

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

A JUSTIÇA PENAL E AS FORMAS DE TRANSAÇÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO: REPERCUSSÕES¹

NICOLÁS RODRIGUEZ GARCIA²

1. Introdução — 2. Conceito e Incidência das Negociações — 3. Classes — 4. Requisitos para a Aceitação da *Plea* do Acusado — 5. Conclusões

1. Introdução

Frente à afirmação de que no sistema da *common law* um acusado só pode ser condenado por um tribunal de jurados, depois de um procedimento contraditório, realizado com todas as formas de proteção e garantias, no qual o advogado defensor e o Ministério Público discutem arduamente sobre a culpabilidade ou a inocência, a realidade se mostra diferente, posto que em muitos casos não se chega a esse juízo.³

1. Trad. de Fernando A. Fernandes, professor da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Unesp.

2. Professor da Área de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (Espanha).

3. *Vid.* Schulhofer, Stephen J. "Effective Assistance on the Assembly Line", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 144 e ss.; Heumann, Milton. "Criminal Trials, Negotiated Plea, and the Effective Assistance of Counsel: Notes About and Toward a Theory of the Attorney's Role in Case Resolution", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 159; Blumberg, Abraham S., "The Practice of Law as a Confidence Game. Organizational Cooptation of a Profession", *Law & Society Review*, v. 1, n. 2, June, 1967, p. 18; Swick, Kevin L., "Plea Bargains: What to Do when the

A disponibilidade do objeto do processo antes do ajuizamento é um procedimento tão velho como o próprio processo criminal;⁴ desde os primeiros tempos o acusado podia ser condenado com base na sua confissão, através do reconhecimento de que ele efetivamente havia cometido os fatos de que estava sendo acusado, implicando assim em que não se chegava ao ajuizamento. Esta era a característica que distinguia os sistemas anglo-saxões daqueles de inspiração continental, embora também nestes últimos havia a possibilidade de que o acusado de um delito confessasse a sua prática, porém, com a diferença de que essa confissão não impedia a realização do juízo.⁵

As declarações de culpabilidade ("*pleas of guilty*"), que tiveram sua origem na Inglaterra, experimentaram

Prosecutor Says No", *University of Dayton Law Review*, v. 6, n. 1, Winter, 1981, p. 95.

4. Cf. Newman, Donald. "Making a Deal", Johnson, Norman, e Savitz, Leonard. *Legal Process and Corrections*, John Wiley & Son, Inc., 1982, p. 94; Beall, George. "Principles of Plea Bargaining", *Loyola University of Chicago Law Journal*, v. 9, n. 1, Fall, 1977, p. 175.

5. Cf. Van Den Haag, Ernest. "Limiting Plea Bargaining and Prosecutorial Discretion", *Cumberland Law Review*, v. 15, 1984, p. 1 e ss.

uma grande difusão nos Estados Unidos da América do Norte, passando a ser consideradas nos finais do século XIX e princípios do século XX como um elemento característico do direito penal deste país.⁶

A adoção deste instituto como o modo normal de resolução dos casos⁷ deveu-se ao alto custo dispendido para a realização dos processos e ao longo tempo em que se arrastavam até chegar a uma conclusão, gerando uma grande incerteza para o acusado. Ressalte-se que foi a partir da Guerra Civil americana que isto se produziu, portanto, em um momento em que houve um rápido e enorme crescimento da população que se concentrava nos núcleos urbanos.

O *guilty plea* é, pois, a forma por excelência de resolução dos casos, sendo que o funcionamento do sistema penal é viável tão-somente porque mui-

tos dos acusados *plead guilty* (*negociam a sua culpa*); implicando essa negociação de culpa na admissão de todos os elementos de prova do fato que se é acusado, o Estado não se encontra ante a necessidade de ter que provar que o acusado é realmente culpado.⁸

Todavia, com o passar dos anos os promotores se viram na necessidade de ter que oferecer grandes concessões aos acusados em troca da confissão de culpa, objetivando com isso manter constantes os percentuais de declarações de culpabilidade, os quais estavam em torno de 90%, tanto a nível federal como estadual.⁹ A justificativa para a manutenção dos percentuais residia no fato de que uma abolição desta instituição provocaria resultados gravíssimos,¹⁰

6. *Vid.*, por exemplo, Friedman, Lawrence M., "Plea Bargaining in Historical Perspective", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 258 ("... *Plea bargaining does not stand by itself. It is part of a process*"); Bazelon, David L., "The Defective Assistance of Counsel", *University of Cincinnati Law Review*, v. 42, n. 1, 1973, p. 34 ("... *I pointed out the ironic truth that plea bargaining is one of the most significant and yet least visible aspects of the criminal justice system*").

7. *Vid.*, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure*, Second Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1992, p. 898; Wilkins, William W. Jr., "Plea Negotiations, Acceptance of Responsibility, Role of the Offender, and Departures: Policy Decisions in the Promulgation of Federal Sentencing Guidelines", *Wake Forest Law Review*, v. 23, n. 2, 1988, p. 185.

Esta generalização da instituição do *plea bargaining* conduz Milton Heumann a afirmar que, apesar da nomenclatura, os "*trials courts*" são realmente "*plea bargaining courts*" (*Plea Bargaining. The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago and London: the University of Chicago Press, 1978, p. 1).

8. Note, "The Unconstitutionality of Plea Bargaining", *Harvard Law Review*, v. 83, n. 6, April, 1970, p. 1387.

9. Alschuler, Albert W., "Plea Bargaining and Its History". AA.VV., *Settlement and Plea Bargaining*, Association of Trial Lawyers of America. Ed. Mary Francis Edwards, 1981, p. 255 e ss.

10. Segundo LaFave e Israel, "...*The assumption is that the system can function only if a high percentage of cases are disposed of by guilty plea and that this will happen only if concessions are granted to induce pleas. So that argument goes, our present criminal justice system is based on the premise that approximately 90 per cent of all defendants will plead guilty, leaving only 10 percent, more or less, to be tried, meaning that even a small reduction in the percentage of pleas received would have a tremendous impact*" (LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure...*, ob. cit., p. 899).

