

## A EXPERIÊNCIA AMERICANA DO *PLEA BARGAINING*: A EXCEPÇÃO TRANSFORMADA EM REGRA \*

HON. PHILLIP RAPOZA

A esmagadora maioria dos casos criminais, nos Estados Unidos, é resolvida através do *plea bargaining*. Historicamente, nem sempre assim foi. O uso generalizado do *plea bargaining* evoluiu por razões essencialmente práticas, relacionadas principalmente com o aumento do número de casos levados a tribunal. O seu uso, desde que ocorra nas circunstâncias adequadas, pode libertar recursos do Ministério Público e da judicatura, os quais podem, deste modo, focar-se em matérias mais importantes que efectivamente careçam de julgamento. O *plea bargaining* também pode beneficiar os arguidos, mitigando condenações mais duras e permitindo um certo grau de indulgência que pode não ser possível de outro modo. Pese embora um procurador e um arguido possam iniciar um *plea bargaining*, o juiz actua como o guardião que decide não apenas se ao arguido deve ser permitido abdicar do direito ao julgamento, mas também se a sua admissão de culpa deve ser aceite. O facto de o *plea bargaining* ocupar um lugar central no processo penal americano não significa que esteja imune à crítica e foram já concretizadas propostas para alterar a sua prática.

### INTRODUÇÃO

Espero, no curto tempo que tenho para me dirigir a vós esta manhã, dar uma visão geral da experiência Americana com o *plea bargaining*. Como veremos, o julgamento pelo tribunal de júri, que é garantido pela Constituição dos Estados Unidos, foi substituído, em grande medida, pelo uso do *plea bargaining*, que começou por ser uma excepção e a certa altura se transformou em regra.

Ao descrever a experiência Americana com o *plea bargaining*, reconheço, no entanto, que o nosso sistema “adversarial” de *common law* e o sistema “inquisitório” de *civil law* de Portugal representam diferentes tradições jurídicas. Ainda assim, podemos aprender uns com os outros e não há dúvida de que o estudo comparativo que hoje aqui levamos a cabo será benéfico para ambos.

---

\* Tradução de Nuno de Lemos Jorge, juiz de direito, a partir do texto da comunicação apresentada pelo autor no dia 13 de Julho de 2012, na Biblioteca Pública de Ponta Delgada, no âmbito das II Jornadas Açorianas de Direito Penal, sob o tema dos «Acordos Sobre a Sentença Penal».

Vejo este programa como uma oportunidade para aprofundar o nosso entendimento desta matéria e para desenvolver uma plataforma de conhecimento que servirá os nossos interesses em ambos os lados do Atlântico.

No nosso mundo globalizado, há inúmeros pontos de convergência entre diferentes culturas jurídicas e esta área do Direito não é diferente. A este propósito, subscrevo a visão apresentada por Maximo Langer no seu artigo frequentemente citado, que teve a sua primeira aparição no *Harvard International Law Journal* em 2004<sup>1</sup>. Ali discute a adopção de diferentes formas de *plea bargaining* nos países de *civil law*, mas adverte quanto a encará-los como “transplantes jurídicos” que promovem a “americanização” dos processos de *civil law*<sup>2</sup>. Pelo contrário, entende tais iniciativas como “traduções jurídicas” do processo criminal consensual que se encontra nos Estados Unidos<sup>3</sup>. Acredito que esta perspectiva oferece um enquadramento útil para a discussão de hoje.

Ao começar as minhas considerações, devo também notar que, até nos Estados Unidos, o *plea bargaining* tem os seus defensores e os seus detractores e não é um tópico isento de controvérsia. Independentemente disso — e talvez mesmo por causa disso — é importante tomar em conta a experiência Americana e eu tenho o prazer de vos trazer esta visão panorâmica a partir daquela que pode ser considerada a terra natal do *plea bargaining*.

## A PREVALÊNCIA DO PLEA BARGAINING

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos afirmou recentemente que a justiça criminal Americana “é na maior parte um sistema de *pleas* e não um sistema de *trials*”<sup>4</sup>. Ao descrever tal realidade, o Tribunal sustentou que o *plea bargaining* “não é uma parte acessória do sistema de justiça criminal Americano; é o sistema de justiça criminal”<sup>5</sup>. Num caso anterior, o Supremo Tribunal explicou-o da seguinte forma: “Qualquer que seja a situação num mundo ideal, o facto é que o *guilty plea* e o frequentemente concomitante *plea bargain* são importante componentes do sistema de justiça criminal deste país”<sup>6</sup>.

Na actualidade, noventa e quatro por cento de todas as condenações dos estados e noventa e sete por cento de todas as condenações federais são resultado de *guilty pleas*<sup>7</sup>, cuja esmagadora maioria envolve *plea bargains*.

<sup>1</sup> Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 HARV. INT'L L.J. 1 (2004).

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S.Ct. 1376, 1388 (2012).

<sup>5</sup> *Missouri v. Frye*, 132 S.Ct. 1399, 1407 (2012)(emphasis in original)(citation omitted).

<sup>6</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 362 (1978).

<sup>7</sup> Bureau of Justice Statistics, U.S. Dep't of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.22.2009, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf> (material consultado em 31 de Maio de 2012).

Estas percentagens assumem maior significado quando consideramos que aproximadamente vinte milhões de processos criminais se iniciam anualmente nos tribunais estaduais e que o número de casos pendentes na jurisdição federal se aproxima dos 100,000 <sup>8</sup>.

O recurso ao *plea bargaining* nem sempre foi tão prevalente. Historicamente, os processos criminais eram julgados por *jury trials* e não por *plea bargains* <sup>9</sup>. Na verdade, o direito ao julgamento por júri é referido duas vezes na Constituição dos Estados Unidos, enquanto que a oportunidade de *plea bargain* não recebe tal menção. Com o tempo, todavia, o Supremo Tribunal sustentou repetidamente o recurso ao *plea bargaining*, descrevendo a prática como “inerente ao direito criminal e à sua administração” <sup>10</sup>.

Deste modo, o paradigma alterou-se dramaticamente. A imagem comum do sistema de justiça criminal Americano — doze pessoas sentadas numa bancada de júri decidindo o destino de um concidadão — está seriamente desactualizada. Na verdade, essa imagem foi substituída por uma em que um arguido e o seu advogado comparecem perante um juiz, com o Ministério Público a informar o tribunal de um acordo a que as partes chegaram. Hoje, o caso típico é geralmente resolvido através de um acordo do qual ambos os lados retiram benefícios, reflectindo aquilo que o Supremo Tribunal descreveu como uma “vantagem mútua” <sup>11</sup>. Como o Professor George Fisher da *Stanford Law School* tão apropriadamente descreveu, o *plea bargaining* substitui uma “nobre disputa pela verdade” por uma resolução atingida sob uma bandeira de tréguas <sup>12</sup>.

## O BACKGROUND HISTÓRICO DO PLEA BARGAINING

O recurso generalizado ao *plea bargaining* nos Estados Unidos evoluiu com o tempo. Quando a fundação do sistema jurídico Americano se estabeleceu, julgamentos e não entendimentos eram os meios de levar ao seu termo os processos criminais <sup>13</sup>. O recurso ao *plea bargaining* cresce, todavia, devido a razões predominantemente práticas relacionadas com o aumento do número de processos de natureza criminal perante os tribunais <sup>14</sup>. Tal como o Supremo Tribunal explicou, “[s]e todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento em toda a sua amplitude, os Estados e o

---

<sup>8</sup> National Center for State Courts, *Examining the Work of State Courts: An Analysis of 2009 State Court Caseloads*, January 30, 2012; *Judicial Business of the United States Courts: 2011 Annual Report of the Director Honorable Thomas F. Hogan*.

