

O RISCO DE OVERCHARGING NA PRÁTICA NEGOCIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE OVERCHARGING RISK IN THE BRAZILIAN
CRIMINAL PROCEDURE'S BARGAINING PRACTICE

Pedro Luís de Almeida Camargo

Especialista em Obtenção, Interpretação e Valoração da Prova pela Universidade de Salamanca. Bacharel em Direito pela USP. Advogado.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/8451429372152340>

ORCID: 0000-0003-1330-0929

pedro.la.camargo@gmail.com

Resumo: O presente trabalho visa a avaliar se existe um risco relevante de ocorrência do *overcharging* nas práticas negociais do Direito Penal brasileiro, tomando como base a definição desse conceito no Direito norte-americano e as condições que favorecem sua existência nos Estados Unidos. Ao final, verifica-se em que medida essas condições se reproduzem no Direito brasileiro, especificamente em relação aos institutos da transação penal e do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: *Plea bargaining* – Overcharging – Transação penal – Acordo de não persecução penal – Direito norte-americano.

Abstract: This article aims to articulate an analysis of the risk of extensive overcharging practice in the Brazilian Criminal Law's bargaining mechanisms, working with the concept as defined in American Law and understanding the factors which favor its existence. At the end, we check if those factors are present in Brazilian Law, with a special focus on the "penal transaction" and "non-prosecution agreement" regulated by Brazilian Law.

Keywords: *Plea bargaining* – Overcharging – Penal transaction – Non-prosecution agreement – American Law.

1. Introdução

A introdução paulatina de soluções negociadas no processo penal brasileiro é uma realidade inegável.

Essa expansão de medidas negociais, que começou timidamente com a Lei 9.099/1995, especialmente a transação penal, tem ganhado contornos mais expressivos nos últimos anos, como se vê na introdução legislativa de um novo "mecanismo de condenação por evitação de julgamento",¹ consistente no acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

A vasta experiência histórica dos Estados Unidos da América com soluções negociadas pode ser útil para entender quais os riscos que essa expansão traz, especialmente em se tratando do *plea bargaining*. Dentre as graves disfuncionalidades no sistema norte-americano, destaca-se o chamado *overcharging*, prática consistente na imputação excessiva e sem base contra um imputado para colocá-lo em uma posição negocial desfavorável.

Uma verdadeira análise de direito comparado demandaria um estudo aprofundado da realidade institucional de ambos os países, o que é incabível aqui. O método empregado é, portanto, mais simples: apenas se analisa o fenômeno no Direito norte-americano, segundo compreendido pela literatura local, e verifica-se em que medida algumas de suas condições de desenvolvimento se reproduzem no ordenamento brasileiro. Com essa metodologia, o objetivo final é verificar se há risco perceptível de ocorrência do *overcharging* no sistema brasileiro, especificamente na transação penal e no acordo de não persecução penal.²

2. O *overcharging* no Direito norte-americano

Como se sabe, a negociação é o meio mais comum de aplicação de pena no sistema norte-americano, especialmente pelo instituto do *plea bargaining*.³ O *plea bargaining* consiste essencialmente na negociação entre acusador e acusado sobre a imputação ou sobre a pena, implicando na confissão e renúncia do imputado às garantias processuais e ao direito a um julgamento em troca de um pedido, por parte do acusador, que lhe seja aplicada uma pena menor, uma imputação mais branda ou a não persecução de parte dos fatos (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 898).

As razões para a proeminência desse mecanismo de imposição de punição são complexas e multifatoriais.⁴ No entanto, independente dos motivos históricos de sua adoção, há mecanismos jurídicos que o sustentam, como o conceito de voluntariedade nele empregado,⁵ e o conceito de acusador que se tem no sistema.⁶

É nesse contexto que ocorre o fenômeno do *overcharging*. Em síntese, ele pode ser definido como a prática consistente em multiplicar as acusações contra um imputado (horizontal *overcharging*) ou imputar prática de crime mais grave a ele (vertical *overcharging*), com o objetivo de induzir o imputado à negociação de um *guilty plea* – a aceitação da aplicação de pena imediata, com a renúncia ao julgamento por júri no curso do processo – em troca de o acusador dispensar parte das acusações ou reduzi-las a crimes menos graves (ALSCHULER, 1968, p. 85-86). O uso dessas espécies de acusação excessiva é estratégico: o acusador muitas vezes não dispõe de prova suficiente para acusar

pelas acusações “a mais” ou ao menos não tem interesse em assegurar a condenação por elas, mas as usa como moedas de troca (ALSCHULER, 1968, p. 85-86). Embora o fenômeno chame atenção desde os anos 1960, a literatura recente mostra que os mecanismos de *overcharging* vertical e horizontal permanecem essencialmente os mesmos (CRESPO, 2018, p. 1312).⁷

Nesse sentido, a discricionariedade da qual os acusadores gozam na formulação da acusação é um importante sustentáculo do sistema (LANGER, 2006, p. 248), quase não havendo controle judicial ou por parte do júri.⁸ Com efeito, o papel do juiz nessa análise tende a ser passivo, inclusive impondo sua abstenção em relação à análise de possível uso de acusações iniciais excessivas para a obtenção de vantagens negociais (LAFAVE; ISRAEL, 1992, p. 908).

