



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

Gomes de Vasconcellos, Vinicius; Moeller, Uriel
ACORDOS NO PROCESSO PENAL ALEMÃO: DESCRIÇÃO DO AVANÇO DA
BARGANHA DA INFORMALIDADE À REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre,
2016, pp. 13-33
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42747919001>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

ACORDOS NO PROCESSO PENAL ALEMÃO: DESCRIÇÃO DO AVANÇO DA BARGANHA DA INFORMALIDADE À REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA*

AGREEMENTS IN GERMAN CRIMINAL PROCEDURE: DESCRIPTION OF THE PLEA-BARGAINING TRIUMPH FROM INFORMALITY TO LEGAL REGULATION

Vinicius GOMES DE VASCONCELLOS**

Uriel MOELLER***

RESUMO: Este artigo pretende realizar descrição do cenário alemão atual referente aos acordos entre acusação e defesa para imposição antecipada de uma sanção penal. Trata-se de pertinente análise em razão da proeminência do ordenamento germânico como influência mundial e do curioso transcorrer do desenvolvimento da barganha em um campo jurídico-penal fundamentalmente pautado pelo respeito à legalidade. Nesse sentido, expor-se-á o avanço da justiça negocial, inicialmente realizada a partir da atuação prática dos atores da persecução

ABSTRACT: This article intends to describe the current german scenario of early imposition of a penalty in criminal procedure through agreements between the prosecution and the defense. The analysis is pertinent because of the prominence and global influence of the german law system and due to the curious course of the bargain development in a legal-criminal field fundamentally guided by the respect for legality. In this sense, it will lay out the advance of the bargained justice, initially done in the practical performance of the actors of criminal prosecution (without any legal authorization), until its recent regulation and declaration of constitutionality. Thus,

* Artigo recebido em 6 de setembro de 2015 e aceito para publicação em 29 de março de 2016. Este artigo apresenta resultados parciais da dissertação de mestrado de Vinicius Vasconcellos (*Barganha e justiça criminal negocial*), revisados, complementados e, especialmente, aprofundados por Uriel Moeller a partir de citações diretas de autores alemães.

** Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014), bolsista integral CAPES. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM-Espanha) (2013). Bacharel em Direito pela PUCRS (2012). Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009-2012).

*** Doutorando em Direito pela Universität Osnabrück (Alemanha) e pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS em co-tutela. Especialista em Direito Internacional e Europeu (Wahlschwerpunkt, 2011). 1. Staatsexamen Hamburgo 2013. Assistente de pesquisa (Wissenschaftlicher Mitarbeiter) no projeto ALPhA (<https://www.alpha-cms.uni-osnabrueck.de/en/home.html>). Bolsista CAPES.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLIX, núm. 147,
septiembre-diciembre de 2016, pp. 13-33

D. R. © 2016. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

penal (ou seja, sem qualquer autorização legal), até sua recente regulamentação e declaração de constitucionalidade. Assim, pretende-se desvelar que esse instituto se expande a partir do poder dos atores do campo jurídico-penal (juízes e acusadores), cujos interesses são integralmente favorecidos pelo encerramento antecipado do processo em razão da renúncia à defesa pelo réu.

it intends to unveil that this institute expands through the power of the actors of the criminal legal field (judges and prosecutors), whose interests are fully favored by the early closure of the case by a guilty plea.

Palavras-chave: Processo penal, Alemanha, justiça negocial, barganha, *Absprachen*.

Keywords: Criminal procedure, Germany, bargained justice, plea-bargaining, *Absprachen*.

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Aspectos fundamentais do processo penal alemão e os primórdios dos espaços de oportunidade na tradição germânica*. III. *Dos acordos informais à regulamentação legal da barganha na justiça criminal alemã*. IV. *Considerações finais*. V. *Referências*.

I. INTRODUÇÃO

“Uma afronta” exclamou a ex-ministra da Justiça alemã Sabine Leutheusser-Schnarrenberger,¹ e “pouco a ver com justiça”, afirmou o jurista e jornalista Prof. Prantl.² Em meados do ano 2014, em Munique, o processo penal contra Bernie Ecclestone foi encerrado sem sentença, ou seja, sem afirmação de culpa ou inocência do acusado. Tal investigação foi finalizada com o pagamento de US\$ 100.000.000 (cem milhões de dólares americanos), na maior parte ao governo da Baviera.³ Assim se colocou em prática um dos diversos institutos processuais com base no princípio de oportu-

¹ “Frechheit”. Cit. por Oberhuber, Nadine, *Lief ja wie geschmiert*, disponível em: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-08/ecclestone-urteil-kuhhandel> (acesso em: 22 de novembro de 2014).

² “Wenig mit Recht zu tun”, em Prantl, Heribert, *Zahlt der Täter genug Geld, ist die Sache aus der Welt*, disponível em: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ecclestone-prozess-zahlt-der-taeter-genug-geld-ist-die-sache-aus-der-welt-1.2077957> (acesso em: 2 de novembro de 2014).

³ *Geldauflage aus Bestechungsprozess: Ecclestone überweist 100 Millionen Dollar*, disponível em: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/ecclestone-ueberweist-100-millionen-dollar-aus-besteuchungsprozess-a-985973.html> (acesso em: 22 de novembro de 2014).

nidade que agora segue no processo penal alemão e que serão analisados introdutoriamente no presente artigo.

Inicialmente, fundamental traçar os contornos conceituais do mecanismo aqui analisado. Em que pese a complexidade da estruturação de uma definição acabada da barganha, neste trabalho definir-se-á tal mecanismo como “o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado”.⁴ Nesse sentido, cumpre ressaltar que a conceituação é dificultada devido às particularidades assumidas pelo instituto em cada ordenamento jurídico.⁵ Entretanto, de modo abrangente, John Langbein aponta, em tom crítico, que ele se realiza “quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpa e a renunciar ao seu direito a um julgamento em troca de uma sanção penal mais branda da que poderia ser imposta se o acusado fosse julgado culpado ao fim do processo”.⁶

A barganha tem se solidificado no campo jurídico-penal alemão de um modo intrigante e instigante à análise doutrinária internacional, especialmente diante da proeminência da tradição e da influência germânica no cenário europeu.⁷ Na Alemanha os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação.⁸ Trata-se de fenômeno sem precedentes no

⁴ Sobre isso, de modo mais aprofundado, ver Vasconcellos, Vinicius G., *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2014, pp. 56-63.

