

## INSERÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: *PLEA BARGAINING*

Danilo Kutianski Souza<sup>1</sup>  
Doroteu Trentini Zimiani<sup>2</sup>

SOUZA, D. K.; ZIMIANI, D. T. Inserção da justiça negociada no direito penal brasileiro: *Plea bargaining*. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umarama. v. 21, n. 2, p. 131-148, jun./dez. 2018.

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo demonstrar que a situação do direito penal brasileiro deve ser modificada, porque o sistema não acompanha a evolução da sociedade, sendo necessária a implementação do direito penal voltado para a eficiência e para a funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal, confronta-se, assim, a visão *garantista* que tem o direito penal como instrumento de defesa social, de interesses do acusado e da vítima, bem como de limite das interferências do Estado, na questão criminal, que asseguram os direitos, garantias e liberdades individuais. Defende-se a aplicação da *plea bargaining*, em sentido estrito, que é um sistema extraído do direito alienígena, que consiste em uma negociação entre o ofensor e a acusação, objetivando recíprocas concessões e contemplando a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*). A última forma é aplicável no Brasil quando praticados crimes de menor potencial ofensivo, prevendo a proposta de aplicação imediata de pena (transação penal), disciplinada pela Lei nº 9.099/95, artigo 76; e a *guilty plea*, por sua vez, distingue-se por trazer a assunção da culpa por parte do ofensor, causando responsabilidade penal e consequências extrapenais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assunção de Culpa; Despenalização; Eficiência penal; *Guilty plea*; *Plea bargaining*.

## INSERTION OF NEGOTIATED JUSTICE IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW: *PLEA BARGAINING*

**ABSTRACT:** This study aims at showing that the status of the Brazilian criminal law must be modified since the system does not follow the evolution of the society. Thus, it requires the implementation of the criminal law aimed at efficiency and the functionality of the state institutions in charge of criminal treatment. It

---

DOI: 10.25110/rjs.v21i2.2018.4607

<sup>1</sup>Unipar - Universidade Paranaense - danilokutianski@gmail.com

<sup>2</sup>Unipar - Universidade Paranaense - doroteuzimiani@uol.com.br

contrasts the *guaranteed* view of the criminal law as a tool of social defense, of the interests of the defendant and the victim, as well as the boundaries of the interference of the State in the criminal matter, which ensure the individual rights, guarantees and freedoms. The study defends the application of plea bargaining, in its strict sense, where it is a system extracted from foreign legislation, consisting in the negotiation between the offending party and the accusation, aiming at reaching reciprocal concessions and contemplating the guilty plea or a statement from the defendant that he does not intend to challenge the plea (plea of *nolo contendere*). The latter is applicable in Brazil when crimes of minor offensive potential are practiced, with the provision of the immediate application of conviction (criminal transaction), as regulated by Law No. 9.099/95, article 76; and the guilty plea, which is distinguished by presenting the assumption of guilt by the defendant, resulting in criminal liability and extra-sentence consequences.

**KEYWORD:** Criminal efficiency; Decriminalization; Guilty assumption; Guilty plea; Plea bargaining.

## INSERCIÓN DE LA JUSTICIA NEGOCIADA EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO: *PLEA BARGAINING*

**RESUMEN:** Este trabajo ha tenido por objetivo demostrar que la situación del derecho penal brasileño debe ser modificado, porque el sistema no acompaña la evolución de la sociedad, siendo necesaria la implementación del derecho penal convertido para la eficiencia y para la funcionalidad de los aparatos estatales incumbidos del tratamiento penal, confrontando, así, la visión *garantista* que tiene el derecho penal como instrumento de defensa social, de intereses del acusado y de la víctima, así como límite de las interferencias del Estado, en la cuestión criminal, que aseguran los derechos, garantías y libertades individuales. Se defiende la aplicación de *plea bargaining*, en sentido estricto, que es un sistema extraído del derecho alienígena, que consiste en una negociación entre el ofensor y la acusación, objetivando recíprocas concesiones y contemplando la declaración de culpa del acusado (*guilty plea*), o la declaración de él de que no pretende contestar la acusación (*plea of nolo contendere*). La última forma es aplicable en Brasil cuando practicados crímenes de menor potencial ofensivo, previendo la propuesta de aplicación inmediata de pena (transacción penal), disciplinada por la Ley nº 9.099/95, artículo 76; y la *guilty plea*, por su vez, se distingue por traer la asunción de la culpa por parte del ofensor, causando responsabilidad penal y consecuencias extrapenales.

