

OS ACORDOS NO PROCESSO PENAL À LUZ DO DIREITO COMPARADO

THE AGREEMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW

Jamilla Monteiro Sarkis*

RESUMO

Este artigo promove, a partir do direito comparado, imersão histórica e processual sobre os institutos, culturas jurídicas, legislações e precedentes jurisprudenciais que deram origem à prática de acordos no processo penal. Além disso, analisa as razões pelas quais a prática do consenso tem triunfado em seu local de origem, a fim de projetar suas possíveis repercussões no cenário jurídico pátrio.

Palavras-chave: Processo penal. Acordos. História. Direito Comparado.

ABSTRACT

This article intends to promote, from comparative law, a historical and procedural immersion on the institutes, legal cultures, legislation and jurisprudential precedents that have given rise to the practice of agreements in the criminal process. Furthermore, it seeks to analyze the reasons why the

* Doutorado em andamento pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa concedida pela CAPES/PROEX. Mestrado (2018) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Substituta do Departamento de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Estácio em Belo Horizonte. Advogada Penalista. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>. E-mail: jamilla.sarkis@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2730-5950>.

consensus practice has triumphed in its place of origin, in order to project its possible repercussions in the Brazilian legal scenario.

Keywords: Criminal procedure. Agreements. History. Comparative law.

1 INTRODUÇÃO

Os modelos de acordo previstos na legislação brasileira, desde aqueles previstos na Lei dos Juizados Especiais, até a mais recente previsão na Lei Anticrime, foram diretamente influenciados pelo instituto do *plea bargaining* (PEREIRA, 2016, p. 45), tradicional na cultura jurídica estadunidense, cuja aplicação vislumbra-se em cerca de 90% (noventa por cento) dos casos criminais ocorridos naquele país (TURNER, 2010, p. 7).

Portanto, analisar a origem e as condições de celebração do *plea bargaining* é fundamental para a compreensão de institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, previstos na legislação brasileira. Não apenas por ter servido como fonte de inspiração, mas também porque a experiência estrangeira reflete as falhas e tendências desse método premial de resolução de demandas criminais.

Neste artigo, introduzem-se os elementos gerais do *plea bargaining*, a partir de uma imersão histórica e processual, bem como do estudo das culturas jurídicas, legislações e precedentes jurisprudenciais sobre os quais se fundamentam.

Além disso, serão feitos esclarecimentos acerca do sistema processual norte-americano (*adversarial system*), em comparação ao sistema inquisitorial tradicional nos países de cultura legislativa romano-germânica. A diferenciação terá como finalidade compreender sua influência no triunfo do *plea bargaining* (FISHER, 2003, p. 41) e, então, analisar criticamente a circulação de institutos jurídicos entre os dois sistemas.

2 DESENVOLVIMENTO

O *plea bargaining*, como forma de negociação entre o Estado e acusados, cujo resultado é a concessão de vantagens pela admissão de culpa (*plea guilty*), ou renúncia ao direito de contestar as imputações (*nolo contendere*) que evitam o julgamento (TURNER, 2010, p. 8), bem como a colaboração com a justiça, para o deslinde de outros aspectos do delito, faz-se presente na cultura jurídica estadunidense desde o século XIX (VOGEL, 2007, p. 91).

Antes disso, apesar de existentes em raros casos (ALSCHULER, 1979, p. 8), as declarações de admissão de culpa (*plea guilty*) não tinham lugar por dois motivos básicos. Primeiro, porque a legislação penal da época previa, para muitas das infrações, a pena capital, de modo que a admissão de culpa implicaria diretamente a execução do infrator. Segundo, porque a demanda por esse tipo de acordo era praticamente inexistente, considerando a rapidez e informalidade dos procedimentos adotados durante os julgamentos.¹

O primeiro registro de *guilty plea*, nos Estados Unidos, data de 1804 (ALSCHULER, 1979, p. 9), no caso *Commonwealth v. Battis* (Massachusetts). Naquela oportunidade, um homem negro foi acusado de sequestrar, estuprar e depois matar uma criança branca.

Após assumir a responsabilidade pelos fatos, a corte informou ao acusado das consequências de sua postura, e esclareceu que não estava obrigado – legal ou moralmente – a se autoincriminar, tendo em vista que o ônus de provar a autoria do crime incumbia ao Estado. Quando o acusado insistiu em admitir a culpa pelo crime, a corte determinou o encerramento da sessão, sem registro de *plea guilty*, concedendo ao réu mais tempo para considerar suas opções.

Com o retorno do julgamento, o réu insistiu na declaração de culpa, motivo pelo qual a corte determinou a oitiva dos policiais, carcereiros e até do juiz que havia realizado a audiência preliminar. Sob compromisso de dizer a verdade, todos foram questionados sobre possíveis ameaças, coerções ou ofertas ilegais. O júízo também determinou uma avaliação de sanidade do

¹ Alguns exemplos dessa informalidade são a ausência de representação das partes por advogados (direito garantido pela Constituição apenas em 1798, após a promulgação da 6ª Emenda), a seleção de um mesmo corpo de jurados para servir em uma quantidade indeterminada de julgamentos e a falta de apresentação e debates sobre as provas apresentadas pela acusação. O sistema estadunidense, nesse ponto, era similar ao inglês. Em LANGBEIN (1978, p. 263), o autor estima que entre 12 (doze) e 20 (vinte) casos criminais eram decididos pelo mesmo corpo de jurados em um único dia na Inglaterra nos séculos XVII, XVIII e XIX.

acusado para aferir sua capacidade mental. Ausentes quaisquer sinais de coação ou incapacidade, o *guilty plea* foi, finalmente, aceito.

