

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A “PLEA BARGAINING” E A TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DO ART. 76 DA LEI
9.099/95.**

MARCO ANTONIO DE CASTRO

Curitiba, PR

2016

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A “PLEA BARGAINING” E A TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DO ART. 76 DA LEI
9.099/95.**

MARCO ANTONIO DE CASTRO

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Me. Israel Rutte.

Curitiba, PR

2016

**A “PLEA BARGAINING” E A TRANSAÇÃO PENAL À LUZ DO ART. 76 DA LEI
9.099/95.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para a Obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Prof. Me Israel Rutte
Orientador

Profa. Dalva Araujo Gonçalves
Examinadora

Profa. Regina E. Custódio Maia
Examinador

Curitiba/Pr, ___ de ___ de 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as semelhanças entre os institutos da *plea bargaining*, utilizado no sistema judicial dos Estados Unidos e a transação penal prevista na Lei brasileira No 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. A pesquisa foi realizada por meio da revisão bibliográfica de autores teóricos brasileiros, norte-americanos e portugueses. Nos últimos 50 anos os índices de criminalidade vem aumentando em praticamente todos os países do mundo , exigindo, desta maneira, a revisão dos seus sistemas judiciais e a implementação de novos procedimentos processuais penais em suas cortes. Questiona-se a legitimidade da imposição de sanções penais resultantes do reconhecimento de culpabilidade obtidos através de barganhas entre o Ministério Público e o acusado, se há a perda das garantias constitucionais em relação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e do devido processo legal. Apesar dos grandes debates e de haver posições totalmente opostas entre os doutrinadores, os institutos tem sido cada vez mais aceitos e defendidos por advogados, promotores, juízes e também pela população que vê na rapidez da solução dos casos e da certeza da punição do acusado, uma forma de ter seus anseios de justiça atendidos. Parte da doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal são favoráveis aos espaços de consenso para a utilização voluntária e limitada de direitos e garantias fundamentais, possibilitando ao acusado abrir mão destes direitos em prol de benefício específico. Nos Estados unidos mais de 90% dos casos criminais não chegam as cortes, são resolvidos através da negociação. Por ser empregado há mais de 150 anos no país e estar consolidado como um importante procedimento de solução dos casos criminais, serviu de modelo para outros países, como a Itália, Argentina, Portugal e também para o Brasil. Especificamente no caso brasileiro a implementação de política de justiça consensual deverá ser implementada pelo novo Código de Processo Penal que está em tramitação no Congresso Nacional que em seu art. 283 e 284, contempla a ampliação do instituto da barganha.

Palavras chave: *Plea bargaining*; Transação penal; Lei 9.099/95; ministério Público.

ABSTRACT

This study aims to analyze the similarities between the institutes of plea bargaining, used in the U.S. judicial system and the criminal transaction under Brazilian Law No. 9099/95 - Law of Special Criminal Courts. The survey was conducted through literature review of Brazilian theoretical authors, American and Portuguese. In the last 50 years the crime rate is increasing in almost every country in the world, requiring, thus, to review their judicial systems and the implementation of new criminal procedural procedures in their courts. Question the legitimacy of the imposition of criminal sanctions for the guilt of recognition obtained through bargaining between the prosecution and the accused, if there is a loss of constitutional guarantees in relation to the principles of full defense, the contradictory, the presumption of innocence and of due process. Despite the great debate and be totally opposite positions between the scholars, the institutes have been increasingly accepted and defended by lawyers, prosecutors, judges, and also by the people you see in the rapid resolution of cases and the certainty of punishment of the accused, a way to have their desires met justice. Part of the doctrine and the Supreme Court itself are favorable to consensus spaces for voluntary and limited use rights and guarantees, allowing the accused to give up these rights in favor of specific benefit. In the United States more than 90% of criminal cases do not reach the courts, they are resolved through negotiation. To be employed for more than 150 years in the country and be consolidated as an important criminal cases settlement procedure, it served as a model for other countries, such as Italy, Argentina, Portugal and also to Brazil. In the Brazilian case the implementation of consensual justice policy should be implemented by the new Criminal Procedure Code, which is pending in the National Congress that in his art. 283 and 284, includes the expansion of the bargain institute.

Keywords: *Plea bargaining*; Transação penal; Lei 9.099/95; ministério Público.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2.1 O CIVIL LAW , SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO	12
2.1.1 ORÍGENS.....	12
2.1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CIVIL LAW	16
2.2 COMMON LAW	18
2.2.1 ORÍGENS.....	19
2.2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA COMMUN LAW	21
2.3 PONTOS CONVERGENTES E DIVERGENTES.....	22
3.1. CONCEITOS BÁSICOS DO SISTEMA PROCESSUAL NORTE AMERICANO.....	27
3.1.1 ESTRUTURA DOS ÓRGÃOS E DE PESSOAL	27
3.1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA PROCESSUAL FEDERAL	31
3.2 CONTEXTO HISTÓRICO DO PLEA BARGAINING.	32
3.3 O INSTITUTO DO PLEA BARGAINING	34
3.3.1 DEFINIÇÕES	34
3.3.2 PROCEDIMENTOS	36
4.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS.....	40
4.1.1 A IDEIA DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	40
4.1.2 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS E FEDERAIS.....	41
4.1.3 MODELOS ESTRANGEIROS.....	42
4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	44
4.3. UTILIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	46
4.3.1 COMPETÊNCIA.....	46
4.3.2 APLICAÇÃO CONFORME AS AÇÕES PENAIS.....	47
4.3.3 REQUISITOS DE CABIMENTO	48
4.3.4 A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO.....	53
4.3.5 NATUREZA JURÍDICA DA HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA DE ACORDO.....	56
4.3.6 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL	57

5. CORRELAÇÃO ENTRE A PLEA BARGAINING E A TRANSAÇÃO PENAL	61
5.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O PROCESSO PENAL	61
5.1.1 FUNÇÃO E FINALIDADE DO PROCESSO PENAL	61
5.1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	63
5.1.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO PENAL	63
5.2 AVALIAÇÕES DOUTRINÁRIAS DO PLEA BARGAINING.....	64
5.3 AVALIAÇÕES DOUTRINÁRIAS DA TRANSAÇÃO PENAL	67
5.4 SIMILARIDADES ENTRE OS INSTITUTOS DO PLEA BARGAINING E A TRANSAÇÃO PENAL.....	70

1. INTRODUÇÃO

O aumento nos índices de criminalidade mundiais, estão exigindo que os países adotem novas formas para solucionar os processos penais. Estes novos procedimentos jurídicos devem ser céleres e desburocratizados, no entanto, precisam resguardar os direitos constitucionais do acusado.

Através do estudo do sistema negocial da *plea bargaining*, utilizado no sistema judicial criminal norte-americano e do instituto da transação penal disposto na Lei dos Juizados Especiais Criminais brasileira, O *Plea Bargainig* e a Transação Penal à Luz do art. 76 da Lei 9099/95, pretende verificar se é legítimo que um estado democrático de direito imponha sanções penais resultantes do reconhecimento de culpabilidade obtidos através de acordos entre o Ministério Público e o acusado, bem como, averiguar se o sistema de transação penal instituído pelos Juizados Especiais Criminais no Brasil, fere as garantias constitucionais do acusado no que diz respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e do devido processo legal.

Como objetivos específicos, primeiramente, para que se possa contextualizar o assunto em perspectiva histórica, serão estudados os dois principais sistema jurídicos utilizados no mundo atualmente. Quais sejam, o *Civil Law* de origem europeia continental e o *Common Law* que originou-se na Inglaterra e foi adotado pela maior partes dos países por ela colonizados. Para que se possa entender o emprego da *Plea Bargaining*, será estudado a mecânica processual utilizada nos Estados Unidos, da mesma forma, para que se compreenda o a utilização da transação penal em nosso processo, analisaremos a Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por fim será realizada uma avaliação em relação as similaridades existentes entre os dois institutos de negociação.

Segundo o Ministério da justiça (2014, p. 11-12) e o Institute for Criminal Policy Research (2014, s.p.), os Estados Unidos é o país que mais prende sua população. Tem hoje cerca de 2,2 milhões de pessoas encarceradas, para uma população de 318 milhões, possui 2.150 milhões de vagas carcerárias distribuídos em 4.575 estabelecimentos. Em segundo lugar está a China com 1,7 milhões de presos para 1.350 bilhões de habitantes. Em terceiro está a Rússia com 670 mil presos, para uma população de 145 milhões de habitantes, possui 724 mil vagas

nas prisões distribuídas em 984 estabelecimento. Em quarto lugar está o Brasil com 607 mil presos, para uma população de 202 milhões de habitantes, possui 377 mil vagas nas prisões , distribuídos em 1.424 estabelecimentos.

Nos Estados Unidos, aproximadamente 95% dos casos penais que chegam as suas cortes são resolvidos através de barganhas realizadas entre o Ministério Público (*Prosecutors*) e o acusado, assistido pelo seu advogado. É o sistema da *plea bargaining*, onde se pactua um acordo de culpabilidade , nesta negociação o acusado aceita declarar-se culpado de algumas ou de todas as acusações que lhe foram impostas, em troca do Ministério Público retirar certas acusações ou fazer recomendações ao juiz a respeito da sentença, ou ainda, não se opor a uma sentença sugerida pela defesa.

No Brasil o clamor da sociedade por uma justiça mais rápida e eficaz, faz o legislador implementar de tempos em tempos, novos procedimentos para acelerar o desfecho dos processos penais. Assim, em 1995 foi editada a Lei 9099 – Lei dos Juizados Especiais Criminais, que apresentou um novo instituto dentro do sistema jurídico nacional , o instituto da transação penal. Consistiu em mais uma tentativa do legislador brasileiro para agilizar o nosso sistema processual penal. Com origem do direito anglo-saxão, a transação permite a possibilidade de acordo (barganha), entre o Ministério Público e o acusado. Definida no art. 76 da Lei 9099/95, é aplicável as infrações penais de menor potencial ofensivo, às contravenções penais e aos crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.

No entanto esta possibilidade em agilizar a justiça criminal tem suscitado críticas por parte dos doutrinadores, especificamente as garantias previstas na Constituição relacionadas aos princípios da ampla defesa, da presunção de inocência, do devido processo legal, da separação das atividades de acusar e de julgar e da fundamentação das decisões judiciais, conforme argumenta Aury Lopes Jr (2006, p. 31).

Por outro lado, como diz Flávio Gomes (2011, 2.p.), o modelo de justiça criminal consensual introduzido no ordenamento jurídico nacional por intermédio dos Juizados Especiais Criminais, aceleram os procedimentos de ritos permitindo a solução dos conflitos de forma rápida, econômica e com baixo desgaste às partes e ao judiciário.

A pesquisa foi realizada meio da revisão das fundamentações teóricas dos autores, Aury Lopes Jr. (2006), Norberto Avena (2014), George Fisher (2003), Milton Heumann (1981), René David (2014), Pedro Soares Albergaria (2007), Linda Dee Kyle (2011), Stephen Thaman (2010), Claudio José Pereira (2002), Marcio Franklin Nogueira (2003), Guilherme de Sousa Nucci (2008), Eugênio Pacelli (2009), entre outros. Assim foi possível congregiar as ideias doutrinárias mais importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

O trabalho está dividido em 4 capítulos. No primeiro capítulo, será abordado o estudo dos sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*, suas origens e principais características.

No segundo capítulo, far-se-á a análise do instituto norte-americano da *plea bargaining*, através dos conceitos básicos do sistema processual penal e da estrutura dos órgãos de justiça dos Estados Unidos e , na sequência, estudaremos as definições e os procedimentos empregados no sistema.

No terceiro capítulo, o foco será o estudo do instituto da transação penal, examinando seus precedentes históricos, conceitos e característica, bem como sua utilização no processo penal brasileiro.

No quarto e último capítulo, será feito a correlação entre os institutos da *plea bargaining* e a transação penal, através da avaliação dos doutrinadores.

2. O CIVIL LAW E O COMMON LAW: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Desde o Código de Hamurabi, primeira lei escrita que se tem conhecimento, os clãs, as tribos, os povos e as nações elegeram normas legais que foram escritas ou não para resolverem suas disputas e organizarem suas questões de ordem jurídica, fossem elas cíveis ou penais. Ao longo da história estas normas evoluíram junto com as sociedades sofrendo grandes transformações e mutações. Hoje, cada Estado possui um Direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. (DAVID, 2014, p. 19).

Como ciência, o Direito dos sistemas jurídicos aglutinou os diferentes ordenamentos em “famílias de direitos”, isto como forma de facilitar o seu entendimento e aplicação. A diversidade dos sistemas espalhados pelo mundo dificulta o estudo em função das classificações e das concepções dos autores. Neste sentido argumenta René David (2014, p. 21):

As regras podem ser infinitamente variadas; as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para as interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitado. É possível, por isto, agrupar os diferentes direitos em “famílias”, da mesma maneira que nas outras ciências, deixando de parte as diferenças secundárias, se reconhece a existência de famílias em matéria de religião (cristianismo, islamismo, hinduísmo, etc.), de linguística (línguas romanas, eslavas, semitas, nilóticas, etc.), ou de ciências naturais (mamíferos, répteis, pássaros, batráquios, etc.).

Desta forma, com o agrupamento dos diversos sistemas jurídicos adotados no mundo, torna-se mais fácil o trabalho dos estudantes ou dos operadores do Direito quanto à compreensão didática acerca de suas características, semelhanças e também de suas diferenças.

No entanto, não existe unanimidade quanto à forma de realizar estas separações e divisões dos sistemas de direito em famílias. Não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer. (DAVID, 2014, p. 22).

Mesmo assim, segundo Soares (1997, s.p.), pode-se dividir ou classificar os sistemas em quatro grandes grupos, quais sejam:

- O sistema romano-germânico, que agrupa os países que sofreram formação e tiveram origens do direito romano, como os países da Europa continental. Este sistema é hoje denominado pelos norte americanos de “Civil Law”.
- O “Common Law”, ou direito comum, originário de regras não escritas, criadas primeiramente por juízes ingleses, que inclui o direito praticado na Inglaterra e aqueles que foram influenciados por ela, como o dos Estados Unidos.
- Os direitos socialistas que englobam principalmente o Direito praticado na antiga URSS, mas que se fragmentou com o final do sistema comunista e a reorganização política na Europa após a queda do muro de Berlim.
- Por fim, pode-se englobar em uma só família o direito hindu, praticado notadamente na Índia; o Muçulmano, que constitui uma das faces da religião do islã; o direito japonês e o chinês que têm semelhanças entre si, uma vez que até o Sec. XIX tiveram pouco contato com o mundo ocidental no tocante aos sistemas de direito e, assim, conservaram uma forma particular na concepção da conduta social que se fundamenta na existência de uma ordem cósmica, com a interação do céu, da terra e do homem - onde o homem é senhor de seus atos e destes atos depende a ordem ou a desordem no mundo; por último o direito da África e Madagascar, que viveram durante séculos sob o domínio de um direito consuetudinário.

Esta classificação permite a identificação das áreas onde cada família é utilizado, no entanto existem outros tipos de sistemas e em muitos países houve adaptações ou um misturas entre eles.

2.1 O CIVIL LAW , SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

Conforme, Lima Junior (2014), Sistema Romano-Germânico teve seu berço na Europa, através dos estudos nas universidades que, a partir do século XII, através das compilações do imperador Justiniano, desenvolveram uma ciência jurídica comum a todos, visando regular as relações entre os cidadãos.

Entretanto, suas raízes estão no direito romano, desde a formação de Roma. Portanto, se faz necessário um breve relato histórico.

2.1.1 ORÍGENS

A história do direito romano, segundo Girardi , (1997, p. 05), é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana desde as origens, que compreende o período da sua fundação em 753 a.C., até o ano de 565 d.C., com a morte de Justiniano.

Complementa Girardi (1997, p. 06), Roma passou por quatro grandes fases, iniciando com a Monarquia (754 a 510 a.C.), República (510 a 27 a.C.), Principado (27 a.C. a 284 d.C.) e Dominato (284 d.C. até 478 d.C.), com a queda e a invasão dos bárbaros, pondo fim no Império Romano no Ocidente. Na monarquia não havia separação entre o direito e a religião. A constituição política de Roma, nesse período, resumia-se no Rei, no Senado e nos comícios. Ao Rei, aconselhado pelo Senado, cabia a decisão final. Os comícios eram assembleias convocadas pelo Rei, para que se ouvisse a vontade do povo.

Roma tinha como fonte de direito principalmente os costumes, trazidos pelos antepassados e transmitidos às gerações pela tradição. Quanto às leis régias, há controvérsias se teriam sido propostas pelo rei e votadas por comícios; segundo parece, não eram mais do que regras costumeiras, sobretudo de caráter religioso, tendo sua compilação atribuída a Papírio (ALVES, 2003. p. 55).

Na República, dois cônsules, que eram magistrados únicos, tinham atribuições militares, administrativas e judiciais. Foi neste período que a plebe conquistou posição nas decisões dos magistrados, mas as leis continuavam sendo orais, o que não acabou com as incertezas do direito e não dava segurança aos plebeus. Ainda conforme Alves:

Foi na República que surgiram as magistraturas com função judiciária, em Roma, o pretor urbano, o pretor peregrino e os edis curuis; nas províncias os governadores e os questores. Esses magistrados elaboravam oralmente os editos, constando os meios pelos quais o particular poderia valer-se para obter a tutela do seu direito. Esses editos não se limitavam a relacionar os meios de proteção decorrentes do *ius civile*, com base no seu *imperium*, concediam medidas judiciais que visavam corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando este lhes parecesse iníquo. (ALVES, 2003. p. 55).

Na época do direito clássico, os romanos definiram a jurisprudência como sendo “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”.

Assim relata Alves:

os juristas exerceram grande influência sobre o direito romano, principalmente por três aspectos de suas atividades: a atuação no formular e redigir os negócios jurídicos, evitando prejuízos à parte interessada, por inobservância de formalidades; as atividades no que concerne ao processo e a função de emitir pareceres sobre questões de direito controverso. Esses editos dos magistrados foram fontes importantíssimas nesse período de passagem do arcaico para o clássico

e que muito contribuiu para a evolução do direito romano. (ALVES, 2003. P. 55)

O principado surge no ano 27 a. C.. Neste período a jurisprudência era a ciência do direito em Roma, através do estudo do Direito pelos jurisconsultos, e era a principal fonte de consulta. Esses jurisconsultos escreveram obras de ensino do Direito, que visavam mais a prática do que o ensino. Essas obras eram comentários à obra de um jurista ou de seu antecessor, espécies de enciclopédias sobre o “ius civile”. Foi no principado que houve a maior produção de fontes do direito que Roma produziu.