**PALABRAS CLAVE:** Asunción de Culpa; Despenalización; Eficacia penal; *Guilty plea*; *Plea bargaining*.

## 1 INTRODUÇÃO

Percebe-se que a atual legislação penal está anacrônica frente à Constituição Federal de 1988. Nesta medida, há de se observar que o Código Penal atende precipuamente a segurança pública à razão da periculosidade do agente criminoso, esquivando-se dos preceitos individuais.

Em contrapartida, a Carta Magna, cristalinamente, vislumbra os direitos, garantias e liberdades individuais, protegendo, em primeiro plano, os cidadãos, máxime os direitos humanos.

O espaço de conflitos, constitucionalmente previstos como *ultima ratio*, ou seja, da seara criminal, reivindica medidas que ofereçam explicitamente parâmetros individuais, tanto ao acusado/apenado, quanto à vítima, no que concerne à reparação civil.

De outro vértice, não se pode esquecer do *ius puniendi* estatal, a fim de não dar margem à impunidade, sendo esta, inclusive, refletora da própria segurança particular.

Apresenta-se a barganha penal em sentido estrito como instrumento propulsor da engenhosa esfera forense, eis que ela possibilita agilidade no processo criminal, de forma a trazer vultosos benefícios, tanto aos operadores do direito, quanto às partes do processo.

Estabelecendo-se a referida instrumentalidade, coloca aos interessados, diversas diretrizes, como aqueles que enxergam o direito penal de forma conservadora, no prezar do estrito positivismo puro da lei.

Contrapondo-se a esses, têm-se os que permeiam o direito penal como fonte de eficiência das leis penais, mormente à época delas situadas, visualizando-as não só como comando imperativo-normativo, mas como fonte interpretativa dos magistrados, advogados, e membros do Ministério Público.

Timidamente, a Lei nº 9.099 de 1995, previu, grosso modo, as amplas concessões de acordo – barganha – no processo criminal, a qual denominou de *Proposta de Aplicação Imediata de Pena*. Porém, houve limitação quando determinou a natureza jurídica como homologatória e não condenatória.

Necessita-se, assim, da implementação do instituto da barganha com natureza jurídica de condenação, a fim de contemplar um processo de natureza jurisdicional, que torne efetiva a pretensão punitiva do Estado por meio da transformação da ação penal em execução de pena, preservando a punibilidade estatal, os direitos da vítima e do acusado, impreterivelmente, de forma obediente às normas e princípios constitucionais.

## 2 ADEQUAÇÃO: SOCIEDADE E DIREITO PENAL

Os cidadãos brasileiros tornam-se vulneráveis ao “populismo punitivo”, diante da sensação de insegurança e intolerância causada pelo alto índice de violência e criminalidade. Por consectário, são adotadas soluções não dispendiosas, imediatistas, casuística e assistemática, evidenciando aos eleitores uma “virtude moral” (GAZOTO, 2010).

Está-se diante da hipercriminalização, diretamente ligada à influência produzida pela mídia em geral, a qual induz os parlamentares criarem projetos de leis de proteção estatal de certo interesse, mormente a gravidade do fato, sem, contudo, apresentarem comprovações empíricas para o fim a que se destinam.

Nesse particular, Bayer (2013, p. 43) dispõe sobre a chamada violência simbólica, sobre a qual a mídia, de forma indevida, utiliza a imagem dos acusados, criando um espetáculo em torno do fato, provocando uma reprovação social. Assim, os acusados são rotulados e estigmatizados pela sociedade.

O resultado prático dessa visão é o alto número de demandas judiciais tramitando sem solução por falta de estrutura. Conforme Antunes (2012), cerca de 42,51% da população carcerária está presa sem condenação.

Nesse sentido, torna-se imprescindível que medidas despenalizadoras sejam inseridas, que não se confundem com “descriminalização” (GRINOVER et al., 1999, p. 42), para melhoramento do sistema penal como um todo, sobretudo aplicando à justiça negociada que possibilita a celeridade e eficiência processual penal.

Além disso, o atual Código Penal conta com mais de sete décadas de existência e o direito penal se encontra em expansão, por isso, deve-se adequar ao espaço de conflitos sociais da atualidade, conforme obtempera Darcie:

[...] não nos esqueçamos de que Direito Penal e sociedade são indissociáveis; que guardam, entre si, o que poderíamos denominar de vínculo de codeterminação. O Direito Penal expande-se porque a sociedade se expande; o Direito Penal evolui porque a sociedade evolui e demanda um Direito Penal evoluído (DARCIE, 2012, p. 68).

O Digesto Penal reivindica modernização em conformidade com a Constituição Federal de 1988, porém, adotando normas que possibilitem aos operadores do direito o desempenho da função de propulsores da justiça negociada na esfera penal.

Nessa medida, ao contrário da visão autoritária estabelecida pelo atual Código Penal, que se preocupa com a segurança pública pautada no princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, a Carta Magna de 1988 inaugurou

um sistema de amplas garantias individuais.