Ainda na primeira metade do século XIX (FISHER, 2003, p. 40), as declarações de culpa deixaram de ser situações esporádicas e indesejáveis, para se tornarem objeto de barganha, com a finalidade de diminuir a quantidade de julgamentos. Até o ano de 1880, no pós-Guerra Civil, a população dos Estados Unidos aumentou em aproximadamente quinze milhões de pessoas. Nas grandes cidades, as taxas demográficas eram ainda mais expressivas, tendo em vista que 40% da população rural migraram para os centros industriais.²

O crescimento populacional refletiu diretamente no aumento da criminalidade e, por consequência, em maior quantidade de processos criminais. Enquanto, em 1939, um promotor de justiça do Condado de Middlesex (Massachusetts) cuidava de 42 casos criminais, em 1843 passou a atuar em 101 processos, chegando a 443 casos no ano de 1849 (FISHER, 2003, p. 40). Somados à sobrecarga de casos criminais, os interesses individuais dos três agentes do processo penal – juiz, promotor e acusado – também convergiam para o *plea bargaining*.

Aos magistrados, mais importante que o monopólio do poder estatal, o *plea bargaining* era duplamente vantajoso. O decréscimo no número de julgamentos criminais, em razão dos acordos promovidos entre acusação e acusados, pode ser percebido como uma vantagem objetiva, na medida em que diminuiu a carga de trabalho dos juízes, que enfrentaram uma sobrecarga ainda maior de casos cíveis no pós-Guerra Civil.

Além da expansão demográfica, o século XIX marcou a industrialização das produções e a mecanização dos transportes. O emprego de mão de obra humana cresceu massivamente, enquanto as máquinas e equipamentos industriais ainda eram primitivos em relação à segurança do trabalhador. Nesse contexto, entre 1880 e 1900, o número de processos por acidentes de trabalho ajuizados em Boston aumentou de 120 para 3.300 casos (FISHER, 2003, p. 123).

² RISE of Industrial America, 1876-1900. City Life in the Late 19th Century. *Library of Congress (USA) Website*, s/d. Disponível em: <https://bit.ly/3ynu1AX>. Acesso em: 9 out. 2022.

Subjetivamente, a resolução de casos criminais, por meio da barganha, era vantajosa para os juízes porque, diante de menor quantidade de casos a serem decididos, eram também diminuídas as hipóteses de erros e, por conseguinte, de decisões reformadas pelas cortes superiores. A legitimidade do sistema ficava mantida, ao evitar equívocos procedimentais, e a reputação do Julgador era fortalecida perante seus pares (FISHER, 2003, p. 16).

Os promotores de justiça também tinham bons motivos para evitarem os julgamentos em processos criminais e oferecerem acordos em troca de *guilty pleas* (FISHER, 2003, p. 24). Os promotores, nos Estados Unidos do século XIX, eram profissionais que prestavam serviços ao Estado, em meio horário, na maioria das vezes cumulados com outros empregos. A atuação era comum nas esferas cível e criminal, sendo que a remuneração da atuação em casos cíveis era superior.

Entretanto, o regimento das cortes previa a apresentação dos casos cíveis e criminais na mesma sessão, estes com preferência no julgamento. Eis, portanto, o cenário de atuação do promotor público: a remuneração dependia da quantidade de casos nos quais representasse o Estado, sendo que os processos cíveis eram mais remunerados, mas precisavam submeter a julgamento prévio os casos criminais, mais trabalhosos e com menor retorno pecuniário.

A barganha, então, apresentava-se como uma solução que manteria as taxas de condenação em razão do *guilty plea* e, ao mesmo tempo, diminuiria as ocorrências de casos levados a julgamento.

Dados sobre a espécie de crime em ascensão no século XIX³ demonstram que a maior proporção de acusações referia-se a violações à lei que regulava a licença de álcool (FERDINAND, 1992), cujas tipificações e penas eram favoráveis às negociações, porque permitiam maior manipulação das imputações por parte do órgão acusador e o oferecimento de benefícios à defesa, reduzida a interferência do juízo (FISHER, 2003, p. 49).

Para as defesas, a conveniência do *plea bargaining* tornou-se mais significativa após a década de 1860, quando os estados norte-americanos

³ Em 1844, a proporção de acusações envolvendo licença para venda de álcool era de 62%, comparada à proporção de 40% de acusações que não envolviam a lei do álcool. Em 1900, essa proporção aumentou para 81% em relação às acusações de violação às licenças de álcool e 44% para as demais acusações (FISHER, 2003, p. 287-288).

alteraram suas legislações para conceder aos acusados o direito de prestar depoimento em seus próprios julgamentos. Mesmo sendo a intenção do legislador ampliar o direito de defesa (ALSCHULER, 1979, p. 15), o direito de testemunhar em seu próprio julgamento gerou efeitos negativos aos acusados.

Aqueles que possuíam outros registros criminais viam-se pressionados pela acusação, que construía nos jurados uma presunção de culpa decorrente de fatos passados. O mesmo acontecia com os acusados que optavam por permanecer em silêncio em vez de se defenderem (FISHER, 2003, p. 104).

Não por coincidência, nessa mesma década, as declarações de *guilty plea* superaram as de *not guilty plea* pela primeira vez. Dos casos criminais em trâmite perante as General Sessions de Nova Iorque, as declarações de *not guilty plea*, que variavam entre 80 e 100% até 1845, passaram para 40% em 1860. Na década seguinte, somente 30% das declarações eram de inocência (MCCONVILLE; MIRSKY, 2005, p. 200).

Foi também na década de 1860 que o primeiro caso de *plea bargaining* chegou às cortes de apelação (ALSCHULER, 1979, p. 19). Em *Swang v. State* (1865), o acusado fez um acordo com a acusação para assumir a culpa sobre duas infrações que lhe eram imputadas. Em troca, outras oito acusações seriam arquivadas. Depois disso, recorreu à corte superior, requerendo a nulidade do acordo e a realização de novo julgamento, mediante declaração de inocência.

A barganha, naquele caso, foi considerada inconstitucional. A corte do Tennessee reconheceu tratar-se de um evento sem precedentes no Estado e considerou a postura do promotor de justiça inapropriada e coercitiva, decidindo que o direito constitucional ao julgamento deveria prevalecer sobre toda sorte de combinados ou manipulações.