No último período, o Dominato, não existiu obra verdadeiramente criadora. Porém, Justiniano mandou compilar obras de escolas passadas e elaborou o *Corpus Iuris Civilis*. E assim completa Alves:

Com a queda do Império Romano em 476 d.C. e a morte do Imperador Justiniano, há uma grande mudança na aplicação do direito romano. No oriente desenvolve-se o direito bizantino, que é a evolução do direito de Justiniano com influências orientais. Já no ocidente, com as invasões bárbaras, há o desaparecimento gradativo do direito romano, porque os reis começaram a legislar e é afastado do direito a personalidade, substituída pelo princípio da territorialidade, prevalecendo o direito germânico. Os bárbaros têm contato direto com romano e começam a legislar, criando o Código Visigótico, composto por doze livros, elaborado com base na Lex Romana. Foi a lei mais importante deste período, até que os Estados começaram a aplicar suas próprias leis. Somando-se a conquista muçulmana, com isto o direito retorna só no século XII, na baixa idade média. (ALVES, 2003.p. 57)

Com o ressurgimento das cidades e do comércio, a sociedade constata novamente a imprescindibilidade do direito, visto como o único instituto capaz de assegurar a ordem e a segurança que permitem o progresso. Abandona-se o ideal de uma sociedade cristã fundada na caridade e a própria Igreja distingue a sociedade religiosa dos fiéis da sociedade laica, elaborando um direito privado canônico. Estabelece-se a distinção ente religião e ordem civil e se confere ao sistema jurídico uma função própria e autônoma. O retorno à noção romana de que a sociedade deve ser regida pelo direito é, no século XII, uma revolução: filósofos e juristas passam a exigir que as relações sociais se baseiem no direito e que se encerre o regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos na Europa continental. (DAVID, 2014, p. 40).

Para Lopes, (2008, p. 104), Foi nas universidades que o Direito tomou forma. Nos centros de excelência, nos diferentes campos de conhecimento: Paris, nas áreas de filosofia e teologia, Bolonha, no direito, Salerno, na medicina e, posteriormente, Montpellier, em direito e medicina.

Para Lima Junior (2016, s.p.), o ensino do Direito nas universidades medievais não era pautado em regras positivas, mas em princípios gerais e postulados filosóficos que buscavam expressar os sentidos da justiça. Nesse contexto, o direito romano era objeto de grande admiração, sobre o qual a Igreja Católica havia edificado o direito canônico.

O estudo sistemático dos direitos romano e canônico pelo meio acadêmico culminou na constituição do denominado *jus commune*, o direito comum das universidades, ensinado nos diferentes Estados nacionais, que serviu de base à formação do jurista do continente europeu.

Com o passar dos séculos surge a escola do direito natural, que era o afastamento do direito ensinado nas universidades, aquele baseado em Justiniano. A ideia do direito subjetivo vai dominar o pensamento jurídico. Uma nova escola surge com a preocupação de descobrir e ensinar os princípios de um direito plenamente racional, assim define René David :

A escola do direito natural, que acaba por dominar a cena nos séculos XVII e XVIII, afasta-se, em diferentes pontos de vista importantes, da dos pós-glosadores. Abandonando o método escolástico, eleva a um alto grau de sistematização do direito, que ela concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências. Afastando-se de Deus, ela pretende construir toda ordem social sobre a consideração do homem; exalta os direitos naturais do indivíduo, derivados da própria personalidade de cada pessoa.(DAVID, 2014, p. 46).

Esta nova escola não aceita a concepção da vontade divina, mas o resultado de uma obra da razão, onde há o ideal de universalismo, de um direito universal e imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos e que reforçam os costumes locais e regionais, proporcionando o caminho para a via da codificação das leis.

Nas palavras de John Gilisen:

O iluminismo e o Jus naturalismo foram as duas correntes que impulsionaram a codificação do direito. Os iluministas queriam romper com todo o sistema antigo e para os jusnaturalistas o direito natural deveria ser a base do direito colocado pelo homem. No período do

despotismo esclarecido, o direito comum deixou de ser aplicado na Europa a partir do século XVIII, os excessos de privilégios ao clero e à nobreza, aliados à vulnerabilidade dos magistrados, culminaram na Revolução Francesa, que proporcionou a transferência do poder ao povo. (GILISEN, 2001, p. 5)

A mudança de paradigma ensejou grande momento para a trajetória do sistema de direito romano-germânico – Civil Law, tendo em vista que a lei foi elevada ao papel principal nas fontes de direito, tanto como resultado do pensamento de Montesquieu de que o poder não deveria se concentrar nas mãos de um só homem, quanto da Teoria da Vontade Geral de Rousseau, de cujos preceitos extrai-se que a vontade do povo deveria estar contida na lei, e sendo o texto legal respeitado, a população assim também o seria (QUEIRÓ, 1989, p.205).

Com essa nova ordem jurídica instaurada, segundo Wambier (2012, p. 25), que exigia decisões arraigadas na imparcialidade, a tarefa do magistrado ficou restrita a aplicar a subsunção lógica do caso concreto à letra da lei. Estava esboçada a imagem do juiz *bouche de la loi*.

Como cita David (2014, p. 68), para Montesquieu, os juízes deveriam se comportar como seres inanimados, limitando-se a pronunciar as exatas palavras da lei. Assim, a revolução francesa transferiu o poder do monarca para o parlamento colocando o legislativo e o judiciário em polos opostos.

2.1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CIVIL LAW

Em todos os países que adotam o civil law, há uma prevalência explícita do direito escrito e legislado em detrimento das demais fontes do direito. Doutrina, jurisprudência e costumes tem um status normativo inferior, sendo utilizados exclusivamente como fonte alternativa, no caso de a legislação não solucionar a contento determinada questão. (LIMA, 2013, p.82)

Para Rene David :

Durante muito tempo a doutrina foi fonte fundamental do direito na família romano-germânica: de fato, foi nas universidades que os princípios do direito foram postos em evidência, essencialmente do século XIII ou XIX; é somente numa época recente que o primado da lei se substituiu ao da doutrina, com o triunfo das ideias democráticas e da codificação.(DAVID, 2014, p. 46).

No século XIX, o triunfo dos ideais positivistas desencadeou um movimento de codificação. Influência decisiva nesse processo exerceu a França, com a publicação em 1804 do Código de Napoleão, que era o Código Civil e posteriormente o Código Penal, de Processo Penal, de Processo Civil e Comercial. Estes Códigos encontram-se em praticamente todos os Estados que adotam o sistema Civil Law.

Tozetti (2011, s.p), fala que o Sistema Jurídico do Civil Law caracteriza-se, no momento da revolução francesa, pelo fato de as leis serem a pedra fundamental entre a igualdade e a liberdade, uma vez que o objetivo era proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei. As leis escritas e devidamente positivadas passaram a ser o mecanismo pelo qual todo o ordenamento jurídico se pautava. No entanto este rigor foi paulatinamente sendo flexibilizado, permitindo certa autonomia interpretativa, desde que limitada à adequação ao caso concreto, não maculando o texto normativo.

O juiz sente-se necessariamente subordinado ao conteúdo da lei, a solução dos litígios dá-se pela técnica interpretativa e não pelo retorno às decisões judiciais pretéritas, submetidas ao método das distinções. Para Cretella Junior (1986, p. 40) , nos países de tradições romanista, há um respeito cerimonial do magistrado às proposições normativas, elaboradas cuidadosamente pelo legislador e sistematizadas de forma racional e lógica. Vigora a suposição de que os juízes não tem que se ater às decisões passadas, posto que se considera que o vincular do magistrado ao passado, por qualquer meio que seja, exerce interferência sobre o seu livre convencimento e conseqüente liberdade para emitir juízo.

No entanto, com o Estado Democrático de Direito e o Neoconstitucionalismo, o *Civil Law* sofreu modificações para se adequar à nova realidade social. Neste sentido , Claudio Ricardo Lima Jr, (2014, s.p.), dia que presentemente, não considerar as decisões pretéritas é uma inverdade, posto que, muitas vezes, os tribunais se baseiam em julgados anteriores do mesmo tribunal ou de outros para exarar suas sentenças. Esta obrigatoriedade encontra-se no ordenamento sob a figura da Súmula Vinculante, que cria um laço de obrigatoriedade no observar dos julgados emanados dos tribunais superiores. Todavia, o direito jurisprudencial nos países de *Civil Law* é reconhecidamente fraco quando em comparação com a lei, é frágil e suscetível de modificação a todo o

tempo, uma vez que, não obriga ou compele, senão às partes do litígio, não vinculando o órgão jurisdicional que emanou o julgado, nem as jurisdições a ele inferiores.

Com o tempo o juiz do *Civil Law* passou a exercer papel inconcebível diante da tradição do direito romano-germânico, vez que o juiz controla a constitucionalidade da lei, negando, assim, a supremacia do Legislativo. No entanto, percebe-se que há preocupação em negar ou obscurecer o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz, é dizer, no Estado constitucional o juiz deixou de ser um servo do Legislativo. A jurisprudência tem ampliado seu papel nas nações que adotaram a família romana, apresentando-se de forma mais ou menos forte, uma vez que a autoridade da jurisprudência é reforçada nos países que possuem codificações antigas, onde a legislação se mostra insuficiente, já que deixa de refletir a realidade social da época permitindo que as decisões reiteradas dos tribunais ganhem relevo, passando a ser socorro imediato para a solução de determinado caso concreto. (CASTRO, 2010, p. 29).

No Brasil a peculiaridade está no controle da constitucionalidade, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional. É conferido à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau, o poder de negar a aplicação de uma lei. Isto ocorre quando, no caso concreto, o magistrado se depara com a lei em desacordo com a Constituição Federal. Neste aspecto, para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 74), o direito brasileiro se aproxima do sistema americano, com a diferença que o juiz americano está vinculado aos precedentes e a decisão de sua Suprema Corte, pois, no caso concreto, põe em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como todo o significado atribuído a sua Constituição.

2.2 COMMON LAW

Normalmente confundido com o sistema anglo-saxão, a *Common Law* pode ser definida como a família jurídica baseada nos precedentes judiciais, mais do que nas leis escritas. Deriva-se mais de princípios do que de regras, que não são rígidas, absolutas ou inflexíveis, mas sim em princípios baseados na razão, justiça e senso comum. Não se confunde com o direito inglês, mesmo tendo eles história comum.

Para Tereza Arruda Wambier:

Common Law, ou “direito comum”, muito se diferencia do sistema romano-germânico, pois como é originário de regras não escritas e que foram elaboradas por juízes ingleses e modificadas ao longo do tempo, tem características específicas e próprias, pois é um sistema baseado no direito costumeiro e na continuidade, razão pela qual é fruto de uma evolução sem interrupções. (WAMBIER, 2010, p. 54).

A família da *Common Law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo com certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. É um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça

Sua natureza está voltada à continuidade e na tradição, nunca houve uma ruptura revolucionária, nem uma divisão histórica. Assim, o desenvolvimento deste sistema jurídico se deu de maneira ininterrupta, baseado no cotidiano da sociedade inglesa. (WAMBIER, 2010, p. 55).

Um dos principais fatores para a permanência do *Common Law* como um sistema autônomo e peculiar foi o fato de a Inglaterra ser uma ilha e ter permanecido em um estado de distanciamento dos problemas que afligiram os europeus do continente. O direito inglês já estava em um estágio avançado de desenvolvimento quando as grandes revoluções explodiram na Europa. Antes mesmo da Revolução Francesa, a Inglaterra já havia passado pela Revolução Gloriosa, que garantiu que a Monarquia respeitasse o direito. Mesmo antes deste período a Inglaterra não tinha sido atingida pelos movimentos iluministas e do renascimento de maneira tão forte como o foi a parte continental da Europa. . (DAVID, 2014, p. 351).

Esta ausência de ruptura ou revolução que demandasse um novo modelo jurídico, resultou no apego à continuidade e à tradição. Pode-se dizer que apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, a *Common Law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

2.2.1 ORÍGENS

Não está definida exatamente uma origem da *Common Law*, sendo este um tema que depreende estudos de diversos pesquisadores, não tendo ainda uma unanimidade. Nos séculos X e XI não havia unidade no território inglês, este era totalmente subdividido em distritos que aplicavam através de cortes judiciais o direito oriundo dos povos germânicos, denominado “direito popular anglo-saxão”. (CROCETTI; DRUMOND, 2010, P. 20).

René David divide a história do direito inglês em quatro períodos:

O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *Common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *Common Law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *Common Law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adotar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração. (DAVID, 2014, p. 356).

O ponto que marcou a formação do sistema jurídico baseado na *Common Law* foi a conquista normanda da Inglaterra em 1066, vez que até então não existia o sistema. Com a chegada dos normandos ocorreu o fim de uma sociedade tribal, caracterizada pelo direito fragmentado e local que cedeu espaço para a sociedade feudalista e organizada, com grande experiência administrativa. (DAVID, 2014, p. 358).

É a partir da invasão normanda que se tem os primeiros registros da expressão *Common Law* ou *commune ley*. Antes não havia uma jurisdição unificada em toda a Inglaterra que aplicasse os costumes locais para a solução dos conflitos. Após as conquistas normandas, iniciou-se a aplicação de um direito comum oposto à jurisdições locais. A jurisdição comum era competência dos Tribunais Reais de Justiça, chamados de Tribunais de Westminster devido ao nome do local onde estavam situados (DAVID, 2014, p. 359).

2.2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA COMMUN LAW

No período de solidificação dos preceitos da *Common Law*, houve outro tipo de jurisdição que fazia frente aos Tribunais Reais de Justiça, era o *Equity Law*. Devido ao excesso de formalismos adotados pelo sistema inglês, não era incomum deixar casos sem solução, pois o excesso de rigidez dificultava o acesso à justiça (RAMIRES, 2010, p. 61).

Assim, intensificou-se a procura pelo Rei para que ele resolvesse o conflito não solucionado pelos Tribunais. Os particulares que não obtiveram o acesso a justiça ou irrisignados com a decisão insatisfatória do Tribunal promoviam recursos diretamente junto ao Rei a fim de obter respostas para os seus problemas. (DAVID, 2014, p. 371)

Todos que procuravam obter a justiça e a generosidade do Rei entravam com recurso apelando para uma decisão real. Primeiramente, o recurso era apresentado ao Chanceler, que apresentava ao Rei caso julgasse necessário. Como o rei nem sempre podia tomar as decisões, estas foram sendo atribuídas, cada vez mais, ao Chanceler, que se tornou um juiz autônomo, decidindo em nome do Rei. Estas decisões eram tomadas em função da “equidade do caso particular”, e assim foram tornando-se sistemáticas e normais. Este sistema tornou-se a forma natural de apelação e passou a rivalizar com a *Common Law* aplicada pelos Tribunais Reais. A partir de 1529, o Chanceler deixa de ser um eclesiástico e confessor do Rei e passa a ser um jurista, analisando os casos como um juiz. Desta forma, a *equity law*, aproximando-se da lógica do direito romano, e fundada na teoria da equidade do caso particular, foi apenas uma ameaça a *Common Law*, uma vez que os juristas tinham o parlamento ao seu lado. Por outro lado a forma desorganizada e lenta da jurisdição do Chanceler contribuíra de maneira importante para o declínio da força do sistema. No entanto, houve um acordo entre essas forças, o que permitiu a sua coexistência, até 1875, quando surgiram os *Judicature Acts* que, segundo Rene David (2014, p. 377), suprimem a distinção formal dos tribunais da *Common Law* e do Tribunal de *equity*. A partir de então todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *Common Law* e as da *equity*.

No entanto, estas regras sofreram consideráveis mudanças no decorrer do tempo, sendo que hoje a distinção de *Common Law* e *equity* já não é a mesma

que era antigamente. Conforme define Rene David (2014, p. 396), a *equity* tornou-se o conjunto de matérias que se considera apropriado para se fazer julgar segundo um processo escrito, enquanto a *Common Law* se torna o conjunto de matérias que são apreciadas segundo um processo oral de outrora.

De forma geral algumas opiniões errôneas são recorrentes a respeito do direito inglês; em primeiro lugar deve-se abandonar a ideia de que o direito inglês é consuetudinário. A *Common Law* fez desaparecer o direito dos costumes locais, o atual funcionamento da regra do precedente ignora esta interpretação. Em segundo lugar, está a interpretação que no direito inglês a lei está em nível de importância inferior. A Inglaterra não tem códigos, mas o Direito escrito é quase tão importante e está tão desenvolvido como no continente europeu. Por último, deve-se abandonar a ideia de uma regra do precedente aplicada com automatismo e paralisante da evolução do direito inglês.

Assim, para Rene David (2014, p. 442), a regra do precedente tem por finalidade fornecer quadros ao direito inglês, mantendo uma estrutura jurisprudencial, de acordo com a tradição deste direito.

Na Inglaterra conservou-se a regra do precedente mas, nos domínios em que se tornou necessária, fez-se a adaptação às necessidades da nossa época, elaborando novas doutrinas e utilizando sobretudo, a técnica das distinções.

2.3 PONTOS CONVERGENTES E DIVERGENTES

O “*Common Law*” refere-se ao sistema da família que recebeu a influência do direito da Inglaterra, onde se verificam os contrastes entre o *Common Law* versus o *equity law*, e *Common Law* versus *statute law*, por uma parte e por outra, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, que se denomina *Civil Law*.

Para Bustamante (2012, p. 44), originalmente a *Common Law* é entendida como inglesa, pois surgiu na Inglaterra. Contudo, com a expansão da cultura, comércio e civilização inglesa pelo mundo, a família do sistema de direito *Common Law* encontra-se em países de fala inglesa nos cinco continentes. Entretanto, até 1731 a língua oficial da justiça na ilha inglesa era o latim e o francês, foi somente após esta data que o inglês passou a fazer parte dos seus tribunais.

O aperfeiçoamento do direito inglês se deu de maneira continuada e sem interrupção, constituindo um *continuum* histórico, pois não houve uma ruptura capaz de gerar uma era pré e outra pós-revolucionária (WAMBIER, 2010, p. 33), como ocorreu nos países provenientes do Civil Law, essencialmente a França, com a Revolução francesa.

