse panorama, é o equilíbrio, nem sempre trivial, de tais modelos, com o exame dos mecanismos de justiça criminal consensual existentes no ordenamento jurídico brasileiro (e propostas em curso), tendentes, em nossa opinião, à obtenção de maior eficácia do sistema penal, sem grande prejuízo a direitos e garantias da pessoa acusada.

Será examinada a experiência norte-americana da *plea bargaining*, apontada pelos próprios

estudiosos dos Estados Unidos da América como instrumento principal de solução das lides penais daquele país, passível, contudo, de críticas.

Feita a análise da prática de negociações entre as partes no processo penal estadunidense, passaremos ao modelo de justiça criminal introduzido no Brasil pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95), apontando-se a grande inovação que as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo representaram.

A abordagem da justiça criminal consensual, no Brasil, passará, ainda, pelo exame do fenômeno da diversificação (diversão) de formas e ritos processuais; a discussão sobre a dicotomia entre “espaços de consenso” e “espaços de conflito” no processo penal; e o debate sobre o tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal (pública) e os novos contornos trazidos ao sistema jurídico pelo princípio da oportunidade.

O trabalho ainda examinará o Anteprojeto de Código de Processo Penal atualmente em trâmite no Congresso Nacional (PLS nº 156/2009), o qual pretende ampliar os “espaços de consenso” no processo penal brasileiro, com a introdução de um novo instrumento de negociação entre as partes e se tal instrumento se aproxima, e em que aspectos, do modelo norte-americano da *plea bargaining*.

2. Nota prévia: o processo penal como instrumento de política criminal

A título de esclarecimento inicial, deve-se ressaltar que a premissa do presente trabalho é a de que o processo penal constitui importante instrumento de política criminal, o que significa afirmar deva ele próprio contribuir para a obtenção das finalidades do Direito Penal.

Com respaldo nas lições de Fernandes (2001, pp. 10-11), pode-se sustentar que, na atualidade, existem dois modelos básicos de tratamento da chamada *questão penal*: um primeiro, denominado “garantista” ou garantidor, para o qual o Direito Penal serve como instrumento de defesa não só social e dos interesses do acusado e da vítima, mas também como instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, através da sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, um segundo modelo, a que se poderia chamar “eficientista”, com maior preocupação na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal.

A intenção do estudo ora apresentado é demonstrar a possibilidade de equilíbrio entre os modelos garantista e efficientista, através da introdução de mecanismos de diversificação (ou

diversão) no processo penal, fundados em consenso entre as partes ou na mitigação do dogma da legalidade processual (princípio da obrigatoriedade), sem que se possa falar, contudo, na violação de direitos e garantias essenciais do acusado.

Trata-se, em última análise, de sustentar a viabilidade da introdução no processo penal de mecanismos tendentes à obtenção de sua maior eficácia, partindo-se da compreensão de que, em um Estado de Direito, também a administração funcional da justiça é relevante valor a ser perseguido (FERNANDES, 2001, pp. 61-62).

Para tanto, será analisado o instituto processual da *plea bargaining*, largamente utilizado na experiência forense criminal dos Estados Unidos da América, embora não isento de profundas críticas. Posteriormente, examinar-se-ão, de forma sucinta, institutos processuais análogos existentes no ordenamento brasileiro, quais sejam, a transação penal e a suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95). Por fim, também merecerá exame a proposta de introdução, por conta do anteprojeto de Código de Processo Penal atualmente em trâmite no Congresso Nacional, de um novo mecanismo de consenso, cujo ineditismo reside na possibilidade de aceitação, pelo réu, de pena de privação de liberdade.

3. A experiência norte-americana da *plea bargaining*

Nos Estados Unidos da América, país cujo sistema jurídico faz parte da chamada *Common Law*, as práticas e procedimentos criminais foram desenvolvidos de forma consuetudinária, apresentando significativas variações de acordo com a jurisdição (federal, estadual e do Distrito de Columbia). De maneira geral, contudo, pode-se apresentar, com Chemerinsky e Levenson (2008, pp. 5-11), uma espécie de passo-a-passo do procedimento criminal mais comum, que se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança.

Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa

causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se “indiciamento” (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento.

Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*).

Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais.

Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento.

Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado.

Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. Por isso mesmo, na audiência, o juiz deve advertir o acusado sobre seus direitos à assistência por advogado, à produção de provas, a ir a julgamento e à não-autoincriminação, dentre outros. Também deve ser avaliada a voluntariedade da decisão, bem como a ausência de coerção sobre o acusado. Apenas caso a decisão do réu seja consciente e voluntária é que o juiz aceitará sua confissão de culpa.

Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime.

Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se

perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*). A 6ª Emenda à Constituição norte-americana prevê o direito ao julgamento pelo júri (*right to jury trial*) para todas as infrações graves, definidas pela Suprema Corte como aquelas passíveis de punição com prisão superior a 6 (seis) meses. As partes, entretanto, podem optar por levar o caso a um juiz singular, renunciando a seu direito constitucional.

Se o acusado for condenado pelo júri, ele será sentenciado pelo juiz togado, normalmente em uma audiência própria para a leitura da sentença (*sentencing hearing*).

Contra a sentença de condenação, o acusado pode apresentar apelação (*appeal*), incumbindo-lhe provar que não teve um julgamento justo (*fair trial*) ou que a prova era insuficiente para sustentar o veredicto condenatório do júri. Paralelamente, o réu também pode invocar violações constitucionais através de uma petição de *habeas corpus*.

Para os fins do presente trabalho, entretanto, interessa examinar uma fase específica desse *iter* procedimental, qual seja, o processo de *plea bargaining*.

A *plea bargaining* consiste em um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, p. 648).

Amplamente utilizado nos dias atuais, a *plea bargaining* começou a ser observada apenas no século dezenove, pois, até então, os julgamentos criminais eram tão simples e rápidos que não se fazia necessária a adoção de qualquer procedimento diverso (LANGBEIN, 1979). Até meados do século dezoito, o procedimento dos julgamentos pelo júri era sumário, apresentando elevado nível de eficiência, por algumas razões básicas: (1) a dispensa de profissionais com formação jurídica para os papéis de acusação e defesa, eliminando, assim, a procrastinação causada por petições e manobras judiciais; (2) a ausência do chamado “privilegio contra a autoincriminação”, o que, em outras palavras, significa dizer que o réu era ouvido como uma simples testemunha, obrigado a falar sobre os fatos que, melhor do que ninguém, presenciou; (3) as regras de apresentação das provas e de interrogatório das testemunhas eram mais simples e não permitiam a demora do sistema adversarial moderno; (4) a inexistência de regras de exclusão de provas (*exclusionary rules of evidence*), evitando a apresentação de impugnações por parte do acusado; e (5) a ausência de recursos nos julgamentos criminais (LANGBEIN, 1979).

A *plea bargaining*, contudo, consiste em um dos aspectos mais controversos do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América.

A crítica mais grave formulada contra o instituto é a de inconstitucionalidade por supressão de direitos fundamentais do acusado. Na doutrina especializada, Lynch (2003, pp. 24-27) recorda que o *Bill of Rights* norte-americano estabelece uma série de salvaguardas para o acusado, incluindo o direito de ser informado das acusações, o direito de não se autoincriminar, o direito a um julgamento público e rápido, o direito a um julgamento em um júri imparcial no local do crime, o direito a questionar as testemunhas de acusação e o direito à assistência por advogado. A *plea bargaining*, segundo ele, é a principal técnica utilizada pelo Estado para superar as garantias institucionalizadas nos julgamentos criminais. Ele questiona: é legítimo que o Estado use seus poderes de acusação e sentenciamento (*charging and sentencing powers*) para pressionar o acusado a renunciar a seus direitos?