Na década seguinte, a corte de Wisconsin foi pioneira ao manifestar-se sobre as negociações que previam como condição de validade e eficácia o depoimento pelo acusado em desfavor de terceiro coimputado. No caso *Wight v. Rindskopf* (1877), o tribunal expressou sua preocupação com a possibilidade de barganha e com o sigilo dos acordos (NASHERI, 1998, p. 85).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1878, decidiu pela primeira vez um caso envolvendo *plea bargaining*, apesar de não tratar diretamente da legalidade do instituto (ALSCHULER, 1979, p. 25). Em *The Whiskey Cases*, o

descumprimento por parte da Promotoria Federal, em uma série de complexos acordos, foi questionado.

A decisão manteve o perdão judicial aos acusados que depuseram em desfavor de outros corréus, mas julgou imprópria e inexecutível a cláusula negociada pela acusação que previa como benefício a abstenção do Estado em relação às ações cíveis decorrentes das infrações.

Ressalvadas essas situações isoladas, nas quais as cortes superiores avaliaram, ainda que superficialmente, os acordos, o *plea bargaining* era um negócio em expansão, com muitos consumidores satisfeitos (ALSCHULER, 1979, p. 26). Por isso, no século XX, essa prática só cresceu e se expandiu.

Em 1920, comissões que examinavam processos criminais ao redor do país publicaram dados que demonstram que os julgamentos deixaram de ser a regra, dando lugar às declarações de *guilty plea*. Em Chicago, 85% das condenações derivaram em *guilty pleas*, 78% em Detroit, 76% em Denver, 90% em Minneapolis, 81% em Los Angeles, 74% em Pittsburgh e 84% em Saint Louis (ALSCHULER, 1979, p. 26).

No entanto, somente a partir de 1926, essas Comissões passaram a levar em consideração as motivações premiaias das declarações de culpa. Em Chicago, constatou-se que 78% de todos os *guilty pleas*, em casos criminais, referiam-se a infrações menos gravosas (contravenções) que as inicialmente apresentadas pela acusação (crimes). Em Nova Iorque, essa proporção atingiu 85% no mesmo ano (ALSCHULER, 1979, p. 26).

Na segunda metade do século XX, a tendência do *plea bargaining* foi mantida. No distrito de Columbia, por exemplo, estudos conduzidos em 1965 demonstraram que 74% das condenações derivavam de declarações de culpa e, destas, apenas 27% geravam condenações nos exatos termos do indiciamento original.

Nesse momento, ao contrário da conjuntura que deu origem ao instituto, a justificativa para adoção do método negocial de resolução de conflitos criminais, no século XX, não era a sobrecarga de processos criminais. O número total de casos havia diminuído e a quantidade de profissionais na equipe da promotoria pública havia aumentado substancialmente.

A explicação para a adoção do *plea bargaining* estava na simplicidade da concessão de benefícios, em troca da declaração de culpa, aliada à

desburocratização do procedimento e à manutenção das altas taxas de condenação. A ênfase era dada à maximização da produção (VANOVER, 1998, p. 183) e minimização do trabalho (ALSCHULER, 1979, p. 34).

Hoje, mais de dois séculos após o início da prática do *plea bargaining*, pode-se afirmar que o modelo de justiça criminal negocial triunfou nos Estados Unidos. Estima-se que, a cada dois segundos, um caso criminal é sentenciado nos tribunais a partir de declarações de culpa ou *nolo contendere* (LYNCH, 2003, p. 24).

Para compreender melhor esse fenômeno, necessária uma abordagem acerca das principais características desse modelo.

As diretrizes básicas de validade e legalidade para o *plea bargaining* estão previstas na 11ª Lei Federal de Regulamentação dos Procedimentos Criminais Norte-Americana (*Rule 11: Pleas*).

Inicialmente promulgada em 1944, com a previsão de um processo ainda rudimentar e limitado em relação ao *plea bargaining* (COOK, 2002, p. 606), a Lei 11 dispunha apenas sobre a necessidade de voluntariedade e consciência por parte do acusado que declarasse sua culpa, ou que desistisse de contestar os fatos alegados pela acusação (*nolo contendere*).

Em 1966, com o propósito de preservar a justiça e igualdade social nos procedimentos criminais, foi feita uma primeira emenda à Lei 11. Suas alterações, a despeito da justificativa razoável, foram pouco significativas e vagas em relação ao contexto geral, novamente tratando amplamente da garantia de voluntariedade e consciência das declarações (ou opção por não prestar declarações) do acusado.

Uma modificação substancial da Lei 11 só foi realizada a partir da Emenda de 1975. A nova versão traçou uma série de obrigações judiciais para garantir efetivamente o recebimento das declarações de culpa ou de *nolo contendere*.

Das diversas seções e subseções acrescentadas ao texto anterior, a mais relevante previa a advertência ao acusado da natureza da(s) infração(ões) imputada(s), bem como das penas mínimas e máximas previstas para cada tipo penal e da garantia de representação por advogado e de julgamento. Além disso, tornava necessária a explicação pormenorizada dos termos do acordo, suas consequências e o compromisso de dizer a verdade

em suas declarações (quando do *guilty plea*), sob as penas do crime de perjúrio e falso testemunho (COOK, 2002, p. 608).

Outro aspecto importante da nova redação da Lei 11, a partir da Emenda de 1975, segundo COOK (2002, p. 608), foi a previsão de regras para evitar abusos nas discussões e ofertas de barganha, o reconhecimento das propriedades do *plea bargaining* e das possibilidades a serem oferecidas pela acusação (arquivamento, recomendação de sentença mais branda, não oposição ao pedido de sentença mais branda, etc.).

