
A EVOLUÇÃO DA BARGANHA PENAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE E PRAGMATISMO MINISTERIAL

THE EVOLUTION OF PLEA BARGAINING IN THE UNITED STATES OF AMERICA: ADJUDICATION OF JUSTICE AND PROSECUTORIAL PRAGMATISM

Mário Fernando Ribeiro de Miranda Mourão

Promotor de Justiça Adjunto no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) Pós-graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Brasília-DF, Brasil.

Resumo: A adoção de instrumentos de direito penal negocial ainda não está completamente desenvolvida no Brasil. Este artigo buscou analisar a evolução histórica do instituto nos Estados Unidos para demonstrar os fatores que impulsionaram a sua adoção. O foco é análise do Séc. XIX, momento em que o instituto estava em fase de afirmação, consolidando-se no início do Séc. XX como prática indispensável, ainda que não tenha sido alvo de estudos acadêmicos durante o seu período de consolidação. A resistência que o instituto enfrentou ao longo de sua consolidação constitui fator que pode ser utilizado para entender o desenvolvimento dos acordos penais no Brasil.

Palavras-chave: barganha penal; acordo de não persecução penal; Estados Unidos; culpabilidade; ampla defesa.

Abstract: The adoption of plea bargaining is not yet fully developed in Brazil. This article sought to analyze the historical evolution of the institute in the United States to demonstrate the

factors that drove its adoption. The focus is analysis in the 19th century, a time when the institute was making a statement, consolidating itself at the beginning of the 20th century as an indispensable practice, even though it was not the subject of academic studies during its period of consolidation. The resistance that the institute faced throughout its consolidation constitutes a factor that can be used to understand the development of criminal agreements in Brazil.

Keywords: plea bargaining; United States; culpability, right of defense.

Sumário: Introdução. 1 Análise do instituto da barganha penal nos Estados Unidos. 1.1 Notas introdutórias. 1.2 Desenvolvimento da barganha nos Estados Unidos. 1.3 Massachusetts. 1.3.1 Início da prática. 1.3.2 Reações legislativas e adaptação ministerial. 1.3.3. Crescimento da barganha a partir de 1870. 1.3.4. Comentário sobre a questão do alto volume de processos e a motivação de juízes e promotores. 1.4 Nova Iorque. 2 Conclusão. Referências.

Submissão: 15/01/2024

Aceite: 21/10/2024

INTRODUÇÃO

Não existe glória na barganha penal. Em vez de um nobre conflito pela verdade, a barganha nos dá trégua oculta. Advogados contendedores recusam-se à batalha, e a bancada vazia do júri sinaliza o desapontamento do sistema. Embora a sua vitória não mereça comemoração, a barganha triunfou. Sem sangue e clandestinamente, ela invadiu o panorama penal e afastou o nosso sumido júri para pequenos pontos de resistência. A barganha talvez seja, como alguns escritores afirmam, o bárbaro invasor. Mas ela venceu mesmo assim. (Fisher, 2003, p. 1)

A barganha penal (*plea bargaining*) já conquistou o seu lugar no mundo. Embora tenha triunfado magistralmente nos Estados Unidos e se infiltrado em países da Europa Continental, no Brasil, o seu desenvolvimento é tardio. Pouco é mencionado nos bancos acadêmicos, a doutrina apenas há pouco começou a escrever mais detalhadamente sobre ela, notadamente com a aprovação do acordo de não persecução penal (ANPP) pela Lei 19.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”. Não que falem instrumentos de direito penal negocial aqui, mas certamente o julgamento ritualizado com todas as suas fases na primeira instância e os muitos desdobramentos que costumam ocorrer nos tribunais, especialmente nos casos mais rumorosos da República, parecem sugerir que a forma de se pensar e vivenciar o processo penal é predominantemente por meio do conflito.

A quantidade de requisitos que a barganha penal traz consigo para ser implementada provoca reações na academia, e não somente na brasileira. Com efeito, doutrinadores e operadores do direito nos vários países onde ela é aplicada costumam se digladiar quando analisam o instituto: os acadêmicos tendem a tecer pesadas críticas à barganha, apontando várias falhas insuperáveis – nas suas visões –, enquanto os atores processuais pendem no sentido de celebrar as suas supostas muitas vantagens.

No Brasil, a discussão sobre a possibilidade de encurtamento do rito processual, com a supressão da instrução decorrente de confissão judicial e ausência de fase recursal traz, em muitos, o receio de voltar a uma época de descumprimento de direitos

fundamentais. A Constituição de 1988 ainda enfrenta uma batalha diária para ver os seus preceitos respeitados. Para trazer mais cizânia, o aumento do número de infrações penais, a explosão da violência e a maior judicialização dos conflitos verificados nesses quase 30 anos de Nova República trazem o desafio de aplicação tempestiva do direito e de pacificação social. Seria a barganha penal uma forma de se alcançar esse desiderato ou uma maneira de desconstrução do sistema de direitos e garantias fundamentais, por meio da fragilização do direito de defesa?

É certo que, a despeito de parecer inadmissível no direito brasileiro em um primeiro momento, considerando-se a experiência internacional, o mesmo também foi dito em relação a outros ordenamentos. Em 1979, John Langbein, da Faculdade de Direito de Yale, publicou o artigo “Terra sem Barganha Penal: Como os Alemães Procedem” (Langbein, 1979). No resumo, afirmou:

Este artigo demonstra o equívoco da teoria universalista da barganha penal, mostrando como e por que um ordenamento jurídico importante, o alemão ocidental, evitou de forma tão bem-sucedida qualquer forma ou analogia à barganha penal nos seus procedimentos de crimes importantes.

Mal o autor sabia, contudo, que os alemães já estavam adotando, sorrateiramente, as práticas dos acordos informais (*Absprachen*), que eventualmente se tornariam a principal forma de resolução de processos penais na Alemanha.

Este artigo é extraído da monografia apresentada perante a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) em 2017. À época, ainda não

havia sido apresentado o ANPP, pois a aprovação somente ocorreu alguns anos à frente. Durante a tramitação do Pacote Anticrime, houve discussão sobre aplicação da barganha completa ao direito brasileiro, sem limites pontuados pela quantidade de pena ou pela natureza do crime cometido. Acabou prevalecendo a positivação com restrições, tendo o acordo ilimitado rejeitado na proposição promulgada.

Foi selecionado, para publicação dentro dos limites editoriais, o contexto norte-americano, o qual deu a tônica do instituto pelo mundo ocidental. A evolução do instituto nos Estados Unidos revela uma interessante batalha legal e jurisprudencial, marcada pela necessidade de solucionar a aplicação do direito à espécie de forma célere. Nisso há semelhanças com situação brasileira em 2024, como será percebido pelo leitor, de sorte a enriquecer o debate acerca da aplicação de acordos penais no país.

