

Aproximação ao acordo sobre a sentença (*Verständigung*) no processo penal alemão: história, controvérsias e estado atual

An Approach towards the “plea agreement” (Verständigung) in German Criminal Procedure: history, controversies and current status

Felipe da Costa de-Lorenzi 

Resumo: Este artigo descreve, de forma panorâmica, os mais importantes aspectos da *Verständigung* no Direito Processual Penal alemão. Referido instituto possibilita a realização de acordos entre o tribunal, o acusado e o promotor, cujo principal objetivo é abreviar o processo, o qual permite que se troque a confissão do réu por uma mitigação da pena. Primeiramente, são abordados aspectos históricos, tais como a revelação ao público de sua existência informal, as principais decisões dos tribunais superiores e a regulamentação legal. Em seguida, apresenta-se uma síntese dos principais argumentos favoráveis e contrários trazidos pela doutrina alemã, sobretudo aqueles baseados em princípios e máximas processuais. Na sequência, é analisada a regulamentação normativa atualmente vigente. Por fim, realiza-se um breve balanço de como o estudo do acordo na Alemanha pode contribuir para a discussão político-criminal sobre os acordos em outros países, com destaque ao contexto brasileiro.

Palavras-chave: direito processual penal; Alemanha; justiça penal negociada; *Verständigung*; *Absprache*; *plea bargaining*; § 257c StPO.

Abstract: This article provides an overview of the most relevant aspects of *Verständigung* in German Criminal Procedure Law. This legal institute regulates agreements between the court, the defendant, and the prosecutor, with the main objective of expediting the procedure by exchanging the defendant's confession for a mitigation in the punishment. In the first section, the text addresses historical aspects of criminal deals in Germany, such as the public disclosure of its informal existence, the main decisions of higher courts, and the legal regulation of this kind of agreement. Next, it presents a summary of the main arguments in favor and against the institute, mainly those based on procedural principles and maxims recognized by the German law doctrine. Subsequently, the currently applicable regulatory framework is analyzed. Finally, the paper briefly assesses how the study of criminal agreements in German Law can contribute to the criminal policy discussion about deals in other countries, focusing on the Brazilian context.

Keywords: criminal procedure law; Germany; negotiated agreements in criminal law; *Verständigung*; *Absprache*; *plea bargaining*; § 257c StPO.

Sumário: 1 Introdução: Por que estudar os acordos no processo penal alemão?; 2 Evolução histórica dos acordos na Alemanha; 3 Argumentos favoráveis e contrários ao acordo sobre a sentença na doutrina alemã; 3.1 Verdade material v. consenso; 3.2 Máximas e princípios que conflitam com o acordo sobre a sentença; 3.3 Máximas processuais que dão suporte ao acordo sobre a sentença; 4 A regulamentação atual e sua interpretação; 5 Considerações finais: O que podemos extrair da discussão alemã?; Referências.

1 Introdução: Por que estudar os acordos no processo penal alemão?

Pelo menos desde as últimas três décadas do século passado, há uma clara tendência ao incremento da utilização de acordos no processo penal. A justiça penal negociada, há tempos presente na tradição de *common law*, passou a ser incorporada em diversos países de tradição romano-germânica¹, inclusive latino-americanos². O Brasil não foi exceção e, desde a década de 1990, adotou mecanismos de consenso no processo penal, com legislações que possibilitaram a composição dos danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo³ e a colaboração premiada⁴. Recentemente, a ampla utilização do instituto da colaboração premiada em casos de grande repercussão social, sobretudo na chamada Operação Lava Jato, e a incorporação do acordo de não persecução penal levaram a uma reavaliação da discussão a respeito da justiça negociada no ordenamento brasileiro. Nessa esteira, discute-se, atualmente, a inserção do último estágio da justiça penal negociada: instituto que permite a negociação entre as partes de uma mitigação da pena em troca da admissão de culpa pelo réu, a qual fundamentará a condenação⁵; é o denominado acordo sobre a sentença