Além dessa feroz oposição, mencionem-se também os seguintes argumentos contrários a *plea bargaining* (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, pp. 649-651): (a) ela pode pressionar um inocente a confessar culpa para evitar ser condenado por uma acusação mais grave. Por esse argumento, *guilty pleas* seriam as principais causas de condenações equivocadas; (b) embora o processo de *plea bargaining* seja normalmente encarado como um “contrato” ou “acordo” entre acusação e defesa, na verdade há uma grande disparidade de poderes nessa negociação; (c) por ocorrer em um cenário privado, fora do alcance dos olhos do público, reduz-se a confiança da sociedade de que “a Justiça foi feita”; (d) ela permite que o acusado deixe de ser responsabilizado por todos seus atos, recebendo um “desconto” da Justiça, reduzindo-se o efeito dissuasório da punição; (e) a frustração das expectativas da vítima do crime, que não participam do processo e podem não concordar com a sentença mais favorável ao acusado confesso; e (f) tratamento supostamente desigual entre réus, conforme a jurisdição e sua situação econômica (e capacidade de suportar os ônus de um julgamento regular).

Um de seus maiores críticos, Langbein (1978, pp. 3-22) chega a traçar um curioso paralelo entre a *plea bargaining* e a prática europeia medieval da tortura nos procedimentos criminais. Ele relembra que, entre os séculos treze e dezoito, diversas leis autorizavam o emprego judiciário da coerção física contra o acusado para dele extrair uma confissão de culpa. Tinha-se um “sistema de provas” com pesos ou valores prefixados, em cujo ápice residia a confissão. Em geral, porém, a admissão da tortura limitava-se a casos com grande probabilidade de condenação e a crimes graves

(punidos com morte ou mutilação física). E a prática tinha como objetivo eliminar a margem de discricionariedade judicial na valoração dos indícios e provas, exigindo do julgador a adesão a critérios objetivos.

Langbein (1978, pp. 3-22) menciona que, atualmente, na prática criminal estadunidense, o sistema de *plea bargaining* coage o acusado a confessar sua culpa, tornando praticamente impossível que ele invoque seu direito constitucional à garantia de um julgamento. Ameaça-o com uma sanção substancialmente mais severa caso decida se valer de seu direito e, ao final, for condenado. *Plea bargaining* e tortura significam, em última análise, coerção.

Por outro lado, os defensores da *plea bargaining* costumam alegar que o mecanismo traz benefícios tanto para a acusação como para o acusado. Para a acusação, garante-se a condenação, diminuem-se os custos estatais e evita-se expor a vítima à experiência de testemunhar em juízo. Além disso, permite-se que os acusadores concentrem esforços em casos mais graves e complexos. De outra sorte, para o réu, reduzem-se os gastos com o prosseguimento do processo e assegura-se maior certeza sobre o desfecho de seu caso. O acusado também seria dispensado de sofrer as agruras típicas de um processo judicial (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, p. 649).

Na defesa do instituto, Sandefur (2003, pp. 28-31) rechaça a alegada inconstitucionalidade da *plea bargaining*. Filiando-se à teoria contratual – que vê no mecanismo um acordo através do qual o Estado oferece leniência (*prosecutorial leniency*) ao acusado em troca de sua confissão de culpa –, o autor entende que o direito a um julgamento pelo júri, assegurado pela 6ª Emenda à Constituição norte-americana, não é inalienável por essência, diversamente de direitos naturais como o direito à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Discussões à parte, a Suprema Corte dos EUA tem avalizado a prática da *plea bargaining*, considerando-a constitucional, porém fixando alguns requisitos procedimentais (formais), visando, sobretudo, a coibir a má conduta da acusação, como nos casos *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978); *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969); *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976); *Gannet Co. Inc. v. De Pasquale*, 443 U.S. 368 (1979), dentre outros.

Parece claro, todavia, que a *plea bargaining* estadunidense encontra sua justificativa sobretudo em razões relacionadas ao eficientismo/utilitarismo do sistema punitivo estatal, com relativa abdicação de direitos e garantias do acusado. Pode-se dizer, assim, que, naquele país, a prática criminal é, ao menos no aspecto da solução consensual dos conflitos penais, mais próxima de um

modelo “eficientista” ou “funcionalista” do sistema penal, em detrimento de reflexões próprias ao garantismo penal.

4. O modelo de Justiça Criminal introduzido no Brasil pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95)

No Brasil, embora também seja notória a sobrecarga de trabalho de membros do Ministério Público e da magistratura, não existem mecanismos tão amplos de negociação no processo penal.

Nesse ponto, não há como deixar de registrar que, desde a década de noventa do século passado, particularmente após a edição da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o modelo político-criminal brasileiro caracteriza-se como progressivamente dissuasório, aproximando-se dos chamados “Movimentos de Lei e de Ordem” (PINHO, 1998, pp. 18-19). De acordo com Grinover *et al* (2002, p. 43), as notas marcantes desse modelo são: aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas (avanço, e não retração, do Direito Penal), sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal.

No âmbito de estudo da criminologia, pode-se considerar vigente no Brasil um modelo essencialmente dissuasório ou repressivo, a conferir especial relevância à pretensão punitiva do Estado e ao justo e necessário castigo do delincente. O castigo (quanto mais severo, melhor), aliás, é o objetivo primário cuja satisfação produziria um saudável efeito dissuasório e preventivo na comunidade (MOLINA, GOMES, 2008, p. 418).

Rompendo com tal sistema, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, buscou introduzir no ordenamento jurídico brasileiro um novo modelo de justiça criminal, fundado na ideia de consenso. Para tanto, disciplinou quatro *medidas despenalizadoras* (medidas penais ou processuais alternativas à pena de prisão), assim classificadas por Grinover *et al* (2002, p. 46): (1) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, extingue-se a punibilidade (art. 74, § único); (2) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a possibilidade de transação penal consistente na aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), por proposta do Ministério Público (art. 76); (3) as lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir representação da vítima (art. 88); e (4) os crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 (um) ano permitem a suspensão condicional do

processo (art. 89).

Para a presente pesquisa, interessam de forma especial dois desses institutos: a transação penal, aplicável às chamadas infrações penais de *menor* potencial ofensivo (art. 61 da Lei nº 9.099/95), e a suspensão condicional do processo, cabível nos casos de infrações de *médio* potencial ofensivo.

A transação penal consiste, por opção legislativa, na proposta, feita pelo órgão de acusação, de aplicação imediata (isto é, antes da instauração formal do processo) de pena restritiva de direitos ou de multa. Jamais, portanto, implicará a imposição de pena de privação do *status libertatis*. É medida que substitui o oferecimento da denúncia criminal, evitando que sequer seja iniciada a ação penal tradicionalmente concebida.

Semelhantemente à *plea bargaining* estadunidense, a transação penal suscita acaloradas discussões doutrinárias, cujo enfrentamento, infelizmente, não será feito no estudo proposto, por suas próprias limitações: (1) sobre se constitui direito público subjetivo (à liberdade do acusado) ou em poder discricionário do Ministério Público; (2) acerca de malferir direitos fundamentais do acusado, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e o postulado *nulla poena sine iudicio*; (3) quanto à natureza negocial e concessória do instituto; (4) sobre a colocação do mecanismo entre os princípios da obrigatoriedade (legalidade) e da oportunidade; e (5) acerca da natureza da sentença judicial que chancela a transação feita entre as partes e, conseqüentemente, as conseqüências de o beneficiado não cumprir a pena restritiva ou inadimplir o pagamento da multa.

Outra relevante medida despenalizadora da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a suspensão condicional, por sua vez, permite que, após formalizada a acusação (oferecida a denúncia), sempre com a concordância do acusado, interrompa-se a marcha normal do processo, passando-se diretamente à execução das condições assumidas, sobretudo a obrigação de indenizar a vítima (GIACOMOLLI, 2009, p. 199).