⁵ Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, em Thaman, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, pp. 70-80.

⁶ Langbein, John H., “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 1, 1978, p. 8 (tradução livre). Ver também Rodríguez García, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1997, pp. 29-36.

⁷ Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, p. 222.

⁸ Ver entre muitos Moldenhauer, Gerwin e Wenske, Mark, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 70. ed., Munique, C. H. Beck, 2013, § 257c StPO n° 1 ss.; Swenson, Thomas,

debate jurídico mundial, ao passo que a barganha paulatinamente tornou-se rotina no direito germânico, amplamente reconhecido por seu apreço ao respeito à legalidade,⁹ supostamente de um modo imperceptível (ou, ao menos, não desvelado publicamente), o que Thomas Weigend descreve como “um elefante na sala”, que não era discutido ou questionado.¹⁰

II. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL ALEMÃO E OS PRIMÓRDIOS DOS ESPAÇOS DE OPORTUNIDADE NA TRADIÇÃO GERMÂNICA

Inicialmente, importante apontar uma das principais características do processo penal alemão: a primazia do juiz na condução do procedimento. Conforme Bernd Schünemann, na instrução judicial vige o “princípio da acumulação dos poderes ou forças processuais”, em que, por exemplo, a produção probatória se pauta essencialmente pela atuação do julgador.¹¹ Assim, o oferecimento da denúncia pelo acusador público acarreta a transferência do domínio do processo ao juiz, além de possibilitar o completo acesso deste às investigações preliminares.¹² Diante de tal cenário, somado

“The German «Plea Bargaining» Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, 1995, p. 375. Anterior à regulamentação legislativa: Volk, Klaus, *Grundkurs StPO*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2008, p. 277. Um resumo de todas principais decisões sobre o instituto da barganha na Alemanha até a regulamentação legislativa pode ser encontrado em Peters, Julia, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, Göttingen, Universitätsverlag, 2011, pp. 32-50.

⁹ “...apesar do conhecido e quase sacral respeito que a praxis judiciária alemã manifesta pelo seu direito positivo, os acordo em processo penal tornaram-se, desde os finais dos anos 70 do século passado, uma realidade *sine lege e praeter legem* da prática judiciária germânica”. Dias, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011, p. 23.

¹⁰ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure”, em Jackson, John *et al.* (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 48 (tradução livre).

¹¹ Schünemann, Bernd, “Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio”, em Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 225.

¹² “Segundo o Código de Processo Penal alemão atualmente vigente, a acusação retira do promotor e transfere ao juiz o domínio sobre o processo, que recebe em suas mãos a totalidade dos autos da investigação preliminar, com base nos quais terá de decidir se há suspeita suficiente/justa causa contra o acusado, ou seja, se há uma alta probabilidade de condenação”. Schünemann, Bernd, “O juiz como um terceiro imparcial manipulado

à pretensão de busca da verdade material por meio do processo,¹³ dois aspectos são relevantes ao desenvolvimento de mecanismos negociais: por um lado, há uma importante resistência à extinção da investigação a partir de um acordo de vontades, ou seja, a tradição jurídica alemã apresenta maiores óbices à barganha, em comparação ao ordenamento estadunidense, por exemplo.¹⁴ Além disso, superadas tais objeções, a postura ativa do juiz acarretará basilares consequências aos contornos das negociações e da realização do acordo.¹⁵ ele, em coerência com o sistema inquisitorial, pode iniciar a barganha.¹⁶

Na Alemanha, assim como nos demais países de tradição civil-continental, inexistente a figura estadunidense do *guilty plea* —momento inicial do processo em que o réu se declara culpado e aceita a imposição da pena sem processo—,¹⁷ ou seja, nos referidos ordenamentos o instituto

no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança”, em Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 206.

¹³ Ver Volk, Klaus, *op. cit.*, p. 4; Peters, Julia, *op. cit.*, p. 25. De forma radical, como defendido pelos aderentes da teoria do efeito material da coisa julgada: “objetivo do processo é a busca da verdade... Se aquilo que o juiz declara como verdade não o for, então se torna verdade aquilo que o juiz assim declara” (Pagenstecher, Max, *Zur Lehre von der Materiellen Rechtskraft*, Berlin, F. Vahlen, 1904, p. 305) (tradução livre). Refutando essa teoria de forma sólida: Goldschmidt, James, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, Springer-Verlag, 1925, p. 188: “Me parece que esta forma de assegurar o êxito da *busca de verdade* não é nada menos que *falsificação de verdade*” (tradução livre). Para a crítica à busca da verdade real no processo penal, ver Khaled Jr., Salah Hassan, *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, São Paulo, Atlas, 2013. Crítico ao processo penal alemão inquisitorial como todo: Goldschmidt, James, *Zur Reform des Strafverfahrens*, Tübingen, Mohr, 1919, pp. 19 e ff.

¹⁴ “Ademais, os princípios básicos do processo penal alemão parecem criar uma sólida barreira contra qualquer invasão da plea bargaining. Conforme o princípio inquisitorial (*Amtsermittlungsgrundsatz*) como consagrado pelo Código de Processo Penal germânico de 1877 (*Strafprozessordnung*), a Corte, ao receber uma acusação formal do Ministério Público, é obrigada a conduzir uma investigação completa nos fatos relevantes do caso durante o julgamento” (Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 43) (tradução livre). Nesse sentido, também ver Tulkens, Françoise, “Justiça negociada”, em Delmas-Marty, Mireille (org.), *Processos penais da Europa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 696 e 697.

¹⁵ Turner, Jenia I., “Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 520.

¹⁶ Em sentido crítico, ver Peters, Julia, *op. cit.*, p. 256.

