

# Apontamentos sobre Política Criminal e a “Plea Bargaining”

WÁLTER FANGANIELLO MAIEROVITCH

Juiz de Direito em São Paulo. Professor de Direito Processual Penal e Penitenciário no Curso de Preparação de Ingresso à Magistratura e ao Ministério Público do Instituto dos Advogados de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal no Curso de Extensão Universitária da O.S.U.C. — Obras Sociais, Universitárias e Culturais. Conselheiro do Instituto Pimenta Bueno — Associação Brasileira dos Constitucionalistas

O instituto da *plea bargaining* encontra justificacão à luz da *política criminal*. Razões de política criminal geraram a adoção, pelo ordenamento jurídico norte-americano, do supracitado instituto, que é conhecido também por *plea negotiation*.

A *política criminal* direciona-se à prevençãe e repressãe dos ilícitos. O iniciador do direito penal moderno, o alemão FEUERBACH, definiu a *política criminal* como “a sabedoria legislativa do Estado”. Ao definir a execuçãe penal como sendo a “forma de mostrar que a ameaça de punir prevista na lei é séria”, acabou por afirmar, no campo repressivo, princípio de política criminal.

O professor BASILEU GARCIA lembrou poder ser a Política Criminal conceituada “como a ciência e a arte dos meios preventivos e repressivos de que o Estado, no seu tríplice papel de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, dispõe para atingir o fim da luta contra o crime. Como ciência, a Política Criminal firma princípios e, como arte, aplica-os”.<sup>1</sup>

A deficiente política criminal compromete a segurança social. Mal planejada acaba, até, inviabilizando a resposta penal do Estado. Tudo, passando, por vezes, pelos indesejados conflitos entre o legal e o justo. Podem seus princípios, quando incorporam o direito positivo,

atritar com o direito natural: “as imutáveis e não escritas leis do Céu, que não nasceram hoje nem ontem, que não morrem e que ninguém sabe de onde provieram”, na observação de ARISTÓTELES <sup>1.1</sup>

As regras de *política criminal* acompanham as mutações sociais. O professor HEINZ ZIPF, das universidades de Würzburg e Salizburg, a respeito das mudanças sentidas no campo da política criminal, destacou interessante situação:

“In uno studio legale giunge un cliente e narra che, la notte precedente, dopo una festa di carnevale, nel tornare a casa la sua automobile, a causa del fondo scivoloso, aveva sbandato e ferito leggermente un passante; che la polizia aveva quindi effettuato su di lui un’analisi del tasso alcoolico del sangue, in cui valore era risultato di 1,4 per mille; che la polizia gli aveva ritirato immediatamente la patente; egli spiega inoltre di essere molto preoccupato di ciò che, a causa di questo incidente potrebbe accadergli, e che è stato citato come responsabile per quanto causato dalla sua auto. Egli sa poi che in precedenza, per un fatto simile, un collega di lavoro era stato condannato a quattro mesi di prigione senza condizionale e al ritiro della patente per una durata di tre anni. Se anch’egli dovesse scontare una pena detentiva la sua famiglia si troverebbe, durante tale periodo, praticamente priva di reddito. La reazione dell’ordinamento giuridico di fronte ad un caso di guida in stato di ubriachezza pone un’importante questione di politica criminale. Infatti fino all’entrata in vigore della 1.<sup>a</sup> StrRG era molto probabile che anche un incensurato dovesse, in un caso di guida in stato di ubriachezza, mettere in preventivo una pena detentiva senza sospensione condizionale. La non concessione della sospensione condizionale era basata — invero con notevoli differenze nella prassi dei singoli tribunali — per lo più sul § 23 cpv. 3 n. 1 a.F StrGB, dato che l’interesse pubblico richiedeva l’espiazione di una pena detentiva. La 1.<sup>a</sup> StrRG del 1969 ha comportato, con l’introduzione del § 14 e con la riforma del § 23 StGB, importanti innovazioni di politica criminale. Oggi una notevole pena pecuniaria rappresenta per un incensurato il mezzo di reazione primario, anche nell’ipotesi prevista dal § 315 c.StrGB, quella cioè di guida in stato di ubriachezza con gravi conseguenze; nei casi gravi e in presenza di una prognosi sociale positiva la regola è la sospensione condizionale della pena nelle ipotesi in cui venga inflitta una condanna detentiva di oltre sei mesi. Questa modificazione giuridica si fonda su una decisione ben ponderata di politica criminale.”<sup>1.2</sup>

Como inicialmente colocado, o direito positivo norte-americano adotou, como medida de política criminal, há mais de trinta anos, o instituto da *plea bargaining*.