Nas lições de Eugênio Pacelli de Oliveira, a Constituição de 1988 busca realizar uma justiça penal submetida à exigência de igualdade entre as partes.

O processo *justo* deve atentar, sempre, para a desigualdade *material* que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio (OLIVEIRA, 2009, p. 4).

Destarte, a essa exegese, é imprescindível que o sistema penal seja permeado por instrumentos que possibilitem verificar as *desigualdades materiais* de caso a caso, teleologicamente voltada à igualdade constitucional.

### **3 JUSTIÇA NEGOCIADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO ATRAVÉS DA LEI Nº 9.099 DE 1995**

Para acompanhar a sociedade, instituiu-se a Lei nº 9.099 de 26.09.1995, que introduziu matéria expressamente prevista na órbita constitucional (CF, art. 98, I), prevendo a criação dos Juizados Especiais.

Há um novo tipo de jurisdição que, segundo Capez (2013, p. 530), ao invés de princípios tradicionais do processo, assumem uma nova visão, colocando a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade e o consenso acima do *espaço de conflitos*, dando margem ao chamado *espaço de consenso* (CAPEZ, 2013 apud GOMES, 1995, p. 15-21).

A disposição legal insere duas espécies de justiça negociada quando legisla, primeiramente, sobre a proposta de aplicação imediata de pena (conhecida como transação penal), prevista no artigo 76 da referida lei, pela prática de infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas:

- a) todas as contravenções penais, qualquer que seja o procedimento previsto;
- b) os crimes a que a lei comine pena máxima igual ou inferior a 2 anos de reclusão ou detenção, qualquer que seja o procedimento previsto;
- c) os crimes a que a lei comine exclusivamente pena de multa, qualquer que seja o procedimento previsto. (CAPEZ, 2013, p. 532).

A transação penal consiste em um acordo entre o ofensor e o repre-

sentante do Ministério Público, sendo que aquele, para livrar-se da ação penal, observados determinados requisitos legais, assume uma obrigação oferecida por este, fundamentada em penas restritivas de direitos ou multa, com o fim de por termo ao processo, sem assumir responsabilidade (SOBRANE, 2001).

Na espécie, o Ministério Público, obrigatoriamente, deve observar estritamente as medidas previstas em lei, já que, posteriormente, a transação será submetida ao crivo do juiz, que proferirá uma sentença, a qual tem natureza homologatória (BRASIL, 2002). Daí o porquê de não gerar responsabilidade ao ofensor com aplicação de efeitos extrapenais.

A proposta de aplicação imediata de pena inaugura no sistema penal brasileiro a adoção do princípio da discricionariedade regrada, que se contrapõe ao princípio da obrigatoriedade (SILVA, 2000), porquanto neste o Ministério Público está obrigado (havendo tipicidade e indícios de autoria) a oferecer a ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

O princípio da discricionariedade regrada, por sua vez, conjectura a liberdade que o Ministério Público detém para dispor da ação penal, embora essa liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais. Neste sentido, vale mencionar o magistério de Grinover et al:

Convém esclarecer, desde logo, que a lei, no âmbito do Juizado Criminal, ao lado de favorecer a “conciliação”, reservou pouco espaço para a tão difundida “barganha penal”. [...] O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “dever de agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da *discricionariedade regulada* ou *regrada*[...]. (GRINOVER et al., 1999, p. 42).

Para aplicação do princípio da discricionariedade regrada são observados fatores subjetivos como o de reservar a persecução penal em condutas criminais seriamente indesejáveis, inclusive observando sua relevância face outras condutas de menor potencialidade, proporcionalidade nos efeitos desejados, consideração da persecução penal em sentido amplo, alcance do interesse público e avaliação do interesse frente ao excesso do Poder Judiciário.

Nessa linha, segundo Gazoto (2000 apud MARQUES, p. 87), o exercício da disponibilidade da ação penal pública submete-se ao princípio constitucio-

nal da eficiência das instituições públicas e dos instrumentos que esta dispõe para atingir maiores interesses, ou seja, para enceto da ação penal deve ser observada, também, a conveniência para o bem público.

Outro importante instrumento de celeridade e de efetividade estruturado pela Lei nº 9.099/95 foi a possibilidade de o ofensor se utilizar da suspensão condicional do processo (art. 89), possível nas infrações de menor e médio potencial ofensivo, que permite, quando preenchidos determinados requisitos, “a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante determinado período de prova” (GRINOVER et al., 1999, p. 234).