À época da promulgação da Lei nº 9.099/95, a iniciativa do legislador ao instituir a suspensão condicional do processo recebeu, de imensa parcela da doutrina, incontáveis elogios. Chegou-se a considerá-la revolucionária, por atingir a tão esperada desburocratização da justiça criminal, ao mesmo tempo em que permite pronta resposta estatal ao delito, além da imediata (na medida do possível) reparação dos danos à vítima e a ressocialização do infrator (GRINOVER *et al*, 2002, p. 45).

Como observa Lima (2005, p. 175), a suspensão condicional do processo é, também, uma

transação, na medida em que tanto o Ministério Público como o acusado cedem: o primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução criminal, o segundo, sobre uma parcela de seus direitos e garantias.

Não obstante as divergências que acarretam, a adoção de mecanismos transacionais ou negociais revela, inequivocamente, a opção do legislador por um modelo consensual de justiça criminal, que, a depender do sistema jurídico que se estude, propõe a solução dos conflitos penais através de formas como a conciliação, a mediação e a negociação.

A transação penal e a suspensão condicional do processo do ordenamento jurídico brasileiro caracterizam, claramente, instrumentos de negociação no processo penal. Necessário investigar, em seguida, se tais mecanismos são adequados a todo o fenômeno criminológico, isto é, a toda e qualquer espécie de infração penal ou, ao contrário, se existem limites à atuação da justiça criminal consensual.

5. A Justiça Criminal Consensual, a diversificação de formas processuais e os “espaços de consenso” no processo penal

Já se tornou corrente a afirmação segundo a qual o sistema penal encontra-se em crise. Ao nível do senso comum, percebe-se que a duração excessiva dos processos criminais leva a opinião pública a experimentar o sentimento de impunidade; por outro lado, a ausência de recursos, materiais e humanos, de órgãos como as polícias e o Ministério Público traz à população a nítida sensação de que o sistema penal é seletivo, deixando-se de investigar e punir inúmeros infratores, por critérios não esclarecidos.

Na doutrina, Fernandes (2001, pp. 96-103) constata que a crise penal revela dois aspectos: 1) inflação legislativa em matéria penal, com excessiva criminalização e consequente hipertrofia de todo o sistema, levando ao enfraquecimento da eficácia intimidatória da sanção; e 2) congestionamento processual, com a deletéria consequência de morosidade na tramitação dos processos e, como decorrência, diminuição do efeito de prevenção geral do sistema penal.

Como resposta (ou proposta de solução) à crise do sistema penal, em um ambiente de crescente massificação da criminalidade – especialmente a pequena – e de consequente sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal, surge a inevitável discussão sobre o estabelecimento de um modelo consensual de justiça criminal. Como já visto, a Lei nº 9.099/95 introduziu, no ordenamento

jurídico nacional, mecanismos de negociação no processo penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, de modo que já se pode afirmar, sem receio de incorrer em erro, que a justiça criminal consensual é mais que mero projeto: é uma realidade.

O estudo desse novo modelo de justiça penal não dispensa, contudo, alguns comentários sobre sua legitimação. Fernandes (2001, pp. 141-164) assevera que a justiça criminal consensual se legitima em um duplo fundamento: filosófico e criminológico. Do ponto de vista filosófico, poderiam ser invocadas a *teoria do utilitarismo*, daí resultando um sistema punitivo estatal orientado para suas consequências, centrado na metodologia do *output*, ou seja, do maior rendimento possível; a *teoria do agir comunicativo*, de Jürgen Habermas, cuja ideia central seria a de criação de uma situação ideal de comunicação, em que a decisão seja o produto de uma discussão livre e isenta de coação, fundamentada pela via do discurso; e a *teoria da legitimação através do processo*, de Niklas Luhmann, embora, quanto a esta última, seja difícil aceitar um consenso intra-processual, mas apenas anterior ao próprio processo, no sentido de aceitação, pelos futuros sujeitos processuais, da vinculação de suas pretensões à decisão judicial.

Já do ponto de vista criminológico, ainda de acordo com a lição de Fernandes (2011, pp. 141-164), o fundamento da justiça penal consensual seria a teoria do *labeling approach*, que volta a análise não para a pessoa do criminoso ou para o fato delituoso, mas sim para o próprio sistema de controle. Essa teoria preocupa-se com a seleção informal realizada pelas instâncias formais de repressão penal e, por conseguinte, vislumbra na justiça consensual a busca de soluções alternativas com vista a evitar o efeito estigmatizante do sistema formal de justiça penal.

A perspectiva da *labeling approach*, sem dúvida, lança séria descrença sobre o ideal ressocializador do sistema penal. Isto devido, entre outras razões, ao mencionado caráter estigmatizante das penas, que pode potencializar, em última análise, um efeito multiplicador da delinquência.

Avançando um pouco mais no estudo de criminologia e política criminal, pode-se concluir, com apoio em Torrão (2000, pp. 115-121), que a justiça criminal consensual é reflexo de um inédito rumo político-criminal, assentado na *intervenção mínima do direito punitivo*. Trata-se de obter, com os novos mecanismos de solução do conflito penal, maior eficácia de todo o sistema penal e, como consequência, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade).

Torrão (2000, p. 117) enfatiza a relevância do novo paradigma de processo penal, *litteris*:

Torna-se, deste modo, urgente promover formas de reacção penal que busquem, na medida do possível, dois objectivos fundamentais. O primeiro prende-se com a necessidade de emprestar celeridade e eficácia ao sistema penal no sentido da sua credibilização aos olhos dos cidadãos, potenciando-se o almejado efeito de uma prevenção geral integradora. O segundo respeita à necessidade de evitar os conhecidos efeitos criminógenos e dessocializadores da tradicional sanção penal – traduzidos no carácter estigmatizante da pena – e na perigosa habituação à vida carcerária que desadapta e desenraíza o indivíduo de uma vivência livre em sociedade.

A justiça criminal consensual, com seus pilares de utilitarismo e eficiência, entretanto, recebe inúmeras críticas. Um de seus mais ferrenhos opositores, Lopes Jr. (2002, p. 114) sustenta a incompatibilidade desse paradigma de justiça com o sistema acusatório previsto implicitamente na Constituição Federal de 1988, especialmente por violação aos seguintes princípios: (a) jurisdicionalidade, (b) inderrogabilidade do juízo, (c) separação das atividades de acusar e julgar, (d) presunção de inocência, (e) contradição, e (f) fundamentação das decisões judiciais.

Também encontram-se vozes na doutrina alertando para a impossibilidade de renúncia, por parte da pessoa acusada, de seus direitos fundamentais à defesa e ao julgamento por um juiz imparcial, à vista de provas e por meio de sentença fundamentada, em um processo de “patrimonialização do Direito Penal”, igualmente censurado (PRADO, 2006, p. 224).

Tais posicionamentos, refratários às ideias de consenso e de oportunidade no processo penal, integram uma corrente do pensamento jurídico que poderia ser caracterizada como puramente garantista. Contrapõe-se a outras teorias, ditas funcionalistas, que aparentam relativizar a legalidade e transformar o consenso em um negócio sobre a pena. Há, todavia, que se encontrar uma composição entre efficientismo, funcionalidade e garantismo no sistema penal. Embora seja dever do Estado de Direito garantir os direitos dos cidadãos, também lhe incumbe a missão de promover o bem da coletividade. Consequência disso é a exigência de racionalização, eficiência e celeridade do processo penal (ESSER *apud* FERNANDES, 2001, pp. 59-61).

Tratam-se, a funcionalidade e a garantia (justiça), de fins a serem perseguidos pelo processo penal, de modo a tornar imprescindível a identificação de um difícil, mas possível, equilíbrio (ponderação) entre tais vetores, afinal:

[...] como não se pode tolerar a adoção de um processo penal ágil, pronto a atender às necessidades de deflação do sistema de justiça criminal, mas destituído de garantias processuais, não se admite um apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de se prestar uma justiça célere. (SANTANA, 2010, p. 153)

Defende-se, no presente trabalho, o modelo de justiça criminal consensual introduzido no

ordenamento jurídico brasileiro através da Lei dos Juizados Especiais Criminais, com a adoção de mecanismos de negociação não tão amplos como a *plea bargaining* vigente nos Estados Unidos da América, e com a diversificação de ritos procedimentais que acelerem a solução dos conflitos penais, mormente no âmbito da criminalidade considerada pequena e média (critérios de política criminal).