¹⁷ O *guilty plea* representa o reconhecimento da culpabilidade com relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamen-

da confissão é positivado como uma das demais possibilidades de prova previstas na lei, de modo que seu reconhecimento não acarreta a extinção automática do processo, visto que impõe-se a sua confirmação a partir do lastro probatório complementar para que se autorize um pronunciamento condenatório.¹⁸ Assim, questiona-se: “como alguém poderia esperar que a barganha fosse prosperar em um clima adverso como esse?”¹⁹

Costuma-se afirmar que até a década de 70 do século passado não havia qualquer vestígio de instituto semelhante à barganha no processo penal alemão,²⁰ o que é justificado pelo afastamento entre os atores processuais, comum à prática judiciária da época.²¹ Embora existam motivos para o questionamento de tal declaração,²² pode-se dizer que o desvelamento da ocorrência de acordos informais se deu em 1982 com a publicação de um artigo anônimo, momento em que iniciou-se o intenso debate doutrinário acerca desse fenômeno.²³

tais e não impondo a carga probatória ao acusador, ou seja, inutiliza-se o processo em sua essência. Essa manifestação se dá geralmente em audiência denominada *arraignment*, cuja participação do acusado ocorre depois de instaurada a acusação, com o fim de esclarecer seus termos e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência. Sobre isso, ver Hendler, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, p. 195.

¹⁸ Rauxloh, Regina E., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, núm. 2, 2011, p. 297. Sobre a declaração de culpa na barganha e o princípio inquisitorial, ver Krehl, Christoph, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 70. ed., Munique, C. H. Beck, 2013, § 244 StPO n° 31.

¹⁹ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 44 (tradução livre). Ver contra a afirmação do processo penal alemão como aparentemente imune: nota de rodapé 22 deste artigo.

²⁰ Langbein, John H., “Land Without Plea Bargaining: How the Germans do it”, *Michigan Law Review*, vol. 78, dezembro de 1979, p. 205.

²¹ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 43.

²² Conforme Regina Rauxloh, na época em que Langbein fez seus estudos na Alemanha já era recorrente a realização de acordos informais, o que se estabeleceu em larga escala em meados dos anos 1970 (Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, p. 298). Contudo, Julia Peters afirma que “não pode se descartar a possibilidade dela existir desde que houve processo penal” (Peters, Julia, *op. cit.*, p. 7) (tradução livre). De modo mais cuidadoso, Moldenhauer e Wenske atestam a existência “no mínimo desde a o fim da década de 1970” (Moldenhauer, Gerwin e Wenske, Mark, *op. cit.*, § 257c StPO n° 1) (tradução livre).

²³ Swenson, Thomas, “The German «Plea Bargaining» Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, 1995, p. 375; “o confronto científico ocorreu somente nos anos 1980”, ver Peters, Julia, *op. cit.*, p. 7 (tradução livre).

Diversas são as causas apontadas para o aparecimento da barganha: desde a crescente dificuldade probatória,²⁴ que, juntamente com um cenário de expansão do direito penal por meio da antecipação da tutela e abstração dos tipos,²⁵ fomentado pela virada dos fins da pena para a prevenção geral,²⁶ resultou em uma generalizada morosidade judicial, até o aprimoramento das possibilidades de atuação dos defensores técnicos.²⁷ O motivo principal, porém, é visto na economia processual, ou seja, a barganha advém da sobrecarga do sistema jurídico alemão.²⁸ Além dos acordos informais, esse panorama fomentou a introdução de hipóteses determinadas legalmente de não persecução penal, ainda que presente justa causa para tanto, o que consagrou a Alemanha como ordenamento continental precursor na regulação de hipóteses de oportunidade.²⁹

Embora se negue qualquer aderência a influências estadunidenses,³⁰ o princípio da oportunidade se fortalece no processo penal³¹ e as nego-

²⁴ Aponta-se, por exemplo, a introdução de critérios de imputação objetiva e a mudança majoritária acerca dos fundamentos da sanção criminal (Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, 2011, pp. 299 e 300). Sobre os contornos introdutórios da teoria da imputação objetiva, ver Vasconcellos, Vinicius G. e Guedes, Gabriel P., “Nexo de causalidade e imputação objetiva: discussões pertinentes e breve análise do cenário brasileiro”, *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, vol. 55, agosto-setembro de 2013, pp. 61-85.

²⁵ Rönnau, Thomas, *Die Absprache im Strafprozeß. Eine Rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1990, p. 45.

²⁶ Rieß, Peter, “Die Zukunft des Legalitätsprinzips”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1981, p. 4.

²⁷ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 50.

²⁸ Volk, Klaus, *op. cit.*, p. 277; com numerosas citações: Peters, Julia, *op. cit.*, p. 17. A carga de trabalho para cada promotor em 1981 era de 757 casos, em 2006 este número tinha aumentado para 1001: nesse ano 124 casos por cada promotor não eram concluídos, resultando em 877 casos por ano que cada promotor em media concluía, 208 casos a mais que em 1981 (669), ver Peters, Julia, *op. cit.*, p. 18. O numero de casos julgados pelo juiz, porém, aumentaram muito menos, mantendo a duração média do processo penal na Alemanha do início até o primeiro julgamento entre ca. 7,5 e 9,6 meses, ver Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 22 e ff. Dados do Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10.

²⁹ Sobre isso, ver Armenta Deu, Teresa, *op. cit.*, pp. 43-87; Giacomolli, Nereu José, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, pp. 119-153.

³⁰ Conforme Thomas Weigend, diferentemente da introdução da barganha na Itália, não havia qualquer desejo de imitação de práticas judiciais dos Estados Unidos no processo penal alemão, posto que estas eram percebidas como “alienígenas” e criticadas. Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 50, nota 46.

