

Dermeval Farias
Gomes Filho

DIREITO PENAL NEGOCIAL

A Legitimação da Resposta Penal

2^a
edição

Revista,
atualizada
e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3

A CONSTRUÇÃO DE DISTINTOS MODELOS DE NEGÓCIO PENAL NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS QUE IMPACTAM NA LEGITIMAÇÃO DA RESPOSTA PENAL

A expansão do Direito Penal contribuiu de forma decisiva para o surgimento de novos institutos de solução de conflitos penais, conforme destacado no capítulo anterior. Tais institutos de solução consensual das querelas penais, que surgiram nos ordenamentos jurídicos, não guardam relação de identidade, conforme se verá mais adiante.

Na etapa que se inicia agora, o escopo do trabalho consiste em apresentar institutos de consenso penal, presentes em outros ordenamentos jurídicos, bem como na realidade nacional, e analisar sua relação com a legitimação da resposta penal. Não há pretensão de esgotar os modelos existentes.

3.1. INSTRUMENTOS DE SENTENÇA PENAL NEGOCIADA PROJETADOS NA LEGITIMAÇÃO DA RESPOSTA PENAL

Há duas formas de negociar a resposta penal, conforme o arranjo de cada ordenamento jurídico. Isso equivale a dizer que é possível negociar uma pena em patamar menor do que aquela que seria obtida em eventual condenação, e, ainda, negociar uma resposta diversa da pena para evitar um processo e uma provável condenação.

Alguns ordenamentos jurídicos apresentam essas duas formas de negócio penal. Os ordenamentos com acordo de pena costumam ter, de igual modo,

espaços decisórios para o exercício da ação penal, e a possibilidade de acordos entre acusação e investigado, com alternativas jurídicas sem a natureza de pena.

O escopo do trabalho, nesta fase, consiste em examinar modelos de acordo de pena projetados na legitimação da resposta penal. A escolha dos modelos jurídicos de determinados países considerou, respectivamente, a influência mundial do paradigma estadunidense, o diálogo cultural e jurídico da Europa com a realidade brasileira, como ainda a proximidade geográfica e histórico-político-social de um dos modelos da América do Sul.

Por essa razão, antes de analisar os acordos existentes no Brasil, serão examinados negócios penais presentes em distintos ordenamentos jurídicos, quais sejam: *plea bargain* dos Estados Unidos; *patteggiamento* da Itália; *absprachen* da Alemanha; e *acuerdo pleno* da Argentina.

A análise será desenvolvida em conformidade com a questão principal da pesquisa, o que equivale a dizer, a relação entre o negócio penal e a pena. As comparações entre as diversas modalidades de negócio penal estarão projetadas na legitimação da resposta penal, em uma escolha, já justificada, diante de várias abordagens possíveis.

3.1.1. *Plea bargain* nos Estados Unidos

Conforme acentuado no Capítulo 2 da pesquisa, nos Estados Unidos, em razão da 6ª Emenda da *Bill of Rights* (Carta de Direitos), existe o direito a um julgamento (*trial*) em matéria penal. Entende-se que tal modelo se apresenta como adversarial, no qual a busca da verdade ocorre mediante a competição de argumentos das partes, com maior predomínio da autonomia da vontade, e marcado por neutralidade do julgador. No entanto, como se observou outrora, o acusado pode abrir mão de seu direito a um julgamento perante o júri – ou, ainda, em alguns casos, perante um juiz singular – e realizar um acordo com a acusação.

As fases do procedimento processual penal dos EUA foram apresentadas no Capítulo 2 da pesquisa, quando se discorreu sobre o modelo adversarial e sua insuficiência instrumental para solucionar todos os conflitos penais. Anotou-se, naquela oportunidade, que em qualquer fase do procedimento, antes de os jurados chegarem ao veredito, a declaração de culpado (*plea*) e o acordo entre acusação e defesa (*plea agreement*) podem ocorrer.

Nesta fase do trabalho científico que ora se desenvolve, é curial, novamente, afastar uma compreensão equivocada de que o *plea bargain* seria uma característica do sistema adversarial. Na verdade, a solução penal acordada – obtida

mediante confissão de culpa (*guilty plea*) – nega o sistema adversarial¹. Isso, porque o sistema adversarial pressupõe uma disputa entre as partes, enquanto o acordo de pena encerra essa disputa. A característica comum entre as formas adversarial e de negócio penal existentes no sistema jurídico penal dos EUA diz respeito à autonomia da vontade que alicerça uma liberdade maior das partes.

A análise do modelo de negócio penal dos EUA, onde se verificam acordos de pena em mais de 90% dos casos penais² e ampla discricionariedade do Ministério Público, revela-se importante para o objeto da presente pesquisa, uma vez que tal modelo inspirou mudanças nas legislações de vários países de tradição jurídica distinta da norte-americana. Ademais, eventuais críticas convincentes ao modelo de *plea bargain* dos EUA facilitam as modificações nos transplantes de tal instituto para outras culturas jurídicas.

Do aspecto histórico, o acordo penal, no desenho que se analisa nos EUA, surgiu no século XIX. Para Alschuler, o surgimento do *plea bargain* remonta à prática de acordo no Direito inglês entre os séculos XIII e XIX; no entanto, a origem próxima se encontra no Direito dos EUA, na última quarta parte do século XIX³. Mary Vogel relata que a barganha já existia nos EUA nas décadas de 1830 e 1840, embora não tenha sido formalmente reconhecida pelos tribunais americanos até o final do século. Aponta que, inicialmente, tal modelo de acordo se espalhou para abranger a maioria das condenações no Tribunal Municipal de Boston. Em seguida, em 1845, apareceu nos tribunais intermediários de Nova York e, após isso, no Condado de Essex, Massachusetts⁴.