Com a introdução da Lei nº 9.099/95, percebe-se o início da justiça penal negociada no Brasil, ainda que aplicada timidamente (GORDILHO, 2009), uma vez que a campo alienígena a transação penal, grosso modo, caracteriza apenas uma espécie, *plea of nolo contendere*. Nas palavras de Albergaria:

É curioso notar que onde, em outros ordenamentos processuais penais, se consagram formas especiais de processo que visaram tratar certas formas de criminalidade através do consenso, não raro se enveredou por soluções mais próximas da *plea of nolo contendere* do que do puro e simples *plea of guilty*, nomeadamente nele se consignando que a decisão se formasse sobre o acordo não teria valor na jurisdição cível – é o caso, por exemplo, da decisão condenatória resultante do acordo no âmbito do processo de *applicazione delle pena su richiesta delle parti* do processo penal italiano (artigo 445.º, n.º 1 do *Codice de Procedura Penale*, onde se consagra ainda que a pena não terá eficácia na jurisdição administrativa), ou daquela outra resultante da <<transação>> do direito brasileiro, trazida pela Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995 [...] (ALBERGARIA, 2007, p. 20).

Portanto, dado início à justiça penal consensual no Brasil e diante da mitigação do princípio da obrigatoriedade, propõe-se a instrumentalização deste modelo para contemplar um procedimento que resulte uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva na seara criminal e uma repressão austera à grande criminalidade.

#### **4 PLEA BARGAINING – GENERALIDADES**

Ainda que a título instrumental, conceitualmente, a expressão *plea bargaining*, do inglês “acordo de confissão”, pressupõe assunção de culpa por parte

do ofensor no processo penal. Dessa forma, segundo Albergaria (2007, p. 19), “não há uma declaração de culpa em sentido estrito (*guilty plea*), mas antes uma declaração análoga àquela em matéria de efeitos jurídico-penais, máxime os determinantes de constituição de caso julgado penal”.

Nesse particular, extraem-se as espécies de *guity plea* e *plea of nolo contendere*, as quais, de acordo com essa, não há previsão de assunção de culpa em sentido estrito por parte do ofensor, assemelha-se à proposta de aplicação imediata de pena (art. 76, da Lei nº 9.099/95). Aliás, da própria tradução, grosso modo, pode-se conceituá-la como “alegação de que eu não quero lutar”.

Por derradeiro, não exercendo a acepção da palavra uma função prático-jurídica, apresenta-se a barganha penal com assunção de culpa por parte do ofensor, na modalidade *guity plea*.

#### 4.1 Influência externa

O direito comparado demonstra a necessidade de adoção de medidas consensuais no processo penal por forte comprovação empírica. Nessa medida, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa sugeriu aos governos dos seus estados-membros que fundamentem a sua legislação e procedimentos na “simplificação da justiça penal e, em particular, na parte relacionada com a oportunidade do procedimento” (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Nos Estados Unidos da América, país referência em termos de justiça negociada, aplica-se a *plea bargaining*, conforme ensina Albergaria (2007, p. 12), “para além de cerca de 90% das condenações proferidas por tribunais”.

Segundo o mesmo autor, os Estados Unidos apresenta enorme importância econômica, cultural e política no mundo. Por consequência disso, sua influência nas instituições jurídicas têm se tornado paradigma no modelo de justiça negociada, a qual está sendo introduzido em alguns países da Europa como, por exemplo, na França, na Holanda e na Alemanha.

Nesse sentido, os Estados ao adotarem a influência americana de justiça penal negociada, deverão obedecer aos critérios operantes que coadunem com o respectivo sistema penal. Assim, absurdo seria se o Brasil operasse, literalmente, a barganha dos Estados Unidos da América, porquanto esse adota o sistema do direito comum (*common law*), dessemelhante, inclusive, da maioria dos outros sistemas penais:

O sistema penal estadunidense apresenta inúmeras diferenças em relação a outros sistemas. Uma delas consiste no fato de que a Constituição não cria, para a União, um monopólio de criação de tipos penais. Daí que também os Estados-membros podem criar tipos penais incriminadores, o que fazem em profusão. O direito penal dos EUA é



predominantemente estadual. Também não há uma regra constitucional que determine que essa criação deva ocorrer por meio de lei [...] (RAMOS, 2006, p. 82).

Além disso, o Promotor brasileiro, como dito, em regra é regido pelo princípio da obrigatoriedade. O norte-americano, ao contrário, obedece ao princípio da oportunidade, na qual detém toda discricionariedade para barganhar no caso concreto, inclusive, oferecendo a *charge bargaining*, explicitado por Albergaria (2007, p. 22), em que em troca da declaração de culpa, o Ministério Público compromete-se a desclassificar a acusação para uma infração de menor gravidade ou, no caso de várias infrações, deixar de apontar uma delas ou, ainda, conjugar as duas hipóteses.