³¹ Refletindo sobre as tendências no relacionamento entre o princípio de legalidade e o princípio de oportunidade, Rieß, Peter, *op. cit.*, pp. 2-10.

ciações foram incentivadas, ainda que indiretamente, por tais espaços de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal³² por meio de dispositivos que foram introduzidos a partir de 1923 e consolidados em 1974.³³ Por exemplo, além do arquivamento de casos de escassa importância (§ 153 do Código de Processo Penal alemão —StPO—) ou de atos cometidos por estrangeiros dentro de certas condições (§ 153c StPO), existe instituto semelhante à suspensão condicional do processo brasileiro, o arquivamento provisório sob condições (§ 153a StPO)³⁴ —que, na verdade, inspirou o desenvolvimento do mecanismo consensual pátrio— e a ordem penal, a qual se trata de procedimento denominado monitorio penal.³⁵ Em termos estatísticos, com dados de 2003, as hipóteses de oportunidades foram aplicadas em 51,7 por cento das disposições finais do Ministério Público germânico em casos de suspeita suficiente;³⁶ já o instituto da ordem penal chega a ser utilizado em até 80 por cento do total de processos em certas localidades.³⁷

III. DOS ACORDOS INFORMAIS À REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA BARGANHA NA JUSTIÇA CRIMINAL ALEMÃ

Desse modo, até a edição de legislação específica em 2009, os acordos para aplicação de punição consentida pelo acusado (*Absprachen*)³⁸ se realizavam

³² Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, pp. 300-303; Turner, Jenia I., *Plea Bargaining Across Borders*, New York, Aspen, 2009, p. 75.

³³ Armenta Deu, Teresa, *op. cit.*, pp. 56-58.

³⁴ Perron, Walter e López-Barajas, Inmaculada, “O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão”, em Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, pp. 78 e 79. Ver também Armenta Deu, Teresa, *op. cit.*, pp. 105 e 138.

³⁵ Asmus, Torben, “A justiça penal e a investigação penal na Alemanha”, em Ambos, Kai e Böhm, María Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 96.

³⁶ Perron, Walter e López-Barajas, Inmaculada, *op. cit.*, pp. 78-80; Peters, Julia, *op. cit.*, p. 20, usa dados de 2006 indicando índice de 77%.

³⁷ Asmus, Torben, *op. cit.*, p. 96.

³⁸ Acerca da denominação utilizada, Jenia Turner afirma que “as cortes e os atores do sistema normalmente utilizam dois termos melhor traduzidos como «entendimento» (*Verständigung*) e «barganha» (*Absprachen*)” (Turner, Jenia I., *Plea Bargaining...*, *cit.*, p. 74) (tradução livre). Conforme Bernd Schünemann, a jurisprudência e o legislador optam por, eufemisticamente, utilizar a denominação “entendimento” (*Verständigung*) (Schünemann,

de modo informal na prática judiciária alemã, sem qualquer regra escrita ou política centralizada estabelecida.³⁹ Conforme exposto, o julgador tinha papel primordial em tal procedimento,⁴⁰ ao passo que se envolvia na negociação e assumia diretamente o compromisso prometido como benefício ao réu, que não podia fixar expressamente a sanção penal, mas somente determinar um máximo que não poderia ser superado no futuro cálculo da punição.⁴¹ Em tal procedimento, embora diversos julgamentos sejam realizados por leigos juntamente com juízes profissionais,⁴² somente estes participavam das reuniões no momento inicial das negociações⁴³ (panorama que permanece após a regulamentação de 2009). O “debate da situação processual” é concebido também como preparatório da barganha,⁴⁴ e iniciado pela promotoria (§ 160b StPO), ou pelo tribunal (§ 202a StPO). Como essas

Bernd, “Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação”, em Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 304). Também são utilizados os termos “acordo” (*Vereinbarung*) e “Deal”, entre outros (Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 7 e 8).

³⁹ Turner, Jenia I., “Judicial Participation...”, *op. cit.*, p. 519; Schünemann, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 76, 2004, pp. 179 e 180; Frommann, Maike, “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Impartiality of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2009, p. 200.

⁴⁰ “Portanto, a tradução da *plea bargaining* para as práticas alemãs teve que se adaptar às distribuições de poderes processuais pré-existentes, onde o juiz tinha o papel mais importante no julgamento”. Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, em Thaman, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. 53 (tradução livre).

⁴¹ BGH, Urteil vom 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, p. 89; Turner, Jenia I., *Plea Bargaining...*, *cit.*, pp. 107 e 108.

⁴² Ver sobre isso Moeller, Uriel, “O «júri» alemão. O leigo no processo penal na Alemanha”, *Revista de Estudos Criminais*, 2015; Eser, Albin, “Juízes leigos no processo penal”, em Choukr, Fauzi H. e Ambos, Kai (coords.), *Processo penal e Estado de Direito*, Campinas, Edicamp, 2002, pp. 1-35.

⁴³ Turner, Jenia I., “Judicial Participation...”, *op. cit.*, p. 522.

⁴⁴ Jahn, Matthias e Müller, Martin, “Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, pp. 2625 e 2627; Satzger, Helmut, “Die Schöffen im Strafprozess”, *Juristische Ausbildung*, Heft 7/2011, p. 525.

normas se aplicam ao processo intermediário, anterior ao processo principal, o juiz leigo não participa.⁴⁵ Com frequência, o acordo incluía em seus termos a renúncia do acusado a eventual recurso, em que pese não fosse considerado uma abdicação ao direito de julgamento.⁴⁶

Embora a confissão consentida por meio da barganha não acarretasse a extinção imediata do processo, havia uma expressiva aceleração do procedimento, ao passo que, conforme a posição majoritária, tornava desnecessária a produção de mais provas incriminatórias se a descrição fosse detalhada e plausível.⁴⁷ Assim, ainda havia um “julgamento”, embora geralmente se concretizasse somente como uma homologação formal.⁴⁸

Nesse sentido, conforme apontamentos estatísticos, os acordos informais chegaram a se realizar em 30 a 50 por cento dos processos penais na Alemanha,⁴⁹ com números elevados em casos de crimes econômicos.⁵⁰ Além disso, em um levantamento no estado de Niedersachsen, houve a indicação do percentual de 80 em cada cem casos envolvendo criminalidade organizada.⁵¹ Percebe-se, portanto, que a barganha rompeu com o siste-

⁴⁵ Porém, o § 212 StPO prevê a aplicação do § 202a StPO após a abertura do processo principal, e assim a questão se coloca. Ver Satzger, Helmut, *op. cit.*, p. 525. Ver sobre isso Moeller, Uriel, *op. cit.*

⁴⁶ Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 14 e ff. Isto foi a questão que continuou em aberto entre os senados do BGH a partir de 1997 levou a decisão do pleno em 2005, ver Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 46-49.