De outra forma, Fischer aponta a origem da *plea bargain* na primeira parte do século XIX, entre o começo e a metade, quando se realizavam acordos com o

1. ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios de Justicia Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 90. Mary Vogel destaca que existe crítica no sentido de que a barganha corrói o adversarialismo ao promover a cooperação (VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 6). Em sentido oposto, Langer entende que as *plea bargains* podem ser explicados através de um modelo de disputa (adversarial), porquanto “é natural em qualquer disputa que as partes possam negociar uma solução” (LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. In: THAMAN, Stephen C. (org). **Word Plea Bargaining: Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial**. Durham, North Carolina: Academic Press, 2010, p.1-80. p. 28). (tradução própria).
2. “Nos Estados Unidos, na década de 1920, as alegações de culpa negociadas eram o caminho mais frequente para a decisão de casos de crimes. A prática cresceu de forma constante nas décadas seguintes. Hoje, estima-se que a delação premiada seja responsável pela resolução de 90% ou mais de todos os casos criminais” (VOGEL, op. cit. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 3). (tradução própria).
3. ALSCHULER, Albert. **Plea bargain and its history**. University of Chicago Law School, 1979. p. 10.
4. VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p.2.

emprego de técnicas de negociação que permanecem até os dias atuais⁵. Como primeiro registro de *plea bargain* nos EUA, Fischer anota um caso do ano 1804, referente a uma venda ilegal de bebidas alcoólicas, ocorrido no condado de Middlesex, em Massachusetts. Considerando que uma legislação de 1787 condicionava o comércio de tal mercadoria à prévia autorização especial (*liquor license law*), o cidadão Josiah Syevens teria, com sua conduta, infringido a norma e, por isso, foi processado pelo promotor de justiça Samuel Dana⁶.

Nessa imputação penal, foram narrados quatro fatos: conduta de vendedor habitual de bebida alcoólica; venda particular de bebidas alcoólicas; venda ilegal de bebidas alcoólicas; e permissão do consumo de bebida alcoólica em seu próprio estabelecimento comercial, todas condutas sem autorização legal. Em seguida, a declaração de Josiah de que não contestaria a acusação (*plea of no contest*) fez com que o promotor de justiça Dana mantivesse apenas a segunda imputação e desistisse das demais. Na sequência, o promotor e o acusado realizaram um acordo penal, de modo que restou uma pena de multa a ser cumprida pelo acusado Josiah Syevens⁷.

Nascem aí, segundo Ismael, as primeiras bases da *plea bargain*, na qual o acusado deixava de exercer o direito ao julgamento pelo júri e aceitava certa sanção proposta pela acusação. Essa pena acordada, reduzida em grande parte, se apresentava mais benéfica ao acusado do que a alternativa de um julgamento com a possibilidade de ser condenado a uma pena muito mais severa⁸.

Ainda sobre esse recorte histórico, em razão da influência no sistema jurídico dos EUA, vale apontar algumas notas históricas do acordo penal em países do Reino Unido. Desse modo, registra-se que, na Inglaterra e, até mesmo, no País de Gales, até meados do século XVIII, todos os casos eram julgados pelo júri em tribunais que não possuíam regras de provas. Não se falava em julgamentos sumários e confissões. As vítimas processavam os ofensores. A vítima acusava e nem sempre o réu era representado por um advogado.

Anota Regina Rauxloh que, em algum momento do século XIX, os juízes passaram a se preocupar cada vez mais com os erros judiciários e a qualidade das provas da acusação. Em seguida, surgiram regras de prova e os réus começaram a contar com advogados profissionais. Por essa razão, houve uma

5. FISCHER, George. **Plea bargains's Triumph**: a History of Plea bargain in America. California: Stanford University Press 2003. p. 12, 13 e 21.

6. *Ibidem*, p. 21.

7. *Ibidem*.

8. ISMAEL, André Gomes. **PLEA BARGAIN**: uma análise histórica, comparada e juseconômica. 2017. 114f. Dissertação. Universidade Católica de Brasília, 2017. p. 19-20.

desaceleração dos procedimentos. Para evitar o colapso do sistema criminal, ainda no século XIX, os julgamentos sumários passaram a fazer parte da legislação. E, outrossim, os juízes passaram a encorajar as declarações de culpa por meio de recompensa de desconto de pena, rompendo, portanto, com a anterior tradição de desencorajamento de tais declarações⁹.

Durante o século XX, o acordo penal na Inglaterra permaneceu menos desenvolvido do que o praticado nos EUA, especialmente em razão das decisões dos tribunais federais, que negavam oficialmente a existência do negócio penal, conquanto o procedimento estivesse presente na prática forense. Em 1994, a Lei de Justiça Criminal e Ordem Pública (*Criminal Justice and Public Order Act*) afirmou o princípio de que os réus que se declarassem culpados geralmente deveriam receber uma sentença mais leve do que os condenados em um julgamento.