O Chief Justice Burger se manifestou em termos semelhantes em *Santobello v. New York*, 404 US 257, 92 S Ct 495, 30 L Ed 2d 427 (1971): "... *If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities*". Inclusive, chegou a ser mais explícito: "... *A reduction from 90 per cent to 80 per cent in guilty pleas requires*

uma vez que a criminalidade havia duplicado nesse período enquanto que o número de tribunais permaneceu constante.¹¹

Neste sentido, quando utilizamos o termo *plea bargaining* estamos fazendo referência à modalidade da *guilty plea* "típica" dos EE.UU., cuja essência consiste na obtenção pelo acusado de uma série de concessões oficiais em trocar de declarar-se culpado.¹²

2. Conceito e Incidência das Negociações

A legislação "estadunidense" não opõe nenhum obstáculo às declarações de culpabilidade negociadas, tanto que na Rule 11 (e) (1) das *Federal Rules of Criminal Procedure* se estabelece:^{13,14}

the assignment of twice the judicial manpower and facilities-judge, court reporters, bailiffs, clerks, jurors and courtrooms. A reduction to 70 per cent trebles this demand" ("The State of the Judiciary-1970", *American Bar Association Journal*, v. 56, October, 1970, p. 931).

Vid., igualmente, Kaplan, Johh. "American Merchandising and the Guilty Plea: Replacing the Bazar with the Department Store", *American Journal of Criminal Law*, v. 5, n. 1, 1977, p. 220.

11. Alschuler, Albert W., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *The University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, Fall, 1968, p. 51.

12. Cf. Alschuler, Albert W., "The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining", *The Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, May, 1975, p. 1.180, nota 6; Maynard, Douglas W., *Inside Plea Bargaining. The Language of Negotiation*, New York and London: Plenum Press, 1984, p. 46 e ss.

Como se assinala em *Corbitt v. New Jersey*, 439 US 212, 99 S Ct 492, 58 L Ed 2d 466 (1978), "... incentives seem to exist for defendants to forego the risks of trial to obtain substantial benefits in return of the plea of guilty".

13. Colhidas nas *Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts*, onde se contém *The Judicial Code*

"The attorney for the government and the attorney for the defendant or the defendant when acting pro se may engage in discussions with a view toward reaching an agreement...".

Podemos, pois, definir ao *plea bargaining* como o processo de negociação que possibilita discussões entre a acusação e a defesa, com vistas à obtenção de um acordo, no qual o acusado se declarará culpado, em troca de uma redução na imputação que lhe é dirigida ou de uma recomendação por parte do Ministério Público,¹⁵ evitando assim a celebração do processo.

Com a generalização deste instituto, a maioria das causas de natureza criminal, inclusive as movidas em decorrência da prática de delitos graves, não chega a juízo: as negociações acabam por converter-se no modo habitual de terminação do processo, assinalando graficamente Hughes que *"... the trial has become no more than an occasional adornment on the vast surface of the criminal process"*¹⁶.

Assim, a maioria dos processos penais fica reduzida à fase de *pre-trial*, podendo ser afirmado que nos Estados Unidos encontramos dois modelos de justiça: um modelo teórico, jurisdicional e acusatório, que na prática se converte

and Rules of Procedure in the Federal Courts, Student's Edition, Foundation Press, 1993, p. 459-519, depois da última emenda que sofreu em 15 de junho de 1993. Na sequência do texto se utilizará; *Fed. R. Crim. Pag.*, ou simplesmente, *Rule...*

14. Em termos parecidos se expressam as legislações dos Estados: *vid.*, por exemplo, *Colo. Rules of Crim. Proc.*, Rule 11 (f) (2); *Fla. Rules of Crim. Proc.*, Rule 3.171 (b) (1).

15. *Vid.* Zimring, Franklin, E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System. Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1980, p. 495.

16. Hughes, Graham. "Pleas without Bargains", *Rutgers Law Review*, v. 33, n. 3, Spring, 1981, p. 753.

em um modelo prevalentemente burocrático-administrativo.¹⁷

Apesar da dificuldade em se obter dados, e dada a escassa transparência dos processos de negociação, a maioria da doutrina e a jurisprudência assinala que é de 90% o percentual de incidência do *plea bargaining*, tanto a nível federal como estadual.¹⁸ Entretanto, o *plea bargaining* não apresenta tratamento uniforme em todo o país, já que se verificam variações entre as diferentes jurisdições, e, inclusive, dentro de uma mesma jurisdição. Isso se deve às seguintes razões:¹⁹

1.^a — os juízes e os promotores adotarão distintos pontos de vista no momento de aplicar este instituto, afetando dessa forma a uniformidade de tratamento a ele dispensado na jurisdição em que desempenham as suas funções. A informalidade e as amplas divergências de opinião que existem entre os promotores e os tribunais de uma jurisdição em relação com os de

outra, freqüentemente causam descontentamentos e um sentimento de injustiça entre os acusados, os quais sentem que forma vulnerados no seu direito a um tratamento em conformidade com o “princípio da igualdade”.²⁰

2.^a — o problema se acentua tendo em vista que a maioria dos processos é por infrações ao *State Law* (Lei dos Estados Federados), já que os Estados exercem o principal papel na repressão das condutas de natureza criminal, atendendo cada um à sua necessidade no momento de criminalizar condutas. Portanto, as práticas permitidas em uma jurisdição podem não o ser em outras, em virtude da divergência das legislações de cada Estado.

3.^a — a natureza dos fatos imputados ao acusado, sendo normalmente maior o percentual de ocorrência nas *misdeemeanors* que nas *felonies*.

4.^a — os percentuais estão em função da disposição dos acusados de negociar a culpa, seja porque acreditam que

17. Cf. Illuminati, Giulio. “Accusatorio ed inquisitorio (sistema)”. VV.AA., *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.P.A., 1988, v. I, p. 4.

18. *Vid. United States Department of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics*, ed. Kathleen Maguire & Timothy J. Flanagan, 1991, p. 58, tabla 5.36, onde se recolhem as estatísticas dos acusados que têm sido julgados nos *U.S. District Courts* de 1945 a 1990, podendo-se observar que entre 85 a 90% deles foram condenados sem ir a juízo, através das suas declarações de culpabilidade.