1 ANÁLISE DO INSTITUTO DA BARGANHA PENAL NOS ESTADOS UNIDOS

1.1 Notas introdutórias

O estudo da história do instituto da barganha penal nos Estados Unidos traz algumas dificuldades.

Inicialmente, por ser um ordenamento jurídico cuja origem é diferente da tradição continental europeia, há institutos que perpassam a barganha que são estranhos ao direito brasileiro.

O mais importante, por ora, é entender o que é a *guilty plea*.

Plea, segundo dicionário Cambridge, é “a resposta que uma pessoa apresenta em juízo após uma acusação criminal”. Não se trata de uma peça processual, mas sim uma manifestação do acusado perante a autoridade judicial. Uma vez que a acusação é oferecida, em uma audiência preliminar, o réu tem a opção de decidir como vai se manifestar. Pode confessar judicialmente o crime (*plea of guilty*), declarar a sua inocência (*plea of not guilty*) ou afirmar que vai se abster de contestar (*plea of nolo contendere*, que gera o mesmo efeito da confissão para fins penais, embora não dando causa à responsabilidade civil *ex delicto*). O silêncio do acusado equivale à *plea of not guilty*, pois a sua omissão não pode ser interpretada em seu desfavor (Santos, 2017, p. 39). Atualmente, são possíveis mais opções, que serão perquiridas posteriormente.

O ponto a ser enfatizado é que a confissão judicial e a *nolo contendere* têm o condão de dispensar a instrução probatória em juízo, permitindo a imposição de sanções penais. A tradição anglo-americana, portanto, não diferencia feitos civis e penais nesse ponto (Langbein, 1979), pois há possibilidade de assumir responsabilidade penal sem um julgamento completo. Na visão europeia continental, como regra, a confissão não importa na eliminação do procedimento instrutório só por si. Durante a elaboração do Código de Processo Penal alemão no século XIX, houve detido estudo acerca do procedimento inglês. A *guilty plea*, entretanto, foi claramente rejeitada, sob entendimento de que seria errada uma sentença fundada na mera confissão sem demonstração da culpabilidade do acusado (Langbein, 1979, P. 267).

A confissão judicial, de per si, não garante uma sentença mais branda ao confitente no direito anglo-saxão. Há muitos casos de penas ainda mais graves seguindo a confissão¹. O seu efeito padrão é a supressão da fase instrutória.

Além das três modalidades de *pleas* abordadas, também há outras duas: a *conditional plea* (confissão condicional) e a *plea by reason of insanity* (declaração de inocência em razão de insanidade mental). A primeira existe no nível federal e em algumas poucas legislações estaduais (Santos, 2017, p. 37). Por ela, o acusado não contesta os fatos, mas sim a própria legalidade da persecução penal. Ao se afirmar injustiçado apenas sob o ângulo jurídico, e não factual, seus recursos não poderão versar sobre matéria de fato. A *conditional plea* apenas pode ser veiculada com o consentimento da promotoria e posterior concordância judicial. A *plea by reason of insanity* nada mais é que uma declaração de culpa isenta de responsabilidade penal, ocorrendo também em poucos Estados norte-americanos (Santos, 2017. Págs. 38 e 39).

Outro aspecto de relevo é a inexistência do princípio da obrigatoriedade nos Estados Unidos. Isto é, o órgão do Ministério Público (*District Attorney*) não é obrigado a promover a ação penal. Com isso, existe ampla discricionariedade na forma como a acusação será manejada (*prosecutorial discretion*, que corresponderia ao entendimento pátrio de princípio da oportunidade). Há possibilidade de apresentação da inicial

1 Em casos de furto simples de 1809 a 1829, os acusados que confessaram receberam em média 2,5 meses de prisão contra 1,8 meses daqueles que se submeteram a julgamento e foram condenados (Fisher, 2003, p. 55).

acusatória a qualquer momento (desde que não esteja prescrito o crime); os fatos podem ser livremente escolhidos, não havendo necessidade de que tudo o que foi apurado seja deduzido em juízo; o arquivamento, como regra, não é controlado pelo juiz.

Como combinação desses dois fatores, vê-se que existe um facilitador da barganha penal: o Ministério Público pode apresentar o relato fático que melhor lhe aprouver, escolhendo livremente a imputação, e o acusado pode confessar o cometimento de qualquer uma ou delas todas. O juiz não é obrigatoriamente vinculado a esse proceder das partes, embora a rejeição de confissões seja algo incomum (Santos, 2017, p. 54)².

1.2 Desenvolvimento da barganha nos Estados Unidos.

Apesar de haver certos antecedentes no século XVIII, a doutrina norte-americana é pacífica no sentido de que o desenvolvimento da barganha ocorreu no século XIX. Nesse século, a *plea bargaining* deixou de ser uma prática eventual para se tornar a *principal técnica processual penal* nos Estados Unidos.

O maior obstáculo é percebido na falta de documentação suficiente: os registros da barganha frequentemente eram inexistentes, de sorte que os pesquisadores tiveram de analisar os processos para verificar se houve sinais de que ocorreu transação. Neste trabalho, será feita análise dos Estados de Massachusetts e Nova Iorque³, os quais foram estudados por pesquisadores dos EUA.

2 Posteriormente será analisado como o sistema norte-americano atualmente lida com essa liberdade conferida ao Ministério Público.

3 Na monografia original, houve a inclusão da Califórnia. Para este artigo,

Podem-se apresentar três grandes ondas de estudos sobre o desenvolvimento da barganha. A primeira, localizada nas décadas de 1920 e 1930, tratou-se da *descoberta* acadêmica da barganha. Com efeito, até então, as práticas que vieram se desenvolver ao longo do século anterior eram desconhecidas da academia. Justin Miller, então reitor da Faculdade de Direito da Universidade do Sul da Califórnia, escreveu (Fisher, 2003, p. 6-7):

Teoricamente, não deve haver concessões em casos criminais. Mas, na prática, realizar pactos e concessões em casos criminais é frequente e os métodos de escapar do propósito claro da lei escrito são variados.

Ele declarou que o pior aspecto da já dominante barganha penal era a sua invisibilidade (Fisher, 2003, p. 7). Ao analisar o que causou as negociações, Miller listou a quantidade de fatos tornados infrações penais, como a venda de álcool e os crimes de trânsito – grandemente expandidos –, o aumento expressivo da quantidade de processos e o fardo de reunir júris teria exaurido a paciência pública (Fisher, 2003, p. 7).

A segunda onda de estudos deu-se na década de 1970 e resistiu à explicação de que a quantidade de processos (*caseload pressure* ou “pressão do acervo de trabalho”) teria sido determinante. John Langbein afirmou que a barganha surgiu para fazer frente à complexidade dos julgamentos, que estaria inviabilizando a resolução da maior parte das contendas criminais (Fisher, 2003, p. 9). Essa visão também foi defendida por Albert Alschuler

retirou-se a análise, por haver poucos dados.

e a dissertação de Rodrigo Brandalise enveredou pelo mesmo caminho⁴. É de se dizer que esse argumento não é completamente estranho ao da pressão do volume de trabalho.