De fato, não há como abordar o tema da justiça criminal consensual sem tratar, também, das formas de diversificação de ritos processuais, que implicam, em síntese, a adoção de procedimentos mais céleres que conduzam ao ideal de economia processual¹.

Os modernos debates sobre a diversificação de ritos no processo penal culminaram na adoção de um novo princípio nessa área da ciência jurídica: o princípio da adequação. De acordo com Fernandes (2001, pp. 135-136), seguido, na doutrina brasileira, por Santana (2010, p. 162), o mencionado princípio traduz a necessidade de implementação de diferentes ritos e procedimentos, adequando-os à gravidade do delito sob o qual incida a persecução.

Com efeito, na moderna criminologia, há uma forte tendência metodológica a separar a criminalidade de acordo com seu potencial ofensivo, dando-se a cada faceta do fenômeno criminal uma “resposta adequada”. Cabe ao ordenamento jurídico prever, para cada espécie de criminalidade, respostas penais quantitativa e qualitativamente distintas, com instrumentos e procedimentos próprios (MOLINA, GOMES, 2008, pp. 507-508). Além disso, dentro de um novo modelo de justiça criminal, devem ficar bem delimitados os “espaços de consenso” (associados à pequena e média criminalidade) e os “espaços de conflito” (criminalidade grave).

Os “espaços de consenso” estão voltados à ressocialização do condenado e podem admitir, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o uso voluntariamente limitado de certos direitos e garantias fundamentais, tais como o da presunção de inocência, o da ampla defesa e o do contraditório. Já os “espaços de conflito” estão marcados pelo antagonismo e exigiriam o respeito a todos os direitos e garantias constitucionais (MOLINA, GOMES, 2008, p. 508).

É no âmbito da criminalidade pequena ou média que se insere o modelo de “justiça criminal consensual”, com a utilização de penas ou medidas alternativas e técnicas procedimentais que permitem o que Molina e Gomes (2008, p. 508) denominam “deliberado recuo no uso de direitos

¹ Nesse sentido, a diversificação de ritos processuais constituiria espécie do gênero *diversão*, compreendida como programa que busca alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do modelo tradicional, seja através de mecanismos situados fora do sistema formal de aplicação da justiça (*desjudicialização*), seja, em uma abordagem menos radical, dentro dos aparelhos formais de controle, por meio de mero “desvio” ou diversificação (FERNANDES, 2001, pp. 133-134).

constitucionalmente garantidos” (ampla defesa e contraditório, p.ex.).

A Lei dos Juizados Especiais Criminais brasileira, ao abrir campo no ordenamento processual penal para o consenso, fez nascerem alguns interessantes debates, como aquele relacionado à adoção do princípio da oportunidade na seara criminal, em contraposição ao tradicional princípio da obrigatoriedade (legalidade).

Essa discussão, a rigor, está intimamente ligada à aquela sobre a existência de “espaços de consenso” no processo penal. Com efeito, oportunidade e consenso, embora não sejam expressões sinônimas, trazem o mesmo efeito prático: a criação de mecanismos de negociação entre os polos da relação processual penal, acusação e defesa, visando alcançar o término do procedimento ou do processo.

6. Princípio da obrigatoriedade vs. princípio da oportunidade

De maneira geral, a doutrina nacional adota a regra da obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, normalmente associando-a ao princípio da oficialidade da acusação e à ideia de legalidade dos atos do Poder Público.

A respeito desses princípios, aliás, existe alguma dissonância ou mesmo dificuldade de conceituação. Giacomolli (2006, p. 47) identifica o princípio da legalidade, no processo penal, com o interesse público a ele subjacente, concluindo que, na instrumentalização do direito penal material, não se admite atuação fora dos ditames legais. Mirabete (1995, p. 110) utiliza indistintamente os termos legalidade, obrigatoriedade e necessidade, referentes à ação penal (de natureza pública). Torrão (2000, p. 125) define legalidade como o princípio segundo o qual a entidade titular da ação penal está obrigada a promovê-la sempre que tiver adquirido a notícia de um crime e desde que tenha verificado a existência de indícios suficientes da prática da infração e de quem seriam seus autores. Parece considerar a obrigatoriedade, por conseguinte, como uma vertente do princípio da legalidade.

Não obstante as oscilações de referências teóricas, é com Fernandes (2001, p. 90) que asseveramos ter a legalidade suas raízes históricas na época do Iluminismo, explicitado como instrumento de garantia atribuído ao cidadão como decorrente da necessidade da contenção do arbítrio estatal, sobretudo o judicial. De toda forma, no campo do processo penal, o princípio da legalidade comporta ao menos duas expressões: 1) exclusão de qualquer discricionariedade no

exercício da ação penal, com a consequente obrigação, por parte do Ministério Público, de promover a ação penal pública; e 2) exclusão do poder do Ministério Público de dispor da ação penal já proposta (FERNANDES, 2001, p. 91). Nessa linha, obrigatoriedade e indisponibilidade, ou imutabilidade da acusação pública, como prefere Torrão (2000, p. 127), seriam princípios decorrentes da ideia de legalidade.

Teixeira (2006, pp. 34-35) propõe que o princípio da oportunidade deva ser definido por referência ao da legalidade, de maneira que o reconhecimento de espaços de oportunidade no ordenamento necessita passar pela compreensão dos efeitos processuais da legalidade e do monopólio do Estado na promoção da ação penal. Daí ser tão importante o exame do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e sua contraposição ao princípio da oportunidade²³.

