

Carlos Eduardo Avanzi de Almeida

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus (2017).

Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2023).

Promotor de Justiça (2005).

Resumo

O presente artigo aborda aspectos históricos do *plea bargaining* com base na doutrina estadunidense. Abordam-se as diferentes posições acerca da eclosão do instituto no direito norte-americano, como as negociações informais realizadas pelos atores processuais, o seu caráter apaziguador e razões utilitaristas atreladas à eficiência, que fundamentaram a sua ampla aceitação na prática forense alienígena. Por fim, discorre-se acerca da dependência da justiça na resolução consensuada de casos penais e da necessidade de assentimento do investigado ou réu para que se aperfeiçoe o acordo.

Palavras-chave: *plea bargaining*, justiça negociada, aspectos históricos, Estados Unidos da América.

A História do *Plea Bargaining*

No direito positivo nacional, mormente pela sua natureza de *civil law*, pode-se apontar com precisão o marco temporal do advento da justiça penal negociada e/ou de suas raízes.

Do mesmo modo, a data de surgimento do acordo de não persecução penal, que ampliou sobremaneira o alcance da consensualidade no campo criminal, também é facilmente identificada por meio da entrada em vigor da Resolução CNMP n. 181/2017. Referido ato normativo, conquanto impugnado por meio de ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, foi efetivamente aplicado no Brasil.¹

Nos sistemas de *common law*, cujo direito é edificado primordialmente com fundamento nos precedentes, divergem os estudiosos acerca da historicidade do direito penal negociado.

Já se afirmou que a existência do *plea bargaining* confunde-se com a própria criação das cortes criminais de justiça e que (ironicamente) não seria surpresa se se descortinasse que Caim teria entabulado um acordo penal para reduzir-lhe a reprimenda depois de haver matado Abel.²

Para Alschuler, a prática pode ser oficialmente detectada nos Estados Unidos a partir da década de 1920 e, desde então, experimentou um crescimento exponencial, até que sua constitucionalidade foi reconhecida pela Suprema

¹ Leonardo Barreto Moreira Alves, ao aludir à Resolução CNMP n. 183, de 24 de janeiro de 2018, que derrogou o ato normativo supracitado e aplacou, em grande medida, as críticas ao instituto graças à implantação de um efetivo controle judicial, propiciando a sua rápida expansão, assinala, mencionando ANPP firmado pelo autor do presente artigo, que “a partir de então, surgiram inúmeras notícias de acordo sendo celebrados em todo o país. Em Minas Gerais, por exemplo, em fevereiro de 2018, na comarca de Campo Belo, foi realizado o primeiro acordo desta natureza”. (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juispodivm, 2022, p. 345).

² NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973 *apud* ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 2.

Corte em 1970, no caso *Brady v. United States*.³ O mesmo autor, porém, aponta indícios de negociações entre as partes desde o início do século XIX, ante o elevado número de assunções de culpa pelos acusados (*guilty plea*).⁴

O conceito de *guilty plea* é recente quando comparado ao de confissão. Não se diferenciava, no passado, esses institutos, utilizando-se a expressão *confession* indiscriminadamente.⁵

Como esclarece John Frederick Archbold,⁶ a confissão é gênero do qual são espécies o *nolo contendere*, em que o réu adota postura passiva e simplesmente abstém-se de contestar a acusação,⁷ a confissão extrajudicial, a judicial e a *pleas of guilty*. Esta última, como alerta Becker, usualmente acarreta uma pena mais branda do que a que seria aplicada se o réu fosse condenado no julgamento pelo júri.⁸

Anota Luis Alfredo Díez que a *guilty plea* pode ser voluntária, induzida ou convencionada, caso em que se estará diante do *plea bargaining*.⁹ Justamente o “corrompido” incremento das assunções de culpa atribuído aos agentes públicos, como apontado por Alschuler,¹⁰ cujas críticas são secundadas por Michael Vitiello¹¹, constitui forte indicativo da prática do *plea bargaining*, pelo menos, desde o princípio do século XIX.

Mary Vogel, entretanto, em minudente estudo sobre as raízes do *plea bargaining*, nos moldes em que atualmente aplicado nos Estados Unidos, refere que sua origem é obscura e não necessariamente vinculada à inovação ou à corrupção de operadores do direito.