19. Cf. Bond, James E., *Plea Bargaining & Guilty Pleas*, Second Edition, New York: Clark Boardman Company, Ltd., 1983, p. 1-4 e ss.; Jones, David A., “Negotiation, Ratification and Rescission of the Guilty Plea Agreement: A Contractual Analysis and Typology”, *Duquesne Law Review*, v. 17, n. 3-4, 1978-1979, p. 605-606; Berger, Moise. “The Case Against Plea Bargaining”, *American Bar Association Journal*, v.62, May, 1976, p. 621 e ss.

20. *Vid. Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. (Criminal Procedure. Cases and Materials on the Administration of Criminal Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1974, p. 186 e ss.; Newman, Donald J., *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston and Toronto: Editor Frank J. Remington, Little, Brown and Company, 1966, pp. 53-56.

Gifford demonstra sua preocupação para com o risco de que o *plea bargaining* provoque um tratamento desigual entre os acusados, afirmando que “... *thousand of individual plea bargainins are approved by prosecutors who have differing philosophies, attitudes and capabilities. At best, their decisions are inconsistent and haphazard. At worst, the hidden and informal nature of plea bargaining invites prosecutors to be influenced by corruption, racism or personality conflicts between themselves and defendants or their attorneys*” (Gifford, Donald G., “Meaningful Reform of Plea Bargaining: The Control of Prosecutorial Discretion”, *University of Illinois Law Review*, v. 1983, n. 1, 1983, pp. 40-41 e pp. 61-65).

serão condenados de qualquer maneira, seja porque não suportam a incerteza do resultado do julgamento, seja porque não querem sofrer as conseqüências do juízo, especialmente graves em alguns tipos de delitos (exemplo: os relacionados com a liberdade sexual, as corrupções políticas, defraudações contra a fazenda pública...).

5.^a — alguns autores, inclusive, assinalam que existe uma correlação entre os percentuais dos casos que efetivamente vão a juízo e as características do local e da população de cada jurisdição; acrescentam que os promotores das regiões mais rústicas (rurais) são propensos a aceitar, com maior facilidade, as declarações negociadas, comparativamente com os *prosecutor* das grandes cidades.²¹

3. Classes

Na prática, as *guilty pleas* podem adotar três formas:²²

A — *Voluntary* ou *Ininfluenced*.

O acusado confessa porque a sua culpabilidade é tão evidente que a celebração do juízo careceria de sentido, ou para acalmar seu peso de consciência, ou, até mesmo, porque não encontra vantagem alguma em negar a sua culpa.²³

B — *Structurally induced*.

O acusado se declara culpado porque a lei estabelece uma pena mais severa para aqueles que insistem em ir a juízo, ou porque é sabido que geralmente os juizes impõem penas mais benignas aos que renunciam ao seu direito de ter um julgamento.

Até o momento em que se generalizaram as concessões feitas ao acusado em troca de sua *plea*, esta era a forma mais comum, posto que o acusado e seu defensor não tinham mais que estudar as pautas que seguiam os tribunais na hora de ditar a sentença.²⁴

Esta modalidade também se denomina *implicitat* ou *tacit plea bargaining*, já que não vai existir uma negociação entre o *prosecut* e o *defendant* (ou seu *defense counsel*). Nesta hipótese, o acusado tem uma “razoável expectativa” de obter um tratamento favorável, expectativa que dificultará enormemente um controle efetivo do processo de *plea bargaining* por parte do órgão jurisdicional.²⁵

Nos tribunais em que ocorrem este tipo de *pleas* não há nada com o que negociar a declaração de culpabilidade, e, como indica McDonald, “... *defendants are simply informed that they have a choice: they can either plead guilty and get mercy or go to trial and get justice*”.²⁶

Joan Vergé i Grau, Barcelona: Libreria Bosch, 1988, p. 197.

24. Beall, George. “Negotiating the Disposition of Criminal Charges”. AA.VV., *Settlement and Plea Bargaining*, Association of Trial Lawyers of America. Editor Mary Frances Edwards, 1981, p. 287.

25. Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. *Criminal Procedure... ob. cit.*, p. 135 e ss.

26. McDonald, William Frank. “From Plea Negotiation to Coercive Justice: Notes on the Respecification of a Concept”, *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, pp. 385-386.

21. Cf. Saltzburg, Stephen A., *American Criminal Procedure (Cases and Commentary)*, Third Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1988, p. 792; Lagoy S. Pag., Senna, J. J., Siegel, L. J., “An Empirical Study on Information Usage for Prosecutorial Decision-Making in Plea Negotiations”, *American Criminal Law Review*, v. 13, Winter, 1976, p. 435 e ss.

22. Goldstein, Abraham S., *The Passive Judiciary. Prosecutorial Discretion and the Guilty Plea*, Baton Rouge and London: Louisiana State University Press, 1981, p. 33.

23. Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, traducción de

C — *Negotiated*

É a que se obtém antes do juízo e em virtude de uma negociação entre o *prosecutor* e o *defendant*, seja sobre o delito, seja sobre a pena a ser imposta, ou sobre ambos.

Em contraposição à anterior, esta modalidade recebe o nome de *explicit bargaining*, sendo a mais comum de todas elas;²⁷ é a *plea of guilty*, consequência da instituição do *plea bargaining*.

O acordo a que chegam as partes neste tipo pode ter o seguinte conteúdo:²⁸

1.º — *Charge bargaining, charge reduction* ou *charge dismissal*.

A essência deste caso é que se permite ao acusado realizar uma *plea of guilty* com uma ou várias imputações, em troca de que o *prosecutor* se comprometa a reduzir, abandonar ou abster-

se de trazer imputações adicionais.²⁹ Por isso, a intenção do advogado defensor será tentar que o *prosecutor* acuse a seu cliente por um delito de gravidade inferior, ou seja, para o qual esteja prevista uma pena menor que aquela a que estaria sujeito o acusado se a acusação fosse pelo crime realmente praticado.

Com este tipo de *plea* corre-se o risco de que o *prosecutor* utilize a prática de “*overcharging*”, ou seja, que inclua na acusação imputações mais severas contra o acusado para contrariar a sua *plea*, atitude essa que é oposta a todo princípio ético de atuação.³⁰ Por outro lado, não há que se temer que o Juiz não queira seguir as recomendações do promotor, já que o acusado será informado disso e lhe é permitido retratar a sua *plea*.³¹

27. Israel, Herold H., Kamisar, Yale, La Fave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution. Leading Supreme Court Cases and Instructory Test*, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1989, p. 500.