- 2 De maneira geral, pode-se dizer que, no direito comparado, o princípio da legalidade (e a consequente obrigatoriedade da ação penal pública) é característico dos países de cultura jurídica romano-germânica, como, por exemplo, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e Brasil. Por outro lado, o modelo da oportunidade é adotado em países de tradição anglo-saxã, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América. A distinção acima proposta, na esteira da lição de Teixeira (2006, pp. 127-130), apresenta dois fundamentos básicos. Em primeiro lugar, do ponto de vista da forma como se cria e aplica o Direito, a tradição romano-germânica assenta em um método de características dedutivas, com leis gerais e abstratas elaboradas de forma apriorística, pelo que a função do aplicador resumir-se-á a uma tarefa de subsunção do caso concreto a uma previsão normativa. A cultura anglo-saxônica, por sua vez, é mais habituada ao método indutivo de resolução de casos concretos, implicando que as normas gerais se definem *a posteriori*, a partir da decisão judicial (regra do precedente). Facilmente se pode compreender que, nos países de tradição romano-germânica, a entidade judicial exercita menos sua discricionariedade no ato de decidir, em comparação ao que se passa no sistema da *common law*. Daí ser natural que, no campo do processo penal, aqueles países (*civil law*) se mostrem mais vocacionados para a adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em segundo lugar, deve-se entender que o direito processual penal constitui ramo do Direito Público, de modo que a relação jurídica material subjacente ao processo penal engloba, de um dos lados, a defesa do interesse público, traduzido na necessidade de reposição dos bens jurídicos eventualmente ofendidos. Nos países de cultura romano-germânica, existe forte tendência a limitar a atuação dos sujeitos processuais quando em causa está a salvaguarda do interesse público, do que resultam as regras da obrigatoriedade na promoção da ação penal e da indisponibilidade do objeto processual. Inversamente, nos países de tradição anglo-saxã, toda a cultura jurídica assenta em base liberal-individualista, o que implica que, mesmo quando em jogo estão interesses da comunidade, existe a crença de que mesmo aquele que representa esses interesses deva se comportar como se defendesse os seus próprios interesses privados, daí resultando a reflexa proteção do interesse público. Compreende-se, pois, a proximidade do processo penal da *common law* com a estrutura do processo civil de jurisdição contenciosa, onde, por excelência, resolvem-se os conflitos de interesses privados. Daí se considerar ser este o sistema adversarial ou acusatório puro, verdadeiro “processo de partes”, com vigência do princípio dispositivo e maior abertura ao princípio da oportunidade.
- 3 Em interessante trabalho, Teixeira (2006, pp. 18-22) observa que a oportunidade, em uma perspectiva das entidades depositárias de seu exercício, pode estabelecer-se em vários níveis. Em primeiro lugar, ao nível da **intervenção político-legal** do poder político. Trata-se do estabelecimento de um programa criminal orientado pela oportunidade, por meio de soluções legislativas a incidir sobre a seletividade do objeto processual (seleção dos tipos penais) e sobre a diversidade e simplificação dos meios processuais, neste caso basicamente em torno do (não) exercício da ação penal e do uso de ritos judiciais céleres. Um segundo nível de posicionamento do exercício da oportunidade é o da **intervenção político-administrativa** do governo. Nesse nível, a fim de conduzir efetivamente a política criminal, trata-se da adoção de medidas governamentais de índolo concreta (*guidelines*, diretiva, medidas administrativas etc), que visem impor prioridades de tratamento de certas matérias penais, ou implementar uma determinada estratégia de investigação criminal, ou privilegiar certo procedimento em detrimento de outro. Outro nível é o da **intervenção de um organismo específico ou intermédio**, com a concentração da iniciativa e da gestão da política criminal em órgão criado especialmente para tal tarefa (Conselho Judiciário), a quem incumbiria a definição concreta dos macro-objetivos no combate ao crime, o estabelecimento de interpretações às leis e aos conceitos abertos (p.ex., a “justa causa” para o oferecimento de denúncia criminal) etc. Por último, o nível em que normalmente se posiciona o debate sobre o exercício da oportunidade é o da **intervenção do titular da ação penal** (Ministério Público). Em tal debate – que mereceria um estudo próprio –, colocam-se problemas como o da

Desde logo, ressalte-se que o posicionamento defendido no presente trabalho é o de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, embora seja a regra, não é absoluto, podendo ceder espaço, em prol da oportunidade, desde que razões de interesse público autorizem o não-exercício da ação penal por parte de seu titular (Ministério Público).

Com efeito, embora não exista, seja na Constituição Federal, seja no Código de Processo Penal, disposição expressa adotando o princípio da obrigatoriedade, costuma-se inferir sua vigência da regra contida no artigo 24 do *Codex* processual, segundo o qual, nos crimes de ação pública, esta *será* promovida por denúncia do Ministério Público.

A conclusão, todavia, parece equivocada.

A disposição do artigo 24 do CPP, em sua dicção literal, apenas pretende atribuir a uma instituição específica (o Ministério Público) a titularidade para a promoção da ação penal pública, excluindo a possibilidade de que o próprio ofendido (particular) exerça a persecução penal. Idêntica solução foi adotada pela vigente Constituição Federal, em seu artigo 129, I, ao considerar função institucional do *Parquet* a promoção, com privatividade, da ação penal pública.

Ao contrário do sustentado pela doutrina, não há qualquer imposição, no artigo 24 ou em qualquer outro dispositivo do Código de Processo Penal, de que o Ministério Público promova a ação penal pública de forma obrigatória (compulsória), como se fosse um autômato oferecedor de denúncias.

A adoção do princípio da obrigatoriedade como regra geral, portanto, parece decorrer de uma tradição histórica, ao menos nos países de cultura jurídica romano-germânica, de apego à legalidade, com consequente exclusão de qualquer discricionariedade por parte do titular da ação penal pública⁴.

Na linha do brilhante estudo feito por Gazoto (2003), sustentamos que a legalidade, no processo penal, não significa obrigatoriedade no exercício da ação penal pública, mas sim *indisponibilidade do interesse público* depositado nas mãos do titular da *persecutio criminis* (o Ministério Público). Por via de consequência, e reconhecendo a existência de diversas situações em

uniformização de tratamento dos casos iguais (isonomia), da margem de discricionariedade usada na avaliação dos casos concretos, do alargamento dos fundamentos válidos para o não-exercício da ação penal, da adoção de soluções de oportunidade não previstas na lei ("equidade"), do necessário controle jurisdicional e, sobretudo, da determinação dos critérios de oportunidade.

4 Já parece óbvio concluir que, por outro lado, o princípio da obrigatoriedade não vigora nos Estados Unidos da América, embora no Título 28, Parte II, Capítulo 35, § 547, o *U.S. Code* estabeleça a seguinte regra: "*Except as otherwise provided by law, each United States Attorney, within his district, shall – (1) prosecute for all offenses against the United States [...]*". A regra, todavia, não é interpretada como se exigisse a atuação da promotoria (princípio da obrigatoriedade), mas apenas esclarecendo o caráter público da ação penal, deferindo-a exclusivamente ao Ministério Público (ALBERGARIA, 2007, p. 54).

que o interesse público recomenda o não-exercício da ação penal (inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa, excesso de demanda dos serviços judiciários com a necessidade de eleição de prioridades na formulação das acusações etc.), concluímos, *de lege ferenda*, pela possibilidade de atuação ministerial submetida ao princípio da oportunidade, como exceção à regra geral de obrigatoriedade⁵.

Como leciona Giacomolli (2006, p. 68), o princípio da oportunidade autoriza o acusador oficial a iniciar ou não a ação penal, a incluir todos os fatos possivelmente delitivos ou excluir alguns, e a pedir a aplicação de todas as sanções cabíveis ou limitá-las, segundo lhe convenha. Também o autoriza a manter ou não a acusação durante o desenvolvimento do processo, podendo pedir a absolvição ou a condenação por um delito menos grave, mesmo quando a prova conduz a outra solução.

Necessário distinguir, ainda, a oportunidade pura, que não encontra qualquer limite legal, da denominada “oportunidade regrada” (GIACOMOLLI, 2006, p. 70). Nesta, o próprio sistema prevê requisitos para que o órgão de acusação ou, eventualmente, o órgão jurisdicional, possam atuar por critérios de oportunidade. Trata-se, em última análise, do princípio da legalidade operando com a peculiaridade de autorizar a atuação da acusação com uma certa dose – devidamente regulamentada – de oportunidade (discricionariedade).

As formas de consenso no processo penal podem ser ilimitadas – a *plea bargaining* – ou ocorrer uma autorização legal para que tenham eficácia – sistema continental –, com ou sem controle jurisdicional, a depender do ordenamento jurídico (GIACOMOLLI, 2006, p. 72).

Sendo inegável que a *plea bargaining* da tradição anglo-saxônica e as medidas despenalizadoras da legislação brasileira dos Juizados Especiais Criminais refletem um certo modelo de justiça criminal (consensual), há que se considerar as significativas diferenças entre eles. Em primeiro lugar, nos Estados Unidos da América a negociação é admitida amplamente, não se restringindo à criminalidade de pequena ou média gravidade. Além disso, pelo instituto da *plea bargaining* a atuação da acusação é irrestrita, pois vigora naquele país o princípio da oportunidade,

5 Não se trata de defender a oportunidade e a disponibilidade da ação penal em termos absolutos. Mas entendemos que a persecução criminal em juízo se submete à avaliações como a da necessidade/utilidade (interesse de agir), cujo resultado pode autorizar a inércia do Ministério Público. A natureza eminentemente administrativa da atividade ministerial significa sua submissão ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19/98), o que traz para a instituição a exigência de conferir tratamento racional e eficiente dos casos penais, com a melhor gestão possível de recursos escassos em um ambiente de sobrecarga de trabalho e de demanda judiciária (GAZOTO, 2003). O exercício desse poder discricionário, contudo, deve ser exercido com elevada dose de parcimônia, na medida em que as decisões tomadas pela instituição não se sujeitam a qualquer controle político e a fracos controles judicial e institucional (interno).

sob a forma de discricionariedade pura. Ainda, esse tipo de negociação implica reconhecimento de culpa (*guilty plea*), e oferta de alguma vantagem (acusação por crime menos grave ou número menor de crimes) para se obter a confissão, o que não ocorre no modelo brasileiro de transação penal, ao menos nos moldes atuais⁶ (ZANATTA, 2001, pp. 29-30).

