

## REFLEXÕES SOBRE O ESTUDO COMPARADO DA *OVERCHARGING* NORTE-AMERICANA: RECOMPENSAS E DESAFIOS

REFLECTIONS ON THE COMPARATIVE STUDY OF NORTH AMERICAN *OVERCHARGING*:  
REWARDS AND CHALLENGES

**Vitor Souza Cunha**

Doutorando em Processo Penal pela USP. Mestre em Direito pela UCB. Procurador da República.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5882506704353004>

ORCID: 0000-0001-9460-4128

vitor85@gmail.com

**Resumo:** O artigo busca discutir desafios metodológicos relacionados ao estudo comparado da *overcharging* norte-americana. Sem discrepar do que ocorre em relação à análise comparada do sistema jurídico estadunidense, o estudo comparado da *overcharging* possui limitações e demanda cuidados específicos. No entanto, o emprego de métodos que diminuam o risco de equívocos e que permitam uma melhor compreensão dos institutos jurídicos norte-americanos pode contribuir decisivamente para o alcance das finalidades do estudo comparativo.

**Palavras-chave:** Direito Comparado - Processo Penal - Justiça penal consensual - *Plea bargaining* - *Overcharging*.

**Abstract:** The paper aims to discuss methodological issues related to the comparative study of the american *overcharging*. Without departing from what usually happens in relation to the comparative analysis of the US legal system, the comparative study of *overcharging* has limitations and requires peculiar cautions. However, the use of methods that reduce the risk of misunderstandings and that facilitate a better understanding of the american legal institutes can significantly contribute to the achievement of the purposes of the comparative study.

**Keywords:** Comparative law - Criminal procedure - Consensual criminal justice - *Plea bargaining* - *Overcharging*.

### 1. Introdução

Para o bom desempenho do ofício de jurista, o recurso à atividade comparatista é estratégia tão antiga quanto desafiadora. A dificuldade de empreender um estudo comparado, porém, não pode ser tomada como um obstáculo intransponível a sua realização. Tampouco a antiguidade da prática permite que se sustente se tratar de atividade obsoleta ou antiquada. Pelo contrário. O processo de globalização, cujos limites são diuturnamente ultrapassados pela irrupção de novas revoluções tecnológicas, evidenciam a atualidade e a importância do Direito Comparado.

Em virtude da relevância desse tema no âmbito do processo penal, é com grande satisfação que proporemos reflexões sobre o instigante texto de **Pedro Luís Camargo**, recentemente publicado nesse espaço, que buscou avaliar a existência de riscos da prática da *overcharging* norte-americana no contexto da justiça consensual brasileira.

Em meio a outras virtudes, entre as quais se destaca a clareza,

sobressai do texto uma das mais relevantes qualidades do saber jurídico: trata-se de um verdadeiro convite ao debate. Não são infrequentes, especialmente na discussão acerca da legitimidade da adoção de mecanismos da justiça criminal consensual, as críticas repletas de adjetivos e figuras retóricas, que pouco contribuem para o amadurecimento científico do tema. O artigo de **Camargo** trilha caminho distinto e muito mais promissor. A forma cientificamente cuidadosa como foi construído o texto facilita a sua compreensão e, conseqüentemente, incentiva a discussão.

Com base no texto, proporemos reflexões, em linhas mais gerais, de alguns desafios relacionados à atividade comparada dos institutos jurídicos norte-americanos. A análise específica da *overcharging* funciona como um exemplo elucidador das dificuldades e limites desse tipo de exame.

### 2. O estudo comparado da *overcharging*

Poucos são os temas indubitáveis no campo da justiça penal consensual. Um deles é a singularidade do processo penal

nos Estados Unidos. Não se quer afirmar, com isso, que seja desimportante a análise da *overcharging* tal como é compreendida e como toma forma no sistema norte-americano. Somente se busca realçar que a análise comparativa de fenômenos jurídicos característicos do sistema de justiça consensual dos Estados Unidos suscita desafios de ordens diversas.