Ademais, há um poder imenso na mão do acusador na definição de crimes e penas,⁹ podendo o sistema ser caracterizado como de adjudicação unilateral pelo acusador (LANGER, 2006, p. 248-249). Isso ocorre em grande parte porque os juízes não possuem um papel ativo no controle da base fática da imputação, checando apenas a voluntariedade da aceitação e seu conhecimento a respeito das garantias das quais está abrindo mão (BROWN, 2014, p. 77). As razões para esse papel geral de inatividade são complexas, derivando tanto do desenho adversarial do sistema (ZILLI, 2019, p. 164) quanto de considerações sobre o risco de perda de imparcialidade do juiz e de eficiência do sistema no caso de seu envolvimento ativo nas negociações (TURNER, 2006, p. 501-502).

Há, ainda, um fator de ordem penal material que favorece a prática do *overcharging*: a proliferação de crimes, que muitas vezes não possuem distinções adequadas entre si e se sobrepõem (LANGER, 2006, p. 287). Ainda, o *standard* usado pelas cortes norte-americanas para excluir o enquadramento de um mesmo fato em múltiplos crimes é extremamente estreito, não providenciando conceitos estritos para a resolução do conflito de normas criminalizantes.¹⁰

Isso gera um cenário de negociação coercitiva, já que ao imputado são dadas duas opções: aceitar um processo contra si por uma acusação excessiva com o risco de uma pena mais alta que a devida; ou renunciar seus direitos processuais para aceitar a aplicação imediata de uma pena menor, seja por um crime menos grave ou por menos crimes.

Ambas as situações estão aquém do mínimo esperado pelo imputado em relação a seus direitos: um julgamento com todas as suas garantias pela infração que seja adequada à base fática e jurídica da acusação contra ele formulada.¹¹ Dessa forma, ambas as opções são coercitivas e não fazem jus aos direitos fundamentais do acusado.

3. Indicadores do risco de *overcharging* no direito brasileiro

Para compreender se esses mesmos fatores de risco se reproduzem no Direito brasileiro, é necessário analisar três pontos: se a legislação penal material oferece riscos de sobreposição excessiva de infrações; se o acusador no sistema processual penal brasileiro possui ampla discricionariedade; e se há controle judicial sobre a acusação e em que termos.

Em relação ao primeiro ponto, observa-se que há um risco menor no Direito brasileiro que no norte-americano. Com efeito, ainda que se presença no Brasil uma grande proliferação das criminalizações, há, na tradição penal derivada do Direito Penal europeu continental, técnicas de manejo do conflito aparente de normas.¹² Essas técnicas se desenvolvem principalmente em razão da concepção substancial da vedação ao *bis in idem*, que proíbe o múltiplo sancionamento pela prática dos mesmos fatos (SABOYA, 2018, p. 78).

Já quanto ao segundo fator, também há um menor risco. Isso porque a vinculação do acusador à lei e o menor espaço de atuação discricionária do acusador são marcas da tradição jurídica europeia continental e brasileira, o que faz com que qualquer instituto negocial deva ser compreendido como “espaço de oportunidade” regrados pela legalidade (VASCONCELLOS, 2015, p. 50-51), o que condiz com a visão institucional do acusador como um oficial público, e não como um agente que possui interesses próprios políticos ou de carreira (PIZZI, 1993, p. 1331-1332).

Ainda que os fatores listados possam constituir barreiras jurídicas ao *overcharging*, apenas um controle judicial sobre a acusação pode efetivá-las. Esse controle precisa ser analisado sob dois aspectos: sobre as acusações em geral e especificamente nos procedimentos negociais.

Explica-se o primeiro aspecto: apenas uma prática efetiva de controle de admissibilidade de acusação nos procedimentos pode garantir ao imputado que acusações excessivas infundadas não gerarão processos ou condenações por crimes mais graves ou por mais crimes que os efetivamente cabíveis para um fato tido como criminoso.¹³

Analisando o procedimento de análise de admissibilidade de acusação no Código de Processo Penal, observa-se que há a previsão expressa de controle judicial sobre a denúncia nos termos do art. 395, que lista hipóteses de sua rejeição. Como a acusação excessiva se caracteriza por uma qualificação jurídica excessiva em relação aos fatos ou por uma imputação mais gravosa destituída de base probatória, haveria, respectivamente, inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal nessas hipóteses.¹⁴ O mesmo ocorreria na audiência de instrução e julgamento no procedimento sumaríssimo, conforme o art. 81 da Lei 9.099/95.