<sup>9</sup> Albert W. Alschuler, *Plea Bargaining and its History*, 79 COLUM. L. REV. 1 (1979).

<sup>10</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 751 (1970).

<sup>11</sup> *Id.* at 752.

<sup>12</sup> George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, 109 YALE L. J. 857, 859 (2000).

<sup>13</sup> Alschuler, *supra* note 9.

<sup>14</sup> Fisher, George. *Plea Bargaining's Triumph: A history of Plea Bargaining in America*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2003.

Governo Federal precisariam de multiplicar várias vezes o número de juízes e tribunais”<sup>15</sup>.

O crescimento do *plea bargaining* não foi assim apoiado no facto de ser um mecanismo melhor do que o julgamento para assegurar a realização da justiça. Na verdade, o seu crescimento baseou-se no desejo de resolver processos de natureza criminal de forma célere e eficiente.

O *plea bargaining* tornou-se progressivamente comum em meados do século XIX e, no início do século XX, era o método dominante de resolver processos criminais<sup>16</sup>. Diversos factores durante esse período produziram um tremendo acréscimo do número de processos criminais para os quais o *plea bargaining* foi a resposta.

O primeiro, e talvez o principal, destes factores foi a explosão demográfica nos Estados Unidos<sup>17</sup>. Em parte, este crescimento foi promovido pelo dramático aumento no número de imigrantes, juntamente com a maior concentração de pessoas a viver nas áreas urbanas, como resultado da rápida expansão industrial do país. À medida que a população crescia, o recurso a *guilty pleas* e a *plea bargains* desenvolveu-se como resposta natural ao aumento do volume de casos e aos recursos limitados disponíveis para lidar com eles<sup>18</sup>.

O desenvolvimento de profissões jurídicas e o crescente profissionalismo do sistema de tribunais criminais também desempenhou um papel na ascensão do *plea bargaining*<sup>19</sup>. Os julgamentos tornaram-se organizações mais complexas, com magistrados do Ministério Público de carreira de um lado e advogados de defesa bem preparados do outro. Daí resultou que os recursos requeridos para conduzir um julgamento (já para não mencionar uma acusação bem sucedida) cresciam na proporção do acréscimo do profissionalismo da sala de audiências. O incremento do sistema *adversarial* — e os desafios quanto a recursos acrescidos que apresentava — forneceram um incentivo para resolver casos adequados com admissões negociadas<sup>20</sup>.

Mesmo após o pico da imigração, o crescimento da população continuou a sobrecarregar o sistema de justiça criminal. A chamada geração do *baby boom* que se seguiu à II Guerra Mundial criou novos desafios e produziu uma sociedade com uma proporção significativamente maior de jovens<sup>21</sup>. Outros factores também actuaram durante os anos 60 e 70, período durante o qual houve um acentuado aumento de crimes<sup>22</sup>. Ao mesmo tempo, o Supremo

<sup>15</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971).

<sup>16</sup> Alschuler, *supra* note 9.

<sup>17</sup> McConville, Mike & Chester L. Mirsky. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Oxford, UK: Hart, 2005.

<sup>18</sup> Fisher, *supra* note 14.

<sup>19</sup> John H. Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, 13 LAW & SOC'Y. REV. 261 (1978).

<sup>20</sup> Fisher, *supra* note 14.

<sup>21</sup> Alschuler, *supra* note 9.

<sup>22</sup> *Id.*

Tribunal iniciou o processo de expansão dos direitos dos arguidos numa série de decisões frequentemente denominadas como a “Warren Revolution.” Baptizado com o nome do *Chief Justice* Earl Warren, este período de desenvolvimento jurídico gerou um aumento enorme de litigância criminal <sup>23</sup>.

Com o tempo, a balança inclinou-se para o outro lado e as reformas de direito criminal moveram-se na direcção de abordar o crime de forma mais dura. A América declarou uma “guerra às drogas” que aumentou significativamente o número de processos criminais nos tribunais. A par desta ofensiva, os legisladores de todo o país expandiram enormemente o alcance da lei, criminalizando condutas que não eram anteriormente alvo de perseguição criminal <sup>24</sup>. Ao mesmo tempo, endureceram as penas para uma variedade de crimes relacionados com drogas e álcool, bem como aqueles que envolviam armas de fogo, violência doméstica e criminosos sexuais perigosos, só para mencionar alguns <sup>25</sup>. Muitos destes crimes tornaram-se objecto das chamadas “penas mínimas obrigatórias”, cuja imposição é obrigatória em caso de condenação <sup>26</sup>. De igual modo, criminosos reincidentes foram sujeitos a penas substancialmente aumentadas para os crimes subsequentes <sup>27</sup>.

Independentemente da fonte para o seu aumento, o *plea bargaining* tornou-se claramente, nas palavras do Supremo Tribunal, “uma componente essencial da administração da justiça” <sup>28</sup>.

## DEFININDO O PLEA BARGAIN

Apesar de o Supremo Tribunal não ter definido especificamente o termo “plea bargaining”, descreveu sumariamente o processo como “regulação das acusações criminais por acordo” <sup>29</sup>. O *Black’s Law Dictionary*, uma obra jurídica de referência, faculta uma definição mais detalhada, descrendo o *plea bargaining* como “[o] processo através do qual o acusado e o Ministério Público num processo criminal procedem a uma regulação mutuamente satisfatória do caso sujeita a aprovação do tribunal. Por regra, envolve a admissão da culpa do arguido relativamente a um crime menos grave ou só um ou alguns de vários crimes de que foi acusado em troca de uma pena mais leve do que aquela que seria possível pela acusação mais grave” <sup>30</sup>.

Note-se que, nos Estados Unidos, o procedimento de *plea bargaining* decorre entre o Ministério Público e o arguido e não inclui o juiz, que nele

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> Oppel, Richard A., Jr. "Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors" *The New York Times*. September 25, 2011.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> Santobello, supra at 260.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> Bryan A. Garner, editor. *Black’s Law Dictionary*, rev. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.

não se pode envolver <sup>31</sup>. É bem reconhecido tanto a nível federal como estadual que a participação do juiz no *plea bargaining* apresentaria um amplo potencial de coerção resultante do papel do juiz como pessoa que controla a audiência e que é também o árbitro final do destino do arguido <sup>32</sup>. Um juiz que participasse no *plea bargaining* deixaria de ser um sujeito processual neutro. Pelo contrário, seria visto como um defensor da resolução do caso que propusesse.

No *plea bargain*, o destino tanto da acusação como da defesa está nas mãos das “partes”, que podem escolher exercer os seus direitos processuais ou prescindir deles em troca de um benefício correspondente. Aquilo que faz da interacção uma *bargain* reside naquilo de que cada parte está preparada para abdicar em troca daquilo que considera ser um resultado satisfatório.

É justo afirmar que o recurso ao *plea bargaining* se tornou num instrumento essencial para os procuradores que almejam tramitar mais processos a um menor custo, enquanto garantem condenações, evitando absolvições <sup>33</sup>. O *plea bargaining*, todavia, também serve para defender os interesses dos arguidos. Embora tais *pleas* assegurem uma alta taxa de condenações, também mitigam penas severas e facultam aos arguidos um grau de indulgência que não estaria disponível de outro modo <sup>34</sup>.

De que abdica o arguido ao entrar num *plea bargain*? De bastante, na verdade, começando pelo seu direito a um julgamento com ou sem júri <sup>35</sup>. Ao admitir a culpa, também renuncia à presunção de inocência e ao correspondente direito de exigir que o Ministério Público prove a sua culpa em julgamento. Do mesmo modo, abdica do direito de ter a prova avaliada por um júri dos seus pares, cujo veredicto requereria unanimidade. Com a *plea*, o arguido sacrifica igualmente outros direitos, incluindo o direito de confrontar a prova testemunhal contra si; o direito de apresentar testemunhas e outras provas a seu favor; e o direito ao silêncio ao longo do processo.