Para a autora, há registros da utilização do instituto em Boston, no Estado de Massachusetts, que remontam ao início do século XIX. Inspirados na experiência inglesa, cuidar-se-ia de uma reação ao crescimento desordenado da cidade e à onda de violência e convulsão social que se instalava na região.

Ao tempo em que fornecia uma resposta de caráter mais leniente aos autores de crime, dada a visão de que a lei exprimiria a opressão da elite, o *plea bargaining* funcionaria como mecanismo apaziguador e hábil à restauração do estado de normalidade da sociedade.¹²

Dentre outras razões, o aumento do poder de promotores e advogados (*discretion*) ter-lhes-ia sido útil para galgar cargos políticos, inclusive eletivos, e ao mesmo tempo explicaria a expansão do instituto, sobretudo numa época em

³ ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and its history*. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 9-10.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ ARCHBOLD, John F. *Pleading and evidence in criminal cases*. 1824, p. 45-47 *apud* ALSCHULER, Albert W. *Plea bargaining and its history*. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 13.

⁷ BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). *Suprema Corte dos EUA: casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 474.

⁸ *Ibidem*, p. 476.

⁹ DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada*. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999, p. 33-35 *apud* FONSECA, Caio Nogueira Domingues. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 350f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2022, p. 56.

¹⁰ Segundo o autor, “*in these courts [urban courts], striking political corruption apparently contributed to a flourishing practice of plea bargaining*”. (ALSCHULER, *op. cit.*, p. 24).

¹¹ VITIELLO, Michael. *Bargained-for-Justice: lessons from the Italians?* Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

¹² Nas abalizadas palavras da autora, “*the Constitution was still relatively new, urban political institutions were spare and fragmentary, and local political parties were virtually nonexistent. [...] In doing so, the courts drew on a time-honored tradition of episodic leniency – frequent but irregular pardons and grants of clemency – from the British common law and adapted it into the practice of plea bargaining. [...] Responding to this dilemma, the courts stepped in and tapped the common law tradition of leniency – hoping to revitalize order. This was done as one thrust of a much broader campaign to cultivate social and political stability*”. (VOGEL, Mary E. *Social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860*. Law & Society Review, 1999, p. 164).

que a independência do Judiciário era firmemente contestada nos planos federal e estadual.¹³

Langbein, por sua vez, aponta critérios utilitaristas para a expansão da justiça negociada: “a ascensão do sistema adversarial e o respectivo desenvolvimento do direito probatório”, que subtraíram do júri a eficiência de outrora.¹⁴

Julgamentos rudimentares e sumários do século XVIII constituíam fonte fecunda de erros judiciais, e a evolução do direito probatório e do domínio da causa pelos advogados eram medidas que se impunham, mas que, depois de gradualmente implementadas, ultimaram por inviabilizar os julgamentos “como um procedimento comum ou rotineiro para casos de crimes graves”, exortando a consensualidade na resolução das lides penais em detrimento de complexas e onerosas decisões tomadas pelo júri.¹⁵

Fato é que, como assinala Máximo Langer, a justiça penal negociada tem se expandido aceleradamente em diversos países, particularmente nas últimas três décadas,¹⁶ exatamente como se verifica no Brasil desde a edição da Lei nº 9.099/95.

Hodiernamente, estatísticas apontam para a aplicação de acordos penais em patamares elevadíssimos (cerca de 97% dos casos),¹⁷ demonstrando a absoluta dependência da Justiça norte-americana às soluções negociadas.¹⁸

Este dado, por si só, não pode ser interpretado negativamente. A possibilidade – sempre existente – de o investigado ou réu recusar o acordo, sendo-lhe informado dos seus efeitos, vantagens e desvantagens, insere-se no seu poder de autodeterminação, ao passo que a ampla gama de manobra do órgão acusador é decorrência direta de sua legitimidade popular, haurida da eleição de seus membros.¹⁹

Evidentemente que o *plea bargaining* não elimina a possibilidade de um inocente vir a aceitá-lo por razões diversas, inclusive pelo receio de lhe ser aplicada uma pena elevada. Do mesmo modo, erros judiciais também podem redundar em condenações injustas e nem por isso se pretende abolir os julgamentos. Adentra-se, aqui, no terreno da falibilidade humana, acerca do qual nenhum sistema jurídico logrará esquivar-se.