A questão em relação ao argumento de Langbein, contudo, é que não foi feita qualquer tentativa para documentar o ritmo dos julgamentos no século XIX nos Estados Unidos. George Fisher, em sua pesquisa, percebeu uma tendência de aumento da quantidade de dias de julgamento na última parte do século XIX, de sorte que o argumento não é invalidado (Fisher, 2003, p. 10), embora o assunto seja mais bem tratado adiante.

Como expressão da segunda corrente, também há a tese de Lawrence Friedman e Robert Percival. Segundos os autores, com a profissionalização da persecução penal e desenvolvimento de meios científicos para obtenção de provas, não haveria mais a necessidade de julgamento pelo júri, já que a polícia e o Ministério Público já teriam “julgado” o acusado. O problema reside na falta de comprovação causal entre o argumento e o desenvolvimento da prática da barganha, tendo em vista a pesquisa que os autores

4 “O que deve ser analisado é o fato de que a qualificação do sistema adversarial e o julgamento pelo tribunal do júri foram os principais motivadores para a criação da justiça negociada, na medida em que potencializaram o surgimento de oportunidades diversas dentro do sistema onde nasceu. Podem ser apresentadas como motivações para tanto o surgimento de atores processuais definidos, a especialização das regras de processo penal (como quanto à prova, p.ex.) e a própria mudança na legislação criminal, o que forçou um aumento de recursos para o processo, de onde é possível concluir que não é a economia de recursos que originou a *plea bargaining*, mas a presença deles. Da mesma forma, não surgiu de maneira a prejudicar as normas processuais em benefícios dos acusados, mas como consequência delas” (Brandalise, 2016, p. 63).

fizeram no condado Alameda, Califórnia entre 1870 e 1910 (Fisher, 2003, p. 10).

A terceira onda de estudos funda-se nos estudos de Mary Vogel e Theodore Ferdinand, Mike McConville e Chester Mirsky, e George Fisher. O que há de comum entre eles é o consenso de que a história da barganha somente pode ser contada com análise substancial dos registros processuais, albergando análises macro e microscópicas (Fisher, 2003, p. 11). Contudo, no que concerne a opiniões formadas, todos os autores, salvo George Fisher, racionalizam a barganha como produto de fatos extrajudiciários, resultando em uma teoria sociológica e política do fenômeno. Para Fisher, a análise do direito vigente, tanto o comum quanto o estatutário⁵, parece trazer as melhores respostas, em vez da análise sociológica. Este artigo apresentará preponderantemente as ideias de George Fisher, porquanto focada na verificação da conduta dos atores judiciais e nas possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico.

1.3. Massachusetts

1.3.1 Início da prática

O Estado de Massachusetts foi um dos mais estudados por George Fisher e Mary Vogel, reunindo a maior parte dos registros processuais analisados⁶.

5 O chamado direito comum é o resultante das práticas jurisdicionais, como os precedentes. Também é chamado de *case law* (direito dos casos). O direito estatutário é o decorrente dos estatutos, isto é, das leis escritas aprovadas pelo Legislativo.

6 George Fisher analisou o condado de Middlesex, o maior do Estado, enquanto Mary Vogel debruçou-se sobre a prática na cidade de Boston. É de

Como vigia – e ainda vige atualmente – o princípio da oportunidade, o órgão ministerial não era obrigado a deflagrar ou continuar a persecução penal. Caso a acusação já tenha sido iniciada no tribunal, o *District Attorney* poderia desistir a qualquer tempo: cuida-se do instituto da *nolle prosequi* (livremente traduzida como “não se persegue”). A possibilidade de se desistir livremente da ação foi afirmada em 1807⁷.

Fisher identificou que o surgimento da barganha se deu no primeiro quarto do século XIX com a *charge bargaining* (“barganha de imputações”), isto é, após deduzir as acusações contra o réu, chegava-se a um acordo para que fossem arquivadas certas imputações em troca da confissão judicial⁸. Como a corte

se dizer que o conceito de condado (*county*), é semelhante ao de comarca no direito brasileiro. Só que, em vez de ser apenas um conceito geográfico aplicado somente a questões judiciárias, alberga os demais órgãos do administrativos e políticos do Estado-membro. Não necessariamente equivale a uma cidade, sendo a regra um condado abranger várias cidades, mas há casos de cidades tão grandes que ocupam mais um condado, como Nova Iorque.

- 7 Fisher, 2003, p. 250. Em 1838, a Suprema Corte Judicial de Massachusetts – última instância recursal do Estado – reafirmou que “é perfeitamente claro que pode ser deduzido um pedido de *nolle prosequi* [antes do julgamento] de acordo com a vontade do órgão acusador [...] a Corte não possui o direito de interferir”. O *nolle prosequi* tem lugar uma vez apresentada a acusação (*indictment*) e antes se chegar à formalização da culpa em juízo (*verdict*).
- 8 A *charge bargaining* compreende tanto a possibilidade de se desistir inteiramente de uma imputação (v.g., em duas acusações de homicídio, a promotoria arquiva uma e prossegue com outra) quanto a de, numa mesma imputação, deixar de seguir com uma parte do relato fático, importando, assim, em uma infração menos grave (v.g., em um homicídio qualificado, o *parquet* arquiva o fato relativo à qualificadora, levando à responsabilização por homicídio simples) (DEGIROLAMO, 2010, p. 59). No início do

nada podia fazer, o acordo apenas dependia das partes. Ocorre que, durante a sua pesquisa, Fisher apenas constatou essa transação em acusações por crimes relacionados ao álcool (*liquor laws* ou “crimes de álcool”), onde as sanções eram rígidas e não havia a possibilidade de estabelecimento de penas variáveis aos acusados (Fisher, 2003, p. 13). Ou seja, uma vez sendo condenado o acusado, as penas seriam prioritariamente as definidas em abstrato, uma vez que o juiz não detinha a possibilidade de fazer aplicação mais individualizada ao réu. Com isso, a sentença era basicamente determinada pelo acusador, a depender das infrações atribuídas ao requerido (Fisher, 2003, p. 13).

Citada prática foi descoberta pelo Legislativo posteriormente. Com efeito, na década de 1840, conduziu-se uma comissão parlamentar de inquérito para apurar suposto crime de negligência na condução profissional (*malpractice*), chamando o então *District Attorney* para justificar a barganha que fazia. O Promotor de Justiça, que, à semelhança com os demais nos Estados Unidos daquele tempo, trabalhava apenas meio período na função de acusador (recebendo menor vencimento por esse fato em comparação com os juízes), afirmou que o seu procedimento era o mais consentâneo ao interesse público, tendo em vista que possuía grande carga de trabalho. Asseverou, igualmente, que a eliminação do suporte administrativo ao Ministério Público, deixando o membro sozinho na condução dos feitos, tornou o

século XIX, todavia, a *nolle prosequi* abrangia apenas a primeira possibilidade, uma vez que o *parquet* ainda não estava autorizado a arquivar parcialmente a imputação.

trabalho excessivamente dificultado. Após a oitiva, o parlamento estadual aceitou as explicações, destacando o zelo e astúcia do promotor (Fisher, 2003, p. 31), arquivando a apuração.

