



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Transação Penal no Brasil e nos Estados Unidos

Rafael Luiz Duque Estrada

Rio de Janeiro
2009

RAFAEL LUIZ DUQUE ESTRADA

Transação Penal no Brasil e nos Estados Unidos

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

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof^a Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro

2009

TRANSAÇÃO PENAL NO BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Rafael Luiz Duque Estrada

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Com a explosão da criminalização de condutas, bem como a, cada vez maior gama de bens jurídicos que o legislador decide merecerem a tutela do Direito Penal, associados às necessidades do ponto de vista da função preventiva negativa da pena, de demonstrar punições rápidas e efetivas no âmbito do Processo Penal, tudo isso aliado à necessidade de uma Política Criminal mais racional, que permita ao Estado que direcione mais energia repressiva aos comportamentos mais graves, é inegável que a Transação Penal, que já realiza papel relevante no dia-a-dia do sistema de justiça criminal, pode demonstrar-se uma solução, para a cada vez maior necessidade de velocidade e efetividade do Processo Penal Brasileiro, bem como para permitir que o “aparelho repressivo estatal” direcione de forma mais eficaz suas forças. Nesse contexto, estudar-se-á a origem do instituto da Transação Penal, fazendo um paralelo com suas formas de aplicação no sistema *Common Law* e no direito brasileiro, propondo-se mudanças que permitam tornar o instituto mais abrangente, aumentando os efeitos benéficos que o mesmo pode trazer.

Expressões-chaves: Direito Processual Penal, Transação Penal, *plea a bargain*, Juizados Especiais, Crimes de Menor Potencial Ofensivo

Sumário: Introdução. 1. Origens. 2. Sistemática. 3. Visão Crítica do Instituto. 4. Propostas. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O instituto que será abordado no presente artigo é relativamente recente no direito pátrio, tendo sido introduzido no Direito Penal Brasileiro pela Lei 9.099/95, lei que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil.

A origem do instituto previsto no art. 76 da Lei 9.099/95 é o Direito Anglo-Saxão, também conhecido como *common law*, sendo que nos Estados Unidos da América a transação tem o nome de *plea bargain*, e atinge um espectro muito mais amplo na solução das lides penais daquele país, uma vez que 90% dos casos criminais postos perante as cortes norte-americanas são solucionados com a aplicação do instituto, transformando os famosos julgamentos midiáticos apresentados nos filmes e televisão numa exceção, como forma de resolver a lide penal.

A premissa básica da Transação Penal é a de um acordo, ou “contrato”, feito entre o órgão titular da ação penal e o réu, na qual ambas as partes fazem concessões recíprocas, normalmente abrindo mão de alguns direitos em troca de benefícios e de uma “solução” negociada para a lide penal, tornando o resultado do embate entre o direito de liberdade do indivíduo e o direito de punir estatal mais previsível e controlado, evitando-se assim os riscos e prováveis infortúnios de um julgamento tradicional.

O presente estudo enfocará as origens do instituto, comparando o mesmo com o *plea bargaining* dos Estados Unidos, sua introdução no direito pátrio, sua sistemática de funcionamento, controvérsias sobre a aplicação do instituto pelos juristas, bem como a existência de institutos análogos no direito brasileiro, finalizando com propostas e conclusões para o melhor aproveitamento da transação no direito brasileiro.

A ampliação e o aprimoramento da Transação Penal, como apêndice do moderno Processo Penal Consensual é discussão urgente no atual momento do processo penal pátrio, mormente quando se está diante de um sistema carcerário falido e desumano como o brasileiro, onde são flagrantes os efeitos criminogênicos do cárcere, e de um “apelo” da sociedade por uma resposta penal mais célere e eficaz ao

fenômeno da criminalidade. Desta forma, ficam evidentes os benefícios que a ampliação e o aprimoramento do instituto trarão, já que evitará que indivíduos de baixa periculosidade adentrem as verdadeiras “universidades” do crime que são as cadeias, dará resposta célere e simplificada aos casos mais simples, permitindo que tanto a polícia, o ministério público e o judiciário direcionem sua atenção a casos mais complexos, como permitirá melhores investigações e definições em matéria de política criminal, já que eventuais co-réus poderão cooperar como importante fonte de provas em troca dos benefícios do acordo com o órgão acusador.

Serão analisadas quais peculiaridades do *plea bargain* norte-americano podem ser adaptadas a transação penal brasileira, bem como os benefícios que tal “importação” trará para o jovem processo penal consensual pátrio.

1.ORIGENS DO INSITUTO

Inegavelmente a Transação Penal trazida pela Lei 9.099/95 tem seu fundamento no *plea bargain* ou *plea a bargain* do Direito Anglo-Saxônico, mormente nos Estados Unidos da América, onde a grossa maioria dos casos criminais é resolvida através da aplicação do instituto (DUTRA SANTOS, 2006).

Fundamental se faz definir o que se entende por “solução” nas lides penais, é certo que solução vem do latim *solutio*, que é sinônimo de resposta, resolução da questão, ou seja, dar uma resposta, a questões que se impõem são: resposta a quem, a quem e por que.