Ao concordar com o *plea bargain*, o Ministério Público também faz concessões que não seriam necessárias em caso de julgamento. Estas concessões estão geralmente relacionadas com a forma discricionária como o Ministério Público conduz o caso da acusação. Na falta de uma exigência de acusação obrigatória, o Ministério Público tem a liberdade de arquivar ou reduzir a acusação (o chamado *charge bargaining*) ou recomendar a redução

<sup>31</sup> See Fed. R. Crim. P. 11(e)(1); United States v. Werker, 535 F.2d 198, 203 (2nd Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 926 (1976).

<sup>32</sup> See Albert W. Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I*, 76 COLUM. L. REV. 7 (1976).

<sup>33</sup> Douglas D. Guidorizzi, *Should We Really "Ban" Plea Bargaining?: The Core Concerns of Plea Bargaining Critics*, 47 EMORY L. J. 753 (1998).

<sup>34</sup> Albert W. Alschuler, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 YALE L. J. 1179 (1975).

<sup>35</sup> The following rights can be found in these sources: U.S. Const. Amends. V, VI.; Fed. R. Crim. P. 11(b)(1)(C), (E); Boykin v. Alabama, 395 U.S. 238, 243 (1969).

da pena (o chamado *sentence bargaining*), ou ambos, em troca da admissão da culpa pelo arguido.

Uma *charge bargain* ocorre quando o Ministério Público concorda com uma acusação mais leve ou só acusa relativamente a determinados crimes relativamente a um arguido que assume a sua culpa<sup>36</sup>. Por exemplo, um arguido acusado de tráfico de droga em zona escolar<sup>37</sup> pode assumir a culpa relativamente à acusação menos grave de simples tráfico de droga e o Ministério Público ignora o facto de se ter dado em zona escolar, recomendando uma pena mais leve, em linha com a acusação reduzida.

O *sentence bargaining* implica que o arguido assuma a culpa relativamente às acusações originais e o Ministério Público, em troca, recomende uma pena mais indulgente do que aquela que seria de esperar na sequência de uma condenação em sede de julgamento<sup>38</sup>.

Uma *plea bargain* envolve assim uma troca de concessões por parte do Ministério Público e do arguido, em que ambas as partes procuram evitar os riscos associados com a sua particular postura no processo criminal pendente. Como o Supremo Tribunal afirmou recentemente, “[o] potencial de conservar recursos de acusação valiosos e, para os arguidos, de admitir os seus crimes e usufruir de condições mais favoráveis na pena significa que o *plea agreement* pode beneficiar ambas as partes”<sup>39</sup>.

Apesar de o acordo estar sujeito à aprovação do próprio tribunal, tal *bargain* envolve, como notámos, uma vantagem mútua<sup>40</sup>, o que é em boa medida explicada porque o *plea bargaining* é hoje a regra, em vez de ser a exceção. Esta partilha de concessões está no âmago da declaração do Supremo Tribunal de que “não podemos sustentar ser inconstitucional para o Estado conceder um benefício a um arguido que, por seu turno, concede um benefício substancial ao Estado”<sup>41</sup>.

## CONDUZINDO O PLEA BARGAIN PARA O TRIBUNAL

Gostaria agora de me debruçar sobre o modo como o *plea bargain* se conduz até ao tribunal e a natureza dos procedimentos que aqui ocorrem<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Fisher, *supra* note 12.

<sup>37</sup> Alguns Estados prevêem maiores penas para o crime de tráfico na proximidade de escolas, estejam ou não estas a funcionar e independentemente de o adquirente ser um estudante. São conhecidos estes casos como “os casos da zona escolar”.

<sup>38</sup> Fisher, *supra* note 12.

<sup>39</sup> Frye, *supra* at 1407.

<sup>40</sup> Brady, *supra* at 752.

<sup>41</sup> *Id.* at 753.

<sup>42</sup> A descrição dos procedimentos que se encontra neste segment pode ver-se igualmente em Kent B. Smith, *Criminal Practice and Procedure*, Volume 30A, Massachusetts Practice Series (2007).

O Supremo Tribunal declarou que “um *guilty plea* é um acto sério e solene que só pode ser aceite com cuidado e ponderação...”<sup>43</sup>. De acordo com o Tribunal, “a admissão do arguido em tribunal de que cometeu os actos de que é acusado é central para o *plea* e para fundar um julgamento contra ele”<sup>44</sup>. Ao fazer isto, o arguido renuncia ao seu direito ao silêncio e torna-se numa testemunha contra si mesmo. Consequentemente o juiz a quem o *plea* é apresentado deve determinar se a decisão do arguido é aquilo que o Tribunal denomina de “expressão voluntária da sua própria opção”<sup>45</sup>.

O *plea* do arguido é assim mais do que simplesmente uma admissão de conduta passada. É a declaração do arguido de que consente que uma condenação seja proferida contra ele sem julgamento. A renúncia a qualquer direito constitucional, incluindo o direito a julgamento, deve ser um acto voluntário, informado e consciente do arguido<sup>46</sup>. Para além disso, ele deve compreender tanto as acusações contra si como as consequências do seu *plea*. A não ser que tais elementos sejam apresentados, o juiz não pode aceitar a assunção de culpa pelo arguido. Como foi afirmado pelo Supremo Tribunal “não há um direito absoluto a que o *guilty plea* seja aceite”<sup>47</sup>.

Para fazer as necessárias averiguações para aceitação de uma *guilty plea*, o juiz deve chamar o arguido para uma conferência para determinar o carácter voluntário e assegurar que tanto a base fáctica para o *plea* como a base legal para a condenação existem.

Antes de o juiz começar o seu interrogatório, que deve ser registado e em audiência, o oficial de justiça toma o juramento testemunhal ao arguido. A inquirição continua, então, geralmente em sessão subsequente.

O juiz começa por se apresentar ao arguido, descrevendo o que se vai passar durante o procedimento. Afirma que vai colocar algumas questões para se assegurar de que a assunção de culpa do arguido é feita de forma voluntária, consciente e informada e que conhece as consequências do *plea*.

Seguidamente o juiz enceta uma averiguação preliminar, dirigida à capacidade do arguido e à sua aptidão para compreender e participar no procedimento. Aqui pode ser feita uma série de questões relativas ao nome, idade, educação e emprego do arguido; fluência em língua inglesa, consumo de medicamentos, drogas o álcool e, nesse caso, quando foram consumidos e qual a sua influência nele; tratamento a doença mental, psicológica ou emocional; e qualquer outra condição que afecte a sua aptidão para compreender e participar no procedimento.

Em seguida, o juiz manifesta que compreende os desejos do arguido de alterar o seu *plea* para culpado. O juiz explica ao arguido as acusações de modo a assegurar que ele as compreende. O juiz também deve perguntar

<sup>43</sup> Brady, *supra* at 748.

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> Id.

<sup>46</sup> Fed. R. Crim. P. 11.

<sup>47</sup> Santobello, *supra* at 261.



ao arguido se o seu advogado lhe explicou igualmente a natureza e os termos das acusações dirigidas contra si.

O juiz pede depois ao Ministério Público para indicar qual a pena máxima para cada acusação e em seguida certifica-se se o arguido entende que aquelas penas podem ser-lhe aplicadas. De forma similar, em casos que impliquem uma pena mínima obrigatória, o juiz deve explicar que, se o arguido assume a culpa, o tribunal deve obrigatoriamente impor aquela pena nos termos da lei.