Mencione-se, também, que os mecanismos de consenso no rito procedimental dos Juizados Criminais, no Brasil, têm lugar em audiência judicial, em ato público, realizado ao alcance dos olhos da sociedade, ao passo que a *plea bargaining* ocorre em ambiente privado, em conversas informais entre a acusação, o réu e seu defensor, o que, segundo alguns, reduz o controle popular sobre a atuação dos acusadores e contribui para a percepção, muitas vezes equivocada, de que “não se fez Justiça” (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, pp. 649-651).

Não se pode negar, entretanto, que a previsão expressa da transação penal e da suspensão condicional do processo significa a consagração, ao menos parcial, do princípio da oportunidade em nosso sistema jurídico. Tem-se, então, o reconhecimento, *de lege lata*, de certa discricionariedade por parte do Ministério Público no exercício da ação penal.

Evidentemente, aqui não se trata de discricionariedade pura, mas regrada (regulamentada). Com efeito, não é concebível que o representante da acusação possa negar-se a oferecer os benefícios da Lei nº 9.099/95 ao seu alvedrio, por critérios absolutamente pessoais e arbitrários, nem mesmo possa fazê-lo sem deixar expressas as razões para a negativa. O Ministério Público não possui um total poder de disposição dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo e, via de consequência, da própria ação penal (ZANATTA, 2001, p. 115). Não pode optar livremente por qual via seguir, despenalizante ou condenatória, conforme sua conveniência de ordem político-criminal.

A formulação das propostas de transação penal e de *sursis* processual, portanto, caracterizam-se como atos de discricionariedade regrada, o que significa dizer que, presentes os requisitos legais, descritos nos artigos. 76 e 89 da Lei nº 9.099/99, o Ministério Público tem o *dever* (poder-dever) de oportunizar à pessoa acusada os benefícios despenalizadores próprios do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais.

É esse o entendimento atualmente consolidado no Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o titular da ação penal só pode negar o oferecimento dos benefícios da Lei dos Juizados por

⁶ Como se verá adiante, em tópico próprio, o Anteprojeto de CPP, atualmente em trâmite no Congresso Nacional (PLS nº 156/2009), prevê um novo mecanismo de consenso, mais amplo que a transação penal e a suspensão condicional do processo, condicionado ao reconhecimento de culpa pela pessoa acusada, porém permitindo a aplicação de pena até mesmo abaixo do patamar mínimo legal.

razões concretas que revelem o não-preenchimento dos requisitos legais (vide, p.ex., o HC nº 83.828/SP, Min.. JANE SILVA 5ª Turma, julgado em 4/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 334).

7. Propostas de ampliação do “espaço de consenso” no processo penal brasileiro e (in)compatibilidade do modelo da *plea bargaining* com o ordenamento jurídico nacional

Os contributos doutrinários ora analisados, tanto no Brasil como no exterior, revelam forte tendência a limitar os mecanismos de consenso no processo penal a uma determinada faceta do fenômeno criminológico – infrações de pequeno e médio potencial ofensivo –, e sob as mais variadas condições.

Avançando em relação às inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95, o Anteprojeto de Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional (PLS nº 156/2009) pretende introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais, com sumarização do procedimento (antecipação do juízo condenatório) e negociação entre as partes.

Trata-se, com efeito, de medida restrita aos crimes cuja sanção máxima não ultrapasse o limite de 8 (oito) anos de pena privativa de liberdade, no âmbito do processo comum sumário. Inegavelmente, está-se diante de nova alternativa, diversa do procedimento ordinário, própria à média criminalidade, claramente com o intuito de obter maior celeridade processual e atender, de forma eficaz e funcional, à forte e crescente demanda pelos serviços judiciários.

Nos termos do PLS nº 156/2009, tanto o Ministério Público quanto o acusado, este por seu defensor, poderão requerer, até o início da audiência de instrução, a aplicação imediata de pena, inclusive privativa de liberdade (art. 283, *caput*). Para tanto, contudo, deve haver confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória (art. 283, § 1º, I). Além disso, havendo acordo, ficará a pena fixada no mínimo de cominação legal (art. 283, § 1º, II), podendo ainda ser diminuída em até 1/3 (um terço), se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem (art. 283, § 3º, em claro benefício do acusado).

Na exposição de motivos do anteprojeto de lei, a comissão de juristas responsável pela elaboração do texto, coordenada por Hamilton Carvalhido, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e sob a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, Procurador Regional da República, deixou assente sua intenção de introduzir no ordenamento processual penal um novo rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre

acusação e defesa.

O ineditismo da nova alternativa, denominada pelo futuro CPP simplesmente de *processo sumário*, mas talvez mais bem denominado como “procedimento abreviado” ou, como a própria comissão elaboradora o identificou, “rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida”, reside na imposição de pena privativa de liberdade sem o tradicional devido processo legal condenatório. Adotado o novo rito, e havendo confissão quantos aos fatos e ajuste entre as partes (e o magistrado), haverá juízo condenatório, porém nos limites mínimos que poderiam ser atingidos no modelo de rito tradicional. Para tanto, evidentemente, exige-se a confissão de culpa e a dispensa, pelas partes, da produção de provas.

A pretendida modificação legislativa, fatalmente, será alvo de inúmeras críticas, sobretudo por parte daquele setor do pensamento jurídico identificado por Fernandes (2001, pp. 10-11) como “garantista” ou garantidor, que enxerga no Direito Penal um instrumento de defesa e limite das interferências do poder estatal na questão penal, através da sua sujeição às regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais.

Possivelmente será dito, inclusive, que a intenção do legislador foi aproximar o processo penal brasileiro do modelo de *plea bargaining* típico dos Estados Unidos da América. Não nos parece, todavia, ser essa a melhor conclusão. E nem mesmo seria possível a introdução, no ordenamento processual pátrio, da *plea bargaining* estadunidense, ao menos não no atual estágio de desenvolvimento da instituição do Ministério Público.

Naquele país, a ampla negociação é admitida, basicamente, porque ao titular da ação penal se assegura discricionariedade quase irrestrita sobre a persecução criminal. Submete-se, é claro, a controle judicial, por vezes fraco, e, sobretudo, a controle político⁷.

No Brasil, por outro lado, não dispõe o Ministério Público de tão ampla discricionariedade, franqueando-se à instituição certa margem de liberdade de ação, porém nos estritos termos da autorização legislativa respectiva (v.g., a Lei nº 9.099/95).

Sob outro viés, a *plea bargaining* é, em geral, obtida após o emprego, pela acusação, de alguma dose de coerção. A própria possibilidade, assegurada aos promotores estadunidenses, de acusarem o

⁷ O tema é bastante interessante e talvez merecesse um estudo a ele dedicado com exclusividade. Nos limites do presente trabalho, porém, não poderíamos deixar de observar que o Ministério Público norte-americano apresenta traços essenciais bem distintos de seu congêneres brasileiro. No que diz respeito ao chamado *controle político*, é certo que, naquele país, a forma de provimento dos membros do Ministério Público mais verificada é a eletiva. Daí decorrem duas sérias consequências: (1) os promotores respondem a seu eleitorado, possuindo responsabilidade política; e (2) são os eleitores, através do pagamento de tributos, que dão suporte financeiro às atividades do MP (aos *offices*). Essas características influem diretamente no trabalho diário dos *prosecutors*, positiva ou negativamente (ALBERGARIA, 2007, pp. 35-38).