Mais um ponto de destaque disse respeito à vedação da participação dos juízes nas negociações. O objetivo dessa nova estrutura era mitigar a informalidade do procedimento anteriormente adotado pelas cortes (MATHER, 1979). As audiências deveriam ser mais completas, contando com uma ampla explicação por parte do juiz ao acusado, sobre a natureza das imputações, e maior participação do réu, com o objetivo de garantir que o acordo a ser homologado não estivesse contaminado por coações ou ameaças da promotoria, ou do próprio advogado (COOK, 2002, p. 609).

Em regra, os acordos eram e ainda são realizados na fase inicial do processo e formalizados em uma audiência – *preliminary hearing* – realizada antes do julgamento definitivo do mérito (VANOVER, 1998, p. 183). Após as negociações e definições dos termos do acordo, a acusação apresenta em juízo as imputações em desfavor do acusado – *charges* – e o juízo questiona o acusado sobre sua culpa – *guilty or not guilty plea e nolo contendere*.

Em caso de admissão de culpa, ou renúncia ao direito de contestar as imputações, caberia ao magistrado explicar todas as nuances das acusações e, ao mesmo tempo, averiguar a voluntariedade das declarações do acusado e sua consciência sobre as consequências do acordo firmado (WHITEBREAD; SLOBOGIN, 2000, p. 605).

Entretanto, os procedimentos continuaram a variar entre um estado e outro, revelando não apenas a falta de padronização entre as cortes – típica do sistema jurídico estadunidense –, mas uma significativa diferença em relação às garantias asseguradas em cada jurisdição. Por esse motivo, em 1977, pesquisadores da Universidade de Georgetown supervisionaram a atuação

jurisdicional⁴ em seis estados,⁵ verificando a operacionalização das declarações de culpa e o cumprimento das garantias que resguardam os direitos dos acusados frente a possíveis abusos da acusação no *plea bargaining* (MCDONALD, 1985).

Os resultados demonstram que, além da desproporção entre os procedimentos adotados em um ou outro estado, os direitos básicos assegurados pela Lei Federal 11 aos acusados não eram garantidos pelas cortes. Em quase 31% do total de casos acompanhados pelos pesquisadores, incluindo acusações por crimes e contravenções, as imputações nem sequer foram lidas e explicadas aos réus. Em cerca de 52% dos casos, os acusados não foram informados em juízo sobre a pena máxima que lhes poderia ser aplicada. No mesmo estudo, foi considerada também a variável da duração do procedimento de apresentação do acusado e do acordo em juízo. A média geral foi de 5,2 minutos para os atos envolvendo contravenções e 9,9 minutos para crimes.

Na década de 1980, a Lei 11 voltou a ser modificada por novas emendas. Em 1982, foi acrescentada a necessidade de explicações do juízo ao acusado, acerca das possibilidades e efeitos de possíveis cláusulas que previssem liberdade condicional (*parole*). Em 1989, adicionou-se a possibilidade da liberdade supervisionada, em resposta à promulgação das diretrizes nacionais para sentenças (*United States Sentencing Guidelines*), em 1987, que compunham a Lei de Reforma das Sentenças de 1984 (COOK, 2002, p. 611).

Em 1999, outra importante emenda foi promulgada, como reflexo da corriqueira prática adotada pela acusação de fazer constar nos acordos cláusulas de renúncia ao direito de recorrer da sentença condenatória. O novo texto previu um registro mais completo e detalhado dos termos do *plea bargaining*, especificamente no que se refere às espécies de recursos a serem renunciados, bem como seus efeitos futuros (COOK, 2002, p. 612).

⁴ A análise dos pesquisadores foi dividida em cinco partes: 1) qualidade do processo de aceitação da declaração de culpa; 2) os padrões de ciência determinados pelo juízo; 3) os padrões de voluntariedade determinados pelo juízo; 4) os padrões de precisão determinados pelo juízo; 5) a efetividade dos procedimentos (MCDONALD, 1985).

⁵ Texas (Condado de El Paso), Luisiana (Condado de New Orleans), Washington (Condado de Seattle), Arizona (Condado de Tucson), Pennsylvania (Condado de Delaware) e Virginia (Condado de Norfolk).

Das emendas promulgadas nos anos 2000, destacam-se alterações, como a impossibilidade de o acusado retirar (*withdraw*) sua declaração de culpa, ou alterar a opção, por não contestar as acusações, após a imposição da sentença condenatória (emenda de 2002), e a inclusão da declaração, por parte das cortes, sobre os reflexos do *plea guilty*, ou *nolo contendere*, em condenações a imigrantes (remoção, exclusão ou impossibilidade de obtenção da cidadania) na emenda de 2013.

Cumprе mencionar que a efetividade dos dispositivos previstos pela Lei 11 é questionada por parte da doutrina norte-americana e corriqueiro objeto de recursos nos tribunais. Aqui, vale a menção ao caso *United States v. Kaczynski*, no qual Theodore Kaczynski (conhecido popularmente como *Unabomber*) tentou anular a declaração de culpa, apresentada durante seu julgamento, em 1998, ao argumento de que o *guilty plea* não foi voluntário.⁶

De fato, a resposta monossilábica – sim ou não – dos acusados aos questionamentos sobre voluntariedade do acordo e consciência das imputações, ou suas consequências, não parece representar garantias a seus direitos constitucionais, nem assegurar a legalidade das declarações de culpa (COOK, 2002, p. 597).

Além da Lei Federal que guia os procedimentos criminais, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos também editou o *U.S. Attorney's Manual*, um guia de procedimentos a serem seguidos pelos membros da promotoria. De acordo com o manual, o governo estabelece os princípios que devem ser adotados pelo órgão de acusação, durante as negociações do *plea bargaining*.

O primeiro desses princípios é a imputação dos crimes mais graves. De acordo com o provimento 9-27.300, uma vez tomada a decisão de processar criminalmente um indivíduo, a acusação deve imputar-lhe a mais gravosa das infrações relacionadas com sua conduta e que possa basear uma condenação.