Além dos crimes relacionados ao álcool, a barganha começou a ser empregada em casos de homicídio a partir da década de 1840 (Fisher, 2003, p. 33). Como a pena em Massachusetts para o homicida confesso era a morte, a *guilty plea* equivaleria ao suicídio (Fisher, 2003, p. 285), razão pela qual as cortes não incentivavam tal conduta. Contudo, o Ministério Público passou a transacionar com acusados de homicídio e, nesses casos, havia a confissão judicial. Como, via de regra, a acusação de homicídio, naquela época, não era acompanhada de outras infrações (Fisher, 2003, p. 37), o *District Attorney* não podia empregar a mesma forma utilizada para crimes sobre álcool.

A solução foi engenhosa: em 1838, provocada pelo *Parquet*, a Suprema Corte Judicial havia afirmado que poderia haver o arquivamento total, abrangendo toda a imputação, como o parcial, de forma a não prosseguir com *partes de uma imputação* (Fisher, 2003, p. 37). Ou seja, o promotor poderia livremente apresentar um retrato fático que levasse à conclusão de que outro crime foi cometido. Era possível, portanto, que o promotor, em vez de denunciar por homicídio simples doloso, pudesse acusar o réu de homicídio culposo ou homicídio doloso privilegiado (*manslaughter*)⁹, reduzindo, pois, a pena. Dessa forma começou

9 *Manslaughter* é uma infração de menor gravidade em comparação com o *murder*. Pode-se dividir em *voluntary manslaughter* (homicídio privilegiado) ou *involuntary manslaughter* (homicídio culposo). Apesar de

a barganha em crime de homicídio, de sorte que o réu poderia confessar judicialmente que houve *manslaughter* e, em vez de ser condenado à morte, receberia uma pena de até 20 anos (Fisher, 2003, p. 38).

Contudo, a partir de 1860 houve expressiva aplicação da barganha em casos de homicídio. Em 1858, o Legislativo estadual trouxe a divisão do homicídio em 1º e 2º graus, aumentando a possibilidades de atuação ministerial. Não foi somente essa a causa do aumento verificado na década. Entretanto, para ela concorreu a alteração legislativa (Fisher, 2003, p. 39).

1.3.2 Reações legislativas e adaptação ministerial

Embora tenha havido o crescimento da barganha na primeira metade do século XIX em Massachusetts, os legisladores não se mostraram satisfeitos com esse fato. Por conta disso, em 1852, condicionaram o arquivamento pelo promotor em infrações *relacionadas ao álcool* à aquiescência do juízo, determinando que um *nolle prosequi* não será admitido pelo oficial persecutor, salvo com a concordância da corte (Fisher, 2003, p. 51). A prática deveria ter a chancela do Judiciário, portanto.

Houve uma efetiva queda de *plea bargains* no molde antigo em matéria de crimes de álcool, isto é, onde o promotor ajuíza a acusação com várias acusações e faz acordo para retirar algumas delas (*charge bargaining*). Isso demonstra que os juízes, naquele tempo, não concordavam com a técnica ministerial (Fisher, 2003, p. 52).

ser essa uma divisão bem difundida, há variações em relação aos vários Estados norte-americanos.

No entanto, os promotores de Massachusetts utilizaram outro expediente para manter a barganha: a *on-file plea bargaining* (traduzido livremente como “barganha em arquivo”). Por meio dessa técnica, o processo penal não avançaria mais, uma vez que o Ministério Público não requereria tal providência. Como se vê, no processo penal de Massachusetts daquela época não vigia o princípio da oficialidade, segundo o qual o processo seguia a sua marcha por impulso oficial, senão por meio de requerimentos das partes (Lima, 2014, p. 1258). Após uma confissão judicial (*guilty plea*) ou a decisão de não oferecer resposta (*plea of nolo contendere*), ante a falta de pedido ministerial, o caso era posto no arquivo (*on-file*), esperando o requerimento do promotor para que o juiz sentenciasse¹⁰.

Essa possibilidade de deixar o processo arquivado temporariamente fundava-se em uma decisão de 1838 da Suprema Corte Judicial (Fisher, 2003, p. 73):

Após um veredito de culpa ser constituído, o réu deverá ser sentenciado mediante requerimento do membro do Ministério Público; e nós não temos dúvida da sua autoridade para apresentar um *nolle prosequi* após o veredito.

10 É importante fazer uma distinção conceitual para não haver erros de compreensão. O *nolle prosequi* traduz-se na desistência em seguir com a acusação, levando-se à extinção da punibilidade, como regra, assemelhando-se ao arquivamento. Já o procedimento de deixar o processo *on-file* é a remessa dos autos para o cartório judicial à espera da manifestação ministerial (e também da parte ré) para que siga a marcha processual. No Brasil, atualmente o *nolle prosequi* é vedado, pois o *parquet* não pode desistir da ação, bem como não é possível que o processo, por lei, espere pela manifestação das partes, por conta do princípio do impulso oficial.

Como se vê, a corte afirmou que o promotor possuía livre discricionariedade para escolher entre o pedido de proferimento de sentença e não o fazer. Assim, o promotor poderia oferecer, em barganha, a possibilidade de o réu não ser sentenciado, em troca da confissão ou da *nolo contendere* e outra sanção pecuniária¹¹.

O processo não prescreveria por tal omissão¹². Bastava que o réu descumprisse o acordo ou reincidisse que o *District Attorney* poderia pedir, a qualquer tempo, que a sentença fosse prolatada. Com isso, o réu seria imediatamente condenado a uma pena¹³. Dessa maneira, em vez de necessitar da concordância do juiz para o *nolle prosequi*, o *Parquet* poderia simplesmente paralisar o feito, prescindindo da manifestação do juiz em troca de um acordo com o réu. Uma vez posto o feito em arquivo, o réu estaria livre, como se nenhum processo tivesse sido ajuizado (Fisher, 2003, p. 79). Essa técnica somente foi utilizada, em maior quantidade, com crimes de álcool, uma vez que o promotor não tinha como garantir qual seria pena aplicada. Em casos de crimes mais graves, por

11 Fisher, 2003, p. 76. Em Massachusetts, somente em 1895 que o Legislativo aprovou a possibilidade automática de sentenciamento do réu após o veredito de culpa (findando a possibilidade de *nolle prosequi* a partir desse marco temporal). No entanto, como será demonstrado, os juízes já haviam aderido à técnica da barganha, não havendo mais a necessidade de se utilizar desse expediente para transacionar.