Sob outro viés, a *plea bargaining* é, em geral, obtida após o emprego, pela acusação, de alguma dose de coerção. A própria possibilidade, assegurada aos promotores estadunidenses, de acusarem o réu por crime mais grave caso não aceitem a proposta, ou de recomendarem a aplicação de pena mais severa – o que não existe no Brasil –, por certo funciona como forte pressão sobre a decisão a ser tomada pela pessoa acusada. Para agravar o quadro, a *plea bargaining* normalmente se obtém em ambiente privado, em reuniões com a presença exclusiva das partes (acusação, réu e defensor), longe dos olhares do público em geral, o que dificulta a compreensão pela sociedade dos mecanismos de funcionamento da justiça.

No modelo proposto pelo PLS nº 156/2009, seguindo a tradição iniciada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, não haverá margem de manobra tão grande por parte do Ministério Público, que deverá formular a acusação de acordo com os elementos de prova de que dispuser. Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, não poderá imputar fato mais grave, a fim de facilitar a barganha processual. A discricionariedade é exercida nos exatos limites da legalidade (discricionariedade regrada). E, ressalta-se, em audiência pública, com a presença do juiz.

Talvez o ponto de maior aproximação entre os modelos seja a exigência de reconhecimento de culpa, sem o que, obviamente, não se poderia admitir a imposição (e aceitação pelo infrator) de pena de privação de liberdade.

Mais uma vez, trata-se de medida benéfica ao acusado, por redundar na aplicação da sanção no mínimo legal ou até mesmo abaixo de tal patamar. Inexiste violação ao *due process of law*, desde que se tenha em mente que, por opção legislativa, o processo sumário seja uma nova modalidade de devido processo legal condenatório⁸. E não se alegue significar a imposição de pena privativa de liberdade sem formação de culpa, pois esta será confessada pelo próprio acusado, em um ambiente – espera-se – propício a que ele compreenda as consequências de sua decisão, o que, aliás, aumenta a importância, nesse *iter* dialogal, da figura do advogado.

⁸ Sem fugir às limitações do presente estudo, pode-se afirmar que, no Brasil, há uma resistência muito intensa, tanto na doutrina como na jurisprudência, à aceitação da renúncia a direitos fundamentais como o devido processo legal, ao passo que, nos EUA, aceita-se a renúncia (*waive of rights*) como exercício da autonomia da vontade individual. Parece que, enquanto o *due process of law* é encarado, nos EUA, como direito do cidadão, portanto renunciável (v.g., quando reconhece culpa e renuncia ao direito a ser julgado pelo Júri), no Brasil o devido processo legal, embora também enunciado como direito/garantia, assume características de dever do Poder Público, irrenunciável pelo indivíduo. Essa distinção pode ser explicada, com recurso a estudos das ciências sociais, a partir das diferentes percepções, nos EUA e no Brasil, acerca do papel do Estado na defesa dos direitos dos cidadãos: em linhas gerais, enquanto naquele país valoriza-se a autonomia individual, mantendo-se o Estado em posição de retração relativamente à esfera particular, no Brasil espera-se uma tutela estatal por vezes excessiva. No campo do processo penal, essa visão tipicamente brasileira sobre a função do Poder Público se refletiria na assertiva de que o cidadão (acusado) não teria autonomia para renunciar ao direito ao devido processo legal, aceitando a aplicação imediata de pena (sem, mas sobretudo com confissão de culpa).

Não se pode deixar de elogiar o anteprojeto de CPP, que, sem abandonar a perspectiva garantista do processo penal, colabora com a busca por maior celeridade dos procedimentos e eficácia de todo o sistema penal.

Um último ponto a ser objeto de considerações no presente estudo diz respeito à possibilidade de adoção, no processo penal brasileiro, da figura da *plea bargaining* tal qual utilizada nos Estados Unidos da América. Em outras palavras, indaga-se: poderia a acusação dispor da persecução criminal de forma ampla, negociando com o acusado os termos da imputação e da (futura) sentença, em troca da confissão de culpa? Poderia desistir da ação penal já iniciada (*nolle prosequi*) ou diminuir a gravidade da acusação formulada?

Embora complexa a questão, não nos parece viável, ao menos no atual momento, a concessão de amplo poder de barganha ao Ministério Público, quando da formulação da imputação criminal.

Em primeiro lugar, porque a conformação dada pela Constituição vigente ao Ministério Público, mantendo a tradição nacional, exclui qualquer forma de *controle político* sobre a atuação efetiva de seus membros. E tal ocorre, sobretudo, em razão da regra de provimento dos cargos nas carreiras do Ministério Público por concurso público de provas e títulos (*merit system*), em substituição a processo democrático de eleição, como ocorre nos Estados Unidos da América⁹.

Com a ausência de controle político, resta à atuação do membro do Ministério Público brasileiro apenas o controle judicial, exercido pelos magistrados, via de regra de maneira bastante comedida (*judicial self-restraint*), o que pode se explicar, em parte, por uma espécie de reverência a uma instituição (o Ministério Público) equiparável constitucionalmente, em termos de direitos e garantias, ao próprio Poder Judiciário¹⁰; de outra banda, e mantendo o foco na persecução criminal,

⁹ O provimento dos cargos de *prosecutor* por procedimento democrático de eleição, ao menos em tese, aumentaria as chances de que esses profissionais guiassem sua atuação pelos interesses e valores de seu eleitorado (público). Na doutrina norte-americana, e mesmo ao nível do senso-comum, defende-se que, quanto maior é a discricionariedade exercida pelo agente público, maior deve ser a *accountability* (expressão de difícil tradução, associada à responsabilização e ao dever de prestação de contas) a que deveriam estar sujeitos. WRIGHT (2009) defende, entretanto, que, em termos práticos, o regime eleitoral dos *chief prosecutors* norte-americanos pouco ajuda no controle político exercido pelo eleitorado. Segundo seu estudo, as campanhas eleitorais dos *prosecutors* praticamente não discutem os valores e prioridades de política criminal encampados pelos candidatos; apenas fazem propaganda do sucesso estatístico do candidato à reeleição, *v.g.*, ou enfocam as soluções exitosas de poucos casos famosos. Além de sugerir, como solução, a melhora dos parâmetros de debate da qualidade de suas atividades, o autor também defende a submissão dos *prosecutors* a regras administrativas de publicidade e transparência, *v.g.*, exigências de divulgação de dados estatísticos de produtividade da persecução criminal.

¹⁰ No sistema legal norte-americano, é mais fácil justificar essa posição passiva do Poder Judiciário, quanto às atividades do órgão de acusação, com fundamento na doutrina da separação dos poderes estatais. De fato, a imputação é atividade exercida exclusivamente pelo Ministério Público, integrante do Poder Executivo (ALBERGARIA, 2007, p. 97). A escolha de quem deve ser processado e em que situações processar cabe aos *prosecutors*, somente a eles podendo caber decidir sobre a mais eficiente alocação dos recursos da acusação MILLER, WRIGHT, 2007, p. 367). Já no Brasil, embora exerça funções tipicamente administrativas, há certa

também se percebe claramente uma quase absoluta aquiescência por parte dos juízes às manifestações processuais do Ministério Público, ocasionada por razões bastante pragmáticas. Por que revisar, v.g., as razões de arquivamento invocadas pela acusação se isso diminuirá a quantidade de processos judiciais?

Em segundo lugar, porque um dos princípios institucionais do Ministério Público brasileiro, nos termos da Constituição vigente, é o da independência funcional (art. 127, § 1º, da CRFB/88). A independência funcional, embora constitua importante garantia do membro do *Parquet*, sem dúvida dificulta a uniformização da atuação da instituição, impedindo que o Ministério Público se torne verdadeiro gestor de política criminal.