Em 2004, o Conselho de Diretrizes de Sentenças (*Sentencing Guidelines Council*)¹⁰ emitiu a primeira determinação definitiva, na qual se exigiu que os juízes concedessem uma redução de pena de até um terço quando uma confissão de culpa fosse apresentada. Em seguida, no ano de 2005, abandonaram-se as regras de Turner, as quais impediam o julgador de indicar um patamar de pena menor no caso de confissão de culpa. A partir de então, os juízes do Tribunal da Coroa poderiam apontar a espécie de pena no caso de confissão de culpa. Nos últimos anos, mais de 70% dos réus acusados no Tribunal da Coroa se declararam culpados. Registra-se que a taxa de absolvição inglesa é de 22%¹¹.

No que concerne às causas para a existência da *plea bargaining*, podem ser divididas em quatro, segundo ensina Mary Vogel. A primeira seria um argumento racional, ou seja, redução de custos, tempo e esforço para aumentar a eficiência, que envolve, portanto, uma abordagem do Direito e da Economia¹²; no

9. RAUXLOH, Regina. **Plea Bargaining in National and International Law**. New York: Routledge, 2012. p. 27-28.

10. Órgão do governo do Reino Unido, composto de membros do Judiciário, criado em 2003 e substituído pelo Conselho de Sentença no ano de 2010.

11. Nesse sentido, Mary Vogel destaca e compara os índices da Inglaterra e dos EUA, bem como aponta que a grande maioria das soluções penais de jurisdição de *common law*, como Canadá, Austrália e Nova Zelândia, ocorre mediante declaração de culpa seguida de negócio penal (VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.), **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 5-6).

12. Sobre essa razão para a *plea bargain*, vale destacar a pesquisa acadêmica de André Ismael: “Observa-se que a redução dos custos econômicos do processo penal, aliada à certeza e à efetividade da punição, é uma solução que, apesar de caminhar a passos lentos, é irreversível. E não há dúvidas de que, em termos amplos, essa abreviação do processo penal é inspirada na *plea bargain* estadunidense e reflete uma tendência já consolidada de aproximação entre a tradição jurídica romano-germânica e os institutos jurídicos presentes nos sistemas que adotam a *common law*, tal como já ocorreu com a incorporação da transação (*plea of nolo contendere*) e a teoria das provas ilícitas (*exclusionary rules, fruits of the poisonous tree*), para ficar nesses dois exemplos” (ISMAEL, André Gomes. **PLEA**

entanto, não explicaria toda a trajetória processual, porque nem sempre existiu a barganha; a segunda seria a burocracia, uma vez que as organizações adaptativas utilizam os incentivos e as sanções disponíveis de maneira adequada, para construir um propósito coletivo; contudo, os próprios atores (funcionários) podem ter suas próprias agendas; a terceira diz respeito à crescente complexidade processual no processo de julgamento, que abriu o caminho para as negociações, mas não conseguiria explicar o início da barganha no começo do século XIX, quando não havia a referida complexidade; e, por fim, os grupos de trabalho representam a quarta causa, o que equivale a dizer que os funcionários que atuam nos tribunais desenvolveram procedimento informal da barganha para lidar de maneira cooperativa com os casos penais, mas esse argumento não resistiria a um confronto histórico, ante a existência de tais grupos de trabalho antes da barganha, de modo que poderiam ter dado o pontapé inicial ao instituto em outra época¹³.

A referida autora, por sua vez, sustenta que a origem da barganha se relaciona com o contexto social, político e econômico de Boston, no início do século XIX, mais precisamente entre 1830 e 1840. Com a industrialização acelerada, pessoas migraram do campo para as cidades. Nesse contexto, cresceu a violência e aumentou o número de crimes. A elite do período se sentiu ameaçada. As autoridades viram um risco à propriedade, ordem e prosperidade, de forma que se voltaram para a ideologia do Estado de Direito. Dessa forma, os tribunais passaram a desempenhar papel fundamental no controle social, e os juízes se reinventaram como agentes da soberania popular, reconstruindo mecanismos de leniência discricionária – de barganha –, dando à clemência uma qualidade mais contratual. Em casos de furtos e de agressão, a barganha, inicialmente, ganhou destaque. Tal modalidade de acordo recebeu a aceitação das velhas e novas elites, porquanto permitia manter os casos abertos em arquivo com controle da vida dos réus, formados em grande parte por pessoas da classe baixa¹⁴.

Verifica-se que os argumentos anteriores apresentam problemas empíricos¹⁵, havendo necessidade de mais estudos sobre a causa de surgimento da bar-

BARGAIN: uma análise histórica, comparada e juseconômica. 2017. 114f. Dissertação. Universidade Católica de Brasília, 2017. p. 10-11).

13. VOGEL, Mary. Plea Bargaining under the Common Law. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 10-11.
14. VOGEL, Mary. Plea Bargaining under the Common Law. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 16-17.
15. Mary Vogel reconhece essa ausência de argumento empírico convincente sobre a causa exata do surgimento da barganha nos EUA (VOGEL, op. cit., p. 12).

ganha, que não constitui objeto de maior espaço nessa pesquisa. Cabe ressaltar que, no Capítulo 2 da pesquisa, no que concerne à penetração da barganha penal em ordenamentos jurídicos de plataforma continental, apontou-se como causa a expansão do próprio Direito Penal, em meados do século XX, por meio da tutela de mais bens jurídicos, de forma que o modelo de julgamento não se revelou suficiente para atender à crescente demanda penal.