Conforme John Gilisen :

Os principais países que adotaram o *Common Law* são a Guiana, Índia, Paquistão, Bangladesh, Austrália, Hong Kong, Nigéria, Trinidad e Tobago, Barbados, Nova Zelândia, Nigéria, entre outros. Nos Estados Unidos, somente o Estado da Luisiana se manteve fiel à colonização francesa e espanhola e permaneceram com a família romano-germânica. Entretanto, os Estados Unidos adotou um sistema misto, mesmo pertencendo a *Common Law*, assim como Israel, África do Sul, Escócia e Filipinas. Ainda no caso dos Estados Unidos, o Texas e a Califórnia adotaram o *Common Law* apesar de trazerem muitos aspectos do direito praticado pelos espanhóis que colonizaram o México, país que faz fronteira com estes estados e a quem pertenciam as terras da Califórnia e do Texas. (GILISEN, 2001, p. 12).

O sistema de direito inglês sofreu profunda influência histórica e que ainda hoje exerce influência na sua aplicação. René David (2014, p. 365) define esta questão em quatro aspectos: a) a marcante ênfase do direito processual, cuja origem advém das formas de petições dirigidas aos Tribunais Reais, que conheciam somente determinadas matérias e daí a divisão dos *writs* em tais e quais pedidos, de forma que os juristas apontam a prevalência da importância do processo sobre o direito material, na expressão *remedies precede rights*, pois os Tribunais de Justiça Reais só conheciam a competência de determinadas ações judiciais; b) consequência inerente ao fenômeno retro fora a elaboração de numerosas categorias que serviram de base para diferentes conceitos do direito inglês; c) a rejeição entre o direito público e privado; d) a rejeição das categorias e conceitos do Direito romano.

O processualismo formal e o pragmatismo, além da historicidade, são as características do *Common Law*. Notam-se de forma clara estes aspectos quando se trata das disciplinas nas universidades que estão objetivados na prática e no estudo dos precedentes das Cortes de Justiça e não nas lei positivadas dos códigos.

Douglas Camarinha Gonzales, demonstra as diferenças principais entre as famílias do direito:

A diferença principal entre as duas famílias do direito está na: a) estrutura de concepção do direito; b) nas suas fontes; c) nos seus conceitos paradigmáticos. A grande diferença entre as famílias e suas complexidades está ligada às origens de cada uma. Os conceitos paradigmáticos do direito são chaves, próprios de seus princípios, derivados do direito ou derivados da evolução doutrinária. O *Civil Law*, utiliza a autonomia da vontade, o dolo, a culpa, o poder paternal, o usufruto, a força maior. Por sua vez o Direito inglês utiliza outros conceitos como o *trust, bailmanet, stoppel, consideration, trespass*, todos totalmente diferentes e distintos do nosso direito, em virtude da evolução dos sistemas. (GONZALES, 2009, P. 71-77).

O *Common Law* tem suas bases na jurisprudência, suas regras são as encontradas na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais ingleses e também os *leading cases*. Assim, a *legal rule* coloca-se ao nível do caso concreto em razão da qual e para cuja resolução ela foi emitida.

Nas palavras de René David (2014, p. 417), as aplicações jurisprudenciais tomam o lugar das disposições que o legislador editou. Por sua vez, a situação do direito no continente europeu não se faz a partir de decisões de jurisprudência, mas cujos princípios foram elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito de Justiniano.

A regra do direito inglês é apta a dar a solução a um litígio de forma imediata. A regra do direito continental é evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular, conforme enuncia René David (2014, p. 446). Assim, o direito romano utiliza o sistema de normas, organizadas metódica e coerentemente com o objetivo de resolver o prévio regramento de toda e qualquer espécie de questões de relevância jurídica, caracterizando-se como um sistema fechado, uma vez que as questões jurídicas podem ser resolvidas pela interpretação da norma vigente. Diferente do Direito Inglês, que pode ser definido como um sistema aberto, porque seus procedimentos utilizam a comparação as *legal rules*, que já estão estabelecidas ao novo caso em estudo para criar a nova *legal rule*, que deverá ser utilizada nos casos concretos futuros. O método é sempre o mesmo. Todavia, a regra não é sempre a mesma ou pré-estabelecida como no *Civil Law*, como se pronuncia Gonzales, 2009, p. 71-77

Na *Common Law*, a jurisprudência não tem a função de apenas aplicar o direito, mas de evidenciar as regras do direito; sua importância é equivalente ao da aplicação da lei no sistema romano.

Atualmente se fala em relação a convergência entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*. Como exemplo tem-se a edição do Código de Processo Civil Inglês em 1999 e, por outro lado, a maior atenção dada à jurisprudência nos países de tradição romanista. Porém, o traço comum entre os dois sistemas é a aspiração à previsibilidade das decisões, bem verdade que cada modelo procurou tal meta de forma totalmente diferente, mas sempre visando o julgamento de maneira mais justa e proporcionando às partes a certeza da igualdade jurídica.

As transformações que a sociedade contemporânea sofreu nos últimos 100 anos atingiram os ordenamentos jurídicos das duas principais famílias. Macedo preceitua que:

por consequência da globalização, facilitou-se o acesso a informações e a circulação normativa de institutos e conceitos jurídicos entre as sociedades, ocorrendo a incorporação e a convergência desses institutos entre os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*. Por consequência os sistemas atuais tornaram-se impuros, porquanto constantemente são internalizados técnicas e conceitos de um sistema no outro. (MACEDO, p. 74-75).

Destaca-se, com relação às aproximações e alterações dos dois sistemas, o ensino e a formação dos juristas; o crescimento da produção legislativa e doutrinária no sistema *Common Law* em contrapartida ao aumento de importância dada as decisões judiciais no *Civil Law* e a influência do neoconstitucionalismo a partir dos anos 1950. Assim, o ponto de convergência entre as duas famílias jurídicas está, nas palavras de Marinoni (2013, p. 35), na suposição de que a produção legislativa é baixa nos países do *Common Law*, como também é baixa a utilização da jurisprudência nos países do *Civil Law*.

Nesta direção, não há espaço em considerar o juiz apenas como um declarador da lei, vez que muitas das vezes o julgamento deve ser levado a efeito em relação as complexidades das relações jurídicas e não cabem a aplicação de leis que foram editas em outro contexto social, tornando-se, desta forma, fundamental a interpretação ativa do juiz.

Para Marinoni (2015, p. 58), não há dúvida que o papel do atual juiz do *Civil Law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *Common Law*. Entretanto, há uma diferença que se manteve

entre os dois sistemas, qual seja, a valorização das leis e códigos em cada um deles.

3. O INSTITUTO NORTE AMERICANO DO PLEA BARGAINING

3.1. CONCEITOS BÁSICOS DO SISTEMA PROCESSUAL NORTE AMERICANO

3.1.1 ESTRUTURA DOS ÓRGÃOS E DE PESSOAL

Nos Estados Unidos, tanto o governo federal como os estados tem a faculdade para processar delitos penais. O governo federal e cada um dos estados contam com seus próprios estatutos penais, sistemas de tribunais, promotores e sistemas policiais.

A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e suas 10 (dez) emendas, vigentes desde 1791, que são conhecidas como Carta de Direitos, impõem o dever ao governo federal e aos governos estaduais de garantir uma série de direitos ao acusado em processos penais. Cassel (2007, p. 348)

Douglass Cassel (2007, p. 349) faz um resumo dos direitos constitucionais do acusado no sistema norte americano, a saber:

Na ordem em que ocorre o processo, o acusado tem os seguintes direitos constitucionais garantidos nas cortes norte americanas: a) buscas e prisão arbitrárias, somente com a autorização judicial poderão ser realizadas (4^a emenda); b) Direito ao devido processo legal (5^a emenda); c) Direito a fiança (8^a emenda); d) Direito de não ser acusado de crime capital ou infame, salve por um júri de cidadãos (5^a emenda); e) Direito a ser comunicado da natureza e da causa pela qual está sendo acusado (6^a emenda); f) Direito a um júri imparcial (6^a emenda); g) Direito de ser julgado no local onde ocorreu o delito (6^a emenda); h) Direito de ser julgado de forma rápida (6^a emenda); i) Direito a ter um júri público (6^a emenda); j) Direito a não fazer prova contra si mesmo; k) Direito a inquirir as testemunhas de acusação (6^a emenda); l) Direito ao comparecimento de suas testemunhas em tribunal (6^a emenda); m) Direito de ter um advogado (6^a emenda); n) Direito a não ser submetido a multas excessivas ou penas cruéis ou desumanas (8^a emenda); o) Direito a não ser punido duas vezes pelo mesmo delito – *ne bis in idem* (5^a emenda).

Com relação aos sistemas jurídicos, os Estados Unidos convive com 53 sistemas distintos, a saber: - 50 sistemas contidos em cada uma das constituições estaduais; - um sistema que faz parte da constituição federal; - um sistema do Distrito de Columbia (Distrito Federal na Capital Washington); - e ainda o sistema penal militar.

Segundo o Código de Processo Penal Federal, denominado Regras Federais do Processo Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*) o sistema de processo penal baseia-se na interpretação da Constituição Federal pelos tribunais federais e no Estatuto Criminal Federal dos Estados Unidos (*U. S. Criminal Federal Process*). Por sua vez, os estados, apesar de possuírem cada um seu próprio sistema, estão sujeitos também as interpretações da constituição federal, bem como das leis federais e dos tratados internacionais. (U.S. Federal Rules Of Criminal Procedures, s.p.)

Com exceção do Estado da Louisiana, que tem seu sistema baseado no *civil law*, e do sistema militar, todos os outros sistemas de processo penal dos Estados Unidos têm origem anglo-saxônica, o *common law*. (SOARES, s.p.).

Conforme aponta Cassel (2007, p. 354), o sistema penal norte americano é composto pelas seguintes partes: a) o Promotor (*Procecutor*) , que é o encarregado de realizar investigações, tem a exclusividade para iniciar a ação penal; b) o acusado e seu advogado de defesa que também podem fazer investigações; c) o juiz, que deve permanecer neutro; d) os jurados, quando o acusado exerce seu direito de ter um júri imparcial de cidadãos; e) a vítima ou ofendido, que somente pode observar ou ser convocada como testemunha.

O Estatuto Criminal dos Estados Unidos determina a divisão e define os órgãos e departamentos do sistema judicial federal, que são os seguintes:

1 - Departamento de Justiça (Ministério Público Federal): Está subordinado ao poder executivo e tem a responsabilidade de investigar e processar os casos criminais federais. É composto pelos Promotores Federais (*United States Attorney*) que trabalham nos 94 Tribunais (Cortes) de Distritos e que estão sob o comando do Procurador Geral (*Attorney General*). Também fazem parte do Departamento de Justiça o Departamento Federal de Investigação (*FBI - Federal Bureau of Investigation*), Delegados Federais da Justiça (*USMS – United State Marshals Service*), Agência de Repressão às Drogas (*DEA – Drug Enforcement Administration*), entre outros.

Tanto os *United States Attorney*, como o *Attorney General*, são nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos.

2 - O Poder Judicial Federal: Existem três níveis de Tribunais e juízes federais:

Tribunais dos Distritos (Cortes Distritais): É o primeiro nível do poder judicial federal. São 94 Tribunais de Distritos, chefiados pelos juízes de distrito, que são os juízes de primeira instância em casos penais. Presidem os julgamentos, decidem sobre culpabilidade em casos sem jurados e decidem sobre a pena em todos os casos, exceto pena de morte. Subordinados aos juízes distritais estão os magistrados federais, que são nomeados por aqueles, e que, em casos penais, tem as funções de controle das fases preliminares, como ordenar prisões ou buscas, aceitar declarações de culpabilidade e decidir sobre prisões preventivas. Os juízes federais são indicados pelo Presidente da República, com a chancela do Senado federal e são vitalícios. Os sistemas judiciais dos estados são mais ou menos similares, com duas exceções. Os juízes são eleitos em votação popular e para prazos pré-estabelecidos.

Cortes de Apelação: Em nível hierárquico superior estão as Cortes de Apelações ou de Circuitos. À exemplo do sistema inglês, os juízes de apelação viajavam pelo interior realizando o “circuito de audiências de apelações”, o que ainda hoje é realizado nos Estados Unidos. O condenado em um Tribunal Distrital, por um delito federal, tem o direito de apelar ante uma das 13 Cortes de Apelação de Circuito; bem verdade que deverá apelar ante a corte da jurisdição do tribunal que o condenou. As Cortes de Apelação não fazem a revisão profunda das provas, abstém-se a revisar as decisões de direito. As decisões de apelação são tomadas por três juízes; em casos excepcionais podem ser revisadas por todos os juízes do circuito.

Em caso de absolvição do réu, o promotor não pode apelar.

Suprema Corte dos Estados Unidos: É composta de nove juízes. Em raras situações atua como corte de apelações e revisa as decisões das Cortes de Apelação e das Supremas Cortes dos Estados. Normalmente os casos penais não têm direito de apelação ante a Corte Suprema. Anualmente a Suprema Corte dos Estados Unidos revisa em torno de 100 (cem) casos anuais.

Os procedimentos em casos penais federais também estão descritos no Estatuto Criminal dos Estados Unidos, que são os seguintes:

Investigação e interposição de denúncia

Ao receber o resultado de investigação de crime federal, o Promotor Federal Distrital determina que um “sub-promotor” analise o caso e interrogue o investigador para determinar se as provas demonstram que existe causa provável do cometimento do delito. Em caso de haver provas suficientes e o delito estar sujeito a pena superior a um ano de privação de liberdade, o “sub-promotor” deve apresentá-las a um jurado de acusação. Este procedimento denomina-se acusação formal. Um jurado de acusação é composto de 16 a 23 cidadãos, que em geral somente ouvem as provas do governo, e são obrigados a votar se as provas apresentadas são suficientes para o Ministério Público apresentar a denúncia. Para que o indiciado seja acusado formalmente, ao menos 12 membros do júri de acusação devem determinar que existe causa provável de que o acusado cometeu o crime.

Prisão do acusado

No sistema federal os acusados geralmente são presos, uma vez que o jurado de acusação imputou formalmente um delito. No entanto, a pedido do sub-promotor, um juiz pode mandar prender um acusado antes do

juízo de acusação, se entender que existem provas suficientes para estabelecer causa provável do crime. Dependendo de vários fatores, depois de preso, o acusado pode ser posto em liberdade sob fiança. Em 24 horas após a detenção, o acusado deve ser apresentado a um juiz, para que seja informado da acusação e, neste momento, é perguntado como se declara. Se culpado ou inocente das acusações.

Entretanto, segundo Cassel (2007, p. 355):

Apesar de contar com uma estrutura bem elaborada, o processo penal nos Estados Unidos, não se utiliza desta estrutura na grande maioria dos casos. Ao contrário, os casos são resolvidos antes do juízo, por meio de um *plea bargain*, um acordo negociado entre o defensor e o promotor, no qual o acusado se declara culpado de delitos menores ou menos delitos daqueles pelos quais está sendo acusado e, em troca, o promotor se compromete a recomendar uma pena menor, menor número de acusações.

Portanto, verifica-se que mesmo possuindo grande aparato judicial, contando com cortes federais e estaduais e três distintos níveis, a maior partes dos casos são resolvidos fora dos tribunais.

Para Nogueira (2003, p. 71)

Este sistema do *plea bargain*, nada mais é que uma negociação entre as partes para obtenção de uma declaração de culpa em troca de determinadas vantagens, é o resultado de fatores muito complexos, profundamente enraizados na dinâmica social do povo americano, e implica o predomínio sobre todos os demais, do princípio da oportunidade, conferindo-se uma extraordinária liberdade de negociação ao promotor público..

Nesta negociação o acusado pode ter como vantagem a contagem do tempo da prisão provisória, no caso de uma condenação.

Tribunal do Júri

Segundo a Constituição dos Estados Unidos, uma pessoa acusada de qualquer delito, exceto os muito simples, tem o direito a ser julgada por um júri, mesmo os casos de direito civil são julgados pelo tribunal do júri, salvo se o acusado abrir mão deste direito, então será julgado apenas por um juiz. Os tribunais do júri de primeira instância ou “petit jury”, são compostos por 12 jurados que devem deliberar de forma unânime sobre a culpabilidade ou inocência do acusado. O acusado não tem obrigação de testemunhar, mas se o fizer, deverá falar somente a verdade sob pena de ser processado por perjúrio. Os acusados de delitos menores não violentos, podem ser conduzidos a um programa que normalmente inclui uma restituição a vítima, evitando registros de antecedentes criminais.

3.1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA PROCESSUAL FEDERAL

A função do processo penal nos Estados Unidos é buscar a verdade com alto grau de certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), por intermédio de um julgamento público e justo. (CHEMERINSKY, LEVENSON, 2008, p. 64).

A garantia de um julgamento público, além de proteger o acusado, assegura a confiança da sociedade na justiça penal, promove comportamento responsável por parte dos juízes e promotores.

Os processos penais nos Estados Unidos não seguem o princípio da legalidade que, para Torrão (2000, p. 47), é o princípio segundo o qual a entidade titular da ação penal está obrigada a promovê-la, mas sim o princípio da oportunidade que, de acordo com Giacomolli (2006, p. 68), é a oportunidade que autoriza o acusador oficial a iniciar ou não a ação, princípio este de tradição anglo-saxônica.

Em um país com altas taxas de criminalidade, como é os Estados Unidos, a tentativa de processar a todos os suspeitos seria impossível, motivo pelo qual, e para concentrar recursos nos casos mais graves, o sistema norte americano permite ao Ministério Público não propor ações para os casos de menor importância.

Outra característica do sistema penal americano é a busca pelo equilíbrio entre as partes interessadas no processo, o acusado, a vítima e a sociedade. Assim adota o sistema *adversarial*, definido pela literatura norte-americana como sendo um modelo processual penal *acusatório*, como que negando o modelo *inquisitório* ou *non adversarial*, nas palavras de Albergária (2007, p. 48-49).