O primeiro deles coloca, a quem se propõe a tal empreendimento, mesmo àqueles acostumados com a forma de estado federalista, uma dificuldade adicional. Considerando a pluralidade de ordenamentos (estaduais e federal) e a amplíssima autonomia legislativa e de organização das unidades federativas, não é isenta de dúvidas a própria existência de um sistema norte-americano de processo penal (ALBERGARIA, 2007, p. 11). Um exemplo, muito próximo do tema da *overcharging*, é elucidativo: o papel do juiz no controle da decisão do promotor de não promover a acusação. No âmbito federal, como indica sólida e antiga jurisprudência, a discricionariedade do promotor na decisão de mover ou não a acusação é praticamente insindicável. Embora muitos estados sigam o modelo federal, em outros, ensina **Brown** (2018, p. 74-75), o Legislativo atribuiu aos juízes o poder de revisar a tomada de decisões dos promotores, que devem, por isso, justificá-la. Em algumas situações, por excêntrico que possa parecer, os juízes têm poderes para assegurar o prosseguimento da acusação, seja compelindo o promotor, seja nomeando um promotor especial para o fazer. Como se percebe, apesar de ser possível falar em características gerais da justiça penal norte-americana, não são desconsideráveis os riscos de o comparatista tomar a exceção como o que ordinariamente ocorre.

O segundo desafio se refere ao método a ser aplicado na atividade de comparação. Por ser um sistema jurídico penal que expressa formas bastante particulares de exercício do poder estatal, a análise do processo penal norte-americano demanda a adoção de algumas cautelas preconizadas pelo método macrocomparativo, tal como a abordagem proposta por **Damaška** no insuperável *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Mesmo a microcomparação, teoricamente menos custosa, não é realizada sem dificuldades. Geralmente, para bem compreender os fenômenos jurídicos e, principalmente, escapar da superficialidade da comparação de termos e conceitos, é necessário o estudo das concepções subjacentes fundamentais. Não basta, dessarte, analisar os conceitos jurídicos; antes disso, é fundamental buscar assimilar as ideias e premissas que dão sentido a eles. A compreensão da *overcharging*, seguindo essa linha, demanda o exame mais cuidadoso da *guilty plea*, que difere substancialmente da confissão, e do ato de mover uma acusação, que nos Estados Unidos está muito mais próximo do exercício de uma escolha do que do cumprimento de um dever.

O próprio sentido de *overcharging*, enquanto fato jurídico próprio do sistema processual norte-americano, é objeto de controvérsias. Em famoso estudo sobre os acordos penais estadunidenses, **McDonald** (1985, p. 19-21) aponta problemas na definição desse fenômeno. Além de serem usados diversos termos para se referir ao que poderia ser considerado *overcharging* ("*overfiling*" e "*bedsheeting*", por exemplo), muitas vezes o mesmo vocábulo é usado com significados diferentes. Em uma perspectiva ampliada, mais vinculada aos excessos e abusos na imputação penal, por exemplo, a *overcharging* não está necessariamente relacionada à estratégia de incentivo à adesão aos acordos penais. **Meares** (1995, p. 864-865) fornece um exemplo ilustrativo dessa acepção. É possível que um promotor apresente acusação que acredite justificada e factualmente verdadeira, mas com poucas chances de ser provada para além de qualquer dúvida razoável perante os jurados. Embora a promoção dessa acusação possa ser caracterizada como *overcharging*, não se trata de um desvio ético ou comportamento ilícito no sentido mais estrito, uma vez que não se exige dos promotores que alcancem as exigências probatórias necessárias para condenação no momento da acusação.

Por seu turno, como fenômeno ligado à *plea bargaining*, a compreensão predominante da *overcharging* foi popularizada por **Alschuler**, no ano de 1968, por meio da publicação do clássico artigo *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*.