⁴⁷ Altenhain, Karsten, “*Absprachen in German Criminal Trials*”, em Thaman, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010, p. 159.

⁴⁸ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁹ Turner, Jenia I., “Judicial Participation...”, *op. cit.*, p. 536; Frommann, Maike, *op. cit.*, p. 200; Schünemann, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura...”, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁰ Julia Peters expõe seis levantamentos de dados na Alemanha sobre a barganha no sentido lato da palavra, todos mencionando o maior índice nos casos de crimes econômicos (Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 10-16). Duas das pesquisas focam somente na barganha no âmbito de crimes econômicos. A primeira na câmara de crimes econômicos de Hildesheim (Niedersachsen), Siolek, Wolfgang, *Verständigung in der Hauptverhandlung*, pp. 30-42, com o índice de barganha variando nos anos pesquisados 1985 e 1990 de 31,3 % a 75,0 %, a outra, no estado de Nordrhein-Westfalen, constatou um índice de 57,4 % no ano de 2004. Altenhain, Karsten *et al.*, “Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Düsseldorf, 2007, pp. 71 e 72.

⁵¹ Heister-Neumann, Elisabeth, “Absprachen im Strafprozess – Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 5/2006, p. 137.

ma legal germânico,⁵² supostamente se tornando uma necessidade para o funcionamento da justiça criminal, nas palavras de certos doutrinadores.⁵³ De qualquer modo, as críticas são constantes, seja direcionadas à essência do instituto, ou à falta de regulação legal de seu procedimento, o que Bernd Schünemann descreve como “decadência da cultura jurídica”.⁵⁴

Nesse panorama, em razão da renúncia ao recurso do réu, consequência prevista na maioria dos acordos realizados,⁵⁵ o pronunciamento dos Tribunais superiores se mostrava obstaculizado. Contudo, algumas decisões foram paradigmáticas, ao julgarem casos específicos em que barganhas tinham ocorrido, portanto implicitamente se posicionando acerca da mesma.⁵⁶ Em 1997, uma decisão⁵⁷ do Supremo Tribunal de Justiça (BGH) fixou pela primeira vez importantes diretrizes para a legalidade dos acordos:⁵⁸ as negociações devem ser descritas publicamente no momento do juízo oral; seu resultado deve ser gravado e incluído nos expedientes processuais; os juízes leigos e o réu devem participar e poder se pronunciar acerca da barganha (embora conversas preparatórias possam ocorrer sem a sua participação); é proibida a barganha sobre as imputações penais (*charge bargaining*); a Corte não pode prometer uma sanção

⁵² Afirmando que a restrição do dever de apuração dos fatos é imanente ao processo de barganha: Peters, Julia, *op. cit.*, p. 264. Por outro lado, menos cético ao princípio de oportunidade como restrição do princípio de legalidade: Volk, Klaus, *op. cit.*, pp. 112 e ff. Além disso, aponta-se que: “Como no discurso anglo-americano, a doutrina germânica usualmente menciona o crescente excesso de trabalho das Cortes e gabinetes do Ministério Público como a principal causa da disseminação dos acordos informais. Os especialistas jurídicos não tem dúvida de que o atual sistema de justiça criminal entraria em colapso sem os mecanismos de resolução informais” (Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, p. 301) (tradução livre).

⁵³ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, pp. 42 e 43. Há quem afirme, inclusive, que não se pode mais imaginar um processo penal sem a barganha: Meyer-Goßner, Lutz, “Gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafprozess?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 6/2004, p. 187.

⁵⁴ Schünemann, Bernd, “Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano”, em Schünemann, Bernd, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 256.

⁵⁵ Segundo Klaus Volk, a barganha sem renúncia ao recurso não faz muito sentido. Volk, Klaus, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁶ Sobre as decisões do BGH anterior à 2009, a primeira em 1984, ver Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 32-50.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 86-90.

⁵⁸ Sobre a decisão e as reações, ver Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 42-46.

penal específica, mas somente determinar um limite máximo; o réu não pode ser indevidamente pressionado, sem ameaças e intimidações, e sua liberdade de escolha deve ser respeitada; a punição deve refletir a gravidade do delito e a culpabilidade do autor; a confissão do acusado deve ser verificada pelo Tribunal, necessariamente precisa ser plausível e precisa de modo a confirmar os atos de investigação existentes; e, o acordo não pode incluir renúncia ao recurso.⁵⁹

Posteriormente, em 2005, uma nova decisão do plenário do BGH ratificou tais pressupostos, atestando seu não cumprimento na prática judiciária e ressaltando, especialmente, a vedação de renúncia ao recurso,⁶⁰ visto que sua realização impede o acesso dos casos aos tribunais superiores.⁶¹ Por fim, tal pronunciamento do judiciário solicitou a atuação urgente do legislativo, de modo a introduzir nova legislação no ordenamento germânico para finalmente regular legalmente a realização dos acordos, pois corrigir tendências falaciosas por meio de instrumentários jurisprudenciais “nunca poderá ser alcançado de forma plena e sempre levam aos limites da produção legislativa pelo judiciário”.⁶²

Foi assim⁶³ que em maio de 2009 surgiu a Lei de Regulamentação dos Acordos no Processo Penal, a qual fundamentalmente adicionou um parágrafo (§ 257c)⁶⁴ ao Código de Processo Penal alemão (StPO), regulando a realização de barganhas de modo semelhante ao determinado pelo

⁵⁹ BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, pp. 88 e ff.

⁶⁰ BGH, *Beschluß* vom 3. 3. 2005 – GSSt 1/04, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1440.

⁶¹ Turner, Jenia I., *Plea Bargaining...*, cit., pp. 84-97.

⁶² BGH, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, p. 1447: “können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung”.

⁶³ Sobre o processo legislativo e as diferentes propostas, ver Peters, Julia, *op. cit.*, pp. 53-58.

⁶⁴ “§ 257b do Código de Processo Penal Alemão (StPO): Na medida em que se mostrar conveniente para a promoção da resolução do procedimento, a Corte pode, durante o julgamento, discutir o andamento do processo com os seus participantes.