O objetivo, como esclarece o manual, é que as acusações deixem de ser realizadas com base nas imputações mais simples, como vantagem para induzir um acordo, que seria falho para a justiça, por não refletir a seriedade da conduta do acusado.

⁶ Remete-se o leitor à série de ficção baseada no caso *Manhunt: Unabomber* (EUA, 2017; Disponível em: <https://bit.ly/3rFh8yk>. Acesso em: 9 out. 2022.

No item 9-27.320, que trata das acusações adicionais, recomenda-se que os promotores somente façam imputações necessárias para que a justiça seja realizada. De acordo com as diretrizes do Governo Federal, as acusações desnecessárias complicam e prolongam os julgamentos, além de se constituírem em potencial ferramenta de discricionariedade utilizada pelos promotores para manipularem acordos (*overcharging*).⁷

Essas imputações adicionais devem, portanto, ser apresentadas somente quando fundamentais para refletir a natureza e extensão do crime, ou quando reforcem significativamente o caso contra o réu.

O conceito e as possibilidades de acordo que podem ser oferecidos aos acusados estão previstos no item 9-27.400. Em geral, os *plea agreements* são definidos como acordos celebrados entre o governo, por meio do promotor público, e o acusado que, em troca de declaração de culpa ou *nolo contendere*, pode deixar de responder por outras infrações, receber benefícios na sentença ou outras vantagens adequadas ao caso concreto.⁸

A disposição 9-27.420 determina que seja analisada pelos promotores uma série de condições, antes do oferecimento do acordo: desejo do acusado em cooperar com as investigações, ou com a persecução penal em relação a terceiros; o histórico criminal do acusado; a natureza e gravidade das infrações imputadas; o remorso por parte do acusado, e seu desejo em assumir a responsabilidade por seus atos; a conveniência do acordo e disponibilidade do acusado para contribuir com o caso; a probabilidade de obtenção de sentença condenatória; o provável efeito do acordo sobre testemunhas; as hipóteses da sentença e outras consequências que possam vir a ser enfrentadas pelo acusado; o interesse público na celebração do acordo e na disponibilidade do julgamento; a redução de custos e a necessidade de evitar atrasos em outros

⁷ A expressão *overcharging* refere-se ao excesso de acusações por parte dos promotores com o objetivo de forçar acordos de *plea bargaining*. Esse excesso verifica-se de duas maneiras diferentes: a imputação de uma conduta típica mais gravosa que aquela efetivamente praticada (por exemplo, uma acusação por homicídio doloso ao invés de culposo); a imputação de várias infrações que se relacionam em um mesmo nexo de dependência (por exemplo, falsificação de documento público e uso de documento público falsificado). Nesse sentido, LIPPKE, 2011, p. 34.

⁸ Acordos de acusação (*charge agreements*), acordos de sentença (*sentence agreements*) e acordos que combinam a redução das imputações com benefícios sobre a sentença (*mixed agreements*).

processos; os interesses da vítima, incluindo qualquer efeito sobre o direito de restituição.

Além das diretrizes formuladas pelo Departamento de Justiça, a página oficial do Gabinete do *Attorney General* (figura correspondente ao procurador-geral da República) disponibiliza, em seus arquivos públicos, alguns acordos de *plea bargaining*. Entre eles, destaca-se o negócio celebrado entre a Promotoria Federal e John Lindh, capturado como inimigo combatente durante a invasão dos Estados Unidos ao Afeganistão (SPERBER, 2003, p. 159).

Apelidado de *American Taliban*, Lindh declarou-se culpado das dez acusações que lhe foram imputadas. Ressalvada a complexidade e grande repercussão do caso, o acordo foi estruturado com base nos critérios federais, contendo previsões gerais, que consistem no resumo dos termos principais da negociação; questões referentes ao sentenciamento, com recomendações de penas e formas de execução; direitos do colaborador, como representação por advogado e julgamento pelos pares; formas de colaboração, como depoimento nos julgamentos dos corréus e apresentação de documentos; e disposições gerais, relativas às formalidades de publicidade, medidas administrativas etc..

Tais critérios tiveram como base diversos entendimentos jurisprudenciais. Assim como a Lei Federal 11 e as diretrizes formuladas pelo Departamento de Justiça, os procedimentos do *plea bargaining* foram igualmente influenciados pelos precedentes das cortes superiores dos Estados Unidos. Destes, o de maior relevância é o caso *Brady v. United States* (TURNER, 2010, p. 10). Em 1970, a Suprema Corte manifestou-se expressamente pela aprovação e legitimidade do *plea bargaining*, quando a defesa requereu a anulação do acordo de colaboração firmado com a promotoria em 1959.

Naquele ano, o réu participara de um sequestro, cuja pena máxima prevista era de morte. A princípio, declarou-se inocente, mas voltou atrás e aceitou o acordo oferecido pela promotoria, quando soube que um dos coautores do crime havia confessado e testemunharia em seu desfavor. Sua declaração de culpa foi questionada pelo juízo, durante a audiência, e o acusado informou estar ciente de todos os termos do acordo, firmado voluntariamente.

Em 1967, representado por advogados diferentes daqueles que participaram da celebração do acordo, o acusado dirigiu manifestação à Suprema Corte, arguindo ter sido coagido a confessar o crime.

A hipótese lançada pela defesa foi de que o acordo carecia de voluntariedade, na medida em que oferecido frente à possibilidade de pena de morte. A decisão da corte foi no sentido de que, por si só, o *plea bargaining* não macula as declarações de culpa. Além disso, o órgão julgador registrou que nem todos os acordos celebrados, em decorrência do medo do acusado de ser condenado à pena de morte, têm sua voluntariedade afetada.