Saltzburg recolhe um estudo que nos mostra que ambos os tipos, o implícito e o explícito, podem encontrar-se nas diferentes jurisdições, porém em 27 das 30 jurisdições consultadas no estudo, o explícito é o dominante, particularmente nos casos por *felony* (Saltzburg, Stephen A., *American Criminal Procedure...*, *ob. cit.*, p. 792).

28. Referimo-nos somente aos tipos mais comuns, nos quais podem ser enquadrados o resto de variáveis existentes porque, como assinala Saltzburg (*American Criminal Procedure...*, *ob. cit.*, p. 792), a variedade dos acordos a que se pode chegar são “ilimitados”, existindo em cada jurisdição mais de um tipo, ainda que sempre predominará um deles.

Cf. também Vetri, Dominick R., “Guilty Plea Bargaining: Compromises by Prosecutors to Secure Guilty Pleas”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 112, n. 6, April, 1964, p. 866.

29. Beall, George. “Principles of Plea Bargaining...”, *ob. cit.*, p. 175. *Vid.*, também Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System...*, *ob. cit.*, p. 498 e ss.

30. Beall, George. “Negotiating the Disposition...”, *ob. cit.*, p. 286.

O *Judge Bazelon* expôs claramente em *Scott v. United States*, 419 F 2d 264, 135 US Ap. D.C. 377 (D.C.Cir. 1969) que o promotor não pode ter carta branca para aplicar qualquer tática que deseje, visando conseguir a *plea of guilty*, pois pode se constituir em uma hostilidade contra ao acusado “...a policy of deliberately overcharging defendants with no intention of prosecuting on all counts simply in order to have chips at the bargaining table would, for example”.

31. A *Rule 11(e)(2)* dispõe que “... the court may accept or reject the agreement, o may defer its decision as to the acceptance or rejection until there has been an opportunity to consider the presentence report”.

A *Rule 11 (e) (4)* acrescenta que “... if the court rejects plea agreement, the court shall, on the record, inform the parties of this fact, advise the defendant personally in open court or, on a showing of good cause, in camera, that the courts is not bound by the plea agreement, afford the defendant the opportunity to then withdraw the plea, and advise the defendant that if the defendant persists in a

Este é o tipo de acordo mais generalizado, tanto em nível federal como a nível dos Estados; é a classe "ideal" de acordo, viável, prático, sendo muito vantajoso³² para todos:

a) para o acusado, que sendo consciente de que a manutenção da tese de sua inocência em juízo pode resultar-lhe muito caro, em termos econômicos e em termos de responsabilidade penal, evita assim tanto a *high statutory maximum sentence* como a *high statutory minimum sentence*, com o que se limita a discricionariedade do Juiz ao impor a pena; evita também que o registro de um delito mais grave conste em seus antecedentes penais, o que é especialmente importante naqueles delitos que são mal vistos pela sociedade e que etiquetam as pessoas (como os relacionados com a liberdade sexual, por exemplo); evita os *collateral attacks* a que conduzem alguns tipos de delito (como a perda de direitos civis, a impossibilidade de ascensão a determinados postos de trabalho, etc.).

b) para o promotor, posto que não terá que levar o caso a juízo e disporá de tempo para preparar outros processos. Não podemos nos esquecer que nos

guilty of plea or plea of nolo contendere the disposition of the case may be less favorable to the defendant than that contemplated by the plea agreement".

32. Cf. LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., *Criminal Procedure...*, ob. cit., p. 898; Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. *Criminal Procedure...*, ob. cit., p. 135 e ss.; Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System...*, ob. cit., p. 498 e ss.; Budeirei, Priscila. "Collateral Consequences of Guilty Pleas in the Federal Criminal Justice System", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 16, n.1, Summer, 1981, p. 163-164; Bazelon, David L., "The Defective Assistance...", ob. cit., p. 16-17; *Blackledge v. Allison*, 431 US 63, 98 S Ct 1621, 52 L Ed 2d 136 (1977); *Santobello v. New York*, 404 US 257, 92 S Ct 495, 30 L Ed 2d 427 (1971).

EE.UU. os promotores são eleitos ou nomeados para representar somente ao povo, que avaliará sua atividade em função do número de condenações que haja obtido, sem importar-se com o fato de terem sido obtidas depois de um juízo ou por meio das *pleas* do acusado.³³ As absolvições comprometem sua reputação profissional, e, ante o perigo de perder o caso em juízo, tentarão por todos os meios conseguir as declarações de culpabilidade dos acusados, retirando imputações ou reduzindo outras.³⁴

c) para a sociedade, uma vez que é melhor ter as pessoas perigosas fora das ruas por um breve período de tempo do que correr o risco de serem absolvidas.³⁵

d) para os Tribunais, porque quanto mais casos forem assim resolvidos menor será o congestionamento dos processos; ao declarar a responsabilidade penal dos acusados estão facilitando o bom funcionamento da administração da justiça.³⁶

2.º — *Sentence bargaining, sentence reduction* ou "*on the nose guilty plea*".

33. Musso, Rosanna Gambini. *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano: Giuffrè Editore, 1985, p. 62 e ss.; Polstein, Robert. "How to Settle a Criminal Case", *The Practical Lawyer*, v. 30, n. 3, April 15, 1984, p. 65.

34. McConville, Michael. "Dilemmas in New Models for Indigent Defense", *New York University Review of Law & Social Change*, v. XIV, n. 1, 1986, p. 181.

35. Fine, Ralph Adam. "Plea Bargaining: an Unnecessary Evil", *Marquette Law Review*, v. 70, n. 4, Summer, 1987, p. 618.

Para George Beall, "os fins da nossa sociedade são atendidos pelo fomento da cooperação de todas aqueles que são envolvidos nos delitos, de forma a elevar à justiça aqueles que sejam mais culpados ou os sujeitos que sejam mais perigosos" ("Principles of Plea Bargaining"... ob. cit., p. 177).

36. Sitgraves, Darcy D. "The Role of a Trial Judge in Relation to Parole Term Disclosure to a Guilty Plea", *Thurgood Marshall Law Review*, v. 7, n. 1, Fall, 1981, p. 158.

Neste caso o acusado se declara culpado dos fatos originariamente imputados, em troca de alguma promessa feita pelo promotor, relativa à sentença que lhe vai ser imposta, podendo prometer que pedirá brandura na fixação da pena, que solicitará um benefício específico (por exemplo, a *probation*), que se absterá de fazer recomendações (*recommendations*) ao juiz, ou que não se oporá ao pedido de moderação da pena interposto pelo acusado.