A indiscutível influência das ideias de Alschuler, entretanto, não isenta de críticas seu trabalho, especialmente as relacionadas à metodologia utilizada para dar suporte as suas conclusões: o emprego de entrevistas. Como explica **Grunwald** (2021, p. 283-285), referindo-se precisamente ao trabalho desse autor, os resultados dos estudos de entrevistas qualitativas são geralmente controversos e previsíveis. No caso concreto, segundo afirma, Alschuler baseou-se, fundamentalmente, em evidências anedóticas de advogados de defesa que apontavam a prática da *overcharging* e de alguns promotores que a negavam. Independente da confiabilidade dos resultados, fato é que não se pode culpar **Alschuler** pelas limitações de seu famoso trabalho, afinal, lembra **Graham** (2014, p. 705), ele tentou descrever o que os atores processuais estavam narrando, e não definir *overcharging* como categoria ou conceito jurídico.

Havendo diversas práticas, legítimas e abusivas, que podem ser denominadas *overcharging*, faz-se imprescindível limitar, tanto quanto possível, o escopo do objeto a ser comparado. Não é exagerado assumir que cada prática demanda um diagnóstico próprio e uma solução mais particularizada. A título de exemplo, pouco ou nada adianta fortalecer o papel do magistrado no controle da justa causa da acusação se tomarmos a *overcharging* como a prática dolosa de mover acusações abusivas, mas que observem os requisitos formais e probatórios. Para lidar com esses casos, parece muito mais promissor o recurso à boa-fé objetiva como parâmetro

EM UMA PERSPECTIVA  
AMPLIADA, MAIS  
VINCULADA AOS  
EXCESSOS E ABUSOS  
NA IMPUTAÇÃO PENAL,  
POR EXEMPLO, A  
OVERCHARGING NÃO  
ESTÁ NECESSARIAMENTE  
RELACIONADA À  
ESTRATÉGIA DE  
INCENTIVO À ADESÃO  
AOS ACORDOS PENAIS.

de controle de comportamentos incoerentes e desleais.

Por fim, um terceiro desafio digno de registro é a frequente falta de correspondência entre os fenômenos jurídicos norte-americanos e os encontrados no sistema processual brasileiro. Ainda que o processo penal brasileiro venha incorporando diversos mecanismos fortemente inspirados no modelo estadunidense – alguns com destacada semelhança –, os vícios e méritos da *plea bargaining* norte-americana, em razão das suas peculiaridades, servem de forma limitada à compreensão e ao aperfeiçoamento dos institutos da justiça consensual nacional.

No caso concreto do acordo de não persecução penal, entendemos que ele não se enquadra com facilidade na categoria de condenação sem processo, da qual a *plea bargaining* norte-americana é a expressão mais eloquente. Também não se acomoda nessa categoria a transação penal. Em um esforço de classificação não infenso a críticas, poder-se-ia dizer que a transação e o acordo de não persecução são saídas alternativas à persecução criminal independentes da determinação ou da declaração de culpa. São, sim, um mecanismo consensual de atribuição de consequências gravosas a quem se imputa a prática de determinadas infrações penais. Disso não decorre, contudo, que a decisão que homologa o acordo penal possa ser compreendida como uma condenação penal. Ela não gera reincidência, da mesma forma que não permite o confisco e independe do reconhecimento de culpa.

Essa é apenas uma das muitas diferenças entre os dois mecanismos consensuais brasileiros e a *plea bargaining*. Outra, que dá ensejo a um sem-número de consequências, é a amplitude do cabimento dos acordos estadunidenses. Sendo os Estados Unidos o único país que elege pelo voto direto seus promotores (ELLIS, 2012, p. 1530), tais atores processuais gozam de uma discricionariedade sem paralelo no mundo. A existência, no Brasil, de técnicas de

manejo de conflitos aparentes de normas, muito bem apontadas por **Camargo**, explicam apenas parcialmente o risco de sobreposição de infrações nas imputações. O ambiente político-institucional norte-americano estimula o Legislativo a delegar poderes de definição da política criminal aos promotores, delegação essa que os investe da autoridade necessária para realizar a avaliação da conveniência e oportunidade do agir no âmbito criminal. O ato de imputar uma acusação nos EUA, portanto, distingue-se não apenas em razão da existência de tipos penais sobrepostos e semelhantes, mas pelo fato de ser fruto de escolhas político-criminais influenciadas por incentivos diversos, que vão desde a necessidade de ser responsivo ao eleitor à expectativa de que empreguem critérios substanciais de justiça não equacionados pelo legislador.