No entanto, a prática judicial possui alguns indicativos de que isso não é realizado com a assiduidade devida. O primeiro se refere ao brocardo de que “o acusado se defende dos fatos e não da qualificação jurídica”,¹⁵ com a justificativa de que a mudança da qualificação jurídica na sentença sanaria qualquer problema daí advindo.¹⁶ Outro indicativo é a ausência de um recurso contra o recebimento da denúncia, cujo controle se dá apenas por meio do *Habeas Corpus*, que possui limitações procedimentais e uma jurisprudência consolidada em relação à excepcionalidade da análise de justa causa.¹⁷

Nesse cenário, ainda que isso não gere uma condenação, há a ameaça de um processo derivado de acusação excessiva, que pode produzir efeitos infamantes, medidas coativas e o próprio impedimento da aplicação dos mecanismos negociais, entre outros.¹⁸

Por fim, é necessário compreender o papel do juiz nos procedimentos negociais em si para verificar se há alguma possibilidade de controle sobre essas hipóteses.

Nesse sentido, verifica-se que o procedimento da transação penal prevê a submissão da proposta à apreciação do juiz, nos termos do art. 76, §4º, da Lei 9.099/1995. Esse dispositivo indica requisitos que aparentam demonstrar que o controle por parte do juiz é meramente formal (BADARÓ, 2018, p. 652-653). Assim, não se descarta a possibilidade de um uso informal da ameaça de acusação excessiva com a finalidade de possibilitar a celebração da transação diante da ausência de controle judicial.

Já o procedimento do acordo de não persecução penal prevê um papel mais robusto para o juiz, declarando que deve haver a verificação da voluntariedade, nos termos do art. 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal. No entanto, para que essa previsão legal se converta em um instrumento efetivo de prevenção de cenários coativos, é necessária uma visão ampla da voluntariedade, que leve em conta também as circunstâncias que levaram o imputado a aceitar a proposta, e não apenas a verificação de ausência de coação direta, por exemplo.¹⁹

Por fim, destaca-se que, como ambos os procedimentos negociais tratados não podem ensejar a imposição de prisão, o controle de voluntariedade seria especialmente importante para verificar se a ameaça de privação de liberdade não foi usada pela acusação para coagir o imputado a aceitar uma penalidade que não enseje a privação da liberdade.

4. Conclusões

O presente trabalho buscou identificar o potencial risco de *overcharging* no Direito brasileiro, especificamente na transação penal e no acordo de não persecução penal. A partir da análise do Direito norte-

americano, foram listadas três circunstâncias que favorecem a prática nos Estados Unidos, verificando-se que elas não se reproduzem com a mesma robustez no Direito brasileiro.

Dessa forma, pôde-se concluir que o risco de uma prática extensiva de *overcharging* pelos acusadores brasileiros é reduzido se comparado ao cenário norte-americano, ao menos para os dois institutos analisados. No entanto, a debilidade do controle judicial pode aumentar exponencialmente esse risco, de maneira que uma reelaboração rigorosa do controle de admissibilidade da acusação na prática servirá para evitar o *overcharging*.

Notas

- 1 Definidos como meios de se chegar a uma condenação criminal sem julgamento por Máximo Langer (LANGER, 2019, p. 2). Os institutos analisados efetivamente aplicam penas restritivas de direitos, se enquadrando na definição dada pelo autor.
- 2 A colaboração premiada não será analisada como objeto do presente trabalho, tendo em vista que foge à definição de "mecanismo de condenação por evitação de julgamento" e se distancia da noção de *plea bargaining*.
- 3 98% das condenações criminais nos Estados Unidos foram alcançadas por *plea bargaining* e mecanismos similares no ano de 2014, por exemplo (LANGER, 2019, p. 28).
- 4 Considerações sobre fatores históricos que influenciaram a adoção extensiva do *plea bargaining* podem ser encontradas em: ALSCHULER, 1979.
- 5 Os precedentes da Suprema Corte norte-americana definem a voluntariedade nesses casos como a consciência das consequências e a ausência de força, ameaças, erros ou promessas que vão além daquelas incluídas no acordo. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- 6 Conforme apontado por William T. Pizzi, a ampla discricionariedade do acusador norte-americano é fruto de uma evolução histórica e de raízes políticas profundas (PIZZI, 1993).
- 7 Apesar de descrever os mecanismos tradicionalmente denominados de *overcharging* horizontal e vertical, inclusive citando essa nomenclatura, Andrew Manuel Crespo prefere os termos *pling on* para o acúmulo de acusações por diferentes crimes e *overreaching* para o ato de inflar as acusações no aspecto fático ou jurídico. Esses mecanismos, juntamente com a habilidade de "retornar" à acusação mais adequada ao caso como resultado das negociações ("*sliding down*"), asseguram o incentivo para o *guilty plea* nos casos de acusação excessiva (CRESPO, 2018, p. 1313-1314).
- 8 Máximo Langer destaca que o controle de *grand juries* e de audiências preliminares sobre a admissibilidade da acusação são frágeis, ao menos na maioria das jurisdições (LANGER, 2006, p. 248).
- 9 Importante mencionar que o grau de discricionariedade pode variar conforme a regulação estadual de cada um dos aspectos do *overcharging* nos Estados Unidos, conforme expõe Andrew Manuel Crespo detalhadamente, inclusive com dados sobre o funcionamento em cada Estado (CRESPO, 2018). Mesmo assim, os pilares aparentam ser comuns em todas as jurisdições americanas.