Portanto, a barganha brasileira deve adequar o seu sistema penal (*civil law*), de forma a contemplar precipuamente o princípio da eficiência das instituições públicas, preservando as regras asseguradoras dos direitos, liberdades e garantias individuais, de acordo com o princípio da discricionariedade regrada.

#### 4.2 Barganha penal em sentido estrito

Sendo a barganha penal inserida no direito brasileiro, *stricto sensu*, ter-se-á, por consequência, um direito processual criminal mais célere e eficiente, uma vez que:

[...] a justiça penal falhou naqueles que deveriam ser os seus objectivos primeiros: não logra ressocializar o agente reintegrando-o enquanto cidadão preparado para respeitar as normas; não garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas de superação dos danos originados pelos crimes; não fomenta a participação comunitária na solução dos problemas comuns nem tem conseguido garantir a pacificação de sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade (SANTOS, 2013, p. 45 apud SANTOS, 2008, p. 36-37).

Com efeito, o instituto da transação com assunção de culpa sugere melhoramento nos manifestos equívocos da seara criminal porque enfatiza, principalmente, a ressocialização do apenado que não precisará se desgastar em delongas e formalismos que não produzem efeitos na prática forense.

Segundo Lopes Júnior (2007), a perpetuação do processo penal abala o econômico, o social, psicológico do acusado e a garantia da jurisdicionalidade (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), pois o processo se transforma em uma

pena antecipada, mediante estigmatização, da angústia, da restrição de bens e, às vezes, por meio de verdadeiras penas privativas de liberdade (prisões cautelares), o que Carnelutti (apud 1946) define como *misure di sofferenza spirituale* ou *di umiliazione*.

O instituto do acordo de pena deve ser sugerido em momento razoável no processo para que não seja violada a presunção de inocência do acusado, mantendo o devido equilíbrio processual.

Assim, é oportuna a propositura da barganha após o decreto de recebimento da denúncia, em consonância com os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, conforme obtempera o Ministro Gilmar Mendes acerca da suspensão condicional do processo, *mutatis mutandis*:

Diante da formulação de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, o denunciado tem o direito de aguardar a fase de recebimento da denúncia, para declarar se a aceita ou não. A suspensão condicional do processo, embora traga ínsita a ideia de benefício ao denunciado, que se vê afastado da ação penal mediante o cumprimento de certas condições, não deixa de representar constrangimento, caracterizado pela necessidade de submeter-se a condições que, viesse a ser exonerado da acusação, não lhe seriam impostas. Diante da apresentação da acusação pelo *Parquet*, a interpretação legal que melhor se coaduna com o princípio da presunção de inocência e a garantia da ampla defesa é a que permite ao denunciado decidir se aceita a proposta após o eventual decreto de recebimento da denúncia e do conseqüente reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da aptidão da peça acusatória e da existência de justa causa para a ação penal. Questão de ordem que se resolve no sentido de permitir a manifestação dos denunciados, quanto à proposta de suspensão condicional do processo, após o eventual recebimento da denúncia (BRASIL, 2010).

Acentuando outros preceitos, é imperiosa a necessidade de que a barganha se faça *over the table*, ou seja, na presença das partes e do juiz, para que não haja a controvérsia ocasionada na *guilty plea* americana, a qual há espaços para acordos *under the table* entre o ofensor e o Ministério Público (GRINOVER et al, 1995, p. 239).

Esse objetivo é bastante simples: evitar pressões anímicas ao acusado que aceita o acordo com receio de que possa ser condenado à pena de maior gravidade, como ocorre nos Estados Unidos da América (CAMPOS, 2012). Este

fato, não raro, é constado na Proposta de Aplicação Imediata de Pena, que sequer existe processo criminal instaurado, e o acusado aceita o acordo com temor das repercussões que lhe pode causar.

Diante do princípio da autonomia da vontade do acusado, sem o consentimento do ofensor não há barganha penal, de modo a garantir a *ampla defesa* constitucional (CF, art. 5º, inciso LV).

Frente à aptidão da peça acusatória, considerando que a presunção de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII) “consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* da não culpabilidade daqueles que figurarem como réus nos processos penais condenatórios” (BRASIL, 1992), gradativamente, segundo Vilela (2005, p. 89), a acusação destrói o estado de inocência do acusado, não podendo ser exercido qualquer coação pessoal contra ele senão os indispensáveis para harmonizar os interesses de liberdade e justiça.

Na espécie, o acusado simplesmente ratifica seu principal interesse em barganhar, de aligeiramento da sanção, seja na sua natureza, seja na sua medida, seja no seu modo de execução (ALBERGARIA, 2007, p. 43).