O Ministério Público ou o defensor devem informar o juiz da existência e da substância de qualquer *plea agreement*. Se o acordo é escrito, deve ser produzida uma cópia e arquivada em tribunal. Seja verbalmente, seja por escrito, esta informação deve ser facultada antes de o arguido apresentar a sua admissão de culpa. O juiz deve explicar as condições ao arguido, para se assegurar que estão em conformidade com o seu entendimento do acordo e esclarecer quaisquer questões que possa ter. O juiz deve também informar o arguido de que não imporá uma pena que exceda as condições da recomendação sem antes dar ao arguido a oportunidade de retirar o seu *plea*.

O juiz também deve informar o arguido das consequências da sua assunção de culpa, incluindo dos direitos constitucionais a que renuncia ao alterar o *plea*. De igual modo, o juiz explica as consequências da condenação quanto à sanção, incluindo não só as penas principais, mas também outras consequências, como a deportação.

Após descrever os diversos direitos a que o arguido renuncia por assumir a culpa e as possíveis consequências da sua *plea*, o juiz pede ao Ministério Público que relate os factos que teriam sido apresentados em julgamento para provar a culpa do arguido para além de dúvida razoável. Ao fazer isto, deve explicar ao arguido que é sua responsabilidade enquanto juiz determinar se há uma base fáctica na prova do Ministério Público para a *guilty plea* do arguido. E também deve explicar que deve ficar certo que o arguido compreende, aceita e concorda com os factos que seriam apresentados contra ele em tribunal. Deve ficar claro para o arguido que não é apenas a sua decisão de assumir a culpa que funda a condenação. Na verdade, a sua culpa deve ser demonstrada pela prova do processo.

Após o relato dos factos pelo Ministério Público, o juiz deve perguntar ao arguido se aqueles factos descrevem de forma justa e correcta a sua conduta no caso. O arguido deve estar ciente de que, ao assumir a culpa, está a admitir que os factos são verdadeiros.

Nesse momento, se considerar apropriado, o juiz permitirá que o arguido apresente a sua *plea of guilty*. Nesse caso, o juiz pergunta ao arguido se alguém, incluindo o advogado de defesa o coagiu a assumir a culpa ou fez algumas ameaças ou promessas para além das contidas no *plea agreement*. O juiz também deve assegurar-se de que o arguido teve a assistência efectiva de um defensor relativamente ao seu *plea* e colocará uma série de questões relativamente à sua interacção com o advogado, incluindo se este lhe explicou os termos das acusações; se o seu advogado discutiu de forma adequada o

caso, direitos, defesas e consequências do seu *guilty plea*; e se o seu advogado agiu no seu melhor interesse e se o representou de forma justa.

Seguidamente o juiz pergunta ao arguido se está a assumir a culpa de forma voluntária, consciente e esclarecida. Também questiona o arguido se existe outra razão pela qual esteja a assumir a culpa que ainda não tenha sido declarada. Prosseguindo com este interrogatório, o juiz pergunta individualmente ao Ministério Público, defensor e arguido se é do seu conhecimento alguma razão pela qual o *plea* não deva ser aceite.

No fim desta conferência, se o juiz se considerar satisfeito, apresentará certas considerações oralmente e aceitará o *plea* do arguido. O juiz anunciará que considera:

1. que existe uma base fáctica para a *guilty plea* do arguido relativamente a cada uma das acusações relevantes;
2. que o arguido não se encontra no momento sob a influência de drogas ou álcool nem sofre qualquer tipo de doença mental ou outra limitação;
3. que o arguido compreende plenamente as acusações relativamente às quais está a assumir a culpa e que o *plea* é feito de forma consciente, voluntária e esclarecida, com pleno conhecimento das consequências de assumir a culpa, e
4. que o arguido compreende os direitos a que está a renunciar e está conscientemente, voluntariamente e esclarecidamente a renunciar a esses direitos.

Após estas considerações, o juiz declara que aceita a assunção de culpa do arguido relativamente a cada uma das acusações em questão. O Ministério Público avança então para a pena nos termos do *plea agreement*, no seguimento da qual qualquer vítima do caso é autorizada a fazer uma declaração a ser considerada pelo juiz. Finalmente o defensor toma a palavra em representação do arguido, que é autorizado a dirigir-se ao tribunal, se assim o desejar.

Por fim, o juiz anuncia a pena, directamente ou através do oficial de justiça. O juiz pode também aproveitar a oportunidade para explicar as razões pelas quais a pena imposta é aquela, mas não é obrigado a fazê-lo. Caso o juiz conclua que não é no interesse da justiça aplicar a pena recomendada nos termos do *plea bargain*, pode recusar-se a aceitá-lo. Se isto ocorrer, todavia, o arguido pode retirar o seu *guilty plea* e o caso/processo será agendado para julgamento. Na eventualidade de julgamento, a oferta mal-sucedida de *guilty plea* pelo arguido não pode ser utilizada como prova contra ele.

## O DEBATE ACERCA DO *PLEA BARGAINING*

O *plea bargaining* é objecto de alargada discussão no seio do sistema judicial Americano, da comunidade jurídica e do público em geral. O tempo

não permite que entre aqui em grande detalhe acerca do debate actual, por isso destacarei alguns dos principais pontos de discussão.

O *plea bargaining* foi já descrito como um “mal necessário”<sup>48</sup>, uma expressão que sugere reacções díspares a tal prática. Por um lado, é geralmente visto como uma via menos dispendiosa e morosa para que o Ministério Público possa tramitar mais processos a um custo mais baixo<sup>49</sup>. Celeridade e eficiência são assim vistas como vantagens do *plea bargaining*, especialmente à luz das restrições de recursos que existem por todo o sistema de justiça.

Ao mesmo tempo, o *plea bargaining* também pode beneficiar os arguidos. Um *plea* negociado oferece certeza de uma forma que avançar para um julgamento não permite.<sup>50</sup> Num ambiente de crescente sancionamento para uma tipificação de crimes em expansão, o *plea bargaining* auxilia o arguido que deseja reduzir tanto os riscos como a exposição a que a acusação o sujeita. Assim, o *plea bargaining* pode mitigar uma pena mais severa, bem como assegurar indulgência nos casos apropriados<sup>51</sup>. O *plea bargaining* também promoveu o uso acrescido de sanções alternativas envolvendo liberdade condicional e outras consequências que não envolvam privação de liberdade.

Por outro lado, os desafios apresentados pelo *plea bargaining* são consideráveis. Em grande medida, o sistema de justiça criminal, que originalmente foi concebido para determinar quem é culpado e quem é inocente, opera agora a partir de uma premissa muito diferente. O *plea bargaining* é grandemente baseado na culpa do arguido considerada como um “dado”, em que a única questão significativa é o grau de sancionamento a ser imposto. Também há que notar que assim que o recurso a *plea bargaining* atingiu níveis historicamente elevados, os Estados Unidos atingiram uma das mais altas taxas de reclusão no mundo<sup>52</sup>. Apesar de uma série de factores ter contribuído para tal, é indubitável que o recurso a *plea bargaining* desempenhou um papel significativo.

O sucesso do *plea bargaining*, pelo menos na perspectiva do Ministério Público, depende de as possíveis sanções criminais serem suficientemente severas, de maneira a que a maioria dos arguidos prefira assumir a culpa em vez de correr o risco de uma pena mais alta na sequência de julgamento<sup>53</sup>.

A disparidade entre o poder negocial dos dois lados aumentou também à medida em que um número crescente de leis penais concedeu aos magistrados do Ministério Público a possibilidade de acusação sucessiva, fornecendo

<sup>48</sup> Lafler, *supra* at 1397 (Scalia, J., dissenting).

<sup>49</sup> Guidorizzi, *supra* note 33.

<sup>50</sup> V. *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71 (1977).