Pela teoria do sistema *adversarial* a verdade se encontra como resultado do embate entre as partes. Por um lado o Ministério Público e por outro a defesa. Entretanto, como a imensa maioria dos acusados em processos penais nos Estados Unidos são pobres, na prática os meios constitucionais outorgados para a defesa do acusado sem recursos financeiros são deficientes. No sentido processual de igualdade, os Estados Unidos não proclama o princípio utilizado no Civil Law, de “igualdade de armas”; conforme Cassel (2007, p. 359), o promotor tem acesso a

toda a investigação da polícia, enquanto o acusado tem acesso a somente algumas partes. Por outro lado, de forma geral, a defesa não tem o dever de avisar ao Promotor sobre as provas que obteve em sua própria investigação.

O Ministério Público deve comprovar todos os elementos da acusação “além de qualquer dúvida razoável”, assim, a ele se outorga a oportunidade para iniciar e para terminar os argumentos finais.

3.2 CONTEXTO HISTÓRICO DO PLEA BARGAINING.

Rene David (2014, p. 449), diz que a história do direito norte-americano confunde-se com sua colonização. Em 1607, os ingleses fundaram as primeiras colônias na Virginia; ao todo, em 1722, haviam 13 colônias. A qual direito deveriam estar submetidas estas colônias?

Em seguida, Rene David (2014, p. 449), responde a esta pergunta citando o *Calvin's Case* de 1608, julgado pelas Cortes de Londres,

afirmando que a *common law* é inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando estabelecem em territórios que não estão submetidos as nações civilizadas. As colônias inglesas na América incluem-se nesta situação.

Termina Rene David (2014, p. 449) comentando que , entretanto este julgado comportava uma restrição, vez que afirmava que somente seria aplicável na medida que as suas regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes nestas colônias.

Para os colonos ingleses, que haviam saído da Inglaterra por perseguições religiosas, não interessava a aplicação do *common law*, mesmo porque o sistema não era conhecido na América. Assim, em certas colônias, utilizava-se um direito fundamentado na Bíblia. Explica Soares (2000, p. 59) que inicia-se em outras colônias a codificação do direito, como o Território de New Orleans, que tornou-se o Estado da Louisiana em 1812. Esta discussão perdurou até por volta de 1850, quando o *common law* já estava adotado na maioria dos estados. Mas foi somente após a Guerra da Secessão (1861-1865), através das escolas de direito, que o sistema originário da Inglaterra, consolidou-se nos Estados

Unidos. Entretanto, consolidou-se em um novo formato, mesclando os princípios do *Common Law* com os fundamentos de um estado federativo.

Para a maioria dos doutrinadores a *plea bargaining* surgiu nos anos 1800. Albergaria (2007, p. 28-29), afirma que:

Se é verdade que certos autores pretendem caracterizar a *plea bargaining* como mecanismo desde sempre radicado no processo penal norte-americano, essa posição não resiste a alguns dos mais recentes estudos de caráter empírico e, de certa forma, pode compreender-se, tão só, mais à luz de uma determinada posição ideológica [...] do que em função do resultado de apurados estudos de terreno.

Embora existam algumas citações anteriores, os primeiros registros da utilização do *plea bargaining*, principalmente em casos de pena capital, dão conta de 1840, em Massachusetts, na lição de Fisher (2003, p. 35).

Para Albergaria (2007, p. 29), identificar as concretas causas da expansão e consolidação do instituto da *negotiated plea*, não é fácil e talvez nem possível. De todo o modo, dois fatores, ainda no século XIX, podem tentar explicar este fenômeno:

Primeiro a intensa industrialização da nação americana posterior à guerra civil e o exponencial aumento da população, de 4 milhões em 1800 para 81 milhões em 1820, devido a grande quantidade de imigrantes, o que certamente proporcionou um grande aumento de casos penais. Segundo, foi a profissionalização (*lawyerization*) do processo, tornando muito mais morosos os julgamentos por júri e necessária a procura de formas rápidas de resolução de casos criminais.

Com o decrescente número de casos julgados pelas Cortes criaram-se as condições para o aumento do número de casos resolvidos pelo sistema de *guilty pleas* e *plea bargaining*.

Segundo Fisher (2003, p. 6), no século XX houve três ondas que impulsionaram a utilização do sistema:

O primeiro ocorreu entre as duas Grandes Guerras Mundiais, nos anos vinte com a “descoberta” do *plea bargaining* pelos operadores do direito, o que estabilizou em 90%, a taxa de condenações por *guilty plea*; a próxima onda ocorreu nos anos 1960, com a nova explosão demográfica posterior a II Grande Guerra, mais notadamente com o aumento da população jovem e a expansão das drogas; e por último com o reconhecimento do instituto pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970 e 1971.

Denota-se assim que o aumento expressivo da população em dois períodos específicos acarretaram o substancial acréscimo dos casos criminais, abrindo espaço para a solidificação do instituto.

No caso *Santobello vs. New York*, de 1971, a Suprema Corte louva e recomenda a prática do *plea bargaining*, nos seguintes termos: “A resolução de casos criminais por acordo entre o procurador e o acusado, por vezes vagamente chamada “*plea bargaining*”, é um componente essencial da administração da justiça. Corretamente administrada, deve ser encorajada.” (ALBERGARIA, 2007, p. 47).

A partir de então o instituto do *plea bargaining* ganhou força legal com sua regulamentação através da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

3.3 O INSTITUTO DO PLEA BARGAINING

3.3.1 DEFINIÇÕES

O *system plea bargaining* do direito dos Estados Unidos é o mais conhecido e copiados dentre os modelos de conciliação, mediação e negociação, no mundo. Para Nogueira (2003, p. 68),

Na apreciação da incidência do princípio da oportunidade, o ponto de partida há de ser o Direito Norte-americano, cujo modelo de Justiça Criminal, embasado na generalização das declarações negociadas de culpabilidade como modo de resolução rápida dos conflitos, tem sido a fonte de inspiração para a reforma legislativa em muitos países afetados pelo colapso de seus tribunais.

Nogueira (2003, p. 68), complementa argumentando que o modelo norte-americano tem esta característica pelo fato de ter adotado o princípio da oportunidade, que permite ao Ministério Público a disponibilidade da ação penal, que pode ser ajuizada pelos critérios de conveniência e oportunidade.

Nos Estados Unidos, a independência dos governos estaduais para a definição de delitos e penas, além da autonomia para a criação de órgãos jurisdicionais competentes, assim narrado por Pereira (2002, p. 109), possibilitou o

estabelecimento de mais de cinquenta sistemas de justiça criminal diferenciados. Entretanto, o sistema pode ser definido como tendo um juiz imparcial, espectador da discussão processual, apenas como homologador de um conflito entre as partes e em sua maioria negociado entre elas.

Nas palavras de Kyle (2011, p. 66), a *plea bargaining* visa alcançar a verdade real por meio da confissão espontânea do pretense culpado. Revela-se assim que a confissão, como no Direito Canônico, volta a ser considerada como a prova de valor absoluto.

Ainda segundo Kyle (2011, p. 67 *apud* SOBRANE, p. 30), “a confissão da culpa e a negociação que leva à sua obtenção, são componentes essenciais do sistema de justiça criminal”.

Portanto, continua Kyle (2011, p. 68), a *plea bargaining*, é um instituto consensual de solução de conflitos aplicado a delitos de qualquer natureza ou espécie.

Este instituto pretende abreviar o processo através da negociação, em que o Ministério Público e o acusado abrem mão da coleta de provas, dos debates, e realizam a negociação partindo da confissão de culpa do acusado.

Esclarece-nos Pereira (2002, p. 109) que:

Quando se trata da barganha de declaração, pedido de barganha ou *plea bargaining*, estamos tratando da sua forma mais típica no sistema norte-americano, e que diz respeito a uma declaração de culpa, pedido de culpa, ou *guilty plea* onde ocorre um acordo entre acusação e defesa para que os acusados se declarem culpados em troca de uma gama de concessões, evitando um demorado processo judicial.

Neste ponto o promotor possui grande poder discricionário. Mais uma vez Kyle (2011, p. 67) diz que em busca de uma confissão de culpa ele pode decidir livremente quando, como e por quais delitos acusar alguém, podendo mesmo renunciar à ação penal ainda que já iniciada – o que representa a mais pura aplicação do princípio da oportunidade.

Desta maneira há a necessidade de esclarecer e delimitar os conceitos de *plea negotiation*, nas palavras de Albergaria (2007, p. 22), *verbis*:

Neste particular, é tradicional a distinção entre *charge bargaining*, *sentence bargaining*, ou , ainda, uma forma mista de negociação. No primeiro caso,

trata-se de negociação da própria imputação: em troca da declaração de culpa, o MP. compromete-se a “desclassificar” a acusação para uma infração punível com pena inferior. Essa desclassificação pode ainda desdobrar-se em duas outras modalidades: pode tratar-se de uma alteração da imputação para outra de menor gravidade dentro (p. ex., de *murder* (assassinato - homicídio) para *manslaughter* (homicídio involuntário) ou não (p. ex., de uma *felony* (crimes de maior gravidade) para uma *misdemeanor* (delito de menor gravidade), ou até para um ilícito administrativo) da mesma categoria de infrações – trata-se de uma redução qualitativa ou vertical das imputações; ou ainda conjugar-se as duas hipóteses. No segundo caso, trata-se diretamente de negociação da sanção penal: em troca da declaração de culpa em relação à imputação original, o MP. compromete-se a recomendar ao juiz uma determinada medida (um ano em vez de dois anos de prisão) ou a não deduzir oposição atenuante invocada pelo arguido ou, ainda, quando o juiz possa participar nas negociações, compromete-se a aplicar certa sanção. Na terceira hipótese, os critérios anteriores entrecruzam-se: assim, por exemplo, como “sinalagma” da assunção da culpa pelo o arguido o MP. Renuncia ao procedimento por algum(s) crimes(s) e, concomitantemente, propõe ao juiz certa sanção.

Estas são modalidades básicas de negociação, segundo Nogueira (2003, p. 72-73) o espectro pode variar conforme a criatividade das partes, mais precisamente do *prosecutor* que, por sua vez, pode propor o cumprimento da sentença em prisão local em vez de prisão estadual ou federal, da prisão preventiva ser descontada na pena a ser aplica, podendo inclusive desistir depois de transacionar.

3.3.2 PROCEDIMENTOS

O *plea bargaining* não tem uma uniformidade de procedimentos nos Estados membros. No entanto, em nível federal, o sistema é regulamentado pelo art. 11 das Regras Federais do Procedimento Criminal.

Nogueira (2003, p. 72-73) faz um breve resumo dos procedimentos:

Quando alguém é acusado de um delito realiza-se uma audiência prévia (*arraignment*), ocasião em que o acusado comparece perante ao juiz. Neste momento é oficialmente informado da acusação que lhe é feita, recebendo cópia da peça acusatória. O juiz, após ler a acusação, convida o acusado a se manifestar (*pleading*).

O Acusado pode recorrer a três *pleas*: a) declarar-se inocente (*plea of not-guilty*); b) declarar-se culpado (*plea of guilty*); c) declarar o *nolo contendere*..

Declarando-se inocente, tem início o processo penal, com a escolha dos jurados. Saliente-se que na maior parte dos casos (excetuados os crimes de

morte) pode o acusado renunciar a seu direito de ser julgado por jurados, optando por um juiz unipessoal (*bench trial*).

Declarando-se culpado, o juiz, depois de verificar que a declaração foi produzida livre e conscientemente, fixa data para a sentença, ocasião em que se decidirá a respeito da pena a ser imposta.

Na terceira hipótese o acusado declara o *nolo contendere*, isto é, que não se opõe à acusação (*I will not contest it*), definido pela Suprema Corte como uma declaração pela qual o acusado não admite expressamente sua culpabilidade, mas que tão somente renuncia a seu direito a um júri e autoriza o tribunal a tratá-lo como se fora culpado.

A respeito do *nolo contendere*, continua Nogueira (2003, p. 74 *apud* Luís Alfredo Diego Díez, 1999, p. 41), “su única ventaja consiste em que no puede servir em una ulterior instancia sobre responsabilidad civil: la víctima de la infracción no podrá invocarlo como prueba del hecho dañoso a efectos civiles”.

Com relação ao Ministério Público norte americano, Albergaria (2007, p. 33.) diz que é o senhor indiscutível e primeiro da *plea bargaining*. Pereira (2002, p. 112) complementa dizendo que suas atribuições são extremamente amplas, bem como o seu monopólio sobre a acusação, podendo inclusive, recusar a negociação, já que esta não é assegurada constitucionalmente a nenhum cidadão.

A regra contida no *U.S. Code § 547 (l)* – “*Except as otherwise provided by law, each United States Attorney, within his district, shall – (l) prosecute for all offenses against the United States*”, em tradução nossa: “Salvo disposição em contrário por lei, cada promotor dos Estados Unidos, dentro de seu distrito, deve – (l) processar todas as ofensas contra os Estados Unidos”, deixa claro que se consagra o princípio da obrigatoriedade federal; no entanto na prática não é realmente o que ocorre. Conforme Albergaria (2007, p. 54),

Porém, ao invés do que o teor literal do preceito manifestamente inculca, essa norma é entendida como que vincando o caráter público da ação penal, deferindo-a exclusivamente ao MP., não como lhe impondo a obrigação de a exercer em todos os casos em que os fatos indicados sustentariam uma acusação.

Tem-se aqui a mesma questão discutida pela doutrina brasileira quanto ao art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95, em que surge a dúvida se o Ministério Público poderia ou deveria propor a ação penal, se teria a prerrogativa de optar pela denúncia conforme suas convicções para certos casos. Seguindo com Albergaria

(2007,p. 54) , temos que a discricionariedade reconhecida ao Ministério Público nos Estados Unidos não decorre explicitamente dos textos legais, mas antes do sancionamento dela por parte de um poder judicial que curiosamente pauta a sua atuação relativamente ao Ministério Público por uma discricção , deferência e passividade dificilmente compreensíveis.

Encerrando o procedimento do *plea bargaining* em audiência com o juiz, que deve estar certo da presença de validade dos requisitos para então aceitar a declaração de culpa do acusado. Para tanto, deve seguir a Regra 11 do *Federal Rules of Criminal Procedure* que estabelece um roteiro para assegurar que a declaração de culpa foi feita consciente e voluntariamente pelo acusado. (U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure, s.p.*)

Desta forma Nogueira (2003, p. 80) descreve o procedimento:

Assim , para constatar a consciência do acusado, o juiz precisa perguntar-lhe, numa sessão pública, se entende (1) a natureza das acusações; (2) a pena mínima e a máxima que poderão ser aplicadas no caso; (3) os direitos constitucionais aos quais renunciou com a declaração de culpa; (4) que as respostas que der às acusações formuladas pela Corte, sob juramento, e perante seu advogado, poderão ser usadas contra ele num procedimento subsequente.

O juiz tem o controle jurisdicional do processo, tem o exercício da discricionariedade judicial, podendo, se assim entender melhor para o réu ou para a sociedade, não acatar a recomendação do procurador e mandar seguir com os trâmites do processo para levar o acusado a um júri, ou atribuir pena diferente daquela acordada entre as partes. Nogueira (2003, p. 81).

Entretanto, ressalte-se que, na prática, em quase a totalidade dos casos, o juiz acata a recomendação do promotor e homologa a negociação. Segundo Nogueira (2003, p. 81), de 1º de outubro de 1996 a 30 de setembro de 1997, 93,31 % de condenações ocorreram através das *pleas* e apenas 6,69% através de decisão de um juiz de primeira instância. Há mais de cem anos o povo estadunidense está acostumado a ver, na imensa maioria dos processos criminais, o acusado declarar-se culpado em troca de concessões por parte da promotoria.

4. O SISTEMA DE TRANSAÇÃO PENAL DISPOSTO NA LEI 9.099/95

Após a 2ª Grande Guerra houve, gradativamente, um aumento nos índices de criminalidade em todo o mundo. Com isto, conforme Fisher (2003, p. 14) a preocupação em separar a criminalidade de menor potencial ofensivo daquela de maior gravidade passou a ser o ponto chave em busca de caminhos para a descriminalização.

Existe um sentido comum de que a Justiça Criminal necessita modernizar-se. Neste caminho, nesta busca, surge o modelo com base no consenso, que procura fazer a separação entre a pequena, a média e a grande criminalidade.

Para Linda Dee Kyle (2001, p. 64):

A crise na Justiça tem atingido indistintamente todos os países, principalmente aqueles que adotam a democracia como bússola para seu regime político. [...] Tem sido apontada como uma das causas de tal crise a ampla gama de direitos relacionados nos atuais textos constitucionais, que, segundo seus críticos, tem despertado nos indivíduos mais confiança na justiça. (KYLE, 2011, p. 64)

Esta confiança na Justiça incentiva também o cidadão a buscar nos tribunais a solução para os seus conflitos. Assim, ocorre um grande aumento no número de processos e, ao mesmo tempo, um incentivo a busca por soluções através de sistemas alternativos na resolução de conflitos, como forma de não abarrotar a justiça e de permitir a solução dos casos de maneira rápida.

Esta busca por novas soluções fez surgir, em diversos ordenamentos jurídicos no continente europeu, soluções de política criminal consensuada que aplica múltiplos princípios penais e processuais penais.

Neste sentido Marcio Franklin Nogueira (2002, p. 22) diz que a inspiração para se encontrar novos institutos de Justiça célere, eficaz e consensual para atender os anseios da comunidade, veio dos sistema do *plea-bargaining* norte americano.

Nas palavras de Thaman (2010, p.49), este sistema, utilizado nos Estados Unidos desde antes de sua declaração de independência e que hoje é responsável por mais 90% das resoluções de casos criminais através da negociação

entre o Ministério Público e o acusado, vem sendo estudado e adotado por diversos países da Europa, América do sul e central.

Nas palavras de Cláudio José Pereira (2002, p. 108):

As soluções consensuais, partindo sempre da vontade de acordar da vítima e do imputado, pretendendo evitar a celeração de um processo, com todas as garantias e formalidades, não se trata de fenômeno exclusivo de nenhum ordenamento moderno [...] a produção de renovações na justiça negociada ou consensual, exige a análise referencial do direito comparado, em um estudo na investigação de alternativas para um novo sistema penal. (PEREIRA, 2002, p. 108)

Por intermédio do estudo dos diversos sistemas negociais já existentes no mundo como o italiano, o português, espanhol, entre outros, o legislador brasileiro, no ano de 1995, introduziu em nosso sistema penal a Lei 9.099, que trata dos Juizados Especiais. No que concerne ao presente estudo, interessa sobremaneira o Juizado Especial Criminal (JECRIM), que passamos a estudar a seguir.