Esse engenho penal consubstancia, inegavelmente, a reintegração do apenado com respeito ao ordenamento jurídico dado a eficiência de atuação do Poder Judiciário, que não mais é morosa, dando a oportunidade de reparação do dano da vítima, e melhor aplicação da política criminal, a fim de estimular a solução de problemas e acautelamento da sociedade.

#### 4.2.1 Incidência

Para início da barganha penal há a necessidade de observância do princípio da eficiência das instituições públicas, verificando-se os casos em que será possível oportunizar ao ofensor sem prejudicar o *ius puniendi* estatal.

Observam-se fatores subjetivos, como a seriedade da conduta, proporcionalidade nos efeitos desejados, alcance do interesse público, gravidade abstrata do crime, além de outros.

A essa subjetividade, que ficará a cargo do legislador ordinário, imporá o limite à pena, cujo cumprimento de maior rigorosidade será prestado em regime semiaberto, ficando, portanto, vedado o regime inicialmente fechado.

A limitação deve ser consagrada para atender o fim social que a norma se destina, de aligeiramento dos trâmites e da execução para o apenado, reparação do dano para a vítima e reserva de maior cautela a fatos graves, cujo cumprimento de pena se inicie em regime inicialmente fechado.

Observa-se que quando houver a tentativa de aplicação do instituto da barganha, os operadores do direito deverão verificar sua viabilidade no que se refere à existência de processo de execução em andamento, para que a unificação das penas não importe no cumprimento em regime fechado. De qualquer modo,

a barganha não poderá ser objeto que conjecture a privação total da liberdade do acusado.

Dado o caráter condenatório da pena, depois dos procedimentos legais e da transformação da ação penal em execução, será legalmente possível a regressão de regime:

Tal situação poderá ocorrer se o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (no primeiro caso, independe de condenação com trânsito em julgado, bastando a representação de prova documental – auto de prisão em flagrante, por exemplo – ou realização de procedimento administrativo, quando houver apuração de falta grave); b) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena e execução, torne incabível o regime (ex.: condenado a seis anos, no regime inicial fechado, cumprindo mais de um ano, passa para o semiaberto. Se advier condenação a uma pena de dez anos de reclusão, é natural que a soma – dezesseis – torne incompatível manter-se o regime semiaberto), conforme dispõe o art. 118 da Lei de Execução Penal. (NUCCI, 2013, p. 1059).

A barganha, na fase de cumprimento de pena, será um processo de natureza jurisdicional, devendo tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, inicialmente, obtida por um acordo firmado entre as partes por meio de recíprocas concessões.

### **4.3 Breves comentários ao Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**

A partir dos requerimentos nºs. 756 de 2011 e 1.034 de 2011 foi instituída a Comissão de Juristas a elaboração do Anteprojeto de Novo Código Penal. Após os trabalhos realizados, o projeto foi publicado no Diário do Senado Federal em 27 de julho de 2012, dando tramitação ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (BRASIL, 2012).

Conquanto a justificativa de acompanhamento da sociedade pela sua evolução face ao vigente e anacrônico Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 1940), o trabalho recebeu inúmeras críticas, precipuamente porque, segundo afirma Greco (2012, p. 42), o Projeto norteia preocupação política para agradar a opinião pública.

De todo modo, o Projeto, no título VII, especificamente o artigo 105, traz o instituto da barganha como forma de abreviar o termo do processo, desobstruindo a justiça criminal e dando margem à tramitação dos outros procedimentos que receberão tempo e recursos para julgamento eficiente.

A previsão para oportunizar a barganha está após o recebimento definitivo da peça acusatória, com a presença de todas as partes em suas autonomias de vontades, que celebrarão acordo para aplicação imediata das penas, antes da audiência instrutória.

Os requisitos para celebrar o acordo dependem (1) da confissão, total ou parcial, por parte do ofensor dos fatos narrados na exordial acusatória; (2) do requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo abstratamente cominada, independentemente de eventuais circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena; (3) e da expressa manifestação das partes de que desejam dispensar a dilação probatória.

O Projeto possibilitou, por meio requerimento das partes, a redução da pena mínima cominada para o delito em até um terço, podendo, em qualquer caso, no que couber, ser substituída por pena restritiva de direitos. Entretanto, limitou o ensejo da barganha nas hipóteses em que o ofensor tenha que cumprir pena em regime inicialmente fechado.

#### 4.3.1 Críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012

De fato, o projeto deu a justiça consensual um meio de solução da justiça criminal. No entanto, deixou de dar margem ao Poder Judiciário para interferir, quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias serem necessárias e suficientes à adoção da medida, assim como ocorre na Proposta de Aplicação Imediata de Pena (Lei nº 9.099/95, art. 76, inc. III).