A lide penal envolve basicamente o conflito entre o interesse estatal de realizar seu direito de punir, em última análise, visando à segurança coletiva, bem como o controle social realizado pelo Estado, que necessita demonstrar a efetividade de sua

autoridade como forma de demonstrar aos “súditos” que desvios do comportamento que a própria sociedade, através da lei, definiu como adequado, terão uma resposta, dessa forma, desencorajando desvios futuros do recalcitrante que sofrerá a ação punitiva, bem como de outros que pensem em cometer desvios, criando na sociedade a ideia de segurança e de respeito à ordem jurídica estabelecida, uma vez que a efetivação do direito de punir afirma com clareza a mensagem de que a lei existe e qualquer infração a mesma será punida, gerando uma suposta sensação de segurança, oposta à insegurança contínua que havia no chamado “estado de natureza”. Na outra ponta do conflito encontra-se o indivíduo que vê sua esfera de patrimônio jurídico ameaçada pelo direito de punir e perseguir estatal, se fala em esfera, pois, num aspecto amplo, os direitos individuais que podem ser atingidos pelo poder de punir dependem exclusivamente de uma política criminal, já que é possível atingir: vida, liberdade e patrimônio, um trio que somado revela os principais direitos individuais em um Estado Liberal Democrático.

Assim, a primeira indagação a que se responde, é no sentido: ao que se busca dar resposta? É a uma infração à ordem jurídica vigente, democraticamente instituída, através dos mecanismos de representação nas democracias indiretas como a vigente, ou seja, o aparelho repressor estatal precisa demonstrar ao recalcitrante que aquela conduta infringiu o desejo da coletividade que se auto-impõe aquela lei, bem como demonstrar a essa mesma coletividade que a sua vontade está sendo cumprida, dessa forma, responde-se a quem a resposta da lide penal precisar ser dada. Quanto ao porque, tal resposta à lide penal precisa ser dada, a resposta já fora tangenciada quando na página anterior foram feitas considerações sobre o conflito entre o direito de punir e a liberdade, basicamente a necessidade do Estado agir contra o infrator, reside no desencorajar de infrações futuras, seja daquele mesmo infrator, seja de

outros possíveis no futuro, bem como de transmitir a coletividade que a ordem jurídica é obedecida, mantendo-se assim o sentimento de segurança.

Feitas as considerações preliminares sobre o que seria o conflito de interesses no Direito Processual Penal, porque se necessita resolver a questão e para quem precisa ser solucionada, impõe-se agora refletir que solução seria essa, fato é que as principais respostas a lide penal se resumem: a condenação, que tem como consequência a aplicação de uma sanção previamente estabelecida pela própria coletividade, ou a absolvição, onde se conclui que o interesse individual merece sobrepujar, naquele caso, o interesse punitivo, por razões previamente estabelecidas na ordem jurídica.

Ocorre que nem sempre as duas principais soluções são as únicas, ou as mais indicadas ao caso de determinados conflitos entre o direito de punir e a liberdade do indivíduo, como todo conflito de interesses, este também cobra seu preço, já que os recursos materiais e humanos investidos em sua solução através do processo penal definido em lei e observando toda sua “liturgia”, é cara, e determinadas vezes as soluções convencionais podem falhar em atingir seu escopo, seja ele o de intimidar o infrator, seja ele o de transmitir segurança a coletividade, ou até mesmo o direito à razoável duração do processo, evitando assim a procrastinação dos efeitos estigmatizantes causados ao réu, mormente diante do aumento das lides penais, bem como da exigência de velocidade em mundo onde a informação percorre milhares de quilômetros em segundos.

A Transação Penal surge dentro desse contexto, ou seja, o Estado abre mão de seu direito de punir o indivíduo envolvido na lide, nas penas máximas e previstas para aquela infração, enquanto o indivíduo abre mão de sua total e completa liberdade, que seria a consequência caso ao final do trâmite regular da lide penal fosse constatado

que seu direito de liberdade sobrepuja a pretensão punitiva estatal naquele caso, desde já se submetendo de livre e espontânea vontade a uma prestação menos severa que a pena tradicional, ambas as partes cedendo e recebendo reciprocamente para evitar o desperdício de recursos e o *stress* que a expectativa de uma decisão desfavorável as impõe, portanto daí surge a idéia de Transação, aqui importada do Direito Civil.

A origem do instituto que foi introduzido entre nós com a Lei 9.099/95, é o *plea bargain*, ou, traduzindo de forma grosseira: “alegar uma barganha”, ou basicamente, fazer uma Transação Penal no direito norte-americano.

A ideia de *plea* é a de resposta, ou seja, declaração do réu, traduzindo-se a célebre frase dos julgamentos anglo-saxônicos: *How do you plea*, ou seja, “Como o réu se declara diante de determinada acusação”, a idéia da declaração do réu está umbilicalmente ligada à noção de processo penal “Acusatório Completamente Puro”, ou chamado *full adversarial system*, que provem dos países anglo-saxônicos, onde, em tese, a inquisição e seu sistema Inquisitorial, nunca conseguiram se enraizar como na Europa Ocidental, berço do processo penal pátrio.

Parte-se da premissa que no sistema acusatório puro o réu tem o direito disponível a um julgamento, assim, a depender da resposta do réu, de pronto pode-se impor uma pena, já que o mesmo pode abrir mão de um julgamento sobre o caso, simplesmente se declarando culpado, não constituindo no sistema acusatório puro tal declaração mais uma prova a ser examinada, caso da confissão no sistema adotado no Brasil. Desde já, o réu que responde à acusação como culpado, pode se submeter a uma pena recomendada pela acusação (parte adversa), como forma de, na barganha, não se sujeitar ao final do julgamento, caso condenado, a uma pena mais grave do que a que negociou. Desta forma o réu minimiza o risco a sua liberdade, e a acusação ganha mais tempo e recursos para lidar com outros casos que dentro de uma Política

Criminal estatal lhe pareçam mais merecedores da atenção do organismo repressor estatal (PRADO, 2003).