4.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

4.1.1 A IDEIA DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Relata Nogueira (2002, p. 54) que o embrião da ideia de justiça penal negociada, nos tempos modernos do pós guerra, data de 1973, em Bellagio, Itália, onde reuniram-se os maiores expoentes do mundo em ciências penais, penitenciárias e criminológicas para tratar de um tema de grande importância: a descriminalização. As deliberações ali tomadas foram as sementes do movimento renovador que tomou conta da política criminal a partir de então.

Em nosso país, conforme cita Kyle (2002, p. 97), apenas em 1982 registra-se o advento dos Juizados de Pequenas Causas, fruto da preocupação dos juristas brasileiros com os rumos tomados pelo Judiciário nacional. Assim, a Lei Federal nº 7.244/82 instituiu no ordenamento brasileiro o Juizado de Pequenas Causas, com competência de natureza cível. Este órgão pretendia ser um marco para as mudanças nos conceitos do direito processual, alterando as práticas dos operadores, com o intuito de simplificar e acelerar os procedimentos e permitir ao

cidadão o acesso a uma justiça gratuita e rápida, fundamentada na conciliação e na transação.

Os Juizados de Pequenas Causas, conforme relata Tozatte (2009, s.p.), foram inspirados nos modelos brasileiros dos Conselhos de Conciliação do Estado do Rio Grande do Sul e dos Juizados Informais de Conciliação do Estado de São Paulo, além do *Small Claims Court* de Nova Iorque.

Em 1995, amparada pela previsão contida na Constituição de 1988, a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, revogou a Lei dos Juizados de Pequenas Causas e delegou aos Estados competência legislativa para organizar, compor e determinar a competência material de seus Juizados Especiais.

4.1.2 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS E FEDERAIS

A partir da promulgação da Carta constitucional de 1988, surge a ideia de transformar os antigos Juizados de Pequenas Causas, que se destinavam a julgar causas de menor valor, em Juizados Especiais.

Como determinava o artigo 88 da Constituição Federal, a União, o Distrito Federal e os Estados deveriam criar juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, que fossem competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Definia também que os procedimentos fossem orais e sumaríssimos, e que permitisse a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.

Desde então amadureceu a ideia de justiça conciliada, sem os muitos formalismos do processo tradicional e tendo como objetivo a celeridade e a informalidade de seus feitos.

Segundo Tozatte (2009, s.p.), em 26 de setembro de 1995, formada pela fusão de dois projetos de leis, um do então Deputado Nelson Jobim que cuidava dos Juizados Cíveis e Criminais e outro do então Deputado Michel Temer, que tratava dos Juizados Especiais Criminais, surgiu a Lei 9.099.

Ressalta ainda Tozatte (2009, s.p.) que:

A nova lei visava combater a morosidade da atividade jurisdicional, que trazia descrédito ao sistema judiciário, e que também o legislador inovou engendrando soluções inéditas até então, como a alteração dos horários de funcionamento dos Juizados Especiais, que foram ampliados; a concentração de todos os atos em uma única audiência, evitando assim atos procrastinatórios e inúteis que apenas serviam para obstruir a prestação jurisdicional.

Assim, a nova legislação, baseada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscava concretizar a conciliação, a composição ou transação penal e, num segundo momento, a suspensão condicional do processo, com o objetivo de reparar a vítima pelos danos sofridos e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Uma questão controvertida enfrentada pela Lei 9.099/95 foi acerca do reconhecimento dos Juizados Especiais Criminais no âmbito federal.

Tendo em vista a isonomia dos julgados e do princípio da igualdade, a dúvida que pairava era se os benefícios da nova lei dos juizados poderiam ser aplicados aos crimes de competência federal.

Conforme Nucci (2009, p. 687), a legislação penal e processual penal vem sendo alterada, no Brasil, nos últimos anos, de maneira atabalhoada e assistemática. Para o autor, o princípio de procedimento especial não poderia ser englobado naturalmente pelo juízo federal. Havia então a necessidade em se legislar lei específica que permitisse os operadores aplicar o Direito sem a exegese de um contorcionista.

Foi então que em 12 de julho de 2001 o legislador brindou a nação com a edição da Lei 10.259, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal.

4.1.3 MODELOS ESTRANGEIROS

Diversos modelos estrangeiros serviram de inspiração para o legislador brasileiro. Entretanto, o modelo americano do *Plea bargaining* é o que pode ser considerado aquele em que a transação penal brasileira mais se espelhou. Para Nogueira 2002, p. 68):

Na apreciação da incidência do princípio da oportunidade, o ponto de partida há de ser o Direito Norte-Americano, cujo modelo de Justiça Criminal, embasado na generalização das declarações negociadas de culpabilidade como modelo de resolução rápida dos conflitos, tem sido a fonte de inspiração para a reforma legislativa em muitos países afetados pelo colapso dos tribunais. (NOGUEIRA, 2002, p. 68).

Surgindo como forma de acelerar os processos criminais, economizando atos processuais e dinheiro do Estado, o modelo americano confere ampla liberdade ao representante público para negociar a confissão do suposto autor do delito, conforme relata Kyle (2011, p. 67).

O *patteggiamento*, foi outro modelo que também serviu de exemplo ao modelo brasileiro, é utilizado na Itália, e que pouco difere do modelo americano. Como dita Nereu José Giacomolli (2002, p. 113), já se tem afirmado que o *patteggiamento* italiano é filho da *plea bargaining*. Consequentemente, a transação criminal brasileira ao receber a influência do sistema italiano, por via indireta, foi influenciada pela *plea bargaining*.

Como o modelo anterior, este também consiste em negociação do Ministério Público com o suposto autor. Porém, quanto à autonomia do magistrado difere do americano no que tange a negociação e ao pacto. Desta maneira, leciona Claudio José Pereira (2002, p. 118):

... o juiz limita-se a aceitar ou afastar a proposta, em controle meramente formal, considerando a correta qualificação do delito, a aplicação e valoração das circunstâncias agravantes e atenuantes, não podendo interferir na natureza ou na duração da pena proposta, nem realizar qualquer juízo de comprovação de culpabilidade, apenas podendo, nos casos específicos, ao invés de promover ou não o pacto, absolver o imputado. (PEREIRA, 2002, p. 118).

Por sua vez, no sistema americano, como define Nogueira (2002, p. 79):

O juiz deve, antes de aceitar a declaração de culpa, verificar a presença dos requisitos para a sua validade. Não está obrigado a acatar a recomendação do procurador para a sentença, devendo advertir deste fato o acusado, antes de obter dele a declaração de culpa. Não se satisfazendo com as respostas do acusado, pode não aceitar sua declaração, o acordo ou a transação.

Neste quesito, o sistema brasileiro assemelha-se ao sistema norte-americano. Nas palavras de Marino Pazzaglini (1999, p. 54):

[...] nesta fase o Juiz deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e do seu defensor. Destarte, o Juiz verificará se estão presentes os requisitos legais, os pressupostos para a efetuação da proposta e para a realização da transação.

O juiz brasileiro tem maior autonomia para homologar ou não a transação realizada entre as partes, a exemplo de seu colega norte americano.

No modelo português também há a transação a respeito do procedimento e da sanção.

O Ministério Público pode decidir pelo rito sumaríssimo, que é um procedimento especial que busca a celeridade processual e a manutenção das garantias do acusado, como diz Nogueira (2002, p. 100), o qual elenca os requisitos a serem observados:

Que se trate de processo que não dependa de acusação particular – em outras palavras, relativos aos chamados “públicos” ou “semipúblicos”; b) que a pena aplicável, sendo detetiva, não supere o limite de três anos, ou sendo de multa, sem qualquer limite; c) que o Ministério Público entenda que, no caso concreto, ao arguido deve ser imposta somente pena de multa ou uma medida que não implique em restrição à liberdade.

Assim como ocorre no direito italiano, o português adota um rito monitório, pelo qual a opção por aceitá-lo ou não, depende do acusado. Trata-se de um procedimento sumaríssimo. (PEREIRA, 2002, p. 122)

4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A transação penal possui algumas características peculiares, mencionadas por Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 104):

a) Ato personalíssimo, constitui a transação um ato exclusivo do acusado, mesmo se alguém possuir poderes específicos não poderá realizar a

transação em nome do autor; b) ato voluntário, a decisão do autor de transigir deve ser produto inequívoco de sua livre escolha, do seu livre arbítrio. Também é preciso que o autor do fato tenha conhecimento das consequências de sua opção, dentre elas a obrigação de cumprir a sanção aplicada. A transação penal será voluntária, assegurada a defesa técnica, na qual é proibida ao magistrado e ao Ministério Público fazerem ameaças, insinuações para forçarem, o autor do fato a aceitar a transação.; c) ato formal, o princípio da informalidade não independe a formalização da conciliação penal. Como esse acordo de vontades põe termo ao processo, ele deve ser formalizado, na presença do magistrado e com defesa técnica; d) defesa técnica, pressupõe-se que o acusado seja leigo, despreparado, até mesmo desorientado para aceitar um acordo que envolva sua liberdade. Deste modo, visando garantir o princípio constitucional da ampla defesa, exige-se que o autor do fato, o momento da transação, seja assistido pelo defensor constituído.

Em relação ao item “d” acima, que trata da defesa técnica, o STF manifestou-se através do HC 88.797/RJ, *verbis*:

HABEAS CORPUS. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO E DE DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE. Os artigos 68, 72 e 76, § 3º, da Lei n. 9.099/90 exigem, expressamente, o comparecimento do autor do fato na audiência preliminar, acompanhado de seu advogado ou, na ausência deste, de defensor público. A inobservância desses preceitos traduz nulidade absoluta. Hipótese em que o paciente não foi amparado por defesa técnica nem lhe foi nomeado defensor público na audiência preliminar na qual proposta a transação penal. Ordem concedida.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 616):

A transação penal é uma alternativa ao cidadão que cometeu uma infração de menor potencial ofensivo, não tendo a sua conduta causado um dano maior a outrem ou à sociedade como um todo. Neste instituto, há uma clara predileção à substituição da pena em detrimento da possibilidade de ressarcimento à vítima ou ao Estado, evitando um modelo fracassado de punição que não preenche os requisitos dos objetivos da pena, como igualmente acarreta ao sujeito um amargo, rancoroso e vingativo sentimento a despeito da sociedade. Resumidamente, a transação penal almeja uma forma de política que prestigia a remissão da pena ao agente que errou, mas que conscientemente buscou de alguma modo uma reparação. Não obstante, tal disciplina visa um entendimento consensual entre as partes,, ampliando a satisfação social em relação à atuação do Poder judiciário.

A transação penal caracteriza-se por prevenir ou extinguir o litígio, através da sua composição, que pode ocorrer pela própria vontade das partes ou pela intervenção estatal. Entretanto estas partes devem estar atentas ao respeito dos princípios constitucionais que garantem ao cidadão o acesso a todos os meios legais para defender-se. (PACELLI, 2009, p. 618)

Neste sentido, o Forum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), em seu enunciado 111, assim se manifestou: “O princípio da ampla defesa deve ser assegurado também na fase da transação penal”.

A transação penal se define também como tendo caráter despenalizador e consensual. Em relação a estes institutos, Pereira (2002, p. 147) comenta:

A impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade indica um caráter despenalizador desta proposta consensual, que pretende alternativas que restrinjam direitos e imponham obrigação, ou pagamentos, com o fim de possibilitar verdadeiro controle social de caráter preventivo integrador a este instituto, diante da pequena relevância social dos delitos a ele submetidos, bem como de uma prioritária oportunidade de ressarcimento de danos, ou de justiça restitutiva, com reconhecimento da importante presença da vítima nestes procedimentos negociados.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais opera com os novos princípios jurídicos de infração de menor potencial ofensivo, da composição dos danos civis, da transação penal e da suspensão condicional do processo, e tem em sua forma a solução dos conflitos pela via despenalizadora, que atende aos propósitos do acesso a Justiça.

4.3. UTILIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

4.3.1 COMPETÊNCIA

A competência dos Juizados Especiais Criminais é determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal e fixada pela natureza da infração (menor potencial ofensivo) e pela existência de circunstância que desloque a causa para o juízo comum. Conforme Tozatte (2009, s.p.), “Se o caso concreto apresentar determinada complexidade e o representante do Ministério Público achar necessário, deverá requerer a remessa dos autos ao juízo comum”.

Para os casos onde houver conexão ou continência de infração penal de menor potencial ofensivo com outra infração estranha à competência do Juizado Especial Criminal, ficariam aquelas excluídas do Juizado, prevalecendo o foro comum. Ainda segundo Tozatte (2009), nas situações de foro por prerrogativa de

função a competência será do Tribunal respectivo, assim como nas contravenções de crimes eleitorais a competência será dos Tribunais Eleitorais.

No que diz respeito à Justiça Militar, salienta Lopes Jr (2009, p. 124):

Se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em fase da sua competência constitucionalmente constituída (art. 98, I da Constituição Federal), deverá ser encaminhada ao Juizado Especial Criminal. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver separação dos processos, é o que ocorre, por exemplo, no caso de infração penal militar conexa com a infração comum. Não pode lei ordinária alterar o dispositivo na Constituição Federal. (LOPES JR, p. 124).

Às questões militares não poderiam ser aplicadas pela Lei 9099/95, uma vez que elas devem ser julgadas pelo Código Penal Militar, que não prevê pena de multa nem pena restritiva de direitos, ficando, assim, sem cabimento o instituto da transação penal.

4.3.2 APLICAÇÃO CONFORME AS AÇÕES PENAIS

A Lei 9.099/95, em seu art. 76, prevê a transação penal para as ações penais públicas, condicionadas e incondicionadas, excluindo os crimes de ação privada. Para Oliveira (2009, p. 629):

A exclusão procede, por incompatibilidade lógica entre o regime de transação penal e a recomposição civil dos danos (art. 74, Lei 9099/95), ressaltada a hipótese de impossibilidade real da reparação do dano. Aí, não veríamos quaisquer óbices à transação penal em ação privada. Se fosse o caso, porém de infração penal de competência dos juizados Especiais Criminais, não seria cabível a transação penal nas ações privadas. E isso justamente por força do disposto no art. 74 da mesma lei, em que se estabelece que a recomposição civil do dano implica a renúncia ao direito de queixa. (OLIVEIRA, 2009, p. 629)

Neste sentido, em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RHC 8123 AP. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. COMPETÊNCIA. CRIME DE DIFAMAÇÃO. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1 - A teor do disposto nos artigos 523, do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do art. 139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais.

2 - Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretratável.

Desta forma, uma vez reparado o dano, nada mais se poderia exigir do querelado em se tratando de questão penal. Entretanto, na hipótese de impossibilidade de reparação do dano, nada obstará a transação penal nas ações privadas.

Em análise através da leitura da Lei 9099/95, caso a infração noticiada seja privada, a parte noticiante precisa ingressar com a peça inicial denominada queixa-crime, que é a peça acusatória própria da ação penal privada e prevista no art. 101 do Código Penal.

Mesmo sendo de procedimento especial, a interposição da acusação não prejudica as tentativas da conciliação e reconciliação das partes, previstas no art. 2º da Lei 9.099/95. Neste tipo de infração, não há necessidade de lavrar termo circunstanciado, pois as provas serão produzidas durante a instrução processual.

Também o Fórum Nacional de Juizados Especiais entendeu desta forma em seu enunciado 112, que dita: Na ação de iniciativa privada, cabe transação penal e suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.

4.3.3 REQUISITOS DE CABIMENTO

O primeiro requisito a ser considerado é tratar-se de infração de menor potencial ofensivo, assim entendidas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima abstrata cominada não seja superior a dois anos, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95.

Para Mario Pazzaglini Filho (1999, p. 51), os pressupostos de cabimento para a realização da transação penal são:

a) tratar-se de ação penal incondicionada ou ser efetuada a representação, nos casos de ação penal pública condicionada; b) não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado; c) não ter sido o autor do fato condenado, por sentença definitiva, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade; d) não ter sido o agente beneficiado anteriormente pela transação, no prazo de cinco anos; e) os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime indicarem a adoção da medida; f) o Ministério Público formular a proposta de transação e o autor da infração e o seu defensor aceitarem.

Mário Franklin Nogueira (2003, p. 167) observa que, num primeiro momento, a transação penal somente é cabível quando não seja caso de arquivamento. Em outras palavras, restando caracterizada a ausência de tipicidade do fato, ou qualquer outra circunstância que enseje a não apresentação de denúncia, deve o termo circunstanciado (ou inquérito) ser arquivado.

Outro fator de cabimento da transação penal está ligado ao fato do autor não poder ter recebido o benefício nos últimos 5 (cinco) anos.

Para Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 151), a lei quer beneficiar o autor dos fatos enquadrados nas infrações penais de menor potencial ofensivo, mas não incentivar sua impunidade.

Explica Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 630) que o período de 5 (cinco) anos foi fixado à maneira do prazo previsto para a reincidência (art. 64, I, CP), como marco delimitador do exercício do direito à transação.

Segue o mesmo autor lecionando que:

Em tema de maus antecedentes e também no que se refere aos motivos e circunstâncias do crime, é importante ter sempre presente que os Juizados Especiais Criminais deve, visar, sempre que não for indispensável outra solução, à não imposição da pena privativa de liberdade, razão pela qual nem a existência de processo penal instaurado contra o acusado foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação.(OLIVEIRA, p. 631).

Assim, cabe ao Juizado o exame de cada caso concreto para que se chegue a conclusão de inviabilidade da transação pela existência de mais antecedentes.

Segundo Bittencourt (1997,. P. 109):

Se o autor do fato já tiver sido condenado pela prática de crime, conforme o art. 76, § 2º, I da Lei 9099/95, à pena privativa de liberdade, não será admitida a transação. Não importa se a condenação anterior foi por crime

doloso ou culposo, exigindo-se que seja condenação por crime, inexistindo proibição legal, porém, que seja a proposta feita quando o autor do fato tiver sido condenado anteriormente pela prática de contravenção. (BITENCOURT, 1997, p. 109)

Entretanto, no Juizado Especial a condenação do autor à pena restritiva de direitos ou multa não impede a proposta da transação, somente ocorrendo esse impedimento quando a condenação impôs a pena privativa de liberdade (Art. 76, § 2º, I, da Lei 9.099/95).

Uma discussão doutrinária que surge nessa questão se refere à interpretação que deve ser dispensada ao termo “sentença definitiva”.