12 Fisher se deparou com tempo de até 6 anos em que o processo ficou em arquivo (Fisher, 2003, p. 279).

13 Fisher, 2003, p. 76. É importante destacar que essa modalidade de barganha deu origem a um instituto muito utilizado no direito americano: a *probation*, que consiste em um tempo de supervisão do réu em liberdade, geralmente feito por meio de um servidor público específico (*probation officer*), em vez de encarceramento.

não haver tal proibição, a *charge bargaining* se mostrava mais adequada (Fisher, 2003, p. 80).

Em 1865, uma nova tentativa do Legislativo buscou interromper a técnica ministerial. Na Lei para Prevenir Evasões, estatuiu-se que “nenhum caso que verse sobre crime de álcool será posto em arquivo senão por meio de decisão do juiz ou magistrado presidente” (Fisher, 2003, p. 112). Essa lei acabou por findar a prática de *on-file plea bargaining* em crimes de álcool. Assim, as únicas formas claras de barganha ministerial que foram verificadas da metade para o final do século XIX foram aquelas em que o legislador não ceifou o poder ministerial: *charge bargains* em crimes de homicídio e *on-file plea bargains* em casos não relacionados ao álcool (Fisher, 2003, p. 112).

Os *District Attorneys* barganhavam porque podiam (Fisher, 2003, p. 49) e, uma vez obstada essa possibilidade, a técnica não mais tinha como ser empregada.

1.3.3 Crescimento da barganha a partir de 1870.

A despeito da reação do legislador em limitar a discricionariedade do *District Attorney* em matéria de barganha, a partir de 1870 os casos de barganhas claras cresceram constantemente, chegando até a 87% em 1900 e mantendo-se no mesmo patamar até 1910, último ano estudado por George Fisher (Fisher, 2003, p. 113). É certo que o legislador não trouxe de volta os poderes cassados da acusação, logo outros motivos devem ter influenciado para o expressivo aumento.

Em 1866, Massachusetts tornou-se o terceiro Estado a permitir que os réus testemunhassem em seu favor em julgamentos¹⁴. As diversas leis que foram aprovadas nesse sentido constituíram em avanços em relação ao entendimento do direito anglo-saxão, que conferiam somente a certas classes de pessoas o direito de falar em defesa própria (Fisher, 2003, p. 109). O fato de o acusado ficar em silêncio não poderia ser interpretado em seu desfavor, pela lei. Entretanto, duas questões importantes surgiram dessas leis: a forma como o júri, que não motiva as suas decisões, interpretaria o silêncio do acusado, a despeito da vedação legal, bem como a suspeição do próprio testemunho do acusado reincidente, por conta de seus antecedentes criminais.

Não passou despercebido o fato de que, havendo a possibilidade de falar em seu benefício, o acusado que permanecesse silente teria uma chance muito maior de ser condenado pelo júri, criando-se uma presunção *fática* de culpabilidade (Fisher, 2003, p. 104). Tendo em vista a dinâmica do tribunal do júri, composto por jurados quase sempre leigos, ir a julgamento passou a se tornar mais arriscado.

14 Aqui parece haver uma diferença clara entre o direito brasileiro e o norte-americano. No Brasil, o acusado não é considerado como testemunha de si próprio, razão pela qual não é sujeito ao crime de falso testemunho, prevalecendo o entendimento de que o réu pode mentir em autodefesa, em uma interpretação extensiva do direito ao silêncio, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Nos Estados Unidos, berço das *Miranda Warnings*, onde é expressamente anunciado o direito ao silêncio, se o réu mentir em juízo incorrerá no crime de perjúrio.

Além desse fato, a legislação da época permitia que o testemunho de pessoas com antecedentes criminais fosse contestado em sua validade. Em se tratando de réus reincidentes, o promotor poderia trazer o histórico criminal em juízo, desacreditando a versão dos acusados e aumentando as chances de que o tribunal do júri os condenasse (Fisher, 2003, p. 105).

Destarte, a lei que permitiu o depoimento do acusado trouxe, por via oblíqua, maiores dificuldades no julgamento, de maneira que passou a ser mais vantajoso transacionar com promotor de justiça se possível.

Não obstante a isso, percebeu-se uma mudança nos padrões de sentenciamento a partir de 1870, sugerindo que os juízes aderiram à técnica de recompensar os réus por suas confissões judiciais. Em análise de quatro dos crimes mais cometidos em Massachusetts de 1880 a 1900, percebeu-se maior leniência em relação aos réus confessos. Em violação de domicílio (*breaking and entering*), réus que foram submetidos ao júri receberam em média pena de prisão duas vezes maior em relação os que confessaram; em crimes de ameaça e de lesão corporal (*assault and battery*)¹⁵, quem fosse condenado em julgamento completo possuía três vezes mais chances de ser preso; no tocante a crimes de álcool, os que se submetessem ao júri possuíam três vezes mais chances de serem presos, bem como pagavam multas e custas processuais

15 Há diferenciação entre *assault* (ameaça) e *battery* (lesão corporal), não sendo o mesmo crime, embora os estatutos penais norte-americanos utilizem as expressões juntas, podendo se referir apenas à ameaça ou às lesões, bem como a ambas juntas praticadas no mesmo contexto.

consideravelmente maiores; apenas em crimes de furto a diferença entre confessar e ser julgado pelo tribunal do júri havia menor diferença (Fisher, 2003, p. 113s). Assim, em vez da exclusividade da barganha ministerial (*prosecutorial plea bargaining*), passou-se a ver a barganha em sentença (*sentencing bargaining*).

O que teria mudado da primeira metade do século XIX para o último quarto? Segundo Fisher, as razões são as seguintes: (a) dramático aumento dos casos *civis* decorrente de uma revolução em transportes e na industrialização, de que resultou em ações de responsabilidade civil numerosas e complexas¹⁶; (b) a existência de *Probation Officers*, que muniam o juízo de informações sobre a pessoa do réu, bem como de *parole boards*¹⁷, que retiravam a pressão de trazer uma sentença precisa para o condenado; e (c) o estabelecimento de práticas que permitiam a transação entre acusador e réu sem que houvesse plena vinculação do juízo, o que não lhe retiraria o “poder de sentença” claramente.

O aumento dos casos de responsabilidade civil foi causado tanto pelo aumento populacional, como pela expansão da mecanização e transporte, os quais, somados à falta de regulamentações pelo Estado, gerou numerosos danos pessoais¹⁸.

16 Em relação aos casos criminais, contudo, o número maior de processos *por juiz* ocorreu no meio do século XIX (74 processos por juiz), tendo havido diminuição posterior, chegando a 29 processos por juiz em 1864 e 33 em 1900 (Fisher, 2003, p. 117).