Assim, a barganha, no sistema Anglo-Saxônico, pode ser a mais ampla possível, mas sempre envolverá uma declaração expressa de culpa, ou seja, o réu se declara efetivamente culpado de uma acusação para cumprir uma pena menos severa, que fora recomendada pela corte, ou para escapar de uma acusação mais séria, no caso de conflito aparente de normas, ou até mesmo pode haver indefinição quanto à condição de futuro réu na ação civil *ex delicto*. Nesse último caso, o réu se declara culpado, no entanto o efeito civil daquela sentença condenatória não nascerá, qual seja: a certeza de reparar o dano causado, tal hipótese é conhecida como *no contest*, grosseiramente traduzido “sem desafio”.

Devido à diferença do sistema processual penal brasileiro para o norte-americano, é evidente que não se pode ampliar a transação penal pátria da forma como é feita nos Estados Unidos ou na Inglaterra, sem antes modificar a dogmática e a legislação que regem a transação penal.

Desta forma, pode-se dizer que a origem da Transação Penal são os acordos realizados entre acusação e defesa, no processo penal acusatório anglo-saxônico, realizados, na busca de interesses tanto da defesa quanto da acusação em tornar o resultado da lide penal mais previsível e célere, mormente quando a idéia de processo penal no sistema Anglo-Saxônico está ligada mais a conflito de interesses do que a suposta busca por uma verdade real.

Pode-se apontar também como razão para a predominância do instituto nos Estados Unidos, a questão da influência da industrialização na economia e seus reflexos no sistema judicial. A introdução de cada vez mais tipos penais, bem como a necessidade de cada vez mais recursos, faz com que os custos legais cresçam de forma

exponencial, não havendo como, numa economia de massa, onde a prática legal se torna cada vez mais cara, suportar os custos de movimentação de todo o aparelho repressor estatal para toda simples transgressão que seja cometida.

Famosos casos que foram resolvidos com a Transação Penal ou institutos semelhantes:

Galileu Galilei, físico que teve que negar suas crenças científicas para escapar de uma punição mais severa do tribunal inquisitório que o julgava no ano de 1.633.

Al Capone, famoso gângster que se declarou culpado de sonegação fiscal e infrações a proibição de vender bebidas durante a Lei Seca nos Estados Unidos como forma de escapar de um julgamento por homicídio que poderia vir a condená-lo a perpétua, no ano de 1.931.

James Earl Ray, que se declarou culpado pelo assassinato de Martin Luther King Jr., evitando assim a pena capital, aceitando uma pena de 99 anos de reclusão.

Desta forma, demonstradas as origens da Transação Penal que foi incorporada ao Direito Processual Penal do Brasil em 1995, bem como as principais considerações sobre as suas características e a razão de existir de tal instituto, passa-se à análise da sistemática do mesmo, bem como ele se dá no dia-a-dia forense pátrio.

2.SISTEMÁTICA

No Brasil o instituto previsto no art. 76 da Lei 9.099/95 é utilizado após a recepção pelo promotor com atribuição perante o juizado com competência para julgar o fato supostamente criminoso do Termo Circunstanciado, espécie de registro de ocorrência aplicável as infrações penais sujeitas ao rito da lei dos juizados especiais criminais, tais infrações penais são crimes e contravenções punidos com a pena

abstratamente cominada até 2 anos de reclusão ou detenção, ainda que sujeitos a rito especial, tendo o limite inicial de 1 ano sido aumentado para 2 por força do art. 2º, §º único da Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, e posteriormente a Lei 11.313/06, sacramentou tal entendimento no atual art. 61 da Lei 9.099/95.

Aliadas a essas infrações, pode ocorrer que infrações cujas penas máximas sejam superiores a 2 anos, também sejam passíveis de transação, quando a lei expressamente determinar que o instituto se aplica a elas de forma especial, e não mediante a genérica determinação da Lei 9.099/95, é o caso dos delitos previstos nos arts. 303, §º único (Lesão Corporal culposa qualificada decorrente de acidente de trânsito) e art. 306 (embriaguez ao volante) ambos da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que em seu art. 291, §º único, expressamente permite a aplicação a esses crimes da composição cível dos danos e da transação, respectivamente art. 74 e 76 da Lei 9.099/95, embora o procedimento e a competência para julgamento de tais infrações seja do juízo criminal comum, uma vez que ostentam pena máxima superior a 2 anos (DUTRA SANTOS, 2006).

É também possível que a lei expressamente proíba a transação, bem como outros substitutivos penais em crimes que, em tese, estariam insertos na regra geral daqueles apenados com pena máxima igual ou inferior a 2 anos, é o caso do art. 90-A da Lei 9.099/95, introduzido pela Lei 9.839/99, que expressamente proíbe a transação, composição dos danos ou suspensão condicional do processo nas infrações de competência da Justiça Militar.