<sup>51</sup> Alschuler, *supra* note 34.

<sup>52</sup> Alexander, Michelle. "Go to Trial: Crash the Justice System", *The New York Times*. March 10, 2012.

<sup>53</sup> Oppel, *supra* note 24.

um impulso adicional ao processo de *plea bargaining*<sup>54</sup>. Os procuradores podem apresentar acusações adicionais para aumentar o risco de condenação do arguido, no caso de este ir a julgamento, tornando, assim, maior a probabilidade de um *plea bargain*.

Como resultado, alguns comentadores avisados aconselharam a que a discricionariedade do Ministério Público fosse limitada, em vez de expandida<sup>55</sup>. Sugerem que a acusação sucessiva por parte do Ministério Público deve ser desencorajada, já que concede ao procurador uma vantagem injusta relativamente ao arguido ao negociar *plea bargains*.

Propostas de reforma comparáveis foram feitas quanto ao *sentence bargaining*. Como já se viu, iniciativas legislativas que incluem variadas formas de punição acrescida ou obrigatória alteraram o equilíbrio de poder em *plea negotiations* a favor do Ministério Público.

Esquemas de punição severa beneficiam a acusação de duas formas. Em primeiro lugar, ao aumentarem a possibilidade de uma pena mais dura ser imposta na sequência de julgamento e, em segundo lugar, ao fazer crescer o valor de um “desconto” na pena, oferecido no curso do *plea bargaining*<sup>56</sup>. Este cenário dá ao Ministério Público uma grande alavancagem nas negociações e põe-no numa posição muito mais forte para ditar os termos do *plea bargain*.

Tendo em vista lidar com esta situação, foram feitas propostas para limitar a extensão de possíveis reduções de pena que podem ser oferecidas durante as negociações do *plea*, minimizando qualquer vantagem concedida ao Ministério Público por elas. Também já foi sugerido que, no exercício da sua função, o juiz deve rejeitar as *pleas* negociadas que incluem uma recomendação de pena significativamente mais baixa do que seria geralmente esperado após julgamento. Limitar o espectro dentro do qual a pena deve ser negociada seria um passo na direcção de trazer um maior equilíbrio ao poder negocial da acusação e da defesa.

Tal como já mencionei, o debate acerca do *plea bargaining* não está limitado aos profissionais da lei. Vários grupos de activistas tornaram-se muito interventivos na expressão da sua preocupação acerca do sistema do *plea bargaining*, que consideram seriamente tendencioso a favor da acusação. Alguns foram ao ponto de sugerir que, como grupo, os arguidos estariam numa situação melhor se nenhum aceitasse o *plea bargain* e insistissem no julgamento<sup>57</sup>. Sugere-se que fazer isto “rebutaria” com o sistema e a ameaça dessa possibilidade faria com que os procuradores modificassem as suas práticas.

<sup>54</sup> Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 U. CHI. L. REV. 50 (1968).

<sup>55</sup> Stephanos Bibas, *Plea-Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 HARV. L. REV. 2464 (2004); Ver ainda Alschuler, *supra* note 53 and Oppel, *supra* note 24.

<sup>56</sup> Alschuler, *supra* note 54.

<sup>57</sup> Alexander, *supra* note 52; Ver ainda Bar-Gill, Oren and Omri Ben-Shahar, "The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma" (Spring 2010) em <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv33n1/regv33n1-4.pdf>.

É escusado dizer que, caso o “colapso” do sistema fosse possível, isto levaria o *plea bargaining* a uma paragem forçada. Claro que tal não seria possível por uma série de razões. Talvez a primeira destas razões seja o facto de arguidos individualmente estarem principalmente, e de forma compreensível, preocupados com os seus próprios interesses<sup>58</sup>. Qualquer sentimento de solidariedade relativamente a outros arguidos é secundário relativamente ao facto de que cada arguido ficará melhor se aceitar um *plea bargain* no seu caso do que se o recusar para ajudar a promover mudanças no sistema.<sup>59</sup> Apesar da impraticabilidade de tais propostas, elas ajudam, todavia, a chamar a atenção para as questões relativas ao *plea bargaining* e promover a ideia de que o sistema do *plea bargaining* carece de reforma.

Antes de discutir o futuro do *plea bargaining*, devo acrescentar uma última preocupação, que é frequentemente exprimida pelos membros do público em geral. Existe um segmento significativo da população que considera o *plea bargaining* como demasiado indulgente com os malfeitores<sup>60</sup>. Aqueles que perfilham esta visão, sustentam que os arguidos escapam frequentemente à sua justa retribuição fazendo *plea bargaining* por uma acusação mais leve ou uma pena mais baixa, ou ambos. A confiança no sistema judicial deveria ser uma preocupação cimeira e é seriamente minada quando o público acredita que a justiça, em si, pode ser negociada.

## O FUTURO DO PLEA BARGAINING

Apesar dos inúmeros desafios que enfrenta, é improvável que o *plea bargaining* desapareça da prática criminal Americana. Na verdade, o Supremo Tribunal sublinhou recentemente o que é denominado como o “papel central que o *plea bargaining* assume em assegurar condenações e determinar penas”<sup>61</sup>.

No caso *Missouri v. Frye*, o Tribunal considerou o escopo do direito constitucional do arguido à efectiva assistência de defensor<sup>62</sup>. reafirmou que o *plea bargaining*, tal como o próprio julgamento, é uma “fase crítica” do processo penal<sup>63</sup>. “No actual sistema de justiça criminal,” afirmou o Tribunal, “a negociação de uma *plea bargain*, e não o desenrolar de um julgamento, é quase sempre o momento crítico para um arguido”<sup>64</sup>. Como resultado, o Tribunal decidiu que um arguido tem direito à efectiva assistência de defensor,

---

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> Olin, Dirk. “The Way We Live Now: 9-29-02: Crash Course; Plea Bargaining” *The New York Times Magazine*. September 29, 2002.

<sup>61</sup> *Lafler, supra* at 1388.

<sup>62</sup> *Frye, supra* note 5.

<sup>63</sup> *Id.* at 1405.

<sup>64</sup> *Id.* at 1406.

não apenas durante o julgamento, mas também durante o processo de *plea bargaining*. “Menos do que isto” afirmou o Supremo Tribunal, “pode negar ao arguido a efectiva representação por advogado na única fase em que assistência e conselho legal o ajudariam”<sup>65</sup>.

No caso *Lafler v. Cooper*, o arguido, a conselho do seu defensor, rejeitou a oferta do Ministério Público de uma *plea bargain* favorável<sup>66</sup>. Em vez disso, foi julgado, na sequência do que foi condenado a uma longa pena de prisão. Apesar de o julgamento em si ter sido justo e isento de erro, o Tribunal concluiu que o resultado desfavorável se ficou a dever à ineficiência do seu defensor durante as negociações do *plea*. Tendo chegado a tal conclusão, o Tribunal afirmou que nem um julgamento justo “limpa” a assistência ineficiente do advogado durante o *plea bargaining*.

Com esta decisão, o Supremo Tribunal confirmou uma vez mais o importante papel que o *plea bargaining* continua a desempenhar no sistema de justiça criminal Americano.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, deixem-me dizer-vos que, nos Estados Unidos, o *plea bargaining* está para ficar. O facto de desempenhar um papel central no processo penal Americano não significa, todavia, que esta prática esteja acima de qualquer crítica ou reforma.

À medida que a discussão sobre o *plea bargaining* ganha um público maior, é de esperar que mais abordagens esclarecidas ao processo venham a ocorrer. Recentes decisões do Supremo Tribunal, independentemente do seu significado estritamente jurídico, foram um importante lembrete do papel central do *plea bargaining* no sistema de justiça criminal do nosso país. Relativamente a isto, o Supremo Tribunal ajudou a tirar o *plea bargaining* da obscuridade e trazê-lo para a luz do dia.