§ 257c StPO: (1) Nos casos adequados e conforme as regras dos seguintes parágrafos, o tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo. O § 244 (2) permanece intocado (NT: dispositivo que determina o dever judicial de buscar a verdade nas investigações).

(2) Podem ser objeto deste acordo somente as sanções criminais previstas no tipo legal do crime, determinadas no julgamento ou nas demais decisões da Corte, bem como nas outras medidas processuais do processo de conhecimento subjacente, assim como o comportamento processual das partes do processo. A confissão deve ser parte constituinte de

BGH nas referidas decisões paradigmáticas.⁶⁵ Conforme o texto aprovado, a Corte poderá, nos casos adequados,⁶⁶ pactuar com os participantes do processo acerca de seu desenvolvimento e de seu resultado, fixando limites mínimos e máximos à sanção penal (proibindo, assim, os acordos sobre imputações —*charge bargaining*—),⁶⁷ embora se mantenha o dever do magistrado de buscar de ofício a verdade nas investigações. A confissão do réu é pressuposto à barganha e sua veracidade deve ser analisada, visto que, em caso de dúvida, a Corte deverá rejeitar o acordo.⁶⁸ Em casos excepcionais, os limites fixados no acordo podem não ser respeitados na sentença, se o juiz considerar que não refletem a gravidade do delito e a culpabilidade do acusado, ou se as atitudes do réu no decorrer do processo não se adequarem às previsões.⁶⁹

Diversas são as objeções apontadas à barganha e aos novos dispositivos, tanto em relação ao rompimento das premissas do processo penal

todos acordos. A decisão condenatória, as providências de reabilitação do réu e as medidas de segurança não podem ser objeto do acordo.

(3) O tribunal comunicará qual conteúdo poderá fazer parte do acordo. A Corte pode indicar, após livre apreciação de todas as circunstâncias do caso, tanto as considerações gerais de sentenciamento, como também os limites máximos e mínimos da sanção penal. Às partes do processo é assegurado o direito de manifestação. O acordo se concretiza quando o acusado e o acusador público concordam com a proposta da Corte.

(4) O tribunal não fica vinculado ao acordo quando circunstâncias jurídicas ou fáticas significativas tenham sido negligenciadas ou fato novo surgir e o tribunal, em razão disso, estiver convencido de que os limites propostos à sentença não correspondem mais à conduta ou à culpabilidade do acusado. O mesmo se aplica quando as demais condutas processuais do réu não corresponderem àquela em que foi baseado o prognóstico do tribunal. Nesses casos, a confissão do acusado não pode ser usada como prova. O Tribunal comunicará imediatamente qualquer desacordo aos participantes.

(5) O acusado deve ser informado sobre as condições e as consequências da discordância do tribunal a respeito do resultado acordado, a que se refere o parágrafo (4)”. Tradução realizada a partir de versão em inglês dos dispositivos contidas em Altenhain, Karsten, “*Absprachen in German...*”, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁵ Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, p. 320.

⁶⁶ A doutrina critica a imprecisão da expressão “casos adequados”, não determinando suficientemente as hipóteses em que o acordo é admitido: Frommann, Maiké, *op. cit.*, p. 202, nota 41; Peters, Julia, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁷ Contudo, segundo Peters, os §§ 154 f. StPO apresentam dispositivos parecidos com o *charge bargaining* (Peters, Julia, *op. cit.*, p. 209).

⁶⁸ Ver sobre a discussão destes princípios em confronto com a barganha: Krehl, Christoph, *op. cit.*, § 244 StPO n° 31; Frommann, Maiké, *op. cit.*, pp. 202 e 203.

⁶⁹ Moldenhauer, Gerwin e Wenske, Mark, *op. cit.*, § 257c StPO n° 26 ss.

alemão,⁷⁰ quanto da primazia de interesses economicistas às necessidades garantistas de limitação ao poder punitivo estatal.⁷¹ Além disso, a regulamentação é criticada em razão do excessivo poder discricionário fornecido aos julgadores para incentivar o acordo (pressionar e ameaçar os acusados) e, posteriormente, optar por cumprir ou não as promessas realizadas (limites da sanção penal definidos).⁷² Ademais, parte da doutrina germânica se mostra cética à concretização dos limites impostos pela nova legislação, ao passo que, se a barganha surgiu de modo informal, não há que se acreditar em uma possível (e repentina) vinculação da atuação dos atores do sistema criminal às previsões legais.⁷³ Nesse sentido, estudo empírico realizado entre juízes alemães em 2011 apontou que 18% do total de casos em Cortes locais e 23% em Tribunais distritais eram resolvidos por meio de acordos, quantidade expressiva tendo-se em mente que são desconsiderados os casos de oportunidade em termos amplos e aqueles em que houve confissão em sede policial; mas, além disso, 59% dos julgadores admitiram que realizam as negociações de modo informal, sem atender aos requisitos determinados pelo recente regramento legal.⁷⁴

⁷⁰ Ao expor as basilares diferenças entre os acordos no processo penal alemão e a *plea bargaining* estadunidense, Bernd Schünemann atesta suas incompatibilidades aos fundamentos da justiça criminal germânica. Schünemann, Bernd, “Do templo ao mercado?...”, *op. cit.*, pp. 305-308.

⁷¹ “Agora é a máxima eficiência que normalmente assume a primeira prioridade na decisão dos atores do sistema criminal. Desde que as negociações entre os profissionais se tornam muito mais eficientes do que o julgamento do caso, os valores tradicionais do juízo justo e do sentenciamento proporcional devem abrir passagem para o novo valor da «economia processual». A nova legislação pretende formatar em quadrado o círculo da barganha, tornando possível a compatibilização de todas as vantagens dos acordos informais ao mesmo tempo em que mantém os principais princípios do julgamento criminal formal. Contudo, é questionável se o novo procedimento pode combinar tais benefícios com a manutenção das garantias do processo formal”. Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, p. 329 (tradução livre).