Na delimitação de quais infrações penais se sujeitam a transação surge a primeira, e uma das maiores diferenças da mesma com sua equivalente norte-americana, pois nesta, toda e qualquer infração penal está sujeita aos acordos feitos

entre promotoria e réus, já que no Direito Anglo-Saxão a defesa no processo penal é completamente disponível, em razão do sistema puramente acusatório, ou seja, caso o réu não se defenda da acusação afirmando sua inocência, fica desde já dispensada a necessidade de um julgamento, passando-se direto à fase de prolação da sentença. Neste diapasão reside uma das principais diferenças entre a transação penal nacional e a norte-americana, já que no direito pátrio, como já dito, somente um espectro muito pequeno de infrações (punidas com até 2 anos de prisão e aquelas em que leis especificamente a admitem) são abarcadas pela transação nacional, enquanto que nos Estados Unidos toda e qualquer infração penal, seja federal ou estadual pode ser objeto de acordo entre o réu e a promotoria.

Outro ponto em que se apresentam diferenças são quais modalidades de pena podem ser objeto da transação, enquanto que no Brasil somente pode se fazer proposta de aplicação de penas restritivas de direitos e/ou multas, devido a peremptória redação do art. 76 da Lei 9.099/95, a transação penal norte-americana comporta todo tipo de pena, inclusive as privativas de liberdade, não podendo causar espécie essa possibilidade, já que como já dito, devido ao sistema acusatório puro que rege o processo penal anglo-saxônico, o direito de defesa do réu é renunciável, como é no processo civil pátrio, onde o réu pode reconhecer de forma expressa ou tácita o pedido autoral, assim, devido as diferenças nos sistemas processuais, não há como negar que se o réu pode expressamente renunciar ao seu direito a julgamento, e se submeter imediatamente a pena prevista na legislação penal, não causa qualquer espécie que possa se submeter desde já a pena recomendada ou combinada com a acusação, que no geral é inferior aquela que poderia ser aplicada, justamente onde reside o interesse de renunciar ao julgamento que, embora possa resultar em absolvição, também poderia resultar numa condenação na completa extensão da pena.

Outro ponto nodal de diferenciação é a proibição contida nos incisos I, II e III do §2º do art. 76 da Lei 9.099/95, hipóteses nas quais a lei veda expressamente a transação, ou seja, retira completamente das partes o poder de utilizar o instituto, tal proibição não encontra semelhante na transação penal norte-americana, pois lá se está diante de verdadeiro direito do Estado, que o exerce, de acordo com sua conveniência e oportunidade, assim, cabe única e exclusivamente ao promotor do caso decidir se um acordo será feito ou não, não havendo na legislação norma proibitiva expressa, até mesmo porque tal norma seria de constitucionalidade duvidosa, já que poderia ser interpretada naquela ordem constitucional, onde o direito de punir e perseguir pertence ao executivo, como interferência do legislativo onde não poderia.

Ponto que merece destaque, também diferenciador, é o que pode ser negociado por parte da promotoria, enquanto tanto no Brasil como nos Estados Unidos, os réus abrem mão de um julgamento completo, com todas as garantias e possibilidades legais, o que exatamente a acusação pode prometer na transação é ponto que também difere a aplicação do instituto, nos Estados Unidos, sob a regra 11(c)(1) do Código de Procedimento Criminal Federal, que normalmente é repetido pela legislação dos estados membros, a promotoria pode prometer: retirar ou não acusar o réu de determinada infração, em casos de concursos de crime, ou, acusá-lo de uma infração menos grave em casos de concurso aparente de normas, hipótese chamada de “horizontal bargain”, pois a mesma não depende da vontade do Estado-Juiz para completar o acordo, devendo esse apenas decidir se aceita e homologa o mesmo ou não; recomendar ou não se opor ao pedido de determinada sentença ou parâmetro de cálculo de pena requerido pelo réu, hipótese conhecida como *vertical bargain*, já que o Estado-Juiz poderá aceitar ou não a recomendação e o pedido, ou seja, não há pena previamente combinada, sendo que caberá ao juiz prolatar a sentença a qual não ficará

adstrita ao acordo feito pelas partes, nessa hipótese o juiz deve advertir o réu cabalmente de que o mesmo não poderá mudar a alegação de culpado caso a pena recomendada ou requerida não venha a ser aceita pela corte e; concordar e apresentar junto com o réu pedido de determinada sentença ou parâmetro de cálculo, tal hipótese difere da anterior pois, uma vez a corte homologando a barganha, essa será de observação obrigatória para o juiz no momento de definir a pena, assim, o juiz aqui caso não concorde com o acordo deve expressamente rejeitá-lo, sendo que nessa situação é permitido ao réu modificar a alegação inicial de culpado para inocente, de acordo com a regra 11(d)(2)(A) da já citada legislação.

Diferentemente, no Brasil, a única oferta possível da parte da promotoria é a aplicação de uma pena restritiva de direitos (art 43 do Código Penal) e/ou multa (art. 49 do Código Penal), não há qualquer margem para o promotor negociar a retirada ou a não acusação de outra infração que o réu tenha cometido, devido ao princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública incondicionada, bem como também não existe no direito pátrio a possibilidade de o promotor recomendar ou negociar qualquer pena privativa de liberdade, uma vez que sequer essa pena pode ser objeto da transação penal brasileira como já dito devido a vedação implícita do art. 76 da Lei 9.099/95.