17 *Parole* é equivalente ao livramento condicional, só que, em vez de ser competência do juízo (no Brasil, é o juízo das execuções penais, art. 66, III, “e”, da Lei de Execuções Penais), o responsável é um órgão administrativo, a Comissão de Livramento Condicional (Fisher, 2003, p. 128).

18 Fisher, 2003, p. 123. Como exemplo, entre 1880 e 1900, o número de

Como os juízes acumulavam tanto as funções penais quanto as civis, os magistrados passaram a priorizar a resolução destas em detrimento daquelas. E uma forma rápida para equalização das demandas penais estava justamente da ascendente técnica da barganha, a qual permitia um desfecho expedito da contenda. Tanto é assim que houve aumento de produtividade dos juízes: de 3,3 casos por dia em 1859 para 12,4 casos por dia em 1900. Com isso, os magistrados conseguiram lidar com a alta de casos civis sem aumentar a quantidade de dias em que laboravam no Judiciário¹⁹.

Parece, então, que os casos penais *em si* não foram os deflagradores da adesão dos juízes à barganha.

Em relação ao método com o qual os juízes barganhavam, as evidências reunidas por George Fisher não parecem ser concludentes (Fisher, 2003, p. 134). Há três possibilidades: barganha implícita, onde o réu confessa sem acordo prévio, na esperança de ver a sua pena diminuída; negociações diretas com o réu; e recepção do acordo entabulado pelas partes. Em relação às duas primeiras, Fisher pensa que não eram as preponderantes, tanto pela quantidade de barganhas claras (o que traria um elemento de previsibilidade para a confissão), quanto pela repreensão da conduta de certos juízes que negociavam a pena

ações por negligência em Boston saltou de 120 para 3300.

- 19 Entre 1840 a 1900, a quantidade de dias em sessões por juiz (audiências) permaneceu razoavelmente o mesmo. A quantidade de sessões civis, em números absolutos (considerados todos os magistrados), disparou de menos de 100 para quase 300 dias no mesmo período. O total de sessões criminais no mesmo período iniciou em quase 50, subindo a 100 em 1890, mas caindo para quase 50 em 1900 (Fisher, George. Op. cit., p. 122).

diretamente com o réu (Fisher, 2003, p. 130s). O mais provável era que o juiz aceitasse o acordo feito pelas partes, uma vez que: (a) não haveria comprometimento de sua imparcialidade; (b) ocorreria maior certeza em relação à confissão visando a barganha implícita, especialmente em relação aos juízes que, de acordo com a experiência dos advogados criminais, não se opunham geralmente aos acordos das partes; (c) o acordo não excluía o poder de sentenciar do juiz, diferentemente dos casos de barganha de imputação do começo do século em crimes de álcool; e (d) em relação à acusação, um juiz que costumeiramente seguisse o acordo das partes também traria maior tranquilidade para o *parquet*.

Nos casos criminais, portanto, o juiz participava da barganha porque podia fazê-lo (Fisher, 2003, p. 124), tendo em vista a ampla discricionariedade que possuía em estabelecer a pena²⁰.

20 George Fisher ainda admite a possibilidade de que há sinais não conclusivos de que outra técnica participou da consolidação da barganha perante os juízes: a retratação da resposta (*plea withdrawal*). Por ela, caso o juízo entenda que o acordo formulado entre as partes não deve ser homologado, isto é, em havendo discordância do magistrado, faculta-se ao réu retratar-se. Se isso não fosse possível, o juiz poderia ignorar o acordo lavrado, aceitar a confissão judicial ou a *nolo contendere* e condenar o acusado sem qualquer leniência. A Suprema Corte Judicial reiteradamente decidiu que a retratação da resposta não era um direito, senão uma técnica que poderia ser permitida ou não de acordo com a discricionariedade do juízo. Assim, pode ser que muitas retratações tenham ocorrido em Massachusetts no último quarto do século XIX, mas que foram registradas na ata. Contudo, por não haver certeza, prefere pensar que a retratação da resposta apenas influenciou conclusivamente a consolidação da barganha apenas no século XX (Fisher, 2003. Pgs. 135-6).

1.3.4 Comentário sobre a questão do alto volume de processos e as motivações de juízes e promotores

A tese de que a quantidade de processos sob responsabilidade do órgão ministerial teria concorrido sobremaneira para o surgimento da barganha é algo polêmico na doutrina americana. Não são todos os doutrinadores que concordam com a tese. Esse ponto merece, pois, melhor explicação.

Os registros em Massachusetts demonstram crescimento contínuo de processos penais no século XIX, tendo havido recrudescimento intenso a partir de 1840, tempo em que se contabilizaram menos de 50 casos penais, chegando a cerca de 500 dez anos depois. Após breve queda na década de 1860 (quase 300 casos), verificou-se novo crescimento até chegar a aproximadamente 600 processos em 1900 (Fisher, 2003, p. 40s). Progressivamente ao longo do século, vários réus passaram a contar com assistência de advogados e exercitaram o direito à apelação da sentença (Fisher, 2003, p. 42). Os promotores igualmente tinham o dever de se deslocar entre as várias cidades do condado para exercer a sua função, isso em um tempo de baixo desenvolvimento de transportes²¹. Além desses fatos, o Poder Legislativo extinguiu o Escritório do Procurador-Geral de Justiça em 1843, de sorte que os casos mais graves passaram a

21 O relato do promotor Samuel Parker parece um lamúrio: “Trabalhos profissionais contínuos, dia e noite, sem feriados nem apoio, e confinamento perpétuo diário e pelo dia todo, salas de audiência mal ventiladas, afetarão mesmo a melhor saúde... Se o alívio não pode ser obtido, eu devo me aposentar de um ofício excessivamente oneroso para ser suportado por um indivíduo desamparado” (Fisher, 2003. Pgs. 43-44).

ser manejados somente pelos *District Attorneys* e com menores recursos. Os deputados estaduais chegaram até mesmo a reduzir os salários dos promotores em 30% nesse mesmo ano²².

A despeito de todos esses fatores, é de se notar que os promotores de Massachusetts trabalhavam em meio período, recebendo o equivalente pela menor quantidade de horas trabalhadas, sendo que geralmente complementavam a renda exercendo o ofício de advogado em casos civis particulares. Dessa forma, não importava quantos casos criminais com que o promotor tivesse de lidar, ele sempre teria a possibilidade de ganhar mais dinheiro se os resolvesse rapidamente (Fisher, 2003, p. 43). Albert Alschuler encontrou ainda em 1960 a mesma dinâmica sendo empregada, de sorte que os promotores de meio período do sul do Estado de Illinois barganhavam mais os casos em comparação com os de período integral em Chicago (Fisher, 2003, p. 43).