Mirabete (2000, p. 134) defende que:

A expressão “sentença definitiva”, contida no art. 76, não significa sentença recorrível, como inadequadamente consta no art. 593, I do Código de Processo Penal, mas sim “sentença transitada em julgado”, pois o contrário infringiria o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Não haverá impedimento, portanto, se o feito anterior, em que foi proferida a sentença condenatória, estiver em fase de recurso, inclusive o extraordinário. (MIRABETE, 2000, p. 134)

Esta posição recebe sustentação do Código de Processo Penal, no seu art. 593, no qual reside a possibilidade de apelação, no prazo de cinco dias, das sentenças de condenação definitiva. Outro diploma que expressa essa posição é o art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Federais. Com base nessas disposições, a sentença definitiva não é, portanto, a transitada em julgado.

Alguns autores entendem que se já foi proferida uma sentença condenatória, não haveria mais que falar no princípio da inocência, somente no princípio da não culpabilidade.

Deste ponto de vista não compartilha Tourinho Neto (2011, p. 563), adotando a mesma linha de raciocínio de MIRABETE, entendendo que deve sempre prevalecer o dispositivo do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Também como requisito de cabimento da transação penal está a conduta social, a personalidade do autor do fato, os motivos e as circunstâncias da infração.

Para Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 110)

A análise da necessidade e suficiência da transação deve ser realizada através da avaliação dos antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como dos motivos e circunstâncias do crime. Cautelosamente, excluiu-se a culpabilidade como elemento aferidor da necessidade e suficiência da transação.

Como forma de melhor compreender esse impedimento, cumpre relembrar alguns conceitos, como expõe Tourinho Filho (2002, p. 110):

A condição social está ligada ao conjunto de suas atitudes e reações no meio social, não só na vida pública como na vida privada. A personalidade é o seu caráter, sua maneira habitual de ser: é uma pessoa de bem ou de maus costumes, de vida desregrada, dissoluta, ou de hábitos moderados. Motivos da infração representam as causas que levam, o agente a cometê-la. Podem ser reprováveis, censuráveis, como podem ser compreensíveis [...] Uma gama de elementos psíquicos informa os motivos da infração, tais como as emoções, a *aura sacra fames*, a ganância, os sentimentos sadios e perversos, as paixões, os instintos. Daí por que esses motivos devem ser sopesados e valorados. No que tange às circunstâncias, estas dizem respeito aos meios empregados, condições temporais, espaciais, pessoais, quando se consideram as condições ou qualidades do ofendido. Portanto não é tão simples, mesmo para um psicólogo, ante a prática de uma ação de menor potencial ofensivo, poder afirmar se o autor do fato voltará a delinquir.

A exemplo da aplicação da pena prevista no *caput* do art. 59 do Código Penal, o juiz deverá considerar os conceitos previstos no art. 76, 2º, III da Lei 9.095/99.

Com a transação penal é retirada a pena privativa de liberdade, mas o crime continua existindo. O autor da infração não terá que responder a um processo, não correndo o risco de vir a ser condenado à pena privativa de liberdade, ao mesmo tempo em que a sociedade não desperdiçará o tempo e o trabalho do Poder Judiciário.

Ainda em análise de cabimento da transação penal, após a análise das exigências gerais, cabíveis para a maioria dos crimes, faz-se necessário o estudo das normas específicas.

Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 631) trata de alguns crimes em especial, a saber:

Nos crimes ambientais, uma das condições para a aplicação da transação penal é a prévia composição do dano ambiental, conforme previsto no art. 27 da Lei 9.605/98. Também será cabível a transação penal nos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, com as exceções trazidas pela Lei 11.705/08, que deu nova redação ao art. 291, da Lei 9.503/97. De outro

lado, nos crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, não se aplicará a Lei 9099/95, por força expressa da Lei 11.340/06.

Com relação ao art. 291 da Lei 9.503/97, o § 1º, determina que a transação penal poderá ser aplicada, excetuando-se os incisos I, II e III, que tratam respectivamente de dirigir sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, participação de corrida (rachas) e quando transitando em velocidade superior 50 km/h da máxima permitida pela via.

Em referência a Lei nº 11.143/06, pode-se dizer que trouxe grandes modificações quanto ao trato dos delitos relativos às drogas, sendo, talvez, o mais importante, a descarcerização do usuário e a possibilidade expressa da transação penal para alguns crimes.

Rômulo de Andrade Moreira (2007, p. 22), no tocante à transação penal, que dispõe o § 1º do artigo nº 48 da Lei 11.343/06, diz que:

O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei 9.099/95. Nessa esteira, afere-se que as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar foram abrangidas pela transação penal. (RÔMULO, 2007, p. 22).

Com relação aos efeitos de reincidência o FORUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE), em seu enunciado 115, definiu que a restrição de nova transação do art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95, não se aplica ao crime do art. 28 da Lei 11.343/06.

O FORUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE), também definiu num encontro em Cuiabá/MT, no enunciado 124, que a reincidência decorrente de sentença condenatória e a existência de transação penal anterior, ainda que por crime de outra natureza ou contravenção, não impedem a aplicação das medidas despenalizadoras do art. 28 da Lei nº 11.343/06, em sede de transação penal.

Seguindo o estabelecido no artigo nº 27 da Lei nº 11.343/06, ao propor a transação, o Ministério Público poderá especificar uma pena, isoladamente, ou duas ou mais penas, cumulativamente, inclusive, com possibilidade de substituição a

qualquer tempo, com o fim de melhor adequá-la à recuperação e à reinserção do usuário e do dependente.

Há, ainda, conforme o § 6º, do art. 28, a previsão sucessiva de admoestação verbal e multa como forma de assegurar o cumprimento das medidas educativas supramencionadas a que o agente injustificadamente se recuse. Cumpre ressaltar que tais penas sucessivas tem natureza jurídica de pena acessória, remetendo-nos às astreintes do processo cível.

Neste quesito, o enunciado 85 do FORUM NACIONAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS (FONAJE), diz que quando aceita a transação penal, o autor do fato deve ser advertido expressamente para os efeitos previstos do § 6º do referido disposto legal.

Com relação à advertência de que trata o inciso I, do art. 28, uma vez aceita em transação penal pode ser ministrada a mais de um autor do fato ao mesmo tempo, por profissional habilitado, em ato designado para data posterior à audiência preliminar.

4.3.4 A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO

Preenchidos todos os requisitos, o autor da infração terá o direito subjetivo de receber o benefício da transação, devendo o Ministério Público realizar a proposta.

Segundo enunciado 114 do FORUM NACIONAL DOS JUÍZADOS ESPECIAIS (FONAJE), a transação penal poderá ser proposta até o final da instrução processual.

Tourinho Neto (2011, p. 95) entende que mesmo que o *caput* do art. 76 traga expresso que o ministério Público “poderá” propor a transação penal, não se trata de uma faculdade desse órgão, pois nosso Direito Penal não admite a ampla vigência do princípio da oportunidade, e assim completa:

Evidente que não se trata de mera faculdade, pois não vigora entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converter-se em *deverá*, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricionariedade. Ele é obrigado a formulá-la. E esse *deverá* é da Instituição. Nem teria sentido

que a proposta ficasse subordinada ao belo prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola, do Ministério Público. Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parece-nos poderá fazê-la o próprio Magistrado. (TOURINHO NETO, p. 95-96).

Entretanto, em relação à natureza jurídica do oferecimento da proposta de transação penal, existem divergências entre os doutrinadores. Alguns defendem que o Ministério Público teria liberdade para oferecer ou não o benefício. Outros, no entanto, sustentam que seria um direito subjetivo do autor, e o Ministério Público teria, portanto, o dever de realizar a proposta.

Para Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 140):

O dispositivo em exame afirma que o Ministério Público (e, por analogia, o querelante na queix-crime das infrações penais de menor potencial ofensivo), poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. [...] No entendo, permitir ao Ministério Público (ou ao acusado privado) que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º. (GRINOVER, 2007, p. 140).

No entendimento de Nucci (2008, p. 760):

Em nosso entendimento, vigendo ainda no Brasil, o critério da obrigatoriedade da ação penal, apenas mitigado pela possibilidade de oferta de transação penal, não se pode obrigar o Ministério Público a fazer a proposta. Aliás, como não se pode obrigar a instituição a propor a ação penal. (NUCCI, 2008, p. 760)

Por sua vez, Afrânio Silva Jardim (2005, p. 337), entende conforme Nucci, nos seguintes termos:

Nessas hipóteses penais de menor potencial ofensivo, o legislador dia que, desde que preenchidos determinados requisitos legais o Ministério Público pode oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer seria faculdade do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a faculdade de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade desta espécie de ação penal. Não vemos, por conseguinte, como direito subjetivo do réu a transação penal. (JARDIM, 2005, p. 337)

No entanto, Capez (2007, p. 557):, defende que :

Se o Ministério Público não oferece a proposta ou se o juiz discordar de seu conteúdo, deverá por analogia ao art. 28 do Código de processo Penal, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, o qual terá como opções designar outro promotor para formular a proposta, alterar o conteúdo daquela que tiver sido formulada ou ratificar a postura do órgão ministerial de primeiro grau, caso em que a autoridade judiciária estará obrigada a homologar a transação. (CAPEZ, 2007, p. 557).

Na mesma linha está Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 623) quando afirma que:

Não entendendo o órgão do *parquet* ser o caso de transação, por ausência dos requisitos, por exemplo, a solução será a remessa dos autos ao órgão superior com competência de revisão. Aliás, a partir da consolidação da jurisprudência da Suprema Corte sobre a aplicação da suspensão condicional do processo (Súmula 696), a aplicação subsidiária dos citados dispositivos parece inquestionavelmente tranquila. (OLIVEIRA, 2009, p. 623).

E assim finaliza Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 624) :

No caso da Lei 9.099/95, e, mais especificamente, em relação ao instituto da transação penal, a recusa na propositura da transação pelo Ministério Público enquadra-se exatamente em uma das hipóteses de não-reconhecimento do direito subjetivo do autor. E também exatamente por isso é que sustentamos que a aludida recusa deve, como qualquer lesão a direito individual, ser levada a submetida ao controle judicial. Não reconhecemos na Lei 9.099/95 a instituição de nenhum modelo de justiça negocia, como ocorre, por exemplo, no *plea bargaining* norte-americano. Ali, sim, reconhece-se ao órgão da persecução a livre escolha da medida a ser tomada. (OLIVEIRA, 2009, p. 624).

Corroborando com o entendimento da maioria da doutrina, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FORUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE)), conforme o enunciado 86, define que em caso de não oferecimento de proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP.

Desta forma, entende-se que o juiz não pode oferecer de ofício a transação penal, o que acarretaria uma ilegalidade, pois assim estaria entrando em seara do Ministério Público.

Ana Pelegrini Grinover (et. Al., 2005, p. 145) entende que a melhor alternativa para do autor do fato, na hipótese do promotor não oferecer a proposta da transação penal, seria impetrar *Habeas Corpus*, uma vez que ele poderia ser denunciado e, por consequência, ser condenado a pena privativa de liberdade.

4.3.5 NATUREZA JURÍDICA DA HOMOLOGAÇÃO DA PROPOSTA DE ACORDO

Vencida a questão da proposta da transação penal, é necessária a análise da natureza jurídica da sentença ou do acordo.

A doutrina vem de há muito debatendo sobre o assunto para determinar se a sentença que homologa a transação penal seria uma sentença absolutória, condenatória ou declaratória.

Ada Pelegrini Grinover (et. Al., 2005, p. 153), sustenta que a sentença é meramente homologatória, com eficácia de título executivo e que não poderá ser absolutória, pois existe a aplicação de uma sanção, mas que também não poderá ser condenatória, uma vez que não houve condenação.

Em entendimento diverso, Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 110) alega que se trata de sentença declaratória constitutiva. O autor afirma que a própria lei exclui qualquer caráter condenatório, afastando a possibilidade de reincidência.

Para Tourinho Neto (2011, p. 576) trata-se de sentença condenatória, dentro do seu devido processo legal, sem qualquer inconstitucionalidade, pois o juiz, ao acolher a proposta da transação, aplica a pena restritiva de direitos ou multa, ambas sanção penal.

Para Pazzaglini Filho (1999, p. 59) a sentença é homologatória e tem efeitos dentro e fora do procedimento, isto é, tem efeitos processuais e materiais, produzindo efeitos *ex nunc*. Referida sentença encerra o procedimento e faz coisa julgada formal e material, impedindo novo questionamento sobre os mesmos fatos.

Finalizando a discussão, em 28 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do voto do relator Ministro Teori Zavaski, no que foi acompanhado pela maioria, definiu que, para efeito de repercussão geral:

As consequências jurídicas extrapenais previstas no artigo 91 do Código Penal são decorrentes de sentença condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento do acordo. Trata-se de ato judicial homologatório, expedido de modo sumário em obséquio a um interesse público na célere resolução de conflitos sociais de diminuta lesividade para os bens jurídicos tutelados pelo estatuto penal. (RE 795.567/PR5 , rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28/5/2015)

Pacificada a questão, resta citar que o efeito da sentença homologatória da transação penal, quando transitada em julgado, será o impedimento de nova transação no prazo de cinco anos, nos termos do art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95, sendo este seu único efeito, não implicando em reincidência, nem em antecedentes criminais, cabendo, no entanto, recurso de apelação, na forma do § 5º do art. 76.

Por fim, o FORUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS (FONAJE), enuncia, em sua resolução 73, que o juiz pode deixar de homologar a transação penal em razão atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalente tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa.

4.3.6 DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O maior problema do instituto da transação penal enfrentado pelos operadores do direito está no descumprimento pelo transacionado da proposta formulada pelo representante do Ministério Público.

Uma vez que o autor do fato tenha aceitado a proposta da pena restritiva de direitos ou multa, e esta ter sido homologada pelo juiz, inicia-se o debate sobre os efeitos jurídicos do seu descumprimento.

Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 115) explica que :

À primeira vista, tem-se a impressão de que se o acusado descumprir a pena alternativa imposta nada lhe poderá ser feito, porque a lei é omissa [...] os art. 72, 76 e 79, que regulam a transação penal , não fazem qualquer referência à execução, cumprimento ou descumprimento das sanções alternativas. (BITENCOURT, 1997, p. 115).

Considerada como pena restritiva de direitos, a transação penal também se submeteria ao regime das conversões e substituições das penas previstas no Código Penal, que dita que não efetuado o pagamento da pena de multa será considerada dívida de valor. Nos ensinamentos de Mirabete (2002, p. 164):

Na hipótese de descumprimento da pena, deve-se obedecer aos ditames legais. Quanto à multa, não sendo mais possível sua conversão em pena restritiva de liberdade, revogado que está implicitamente o art. 85 da Lei 9099/95, nem em pena restritiva de direito, por falta de previsão legal, deve-se promover a execução nos termos do art. 51 do Código Penal. (MIRABETE, 2002, p. 164).

No caso do não pagamento da multa, mesmo quando tornada dívida ativa, seria atingida pelo instituto da prescrição, ficando o autor do fato sem sofrer qualquer punição, não tendo mesmo registro de maus antecedentes, nos termos do art. 76, par. 4º e 6º, da Lei 9.095/99.

Corroborando com os dizeres de Mirabete, está o enunciado 44 do Forum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), determinando que no caso de transação penal homologada e não cumprida, o decurso de prazo prescricional provoca a declaração de extinção de punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

A questão acaba desembocando em duas alternativas, independente da natureza jurídica da decisão que homologa a transação penal. A primeira defendida pela minoria dos doutrinadores parte para a execução da pena imposta e a segunda é de que deve haver a desconstituição do termo pelo juiz e o feito ser enviado ao Ministério Público para ofertar a denúncia e ter início a fase da instrução processual.

Na opinião de Rômulo de Andrade Moreira (2007, p. 59):

Descumprido o acordo entendemos pela impossibilidade de oferecimento de denúncia, pois a sentença homologatória faz coisa julgada material, restando ao Ministério Público a alternativa de executar a sentença homologatória, seja nos termos da Lei de Execução Penal (art. 147 e 164), seja em conformidade com o Código de Processo Penal, já que se está diante de um título executivo judicial (art. 548, III, CPC). (MOREIRA, 2007, p. 59).

De outra forma é o posicionamento do STJ (DJU, 2001), através do HC 11.398/SP, nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 11.398 – SP (2001/0056971-3) (DJU 12.11.01, SEÇÃO 1, P. 159, J. 02.10.01). RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. EMENTA: RHC. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO CONDICIONADA AO EFETIVO PAGAMENTO DA MULTA AVENÇADA. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA ANTE A INEXISTÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL PARA EVENTUAL EXECUÇÃO. É possível o oferecimento da denúncia por parte do órgão Ministerial, quando descumprido acordo de transação penal, cuja homologação estava condicionada ao efetivo pagamento do avençado. O simples acordo entre o Ministério Público e o réu não constitui sentença homologatória, sendo cabível ao Magistrado efetivar a homologação da transação somente quando cumpridas as determinações do acordo. Recurso desprovido.

Portanto o STJ, deixa claro que o juiz somente poderá efetivamente considerar homologação da transação após cumpridas as diretrizes acordadas entre as partes.

No mesmo sentido está o entendimento do STF (DJ, 2001):

HC 79572 / GO – GOIÁS. HABEAS CORPUS Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Publicação: DJ DATA-22-02-02 PP-00034. EMENT VOL-02058-01 PP-00204. Julgamento: 29/02/2000 - Segunda Turma. Ementa: HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, a fim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.

Por sua vez o STF, determina neste HC que, em caso de descumprimento do acordo por parte do acusado, o Ministério Público deverá propor a ação penal.

Após anos de debates e pensamentos diversos, o STF pacificou a questão através da súmula vinculante nº 35, determinando que:

A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9095/99 não faz coisa julgada matéria e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Entende-se que quando aplicada a pena restritiva de direitos ou multa, esta sentença deve ser considerada simplesmente homologatória, podendo, assim, no caso de seu descumprimento, retornar à situação jurídica anterior pela declaração do juiz que tornará ineficaz o termo de acordo. Desta maneira, o Ministério Público estará apto a ofertar denúncia, ou a requerer diligências.