Quanto às prestações a serem cumpridas pelos réus, enquanto no Brasil a única que pode ser imposta além da desistência dos regulares trâmites do processo, é justamente a pena restritiva de direitos e/ou multa acordados, nos Estados Unidos os réus podem se comprometer de diversas outras formas, tais como: testemunhar contra co-réus, oferecer auxílio nas investigações, devolver bens e/ou valores produtos diretos ou indiretos da infração, indenizar a vítima, sendo que no direito alienígena, o descumprimento pelo réu destes deveres importam na ineficácia da transação em

relação à promotoria, estando ela autorizada a rever sua parte na demanda, enquanto o réu continuaria preso a pena recomendada, devido a sua negação em cumprir o acordo.

Questão que merece destaque é quanto à natureza jurídica da transação brasileiras e do *plea bargain*, já que tal elemento influenciará diretamente no tratamento dado ao controle judicial dos acordos feitos.

No Brasil venceu a tese doutrinária e jurisprudencial de que a transação penal seria um poder-dever do Ministério Público, ou seja, se retira todo o caráter transacional do instituto já que, por esse entendimento, ausentes os impeditivos do art. 76, §2º da Lei 9.099/95 o promotor teria o dever de transacionar com o réu, sendo que caso este se negue a fazê-lo o juiz estaria autorizado a encaminhar os autos ao Procurador Geral de Justiça, a quem caberia a última palavra sobre o tema, não estando o juiz autorizado a oferecer a transação por si próprio, já que a não se trataria de direito subjetivo do réu, tal entendimento surgiu devido a aplicação analógica do verbete sumular nº 696 do STF c/c art. 28 do Código de Processo Penal, tal entendimento interpretado a contrário senso, permite chegar a conclusão que caso o juiz entenda que não é o caso de transação, ou seja, discorde do réu e do promotor que querem transacionar, deverá negar homologação ao acordo, e, após o trânsito em julgado dessa decisão, atacável via recurso inominado (art. 76, §4º c/c 82 da Lei 9.099/95), também deverá encaminhar os autos ao Procurador Geral de Justiça por força do art. 28 do Código de Processo Penal, já que não poderá obrigar o promotor a denunciar o réu quando o mesmo entendia ser caso de transacionar, assim, a última palavra sobre a admissibilidade da transação penal no sistema brasileiro será sempre do Procurador Geral de Justiça nos casos estaduais e das Câmaras de Revisão do Ministério Público Federal em casos da competência da justiça federal (GRANDINETTI, 2003).

Já nos Estados Unidos a transação tem natureza puramente negocial, o juiz, por força expressa da regra 11(c)(1) Código de Procedimento Criminal Federal, não deve participar das negociações, sendo assim, não pode exercer qualquer controle quanto ao não oferecimento de transação por parte da promotoria, no entanto possui o dever de informar ao réu quanto as consequências da assunção de culpa que envolve a barganha, inclusive quanto a possibilidade da corte entender que a pena recomendada não é suficiente e deve ser superior, bem como pode rejeitar a pena acordada, dando a oportunidade do réu modificar a alegação para inocente e recuperar seu direito ao julgamento, desta forma, no direito alienígena o Estado-Juiz exerce apenas um controle de admissibilidade da transação proposta, não possuindo qualquer mecanismo para “forçar” uma transação penal entre as partes.

Quanto ao não cumprimento por parte do réu do acordo, no Brasil decidiu o Supremo Tribunal Federal que tal comportamento autorizaria o promotor a desconsiderar a transação e oferecer denúncia (Brasil, STF/HC 88.785/SP, Rel. Ministro Eros Grau, DJU 04.08.2006), onde então o réu recupera seu direito ao julgamento e a obter um provimento judicial que poderá até mesmo ser absolutório, já nos Estados Unidos o entendimento dos tribunais não difere descumprido o acordo que impunha algum dever além da recomendação de pena, a promotoria está autorizada a oferecer denúncia no caso de *horizontal bargain*, no entanto, lá o réu não recupera a possibilidade de se submeter ao julgamento, já que havia se declarado culpado como parte do acordo, tendo assim renunciado a seu direito a um julgamento completo, ou seja, o descumprimento do acordo no sistema norte-americano de transação gera consequências mais graves ao réu (DUTRA SANTOS, 2006).

Feita a digressão sobre os aspectos quanto a abrangência, natureza, objeto, controle judicial da transação penal em ambos os sistemas jurídicos, abordar-se-á as conseqüências posteriores a transação penal regularmente cumprida.

No Brasil a Lei 9.099/95 tratou de forma exaustiva a matéria em seu art. 76, §6º, ao afirmar que a transação penal cumprida, além de extinguir a punibilidade do réu na infração negociada, não importa em registro criminal de qualquer espécie, nem em responsabilidade civil alguma, devendo ficar o acordo registrado unicamente devido à limitação temporal de um mesmo réu se beneficiar de nova transação penal nos próximos 5 anos, prazo depurador, já que no Brasil existe tal limitação temporal inexistente nos Estados Unidos, sendo este o comando do art. 76, §2º, II da Lei 9.099/95.