Referências Bibliográficas:

¹³ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019, p. 116.

¹⁵ *Ibidem*, p. 119-120.

¹⁶ LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 8 jan. 2024, p. 38.

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. In MALAN, Diogo *et al.* **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 149.

¹⁸ Langbein refere que até impressionantes 99% dos casos criminais nos Estados Unidos seriam solucionados pela via consensual (LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978, p. 9).

¹⁹ Refere William J. Stuntz que cerca de 95% dos Estados Norte-Americanos adota o sistema de eleições. (STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001, p. 533).

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022.

ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979.

ARCHBOLD, John F. **Pleading and evidence in criminal cases**. 1824.

BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). **Suprema Corte dos EUA: casos históricos**. São Paulo: Almedina, 2022.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999.

FONSECA, Caio Nogueira Domingues. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 350f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 8 jan. 2024.

NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973.

STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001.

VITIELLO, Michael. **Bargained-for-Justice**: lessons from the Italians? Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

VOGEL, Mary E. **Social origins of plea bargaining**: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. Law & Society Review, 1999.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. *In* MALAN, Diogo *et al.* **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

Carlos Eduardo Avanzi de Almeida

Specialist in Civil Procedural Law at Damásio de Jesus College (2017).

Master in Procedural Law from the University of São Paulo (2023).

Prosecutor (2005).

Summary

This article discusses historical aspects of plea bargaining based on American doctrine. The different positions on the emergence of the institute in North American law are addressed, such as the informal negotiations carried out by procedural actors, its appeasement character and utilitarian reasons linked to efficiency, which have led to its widespread acceptance in foreign legal practice. Finally, we discuss the dependence of justice on the consensual resolution of criminal cases and the need for the consent of the investigated or defendant in order for the agreement to be perfected.

Keywords: plea bargaining, negotiated justice, historical aspects, United States of America.

The History of Plea Bargaining

In national positive law, especially due to its civil law nature, it is possible to precisely pinpoint the timeframe of the advent of negotiated criminal justice and/or its roots.

Similarly, the date on which the nonprosecution agreement came into being, which greatly expanded the scope of consensuality in the criminal field, is also easily identified through the entry into force of CNMP Resolution No. 181/2017. This normative act, although challenged through direct actions before the Supreme Court, has been effectively applied in Brazil.¹

In common law systems, whose law is built primarily on precedents, scholars differ on the historicity of negotiated criminal law.

It has already been said that the existence of plea bargaining is intertwined with the very creation of criminal courts of justice and that (ironically) it would come as no surprise if it turned out that Cain had entered into a criminal agreement to reduce his sentence after killing Abel.²

For Alschuler, the practice can be officially detected in the United States from the 1920s and, since then, it has experienced exponential growth, until its constitutionality was recognized by the Supreme Court in 1970, in the case *Brady v. United States*.³ The same author, however, points to evidence of negotiations

¹ Leonardo Barreto Moreira Alves, alluding to CNMP Resolution 183 of January 24, 2018, which derogated from the aforementioned normative act and largely appeased criticism of the institute thanks to the implementation of effective judicial control, enabling its rapid expansion, points out, mentioning ANPP signed by the author of this article, that “since then, there have been countless reports of agreements being concluded throughout the country. In Minas Gerais, for example, in February 2018, in the Campo Belo district, the first agreement of this nature was reached”. (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juispodivm, 2022, p. 345).

² NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973 *apud* ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 2.

³ ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 6.

between the parties since the beginning of the 19th century, given the high number of guilty pleas by the accused.⁴

The concept of guilty plea is recent when compared to that of confession. In the past, there was no distinction between the two, and the term confession was used indiscriminately.⁵

As John Frederick Archbold explains,⁶ confession is a genus of which *nolo contendere* is a species, in which the defendant adopts a passive stance and simply refrains from contesting the accusation,⁷ the extrajudicial confession, the judicial confession and the plea of guilty. The latter, as Becker warns, usually carries a more lenient sentence than the one that would be applied if the defendant were convicted in a jury trial.⁸

Luis Alfredo Díez notes that a guilty plea can be voluntary, induced or agreed upon, in which case it is plea bargaining.⁹ It is precisely the “corrupted” increase in the assumptions of guilt attributed to public officials, as pointed out by Alschuler,¹⁰ whose criticisms are seconded by Michael Vitiello¹¹, is a strong indication that plea bargaining has been practiced since at least the beginning of the 19th century.

Mary Vogel, however, in a detailed study of the roots of plea bargaining, as it is currently applied in the United States, states that its origins are obscure and not necessarily linked to innovation or corruption by legal operators.

According to the author, there are records of the institute being used in Boston, Massachusetts, dating back to the early 19th century. Inspired by the English experience, it was a reaction to the disorderly growth of the city and the wave of violence and social upheaval that was taking hold in the region.

At the same time as it provided a more lenient response to the perpetrators of crime, given the view that the law expressed the oppression of the elite, plea bargaining functioned as an appeasing mechanism that could restore a state of normality to society.¹²

Among other reasons, the increased power of prosecutors and lawyers (discretion) would have been useful to them in gaining political office, including elected office, and at the same time would explain the expansion of the institute,

⁴ *Ibidem*, p. 9-10.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ ARCHBOLD, John F. **Pleading and evidence in criminal cases**. 1824, p. 45-47 *apud* ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 13.

⁷ BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). **Suprema Corte dos EUA: casos históricos**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 474.

⁸ *Ibidem*, p. 476.

⁹ DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999, p. 33-35 *apud* FONSECA, Caio Nogueira Domingues. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 350f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2022, p. 56.

¹⁰ According to the author, “in these courts [urban courts], striking political corruption apparently contributed to a flourishing practice of plea bargaining”. (ALSCHULER, *op. cit.*, p. 24).

¹¹ VITIELLO, Michael. **Bargained-for-Justice**: lessons from the Italians? Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

¹² In the author's authoritative words, “the Constitution was still relatively new, urban political institutions were spare and fragmentary, and local political parties were virtually nonexistent. [...] In doing so, the courts drew on a time-honored tradition of episodic leniency – frequent but irregular pardons and grants of clemency – from the British common law and adapted it into the practice of plea bargaining. [...] Responding to this dilemma, the courts stepped in and tapped the common law tradition of leniency – hoping to revitalize order. This was done as one thrust of a much broader campaign to cultivate social and political stability”. (VOGEL, Mary E. **Social origins of plea bargaining**: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. Law & Society Review, 1999, p. 164).

especially at a time when the independence of the judiciary was firmly contested at federal and state level.¹³

Langbein, for his part, points to utilitarian criteria for the expansion of negotiated justice: “the rise of the adversarial system and the respective development of evidentiary law”, which have stripped the jury of its former efficiency.¹⁴

The rudimentary and summary trials of the 18th century were a fertile source of miscarriages of justice, and the evolution of evidentiary law and the mastery of the case by lawyers were measures that were needed, but which, once gradually implemented, ended up making trials unfeasible “as a common or routine procedure for cases of serious crime”, urging consensuality in the resolution of criminal disputes to the detriment of complex and costly decisions made by the jury.¹⁵

The fact is that, as Máximo Langer points out, negotiated criminal justice has expanded rapidly in several countries, particularly in the last three decades,¹⁶ exactly as has been the case in Brazil since the enactment of Law No. 9.099/95.

Nowadays, statistics show that criminal agreements are applied at very high levels (around 97% of cases),¹⁷ demonstrating the absolute dependence of American justice on negotiated solutions.¹⁸

This fact alone cannot be interpreted negatively. The possibility - which always exists - of the investigated person or defendant refusing the agreement, being informed of its effects, advantages and disadvantages, is part of their power of self-determination, while the wide range of maneuvers of the prosecuting body is a direct result of its popular legitimacy, derived from the election of its members.¹⁹

Of course, plea bargaining does not eliminate the possibility of an innocent person accepting it for various reasons, including the fear of a high sentence. Similarly, miscarriages of justice can also result in unjust convictions, and this is not the intention of abolishing trials. Here we enter the terrain of human fallibility, which no legal system will be able to avoid.