Grosso modo, referido instituto, constitui forma de solução de conflitos de interesses, em face da presença do ilícito penal.

Para o professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a *plea negotiation*, nas suas várias formas e graus, "consiste fundamentalmente na negociação entre o MP e a defesa, destinada a obter-se uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave"<sup>2</sup>. A professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considerou a *bargaining* como autêntica transação entre a acusação e a defesa, para a imposição de pena referente a delito de menor gravidade que aquele que é imputado ao réu.<sup>3</sup>

No direito norte-americano, até o ano de 1968 e como instrumento de autocomposição de litígios penais, a *bargaining* era empregada de maneira oculta, sem publicidade *under the table*, conforme os críticos. Conhecia-se, também, a sua forma extraprocessual, na polícia, e o *agreement* levada ao não-ajuizamento da ação penal. Confissão e dedoduragem eram os componentes da barganha, na fase policial.

Na técnica processual, consiste numa *transação*, acordo (*agreement*), que abrevia a solução do processo pela eliminação da colheita da prova e supressão dos debates entre as partes. O imputado, *em troca de benefícios*, admite sua culpabilidade e declara-se responsável pelo crime cometido (*plea of guilty*). Em regra, acusador (*prosecutor*) e imputado celebram acordo na audiência pré-debatimental (*arraignment*). Nela o juiz, feita a leitura da acusação, convida o argüido ao *pleading* (declarar se confessa a sua culpabilidade). Admitida a culpabilidade (*pleads guilty*), o juiz designa audiência para lançar sentença acerca da pena (*sentencing*). Em alguns Estados-federados, por exemplo Illinois, o juiz participa das tratativas tendentes a concretizar a *plea bargaining*.

No processo norte-americano admite-se três formas da *plea bargaining*, ou seja, de confissão negociada: a *charge bargaining*; a *sentence bargaining* e uma forma *mista*.

Na *charge bargaining* o argüido declara-se culpado e o Ministério Público (*prosecutor*) muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade.

Na *sentence bargaining*, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda. Quanto participa o juiz, promete-se a aplicação de determinada pena ou, dentre várias, uma delas, a ser anunciada na fase procedimental reservada à *sentencing*.

A terceira forma, *mista*, combina benefícios das duas anteriores, ou seja, a *charge* e da *sentence bargaining*. Pode também, frente ao *plea of guilty*, haver a designação de estabelecimento prisional anteriormente acor-

dado. Mesmo, a detração penal, referente a tempo de encarceramento provisório por outro delito. É comum, nas transações, o olvido de alguns crimes.

Na visão aguda de Jeff Brown, defensor público na Cidade de São Francisco, em qualquer das formas, ao imputado que se declara culpado, promete o órgão da acusação, ou até o juiz, um especial tratamento de favor.<sup>4</sup>

A *plea bargaining*, embora poucos saibam, foi utilizada no caso de James Earl Ray, assassino do pranteado Martin Luther King. Na Carolina do Norte, para se livrar de acusação de crime de homicídio em primeiro grau, sancionado com a pena de morte, o americano Alford negociou sua declaração de culpabilidade (*plea of guilty*). Foi acusado de autoria de homicídio em segundo grau, sem risco, portanto, de receber a pena capital.