Nos Estados Unidos a transação regularmente cumprida, conjuntamente com o cumprimento da pena oriunda do acordo, além de também extinguir a punibilidade do réu, não poderá ser utilizada como evidência em futuras ações penais, salvo em exceções que envolvam falsas declarações feitas no acordo quando o réu estivesse sob juramento, esse é o comando da regra 410 e seus incisos do Código Federal de Evidências dos Estados Unidos, que traz disposição semelhante a proibição existente no Brasil da transação ser interpretada como reincidência ou maus antecedentes, quanto a responsabilidade civil oriunda da transação, o sistema alienígena traz regramento diferenciado, pois o *plea bargaining* implica em reconhecimento expresso de culpa, já que envolve como já visto uma declaração de culpa expressa por parte do réu, assim, caso o réu não busque na barganha a possibilidade da alegação de *nolo contendere* ou *no contest*, sua alegação de culpa no âmbito criminal implicará no reconhecimento de responsabilidade civil, ou seja, a vítima e seus herdeiros já possuíram um provimento judicial reconhecendo a responsabilidade civil do réu, a

única forma de afastar tais efeitos do âmbito processual cível é através do alegação de *no contest*, que possui efeitos práticos semelhantes a alegação de culpa, no entanto, tal alegação não implica em reconhecimento automático de responsabilidade no âmbito cível por parte do réu, obrigando as vítimas e seus sucessores a submeterem o agente a um processo indenizatório ordinário, tal qual acontece na transação penal pátria.

Finalmente uma questão que diferencia a transação penal e o *plea bargain* é a possibilidade de atacar a decisão que a homologou, que em ambos os países possui conteúdo jurisdicional, uma vez que efetivamente há a extinção da relação processual e o cumprimento da pena por parte do réu.

Nos Estados Unidos ao aceitar a transação sem nenhuma ressalva o réu renuncia a seu direito de apelar da sentença que será imposta em razão da alegação de culpa, normalmente somente matérias pós-alegação poderão ser atacadas pela apelação, tais como: a sentença aplicada, regime de pena, agravantes e atenuantes etc..

No entanto, é possível se reservar o direito de ter uma questão prévia ao julgamento decidida por uma corte de apelação, e assim posteriormente modificar a alegação de culpado para inocente, recuperando o direito ao julgamento, tal possibilidade é expressamente prevista na regra 11(a)(2) do Código de Procedimento Criminal Federal, fora essa possibilidade, as cortes são extremamente exigentes ao permitir que uma alegação de culpado seja modificada após a sentença, normalmente somente em hipóteses como: falta de informação por parte da promotoria de evidência exculpatória, ausência de voluntariedade na alegação, insuficiência da defesa técnica, aparecimento de evidência exculpatória que não era conhecida no momento da alegação, será possível que uma apelação seja provida permitindo que o réu modifique a alegação de culpado feita em razão da transação.

No Brasil o tratamento é extremamente mais benéfico ao réu, não há qualquer proibitivo para o recurso inominado do art. 76, §5º da Lei 9.099/95, o réu pode recorrer mesmo após ter aceito a transação penal, no entanto, o provimento de tal recurso poderá no máximo invalidar a transação e fazer com que o réu se submeta a julgamento, não pode em recurso inominado o réu buscar ventilar a Turma Recursal do Juizado Especial Criminal, órgão revisor das decisões do juiz, questões não ventiladas em primeiro grau, como o réu aceitou a transação penal antes mesmo da denúncia, é pouco provável que tenha sido ventilada qualquer questão, o que efetivamente impede que o órgão revisor ao prover o recurso conheça destas matérias sob pena de supressão de instância.

A grande arma que o réu possuirá no ordenamento pátrio, em verdade, não se trata do recurso inominado do já citado dispositivo legal, mas sim o *habeas corpus* que poderá ser manejado, ventilando toda e qualquer questão de direito desde que desnecessária comprovação fática, tais como: ausência de condição da ação, ausência de justa causa, prescrição, decadência, enfim, questões de direito que podem ser comprovadas de plano, normalmente negligenciadas pelos promotores, visto a prática quase que automática de oferecer a transação antes mesmo de aferir os pressupostos e condições de regular exercício da ação penal, que precisam estar presentes tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos para que se proponha a transação penal (DUTRA SANTOS, 2006).

Desta forma, foi abordado o último tópico da sistemática do instituto, qual seja, meios diretos e colaterais de se atacar a sentença que homologa a transação penal.

3. VISÃO CRÍTICA DO INSTITUTO

Demonstradas as linhas mestras da transação penal no direito pátrio, e, comparadas as mesmas com o Direito Anglo-Saxônico, é possível encontrar críticas tanto a favor quanto contra o instituto no Brasil e nos Estados Unidos.

A principal crítica que a doutrina norte-americana faz ao *plea bargain* é referente à quebra de isonomia, já que réus em situações fático-jurídicas semelhantes receberiam punições distintas devido à capacidade de negociação diferenciadas, ou seja, réus com melhores advogados, mais aptos à sistemática dos acordos, obteriam melhores condições, e portanto, receberiam penas menos severas do que aqueles que não possuem tão bons advogados.

Tal crítica é conhecida e recorrente também no Brasil quanto ao sistema de justiça criminal como um todo, já que por vezes a justiça parece ser menos “severa” quando o réu possui recursos para arcar com os custos de uma defesa qualificada. Ocorre que a crítica é infundada, é cediço que em todo e qualquer campo de atuação profissional haverá aqueles que são excepcionais, e, portanto carregam os bônus de tal habilidade, bem como aqueles que são regulares e medianos, culpar a transação penal porque determinados réus não conseguem utilizar-se deste instrumento em razão da falta de aptidão da defesa técnica, é divergir a atenção do real problema, qual seja, a falta de qualificação de alguns profissionais que militam na área criminal tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.