Podemos apenas esperar que uma maior consciência dos desafios apresentados pelo *plea bargaining* irá promover o aperfeiçoamento e, onde necessário, a reforma desta excepção que se tornou regra.

---

<sup>65</sup> *Id.* at 1408.

<sup>66</sup> *Lafler*, *supra* note 4.

# A NEGOCIAÇÃO DAS PENAS NO DIREITO ITALIANO

## (O CHAMADO *PATTEGGIAMENTO*)

ROBERTO ANGELINI

*Patteggiamento* é o *nomem juris* de um instituto jurídico do direito processual penal acusatório italiano, introduzido no ordenamento jurídico em 1981 (curiosamente ainda na vigência do sistema inquisitório), relativo à negociação das penas, que se foi desenvolvendo até hoje, e que constitui um importante instrumento de deflação processual ao nível da pequena e média criminalidade. Este breve ensaio visa ilustrar sinteticamente as características principais deste procedimento especial, com particular referência ao problema da conciliação da natureza da condenação negociada com o princípio *nulla poena sine iudicio*.

### 1. A PENA NEGOCIADA NO PROCESSO PENAL ITALIANO

Este breve ensaio visa ilustrar as formas de negociação das penas no direito italiano, definindo sinteticamente as características principais do procedimento especial destinado a esta finalidade, o chamado *patteggiamento*<sup>1</sup>.

Antes de abordar o tema principal desta dissertação, para maior clareza, é preciso contextualizar o instituto da pena negociada dentro do esquema geral processo penal italiano.

Na Itália, desde 1989, vigora um código de processo penal de tipo acusatório. A 24 de Outubro de 1988 foi aprovada a chamada *Legge Vassalli* (sendo o Prof. Giuliano Vassalli naquela época o Ministro italiano da Justiça) e exatamente um ano depois, a 24 de Outubro de 1989, entrou em vigor o novo código, substituindo o velho código Rocco, que remontava a 1930, em plena época fascista, sendo um código inquisitório.

O legislador de 1988 criou um esquema comum de processo penal em que todas as garantias constitucionais foram reconhecidas, mas também

---

<sup>1</sup> Entre os estudos monográficos, ver, por ex., MATTEO CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009; GIANLUCA BRIZZI, *Il patteggiamento*, Giappichelli, Torino, 2008; MARZIA MANISCALCO, *Il patteggiamento*, Utet, Torino, 2006; STEFANO MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Milano, 2005; LUCA CREMONESI, *Il patteggiamento nel processo penale*, Padova, 2005.

longo e dispendioso. Por isso, a *latere* deste esquema comum, criou também alguns procedimentos alternativos com função de deflação, ou seja: muito mais rápidos mas — como não poderia não ser — com menos garantias para os arguidos, induzidos a solicitá-los em função dos benefícios que, em troca de uma fisiológica perda de proteção, os mencionados procedimentos proporcionam.

Refiro-me, sobretudo, ao processo abreviado — bem conhecido em Portugal também — e ao chamado *patteggiamento*.

O processo penal comum italiano está dividido — exatamente como o português — em três fases: inquérito, audiência preliminar e julgamento (sendo obviamente eventual a fase das impugnações).

A primeira fase denomina-se *indagini preliminari* e visa investigar se foi praticado um crime e, na afirmativa, quem foi o seu autor. Tal fase é conduzida pelo Ministério Público (*Pubblico Ministero*) que, caso conclua pela existência de indícios suficientes de crime cometido por determinada pessoa, deduz acusação contra a mesma. Esta é designada *indagato*. O objectivo é sujeitar o *indagato* a julgamento perante o Tribunal, para aplicação de uma pena. Na situação contrária, o Ministério Público pede ao juiz que profira um despacho de arquivamento. A finalidade é que o processo seja encerrado.

Há depois uma fase intermédia à da *udienza preliminare*, perante um juiz chamado *G.U.P.*, ou seja: *Giudice dell'Udienza Preliminare*, que pode proferir despacho de arquivamento (*sentenza de non luogo a procedere*) ou determinar que a pessoa investigada seja levada a julgamento (com *ordinanza de rinvio a giudizio*). Neste último caso, a pessoa em questão deixa de ser designada como simples *indagato* e toma o *nomen* de *imputato* (arguido).

A final há o julgamento (*dibattimento*), fase perante o Tribunal ou, para os crimes menos graves, perante o Juiz singular: o arguido é confrontado com a acusação, há inquirição de testemunhas (*cross-examination*), formação das provas e a final é proferida uma sentença de absolvição ou de condenação.

## 2. O “PATTEGGIAMENTO” — CARACTERÍSTICAS GERAIS

O *patteggiamento* é o *nomen* que se impôs na prática forense italiana para designar o instituto da «aplicação da pena a pedido das partes» (*applicazione della pena su richiesta*), que o CPP prevê nos arts. 444.º ss.

Trata-se de um instituto de negociação de penas, por via do qual o juiz aplica, por sentença, uma pena que foi proposta por acordo das partes, isto é pelo *Pubblico Ministero* e pelo arguido; instituto este que é transversal às (outras) várias formas procedimentais especiais (*abbreviato, direttissimo, per decreto e immediato*); abarcando um feixe muito alargado que vai para além da chamada pequena e média criminalidade, sendo gizado, justamente, para atalhar ao volume crescente de processos penais de baixa intensidade, vindo mais tarde a alargar-se o seu campo de aplicação.



A decisão judicial, quando há *patteggiamento*, é tomada face ao estado do processo, isto é, apenas com base no processo de inquérito (e deste e do processo do advogado, se as *investigazioni difensive* tiverem ocorrido).

A introdução do *patteggiamento* no sistema jurídico italiano ocorreu — por paradoxo — quando o sistema era ainda inquisitório: em 1981, com o art. 77.º da Lei n.º 689 (conhecida como *Legge di depenalizzazione*).

O art. 77.º desta lei previa que o arguido, antes do começo do julgamento, pudesse pedir ao juiz, caso o crime fosse punível até dois anos de prisão, a aplicação de uma multa ou da medida da *libertà controllata*. Se o juiz concordasse (e o Ministério Público também), o arguido evitava o julgamento e o juiz declarava a extinção do processo e determinava a sanção substitutiva e a sua duração. Esse benefício, porém, não se podia obter mais que uma vez e, por isso, a sentença de extinção do processo por *patteggiamento* precisava de ser anotada no registo criminal.

Talvez tenha sido esta a razão pela qual esta forma primordial de *patteggiamento* raramente foi usada pelos arguidos.

### 3. O CHAMADO PATTEGGIAMENTO ALLARGATO

A introdução “orgânica” do *patteggiamento* no sistema processual penal italiano veio a acontecer com o código de 1989.

Inicialmente o *patteggiamento* estava previsto apenas para as contravenções e crimes punidos com prisão até dois anos, mas em 2003 a Lei n.º 134 <sup>2</sup> alargou a possibilidade de aplicação de penas a pedido das partes a crimes mais graves, envolvendo uma pena de prisão ou prisão e multa até cinco anos.

Todavia, no caso de penas superiores a dois anos de prisão, só os arguidos primários podem requerer o *patteggiamento* e os seus benefícios (que se referirão adiante).

Para além disso, a lei exclui, expressamente, vários crimes desta possibilidade, como ocorre com a associação criminosa, o crime organizado, o terrorismo, o sequestro, certos crimes de violência sexual ou ligados à prostituição e à pornografia infantil e outros crimes graves.