⁷² “Em resumo, o projeto cria um paraíso aos juízes: a Corte pode utilizar de sua ampla autoridade de sentenciamento para pressionar o acusado a cooperar sempre (e se) a Corte quiser; e ela ainda tem livre poder para cumprir ou não o prometido, inclusive após o réu ter irremediavelmente se auto incriminado por fazer uma confissão no juízo público”. Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 55 (tradução livre).

⁷³ Meyer-Goßner, Lutz, *op. cit.*, p. 187; Rauxloh, Regina E., *op. cit.*, pp. 320-325.

⁷⁴ Weigend, Thomas e Turner, Jenia I., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014, p. 92.

De qualquer modo, em recente manifestação de julgamento datado de março de 2013, o Tribunal Federal Constitucional alemão (BVerfG) analisou a constitucionalidade da nova legislação de 2009 acerca dos acordos no processo penal.⁷⁵ Conforme a doutrina, diante do papel fundamental desempenhado pela barganha no sistema criminal germânico, uma declaração de inconstitucionalidade era inviável, de modo que o BVerfG focou seus esforços na regulamentação de requisitos e de limitações que condicionem a validade dos pactos, afirmando a necessidade de respeito aos princípios da busca da verdade, da publicidade e da proporcionalidade das punições.⁷⁶

O caso abordou três reclamações realizadas por distintos acusados condenados por meio de acordos que não atenderam aos pressupostos definidos no § 257c do StPO, sendo, portanto, inconstitucionais por no caso concreto não terem informado ao réu da possibilidade de não respeito da Corte às limitações da pena acordadas,⁷⁷ não verificarem a adequação da confissão aos fatos⁷⁸ e expandirem o objeto da barganha para além das consequências jurídicas (*charge bargaining*).⁷⁹ Embora tenha aceito as impugnações nos casos concretos, o BVerfG atestou a constitucionalidade em abstrato da reforma de 2009, visto que, se atendidas na prática, as limitações previstas respeitam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico.⁸⁰ Ademais, o judiciário requisitou a contínua verificação da atenção às determinações legais e, se necessário, incitou o legislativo a eventuais mudanças visando à concretização da

⁷⁵ BVerfG, *Urt. v.* 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 1058-1072. Em inglês disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-017en> (acesso em: 12 de agosto de 2014).

⁷⁶ Mosbacher, Andreas, “The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 march 2013 on Plea Agreements”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014, pp. 5 e 6.

⁷⁷ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 1058-1072, n° 99, n° 123 ss.

⁷⁸ *Ibidem*, n° 71, n° 123 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, n° 73, n° 123 ss.

⁸⁰ *Ibidem*, n° 100 ss. “Em uma análise detida, a decisão da Corte Constitucional sobre os acordos no processo penal não é mais do que uma tentativa de criar um mandamento vinculativo que obrigue o respeito ao § 257c do StPO”. Schemmel, Alexander e Corell, Christian, “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 march 2013?”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014, p. 48.

limitações.⁸¹ Além disso, certos requisitos para a legalidade da barganha foram ressaltados: 1) a confissão precisa necessariamente ser verificada por provas complementares, de modo que por si só não pode fundamentar uma veredicto condenatório; 2) o acusado deve ser avisado de seus direitos e das consequências do acordo; e, 3) as negociações devem ser descritas publicamente e registradas nos autos do processo.⁸² Contudo, aponta-se que importantes aporias não foram analisadas, como certas incompatibilidades dos acordos com o sistema criminal alemão e as consequências práticas da legislação.⁸³

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que a barganha se desenvolveu no campo jurídico-penal alemão de modo a paulatinamente se consolidar na prática judiciária e dominar as relações entre os atores do sistema, impregnando suas posturas e condutas na instrumentalização do poder punitivo estatal. Conforme Thomas Weigend, semelhantemente à descrição histórica estadunidense,⁸⁴ os acordos se implementaram no processo penal germânico passando por fases de sigilo e ilusória negação, de reconhecimento em cortes inferiores, de debate e crítica doutrinária, até sua aceitação jurisprudencial em razão de uma suposta necessidade prática, juntamente com uma pretensa tentativa de limitação a partir da definição de requisitos legais, que hipocritamente legitimam tal instituto diante das imposições constitucionais

⁸¹ Mosbacher, Andreas, *op. cit.*, p. 6.

⁸² BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, pp. 1058-1072, n° 129, n° 112, n° 96.

⁸³ “Nesse julgamento, a Corte negligenciou as questões mais fundamentais que o sistema de barganha acarreta no contexto do sistema de justiça alemão. A Corte também falhou em considerar suficientemente os efeitos práticos da sua decisão na prática das negociações no Judiciário germânico. Por fim, a Corte foi provavelmente muito otimista em presumir que é possível forçar os atores do sistema criminal a cumprir uma lista de regras técnicas criadas por normativa judicial para uma prática que é basicamente construída através do consenso entre as partes e os juízes” (Weigend, Thomas e Turner, Jenia I., “The Constitutionality of Negotiated...”, *op. cit.*, p. 82) (tradução livre). De um modo menos decepcionado, Herbert Landau afirma que o objetivo do legislador de tirar a barganha da informalidade e torná-la pública (Landau, Herbert, “Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014, p. 431).

⁸⁴ Conforme exposto em Fisher, George, *Plea Bargaining's Triumph. A History of Plea Bargaining in America*, Stanford, Stanford University Press, 2003, p. 230.

e convencionais.⁸⁵ Mesmo que haja problemas pragmáticos reais devido à evidente sobrecarga do sistema jurídico alemão,⁸⁶ a tendência de negociar justiça ameaça o sistema penal como um todo. No emblemático caso descrito na introdução deste artigo, Bernie Ecclestone resolveu o problema da acusação penal a ele imputada da mesma forma que a criou: pagando muito dinheiro para um funcionário público tomar uma decisão favorável a ele.⁸⁷ Assim, evidencia-se que o sistema penal corre sério risco de perder essencialmente a sua coerência axiológica.