No ano seguinte, outra decisão da Suprema Corte, no caso *Santobello v. New York*, reconheceu o *plea bargaining*, não só como uma parte essencial do processo penal, mas como uma prática desejável para a administração da justiça (TURNER, 2010, p. 18). Na mesma oportunidade, a corte manifestou-se sobre a vinculação institucional da acusação aos termos do acordo, independentemente dos métodos individuais de cada promotor. É dizer que, se um promotor celebra um acordo com o acusado, prevendo pedido de condenação na pena mínima, é vedado a outro promotor que atue no mesmo caso deixar de cumprir com o compromisso.

Por parte do acusado, a vinculação ao acordo também já foi objeto de análise pela Suprema Corte. No caso *Ricketts v. Adamson*, julgado em 1987, a declaração de culpa foi derogada e o réu foi submetido a julgamento, após recusar-se a prestar novo depoimento em desfavor dos seus cúmplices, depois que a primeira condenação contra eles foi anulada. Descumprido o acordo, que havia modificado a imputação de homicídio de segundo grau para homicídio de primeiro grau, Adamson foi condenado pelo júri na modalidade mais gravosa da pena capital.

No mesmo caso, a Suprema Corte também se manifestou pela inaplicabilidade, no *plea bargaining*, da vedação ao *double jeopardy*, princípio previsto pela 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo o qual ninguém poderá sofrer os riscos de uma condenação por crime mais gravoso frente à anulação de um julgamento por infração mais branda (RAMOS, 2006, p. 134).

De acordo com a decisão, a sentença derivada do acordo de colaboração que condenou o acusado por homicídio de primeiro grau não tem

a mesma força do veredito e, por isso, poderia ser anulada e sucedida por nova acusação, dessa vez por crime mais gravoso.

O mais recente julgado da Suprema Corte envolvendo *plea bargaining* conferiu aos acusados um importante direito, com base no procedimento previsto pela Lei Federal 11 e suas emendas. Em *Lee v. United States*, o peticionário requereu o cancelamento do acordo de colaboração firmado com a promotoria, tendo em vista que, à época dos fatos, entendeu ter sido induzido a erro por seu advogado, que havia assegurado a impossibilidade de deportação.

Na decisão, a corte reconheceu o vício arguido pela defesa, na medida em que Lee somente celebrou o acordo com a acusação, porque foi mal assessorado juridicamente. As garantias ao esclarecimento específico para acusados imigrantes e à representação por advogado foram ampliadas, restando consignada a importância da atuação de uma defesa técnica de qualidade e a mácula gerada pela representação deficitária no caso de Lee.

O sucesso da aplicação do *plea bargaining* e das emendas da Lei 11 tem relação, também, com o modelo jurídico da *common law*, no qual se insere o direito estadunidense e com o específico sistema adversarial que rege seus procedimentos judiciais.

As tradições da *common law*, que prezam pelo pragmatismo, em detrimento das normas abstratas típicas do modelo romano-germânico (DAVID, 2002, 507), revelam-se pelos costumes e pela jurisdição e são coordenadas, majoritariamente, por precedentes derivados de casos paradigmáticos.

No modelo estadunidense, a *common law* ainda conta com a particularidade estrutural da diferenciação entre direito federal e estatal. Enquanto as normas de abrangência federal são intervenções mais genéricas, demandadas em situações nas quais a uniformização do Direito é necessária, em razão do reflexo constitucional, as leis estaduais são específicas e regulam pontualmente o Direito, de acordo com as culturas e tradições de cada ente federado.

Apesar de cada estado prever regulamentações e procedimentos específicos, inclusive relacionados à interpretação das legislações federais, o *adversarial system* é o sistema processual que impera na *common law* e rege a dinâmica dos casos criminais nos Estados Unidos. Ele se caracteriza pela independência das partes no curso processual, enquanto no *inquisitorial*

system, típico dos modelos romano-germânicos de Direito, as atividades da marcha processual dependem da figura oficial do juiz.

O conteúdo da oposição entre o conceito de *adversarial system* e *inquisitorial system*, além das diferenças estruturais, também representa duas formas distintas de atribuição de responsabilidades e poderes, no processo criminal, e de interpretação e significado de expressões comuns (LANGER, 2004, p. 9). Enquanto, no direito comum, o papel do juiz é de espectador, o modelo inquisitório atribui ao julgador a função de resguardar a lei e o interesse público na busca pela verdade (DAMASKA, 1986, p. 3).

Enquanto isso, no *adversarial system*, acusação e defesa debatem suas versões e elementos de prova que com elas corroborem, presente ainda a possibilidade de confissão para a autoridade policial (*confession*), ou acordo judicial entre as partes, para uma declaração de culpa (*guilty plea*), ou de renúncia ao direito de se manifestar (*nolo contendere*). Ao juiz – rigidamente separado das partes (CARVALHO, 2010, p. 76) – cabe a função de acatar a confissão, ou o acordo, analisar sua legalidade e sentenciar o acusado.

Soma-se à passividade do juiz, no modelo adversarial, a discricionariedade da ação penal – princípio dispositivo –, que faculta às partes a desistência da pretensão, vez que guiada por sua iniciativa e gestão (inclusive da prova), bem como a divisão da responsabilidade decisória com o corpo de jurados (LANGER, 2002, p. 17), composto por julgadores não togados que analisam o mérito da questão posta em julgamento, manifestando-se ao final pelos vereditos de culpa (*guilty*), ou inocência (*not guilty*).

No *inquisitorial system*, a verdade é concebida em termos mais absolutos. O juiz, como representante oficial do Estado, deve determinar, de acordo com as investigações, o que realmente aconteceu, independentemente de acordos ou desacordos entre acusação e defesa (LANGER, 2004, p. 11). Por isso mesmo, inexistem as figuras do *guilty plea* ou *nolo contendere*, sendo a confissão por si só prova insuficiente para a condenação.

Relevante esclarecer que o conceito de sistema inquisitorial (*inquisitorial system*) contrapõe-se ao sistema *adversarial*, não se confundindo com o modelo de procedimento inquisitório (GOLDSTEIN, 1973, p. 1.009), este último dicotômico em relação ao procedimento acusatório (LIMA; PRADO, 2018).