Referências

- ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 36, p. 50-112, 1968.
- ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, New York, v. 79, n. 1, p. 1-43, 1979.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Inq 4093*, Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 18 maio 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10975135>, Acesso em: 14 abril 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 150.580 AgR*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14 dezembro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748868589>, Acesso em: 14 abril 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (11. Turma). *HC 0004307-79.2017.4.03.0000*, Rel. Des. Nino Toldo, DJe 27 agosto 2018. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6698196>, Acesso em: 14 abril 2021.
- BROWN, Darryl K. Reforming the Judge's Role in Plea Bargaining. In: DEMPSEY, Michelle Madden; DUFF, R. A.; HOSKINS, Zach; JAIN, Neha (eds.). *The Future of Criminal Law: Working Papers from the Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice*. Minneapolis: Robina Institute, 2014. p. 75-84.
- CRESPO, Andrew Manuel. The Hidden Law of Plea Bargaining. *Columbia Law Review*, New York, v. 118, n. 5, p. 1303-1424, 2018.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/284/299/>. Acesso em: 13 abril 2021.

- 10 O chamado *Blockburger test*, derivado do caso: *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932).
- 11 Esse conceito de coerção é dado por Máximo Langer, utilizando-se do conceito de filosofia moral de *baseline* como sendo o mínimo ao qual o imputado teria direito (LANGER, 2006, p. 225).
- 12 Como os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção (BITENCOURT, 2012, p. 247-252).
- 13 Desde que o imputado esteja devidamente assessorado por uma defesa técnica efetiva, que possa informá-lo devidamente das consequências de uma acusação excessiva.
- 14 Respectivamente, pela incongruência entre a descrição dos fatos e a qualificação jurídica do crime, e pela falta de elementos probatórios mínimos para a ação penal (BADARÓ, 2018, p. 176).
- 15 Apenas a título de exemplo: Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Inq 4093*, Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 18 maio 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10975135>, Acesso em: 14 abril 2021.
- 16 Conforme explica Gustavo Badaró, da equivocada premissa de que o réu se defende apenas dos fatos, admite-se que o juiz altere a qualificação jurídica na sentença sem que sequer seja dada oportunidade às partes (BADARÓ, 2019, p. 146).
- 17 Apenas a título de exemplo: Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 150.580 AgR*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14 dezembro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748868589>, Acesso em: 14 abril 2021.
- 18 Há julgados que reconhecem a possibilidade de correção da qualificação jurídica dos fatos nas hipóteses de erro flagrante, alteração de competência absoluta e concessão de benefícios processuais ao acusado. Cf.: Tribunal Regional Federal da 3ª Região (11. Turma). *HC 0004307-79.2017.4.03.0000*, Rel. Des. Nino Toldo, DJe 27 agosto 2018. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6698196>. Acesso em: 14 abril 2021.
- 19 Dentro da incipiente doutrina sobre a regulamentação legal do acordo de não persecução penal, Guilherme de Souza Nucci já adota uma visão de voluntariedade identificada com a "atitude livre de qualquer coação", mostrando uma possível adesão a um conceito restrito de voluntariedade (NUCCI, 2020, p. 63).

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 13 abril 2021.
- LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure*. 2 ed. St. Paul: West, 1992.
- LANGER, Maximo. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 33, p. 223-299, 2006.
- LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *UCLA School of Law, Public Law Research Paper*, p. 19-35, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PIZZI, William T. Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 54, p. 1325-1373, 1993.
- SABOYA, Keity. *Ne bis in idem* em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 71-92, 2018.
- TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 4, p. 501-570, 2006.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- ZILLI, Marcos. Pelo movimento antropófago do processo penal: *to bargain or not to bargain?* eis a questão. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 143-180.