A *caseload pressure* não é suficiente, só por si, para que os promotores procedam à barganha. *Se não houver possibilidade jurídica para tanto*, não há como empregar a técnica. Nos casos analisados em Massachusetts, a falta de poder ministerial nos primeiros dois terços do século XIX confinou a prática apenas para crimes de álcool e crimes de homicídio. Igualmente, não é necessário um grande estoque de processos para deflagrar a barganha, como revela o caso dos promotores de meio período, onde sempre há incentivos para rápida resolução dos casos penais,

22 FISHER, 2003, p. 43. É de se dizer, entretanto, que os legisladores corrigiram os seus erros e restauraram os salários aos níveis anteriores em 1845 e reinstalaram o Escritório do Procurador-Geral de Justiça em 1849.

para que então possam se dedicar aos seus escritórios particulares. No entanto, é de se notar que a barganha em casos de homicídio tomou forma na década de 1840, a mesma onde houve o grande crescimento de casos.

Dois dos doutrinadores da terceira onda, Mary Vogel e Theodore Ferdinand, discordam do entendimento que o acervo de processos causou a barganha. Para George Fisher, o trabalho de Vogel não fez efetiva diferenciação entre meras confissões judiciais (*guilty pleas*) e barganhas claras (*clear plea bargains*), de forma que, para o Fisher, a sua pesquisa demonstra que o passivo de processos e as barganhas estavam conectados (Fisher, 2003, p. 45). Vogel chegou a elaborar um gráfico comparando a taxa de aumento *guilty pleas* com a taxa de crescimento dos processos e argumenta que houve grande crescimento dos processos, enquanto as *guilty pleas* não cresceram o suficiente. Só que, como o gráfico compara taxas de crescimento em *porcentagens*, chega-se a um problema metodológico: a taxa de processos pode subir indefinidamente, enquanto a taxa de confissões somente pode chegar a 100% dos processos, de forma que a divergência parece ser ilusória (Fisher, 2003, p. 46).

Theodore Ferdinand, em sua pesquisa, também encontra um crescimento da quantidade de processos a partir de 1836, o qual chegou a triplicar em 1844, e a barganha teria avançado justamente no final de 1830 e início de 1840. Só que o autor hesita em admitir a ligação entre ambos os fatores, por pensar que os maiores aumentos no número de processos foram após

a consagração da barganha (Fisher, 2003, p. 47). No entanto, a pressão do acervo de processos incentiva a barganha *em geral*, de forma que os promotores a utilizam nos casos em que tenham poder para tanto. Não necessariamente um aumento do passivo dos processos *das infrações em que os promotores barganham* conduz ao incentivo para transacionar, pois há a pressão dos processos como um todo (Fisher, 2003, p. 47). Não há razão para pensar que o tipo de processo em que os promotores tinham o poder de barganhar seja obrigatoriamente o que mais cresceu em comparação com os demais.

O argumento de John Langbein de que o aumento da complexidade dos julgamentos pelo tribunal do júri levou ao desenvolvimento da barganha penal deve ser mais bem analisado. A pesquisa levada a cabo por George Fisher, ao mesmo tempo em que dá guarida ao argumento de Langbein, parece refutá-lo, de forma que as evidências não são conclusivas.

De acordo com a média de duração dos julgamentos pelo júri em Massachusetts, entre 1830 e 1860 não houve expressiva diferença no tempo de julgamento. Entretanto, em 1830 não havia emprego da técnica de barganha, enquanto cerca da metade dos casos eram transacionados em 1860 (Fisher, 2003, p. 118. Já no transcorrer da década de 1860, o julgamento completo passou a ser mais rápido, baixando de 3,5 para 3 dias em média. Já entre 1870 e 1890, o tempo de julgamento aumentou para até 4,1 dias, mas a proporção de casos barganhados diminuiu de 47 para 35%. O pensamento de Langbein encontra lugar na última década do século XIX, onde a duração dos julgamentos subiu para 6,6 dias em média

e a barganha chegou a 61% dos casos. Ao analisar especificamente o ritmo dos julgamentos em dois órgãos judiciais específicos, a Corte Superior e a Corte de *Pleas* Comuns, Fisher verificou que a duração dos feitos foi aproximadamente a mesma entre 1849 e 1900, anos que o emprego da barganha foi, respectivamente, o menor e o maior do século. Na década de 1910, a duração dos julgamentos aumentou substancialmente, mas a porcentagem de casos barganhados permaneceu no mesmo nível do final do século passado (Fisher, 2003, p. 119).

No tocante aos membros do Ministério Público, ainda há outro ponto a ser notado. A visão de que o promotor é parte de um órgão assemelhado à magistratura e, portanto, imparcial, não se aplica à realidade norte-americana, sendo um entendimento essencialmente europeu continental. Com isso, os *District Attorneys*, que em 1832 foram obrigados a reportar a solução dos processos em que atuavam, bem como passaram a ocupar o cargo mediante eleição em 1856, tinham o interesse em mostrar que a sua atuação era vitoriosa (Fisher, 2003, p. 48). A barganha, nesse sentido, permitia ao órgão ministerial apresentar-se como um acusador altamente eficiente, obtendo elevado nível de condenações (Fisher, 2003, p. 49).

Em relação aos juízes, o volume de trabalho também desempenhou a função de incentivo à adesão à técnica, embora de uma maneira diferente.

Nos primeiros dois terços do século XIX, o volume de trabalho os atingia de forma diferenciada. Como os magistrados

trabalhavam em tempo integral e não há registros de que laborassem em outros misteres para complementar a renda, parecia não haver incentivos para que barganhassem por conta desse fator (Fisher, 2003, p. 55). Os juízes não possuíam o mesmo incentivo para condenar o acusado que o promotor tinha. Por fim, o magistrado, naquela época, detinha ampla discricionariedade em sentenciar, a qual era *inteiramente livre de revisão por uma corte superior* (Fisher, 2003, p. 56). Dessa forma, não haveria razão para o juiz buscar impor uma condenação de forma açodada.

Como falado anteriormente, a situação foi alterada com a explosão de casos civis, que requereu mais trabalho dos juízes, e, como acumulavam as funções penais, buscaram resolver o passivo destes últimos processos de forma mais rápida.

No Brasil, a título de comparação, não se tem notícia de amplo estudo da repercussão do recém-criado ANPP no acervo de trabalho dos membros do Ministério Público, e uma dificuldade reside nos efeitos processuais penais deste, pois a sua celebração não gera um título executivo judicial, pois o descumprimento implica na rescisão da avença e posterior oferecimento de denúncia, seguindo-se processo penal com instrução (Código de Processo Penal, art. 28-A, § 10). Dessa forma, o aperfeiçoamento de um ANPP não elide a necessidade de posterior processamento em caso de violação dos termos do acordo.

1.4 Nova Iorque

O material para avaliação da história da barganha em Nova Iorque não é muito: as notas de Raymond Moley de 1928 e a pesquisa mais recente de Mike McConville e Chester Mirsky.