Enquanto o binômio *inquisitorial-adversarial* reflete a diferença entre um sistema que se desenvolve, de acordo com a disposição oficial do juízo, que busca e gerencia a prova como meio de obtenção da verdade, e outro determinado pela demanda das partes, que administram a gestão da prova por meio do confronto, a dicotomia *inquisitorial-acusatório* revela a matriz estrutural histórica e ideológica das estruturas processuais na tradição continental.⁹

A confusão entre o *adversarial system* e o modelo acusatório de processo penal, como ressalva Luigi Ferrajoli, é decorrente de uma tese ideológica e mistificadora que se tornou lugar comum na doutrina.

O paradigma utilizado por FERRAJOLI (2014, p. 690), para delimitar os conceitos, é exatamente o *plea bargaining*: o processo penal acusatório do *adversarial system* norte-americano e, particularmente, o *plea bargaining*, são fruto de uma confusão com o modelo teórico acusatório, definido exclusivamente pela separação entre órgão julgador e acusador, pela paridade entre acusação e defesa, pela moralidade e pela publicidade do juízo.

Inexiste, portanto, nexos lógico direto entre o sistema processual estadunidense, que permite a “discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas” (FERRAJOLI, 2014, p. 523), e o modelo teórico acusatório. Este, pelo fato de ter como principal elemento “estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros” (FERRAJOLI, 2014, p. 522) a separação entre juiz e acusação, que corresponde à diferença entre os sujeitos que desenvolvem as funções de postular e de julgar e, sobretudo, ao papel de parte exercido pela acusação, em paridade e contraditório com a defesa.

⁹ Importante mencionar a referência histórica ao *adversarial system* e a relação com o sistema acusatório estabelecida por Marques (2013, p. 17): “o sistema adversarial nasceu na Inglaterra. Entre os anos de 1740 e 1770, alguns expedientes inquisitoriais foram erradicados da terra da Rainha, graças à intervenção dos advogados no processo penal. A partir desse momento, diversas garantias como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o ônus da prova para a acusação e a proibição do interrogatório policial foram integradas ao processo. O novo procedimento, de natureza adversarial, foi dividido em duas artes, para separar os argumentos da acusação dos argumentos da defesa. Nos séculos seguintes, o sistema adversarial foi aprimorado nos países de cultura anglo-saxônica. Novamente, os advogados foram decisivos. Sua atuação na fase pré-processual fez despertar a consciência de que as garantias constitucionais impunham limites à investigação. A tortura foi elidida. Todo cidadão adquiriu o direito de apresentar a própria argumentação e de desenvolver a sua defesa. Posteriormente, o juízo oral, público e aberto, constituiu o núcleo central do sistema adversarial. O novo método serviu de modelo para reestruturação do processo penal da Alemanha e da Itália, na segunda metade do século XX, ante a necessidade de se restaurarem as garantias suprimidas pelo nazismo e o fascismo.”

Especificamente em relação ao contraditório, o sistema adotado nos Estados Unidos opõe-se ao modelo tradicional de sistema acusatório. Para Ferrajoli, o *plea bargaining* “é exatamente o oposto do contraditório [...] [que] reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição” (FERRAJOLI, 2014, p. 690).

Diferenciados os conceitos e definidas a marcha processual e a gestão da prova, de acordo com a demanda discricionária das partes, como principal elemento do *adversarial system*, é possível compreender como o *plea bargaining* prevaleceu sobre a lógica dos julgamentos. Isso porque, no processo penal estadunidense, o exercício da ação penal pública – de titularidade do Estado, representado pelos promotores – é orientado exclusivamente pelo arbítrio do órgão de acusação (SANTOS, 2017, p. 33).

Não há controle jurisdicional, em relação à quantidade de processos que são arquivados, ou ao número de acordos celebrados entre promotoria e defesa, principalmente porque a grande maioria das colaborações são celebradas antes mesmo da judicialização do procedimento criminal (TURNER, 2010, p. 28).

A atuação dos magistrados restringe-se a três fases: análise de validade e legalidade das declarações de culpa,¹⁰ decisão de aceitação ou recusa dos acordos e, ao final, prolação da sentença, geralmente nos termos recomendados pela acusação (TURNER, 2010, p. 24). Para tanto, juízes, promotores e defesas são guiados por determinadas diretrizes – legislações esparsas, manuais de orientação e precedentes – que, diante da ausência de uma codificação específica e de ampla cogência no direito estadunidense, regem a aplicação do *plea bargaining*.

A separação entre sistemas também é essencial para a compreensão da influência do instituto estadunidense, na ideia jurídica de colaboração premiada, prevista pela legislação brasileira. Desde o final na Segunda Guerra Mundial e com maior repercussão após a Guerra Fria, o sistema legal dos Estados Unidos ampliou sua influência no cenário mundial (MATTEI, 2003), inclusive nos modelos jurídicos de países da tradição romano-germânica. O

¹⁰ Na audiência de apresentação do acordo, o juiz examina as evidências do caso que levaram ao acordo entre acusação e defesa, bem como avalia se a opção pela declaração de culpa foi eleita pelo acusado voluntária e conscientemente, em equilíbrio com os fatos narrados pela acusação, conforme esclarece Turner (2010, p. 23).

exercício dessa influência pode ser percebido de várias formas: na força dos precedentes, no ensino e estudo do Direito, na estrutura da prática penal, na reforma do judiciário e nas ferramentas legais (LANGER, 2004, p. 4).

No caso específico do *plea bargaining*, sua inspiração levou aspectos da justiça penal negocial a diversos países (THAMAN, 2010), por razões que variam entre jurisdições. Existem, no entanto, fatores comuns, como o aumento nos índices de criminalidade e a manutenção das antigas estruturas, com reflexo na demanda por maior quantidade de casos resolvidos em menos tempo (LANGER, 2004, p. 48), e os tratados internacionais de combate ao crime organizado e à corrupção.