Essa subjetividade que a lei deverá trazer é importante para o magistrado verificar no caso concreto se a barganha atenderá sua função de eficiência às instituições públicas para que não se privilegie a impunidade.

A prática dessa autonomia se enquadra a casos em que a conduta do acusado é voltada à criminalidade, com inúmeras instaurações criminais que, v.g., acabaram por prescrever, ou porque o processo está suspenso ou, ainda, haja processo de execução criminal em andamento.

Além disso, é importante delinear detidamente como ficará a situação da ação penal privada, para que a vítima, que detém a total parcialidade no caso, não traga consigo aspectos particulares, a fim de não corromper o sentido processual e social do instituto.

O Ministério Público deverá atuar como *custos legis* e substituto processual imediato do querelante, pois, “O direito de punir continua sendo estatal, mas a iniciativa da ação penal é transferida para o ofendido ou seu representante legal, uma vez que os delitos dessa natureza atingem a **intimidade** da vítima que pode preferir não levar a questão a juízo” (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 115).

De outro modo, conforme ensina Oliveira (2009, p. 4), o Ministério Pú-

blico, com a Constituição Federal de 1988, passou a ser um órgão independente, estruturado em carreira, com ingresso por meio de concurso público, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, e não de interesses acusatórios. Assim, ainda que a título de técnica processual se caracterize como *parte*, deve atuar com imparcialidade.

Nessa hipótese, ficando acordada a fixação da pena com o *Parquet*, o ofendido, caso haja responsabilidade civil, dado o caráter condenatório da sentença, poderá liquidá-la em juízo cível.

#### 4.4 Viabilidade da instituição da barganha penal

O principal problema apontado no instituto da barganha penal está pautado na liberdade conferida ao *Parquet*, uma vez que em alguns países há aplicação do princípio da oportunidade ao invés da obrigatoriedade vigente, em regra, no Brasil. Neste sentido,

Desde logo, como que salta à vista que o muito limitado acesso do arguido à informação em poder do M.P., com vista à negociação, é um dos factores que mais pode prejudicar a avaliação que ele terá de fazer entre submeter-se a julgamento e declarar-se logo culpado, na sequência de cedência feita pelo titular da acção penal. (ALBERGARIA, 2007, p. 135).

Porém, de acordo com a mitigação deste princípio, tem-se a discricionariedade regrada, no qual o campo de oportunidade do Órgão Ministerial estará delineado na legislação que abarcar o conteúdo da transação em sentido estrito.

Souza (1998) aponta alguns benefícios aos processos, cuja tramitação seja permissivo a aplicação do instituto:

- Celeridade ao órgão jurisdicional, tanto para a aplicação da pena quanto para a tramitação do processo;
- Facilidade de reinserção do ofensor à sociedade;
- Economia de recursos do Estado, materiais e humanos;
- Economia de gastos do ofensor, tanto pelo eventual acordo obtido com a vítima, quanto com gastos com advogado;
- Flexibilidade da justiça, demonstrando a hodiernidade no direito criminal;
- Condenação mais branda, efetiva e educacional ao ofensor;
- Maior dedicação do Ministério Público e do Magistrado a casos mais complexos;
- Diminuição da população carcerária e o conseqüente índice de rein-

cidência;

- Maior facilidade de a vítima conseguir a reparação do dano, se for o caso;
- Maior individualização da aplicação da pena no caso concreto; entre outros.

Na prática, tal qual como ocorreu com a inserção da transação penal, com o advento da Lei nº 9.099 de 1995, serão acrescidas novas falhas e benefícios da barganha em sentido estrito, todavia, comprovadamente, de acordo com o direito alienígena, haverá simplificação penal.

## 5 Considerações Finais

A sociedade evolui, porque o Direito Penal evolui. Essa é a premissa principal para inserir a barganha com assunção de culpa por parte do ofensor, uma vez que o atual Código Penal conta com mais de sete décadas de existência, necessitando de uma implementação que se coadune com a Constituição Federal de 1988.

Essa exegese deve ser alcançada de modo a trazer a desigualdade material entre o infrator e o Estado, pois este guarda status de proeminência frente aos indivíduos e, justamente por este motivo, a Carta Magna foi obediente aos direitos particulares.

A Lei nº 9.099 de 1995, embora tenha criado a proposta de aplicação imediata de pena, com o objetivo de sanar o problema da lentidão do Poder Executivo e Poder Judiciário no limite de sua competência, encontra-se distante de trazer a eficiência segura que transporte transparência aos legítimos interesses constitucionais, haja vista que a constatação da inoperância de uma legítima aceitação do acordo por parte do ofensor.

No entanto, a transação penal pode ser visualizada de modo positivo, pois deu ensejo à justiça negociada, pautada pelo aumento da participação das partes no processo, oportunizando a reinserção do apenado à sociedade.