A forma preponderante de barganha em Nova Iorque era a de imputações (*charge bargaining*). Segundos os dados agregados, entre 1800 e 1830 a quantidade de confissões judiciais era irrisória, mas culminou em cerca de 75% entre 1830 e 1890 (Fisher, 2003, p. 167). Embora a quantidade bruta de trabalho tenha aumentado entre 1839 (268 denúncias) e 1865 (1323 denúncias), McConville e Mirsky não oferecem dados suficientes sobre o tamanho do efetivo ministerial ou se os promotores trabalham em período integral ou não (Fisher, 2003, p. 316), embora se possa admitir que houvesse incentivos para reduzir a *caseload pressure* dos promotores.

Em se tratando dos poderes conferidos pela ordem jurídica estadual, o Código Penal de 1829 vedou a *nolle prosequi* ampla vista em Massachusetts²³. Contudo, era possível a desistência de imputações repetidas em um mesmo crime. A isso se somava a divisão feita pela legislação em crimes de vários graus, como homicídios de primeiro, segundo, terceiro etc. graus (Fisher, 2003, p. 169). Por exemplo: uma denúncia poderia imputar

23 A redação da proibição em Nova Iorque era a seguinte: “[Era vedado] ajuizar um pedido de *nolle prosequi* sobre qualquer denúncia, ou, de qualquer forma, descontinuar ou abandoná-la, sem a concordância da corte competente para o julgamento da infração imputada”. A interpretação que prevaleceu entendia que era vedada a desistência *total* da denúncia, mas era possível a desistência de alguma imputação *contida na denúncia* (FISHER, 2003, p. 171).

ao réu os crimes de roubo de primeiro e segundo graus. Na barganha, o promotor poderia desistir do roubo de primeiro grau, remanescendo apenas o de segundo grau²⁴. Contudo, não seria possível a confissão do réu para furto. Além disso, o Código estabeleceu penas mínimas para vários crimes, o que limitava o poder jurisdicional²⁵.

Outra técnica foi possível por meio do Código de 1829: o réu, em vez de confessar a prática da infração consumada, poderia fazê-lo em relação à tentativa (Fisher, 2003, p. 170). Como a tentativa era mais brandamente apenada em relação à infração consumada, poder-se-iam fazer acordos com essa redução em mente.

Por fim, a última das técnicas utilizadas possuía aplicação na reincidência, pois o código impôs penas mínimas altas, semelhante ao tratamento californiano, limitando a discricionariedade judicial. Assim, em barganha, era possível que o órgão ministerial não apresentasse o histórico do réu em troca da *guilty plea*.

Em 1881, um novo Código entrou em vigor, proibindo qualquer desistência sem a concordância do juiz. No entanto, à

24 Essa técnica tornou-se uma grande característica do sistema nova-iorquino. Em 1969, a comissão que elaborava um novo Código Penal para o Estado, quando perguntada se a divisão em graus de vários crimes era voltava para facilitar a barganha, afirmou: “Com toda certeza! Nós estamos bem cientes no processo de negociação e essa é a razão para a nossa extensiva estrutura em graus... É muito importante que quem vá conduzir o processo de negociação possa passar pelos graus” (Fisher, 2003, p. 170).

25 Fisher, 2003, p. 170. Em se tratando do direito norte-americano, a depender da época, não necessariamente haveria a previsão de uma pena mínima para o crime (ressalva o ponto comum de 1 ano, característico de uma *felony*), diferentemente do direito penal atual no Brasil.

semelhança do que ocorreu em Massachusetts, os juízes nova-iorquinos já eram adeptos da técnica da barganha pelos mesmos motivos encontrados em Middlesex, de sorte que a prática não retrocedeu. Os juízes de Nova Iorque arquivavam os casos com a mesma frequência em que os promotores de outros Estados ajuizavam *nolle prosequis*: “a prática [de *nolle prosequi*] continua a existir, embora o nome não exista mais” (Fisher, 2003, p. 174).

2 CONCLUSÃO

Após a aprovação legislativa do ANPP no Brasil (Código de Processo Penal, art. 28-A), a doutrina começou a dar mais importância ao tempo de acordos penais. Apesar de já existir o instituto da transação na Lei 9.099/1995 (art. 76), a sua aplicação é restrita aos crimes menos graves do ordenamento jurídico.

Com o ANPP, ainda que não haja possibilidade de aplicação a crimes de elevada importância, como crimes com violência ou grave ameaça, ou mesmo em crimes de competência do Tribunal do Júri, houve um movimento acolhido de expansão da consensualidade no espaço de administração judicial da justiça penal. Nisso, o Brasil não está alijado da tendência mundial, e sim está se adaptando à realidade de muitos países ocidentais, mesmos aqueles em que a tradição da lei civil impedia maior pragmatismo na forma de resolução dos casos penais.

Analisando a história do instituto nos Estados Unidos, verifica-se que a sua consolidação não ocorreu sem que houvesse reações, o que se deu efetivamente no Séc. XIX, longe do olhar

analítico da academia e mais próximo das realidades vivenciadas pelos atores participantes da aplicação do direito. Nesse sentido, identificaram-se diversos momentos em que a criatividade dos membros do Ministério Público do Estado de Massachusetts, utilizando os recursos existentes, exerceu relevante papel na construção da via então alternativa ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Essas medidas, em verdade, consolidaram uma alteração marcante na atuação repressora estadunidense, já que quase a totalidade dos casos são resolvidos por meio de barganhas, independentemente do tipo de crime envolvido e da competência, se estadual ou federal, do órgão judiciário.

A situação é tal que, sem o mecanismo de acordos, a justiça dos Estados Unidos não pode funcionar como tal. E esse panorama ocorrer desde o início do Séc. XX, com a ampla aceitação do instituto.

No Brasil, a busca de métodos que efetivamente tragam a resposta do sistema de justiça ao caso analisado é a principal tendência. Nessa vereda, a expansão de métodos consensuais, especialmente no direito processual penal, tem a possibilidade de, assim como nos Estados Unidos, satisfazer a necessidade de resolução razoável dos processos criminais, em homenagem ao direito fundamental de razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

REFERÊNCIAS

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação da Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*. Nov. 1992.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial*. Dez. 1940, p. 2391.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*. Out. 1941, p. 19699.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Set. 1995, p. 15033.

DEGIROLAMO, John. *Plea for Mercy: The Anatomy of the Federal Plea*. Tampa: In Law We Trust, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11, acesso em: 15.01.2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Evidence. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_410>, acesso em 22 jul. 2017.

FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in America*. Stanford, Stanford University Press, 2003.

LANGBEIN, John Harris. *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*. 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/534/>, acesso em 15.01.2024.

LANGBEIN, John Harris. *Understanding the Short History of Plea Bargaining*. 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/>, acesso em 15.01.2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume Único. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

VOGEL, Mary E. *Coercion to Compromise: plea bargaining, the courts, and the making of political authority*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