Essa circulação de ideais, ferramentas e lógicas jurídicas é interessante para os modelos jurídicos e, igualmente, uma consequência direta da globalização do Direito (MICHAELS, 2013, p. 287), mas deve ser colocada em prática em compasso com as particularidades de cada sistema jurídico.

No sistema adversarial, concebido pela disputa entre duas partes, sob o olhar passivo do juiz, a possibilidade de declarar-se culpado em troca de benefícios – entre eles a desistência da ação –, após uma negociação particular, é natural. No sistema de tradição romano-germânica, por sua vez, o *plea bargaining* precisa ser adaptado¹¹ ao impulso oficial e aos parâmetros internos de legalidade (VASCONCELLOS, 2018, p. 274).

A mencionada adaptação entre os sistemas merece cuidado. No campo das metáforas, deve-se evitar o “transplante” legal, isto é, a transferência de determinado instituto de um corpo jurídico para outro com a maior compatibilidade e identidade possíveis (LEGRAND, 1997). A estratégia mais adequada deveria ser prezar pela “tradução” jurídica, compreendida pela distinção entre o instituto, como concebido nos sistemas jurídicos de origem e destino, adequando a ideia traduzida ao contexto no qual deve ser inserida (LANGER, 2004, p. 44).

3 CONCLUSÃO

¹¹ Seguindo a ideia de adaptação, entende Alexandre Morais da Rosa que, “[n]a ausência de requisitos seguros e de tradição jurídica para acordos de pena e do estatuto das provas obtidas a partir desse modelo, a experiência de outros países, especialmente dos Estados Unidos da América, tem sido invocada, muitas vezes sem a devida adaptação” (ROSA, 2017. p. 536).

Este estudo apresentou, brevemente, o histórico das práticas consensuais, no processo penal, a partir de sua implementação no direito estadunidense. A partir da metodologia do direito comparado, permitiu a compreensão sobre os aspectos culturais, teóricos e práticos que fizeram com que o sistema de justiça criminal daquele país fosse, majoritariamente, regido pela prática das mais variadas espécies de acordo.

Ao mesmo tempo, introduziu uma reflexão pertinente ao ordenamento jurídico pátrio, em especial naquilo que se refere à incorporação das práticas consensuais, típicas do sistema adversarial norte-americano, na realidade brasileira, cujo sistema processual adotado é de base diversa. Nesse aspecto, o estudo evidenciou que a adoção pelo direito brasileiro de práticas processuais desenvolvidas em outros cenários legais deve ser promovida com máxima cautela.

No Brasil, a implementação de práticas consensuais no processo penal ainda é – mesmo que relativamente - recente. Não existem, pois, estatísticas consolidadas sobre suas proporções e reflexos no âmbito criminal. Exatamente por isso, conhecer suas origens e seus desdobramentos em outro ordenamento jurídico é tão importante, na medida em que permite a adoção de medidas que possibilitem seu êxito e condicionem sua aplicabilidade às garantias reconhecidas pelo direito interno.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, v. 79, p. 1-43, n. 1, 1979.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COOK, Julian A. Federal Guilty Pleas Under Rule 11: the Unfilled Promise of the Post-Boykin Era. *Notre Dame Law Review*, v. 77, i. 2, p. 597-640, 2002.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FERDINAND, Theodore N. *Boston's Lower Criminal Courts, 1814-1850*. Newark: University of Delaware Press, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FISHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- GOLDSTEIN, Abraham S. *Reflections on two models: inquisitorial themes in American criminal procedure*. *Stanford Law Review*, v. 26, p. 1009, 1973.
- LANGBEIN, John H. The criminal trial before the lawyers. *The University of Chicago Law Review*, v. 45, n. 2, p. 263-316, 1978.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.
- LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'Legal Transplants'. *4 Maastricht Journal Eur. & Comp. L.*, MJ 4, p. 111-124, 1997.
- LIMA, Marcellus Polastri; PRADO, Geraldo. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*. New York: Oxford University Press on Demand, 2011.
- LYNCH, Timothy. The case against plea bargaining. *Regulation*, v. 26, n. 3, p. 24-27, 2003.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim IBRASPP*, a. 3, n. 4, p. 16-18, 2013.
- MATHER, Lynn M. *Plea Bargaining or Trial?* Los Angeles: Lexington Books, 1979.
- MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, v. 10, i. 2, Article 14, p. 383-448, 2003.
- MICHAELS, Ralf: Globalization and Law. Law Beyond the State. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (Ed.). *Law and Social Theory*. 2. ed. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.
- MCCONVILLE, Michael; MIRSKY, Chester L. *Jury trials and plea bargaining: a true history*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

MCDONALD, William Frank. *Plea bargaining: Critical issues and common practices*. Washington: US Department of Justice, National Institute of Justice, 1985.

NASHERI, Hedieh. *Betrayal of due process: A comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada*. Maryland: University Press of America, 1998.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

RAMOS, João Gualberto Garez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SPERBER, Melysa H. John Walker Lindh and Yaser Esam Hamdi: Closing the Loophole in International Humanitarian Law for American Nationals Captured Abroad While Fighting with Enemy Forces. *The American Criminal Law Review*, v. 40, i. 1, p. 159-215, 2003.

THAMAN, Stephen C. (Ed.) *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

TURNER, Jenia I. *Plea Bargaining across borders*. New York: Aspen Publishers, 2010.

VANOVER, Joseph W. Utilitarian Analysis of the Objectives of Criminal Plea Negotiation and Negotiation Strategy Choice. *Journal of Dispute Resolution*, v. 1998, i. 2, article 4, p. 183-192, 1998.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 953, p. 261-279, mar. 2015.

VOGEL, Mary E. *Coercion to compromise*. New York: Oxford University Press, 2007.

WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. *Criminal procedure: an analysis of cases and concepts*. Eagan: Foundation Press, 2000.