Bibliographical References:

¹³ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019, p. 116.

¹⁵ *Ibidem*, p. 119-120.

¹⁶ LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 8 jan. 2024, p. 38.

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. In MALAN, Diogo et al. **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 149.

¹⁸ Langbein says that up to an impressive 99% of criminal cases in the United States would be solved by consensual means (LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978, p. 9).

¹⁹ William J. Stuntz points out that around 95% of US states adopt the election system. (STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001, p. 533).

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022.

ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979.

ARCHBOLD, John F. **Pleading and evidence in criminal cases**. 1824.

BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). **Suprema Corte dos EUA: casos históricos**. São Paulo: Almedina, 2022.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado em los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999.

FONSECA, Caio Nogueira Domingues. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 350f. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Available in: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Accessed on: Jan. 8, 2024.

NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973.

STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001.

VITIELLO, Michael. **Bargained-for-Justice**: lessons from the Italians? Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

VOGEL, Mary E. **Social origins of plea bargaining**: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. Law & Society Review, 1999.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. In MALAN, Diogo *et al.* **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

Carlos Eduardo Avanzi de Almeida

Especialista en Derecho Procesal Civil por la Facultad Damasio de Jesús (2017).

Máster en Derecho Procesal por la Universidad de São Paulo (2023).

Fiscal de Justicia (2005).

Resumen

El presente artículo aborda aspectos históricos del *plea bargaining* con base en la doctrina estadounidense. Se abordan las diferentes posturas acerca de la eclosión del instituto en el derecho norteamericano, como las negociaciones informales realizadas por los actores procesales, su carácter apaciguador y las razones utilitaristas vinculadas a la eficacia, que fundamentaron su amplia aceptación en la práctica forense alienígena. Finalmente, se discurre acerca de la dependencia de la justicia en la resolución consensuada de los casos penales y de la necesidad del consentimiento del investigado o reo para que se perfeccione el acuerdo.

Palabras clave: *plea bargaining*, justicia negociada, aspectos históricos, Estados Unidos de América.

La Historia del *Plea Bargaining*

En el derecho positivo nacional, principalmente por su naturaleza de *civil law*, se puede señalar con precisión el marco temporal del advenimiento de la justicia penal negociada y/o de sus raíces.

Del mismo modo, la fecha de surgimiento del acuerdo de no persecución penal, que amplió sobremedida el alcance de la consensualidad en el campo penal, también es fácilmente identificada por medio de la entrada en vigor de la Resolución CNMP n. 181/2017. El referido acto normativo, si bien impugnado por medio de acciones directas ante el Supremo Tribunal Federal, se aplicó efectivamente en Brasil.¹

En los sistemas de *common law*, cuyo derecho se edifica primordialmente con fundamento en los precedentes, los estudiosos difieren acerca de la historicidad del derecho penal negociado.

Ya se ha afirmado que la existencia del *plea bargaining* se confunde con la propia creación de las cortes criminales de justicia y que (irónicamente) no sería sorpresa si se descubriera que Caín habría entablado un acuerdo penal para reducir su reprimenda después de haber matado a Abel.²

Para Alschuler, la práctica puede ser oficialmente detectada en Estados Unidos a partir de la década de 1920 y, desde entonces, ha experimentado un *Pleas of Guilty* crecimiento exponencial, hasta que su constitucionalidad fue

¹ Leonardo Barreto Moreira Alves, al aludir a la Resolución CNMP n. 183, de 24 de enero de 2018, que derogó el acto normativo arriba citado y apaciguó, en gran medida, las críticas al instituto gracias a la implantación de un efectivo control judicial, propiciando su rápida expansión, señala, mencionando ANPP firmado por el autor del presente artículo, que “a partir de entonces, surgieron numerosas noticias de acuerdos siendo celebrados en todo el país. En Minas Gerais, por ejemplo, en febrero de 2018, en la comarca de Campo Belo, se realizó el primer acuerdo de esta naturaleza. (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2022, p. 345).

² NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973 *apud* ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 2.

reconocida por la Suprema Corte en 1970, en el caso *Brady v. United States*.³ El mismo autor, sin embargo, apunta indicios de negociaciones entre las partes desde principios del siglo XIX, ante el elevado número de declaraciones de culpabilidad por los acusados (*guilty plea*).⁴

El concepto de *guilty plea* es reciente en comparación con el de confesión. En el pasado, estos institutos no se diferenciaban utilizándose la expresión *confession* indiscriminadamente.⁵

Como aclara John Frederick Archbold,⁶ la confesión es un género del cual son especies el *nolo contendere*, en que el reo adopta una postura pasiva y simplemente se abstiene de impugnar la acusación,⁷ la confesión extrajudicial, la judicial y la *pleas of guilty*. Esta última, como advierte Becker, usualmente acarrea una pena más indulgente que la que se aplicaría si el reo fuera condenado en juicio por el jurado.⁸

Señala Luis Alfredo Díez que la *guilty plea* puede ser voluntaria, inducida o pactada, en cuyo caso se estará ante el *plea bargaining*.⁹ Justamente el "corrupto" incremento de las asunciones de culpa atribuido a los agentes públicos, como señaló Alschuler,¹⁰ cuyas críticas son secundadas por Michael Vitiello¹¹, constituye un fuerte indicativo de la práctica del *plea bargaining*, al menos desde principios del siglo XIX.

Mary Vogel, sin embargo, en un detallado estudio sobre las raíces del *plea bargaining*, en los moldes en que actualmente se aplica en Estados Unidos, refiere que su origen es oscuro y no está necesariamente vinculado a la innovación o a la corrupción de los profesionales de derecho.

Para la autora, existen registros del uso del instituto en Boston, en el Estado de Massachusetts, que remontan al inicio del siglo XIX. Inspirados en la experiencia inglesa, se cuidaría de una reacción al crecimiento desordenado de la ciudad y a la ola de violencia y convulsión social que se instalaba en la región.

Al mismo tiempo que proporcionaba una respuesta de carácter más indulgente a los autores de crímenes, dada la visión de que la ley expresaría la opresión de la élite, el *plea bargaining* funcionaría como un mecanismo apaciguador y hábil para la restauración del estado de normalidad de la sociedad.¹²

³ ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 9-10.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ ARCHBOLD, John F. **Pleading and evidence in criminal cases**. 1824, p. 45-47 *apud* ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979, p. 13.

⁷ BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). **Suprema Corte dos EUA: casos históricos**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 474.

⁸ *Ibidem*, p. 476.

⁹ DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editora: Tirant lo Blach, 1999, p. 33-35 *apud* FONSECA, Caio Nogueira Domingues. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 350f. Disertación de Máster. Universidad de São Paulo, 2022, p. 56.

¹⁰ Según el autor, "*in these courts [urban courts], striking political corruption apparently contributed to a flourishing practice of plea bargaining*". (ALSCHULER, *op. cit.*, p. 24).

¹¹ VITIELLO, Michael. **Bargained-for-Justice: lessons from the Italians?** Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

¹² En las conceptuadas palabras de la autora, "*the Constitution was still relatively new, urban political institutions were spare and fragmentary, and local political parties were virtually nonexistent. [...] In doing so, the courts drew on a time-honored tradition of episodic leniency – frequent but irregular pardons and grants of clemency – from the British common law and adapted it into the practice of plea bargaining. [...] Responding to this dilemma, the courts stepped in and tapped the common law tradition of leniency – hoping to revitalize order. This was done as one thrust of a much broader campaign to cultivate social and political stability*". (VOGEL, Mary E. **Social origins of plea bargaining: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860**. Law & Society Review, 1999, p. 164).