O acidente de Chappaquiddick que envolveu o Senador Edward Kennedy mereceu solução por meio da *bargaining*. A respeito, escreveu e anotou o citado Figueiredo Dias: "a par de fatores de colaboração tendencialmente neutra, outras há que relevam já de juízos político-criminais mais ou menos explícitos. É, por exemplo, extremamente reduzida a disponibilidade dos *prosecutors* americanos para aceitar a *guilty plea* nos crimes de grande envolvimento emocional coletivo e que polarizam as reivindicações de *law and order*". "De acordo com a observação de K. Schumann (n.º 22), p. 227, nota 39, a aceitação da *guilty plea* de Edward Kennedy em relação ao acidente de Chappaquiddick ou de Early Ray no caso do homicídio de Luther King, valem como exceções que terão na sua base a sobreposição de interesses políticos ao interesse do esclarecimento cabal dos fatos".<sup>5</sup>

A *bargaining* é largamente aplicada, com os mais surpreendentes e espantosos acordos. Inúmeros são os casos, quando esquecida a vinculação à *política criminal*, de avenças inexplicáveis: admite-se trocar homicídio doloso por culposos; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo por furto simples. Para críticos severos, trata-se de prática lúdica, como se nota quando dez crimes variados são trocados pela declaração de culpabilidade (*plea of guilty*) de apenas um, que pode ser até o menos grave.

Para os seus defensores, a *plea bargaining* visa, fundamentalmente, à punição, ainda que branda e socialmente injusta. É justificada como poderoso *remédio contra a impunidade*, diante do elevado número de crimes a exigir colheita de prova indubitosa da autoria, com a conseqüente plethora de feitos e insuportável carga de trabalho judiciário.

Reportando-se a uma pesquisa desenvolvida, no ano de 1979, pelo Bureau of Justice Statistic, em quatorze órgãos judiciários norte-americanos, RICHARD DALEY, Cook County State's Attorney, frisou que, em média, 92% das condenações havidas decorreram de transações. Mais, em nenhuma das unidades judiciárias o percentual foi inferior aos 80%<sup>6</sup>. Citando

mais de uma dezena de estatísticas, o professor FIGUEIREDO DIAS escreveu: “quanto ao alcance prático da *plea bargaining* nos EUA, convirá recordar que é através dela que são solucionados de 80% a 95% de todos os crimes”.<sup>7</sup>

Os resultados estatísticos e as justificativas enumeradas pelos defensores do instituto não contrariaram a vetusta observação do precursor do direito penal moderno: um dos maiores freios inibidores dos delitos é a infalibilidade da pena.<sup>8</sup>

Sob o enfoque da política criminal, ética à parte, a *plea bargaining* tem demonstrado ser remédio eficaz no combate ao tráfico de drogas e às organizações criminosas do tipo mafioso: casos Noriega (Panamá) e Buscheta (preso no Brasil). Por outro lado, é remédio de vários efeitos colaterais como, por exemplo, o de desestimular a investigação científica.

Não se deve confundir a *plea bargaining* com o instituto italiano do *patteggiamento*, que diz respeito a simplificação do rito processual, em razão do pedido das partes de aplicação da pena. De observar que a fase preliminar (*indagini preliminari*) já foi vencida e a “denúncia” (*richiesta di rinvio*) recebida. Lança-se, então, sentença conforme o estado do processo: art. 444. *Applicazione della pena su richiesta*:

“1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria.”

Possuem referidos institutos, no entanto, ponto em comum, ou seja, o do acordo das partes poder resultar em premiação. Convém assinalar, para melhor marcar as diferenças, não haver no *patteggiamento* alteração da imputação (causa de pedir). O delito atribuído ao réu continua sendo o mesmo e a relação jurídica processual já se encontra estabilizada. Admite-se, tão-somente, o aditamento restrito, a alcançar crimes concorrentes ou atos a evidenciar continuação do delito primitivo<sup>9</sup>. Ainda mais, o art. 112 da Constituição da República Italiana prevê que “il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale”.

O professor PAOLO TONINI, da Universidade de Firenze, cuidando da versão renovada do instituto (a Lei n.º 689/81 havia introduzido uma forma experimental), destacou:

“Quando si manifesti un accordo tra imputato e pubblico ministero sulla pena che deve essere applicata in concreto, il giudice nell'udienza preliminare acquista il potere di ratificare l'accordo stesso emanando una decisione definitiva alla quale sono ricollegati alcuni benefici. La pena sulla quale si può formare l'accordo

puó arrivare fino a due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti ad una pena pecuniaria. 'E previsto un incentivo per l'imputato, consistente nella possibilità di godere di un'attenuante fino ad un terzo, oltre ad altri benefici su quali torneremo in proseguo" <sup>9.1</sup>.