-
- 1 LANGER, *Harvard International Law Journal* 45, p. 26 e ss.; THAMAN, *World plea bargaining*, p. XVII-XVIII.
 - 2 A respeito: ANITUA, *RBDPP* 1, p. 44 e ss.; HERRERA GUERRERO, *La negociación en el nuevo proceso penal*, p. 149 e ss.
 - 3 Arts. 72, 76 e 89 da Lei nº 9.099/1995, respectivamente.
 - 4 Presente em diversas legislações, a colaboração premiada foi prevista pela primeira vez no art. 7º da Lei nº 8.072/1990, onde ainda não havia possibilidade de negociação. A ideia de concessão de benefícios ao colaborador em razão de um acordo é inserida, pioneiramente, no art. 13 da Lei nº 9.807/1999 (“a requerimento das partes”). O regramento mais recente e importante da colaboração premiada é feito pela Lei nº 12.850/2013, com ulteriores alterações pela Lei nº 13.964/2019. Cf. DE-LORENZI, *RBCCrim* 155, p. 297, nota 11; DE-LORENZI, *Boletim IBCCrim* 345, p. 16.
 - 5 No Projeto de Novo Código de Processo Penal, aprovado pelo Senado Federal (PLS 156/2009) e que tramita atualmente na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010), consta instituto nesses moldes, sob a denominação “procedimento sumário” (art. 283, no texto final aprovado pelo Senado Federal). Também na proposição legislativa original que resultou na chamada Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) constava instituto desse tipo, o qual, porém, foi retirado ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados, permanecendo no texto promulgado apenas o acordo de não persecução penal. Na doutrina brasileira, discutem essa modalidade de acordo, por exemplo: DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*; VASCONCELLOS, *Barganha e justiça criminal*; BRANDALISE, *Justiça penal negociada*; ANDRADE, *Justiça penal consensual*; CUNHA, *Acordos de admissão de culpa no processo penal*; SOUSA, *Plea bargaining no Brasil*.

penal⁶. O objetivo desse instituto consiste em reduzir a duração do processo por meio da supressão da instrução probatória. A principal diferença em relação a institutos anteriores, como a suspensão condicional, a transação penal e o acordo de não persecução penal, é que, nestes, não há sentença condenatória e tampouco pode ser aplicada pena privativa de liberdade, enquanto os acordos sobre a sentença acarretam condenação e permitem emprego da prisão; em relação à colaboração premiada, a principal diferença é de que ela exige que o réu preste auxílio em relação à persecução de terceiros, enquanto nesse novo instituto basta ao imputado confessar o próprio crime.

A influência e inspiração mais evidente para a incorporação de um instituto dessa natureza é o *plea bargaining* estadunidense⁷. No entanto, tendo em vista que os Estados Unidos integram outra tradição jurídica – o *common law* –, a importação do instituto exigiria uma adaptação a nossa tradição de *civil law* e à realidade social e jurídica brasileira. Diante do fato de que países pertencentes à tradição jurídica da qual o Brasil faz parte já adotaram institutos semelhantes aos que são discutidos nos referidos projetos de lei, uma mirada no modo como funciona a justiça negociada nesses países pode render bons frutos para o debate brasileiro⁸. Por essa razão, este artigo objetiva oferecer uma descrição panorâmica do acordo sobre a sentença no ordenamento jurídico alemão, comumente denominado *Verständigung* ou *Absprache*⁹. Embora o foco seja o Brasil, esse

6 Em outra sede, defini essa modalidade de acordo com base em cinco características cumulativa: “1) a substituição ou redução substancial da fase de instrução; 2) a concessão de um benefício penal em troca de uma voluntária manifestação do réu que serve como fundamento para a sentença; 3) os efeitos de sentença condenatória ou equiparáveis; 4) a possibilidade de efetiva aplicação até mesmo de pena privativa de liberdade; 5) a possibilidade de aplicação a crimes de média ou alta gravidade” (DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, p. 65).

7 LANGER, *Harvard International Law Journal* 45, p. 3.

8 Conforme Langer, em diversos países (Alemanha, Itália, França e Argentina) houve uma “tradução jurídica” do *plea bargaining*, na qual ele foi adaptado, de diferentes formas, aos processos de *civil law* (LANGER, *Harvard International Law Journal* 45, p. 62-64). No mesmo sentido, Rinceanu afirma ser justificada a distinção – terminológica, mas por razões materiais – entre os modelos estadunidense e alemão, em razão das diferenças entre os sistemas, como aquela existente entre *confissão* (*Geständnis*) e a assunção da responsabilidade (*guilty plea*) (RINCEANU, *REC* 69, p. 17).