Não se pense, porém, que estas exclusões tornam residual esta modalidade *allargata*: o espectro em que é aplicável o *patteggiamento* é imenso, pois aplica-se a todos os outros crimes em que a pena concreta vá até sete anos e meio de prisão (antes da redução de 1/3), e aqui incluem-se, por exemplo, a tentativa de homicídio, o roubo, o peculato, a extorsão, etc.

---

<sup>2</sup> Ver, por ex., ENNIO AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, em Cassazione Penale, 2004, págs. 700 e ss.; FRANCESCO PERONI, et. al., *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, Utet, Torino, 2004.

Isto significa, em abstrato, que em casos em que haja sobejas circunstâncias atenuantes, são negociáveis e por isso suscetíveis de *patteggiamento* crimes puníveis com penas que poderiam ir até onze anos de prisão.

#### 4. O PAPEL DO JUIZ

Na sequência de pedido das partes o juiz deverá apenas:

- 1) verificar a correção da qualificação jurídica dos factos e
- 2) considerar a adequação do *quantum* da pena proposta.

O juiz aceitará o pedido (por *sentenza*) ou rejeitá-lo-á *in toto* (por *ordinanza*); mas não pode modificar o seu conteúdo. Não pode, por exemplo, rejeitar o pedido das partes por considerar desajustada a pena concreta e fixar outra. O mesmo será dizer, que não pode interferir na relação dialética das partes e sobrepor a sua vontade à delas.

Considerando desajustada a concertação feita pelas partes, o juiz rejeita o pedido, expondo as suas razões, e faz retornar o processo ao *Pubblico Ministero*: neste caso, se as partes nisso convierem, renovarão o pedido, aumentando ou reduzindo a pena e submetendo-o novamente à apreciação do juiz.

Este, por seu turno, continua livre na apreciação do caso, podendo inclusivamente (se considerar que, de acordo com os autos, o facto não constitui crime, ou este não foi cometido pelo acusado, ou que falta uma qualquer condição de procedibilidade) absolver o arguido (art. 129.º).

#### 5. OS BENEFÍCIOS DO ARGUIDO

No que respeita aos crimes até dois anos de prisão são concedidos ao arguido vários incentivos para o *patteggiamento*:

- a pena negociada sofre uma redução substancial, que a lei diz que pode ir “até 1/3”, mas que na verdade é sempre de 1/3 (na prática dos tribunais);
- se a pena acordada pelas partes não exceder dois anos de prisão, o arguido obtém:
  - a) a suspensão condizionale da pena, que para além de suspender a prisão, também extinguirá a própria condenação se o acusado não cometer outros crimes da mesma natureza nos cinco anos seguintes; tratando-se de uma contravenção, aquele prazo é de apenas dois anos;
  - b) dispensa de pagamento das custas do processo;

- c) não lhe são aplicadas quaisquer penas acessórias (que muitas vezes são bem mais aflitivas do que as principais, como acontece por exemplo com a interdição do exercício de uma profissão, arte ou ofício);
- d) não lhe são também aplicadas as medidas de segurança que seriam aplicáveis (com exceção do confisco).

Já nos casos em que a pena concreta for superior a dois anos (e até cinco anos) de prisão o benefício para o arguido é apenas a redução de 1/3 da pena.

## 6. PROCEDIMENTO COMUM: MOMENTO E PRAZOS DO PEDIDO

O momento natural para o acordo se firmar é a audiência preliminar, já que é nela que o acusado toma conhecimento de todos os atos do inquérito e fica em condições de ponderar a sua estratégia de defesa.

O *dies ad quem* é o da apresentação de conclusões por parte do Ministério Público e por parte do advogado do arguido.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o *patteggiamento* ser pedido mesmo antes da audiência preliminar, ainda na fase de inquérito (*indagini preliminari*), caso em que se evita não apenas a audiência de julgamento, mas também a audiência preliminar (art. 447.º). Nessa circunstância o pedido é apresentado ao juiz das investigações preliminares (*Giudice dell'Indagini Preliminare «G.I.P.»* — equivalente do J.I.C. português) e não ao juiz da audiência preliminar (*Giudice dell'Udienza Preliminare «G.U.P.»*)<sup>3</sup>.

O pedido pode ser apresentado por ambas as partes ou por uma delas, anexando a anuência escrita da outra. Mas pode também uma das partes apresentar um *interpello*, isto é, delinear um projeto de sentença, pedindo ao juiz para fixar um prazo para a outra parte vir a juízo dar o seu consentimento ou manifestar discordância. Neste caso, até ao termo do prazo fixado pelo juiz, o pedido é irrevogável. Logo que recebido o consentimento da outra parte, é marcada audiência para audição das partes.

Quando o pedido é feito por ambas as partes, o juiz marca também audiência, para audição de partes e decisão. O *Pubblico Ministero* tem então de apresentar o processo ao Tribunal (na secretaria do Tribunal) com pelo menos três dias de antecedência face à data designada.

## 7. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS: MOMENTO E PRAZOS DO PEDIDO

Pode acontecer que o pedido de *patteggiamento* seja formulado no decurso de um (outro) procedimento especial.

<sup>3</sup> Na Itália, *G.I.P.* e *G.U.P.* devem ser pessoas físicas diferentes, estabeleceu uma lei de 1999 (a chamada *Legge Carotti*: Lei 16 de Dezembro de 1999, n.º 479).

No processo *direttissimo* (equivalente ao processo sumário do direito português) o pedido pode ser apresentado até à declaração de abertura da audiência de julgamento (art. 449.º ss.).

O mesmo acontece nos casos de *citazione diretta a giudizio* — art. 550.º ss. — (procedimento criminal perante Juiz singular para casos de contravenção ou de pena de prisão — com ou sem multa — até quatro anos).

No *giudizio immediato* (equivalente ao processo abreviado do direito português), o *patteggiamento* pode ser pedido no prazo de 15 dias a partir da notificação do despacho (*decreto*) que designa data para audiência de julgamento (art. 453.º ss.).

Em vez disso, se o Ministério Público proceder *per decreto penale di condanna* (rito parecido com o processo sumaríssimo português mas em que se aplica somente pena pecuniária), a solicitação deve ser apresentada com o requerimento de ordem penal (art. 459.º ss.).

## 8. DISSENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sempre que solicitado o *patteggiamento* pelo arguido e não se obtendo concordância do Ministério Público, este tem o dever de justificar as razões da sua discordância. Perante elas o arguido pode renovar o pedido antes da declaração de abertura do julgamento de primeira instância. Nesse caso, se o agente do Ministério Público presente na audiência estiver de acordo, o juiz avaliará o pedido e, se o considerar fundamentado, profere imediatamente sentença.

Mas se o *Pubblico Ministero* não der o seu acordo (justificando a sua posição), o juiz deverá então proceder à produção da prova arrolada pela acusação e só a final apreciar se as razões apresentadas pelo Ministério Público são ou não procedentes <sup>4</sup>. Se considerar que a oposição é injustificada, o juiz profere sentença de acordo com a proposta feita pelo arguido. Nesse caso, porém, o Ministério Público tem o direito de recorrer. Sendo este é o único caso em que se prevê a possibilidade de recurso de apelação da sentença de *patteggiamento* <sup>5</sup>. Nos demais casos a sentença é definitiva, podendo apenas ser impugnada perante a *Corte di Cassazione*, por razões de legitimidade.

## 9. REJEIÇÃO DO PEDIDO PELO JUIZ

Diferentemente ocorre no caso de perante o acordo do Ministério Público e do arguido o juiz rejeitar o pedido de *patteggiamento* e, conseqüentemente,

<sup>4</sup> Este procedimento corresponde à orientação dada pelo Tribunal Constitucional (*ordinanza* n.º 100/2003), à qual todos os tribunais estão vinculados.