Este tipo de acordo é menos comum que o anterior e nele sim há um risco de que o juiz não queira seguir as recomendações do promotor, não estando vinculado por elas:³⁷ nestes casos o *prosecutor* somente se compromete a buscar ou a não se opor a um determinado resultado (diferente do caso anterior, no qual ele teria que obter um resultado determinado). Isto significa que quando o juiz tem conhecimento de que foi celebrado um acordo deve avisar ao acusado de sua precária situação, já que não lhe é permitido retratar a sua *plea*.³⁸

Estas são as duas grandes categorias de concessões que o acusado pode

receber em troca de sua declaração de culpabilidade. Nada obstante, ele pode ser induzido a *pleas guilty* em atenção à uma ampla série de considerações: um delinqüente jovem pode declarar-se culpado em troca de ser julgado conforme a legislação de menores; o acusado poderá negociar o lugar onde vai cumprir a pena; o objeto do acordo poderá ser também a sujeição a um programa especial de reabilitação (drogadependentes, pessoas com deficiências psíquicas...); etc.

Igualmente, além da declaração de culpabilidade de seu cliente, a defesa do acusado pode oferecer uma série de outras coisas ao *prosecutor*: fazer a devolução das coisas subtraídas; comprometer-se a indenizar a vítima; não apelar da resolução judicial; dar ao promotor ou à polícia a informação que eles desejam; ajudar à polícia na investigação do crime; testemunhar contra outros envolvidos na prática do delito.

Em resumo, quaisquer que sejam os tipos de concessões que receba o acusado, estas normalmente visarão o mesmo objetivo: atenuar a pena.³⁹

4. Requisitos para a Aceitação da *Plea* do Acusado

Dado que uma declaração desta natureza do acusado produz graves consequências para ele, tanto o legislador como os tribunais tiveram que estabelecer uma série de requisitos sem os quais o juiz não pode aceitar a declaração de responsabilidade penal.

1.º — *Determinação da voluntariedade da declaração*

Esta determinação exige, em primeiro lugar, a obrigação que o juiz tem de

37. Na *Rule 11(e)(1)* se afirma que "... with the understanding that such recommendation or request shall not binding upon the court". Por isso M. Cherif Bassiouni (*Criminal Law and Its Processes. The Law of Public Order*, Springfield, Illinois, USA: Charles C. Thomas Publisher, 1969, p. 462) assinala que não devem ser utilizadas este tipo de promessas em troca de declarações de culpabilidade, porque o fato do promotor estar atuando com um poder que não possui introduz considerações éticas e um elemento de fraude, o qual pode viciar a declaração de culpabilidade. Isso se verifica especialmente naqueles casos em que o tribunal pronuncia uma condenação mais grave do que aquela que o promotor propunha na *reduced sentence*.

38. A *Rule 11(e)(2)* dispõe a esse respeito que "... the court shall advise the defendant that if the court does not accept the recommendation or request the defendant nevertheless has no right to withdraw the plea".

39. Davis, Anthony. "Sentences for Sale: A New Look at Plea Bargaining in England and America", *Criminal Law Review*, 1977, p. 151.

certificar se o acusado possui capacidade para aceitar a *plea of guilty*, do mesmo modo que tem a responsabilidade de averiguar se o acusado é competente para estar em juízo, já que existiria uma situação anômala caso se declare a competência de um acusado para estar em juízo, porém ele seja incapaz de compreender as vantagens acordadas em troca de sua declaração de culpabilidade.

Posteriormente, o tribunal tem a importante responsabilidade de determinar se a declaração é "*voluntary*", ou seja, para ser válida a *plea* não deve ser produto de uma *improper coercion* pelos oficiais do governo; o acusado deve tomar livremente a decisão de declarar-se culpado, sem ser submetido a violências (físicas ou mentais), coações, ameaças (...).⁴⁰

40. *Boykin v. Alabama*, 395 US 238, 89 S Ct 1709, 23 L Ed 2d 274 (1969): "Ignorance, incomprehension, coercion, terror, inducements, subtle or blatant threats might be a perfect cover-up for unconstitutionality"; *Brady v. United States*, 397 US 742, 90 SCT 1463, 25 L Ed 2d 747 (1970): "The agents of the State may not produce a plea by actual or threatened physical harm or by mental coercion overbearing the will"; *North Carolina v. Alford*, 400 US 25, 92SCT 160, 27 L Ed 2d 162 (1970): "That he would not have pleaded except for the opportunity to the limit the possible penalty does not necessarily demonstrate that the plea of guilty was not the product of a free and rational choice, especially where the defendant was represented by competent counsel whose advice was that the plea would be to the defendant's advantage". *Vid.* Israel, Jerold H., LaFave Wayne R., *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*. Fifth Edition. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993, pp. 423-424.

Tendo em vista a abundante jurisprudência sobre esta exigência da voluntariedade da declaração, tanto de tribunais federais como estaduais, a *Rule 11(d)* foi modificada em 1975 para proporcionar um *record* mais completo de todas as circunstâncias relativas à validade das *guilty pleas*. Na atualidade dispõe: "The Court shall not accept a plea

2.º — *Determinação de que a plea é feita "intelligently"*

É outra das responsabilidades do juiz: dirigir-se pessoalmente ao acusado para determinar se ele compreende uma série de fatos antes de aceitar sua *plea*, em concreto.⁴¹

A — Compreensão da "*nature*" das imputações: o acusado tem que compreender a essência das imputações sobre as quais se declara ou não culpado, circunstância que deverá constar no *record* do processo. Assim, em *Henderson v. Morgan* reconhece-se que esta exigência de que o acusado conheça a essência das imputações que há contra ele é o primeiro e o requisito mais conhecido, do *due process*.⁴²

B — Compreensão da pena e das possíveis consequências da mesma. A *Rule 11 (c) (1)* exige que o acusado deve compreender o máximo de informações relativas à pena: a pena máxima e mínima que poderá lhe ser imposta; a possível existência de regras ou orientações (*guidelines*) que deva seguir o juiz na hora de ditar sentença, e as circunstâncias nas quais este pode deixar de as observar; a possibilidade de

of guilty or nolo contendere without first, by addressing the defendant personally in open court, determining that the plea is voluntary and not the result of force or threats or of promises apart from a plea of agreement. The court shall also inquire as to whether the defendant's willingness to plead guilty or nolo contendere results from prior discussions between the attorney for the government and the defendant's attorney".