Vale destacar que a *plea bargain* consiste em um acordo penal, no qual o *prosecutor* (membro do Ministério Público), na busca de uma resposta célere e com menos custo ao Estado, propõe ao acusado uma pena menor pelo fato ou fatos cometidos, enquanto o acusado renuncia ao Direito a um julgamento e aceita um acordo com pena menor, em vez de se submeter ao embate processual, no qual poderia, ante as provas existentes, ser condenado a uma sanção mais gravosa.

Algumas observações conceituais e terminológicas são necessárias para a adequada tradução e compreensão dos termos que serão usados no tópico que ora se desenvolve. Conforme expõe Ana Lara, a expressão *plea* se refere a uma declaração apresentada pelo acusado em juízo, a qual pode ser de: culpado; não culpado; e *nolo contendere*¹⁶. Por sua vez, *plea bargaining* significa a prática de negociação entre acusação e defesa com o fim de se chegar a uma solução penal, enquanto *plea bargain* constitui a barganha, ou seja, a tratativa em si. Por fim, *plea agreement* trata-se do pacto, do acordo celebrado entre as partes¹⁷.

Ressalta-se que o *nolo contendere* significa nada a declarar ou intenção de não contestar a acusação. Portanto, o *nolo contendere* é distinto do *Alford plea*¹⁸. Naquele não há admissão ou negação de culpa, mas somente a intenção de não contestar a acusação, enquanto neste há expressa negação de culpa pelo fato¹⁹.

16. No *plea of nolo contendere*, o acusado não confessa culpa, mas também não apresenta negativa de culpa. Ele aceita a imposição de uma pena sem admissão de culpa, como forma de solucionar o caso apresentado em juízo de forma diversa da admissão de culpa; a declaração de *nolo contendere* não produz efeito para a responsabilidade civil (CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 51 e 59).

17. CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 39.

18. Adverte Ana Lara que a *Alford plea*, até hoje, não é totalmente aceita nas cortes norte-americanas. E acrescenta que, em razão de valores garantistas e para evitar questionamentos recursais, nas diretrizes para a redação de acordos, os promotores de justiça são desaconselhados a fazer uso da *Alford plea* (CASTRO, op. cit., p. 78-80).

19. Sobre o tema, Ana Lara esclarece com precisão: "E reconheceu, a partir de precedentes jurisprudenciais, a existência de *plea of nolo contendere*, aquela em que o acusado não se declara culpado ou não culpado, aceitando a imposição da pena sem admissão de culpa, como forma de solucionar o processo. A título de esclarecimento, em nota de rodapé de North Carolina v. Alford, caso que se verá mais adiante, a suprema Corte afirmou que a *plea of nolo contendere* pode ter se originado de prática medieval costumeira, em que os acusados buscando evitar prisão ofereciam ao rei o pagamento de quantia em dinheiro para encerramento de disputas. De qualquer forma, a constitucionalidade da imposição de pena de prisão, após a aceitação da *plea of nolo contendere* pelos juízos, está sedimentada desde Hudson v. United States, caso de 1926. Em 1966, a Rule 11 foi revisada e adotou

A expressão *Alford plea* significa, em uma tradução própria, uma declaração de culpa e, ao mesmo tempo, protesto de inocência. Surgiu de um julgamento realizado pela Suprema Corte dos EUA, o *North Carolina v. Alford*. No caso, o acusado de um crime de homicídio, em que constavam muitas evidências acerca de sua autoria, devidamente orientado pela Defesa, resolveu confessar o fato para realizar um acordo com o Ministério Público e, desse modo, evitar a pena de morte. Antes de decidir aceitar a declaração de culpa, o juiz resolveu realizar audiência para a oitiva de testemunhas. Após o sumário, diante de muitas evidências contrárias à eventual tese de negativa de autoria, o acusado declarou-se culpado, mas, ao mesmo tempo, afirmou que não atirou em ninguém. Mencionou que assumiu a culpa por outro homem, porquanto se não o fizesse iria para câmara de gás.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte dos EUA (*North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970) entendeu que a admissão de culpa não foi fruto de medo ou de coação, mas sim uma tentativa de evitar a pena de morte, o que não afasta a voluntariedade e a inteligibilidade da declaração. Afirmou-se que constituiu uma escolha realizada entre as alternativas legais possíveis, devidamente assistido por um advogado ou defensor²⁰.

No ordenamento jurídico estadunidense, sob o recorte quantitativo, o acordo penal desempenha papel significativo na solução dos casos penais. A título de ilustração, no ano de 2019, nove em cada 10 réus julgados em tribunais distritais nos EUA foram condenados. De um total de 84.782 réus julgados em 2019, cerca de 92% foram condenados. Desse total, 90% dos acusados apresentaram declaração de culpa e apenas 2% foram julgados pelo júri. Os procedimentos encerrados com base nas declarações de culpa duraram cerca de 197 dias, enquanto os procedimentos que redundaram em julgamento levaram cerca de 559 dias²¹.

Algumas questões podem ser apresentadas sobre essa opção de trocar um julgamento por uma solução negociada, ainda mais por conta de uma previsão expressa na *Bill of Rights* de um julgamento para a solução dos casos penais. Como justificar a substituição de um julgamento, previsto no texto

a seguinte redação: 'O acusado pode se declarar não culpado, culpado, ou com o consentimento do juízo, *nolo contendere*. O juízo pode se recusar a aceitar a confissão de culpa, e não deverá aceitar declaração de culpa ou *nolo contendere*, sem antes se dirigir pessoalmente ao acusado e determinar que tenha sido feita voluntariamente, com entendimento da natureza da acusação e as consequências da declaração[...]' (CASTRO, op. cit., p. 52).

20. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell Law School. **North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25, 1970**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/400/25>>. Acesso em: 27 jun. 2022.

21. UNITED STATES (ESTADOS UNIDOS). Department of Justice. **Bureau of Justice Statistics. FEDERAL JUSTICE STATISTICS, 2019, OCTOBER 2021**. Disponível em: <<https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs19.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2022. p. 10.

constitucional, por uma solução pactuada? Apenas a economicidade, ou seja, razões de ordem econômica, de maneira exclusiva, a justificam? Ou a inviabilidade de realizar julgamentos de todos os casos apurados – ante a expansão dos tipos penais e dos fatos penais cometidos – justifica a adoção de soluções mais céleres? E, principalmente, para efeito da pesquisa: “o processo de negociação entre as partes fez da liberdade e da função social da pena novas commodities?”²². Para Ana Lara, a existência de sólido regramento pode minimizar os impactos negativos da solução negociada no âmbito penal, a qual é de suma importância para pôr fim às lides penais²³.

No modelo jurídico dos EUA, o procedimento penal perante os juízos federais é regulado por um ato normativo da Suprema Corte, aprovado pelo Congresso. Isto é, as *Federal Rules of Criminal Procedure* representam tal ato, que tem respaldo no *Rules Enabling Act*, de 1934. O ato normativo da Suprema Corte é enviado ao Congresso, que pode modificá-lo e que também possui iniciativa concorrente. Após sua aprovação, o referido ato ganha força de lei.

A normatização para acordos penais, na área federal, consta na Regra 11 (*Rule 11*), a qual regula a atividade do julgador e das partes no procedimento do acordo penal. Na área estadual, cada Estado possui sua regulamentação, mas a maioria adota regras semelhantes às previstas na *Rule 11*. Isso equivale a dizer que há estatutos penais diferentes nas unidades da federação dos EUA, de modo que os acordos penais em casos semelhantes podem ter solução de penas bem distintas, ante a discricionariedade do membro do Ministério Público, para fazer as propostas, dentro de sua área de atuação²⁴.

O primeiro texto da *Rule 11* foi produzido em 1944 e entrou em vigor em 1946. O texto era simples e teve o objetivo de consagrar, do aspecto formal, a prática forense já consolidada. Dizia o texto que o acusado poderia se declarar não culpado, culpado ou, com o consentimento do juízo, *nolo contendere*. O juiz poderia recusar a referida confissão e, no caso de aceitá-la, deveria se certificar da voluntariedade do acusado para prestá-la. Nesse primeiro texto da *Rule 11* não havia previsão de etapa de negociação entre acusação e defesa. A norma, inicialmente, preocupou-se apenas com a apresentação do acusado em juízo, em especificar a voluntariedade da admissão de culpa.

22. CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 39.

23. Ibidem.

24. Em sentido semelhante: VOGEL, Mary. Plea Bargaining under the Common Law. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhpb/9780190659837.013.38>. p. 3.

Em seguida, destaca-se a alteração da *Rule 11* do ano de 1966, a qual determinou a necessidade de o julgador dirigir-se pessoalmente ao acusado para certificar-se da voluntariedade e da inteligibilidade quanto à declaração de culpa e de *nolo contendere*, ou seja, não somente para verificar a vontade livre em tais declarações, como também para esclarecer o acusado acerca das consequências da confissão de culpa ou de *nolo contendere*.

Em seguida, a Suprema Corte decidiu que a declaração de culpa implica renúncia a direitos constitucionais (vedação de autoincriminação compulsória; júri popular; e sistema adversarial), de modo que, para ter validade, precisa cumprir as formalidades da *Rule 11*. Ao examinar o caso *Boykin v. Alabama*, de 1969, quando o acusado se declarou culpado e foi condenado à pena de morte (pena aplicada pelo júri conforme lei local), mas sem qualquer questionamento ou esclarecimento do juiz, a Suprema Corte decidiu que os requisitos da voluntariedade e da inteligibilidade das consequências da declaração de culpa constituem exigências do *due process*, que contempla direito contra a autoincriminação²⁵.

A alteração mais ampla da *Rule 11* ocorreu em 1975 quando, formalmente, a Suprema Corte fez emendas no seu texto e incluiu a possibilidade de acordo penal. Até então, os acordos eram praticados na atividade forense, sem reconhecimento formal da legislação processual dos EUA.

Tal modificação decorreu do resultado do julgamento de *Santobello v. New York*, de 1971, no qual a Suprema Corte dos EUA (SCOTUS) examinou a questão, até então negada ou relativizada, do acordo em matéria penal. Nesse julgamento, pela primeira vez, a SCOTUS usou o termo *plea bargain*²⁶. Nesse caso, o acusado se declarou não culpado de imputações de crimes de apostas. Em seguida, após negociações com a promotoria, admitiu culpa por um delito menos grave. O caso tardou em chegar à sentença, tempo no qual outro promotor assumiu e recomendou pena máxima de um ano, uma vez que nada constava nos autos acerca do acordo prévio.

A SCOTUS, ao examinar o referido caso, admitiu as negociações e os acordos penais como ferramentas essenciais ao devido funcionamento do sistema de justiça criminal. Afirmou que a prática de *plea bargaining*, se bem

25. “A declaração de culpa, segundo a Suprema Corte é, portanto, mais do que a admissão da conduta, a condenação em si” (CASTRO, Ana Lara Camargo. *Plea bargain*: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 55-56).

26. VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhnb/9780190659837.013.38>. p.8.

administrada, deve ser encorajada. “A subdivisão da reforma de 1975, hoje, é decorrência direta de *Santobello* e estabeleceu, pela primeira vez, regras procedimentais para o acordo entre as partes”²⁷.

As alterações significaram: ampliação do rol de advertências para assegurar ao acusado a inteligibilidade quanto ao teor da acusação e às consequências da admissão de culpa ou *nolo contendere*; e a previsão do *plea agreement* no sistema de justiça, com previsão das discussões entre acusação e defesa na formulação do acordo, bem como a homologação ou rejeição judicial.

O acordo e seu detalhamento passaram a constar formalmente dos autos. A reforma de 1975 manteve o requisito de o julgador aferir a base fática para a declaração de culpa, de que o acusado admite conduta compatível com a imputação que lhe é feita. “O que se pretendeu foi afastar a obscuridade das negociações – o ritual de negação do qual participavam promotores, advogados e juízes”²⁸.

Nas notas justificativas da alteração da *Rule 11* de 1975 constou que 95% dos casos criminais eram solucionados mediante declaração de culpa e, portanto, era preciso reconhecer sua inevitabilidade. “Na ocasião, os acordos foram considerados relevantes à finalidade da pena tanto no viés punitivo quanto preventivo”²⁹.

Destacaram-se ainda, nas discussões da *Rule 11*, da versão de 1975, a justificativa de dispensa de júris não somente do aspecto econômico, como também no que concerne à proteção da vítima, de modo a evitar traumas da reinquirição em juízo. E ainda foram consideradas como aspecto objetivo dos acordos a cooperação e a consequente redução de pena para o sucesso no combate aos crimes mais graves.

Ressalta-se que, com esteio na *Rule 11*, antes de aceitar uma declaração de culpa ou de *nolo contendere*, o juiz deve dirigir-se ao acusado, em audiência pública, e indagar-lhe se a declaração é voluntária. Restam claras as obrigações do juiz, no sentido de informar ao acusado os seus direitos à não autoincriminação, assistência de advogado ou defensor, bem como o direito de renúncia desses direitos no caso de declaração de culpa ou *nolo contendere*. O momento no qual o juiz trava esse diálogo com o acusado, esclarecendo-lhe acerca de seus direitos constitucionais, denomina-se de colóquio (*plea colloquy*), o qual é

27. CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 58-59.

28. *Ibidem*, p. 59.

29. *Ibidem*, p. 59.

disciplinado na *Rule 11* e deve ser seguido de maneira ritual, sob pena de abrir espaço para eventual nulidade³⁰.

Acrescenta-se que o promotor de justiça e o advogado podem debater o caso e chegar a um acordo. O juiz não participa dessas discussões. As partes devem revelar os termos do acordo em audiência pública. Na apreciação judicial do acordo, o juiz pode aceitá-lo ou rejeitá-lo, com as devidas razões, conforme disciplina a Regra Federal de Evidência 410, citada no texto da *Rule 11*.

Constata-se que a posição da SCOTUS, com base em diversos julgamentos, principalmente, da década de 70 do século XX, significou a constitucionalidade dos acordos penais alicerçados em confissão de culpa. Os argumentos utilizados, para justificar a posição da SCOTUS, indicam: a resolução eficiente de casos; a prática voluntária e não coercitiva na qual existe igualdade de armas entre acusado e Estado; a analogia com negociações de contratos privados; a mutualidade de vantagem e mutualidade de benefícios. Tais argumentos, sem as devidas correções, não encontram muito espaço nos trabalhos acadêmicos³¹.

Na atualidade, as modalidades de barganha no sistema jurídico dos EUA podem ser divididas da seguinte forma: a) *charge bargain* ou *charge concession* (modelo 1 ou A); b) *sentence bargain* (modelo 2 ou B); e c) um modelo misto de negociação (modelo 3 ou C). Na *charge bargain*, o Ministério Público negocia a própria imputação, ou seja, em troca da confissão do acusado, o promotor de justiça se compromete a sustentar uma imputação por uma infração penal punida com pena mais branda do que aquela contida na investigação³².

A *charge bargain* cuida de não formulação ou afastamento de imputações e pode ser dividida em: *charge bargaining* e *court bargaining*. Na *charge bargaining*, o acordo diz respeito à admissão de culpa do acusado por delito menos

30. Em *United v. Olson*, de 2018, a Corte de Apelação para o Sétimo Circuito Federal (Illinois, Indiana, Wisconsin) anulou em duas oportunidades o acordo celebrado por falta de colóquio na segunda oportunidade e, quando da primeira celebração do acordo, sob o argumento de ausência de inteligibilidade do acusado quanto à consequência da confissão. O fato praticado pelo acusado consistiu na divulgação de fotografias explicitamente pornográficas de sua filha (CASELAW ACCESS PROJECT. Harvard Law School. **United States v. Olson**, 880 F.3d 873 (2018). Disponível em: <<https://cite.case.law/f3d/880/873/>>. Acesso em: 27 jun. 2022).

31. VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 9.

32. Em pesquisa acadêmica sobre o aspecto juseconômico da negociação de pena nos EUA, Ismael destaca: “Aqui, um parêntesis é necessário: Nos Estados Unidos, essa seletividade ou discricionariedade do órgão acusatório é absoluta, abrangendo tanto a decisão de iniciar ou não a ação penal em qualquer caso, quanto o poder de desistir daquela em andamento. Isso porque as provas são fracas ou porque, apesar de fortes indícios da prática de um delito, a persecução é, economicamente, muito dispendiosa para o Estado, tornando-se inviável. Nesse país, a seletividade acusatória exercida antes do processo penal é chamada de *screen out*; no curso da ação, a discricionariedade é realizada por meio da declaração de *nolle prosssequi*” (ISMAEL, André Gomes. **PLEA BARGAIN: uma análise histórica, comparada e juseconômica**. 2017. 114f. Dissertação. Universidade Católica de Brasília, 2017. p. 14).

grave; já na *court bargaining*, o acusado assume a culpa por um ou mais dos delitos imputados, enquanto a promotoria concorda com o afastamento das demais imputações³³.

Na *sentence bargain*, por sua vez, o Ministério Público negocia com o acusado uma pena a ser imposta em troca de uma declaração de culpa. O promotor de justiça se compromete a levar ao juiz uma proposta de pena privativa reduzida ou a substituição por uma sanção menos grave. Em síntese, nessa modalidade, o promotor recomenda determinada sentença ao juízo ou concorda com o pedido da defesa.

Por fim, é possível ainda conjugar as ideias presentes nas duas primeiras modalidades de barganha, quando, por exemplo, “em troca da assunção de culpa, a acusação desiste de processar (ou de prosseguir com a ação em curso) em relação a algum crime, e o juiz se compromete à fixação de uma sanção mais branda”³⁴.

Os acordos 2 e 3 cuidam de tratativas concernentes aos parâmetros de apenação que se desmembram em *sentence bargaining* e *fact bargaining*. O primeiro é um acordo no qual a promotoria recomenda ou concorda com determinada sentença, que se refere à qualidade da pena ou à quantidade da pena. Já o acordo que trata do fato diz respeito ao acontecimento ou a versões do delito, que têm como consequência aumento ou diminuição de pena, ou tempo mínimo obrigatório de prisão. Tais acordos são novos no sistema estadunidense e recebem crítica negativa, porquanto, concebidos para uso na fase da sentença, permitem manipular as diretrizes do cálculo de pena³⁵.

Conforme a *Rule 11*, nas modalidades de acordo 1 (denominado de A) e 2 (denominado de B), o magistrado poderá homologar, rejeitar ou postergar a análise para depois do relatório pré-sentença. Nos acordos 1 e 3, exige-se homologação judicial e, uma vez homologados, o juízo se vincula aos seus termos. No caso do modelo 3 de acordo (denominado C), o pacto se exaure com a assinatura das partes, sem vincular o juízo. O acordo B constitui uma recomendação da promotoria, que se esgota com a assinatura, que não vincula o juízo.

Os princípios contratuais se aplicam aos acordos. A título de ilustração, no acordo tipo C, a aceitação pelo juízo da recomendação de pena da promotoria o vincula aos seus termos. Nesse caso, se a sentença trazer período de

33. CASTRO, Ana Lara Camargo. **Plea bargain**: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 84.

34. ISMAEL, op. cit., p. 15.

35. CASTRO, op. cit., p. 85.

livramento condicional, multa ou reparação de danos à vítima, não explicitados no acordo, poderá ocorrer a nulidade³⁶.

Não se pode deixar de reconhecer que, malgrado a existência de regulamentação na *Rule 11*, há um reconhecimento da liberdade na formulação de acordos penais, de modo que o “toma lá e o dá cá” é aceito pela jurisprudência da SCOTUS, desde que o acusado esteja livre, ou seja, de maneira voluntária e inteligível, devidamente assistido por advogado, para aceitar o acordo, porquanto há uma vantagem para ambas as partes na escolha de evitar o julgamento.

Importa ressaltar o que já foi dito em outro momento, isto é, apesar da disciplina mais taxativa da *Rule 11* para os acordos penais na área federal, vários Estados nos EUA, na demanda penal da justiça estadual, realizam acordos penais com menos formalidade. No entanto, a conferência judicial da voluntariedade do acusado e da base fática para confissão tem sido comum³⁷.

Destacam-se ainda as soluções que as infrações penais cometidas no ambiente corporativo podem atualmente receber em matéria de acordos. Isto é, em tais casos, tanto nos EUA quanto na Inglaterra, podem ser realizados acordos penais sem reconhecimento de culpa, nos quais os réus concordam em pagar multa, fazer restituições e se adequar a programa de *compliance*, realizando reformas corporativas internas, para ter em troca uma não acusação penal³⁸.

Para efeito do recorte do objeto da pesquisa, a sanção acordada nos principais acordos do sistema jurídico dos EUA possui natureza de pena. Acrescenta-se que existe, como se constatou, considerável discricionariedade do Ministério Público não somente quanto à proposta de sanção menor, mas com o poder de retirar parte da acusação e ainda de alterar a capitulação jurídica do fato cometido, ou seja, de um fato mais grave para um menos grave, até mesmo de um dolo para um culposo. Nesses dois últimos aspectos, verifica-se desproporcionalidade da resposta penal em relação ao fato cometido e à culpabilidade do agente.

Essa elasticidade do poder do Ministério Público não foi objeto de transplante nos sistemas jurídicos de raiz continental, que adotaram modelos de acordos penais mais restritivos e adequados à sua realidade jurídica. Essa análise será realizada no próximo capítulo da pesquisa. Tamanha discricionariedade em um sistema no qual o cargo de procurador geral se submete à eleição livre

36. CASTRO, Ana Lara Camargo. *Plea bargain*: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 88.

37. VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 4.

38. *Ibidem*.

pode gerar problema de excesso de acusação com o fim de maior aceitação popular.