A concessão de benefício ao imputado já havia sido anteriormente prevista. Legislação emergencial italiana, como medida de política criminal necessária ao combate ao terrorismo, já havia contemplado estímulos. Admitiu, v.g., a redução das penas dos colaboradores, eufemisticamente chamados de *terroristi pentiti* (arrepentidos).

Os benefícios, contemplados no *plea bargaining* e no supracitado *patteggiamento*, merecem consideração à luz do denominado *direito premial*. A propósito, em recente exposição em Veneza, o juiz GIOVANNI FALCONE recordou a intuição, em pleno século XIX, do jurista alemão Ihering: um dia os juristas voltarão a se ocupar com o direito premial e o farão não só no interesse do aspirante ao prêmio, mas no interesse superior da coletividade.<sup>10</sup>

A *bargaining* não é prevista na nossa legislação ordinária. Conhece-se, aqui, por força da *praxis*, reservadas tratativas entre acusação e defesa em processos da competência do Tribunal do Júri. Mas, são acordadas pelas partes, de modo a não obrigar ou ferir a soberania do Conselho de Sentença.

Quanto ao direito premial, a lei de repressão aos crimes hediondos disciplinou hipótese de redução da pena do delator arrependido (Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990). Essa novidade legislativo-premial, no entanto, chegou velha. O *pentimento*, consoante concluiu o professor VITTORIO FANCHIOTTI, da Universidade de Genova, é tema superado: l'argomento è attualmente fuori moda dato il revirement della politica penitenziaria, ormai chiaramente indirizzata verso la valorizzazione dell'aspetto retributivo della pena, dopo la crisi del rehabilitati ideali <sup>10.1</sup>.

O Professor VITTORIO FANCHIOTTI referia-se à crise de 1982, que mereceu profunda abordagem de VASSALLI, atual Ministro da Graça e Justiça, mencionada pelo penitenciarista LUIGI DAGA:

"da questa generalizzata crisi della funzione rieducativa del penitenziario nasceva il rischio di un ritorno ad un puro retribuzionismo (Anchel e Cemithe, 1981, 34) e ad un abbandono di programmi penitenziari aventi per effetto obiettivo l'umanizzazione della pena. Da ciò il fermo richiamo (Vassalli, 1982) alla necessità di non abbandonare il principio rieducativo nella gestione concreta dei sistemi penitenziari" <sup>10.2</sup>.

Entre nós, eventual adoção, por lei ordinária, do modelo norte-americano esbarraria em obstáculos constitucionais, sem contar a descaracterização da natureza retributiva da pena e o desrespeito às vítimas pela falta

de ajuizamento da ação penal. No direito norte-americano vigora o princípio da oportunidade da ação penal; o *prosecutor* detém poder discricionário, podendo deixar de aforar ação penal. Ao contrário, no Brasil vigora o princípio da legalidade, sendo, por imperativo constitucional (art. 5.º, incisos XXXV e LIX), obrigatória a propositura da ação penal pública.

Ainda, o princípio constitucional obriga à perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal previsto em abstrato na lei. A experiência norte-americana, no particular, não recomenda: o Ministério Público “dispõe, por outro lado, da irrecusável vantagem de escolher o tipo de crime por que se propõe acusar e o tipo de reação que se propõe a reclamar. Daí a frequência da *overcharging*, recorrentemente denunciada pelos criminólogos americanos: o MP começa por apontar para formas particularmente drásticas de responsabilidade criminal, com o propósito de, por via de negociação, acabar por acordar numa acusação — vale dizer numa sentença — muito mais benigna. O que constitui um normal e perigoso expediente de coação e pressão psicológicas, destinado a explorar a insegurança e o medo do argüido, compelindo-o a acolher-se à segurança do mal menor da declaração de culpa”.<sup>11</sup>

Nossa jurisdição penal é sempre contenciosa, sendo vedada a imposição de pena sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*). Tal fato levou a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER a afirmar que, no nosso ordenamento jurídico, não há lugar para a *bargaining*.<sup>12</sup>

O nosso país, dada a escalada da criminalidade e a propalada impunidade, carece implantar, *rapidamente*, uma nova *política criminal*. Para tanto, exige-se bem menos que a sabedoria de Salomão, que tanto impressionou a rainha do Meio Dia, a rainha de Sabá<sup>13</sup>; muito, no entanto, do alerta de Paulo, apóstolo do Senhor: eu luto, mas não como quem fustiga o ar (Cor.9.26).