41. *Rule 11(c)(1)*: "Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and inform him of, and determine that he understands, the following..."

42. *Henderson v. Morgan*, 426 US 637, 96 SCT 2253, 49 L Ed 2d 108 (1976).

Vide este caso em Israel, Herold H., Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution...*, *ob. cit.*, p. 513 e ss.

se beneficiar da liberdade condicional, quando assim for tipificado, segundo o delito que haja cometido; avisar ao acusado de que uma parte da sentença constará da imposição da obrigação de reparar o dano ou indenizar a vítima do delito, quando for devida (recorde-se que este pode ser uma das propostas que o acusado pode fazer na negociação, visando receber maiores concessões).

O que é evidente é que a exigência da *Rule 11* de que o acusado deve mostrar o conhecimento das conseqüências de sua *plea* nunca significará que ele deva conhecer a sentença que lhe vai ser imposta. Tão pouco a *guilty plea* estará viciada em virtude do acusado não estar de acordo com a severidade da sentença imposta, a menos que as expectativas de brandura na fixação da pena foram geradas por atos do tribunal ou do governo.⁴³

C — Determinação dos direitos renunciados.

Como uma parte da natureza voluntária da *plea*, o acusado tem que ser informado dos direitos constitucionais de que dispõe: (a) Direito a ser assistido por um advogado durante todo o processo, devendo lhe ser nomeado um nos casos em que se fizer necessário; (b) o direito a declarar-se não culpado (*plead not guilty*) e a ter um juízo perante o tribunal de jurados, no qual poderá ser assistido por um advogado, podendo, inclusive, solicitar uma acareação com as testemunhas que declararam contra ele, não podendo ser obrigado a declarar contra si mesmo; (c) finalmente, o acusado deverá ser informado de que todas as afirmações que haja feito, na

presença do seu advogado, sobre o delito do qual se declarou culpado poderão ser usadas posteriormente contra ele, nos casos de haver incorrido em perjúrio ou falso testemunho.

3.º — Determinação da exatidão da declaração

A necessidade de que o juiz verifique se há uma *factual basis* para a declaração (por exemplo, que o acusado haja admitido a realização dos fatos que deram lugar a que lhe fosse imputado o delito do qual vai se declarar culpado) é uma obrigação que há poucos anos se acrescentou às que já tinham na hora de receber as *pleas of guilty*. Assim, na *Rule 11 (f)* se estabelece que "*Notwithstanding the acceptance of a plea of guilty, the court should not enter a judgment upon such plea without making such inquiry as shall satisfy it that there is a factual basis for the plea*".

Ao determinar a base fática da declaração se relaciona o fato realmente cometido e a acusação admitida, por isso será difícil estabelecê-la quando a declaração seja o resultado de *charge bargaining*, na qual o acusado se confessa culpado de um delito menor, "hipotético", porque não foi realmente ele que o cometeu. A justificativa para esse procedimento é a de que a substituição se faz porque o delito de maior gravidade não poderia ser provado⁴⁴.

Entretanto, mesmo quando o tribunal determina que há uma *factual basis* para a declaração poderá admitir que o acusado faça alegações de inocência junto à sua declaração de culpabilidade.⁴⁵

43. *Vid.* Cissel, James. *Federal Criminal Trials*. Third Edition. Charlottesville, Virginia: The Michie Company, Law Publishers, 1992, p. 159; Orfield, Lester B., *Orfield's Criminal Procedure under the Federal Rules*. New York and San Francisco: The Lawyers Cooperative Publishing Co. and Bancroft-Whitney Co., 1985, v. 2, p. 153 e ss.

44. De Diego Diez, Luis Alfredo. "Algunos apuntes sobre la "plea bargaining" de los USA", *Justicia*, 1989, n. IV, p. 951.

45. Cf. *North Carolina v. Alford*, 400 US 25, 91 SCT 160, 27 L. Ed 2 162 (1970).

Vid., este caso e outros posteriores em Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel,

5. Conclusões

A vantagem das negociações e das declarações de culpabilidade reside no fato de serem uma forma de administrar a justiça de forma muito mais flexível do que o modelo tradicional.⁴⁶ Como se assinala no caso *Bordenkircher v. Hayes*, “seja como for a situação em um mundo ideal, o fato é que a *guilty plea* e a *plea bargain* são componentes importantes do sistema judicial deste país. *Properly administered, they can benefit all concerned*”.⁴⁷ Entre essas “*mutuality advantages*”, que sem dúvida alguma são a base para que mais de três quartos das condenações nos EE.UU. sejam produto das *pleas* e as quais são necessárias para que hoje em dia a administração da justiça funcione, podemos assinalar as seguintes:⁴⁸

Jerold H., *Modern Criminal Procedure. Cases, Comments, Questions*. Seventh Edition, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990, pp. 1.268-1.271.

46. Alschuler, Albert, W., “The Prosecutor’s Role...”, *op. cit.*, p. 71 e ss.

47. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 98 SCT 663, 54 L Ed 2d 604 (1978).

McCoy e Mirra assinalam que “... *plea bargaining is the process by which both the state’s interest in identifying and punishing criminals efficiently and the defendant’s interest in reducing punishment are maximized in an economic sense*” (McCoy, Thomas R., Mirra, Michael J., “Plea Bargaining as Due Process in Determining Guilt”, *Stanford Law Review*, v. 32, Maio, 1980, p. 895).