<sup>5</sup> Perante a *Corte d'Appello*.

julgar a causa, condenando a final o arguido em conformidade com esse julgamento. Neste caso o arguido que considere injustificada a rejeição do *patteggiamento* (e só ele; já não o Ministério Público) pode apelar do despacho (*ordinanza*) de rejeição do acordo, juntamente com a *sentenza* condenatória, sendo o fundamento do recurso a irrazoabilidade da recusa.

## 10. NATUREZA JURÍDICA DA CONDENAÇÃO DE *PATTEGGIAMENTO*

Dispõe a lei expressamente que: a *sentenza* de *patteggiamento*, «reservada disposição em contrário, é equiparada à decisão condenatória» (art. 445.º, alínea 1.ª-*bis* CPP).

A referência à equivalência naquele dispositivo patenteia que a lei não considera o *patteggiamento* um julgamento em sentido próprio. Isto é, devido às peculiaridades da *sentenza* negociada, que difere da *sentenza* condenatória subjacente a um juízo sobre a culpa, a aplicação de uma pena a pedido das partes (ou *patteggiamento*), parece que não equivale a uma admissão de culpa, tanto assim que o juiz, mesmo em face de uma confissão do acusado, tem o poder de o absolver (art. 129.º).

Na verdade o que subjaz ao *patteggiamento* é um *nolo contendere*, isto é, uma renúncia à defesa, que pode basear-se em motivos os mais diversos, tais como, por exemplo, evitar o custo e a publicidade subjacente a um julgamento. É por isso que o legislador de 1988 estabeleceu que o juízo de *patteggiamento* é apenas *equiparado* ao de condenação, pois que se firma somente na renúncia a uma constatação positiva da responsabilidade criminal <sup>6</sup>.

A doutrina questiona a conciliação da natureza desta condenação com o princípio *nulla poena sine iudicio*, pois que, em verdade, a pena é aplicada independentemente de uma avaliação da culpa do arguido, o qual, lembre-se, se presume inocente (art. 27.º, alínea 2.ª, da Constituição italiana).

Outro dos problemas prende-se com o princípio constitucional da indisponibilidade de liberdade pessoal, previsto no art. 13.º, alínea 1.ª, da Constituição italiana como direito fundamental.

A doutrina e a jurisprudência italianas registam duas orientações sobre esta questão da natureza jurídica da *sentenza* de *patteggiamento*. Para uns <sup>7</sup> a *sentenza* que aceita o *patteggiamento* contém, pelo menos implicitamente, uma avaliação da responsabilidade do arguido. Mas outros <sup>8</sup> consideram que não contém nenhuma avaliação dessa responsabilidade.

<sup>6</sup> Conforme refere o relatório preambular do CPP.

<sup>7</sup> Sobretudo Corte di Cassazione, Secções Unidas, 27 de março de 1992; na doutrina PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2012.

<sup>8</sup> Sobretudo Corte di Cassazione, Secções Unidas, 26 de fevereiro de 1997.

Esta posição ficou talvez mais frágil depois da Lei n.º 134, de 2003, com o *patteggiamento allargato*, porquanto podendo-se agora aplicar uma pena negociada de prisão até cinco anos, será mais difícil argumentar que se possa impor uma pena de prisão por tantos anos, mesmo sem uma implícita avaliação do crime e, conseqüentemente, da culpa do arguido.

Acresce que, entretanto, o legislador (de par com a interpretação feita pela jurisprudência) tem vindo nos últimos anos a eliminar, expressamente, a maioria dos casos nos quais ele próprio excluía a equiparação entre *patteggiamento* e condenação:

- por exemplo, a sentença de *patteggiamento* não causava o efeito de caso julgado (*res judicata*); mas em 2001, através da Lei n.º 27, passou a ter valor de caso julgado para efeitos disciplinares perante as autoridades públicas (continuando porém a não ter o mesmo efeito em matéria civil e administrativa);
- outro exemplo é o de anteriormente a sentença de *patteggiamento* não implicar a revogação do benefício da suspensão condicional da pena anteriormente concedida por outro juiz; mas hoje é já susceptível de provocar essa revogação<sup>9</sup>. O mesmo se diga a propósito da revisão da própria sentença de *patteggiamento*, anteriormente não permitida e hoje admissível (a partir da modificação do art. 629.º CPP por parte da mesma Lei n.º 134/2003).

Subsistem algumas disposições na lei onde ainda se exige uma diferenciação entre a pena negociada e a condenação, como acontece na chamada *testimonianza assistita*. A testemunha assistida (a testemunha que depõe assistida pelo seu advogado) contra a qual foi emitida uma condenação definitiva não pode ser obrigada a depor sobre factos que foram objeto daquela sentença (como acontece no art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP português); mas aquela que negociou a sua própria pena não tem esse privilégio, é obrigada a depor sobre factos que foram objeto da sentença negociada.

## 11. DA INDEMNIZAÇÃO CIVIL

Em conformidade com o que resulta expressamente do parágrafo 2.º do art. 444.º do CPP, havendo um pedido civil enxertado no processo penal, o *patteggiamento* não o abrange. Neste caso as partes são remetidas para a jurisdição respetiva, condenando-se porém o arguido a pagar as despesas que aquele pedido importou, exceto se houver motivos justificados para a compensação total ou parcial.

---

<sup>9</sup> Corte di Cassazione, n.º 17781, 23 de maio de 2006.

## 12. CONCLUSÕES

Em geral, o processo penal comum (ou seja: *adversary*) deveria ser utilizado para os casos de maior complexidade e o *patteggiamento* (assim como o procedimento abreviado) para os casos estruturalmente mais simples ou com menor dificuldade evidencial. Na prática, porém, acontece algo de diferente (pelo menos na Itália): frequentemente não é a complexidade do caso que determina a escolha do processo comum, mas a “crise do sistema processual-penal” (a falta endémica de recursos materiais e a patológica duração do processo) a incentivar as partes a pedir o *patteggiamento*, principalmente o Ministério Público, às vezes encorajando o arguido a preferir essa solução negociada, oferecendo-lhe vantajosos descontos de pena.

Se não houvesse risco de prescrição e se os recursos materiais e pessoais de nossos tribunais fossem adequados para chegar em prazos razoáveis a uma sentença justa, depois de uma instrução completa e exaustiva, baseada em provas que dêem uma certeza para além de uma dúvida razoável<sup>10</sup> acerca da culpabilidade do arguido, o processo comum seria preferível à justiça negociada. Isso não só porque o processo comum respeita muito mais as garantias procedimentais (e constitucionais), mas também porque uma sanção aplicada na sequência de um processo comum, se mostrará mais ajustada. A pena decorrente do *patteggiamento* (assim como a obtida no juízo abreviado) é muito pouco ajustada às finalidades gizadas pelo ordenamento jurídico. Representa apenas uma modesta fração da sanção que o legislador originariamente previu. É por isso pouco conforme ao critério de proporcionalidade e nem parece satisfazer as exigências de prevenção geral (pois é intrinsecamente *leve*) ou da ressocialização (não sendo doseada considerando as necessidades reeducativas do arguido).

Por isso, é claro que, abstratamente, o processo comum é preferível ao procedimento negociado. Mas não há como negar que diante de uma realidade concreta como a do processo atual — que produz sanções que não são efetivamente (tal como a pena suspensa) ou respostas que não são quanto ao mérito da causa (tal como a prescrição, que frequentemente torna inútil todo o trabalho desempenhado, deixando as vítimas dos crimes sem uma proteção efectiva dos seus direitos) — o recurso à justiça negociada representa uma solução alternativa que, mesmo com todos os seus defeitos e limitações, é imprescindível num sistema acusatório.

---

<sup>10</sup> De acordo com regra anglo-saxónica “b.a.r.d.”, ou seja: *beyond any reasonable doubt*.