Com efeito, o atual estágio de desenvolvimento da instituição não permite imaginar o Ministério Público como formulador e, ao mesmo tempo, executor de uma política criminal segura. A ausência de *guidelines* ou orientações vinculantes emanadas dos órgãos superiores da instituição, aliada à falta de hierarquia própria de sua estrutura organizacional, por vezes põe em xeque a noção de unidade, outro princípio institucional (art. 127, § 1º, da CRFB/88).

Com esse desenho institucional, não há condições para franquear ao Ministério Público maiores poderes de negociação no processo penal, salvo aqueles criteriosamente regulamentados por disposição legal. Mais ainda que nos Estados Unidos da América, a justiça criminal negociada, com algo mais próximo à *plea bargaining*, traria ao ordenamento jurídico nacional sérias dificuldades em termos de isonomia no tratamento de casos iguais, na medida em que, no Brasil, o representante da acusação é senhor quase absoluto de suas decisões, sujeitando-se apenas, como tantas vezes repetido na doutrina, à lei e à suas próprias convicções¹¹¹².

8. Conclusões

relutância em posicionar o Ministério Público como órgão de qualquer um dos Poderes da República.

- 11 MAZZILLI (2000, pp. 142-143), comentando o princípio da independência funcional, observa, *litteris*: “Não se pode impor um procedimento funcional a um membro do Ministério Público, senão fazendo recomendação sem caráter normativo ou vinculativo, pois a Constituição e a lei complementar, antes de assegurarem garantias pessoais aos membros do Ministério Público, deram-lhes garantias funcionais, para que possam servir aos interesses da lei, e não aos dos governantes”. Em outra passagem, o autor registra, *textus*: “Mas nenhum procedimento ou manifestação podem impor os órgãos de administração superior no tocante a matérias cuja solução dependa da decisão e da convicção do membro da instituição, garantido por irrestrita independência funcional”.
- 12 Veja-se que o argumento ora defendido não ataca diretamente o princípio da independência funcional, imprescindível garantia de isenção na atuação do membro do Ministério Público. Apenas se quer demonstrar que, em um modelo de justiça criminal verdadeiramente negociada (*plea bargaining*), o risco do subjetivismo injustificável e da arbitrariedade só seria diminuído caso a instituição fosse fortemente estruturada em termos de unidade, com relativa mitigação da independência funcional em prol da observância de orientações claras de política criminal, seja emanada de órgãos superiores da própria instituição (Procurador-Geral, v.g.), seja provenientes de órgão ou entidade externo, a quem fosse incumbida a formulação de tal política (Conselho Nacional do Ministério Público, p. ex.).

Partindo da premissa de que o processo penal configura importante *instrumento de política criminal*, contribuindo para o atingimento das finalidades do Direito Penal, defendeu-se, no presente artigo, a possibilidade de equilíbrio entre garantismo e funcionalismo (eficientismo), com a introdução de mecanismos de diversificação (ou diversão), fundados em consenso entre as partes ou na mitigação da legalidade processual (obrigatoriedade), sem, contudo, violação a direitos e garantias essenciais do acusado. Parte-se da ideia de que, em um Estado de Direito, também a *administração funcional da justiça* é revelante valor a ser perseguido, inclusive para que se alcancem *finalidades de prevenção geral* do sistema.

A justiça criminal consensual é reflexo claro de uma *orientação político-criminal de intervenção mínima do direito (e sistema) punitivo*, preocupada em extrair maior eficácia de todo o sistema penal, e, por conseguinte, propiciar as finalidades de prevenção geral (vetor funcionalidade).

Entende-se que o sistema penal deve perseguir, ao mesmo tempo, a funcionalidade (eficiência) e a garantia (justiça), pois, se não se deve negar que ao Estado incumbe garantir os direitos dos cidadãos, também cabe a ele promover o bem da coletividade, daí se impor a exigência de racionalização, eficiência e celeridade do processo penal.

Mostrou-se que a justiça criminal consensual se fundamenta na distinção dos chamados “espaços de consenso” e “espaços de conflito”, conforme o tipo de criminalidade em questão. Os “espaços de consenso” (pequena e média criminalidade) estão voltados à ressocialização do condenado e admitem o uso voluntariamente limitado de direitos e garantias fundamentais, como a presunção de inocência e a ampla defesa, p.ex. Já os “espaços de conflito” (criminalidade grave) são marcados pelo antagonismo e exigem o respeito integral a todos os direitos e garantias constitucionais.

No sistema norte-americano, a negociação consistente na *plea bargaining* é ampla, não se restringindo à criminalidade pequena e média. A acusação tem poderes irrestritos, atuando com inteira discricionariedade (oportunidade pura). Além disso, a *plea bargaining* exige o reconhecimento de culpa (*guilty plea*), com a renúncia, pelo réu, de alguns direitos fundamentais (p.ex., devido processo legal).

Não obstante apresente características diversas, o modelo de justiça criminal consensual introduzido pela Lei dos Juizados Especiais reconhece, ao menos parcialmente, a vigência do

princípio da oportunidade em nosso sistema jurídico. Trata-se, contudo, de discricionariedade regrada, na medida em que a lei impõe requisitos para o não-exercício da ação penal, em seus moldes tradicionais, pelo Ministério Público.

O Anteprojeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (PLS nº 156/2009) pretende introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais, com sumarização do procedimento (antecipação do juízo condenatório) e negociação (limitada) entre as partes. Trata-se de medida aplicável aos crimes com sanção máxima não superior a 8 (oito) anos (média criminalidade), denominada “processo sumário”.

Pela nova medida, o Ministério Público e o acusado poderá requerer, antes da audiência de instrução do processo, a aplicação imediata de pena, inclusive privativa de liberdade, desde que o réu confesse sua culpa. Havendo acordo, a pena será fixada no mínimo legal, ou mesmo abaixo desse patamar, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade do crime forem favoráveis.

O processo sumário trazido pelo Anteprojeto de CPP não se confunde com a *plea bargaining*. Não há, na proposta, exercício de discricionariedade pura pela acusação, mas sim de “oportunidade regrada”, sujeita às limitações previstas no texto legal.

O maior ponto de aproximação entre os modelos (do Anteprojeto de CPP e da *plea bargaining* estadunidense) é a exigência de reconhecimento de culpa, pressuposto lógico da imposição (e aceitação) de pena privativa de liberdade. Trata-se de medida benéfica ao acusado, por resultar na aplicação de sanção no mínimo legal ou mesmo abaixo desse patamar. Não há violação ao *due process of law*, desde que se compreenda o processo sumário como uma nova modalidade de devido processo legal condenatório. Outrossim, o reconhecimento da culpa ocorrerá em ambiente propício, sob os olhares de um juiz, sem a forte pressão (coerção) imposta pela *plea bargaining* dos Estados Unidos da América.

A proposta de diversificação do rito processual trazida pelo Anteprojeto de CPP, portanto, merece mais elogios que críticas, na medida em que, sem abandonar a perspectiva garantista do processo penal, colabora na busca por maior celeridade dos procedimentos e eficácia de todo o sistema penal.

Ao longo do presente estudo, defendeu-se a inviabilidade de adoção da figura da *plea bargaining* no sistema jurídico brasileiro, principalmente em razão do desenho institucional do Ministério Público, fortemente estruturado a partir do princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição da República) e não submetido a qualquer controle político, como seu

congênere estadunidense.

A ausência de hierarquia e de diretrizes (*guidelines*) internas elaboradas por órgãos superiores da própria instituição tornam difícil imaginar o Ministério Público como verdadeiro formulador e executor de uma política criminal segura. Em decorrência, sustentou-se a impossibilidade de franquear à instituição maiores poderes de negociação no processo penal, salvo aqueles expressamente regulamentados por lei, sob pena de sério risco de práticas discricionárias (oportunidade pura) e anti-isonômicas.