5. CORRELAÇÃO ENTRE A PLEA BARGAINING E A TRANSAÇÃO PENAL

5.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O PROCESSO PENAL

5.1.1 FUNÇÃO E FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

O ser humano é um ser social, que não vive por longo tempo sem o contato de qualquer outro indivíduo. Necessita do intercâmbio, da relação existencial com outras pessoas, podendo gerar desavenças e tensões. Nesta linha, argumenta Linda Dee Kyle (2011, p. 52)

os conflitos sociais surgem em razão da convivência em sociedade, que exige, para a harmonia, a renúncia à própria manifestação da individualidade de cada elemento do grupo. Nas relações intersubjetivas, nas quais cada indivíduo tenta impor-se sobre os demais, é natural que surjam os conflitos.

Havendo uma conduta descrita em algum tipo penal, a pessoa deverá ter como consequência de seu ato a aplicação de uma sanção do Estado. Para Norberto Avena (2014, p. 2), essa aplicação não poderá ocorrer à revelia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo necessária a existência de um instrumento que possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal.

O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena. Neste sentido, Aury Lopes Jr. (2006, p. 2), diz que:

a titularidade de punir por parte do Estado surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça [...] a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.

Defende o autor que somente através do processo é que se poderá impor ao acusado uma pena, como forma de punir a sua conduta delitiva.

Para Linda Dee Kyle (2011, p. 56):

A tendência universal é atribuir ao processo e ao exercício da jurisdição a finalidade de pacificação social, por meio da qual se pretende atingir o bem comum. Por meio deste, o Estado se habilita a tutelar e a garantir direitos

aos indivíduos contra os abusos dos agentes estatais, visando ao equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade dos indivíduos.

A aplicação jurisdicional do processo pelo Estado deve ter em conta a paridade de forças entre este e o acusado, que é a parte mais frágil da relação.

Aury Lopes Jr. (2006, p. 06), entende que:

A exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, ao mesmo tempo em que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o delito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade de que essa pena venha por meio do devido processo penal. Ou seja, cumpre aos juízes e tribunais declarar o delito e determinar a pena proporcional aplicável, e essa operação deve necessariamente percorrer o leito do processo penal válido e com todas as garantias constitucionalmente estabelecidas para o acusado.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 09), a nova sistemática constitucional passou a determinar que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

A função do direito processual penal é assegurar os direitos do acusado, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais; nas palavras de Aury Lopes Jr. (2006, p. 08),

O processo penal constitui uma instância formal de controle do crime, e, para a criminologia, é uma reação formal ao delito e também pode ser considerado com um instrumento de seleção, principalmente nos sistemas jurídicos que adotam princípios como da oportunidade, *plea bargaining* e outros mecanismos de consenso.

Assim, o princípio primeiro que impera no processo penal é o da proteção dos inocentes. Para Aury Lopes Jr (2006, p. 28), esse *status*, a inocência, adquire caráter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

5.1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No sistema comparado encontram-se três espécies de sistemas processuais, assim descritos por Norberto Avena (2014, p. 09):

Sistema acusatório: Próprio dos regimes democráticos, caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se acusatório porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio do qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias [...] garante-se à defesa o direito de manifestar-se apenas depois da acusação, exceto quando quiser e puder abrir mão desse direito.

Sistema inquisitivo: típico dos sistemas ditatoriais, contempla um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar. Neste sistema não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Não se fala em paridade de armas, sendo nítida a posição de desigualdade entre as partes.

Sistema misto ou inquisitivo garantista: ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto a produção de provas *ex officio* e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses.

Existe divergência doutrinária sobre qual sistema processual penal é adotado no Brasil. A jurisprudência e a doutrina majoritária elegeram o sistema acusatório. No entanto para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 104), o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Seguindo exclusivamente a Constituição Federal, poderia se dizer que o sistema é acusatório, entretanto o código que rege o processo penal brasileiro é datado de 1941, elaborado em perspectiva inquisitória.

5.1.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO PENAL

Segundo Aury Lopes Jr (2006, p. 16), o sistema processual está sustentado por cinco princípios básicos, que são os seguintes:

Jurisdicionalidade: *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio* - Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a

exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

Separação das atividades de julgar e acusar: *Nullum iudicium sine accusatione* – Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de juiz instrução, até porque não cabe ao juiz qualquer tipo de iniciativa probatória.

Presunção de inocência: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias através de uma sentença.

Contraditório e direito de defesa: *Nulla probatio sine defensione* – É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação e a defesa

Fundamentação das decisões judiciais: Para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência, também é fundamental que as decisões judiciais estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.

Por sua vez, Norberto Avena (2014, p. 36) cita também o Princípio da isonomia processual, pelo qual as partes em juízo devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária.

Outros autores citam ainda os princípios do duplo grau de jurisdição, princípio *in dubio pro reo*, princípio da indisponibilidade, entre outros. Entretanto, os cinco princípios citados por Aury Lopes Jr são aqueles que estão diretamente relacionados com o sistema de transação penal e da *plea bargaining*.

5.2 AVALIAÇÕES DOUTRINÁRIAS DO PLEA BARGAINING

As opiniões a respeito do sistema da *guilty plea* são divergentes. Para Nogueira (2003,p. 80):

a maior parte dos doutrinadores assume que esse sistema é essencial para a eficiência da justiça Criminal. Fosse o maior número de casos submetidos a julgamento, haveria um colapso no sistema. É por isso que a maior parte das críticas não objetiva a eliminação desta prática, mas sim o seu aperfeiçoamento.

Por sua vez, Vasconcelos (2014, s.p.), afirma que:

No sistema estadunidense, a *plea bargaining* é a regra absoluta, ou seja, o seu aclamado modelo acusatório de júri puro é um mito na realidade prática, embora teoricamente previsto como direito a todos os cidadãos processados criminalmente. Em termos médios, aponta-se que 90% dos casos de sentença condenatória se fundamentam no reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*) obtido por meio de acordos entre acusações e defesa e, portanto, sem a necessidade de provas incriminatórias sólidas e lícitas além da dúvida razoável.

Campos (2012, p. 7, *apud* CHEMERINSKI, LEVENSON, 2008, p. 649) diz que o mecanismo do *plea bargaining*,

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.

Favorável ao instituto, Campos (2012, p. 7, *apud* Sandefur, 2003, p. 28), rechaça a alegada inconstitucionalidade da *plea bargaining*, pois vê no mecanismo um acordo através do qual o Estado oferece leniência (*prosecutorial leniency*) ao acusado em troca de sua confissão de culpa, entendendo 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.

Completando este pensamento, NOGUEIRA (2003, p. 81) afirma que a pessoa que se declara culpada está muitas vezes merecendo a indulgência, desde que seu ato indique arrependimento, potencialidade de recuperação, cooperação com as autoridades.

Aury Lopes Jr (2006, p. 32), declarando-se totalmente contrário ao instituto, refere-se ao papel do Ministério Público nos Estados Unidos, dizendo que:

Muitas negociações são realizadas nos gabinetes do Ministério Público sem publicidade e onde prevalece o poder do mais forte, acentuando a posição de superioridade do *parquet* [...] isto significa a incursão do ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo Tribunal [...] a doutrina afirma que o **promotor é o juiz às portas do tribunal**.

Nogueira (2003, p. 81) diz que para parte da doutrina o Júri e os juízes é que deveriam ser os árbitros finais das disputas, e não os promotores e escritórios de advocacia. Afirma também que para dois acusados com idênticas acusações, aquele que se declara culpado recebe uma sentença menos severa que aquele que vai a julgamento.

Milton (2001, p. 9) refere-se ao perigo maior do *plea bargaining*, qual seja, o aumento de poderes do *parquet*, bem como o perigo do desvio de função a serviço de interesses políticos e direcionamentos escusos. Na mesma linha de pensamento, Oliveira (2002, p. 112) relata o fato de que o Ministério Público subverte a própria natureza legítima do instituto, quando evita a impunidade, manipula o objeto da acusação, em prática do *overcharging*, instrumento de indução a uma negociação, com o fim de tornar mais aceitável uma sanção moderada.

Vasconcelos (2014, p. 329), em discussão sobre a compatibilização da barganha com os sistemas processuais, diz que:

A partir do estudo sobre o objeto do processo penal, não há como se conceber a negociação entre acusação e defesa acerca da incidência e da delimitação do poder punitivo, visto que a aplicação da punição estatal não pertence às partes no processo penal [...] que se dá por meio do Estado/Juiz.

A grande quantidade de condenações ocorre através do sistema do *plea bargaining* que, conforme estatísticas de 2013, quase 97% das condenações no sistema de justiça americano ocorrem em função de acordos para reconhecimento de culpabilidade. ALBERGARIA (2007, p. 109, *apud* SCOTT, STUNTZ, 1992, p. 1912), salienta que, no final das contas, a *plea bargaining*, “*is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system*”.

Aury Lopes Jr (2006, p. 33), referindo-se ao nexo de causalidade entre o delito e a pena, salienta que haverá o sacrifício da proporcionalidade da punição. E continua, afirmando que a pena não dependerá mais da gravidade do delito, mas da habilidade negociadora da defesa. Os acusados que se recusam ao acordo são considerados incômodos e nocivos e recebem acusações mais severas.

Por outro lado, Aury Lopes Jr (2006, p. 33) aponta que a única vantagem da *plea negotiation* a celeridade com que são realizados os acordos e

com isto finalizados os processos. Sob o ponto de vista do custo administrativo, existe uma considerável economia de tempo e dinheiro. Entretanto, ao finalizar, afirma sempre ser melhor uma sentença justa, ainda que tardia, que o imediatismo da injustiça.

Campos (2012, p. 7, *apud* CHEMERINSKI, LEVENSON, 2008, p. 649-651), refere-se aos argumentos contrários os *plea bargaining* :

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 ente 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; e) tratamento supostamente desigual entre réus, conforme a jurisdição e sua situação econômica.

Em posição contrária, Luiz Flávio Gomes (2011, s.p.) enumera as vantagens desse sistema:

a) permite um pronto julgamento da maioria dos assuntos penais; b) evita os efeitos negativos que a demora do processo provoca, sobretudo quando o imputado está preso; c) facilita uma pronta reabilitação do infrator; d) com menos recursos humanos e matérias são julgados mais casos.

Apesar de a *plea bargaining*, ser aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos como um componente essencial à administração da justiça Criminal, como já citado em capítulo anterior, as opiniões antagônicas de Campos e Flavio Gomes retratam as posições adversas da doutrina e sugerem um aprofundamento no estudo deste instituto.

5.3 AVALIAÇÕES DOUTRINÁRIAS DA TRANSAÇÃO PENAL

O instituto da transação penal, semelhante a *plea bargaining*, promove acaloradas discussões da doutrina.

Apesar dos operadores do direito empregarem a palavra transação como instrumento da negociação, o legislador da Lei 9099/95, no art. 76, não utilizou

o termo “transação”, mas sim a expressão “proposta”. Kyle (2011, p. 109) define transação como um ajuste do qual as pessoas realizam uma negociação ou um contrato; acordo, convenção.

Para alguns autores como Damásio de Jesus (2000, p.56), Ada Pelegrini Grinover (2005, p.120) e Luiz Flavio Gomes (2000, p.54), o legislador Constituinte foi inteligente ao separar as garantias dos cidadãos da criação da transação penal e por esse motivo entendem que o instituto deve ser aplicado como pena.

Defendem que o instituto faz parte de um novo processo, que apresenta princípios inovadores em um espaço revolucionário de consenso, que em nada obstam a aplicação da pena sem processo.

Também faz parte desta corrente Nereu José Giacomolli (2002, p.120), que defende a tese de que há certa reprovabilidade jurídica na conduta supostamente praticada pelo transacionado, o que por si só já enseja a aplicação da pena.

Ada Pelegrini Grinover (2005, p.41), apesar de entender que a sentença que homologa a transação penal não tem natureza condenatória, entende que a pena aplicada na transação penal, por não estar travestida de análise de culpabilidade, não fere a presunção da inocência do noticiado, pois o cumprimento não gera efeitos civis ou penais, exceto para o caso de novo benefício dentro do prazo de cinco anos, por este motivo não é inconstitucional.

Ainda relacionado ao princípio da inocência, Nogueira (2003, p. 124), argumenta que a aceitação da proposta de transação penal por parte do autor do fato não implica qualquer reconhecimento de culpabilidade, pois:

O princípio da presunção de inocência – por ser presunção – cede à manifestação livre, consciente e inequívoca do autor do fato, devidamente assistido por seu defensor constituído, que assume a responsabilidade pela imputação, transigindo e aceitando a imposição de sanção alternativa proposta pelo Ministério Público. Por outro lado, não se pode ignorar que a transação penal realiza-se sob o império do devido processo legal, com as garantias fundamentais asseguradas, e amparada pelo imperativo da Constituição federal de (art. 98,I).

Outra linha de doutrinadores entende que a transação penal por ser pena aplicada em fase administrativa é inconstitucional, estão de acordo com este pensamento os autores Geraldo Prado (2006, p.131) e Miguel Reale Junior (1997,

p. 27). Para os autores, as garantias constitucionais são inflexíveis, pois, asseguram que o sujeito, submetido ao julgamento do estado, não prejudique a si mesmo ou dê ao Estado um poder que foi propositalmente limitado pelo legislador constituinte.

Linda Dee Kyle (2011, p. 1180), referindo-se as discordâncias doutrinárias, cita que:

A Escola Paulista do Ministério Público não se refere à transação como uma ação, mas sim, como um procedimento que a antecede. Outros doutrinadores entendem que a proposta formalizada pelo Ministério Público constitui uma denúncia, ou seja, a própria ação penal pública, com a possibilidade de negociar com a outra parte uma pena diversa da restritiva de liberdade.

Um dos maiores opositores da justiça criminal consensual, Aury Lopes Jr, (2009, p. 31), defende que existe uma incompatibilidade deste instrumento com o sistema acusatório implicitamente previsto na Constituição Federal, uma vez que violam os princípios da :

a) Jurisdicionalidade; b) inderrogabilidade do juízo; c) separação das atividades de acusar e julgar; d) presunção de inocência; e) contradição; f) fundamentação das decisões judiciais.

Aury Lopes Jr (2009, p. 33) alega também que ninguém gosta de negociar sua inocência, ter que reconhecer uma culpa inexistente em troca de uma pena menor, ou correr o risco de se submete a um processo que será desde logo desleal.

Com pensamento contrário ao de Aury Lopes Jr., Nogueira (2003, p. 124) diz que:

Em nosso sistema consensual, introduzido pela Lei 9099/95, a aceitação da proposta, com imposição da pena de multa ou restritiva de direitos desde logo, não implica declaração de culpa. Em consequência o estado de inocência persiste, mesmo após a homologação da transação pelo juiz. O acusado abre mão voluntariamente de suas garantias constitucionais.

A respeito da questão da inconstitucionalidade, César Roberto Bitencourt (2000, p. 546) faz menção com duras palavras dizendo chegar às raias do patológico procurar inconstitucionalidades com utilização de lupa, atingindo seu auge quando se afirma inconstitucional o cumprimento regular de um mandamento constitucional.

5.4 SIMILARIDADES ENTRE OS INSTITUTOS DO PLEA BARGAINING E A TRANSAÇÃO PENAL.

Sobre as semelhanças entre os institutos, Ada Pelegrini Grinover (2005, p.33) afirma:

Não estamos diante da *guilty plea* (declaração de culpa), ou do *plea bargaining* (barganha penal) do Direito Norte Americano, pois a aceitação da transação não tem efeitos penais ou civis. A figura que mais se aproxima do instituto pátrio é o *nolo contendere* (não quero litigar), pelo qual o interessado simplesmente prefere a via do consenso à do conflito.

O *plea bargaining* e os Juizados Especiais Criminais com as medidas despenalizadoras espelham um modelo de justiça criminal. Para Campos (2012, p. 17), devem ser analisadas as diferenças entre os institutos. Nos Estados Unidos a negociação é utilizada de forma ampla, abrangendo desde a criminalidade de pequena ou média gravidade. Por sua vez, no Brasil somente é admitida nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, nas contravenções penais e nos crimes cominados com pena máxima não superior a dois anos, conforme determina o art. 76 da Lei 9099/95.

Milton (2011, p. 6-8), falando sobre a aplicabilidade do sistema negocial no Brasil, diz que:

Muito embora seja deveras útil em território ianque, o sistema negocial revelará toda sua perversidade se implantado em uma sociedade de discrepâncias sociais como a brasileira. Pois, de logo, infere-se uma ausência de igualdade de partes e facilidade para manipulação política [...] a transação penal iguala-se ao *plea bargaining* por ter como titular da ação o Ministério Público, o único que pode propor os acordos.

Para o autor a aplicação do sistema negocial no Brasil, nos moldes em que é utilizado nos Estados Unidos onde praticamente todos os crimes, exceto a pena capital, podem ser barganhados, seria temerário tendo em vista nossa cultura política e social.

Sobre a publicidade das negociações, Campos (2012, p. 17) relata que:

Os mecanismos de consenso no rito procedimental dos Juizados Criminais, tem 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 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.

Em relação à aceitação da sociedade no tocante à aplicação da negociação, Albergária (2007, p. 132) afirma que ela tem tanto menos apoio quanto mais grave for o crime em causa e, inversamente, tem tanto mais apoio quanto menos grave for esse crime ou quando se trate de crime sem vítima.

Vasconcelos (2014, p. 16), referindo-se a utilização do sistema do *plea bargaining* fora dos Estados Unidos, relata que:

Em termos mundiais, embora sejam amplamente reconhecidas as inúmeras e relevantes objeções especialmente em relação à compatibilização com ordenamentos de origem continental, os mecanismos de barganha estão sendo ou foram implementados nos mais diversos sistemas jurídicos internacionalmente. Há quem avenge, inclusive, a hipótese de uma marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo, diante da expansão da *plea bargaining* pelo território europeu e latino-americano.

Ainda em relação à aplicação do *plea bargaining* fora do território norte americano, Thaman (2010, p. 48) afirma que:

Apesar da aparente incompatibilidade entre a *plea bargaining* e o modelo da investigação oficial, um número substancial de países que utilizam o sistema jurídico do *Civil Law*, tem recentemente mostrado interesse em utilizar o mecanismo desses procedimentos. As razões variam de país para país, mas a razão em comum é o crescimento do número de crimes na maioria desses países em anos recentes. Esta situação tem produzido um aumento na quantidade de processos criminais exigindo deles uma maior rapidez na solução de casos criminais em menos tempo.