### 3. Considerações finais

Com essas brevíssimas reflexões, pretendeu-se sublinhar que a irrefutável relevância da análise comparada de institutos jurídicos da justiça consensual norte-americana não deve encobrir os obstáculos dessa atividade. São eles incontáveis e intimidativos, mas de modo nenhum insuperáveis. A construção de um modelo brasileiro que atenda ao anseio político-criminal de equilibrar efetividade e garantia depende, em grande medida, da adequada contribuição do Direito Comparado.

Mesmo reconhecendo o papel limitado do jurista na estruturação e desenho normativo do sistema de justiça criminal consensual, cujas decisões valorativas mais relevantes devem ser reservadas à política majoritária, não se pode negar que a obtenção dos resultados desejados depende precipuamente da contribuição da técnica jurídica. Igualmente, não se duvida que o ativo mais valioso para o desenvolvimento da técnica jurídica é o debate acadêmico público, aberto e plural. Com ele ganham os juristas; com ele ganha a sociedade.

#### Notas

<sup>1</sup> Apesar de não ser simples demarcar uma fronteira entre a macro e a microcomparação, pode-se dizer que a primeira se preocupa em comparar, em escala mais ampla, as características gerais dos sistemas jurídicos, como organizações, sistemas e tradições jurídicas. Por sua vez, a microcomparação opera no plano da análise mais singular e particularizada, incluindo a comparação de termos, conceitos, normas

jurídicas, institutos e conjunto de normas (LUNDMARK, 2012, p. 15-18).

<sup>2</sup> Sobre a importância da análise das concepções subjacentes, ver Van Hoecke (2004), que utiliza, para se referir a essa abordagem, a expressão “*deep level comparative research*”.

#### Referências

ALBERGARIA, P. S. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALSCHULER, A. W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, 1968. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol36/iss1/3/>>. Acesso em: 17 ago 2018.

BROWN, D. The Judicial Role in Criminal Charging and Plea Bargaining Symposium: Judicial Responsibility for Justice in Criminal Courts. *Hofstra Law Review*, v. 46, n. 1, 2018. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hoflr46&i=71>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CAMARGO, P. L. O risco de overcharging na prática negocial do processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 344, p. 29-31, fev. 2021

DAMASKA, M. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

ELLIS, M. J. The Origins of the Elected Prosecutor Note. *Yale Law Journal*, n. 121, p. 1528-1570, 2012. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/yllr121&i=1534>. Acesso em: 24 jun. 2021.

GRAHAM, K. Overcharging. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 11, n. 2, p. 701-724, 2014. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/osjcl11&i=715>. Acesso em: 17 jun. 2021.

GRUNWALD, B. Distinguishing Plea Discounts and Trial Penalties. *Georgia State University Law Review*, n. 37, p. 261-304, 2021. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gslr37&i=289>. Acesso em: 23 jun. 2021.

LUNDMARK, T. *Charting the divide between common and civil law*. New York: Oxford University Press, 2012.

MCDONALD, W. *Plea bargaining: Critical issues and common practices*. Washington: U.S Department of Justice. National Institute of Justice, 1985.

MEARES, T. L. Rewards for Good Behavior: Influencing Prosecutorial Discretion and Conduct with Financial Incentives. *Fordham Law Review*, n. 64, p. 851-920, 1995. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/flr64&i=867>. Acesso em: 23 jun. 2021.

VAN HOECKE, M. *Deep Level Comparative Law*. In: VAN HOECKE, M. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

Autor convidado