Outrossim, a solução mais adequada para responder às deficiências de determinados profissionais legais, passa por um maior controle da formação dos advogados, bem como, de uma maior carga-horária ou qualificação daqueles que

pretendam militar com Direito Penal, tal como ocorre com os médicos, é notório que um neurocirurgião estuda muito mais que um clínico geral, justamente devido às maiores consequências de seus erros profissionais, também, proibir a transação penal porque alguns réus seriam prejudicados devido a baixa aptidão legal de seus defensores, demonstra-se até mesmo mais perigoso, já que, uma vez impedida a transação penal, o réu estaria obrigado a ir a julgamento com aquele mesmo defensor, que, se inapto para a transação, quiçá para um julgamento, onde um erro pode levar a uma condenação muito superior aquela normalmente negociada no *plea bargain*

Assim, tal crítica quanto à quebra de isonomia deve ser rechaçada, pois, garantido ao réu conhecimento das implicações da transação penal, bem como defesa técnica de qualidade, todos estarão em igualdade de condições no tocante à negociação da transação, bem como aqueles que não a desejarem poderão se submeter a julgamento. Concluindo, é completamente normal que réus acusados de crimes semelhantes, recebam penas diferenciadas, tanto é assim que a pena não é um conceito fechado, mas sim deve ser cominada abstratamente num intervalo, capaz de ser adequado pelo juiz ao tempo que cada réu merece de acordo com cada delito cometido, nunca tendo tal discrepância quanto à aplicação de pena sido criticada pela doutrina.

Outra crítica comum nos dois sistemas é a de que a transação importa em pena sem processo, sendo, portanto inconstitucional.

Parte da doutrina nacional afirma que na verdade a transação teria seu próprio procedimento, estando sanado o problema, no entanto, fato é que as imposições decorrentes de uma transação penal tem natureza de pena, pois são decorrentes de uma infração penal, e o seu descumprimento comporta uma consequência, qual seja, a reabertura do processo que em que a transação fora feita (DUTRA SANTOS, 2006).

Tal crítica é respondível pelo singelo argumento que a Constituição de 1988 não traz um dever de defesa, pelo contrário a Carta Política traz um rol de garantias e direitos que asseguram a possibilidade de uma defesa eficaz contra o direito de punir e perseguir do Estado. Assim, se a defesa no processo penal se trata de um direito e não de um dever não se pode dizer que a mesma é irrenunciável, mormente diante dos benefícios que uma transação pode trazer, já que no sistema brasileiro não importa admissão de culpa, não faz título executivo para ação *ex delicto*, não gera reincidência, sequer podendo gerar uma pena privativa de liberdade.

Outra crítica recorrente no Brasil e com algum eco nos Estados Unidos é relativa à suposta leniência que os réus agraciados com a transação penal são tratados, principalmente no Brasil onde é vedada a aplicação de penas privativas de liberdade, e as promotorias criaram o péssimo hábito de transformar a transação numa espécie de comportamento mecânico, onde a proposta para todo e qualquer réu já se encontra padronizada no computador, apenas se modificando o nome e o número do processo, tal crítica não se sustenta, uma vez que antes da Lei 9.099/95 os crimes que hoje são passíveis de transação no geral possuem prazos prescricionais baixos, que fatalmente eram atingidos pela prescrição retroativa da pena, quando os réus eram defendidos por advogados mais hábeis, desta forma, normalmente, tais condutas que hoje são transacionadas ficavam efetivamente impunes.

Quanto aos argumentos a favor da transação penal, o principal seria a possibilidade de evitar os efeitos deletérios e estigmatizantes do encarceramento por curtos períodos, que não só não contribuirá para ressocializar o réu, mas o marcará como egresso do sistema carcerário causando as conhecidas dificuldades que essa “etiqueta” carrega no momento de reinserção social.

Outra questão que milita a favor da transação penal é a possibilidade do instituto ser utilizado como incentivo aos réus que ocupam posição de menor destaque em organizações criminosas, em troca de informações úteis a identificar e prender chefes, recuperar produtos de crimes e impedir a operação das quadrilhas, tal possibilidade existe no direito pátrio através dos mecanismos de incentivo a figura do “réu colaborador”, previstos no art. 13 da Lei 9.807/99, no entanto, devido ao seu caráter de recomendação, o réu nunca terá a certeza que a recomendação da promotoria será aceita, hipótese que não ocorre na transação penal.

Por fim, é interessante em uma sociedade como a nossa, que sofre uma verdadeira “epidemia” de tipos penais, principalmente daqueles cuja pena máxima cominada é inferior a 6 anos de privação de liberdade, que hajam mecanismos que evitem o encarceramento, pois não é incomum descobrir que uma conduta que se acreditava inofensiva constituir tipo penal apenado com até 2 ou 3 anos de privação de liberdade, assim, a transação penal se mostra mecanismo efetivo para uma justiça criminal mais humana.

4. PROPOSTAS

A principal proposição que se faz é o aumento do espectro de incidência da transação no direito pátrio.

Não há sentido em manter a transação restrita a crimes apenados com até 2 anos de privação de liberdade, diante da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade de até 4 anos por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, pois não é lógico gastar todo tempo e dinheiro que um processo formal consomem, quando o resultado final prático em caso de condenação será

absolutamente o mesmo que poderia ser obtido com uma transação na fase pré-processual, qual seja, penas restritivas de direitos e multas.