O sistema negocial *plea bargaining* dos Estados Unidos permite que as partes tenham ampla possibilidade de transacionar em relação os fatos, quanto a qualificação jurídica e sobre as consequências penais. Comenta Ada Pelegrini Grinover (2005, p. 88) ser diferente a transação penal, pois não se negocia a conduta, a culpabilidade ou a pena a ser aplicada ao autor.

O Conselho Nacional de Justiça apontou que o número de processos em tramitação na Justiça brasileira em 2020 chegará a 114,5 milhões se a

quantidade de ações continuarem a superar a capacidade do Poder Judiciário de julgar.

Em entrevista a Revista Consultor Jurídico (2014, s.p.), o Juiz norte-americano Jeremy D. Fogel, afirma que:

Atualmente, os Estados Unidos dependem tanto do *plea bargaining* que, se do dia para noite tornássemos essa prática ilegal, teríamos um grave problema para reajustar o Judiciário. O Brasil poderia fortalecer o uso dos acordos criminais como um começo de mudança na lentidão. Se o Judiciário tem muitos processos e poucas cortes e juízes para julgá-los, a demora na solução dos casos mostra aos criminosos que tal sistema é tão ineficiente e moroso que, mesmo que a pessoa seja culpada, o risco de se proferir uma sentença menos adequada é alto. E isso é um problema social.

O Supremo Tribunal Federal definiu, através do HC 80828/SP de 2001, que o sistema de transação penal brasileiro não se assemelha ao *plea bargaining norte americano*. A possibilidade ou negociação de uma confissão não está respaldada pela legislação brasileira, assim como não estão os institutos da confissão espontânea ou da delação premiada.

Tramita na Câmara dos Deputados Federais, o projeto de lei 8045/2010, que dispões sobre o novo Código de Processo Penal brasileiro, trazendo novo e importante instrumento de justiça negociada. No art. 283, do projeto está previsto o instituto que mais se assemelharia ao *plea bargaining*, para os crimes cuja pena máxima cominada que não ultrapasse a 8 (oito) anos, desde que haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória, que a pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, podendo ser diminuída em até 1/3 da pena mínima prevista. Esta negociação (barganha) deverá ser realizada entre o Ministério Público e o acusado, com a assistência de seu defensor, até o início da audiência de instrução e julgamento. Nos termos do art. 284, em caso de não haver acordo entre as partes, o processo deve prosseguir no rito ordinário.

No período em que o projeto do novo Código de Processo Penal tramitou no Senado Federal, foi emitido o parecer 1636/2010, que trata das semelhanças entre o *plea bargaining* e a transação penal:

Por fim cumpre observar que a proposta de aplicação da pena mediante requerimento das partes não se confunde com o *plea bargaining* norte-americano. Se notarmos bem, o projeto de código não confere às partes poderes de negociação para fixar o quantum da pena privativa de liberdade.

A referência será sempre o mínimo legal, cabendo ao juiz verificar o cumprimento dos pressupostos formais do procedimento sumário.

O projeto do novo Código de Processo Penal, segundo COSTA (2013, s.p.), poderá abranger um sem número de delitos, permitindo a aplicação imediata da pena. No entanto a transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9099/95, permanecerá subordinada às infrações e contravenções com pena máxima de até 2 anos.

Portanto, o sistema processual penal brasileiro manterá o instituto da transação penal, que vigo há mais de vinte anos, e ganhará mais um sistema de justiça consensual, a barganha.

CONCLUSÃO

O sistema de negociação consensual para a solução de conflitos criminais utilizados nos Estados Unidos, em diversos países do mundo e no Brasil, tem como objetivo evitar o acúmulo de processos nos tribunais, dar uma resposta rápida a população, evitar o desgaste do acusado em ter que passar um por um longo e custoso processo, assim como, diminuir os custos financeiro do estado.

No entanto, para se atingir estes objetivos, o sistema é criticado por parte da doutrina, que alega a perda das garantias constitucionais do acusado em relação aos princípios do processo penal.

O instituto da barganha (negociação), é originário do sistema de direito do *Common Law*, surgido na Inglaterra, por volta do ano 1066, quando da invasão normanda. Este sistema está baseado nos precedentes judiciais, mais do que nas leis escritas. Deriva-se mais de princípios do que de regras, absolutas ou inflexíveis.

O *Common Law* tem suas bases na jurisprudência, suas regras são as encontradas na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais ingleses e também os *leading cases*. Assim, a solução para um específico caso concreto é analisada em razão de outros casos semelhantes e não em função de uma lei genérica e codificada.

O Estados Unidos adotou o sistema de direito do *Common Law*, mas não totalmente puro e sim um sistema misto entre o *Common Law* e o Civil Law. Tendo em vista as peculiaridades de sua formação como nação, a influência francesa, espanhola e principalmente dos colonos que não queriam, não aceitavam e não entendiam o sistema inglês, somente a partir de 1850 é que solidificou-se na América do norte o sistema do *Common Law*.

A forma preferivelmente oral dos procedimentos judiciais nas cortes norte americanas, aliadas as normas do *Common Law*, fizeram surgir um sistema onde o acusado, perante o juiz pode se declarar de três formas: inocente (*plea of not guilty*), culpado (*plea of guilty*) ou que não se opõe à acusação (*nolo contendere*). Entretanto, antes mesmo de chegar à presença do juiz, pode haver uma negociação entre o acusado e seu defensor e o promotor (Ministério Público). Este procedimento conhecido como *plea bargaining*, é responsável pela solução de mais de 90% dos casos criminais na justiça norte americana.

Embora existam algumas citações anteriores, os primeiros registros da utilização do *plea bargaining*, principalmente em casos de pena capital, dão conta de 1840, em Massachusetts.

Identificar exatamente as causas da expansão e consolidação do instituto, não é fácil e talvez nem possível. De todo o modo, dois fatores podem tentar explicar este fenômeno: o aumento exponencial da população norte americana de 4 milhões para 81 milhões entre os anos de 1800 e 1820, devido a grande quantidade de imigrantes, o que resultou em grande aumento da criminalidade. O outro fator foi a explosão demográfica após a II Grande Guerra, principalmente do aumento da população jovem e da expansão das drogas.

Após a Guerra da Secessão, houve a profissionalização do direito nos Estados Unidos com a criação das *Schools Laws* em diversas universidades, acarretando uma lentidão nos processos e criando-se as condições para o aumento de casos resolvidos pelo sistema de *guilty plea* e *plea bargaining*.

Outro fato que contribuiu para a solidificação do sistema negocial, foi o reconhecimento do instituto pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1970 e 1971, no caso *Santobello vs. New York*, de 1971, a Suprema Corte louva e recomenda a prática do *plea bargaining*, nos seguintes termos: “A resolução de casos criminais por acordo entre o procurador e o acusado, por vezes vagamente chamada “*plea bargaining*”, é um componente essencial da administração da justiça. Corretamente administrada, deve ser encorajada”.

A partir da promulgação da Carta constitucional de 1988, surge a ideia de transformar os antigos Juizados de Pequenas Causas, que se destinavam a julgar causas de menor valor, em Juizados Especiais.

Como determinava o artigo 88 da Constituição Federal, a União, o Distrito Federal e os Estados deveriam criar juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, que fossem competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Definia também que os procedimentos fossem orais e sumaríssimos, e que permitisse a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.

Assim, em 1995, foi promulgada a Lei Nº 9099, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que em seu art. 76, trazia um novo instituto para o sistema judicial brasileiro, a transação penal.

A transação penal caracteriza-se por permitir que o Ministério Público proponha ao acusado a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Podendo ser extinto o litígio, através da sua composição consensual, entretanto as partes devem estar atentas ao respeito dos princípios constitucionais que garantem ao cidadão o acesso a todos os meios legais de defesa.

Nos Estados Unidos a negociação é utilizada de forma ampla, abrangendo desde a criminalidade de pequena ou média gravidade. Por sua vez, no Brasil somente é admitida nos casos de infrações penais de menor potencial ofensivo, nas contravenções penais e nos crimes cominados com pena máxima não superior a dois anos.

Com relação à aceitação da sociedade no tocante à aplicação da negociação, Albergária (2007, p. 132) afirma que ela tem tanto menos apoio quanto mais grave for o crime em causa e, inversamente, tem tanto mais apoio quanto menos grave for esse crime ou quando se trate de crime sem vítima.

Apesar da crítica de boa parte da doutrina, os institutos de negociação do *plea bargain* e da transação penal, estão sendo ou foram implementados nos mais diversos sistemas jurídicos internacionais. As razões variam de país para país, mas a razão em comum é o crescimento do número de crimes nos últimos anos. O que exige maior rapidez na solução dos casos criminais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAN, José Alexandre Zachia. **Colaboração processual: prêmio ou negócio?**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Ano 10, n. 18. Porto Alegre, 2010.

ALBERGARIA, Pedro Soares – **Plea Bargaining , Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.** Coimbra. Edições Almedina, 2007.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13 ed. , V1, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método.2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **Procedimento penal acusatório das “quaestiones perpetuae”**: fonte da sabedoria dos veredictos do tribunal do júri. *Justitia*, São Paulo, 59 (178), abr/jun 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22548/procedimento_penal_acusatorio_quaestiones.pdf?sequence=4>. Acesso em: 02 fev. 2016.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional** 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de prisão**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Manuel de Direito Penal – Parte Geral**. V. 1. São Paulo, Saraiva, 2000.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 20 nov.2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8045/2010 – Código de Processo Penal.<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>.> Acesso em : 15 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 nov.2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao>. Acesso em: 20 nov.2015.

BRASIL. **Lei do Crime Organizado**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 20 nov.2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 nov.2015.

Brasil. Tribunal Regional Federal – 5ª Região, Recife. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas-Corpus n.º 1398/CE, Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha. CE, 15 de maio de 2002. Disponível em:

<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141602/habeas-corpus-hc-1398-ce-20020500003246-2> . Acesso em: 20 dez 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Recurso Ordinário Em Habeas Corpus. Juizados Especiais Criminais. Crime De Difamação. RHC 8123 AP 1998/0090769-6. RELATOR: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 16 abr 1999.

Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418839/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-8123-ap-1998-0090769-6>>. Acesso em: 15 jan.2016.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos**. Disponível em:

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2616/2405>> Acesso em: 17 jan. 2016.

BURNHAM, William. **The Law and Legal System of the United States**. Fourth edition. Detroit: Thomsen West. 2006.

BUSATO, Paulo César. **A política jurídica como expressão da aproximação entre o *common law* e o *civil law***. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/artigo%20Paulo%20Busato.pdf>> Acesso em: 5 fev. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS, Queiroz G. S. Plea Bargaining e Justiça Consensual: Entre os ideais de funcionalidade e garantismo. – **Custos Legis**, Revista Eletrônica do Ministério Público do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em : 16 dez. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. Os precedentes judiciais como fonte do direito: a lição do direito anglo-saxão. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5903>. Acesso em 12 dez. 2015.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A Delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Disponível em :

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/guilherme%20%20machado%20casalli%20revista%20de%20direiro.pdf>> . Acesso em : 15 dez. 2015.

CASSEL, Douglass. El sistema procesal penal de Estados Unidos. Un análisis y estudio del modelo penal de Estados Unidos el cuál fue copiado en varios países de Latinoamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. 27 p. disponível em : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/10.pdf> - 20/01/2016. Acesso em: 15 dez. 2015.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Os sistemas judiciais norte-americano e brasileiro e o impacto no desenvolvimento social:** uma abordagem neo-institucionalista. Disponível em:<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15511/14067> . Acesso em: 12 jan. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números.** 2015. Disponível em : < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.. Acesso em : 02 fev. 2016.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

COSTA. Rafael Paula Parreira da. **A Barganha no novo Código de Processo Penal.** 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25927/a-barganha-no-projeto-do-novo-codigo-de-processo-penal>. Acesso em: 15 fev 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal:** doutrina e prática. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 5. ed. São Paulo:

Livrarias Martins Fontes Editora, 2014.

ERWIN, Chemerinsky, Laurie L. Levenson - **Criminal Procedures** . Frederick, Marileana, USA. Editora: Aspen Publishers, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Criminal Procedures. Cornell University Law School. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>>. Acessado em : 15 jan. 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7 ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI , Nereu José. **Juizados Especiais Criminais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001

GIRARDI, Leopoldo Justino. **Curso elementar de direito romano**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1997

GOMES, Luiz Flavio. **O que se entende por plea bargaining**. Instituto Avanti Brasil, Porto Alegre, 2011. Disponível em: < <http://institutoavantebrasil.com.br/o-que-se-entende-por-plea-bargaining/>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal** – Parte Geral. 18^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONZALES, Douglas Camarinha. Apontamentos sobre as semelhanças e diferenças do direito sob a perspectiva da common law e do sistema romanístico. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 46, p. 71-77, jul/set. 2009. Disponível em:

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1285/1279> Acesso em: 09 fev 2016 .

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Especial, volume II. 7. Ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. [et al.]. 5 ed., rev. atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005.

HEUMANN, Milton. **PLEA BARGAINING**: The Experiences of Prosecutors, judges, and Defense Attorneys. Chicago, EUA: The university of Chicago, 1981

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH – World Prison Brief. 2014. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>>. Acesso em: 20 fev 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KYLE, Linda Dee. **Transação Penal**: Revisão Crítica à Luz do Acesso à Justiça. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30041/fundamentos-do-sistema-juridico-romano-germanico>> . Acessado em: 15 dez 2015

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Stare decisis e teoria do precedente judicial no sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30051>>. Acesso em: 8 fev. 2016.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Auri. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2006.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 2. v.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LUIZ FERNANDO DA SILVEIRA GOMES - Revista da Faculdade de Direito Milton Campos – v. 12 (2005) Pag. 41. – Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTAMILTONCAMPOS/volumes/volume%2012.pdf>> .

Acessado em: 20 jan. 2016.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo penal**. Coleção elementos do direito. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 8. v.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n.º 49, p.11-58, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acessado em 20 jan.2016.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Corpus Juris Civilis: Justiniano e o Direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3417, 8 nov. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22969>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

MASSAU, Guilherme Camargo. **A escola dos glosadores: o início da ciência do direito**. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/lista-de-publicacoes-de-artigos-e-textos/66-historia-e-teoria-do-direito-/102-a-escola-dos-glosadores-o-inicio-da-ciencia-do-direito>> Acesso em: 20 dez. 2015.

MEDEIROS, Pedro Paulo Guerra de. **Considerações acerca da doutrina do *stare decisis* do sistema norte-americano e sua importação no sistema brasileiro.** Disponível em:

<<http://atualidadesdodireito.com.br/pedropaulomedeiros/2011/12/05/consideracoes-acerca-da-doutrina-do-stare-decisis-do-sistema-norte-americano-e-sua-importacao-no-sistema-brasileiro/>> Acesso em: 12 dez. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Precedentes judiciais e segurança jurídica.** Disponível em: <<http://professormedina.com/2013/02/26/precedentes-judiciais-e-seguranca-juridica/>> Acesso em: 12 dez. 2015.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, César Amad. **História antiga e medieval:** da comunidade primitiva ao Estado moderno. São Paulo: Scipione, 1995.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias - INFOPEN. 2014.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em : 20 fev 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais:** Comentários, jurisdição e legislação, 4^a. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais.** Salvador: JusPodivm, 2007.

NOGUEIRA, Marcio Franklin – **Transação Penal.** São Paulo, Malheiro Editores, 2003. (ISBN 85-7420-502-8)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 3 ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, M. ; MORAES, A. de; SMANIO, G. P.; VAGGIONE, L. **Aspecto Práticos da Lei n. 9099/95**. 3ª ed. Ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Juizado Criminal: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PEREIRA, Claudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. São Paulo: Editora Lumen Juris. 2006

HEUMANN, Milton. **Plea Bargaining** – The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys. Chicago, USA. The University of Chicago Press, 1981.

LYNCH, Gerard. **E. Plea Bargaining**: El sistema no contradictorio de Justicia Penal en EEUU. Disponível em: < <http://upauderecho2.blogspot.com.br/2008/05/plea-bargaining-el-sistema-no.html>>. Acessado em: 20 jan. 2016.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**: A History of Plea Bargaining in America. Stanford, California, USA. Stanford University Press, 2003.

PRADO, Geraldo Luiz M. **Sistema acusatório a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE Jr, Miguel. **Pena sem Processo**: juizados Especiais Criminais, interpretações críticas. São Paulo: Malheiros, 1997.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Acordos criminais podem diminuir morosidade da Justiça brasileira.** 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-16/acordos-criminais-podem-ajudar-morosidade-judiciario-brasileiro>> . Acesso em: 02 fev.2016.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A reforma processual penal de 2008:** Lei 11.719/2008, procedimentos penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, júri: comentadas artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Guido Fernando da Silva . **Common Law:** A introdução ao Direito dos E.U.A.. 2^a. ed. São Paulo: , 2000.

_____. O que é a Common Law, em particular, a dos EUA. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/O_%20que_%20e_%20a_%20Common.htm. Acessado em 15/01/216.

_____. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 163 a 198- 1997 - <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360> -- [Acesso em 07/02/16](#), as 11: 15

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional:** pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso ordinário em habeas corpus N^o 11.398 – SP. (2001/0056971-3) (DJU 12.11.01, SEÇÃO 1, P. 159, J. 02.10.01). RELATOR: MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. EMENTA: RHC. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO EM TRANSAÇÃO PENAL. Disponível em: < <http://dev.jornaljurid.com.br/doutrina-penal/a-presenca-do-advogado-na-transacao-penal-indispensabilidade>>. Acesso em: 15 fev 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC: 80828 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 07/06/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-08-2001.

Disponível em: PP-00036 EMENT VOL-02041-03 PP-00458). Acesso em : 15 fev. 2016

THAMAN, Stephen C. **World Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial**. Durham, North Carolina, USA: Carolina Academic Press, 2010.

TOSTA, Jorge, "et al" - **Juizados Especiais Cíveis**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados especiais criminais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9099/95, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOZATTE, Lucidalva Maiostre. Medidas despenalizadoras nos Juizados Especiais Criminais Estaduais – Lei nº 9.099/1995. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10007>. Acesso em fev 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VICENTE, Dário Moura. **O lugar dos sistemas jurídicos lusófonos entre as famílias jurídicas**. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=Hok25hMXaWk%3D&tabid=341>> Acesso em: 20 jan. 2016.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. PUCRS, 2014. Disponível em:<<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943>> Acesso em: 20 ago. 2015.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes**: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.