Na discussão teórica dos problemas da barganha penal nos EUA, são apontadas outras críticas: erosão do contraditório; inconstitucionalidade em razão da 5ª e 6ª Emendas³⁹; rotina de falsas condenações; condenações irracionais; deficiências administrativas; dissuasão reduzida da prática de novos crimes; diminuição da capacidade de reabilitação; possibilidade de acordo de pena para inocentes que enxergam dificuldade em uma absolvição em caso de julgamento⁴⁰.

De outro lado, há argumentos favoráveis ao instituto da barganha, quais sejam: a eficiência do instituto, com a redução de custos e celeridade; a voluntariedade para justificar a referida prática; a redução do risco, mediante o acordo de pena, de culpados pelo fato ficarem livres. O debate permanece entre eventuais distorções do sistema de justiça criminal com a prática da barganha. “Tribunais aceitaram os pontos de vista dos defensores da barganha de que uma confissão de culpa é voluntária, informada e, com a assistência de um advogado competente, não coercitiva”⁴¹.

Em pesquisas realizadas, geralmente, com metodologia estimativa – as quais devem, por isso, ser vistas com reservas –, Vogel aponta que 35% a 69% dos acusados que realizam acordos penais teriam obtido vitória em um julgamento. No entanto, outros estudos sugerem que, em crimes de furto, roubo e “agressão”, os acusados que se declararam culpados receberam penas equivalentes às dos condenados em julgamentos por fatos com a mesma tipificação⁴². Com isso, não se sabe qual é o percentual exato, mas existe um consenso nas pesquisas de que, não fosse a confissão de culpa e os consequentes acordos penais, a taxa de condenação no sistema processual estadunidense seria reduzida.

Outra crítica ao modelo estadunidense diz respeito à qualidade de defesa dos acusados que aceitam os acordos penais. Se mais de 90% dos casos de

39. No Reino Unido, debate-se o direito a um julgamento justo em oposição ao negócio penal, em razão da Convenção Europeia de Direitos Humanos (VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 7). Mas vale ressaltar que a própria União Europeia instigou o negócio penal a partir da Resolução do Conselho de Ministros da Europa de 1987 (COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation n. R (87) 18**, of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers’ Deputies. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16804e19f8>>. Acesso em: 23 out. 2022).

40. VOGEL, op. cit., p. 6-7 e 24.

41. *Ibidem*, p. 6-7. (tradução própria).

42. VOGEL, Mary. *Plea Bargaining under the Common Law*. In: BROWN, Darryl K.; TURNER, Jenia Iontcheva; WEISSER, Bettina (ed.). **The Oxford Handbook of Criminal Process**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Cap. 33. p. 729-760. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190659837.013.38>. p. 20.

condenações criminais, na área federal e na área estadual, são solucionados com acordos penais, cerca de 82% dos réus da área estadual e de 66% da área federal são defendidos por advogados pagos pelo Estado, ou seja, não têm uma defesa privada de sua livre escolha⁴³.

No que concerne à finalidade da pena, Vogel aponta estudos das décadas de 1960 e 1970, que indicam uma ausência de reabilitação e retribuição, como funções da pena, nos acordos penais de réus que se declaram culpados, os quais recebem uma resposta penal aquém do fato cometido. Existem, portanto, fundamentos distorcidos da retribuição e da reabilitação nos acordos penais de réus que se declaram culpados. Os acusados que confessam e realizam o acordo penal são tratados de forma mais branda do que aqueles submetidos a um julgamento e que recebem a condenação sem a confissão de culpa⁴⁴. Desse modo, deixaria de existir uma relação proporcional entre a gravidade do crime cometido e a pena da sentença.

Acrescente-se que, em acordos de penas rotineiros, como os existentes no modelo jurídico estadunidense, o ideal de uma individualização da pena na fase da sentença judicial, seguindo padrão de dosimetria mais atento às características do indivíduo, pode restar prejudicado, independentemente da necessária capacitação do promotor de justiça. Isso, porque o modelo de acordo penal é mais informal no que diz respeito ao patamar da pena acordada, enquanto a sentença, pós-julgamento, detém um rito de maior precisão dogmática, seguindo balizas determinadas pelo legislador.

Ao tratar do tema, Albergaria ensina que existe um entorse gerado pela *plea bargaining*, principalmente a modalidade de *charge bargaining*, em matéria de aplicação de pena. Por amostragem, aponta a dificuldade em compreender o fim retributivo da pena na negociação de declaração de culpa, porque falta proporção entre pena e natureza e gravidade do fato, quando, por exemplo, se modifica uma imputação de fato doloso para fato culposo. Soma-se a isso a desigualdade de tratamento de processados em situações idênticas quanto às penas negociadas. Anota-se ainda que a pena bem abaixo do que seria exigível, comum na negociação, afeta a prevenção geral negativa. E, do mesmo modo, na negociação da imputação, há prejuízo comunicacional-pedagógico, ou seja, prejudica a prevenção geral positiva⁴⁵.

43. Dados nos anos de 1996 e de 1998 (ESTADOS UNIDOS. **Bureau of Justice Statistics**. Defense Counsel in Criminal Cases. Disponível em: <<https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/dccc.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2022. p. 01).

44. VOGEL, op. cit., p.22 e 25.

45. ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007. p.126-127.