Entre otras razones, el aumento del poder de fiscales y abogados (*discretion*) les habría sido útil para ascender a cargos políticos, incluso electivos, y al mismo tiempo explicaría la expansión del instituto, sobre todo en una época en que la independencia del Poder Judicial era firmemente cuestionada a nivel federal y estatal.¹³

Langbein, por su parte, apunta criterios utilitaristas para la expansión de la justicia negociada: "el ascenso del sistema adversarial y el respectivo desarrollo del derecho probatorio", que sustrajeron del jurado la eficiencia de otrora.¹⁴

Juicios rudimentarios y sumarios del siglo XVIII constituían una fuente fecunda de errores judiciales, y la evolución del derecho probatorio y del dominio de la causa por parte de los abogados eran medidas que se imponían, pero que, después de implementadas paulatinamente, ultimaron por inviabilizar los juicios "como un procedimiento común o rutinario para casos de crímenes graves", instando a la consensualidad en la resolución de las lides penales en detrimento de complejas y costosas decisiones tomadas por el jurado.¹⁵

El hecho es que, como señala Máximo Langer, la justicia penal negociada se ha expandido aceleradamente en diversos países, particularmente en las últimas tres décadas,¹⁶ exactamente como se verifica en Brasil desde la edición de la Ley nº 9.099/95.

Actualmente, las estadísticas apuntan a la aplicación de acuerdos penales en niveles elevadísimos (alrededor del 97% de los casos),¹⁷ demostrando la absoluta dependencia de la Justicia norteamericana a las soluciones negociadas.¹⁸

Este dato, por sí solo, no puede interpretarse negativamente. La posibilidad - siempre existente - de que el investigado o reo rechace el acuerdo, al ser informado de sus efectos, ventajas y desventajas, se inserta en su poder de autodeterminación, mientras que la amplia gama de maniobras del órgano acusador es consecuencia directa de su legitimidad popular, derivada de la elección de sus miembros.¹⁹

Evidentemente, el *plea bargaining* no elimina la posibilidad de que un inocente lo acepte por razones diversas, incluso por el recelo a que se le imponga una pena elevada. Del mismo modo, los errores judiciales también pueden dar lugar a condenas injustas y con ello no se pretende abolir los juicios. Se está adentrando aquí en el terreno de la falibilidad humana, del que ningún sistema jurídico logrará eludirse.

¹³ *Ibidem*, p. 235.

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019, p. 116.

¹⁵ *Ibidem*, p. 119-120.

¹⁶ LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acceso en: 8 en. 2024, p. 38.

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. In MALAN, Diogo et al. **Processo penal humanista**: escritos en homenaje a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 149.

¹⁸ Langbein señala que hasta un impresionante 99% de los casos criminales en Estados Unidos se solucionarían por la vía consensual (LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978, p. 9).

¹⁹ Señala William J. Stuntz que cerca del 95% de los Estados Norteamericanos adopta el sistema de elecciones. (STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001, p. 533).

Referencias Bibliográficas:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., Salvador: Juispodivm, 2022.

ALSCHULER, Albert W. **Plea bargaining and its history**. Columbia Law Review, vol. 79, n. 1, 1979.

ARCHBOLD, John F. **Pleading and evidence in criminal cases**. 1824.

BECKER, Rodrigo Frantz (coord.). **Suprema Corte dos EUA: casos históricos**. São Paulo: Almedina, 2022.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. **Justicia criminal consensuada**. Algunos modelos de derecho comparado en E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia, Editorial: Tirant lo Blach, 1999.

FONSECA, Caio Nogueira Domingues. **O controle judicial no acordo de não persecução penal**. 350f. Disertación de Máster. Universidad de São Paulo, 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant, 2019.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. The University of Chicago Law School, 1978.

LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. **Annual Reviews Criminol**, vol. 4, pag. 377-411, 2019. Disponible en: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acceso en: 8 en. 2024.

NEWMAN, Donald J. **Reshape the deal**. Trial, 1973.

STUNTZ, William J. **The pathological politics of criminal law**. Michigan Law Review, vol. 100, Issue 3, 2001.

VITIELLO, Michael. **Bargained-for-Justice**: lessons from the Italians? Archivio Penale 2017, n. 2, p. 7.

VOGEL, Mary E. **Social origins of plea bargaining**: conflict and the law in the process of state formation, 1830-1860. Law & Society Review, 1999.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Pelo movimento antropófago do processo penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. In MALAN, Diogo *et al.* **Processo penal humanista**: escritos en homenaje a Antonio Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.