48. Vid., entre vários outros, Israel, Herold H., Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Criminal Procedure and the Constitution...*, *ob. cit.*, p. 500; Fanchiotti, Vittorio, “Spunti per un dibattito sul *plea bargaining*”, AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, a cura di Ennio Amodio e M. Cherif Bassiouni. Milano: Giuffrè Editore, 1988, pp. 283-284; Fine, Ralph Adam, “Plea Bargaining...”, *ob. cit.*, pp. 623-627; Myhre, Jonas A., “Conviction Without Trial in the United States and Norway: A Comparison”, *Houston Law Review*, v. 5, 1967-1968, pp. 657-658; De Diego Diez, Luis

a) para o acusado, no caso em que veja uma pequena possibilidade de ser condenado, pois tentará evitar a todo custo a celebração do *trial*, já que poderá obter uma pena mais leve do que a que se supõe lhe será imposta se houver a realização do juízo, além de outra série de concessões que poderá obter da parte do promotor (retirada de outras imputações, abster-se de realizar alguma recomendação que possa agravar a pena, não opor-se à que o acusado permaneça em liberdade sob fiança, etc.); as provas necessárias para a celebração do juízo são eliminadas, assim como a publicidade adversa e demais conseqüências que podem derivar da celebração do mesmo; com a sua declaração facilita a individualização da justiça, podendo o processo de reabilitação começar imediatamente depois de declarar-se culpado e houver dado mostras de querer admitir sua responsabilidade e reintegrar-se na sociedade, principalmente quando o lugar designado para tratamento é um centro especializado e apropriado para as circunstâncias do delito e do delinqüente (por exemplo, os centros de desintoxicação para toxicômanos).

b) para os *prosecutors*, que também querem evitar o juízo, porque assim serão aliviados em sua carga de trabalho, podendo reduzir o atraso dos processos existentes nos tribunais, assim como evitando o risco de que o acusado possa ser absolvido no *trial*. Além disso,

Alfredo. “Algunos apuntes sobre la ‘plea bargaining’...”, *ob. cit.*, pp. 947-948; Casper, Jonathan D., “Reformers v. Abolitionist: Some Notes for Further Research on Plea Bargaining”, *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 569; Clark, Peter. “The Public Prosecutor and Plea Bargaining”, *The Australian Law Journal*, v. 60, April, 1986, p. 210; *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US, 357, 98 SCT 663, 54 L Ed 2d 604 (1978); *Brady v. United States*, 397 US 742, 90 SCT 1463, 25 L Ed 2d 747 (1970).

a colaboração do acusado pode ajudar ao *prosecutor* no desempenho de seu trabalho, já que obterá evidências e provas que permitirão resolver outros casos, conseguindo com isso que sua imagem pública e seus percentuais de atuação se mantenham.

c) para os defensores, porque com as *pleas* reduzem o trabalho e a dedicação ao processo, sem prejuízo dos honorários, podendo assim dedicar o tempo a outros processos; e ao final de tudo celebraram um bom acordo para seu cliente, ainda que alguns de seus princípios éticos tiveram que ser flexibilizados.

d) também para o Estado há vantagens, posto que a imposição mais rápida da pena, através da declaração de culpa do acusado, pode ter mais eficácia no sentido de conseguir os fins esperados da sanção penal; por outro lado, ao evitar o juízo os escassos recursos judiciais e do Ministério Público se conservam para aqueles casos nos quais há uma dúvida substancial sobre a culpabilidade do acusado ou em que se duvida que o estado possa sustentar a carga da prova, ou para os delitos que causam um maior alarme social.

Em resumo, o *plea bargaining* é um procedimento simples e rápido que favorece o princípio da economia processual, permitindo a rápida definição e a resolução da maioria dos processos penais, beneficiando assim, tanto no aspecto econômico como no de redução de tempo, a todos os participantes.

Enquanto todos concordam que as vantagens existem, acreditamos que os custos gerados pela adoção do *plea bargaining* excedem toda a economia de tempo e de dinheiro que ele favorece, se é que essa economia realmente ocorra.⁴⁹ Não se deve estranhar que essa

instituição conduza à idéia de que o sistema penal formal não funciona, de que está nas mãos de todos aqueles que usam e abusam das possibilidades que o ordenamento jurídico lhes oferece.

As críticas que se podem formular ao instituto, e com as quais concorda a maioria da doutrina, são as seguintes:

1.^a — a grande margem de discricionariedade do promotor norte-americano no desempenho do monopólio do exercício da ação penal.

2.^a — a transformação que se produz nos papéis tradicionais que desempenham as partes no processo penal.⁵⁰

Estamos, pois, frente a um sistema no qual todos pretendem evitar a celebração do juízo, amparados em supostos benefícios; o lamentável é que as razões que usam para justificar essa opção pouco ou nada têm de comum com a justiça.

3.^a — a negociação de culpa se produz em um momento processual no qual o conhecimento do caso pelas partes é limitado. Dessa forma, a decisão do promotor é normalmente tomada sem a informação referente às circunstâncias do delito, as características do acusado e outros fatores necessários para tomar a decisão. Isso faz com que em muitos casos a aceitação das declarações por imputações inferiores, que no início eram instrumentos discricionários para a individualização das penas, se converta em rotina, com reduções-padrão de certas penas, sendo provável que o juiz nunca chegue a conhecer a realidade dos fatos, tendo em vista não ser necessária uma investigação exaustiva dos mesmos.⁵¹

50. Vid. Brown, Jeff. "Meritti i limit del patteggiamento". AA.VV., *Il processo penale...* ob. cit., p. 143 e ss.; Callan, Sam W., "An Experience in Justice Without Plea Negotiation", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, p. 328.

51. Goldstein, Abraham S., Orland, Leonard. *Criminal Procedure...* ob. cit., p. 186; De

49. Kipnis, Kenneth. "Plea Bargaining: a critic's rejoinder", *Law & Society Review*, v. 13, n. 2, Winter, 1979, pp. 555-556, nota 1.

4.^a — o fato de que tanto em processos por *felonies* como por *misdeemeanors* os acusados que se declaram culpados recebem penas menos severas que os que decidem ir a juízo. Ou seja, na hora de determinar a pena a ser imposta não se levam em consideração elementos como a gravidade do delito, a personalidade e circunstâncias do acusado ou exigências de prevenção geral e especial, mas sim, simplesmente se gratificam⁵² aqueles sujeitos que aceitam a responsabilidade pela conduta cometida e que contribuem para uma eficiente e econômica administração da justiça, e, em contrapartida, se castigam mais severamente e se penalizam⁵³ a todos aqueles que exercem seu direito constitucional a um juízo com jurados populares.