O fomento à inserção de medidas despenalizadoras, que conjecture a liberdade processual das partes, está de acordo com os Estados Soberanos, eis que há, inclusive, recomendações externas para a adoção da simplificação da justiça penal.

Assim, o sistema penal brasileiro merece contemplar a adoção da barganha em sentido estrito, obediente aos preceitos e normas nacionais (*civil law*) e pautado nos direitos, garantias e liberdades individuais, de acordo com o princípio da discricionariedade regrada.

No entanto, deve haver um limite na liberdade das partes, pois o Estado

deve exercer o *ius puniendi*, a fim de coibir práticas delituosas que refletem na própria segurança pública dos cidadãos brasileiros.

Com efeito, a fase executória será iniciada sem procrastinação, incutindo a chance de o acusado reparar seu infortúnio, eficazmente, e de o Estado economizar esforços para remediar a situação criminal.

Embora o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 visualize a justiça negociada, precisa de melhoria em alguns aspectos, como na liberdade do Poder Judiciário para verificar a viabilidade da adoção do instituto e a previsão legal expressa de como ficará a ação penal privada.

Destarte, a inserção da justiça negociada em sentido estrito, máxime as vantagens por ela trazida, faz desaparecer seus efeitos negativos que são mínimos comparados aos benefícios.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, S. P. de. **Plea bargaining**: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. 160 p.

ANTUNES, C. Taxa de presos no Brasil quase triplica em 16 anos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 mar. 2012. Cotidiano. p. c3.

BAYER, D. A. Mídia e sistema penal: uma relação perigosa. **Revista Síntese direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 36-49, abr./maio 2013.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 set. 1995.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Projeto de Lei nº 236. Senador José Sarney. 27 jul. 2012. **Diário do Senado Federal**, Brasília.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 79.572. Parte Litigante Ministério Público Estadual, Relator Marco Aurélio, 29 fev. 2000. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, fev. 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 69.696. Parte Litigante Jamir Zanatta, Relator Celso de Mello, 18 dez. 1992. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, out. 1993.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.898. Parte Litigante Jorge



Eduardo Levi Mattoso, Relator Gilmar Mendes, 2 jun. 2010. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, n. 164, set. 2010.

CAMPOS, G. S. Q. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis Revista eletrônica do Ministério Público Federal** v. 4, 2012. Disponível em: < [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012\\_Penal\\_Processo\\_Penal\\_Campos\\_Plea\\_Bargaining.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2013.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: legislação penal especial** 4. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 782 p.

DARCIE, S. D. Paradoxos e incongruências do Anteprojeto de Código Penal. **Revista Síntese direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 76, p. 66-78, out./nov. 2012.

GAZOTO, L. W. **Justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

\_\_\_\_\_. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública em concerto com os princípios constitucionais**. 2000. 196 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2000.

GORDILHO, H. S. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. In CONGRESSO NACIONAL DO CONPE-DI, 18., 2009, São Paulo. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P. 9421–9437.

GRECO, L. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal (projeto de lei 236/2012 do senado federal). **Revista Liberdades**, São Paulo, p. 35-58, set. 2012. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesListar.php?redi\\_id=13](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesListar.php?redi_id=13)>. Acesso em: 26 set. 2013.

GRINOVER, A. P. et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. 415 p.

LOPES JUNIOR, A. C. L. Direito ao processo penal no prazo razoável. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 65. p. 209. mar. 2007.

NUCCI, G. S. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1116 p.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822 p.

RAMOS, J. G. G. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 288 p.

REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. 699 p.

SANTOS, H. L. R. Incompatibilidades entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal. **Revista Síntese direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 41-52, jun./jul. 2013.

SILVA, E. D. da. **Ação penal pública: princípio da oportunidade regrada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 144 p.

SOBRANE, S. T. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. 152 p.

SOUZA, J. A. S. **Modelo de aplicação do princípio da disponibilidade**. 1998. Disponível em: <[https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining\\_Souza.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/400/plea%20bargaining_Souza.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 29 set. 2013.

UNIÃO EUROPÉIA. Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Recomendação nº Rec(2000) 19, de 6 de outubro de 2000. Comitê de ministros dirigida aos Estados Membros sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, 2000. Tradução Maria Antonieta Real Rodrigues Serrano Batista e Natália Nunes Rocha. Disponível em: <[http://www.pgr.pt/Portugues/Instancias\\_Eu\\_Int/recomend\\_2000.html](http://www.pgr.pt/Portugues/Instancias_Eu_Int/recomend_2000.html)>. Acesso em: 07 ago. 2013.

VILELA, A. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 138 p.