A Itália cuidou rapidamente da reforma processual penal. Entre a Lei Delegada (“che e la norma emanata dal Governo in seguito a *delezione delle Camere*”) <sup>14</sup> e a publicação do novo Código transcorreu menos de um ano e oito meses. A Lei Delegada n.º 81 foi publicada em 16 de março de 1987 e o Código em 24 de outubro de 1988.

As linhas mestras de política criminal, inspiradoras da mencionada lei processual, foram grafadas no Projeto Preliminar, apresentado por uma comissão presidida pelo professor GIAN DOMENICO PISAPIA, da Universidade de Milão.

Entendeu-se superado o Código Rocco de 1930, editado por Mussolini, em pleno regime fascista. E, como lembrou o Professor FABRIZIO CORBI, docente de Execução Penal na Universidade de Firenze: é não só o primeiro código da Itália Republicana, mas, também, a primeira experiência que o país é chamado a realizar, de um processo penal inspirado no princípio acusatório.<sup>15</sup>

## Bibliografia

1. *Instituições de Direito Penal* — BASILEU GARCIA — Vol. I, Tomo I, p. 37 — Ed. Max Limonad — 1975.

1.1. Retórica — ARISTÓTELES; apud: CELSO LAFER — *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* — Ed. Companhia das Letras, p. 35.

1.2. *Politica Criminale* — HEINZ ZIPF, pp. 8/9 — Giuffrè Editore — 1989.

2. *Criminologia — O homem delinqüente e a sociedade criminógena* — JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, pp. 484/485 — Coimbra Editora Limitada, 1984.

3. *Teoria Geral do Processo — Grinover, Cintra e Dinamarco*, pp. 10/11 — Editora Revista dos Tribunais — 3ª edição de 1981.

4. Meriti e Limiti del Patteggiamento — JEFF BROWN — apud: *Il Processo Penale Negli Stati Uniti D'America* — p. 131 — Giuffrè Editore.

5. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — Ob. cit., pp. 489/490 e nota nº 40, da p. 490.

6. "The Prevalence of Guilty Pleas" — in *Bureau of Justice Statistics*, Washington. D.C. 1984.

7. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — ob. cit. — p. 484 e nota 28.

8. *Dei Delitti e delle Pene* — CESARE BECCARIA, p. 93 — Giuffrè, 1964.

9. Revista dos Tribunais — pp. 480/350. Relator DÍNIO GARCIA.

9.1. *L' Investigazione Privata Nel Nuovo Processo Penale* — PAOLO TONINI, p. 227 — CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

10. *Un Nuovo Codice Per Una Nuova Giustizia* — *Giunta Regionale del Veneto* — GIOVANNE FALCONE, p. 12 — ed. Dott. Giuffrè — 1989.

10.1. *Giustizia Contrattata: spunti per un dibattito sul plea bargaining* — VITTORIO FANCHIOTTI — p. 290 — Giuffrè Editore, 1988.

10.2. *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense, a cura di FRANCO FERRACUTI*, vol. 11º, Carcere e trattamento, p. 36 — Giuffrè Editore, 1989.

11. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS — Ob. cit. p. 486.

12. ADA PELLEGRINI GRINOVER — Ob. cit. p. 11.

13. *Falar com Deus* — FERNANDEZ CARVAJAL — vol. 4º, p. 157, Editora Quadrante — tradução Ricardo Pimentel Cintra.

14. *Manuale di Diritto Processuale Penale* — GIOVANI LEONE, p. 18 — Jovene Editore, 1988.

15. *L'investigazione Privata nel Nuovo Processo Penale* — FABRIZIO CORBI, p. XIII — presentatione dell'opera — CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.