Esta disparidade de tratamento na hora de ditar sentença é que induz os acusados a declararem-se culpados: esperam receber concessões do Estado na sentença, em virtude de terem lhe poupado os gastos e inconvenientes de ir a juízo. Isto não é uma esperança só

dos acusados, os próprios juízes admitem que “... *it is just human nature to look more favorably on a defendant who admits his guilty*”.⁵⁴

5.^a — Todavia, a consequência mais grave é a de que em muitas ocasiões, ante às evidências existentes, pessoas inocentes são induzidas a declararem-se culpadas, temendo que, no caso de serem condenadas em juízo, a sanção imposta será mais severa, ou visando evitar a publicidade adversa que supõe o juízo.⁵⁵

Parece-nos inadmissível que se tente justificar a injustiça dessas situações com o amparo na escassa probabilidade de que os acusados inocentes se declarem culpados e sejam condenados, e com o argumento de que eles, com mal menor, são recompensados com a sentença “*light*” que recebem.

Apesar das críticas, a realidade dos fatos nos mostra como mecanismos similares ao *plea bargaining* foram adotados não só em ordenamentos jurídicos que se inspiram no modelo anglo-saxão ou de *common law* (Inglaterra, Gales, Escócia, Nova Zelândia, Canadá, Porto Rico, Austrália...), como também

Diego Diez, Luiz Alfredo, “Alguns apuntes sobre la “*plea bargaining*”...”, *ob. cit.*, pp. 945-946.

Zimring e Frase assinalam que “... *under the pressure of a heavy, time-consuming caseload, the prosecutor may easily be seduced at an early stage of the proceedings, before such facts are more fully developed, by the offer of a quick guilty plea in exchange for a light sentence, only to discover too late that the offense, or the offender, was far more serious than originally thought*” (Zimring, Franklin E., Frase, Richard S., *The Criminal Justice System...*, *ob. cit.*, p. 501).

52. Alschuler, Albert W., “The Defense Attorney’s Role...”, *ob. cit.*, pp. 1.235-1.236.

53. McCoy, Thomas R., Mirra, Michael J., “Plea Bargaining as Due Process...”, *ob. cit.*, p. 904; Packer, Herbert L., “Two Models of the Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 113, n. 1, November, 1964, p. 49; *Scott v. United States*, 419 F 2d 264, 135 US Ap. D.C. 377 (D.C.Cir. 1969).

54. Lefstein, Norman. “Plea bargaining and the Trial Judge, the New ABA Standards, and the Need to Control Judicial Discretion”, *North Carolina Law Review*, v. 59, n. 3, March, 1991, pp. 498-506.

55. Newman assinala que esse fato é comum naquelas hipóteses em que os acusados de *felonies* podem declarar-se culpados por *misdeemeanor* (Newman, Donald J., “Pleading Guilty for Considerations: A Study of Bargain Justice”, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, v. 46, n. 6, March-April, 1956, pp. 783-784), e Whitman completa afirmando que os que são mais propensos a isso são os acusados que possuem antecedentes criminais e que sabem que os juízes serão especialmente severos com aqueles que lutam em juízo e perdem (Whitman, Peter A., “Judicial plea bargaining”, *Stanford Law Review*, p. 19, n. 5, Maio 1967, pp. 1.084-1.085).

em ordenamentos jurídicos da Europa continental, nos quais se verificam sistemas processuais que, baseados na atuação conjunta da acusação e da defesa, visam conseguir o arquivo do processo.

Brevemente, podemos citar:

a) na Alemanha, o parágrafo 153 da Lei Processual Penal prevê a abstenção da persecução por delitos menores, as denominadas "bagatelas": nos processos cujo objeto são delitos castigados com penas privativas de liberdade inferior a um ano o Ministério Público tem a possibilidade de prescindir da acusação, com a autorização do Tribunal competente para a abertura do procedimento ordinário, sempre que não existir interesse público na persecução e a culpabilidade do autor for considerada ínfima. De igual modo, o parágrafo 153, a, regula o arquivo da causa, com autorização do Tribunal e mediante o cumprimento de determinadas ordens ou mandatos, no caso em que se chega a um acordo entre as partes.

b) em Portugal, o art. 281 do Código de Processo Penal regula a suspensão provisória do processo, instituto com uma clara relação com o art. 153, a, do StPO: nos delitos castigados com pena de prisão não superior a três anos, ou com sanção de natureza diferente da privativa de liberdade, o Ministério Público pode, em conformidade com o Juiz, com o acusado e seu defensor e com a vítima, solicitar a suspensão provisória do processo, mediante a imposição de certos deveres ou regras de conduta; transcorrido um prazo não superior a dois anos e verificado o cumprimento das condições impostas, se procede ao arquivo definitivo do processo.

c) em Itália, o art. 444 do novo Código de Processo Penal criou um procedimento alternativo ao ordinário, a aplicação da pena a pedido das partes, permitindo que o acusado e o Ministério

Público solicitem ao Juiz a aplicação de uma pena substitutiva, ou de uma pena pecuniária diminuída em um terço, ou uma pena privativa de liberdade que, diminuída em um terço, não supere os dois anos de duração. Esta solicitação pode produzir-se até a abertura da audiência principal, determinando uma simplificação do procedimento, através da supressão da fase de juízo oral.

d) Finalmente, em Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882 já previa dois momentos processuais diferentes para esta conformidade em relação ao objeto do processo: a qualificação provisória das defesas (art. 655) e os prolegômenos do juízo oral (art. 688 e ss.). Depois da Reforma de 1988 e com o estabelecimento do procedimento abreviado se estabeleceram duas manifestações do princípio de oportunidade equivalentes às já existentes (arts. 791.3 e 793.3, respectivamente).

Em conclusão, reafirmamos a idéia de que a administração da justiça é algo mais que uma análise dos custos e benefícios; é absolutamente injustificável buscar legitimar as práticas de disponibilidade do objeto do processo penal anteriormente mencionadas, principalmente a estadunidense, ao simples fundamento de que os prejuízos que se podem produzir são enormes. Todos os cidadãos possuem o direito à justiça e é dever do Estado proporcionar um sistema que possa efetivamente prestar justiça para todos, não só para uma minoria; nenhum benefício aparente pode preponderar sobre a necessidade de preservar o sistema de justiça criminal. Incorre-se em erro ao tentar aplicar à Administração da Justiça os princípios e valores da sociedade capitalista: a produtividade, entendida como o maior ou menor percentual de condenações obtidas, convertendo-se no instrumento de medida da eficácia da atividade jurisdicional nos ordenamentos jurídicos de nosso tempo.