Portanto, a partir do exemplo alemão dos acordos no processo penal, pode-se afirmar que o fortalecimento e a generalização da barganha como mecanismo de imposição antecipada de uma sanção penal demonstra a primazia da atuação dos atores do campo jurídico-penal no incentivo à justiça negociada. Percebe-se que o mecanismo consensual adere integralmente aos interesses de juízes e promotores, ou seja, aqueles que detêm o poder na persecução penal, e, portanto, se solidifica na prática jurídica ainda que acarretando incontornáveis violações a premissas do processo penal de um Estado Democrático de Direito. O exemplo alemão, onde os acordos surgiram no sistema jurídico de modo informal, em completa desatenção às imposições normativas, representa panorama que confirma a descrição de George Fisher do “triunfo da barganha”, em que esse instituto se expande a partir do poder daqueles que são beneficiados por suas consequências, até um ponto que, conforme George Fisher, adquire poderes próprios e influencia todo o sistema de justiça criminal, fortalecendo aquilo e aqueles que a defendem e fragilizando qualquer tentativa de redução em sua atuação.⁸⁸ Assim, trata-se de “uma construção dos

⁸⁵ Weigend, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal...”, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁶ Nota de rodapé 28 deste artigo.

⁸⁷ Bernie Ecclestone foi acusado de ter pago um diretor de um banco público para esse vender ações para determinados investidores e não para outros, ver por exemplo: *Geldauflage aus Bestechungsprozess: Ecclestone überweist 100 Millionen Dollar*, disponível em: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/ecclestone-ueberweist-100-millionen-dollar-aus-bestechungsprozess-a-985973.html> (acesso em: 24 de novembro de 2014). A questão no processo não era fática, o pagamento com essa finalidade aparentemente ocorreu. Contudo, restavam dúvidas se Ecclestone sabia que o diretor era “funcionário público”, elemento típico do crime doloso de suborno, § 334 StGB, ver Gaede, Karsten e Kubiciel, Michael, “Pro & Contra Einstellung des Ecclestone-Prozesses. Klug oder frech?”, *Legal Tribune Online*, disponível em: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-besteuchung-ecclestone/> (acesso em: 24 de novembro de 2014).

⁸⁸ Fisher, George, *op. cit.*, p. 175.

actores processuais, algo criado por eles e para satisfazer antes de tudo interesses deles”.⁸⁹

V. REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Pedro Soares de, *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E. U. A.*, Coimbra, Almedina, 2007.
- ALTENHAIN, Karsten, “*Absprachen* in German Criminal Trials”, em THAMAN, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010.
- *et al.*, “Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Düsseldorf, 2007.
- AMBOS, Kai e BÖHM, María Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991.
- ASMUS, Torben, “A justiça penal e a investigação penal na Alemanha”, em AMBOS, Kai e BÖHN, María Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- CHOUKR, Fauzi H. e AMBOS, Kai (coords.), *Processo penal e Estado de Direito*, Campinas, Edicamp, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille (org.), *Processos penais da Europa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Porto, Conselho Distrital do Porto, 2011.
- FISHER, George, *Plea Bargaining’s Triumph. A history of plea bargaining in America*, Stanford, Stanford University Press, 2003.
- FROMMANN, Maike, “Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Impartiality of German Judges?”, *Hanse Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2009.

⁸⁹ Albergaria, Pedro Soares de, *Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E. U. A.*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 33.

- GIACOMOLLI, Nereu José, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James, *Zur Reform des Strafverfahrens*, Tübingen, Mohr, 1919.
- , *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, Springer-Verlag, 1925.
- HEISTER-NEUMANN, Elisabeth, “Absprachen im Strafprozess – Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 5/2006.
- HENDLER, Edmundo S., *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996.
- JACKSON, John *et al.* (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- JAHN, Matthias e MÜLLER, Martin, “Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis”, *Neue juristische Wochenschrift*, 2009.
- KHALED JR., Salah Hassan, *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, São Paulo, Atlas, 2013.
- KREHL, Christoph, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7o. ed., Munique, C. H. Beck, 2013.
- LANDAU, Herbert, “Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014.
- LANGBEIN, John H., “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 1, 1978.
- , “Land Without Plea Bargaining: How the Germans do it”, *Michigan Law Review*, vol. 78, dezembro de 1979.
- MEYER-GOSSNER, Lutz, “Gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafprozess?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 6/2004.
- MOELLER, Uriel, “O «júri» alemão. O leigo no processo penal na Alemanha”, *Revista de Estudos Criminais*, 2015.
- MOLDENHAUER, Gerwin e WENSKE, Mark, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7o. ed., Munique, C. H. Beck, 2013.
- MOSBACHER, Andreas, “The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 march 2013 on Plea Agreements”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014.

- PAGENSTECHER, Max, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, F. Vahlen, 1904.
- PERRON, Walter e LÓPEZ-BARAJAS, Inmaculada, “O Ministério Público como diretor da investigação no processo penal alemão”, em AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.
- PETERS, Julia, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, Göttingen, Universitätsverlag, 2011.
- RAUXLOH, Regina E., “Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, núm. 2, 2011.
- RIESS, Peter, “Die Zukunft des Legalitätsprinzips”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1981.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1997.
- RÖNNAU, Thomas, *Die Absprache im Strafprozeß – Eine Rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- SATZGER, Helmut, “Die Schöffen im Strafprozess”, *Juristische Ausbildung*, Heft 7/2011.
- SCHEMMEL, Alexander e CORELL, Christian, “Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 march 2013?”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 76, 2004.
- , *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013.
- SWENSON, Thomas, “The German «Plea Bargaining» Debate”, *Pace International Law Review*, vol. 7, 1995.
- THAMAN, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, Carolina Academic Press, 2010.
- TURNER, Jenia I., “Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006.
- , *Plea Bargaining Across Borders*, New York, Aspen, 2009.

- VASCONCELLOS, Vinicius G., *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*, dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2014.
- e GUEDES, Gabriel P., “Nexo de causalidade e imputação objetiva: discussões pertinentes e breve análise do cenário brasileiro”, *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, vol. 55, agosto-setembro de 2013.
- VOLK, Klaus, *Grundkurs StPO*, Munique, Verlag C. H. Beck, 2008.
- WEIGEND, Thomas, “The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure”, em JACKSON, John *et al.* (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Oxford, Hart Publishing, 2008.
- e TURNER, Jenia I., “The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany”, *German Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 2014.