Outrossim, diversos crimes nos quais não há violência ou grave ameaça a pena máxima abstratamente cominada é superior a 2 anos e inferior a 6 anos, sendo que tais crimes não gozam de elevado grau de reprovabilidade, já que muitos deles se sujeitam a todo um regramento de extinção da punibilidade próprios, como os crimes fiscais por exemplo.

Da mesma maneira é necessário acabar com o “fetiche” da violência e grave ameaça como proibitivo de transação e demais benefícios penais, é certo que quem comete o crime mediante esses expedientes possui conduta mais reprovável, no entanto, nem toda violência ou grave ameaça são iguais, bem como se mostraria mais adequado a possibilidade de impor condições mais gravosas a esses réus numa futura transação penal, ao invés de simplesmente vetar em absoluto a possibilidade.

Assim, se propõe que os crimes passíveis de transação penal sejam aqueles cuja pena máxima abstratamente cominada atinja até 4 anos de detenção ou reclusão, por uma questão de melhor racionalização do instituto, e posteriormente, diante dos resultados, a ampliação do instituto para todo e qualquer delito, como ocorre nos Estados Unidos.

Questão que também urge ser modificada é o que pode ser objeto da transação, tanto por parte do réu, quanto por parte da acusação.

È fundamental trazer os deveres que o réu colaborador da Lei 9.807/99 assume para dentro do instituto da transação penal, como também os benefícios que possa vir a obter deveriam ser feitos de observação obrigatória pelo juízo, quando acordados de forma comum entre defesa e acusação, tal como ocorre no sistema anglo-saxônico, não faz sentido a situação esdrúxula em que se coloca o réu colaborador hoje, onde

após arriscar sua própria vida colaborando com as investigações, e cumprir sua parte da barganha, pode ter seu benefício de perdão ou redução de pena negado pelo juízo.

Também deve se cogitar a possibilidade de transacionar com a própria pena privativa de liberdade, verdadeiro tabu para a doutrina e jurisprudência nacionais, tal possibilidade, embora por alguns possa ser considerada como violadora de garantias constitucionais, se mostra em alguns casos mais interessante do que se sujeitar a uma dosimetria de pena regular, mormente quando o réu sabe que ostenta condições pessoais que fatalmente lhe agravarão a pena, sendo notório que determinados juízes infelizmente tem uma predisposição a “carregar” as penas de determinados crimes ou indivíduos que consideram abstratamente mais nocivos.

CONCLUSÃO

O que se propõe em suma, é uma aproximação da transação penal brasileira com sua fonte inspiradora norte-americana, melhorando-se o diálogo entre os institutos, passada a adolescência da transação penal da Lei 9.099/95, é chegada a hora de olhar para os resultados da lei e buscar aprimorar o instituto, seja através da importação de algumas características, seja através da adaptação de outras.

Demonstrada as origens, funcionamento e críticas ao instituto da transação penal tanto no direito pátrio, onde a mesma foi introduzida pela Lei 9.099/95, quanto nos Estados Unidos, onde o instituto sempre foi utilizado, percebe-se que apesar das críticas, incorporou-se de tal forma na ordem jurídica que é impossível pensar na sua extinção tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, mormente quando se vive numa sociedade globalizada e que exige soluções cada vez mais rápidas e que consumam a menor quantidade de recursos possíveis.

Longe de ser uma violação a direito e garantias individuais, a transação é verdadeira garantia constitucional insculpida no art. 98, I da Constituição da República, bem como sua ampliação não se traduziria em instrumento de cerceamento de direitos, mas sim uma nova possibilidade de resolução da lide penal, que longe de prejudicar o indivíduo lhe permite ter um grau maior de controle sobre o resultado da demanda na qual se viu envolvido.

Concluindo, a aproximação e adaptação da transação penal com o *plea bargain* norte-americano pode trazer imensos benefícios a jovem justiça consensual penal brasileiras, não devendo velhos dogmas e tabus ligados a conceitos ultrapassados serem vistos como barreiras intransponíveis a ampliação tanto nas infrações na qual pode incidir quanto no que pode ser negociado pela aplicação do instituto da transação penal.

Aparentemente os elaboradores do Novo Código de Processo Penal comungam na idéia de expansão da transação para o direito pátrio, pois o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei no Senado nº. 156/09, em seu art. 271 traz a transação penal mais próxima do *plea bargain* para os crimes submetidos ao rito sumário, quais sejam: aqueles cuja pena máxima não ultrapasse 8 anos de privação de liberdade, sendo que por parte do réu será necessária uma confissão total ou parcial sobre a imputação delitiva, e, em contrapartida a aplicação da pena ficará restrita ao mínimo legal, podendo ainda incidir uma redução de 1/3 sobre o mínimo legal de acordo com a culpabilidade do agente.

Isto posto, infere-se que dentro em breve será encontrado na legislação brasileira o *Plea Bargain Brasileiro*.

REFERÊNCIAS

DUTRA SANTOS, Marcos. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 3ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei 9.504 de 30 de setembro de 2007.

BRASIL. Lei 10.259 de 12 de julho de 2001.

BRASIL. Lei 11.313 de 28 de junho de 2006.

BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, Projeto de Lei do Senado nº. 156/2009. Disponível em www.senado.gov.br/novocpp, Acesso em 5 de dez. de 2009.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure, 1 de dezembro de 2009. Disponível em www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/, Acesso em 6 de dez. de 2009.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Evidence, 1 de dezembro de 2009. Disponível em www.law.cornell.edu/rules/fre/, Acesso em 6 de dez. de 2009.