9 Conforme aponta Peters, uma série de termos são utilizados para descrever o fenômeno: *Absprache*, *Verständigung*, *Vergleich*, *Vereinbarung*, *Deal*, *Handel* e *Mauschelei* (PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 7). As traduções variam entre “acordo” e “negociação”, com exceção do último, que tem um sentido claramente pejorativo, como uma espécie de “conchavo”. A legislação atualmente vigente adotou o termo *Verständigung*, que pode ainda ser traduzido como “entendimento”.

exame pode também contribuir para a discussão dos acordos em outros países latino-americanos, como o Chile, por exemplo¹⁰.

É preciso atentar, porém, que no processo penal alemão existem duas formas principais de acordo. A primeira, prevista no § 153a do Código de Processo Penal (*Straprozessordnung – StPO*), possibilita a suspensão do processo mediante imposição de condições ao réu. Essa modalidade possui requisitos legais específicos, aplicando-se apenas a “delitos”¹¹, quando o interesse público na persecução possa ser afastado pelo cumprimento de certas condições (por exemplo, reparação do dano, prestação pecuniária para instituição de caridade, serviços à comunidade etc.) e a culpabilidade do autor não seja um impeditivo. A culpabilidade nesse tipo de acordo não é afirmada – isso é, não há condenação –, bastando que haja uma suspeita suficiente (*hinreichender Verdacht*), o mesmo requisito exigido para o oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo tribunal. Além disso, a concordância não implica assunção da culpa pelo réu e não pode haver aplicação de pena privativa de liberdade¹². A segunda forma de acordo, estabelecida pelo § 257c StPO, não traz restrições baseadas na gravidade do crime e pressupõe uma confissão, resultando na condenação do réu e permitindo a aplicação de pena privativa de liberdade. Em uma aproximação com o ordenamento brasileiro, o primeiro instituto se assemelha à transação penal, à suspensão condicional do processo e ao acordo de não persecução penal; o segundo se refere ao acordo sobre a sentença, que, até o momento, não tem previsão legal no Brasil. O objeto deste artigo restringe-se ao segundo instituto.

A análise será estruturada em três partes: inicia-se pela exposição do histórico do acordo sobre a sentença na Alemanha, considerando a jurisprudência, a doutrina e a legislação (item 2); em seguida, apresentam-se as principais razões apontadas pela doutrina para a crítica e a defesa do acordo (item 3); na sequência,

10 Aparentemente o Chile passou por um processo semelhante ao que agora se está tentando fazer no Brasil. Primeiramente, no Código de Processo Penal, aprovado em 2000, o procedimento abreviado estabelecia acordos com benefícios bastante limitados e restritos a penas em concreto não superiores a 5 anos de privação de liberdade, o que favorecia a substituição por medidas alternativas à prisão. Porém, em 2017, com a *Ley nº 20.931*, o procedimento abreviado foi alterado em relação aos crimes contra a propriedade, sendo cabível para pena em concreto de até 10 anos, o que, em conjunto com outras alterações, favorece a aplicação de pena privativa de liberdade por meio dos acordos. A respeito, cf. RIEGO, *Política Criminal* 12, p. 1088 e ss.; RIEGO, *RBDPP* 3, p. 832 e ss.

11 O Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*), no § 12, distingue “crimes” (*Verbrechen*) e “delitos” (*Vergehen*): “(1) Crimes são atos ilícitos cominados com no mínimo com pena privativa de liberdade de um ano ou mais. (2) Delitos são atos ilícitos cominados no mínimo com uma pena privativa de liberdade menor do que um ano ou com uma pena de multa” (tradução livre).

12 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 119-120.

descrevem-se os principais aspectos do regramento atual e da interpretação dada pelas cortes superiores (item 4); por fim, conclui-se com uma breve menção ao que se pode extrair para a discussão no Brasil (item 5).

2 Evolução histórica dos acordos na Alemanha

O principal diploma que disciplina o Direito Processual Penal alemão é o Código de Processo Penal (*StPO*), de 1877¹³, que adotou um modelo inquisitorial reformado, com separação dos papéis de acusar e julgar, mas que atribui poderes instrutórios ao juiz para a busca da verdade. O Código foi modificado em 1924, abolindo-se o Tribunal do Júri. No período nazista, houve alterações da legislação e criação de tribunais de exceção, mas, após o término do período totalitário, a República Federal da Alemanha reintroduziu, em 1950, o Código de 1877, com as alterações de 1924¹⁴.

Nas décadas seguintes, houve um aumento da complexidade dos processos, o que gerou uma sobrecarga de trabalho para os atores judiciais e um risco de colapso do sistema processual penal. Entre as causas para isso, são apontados o aumento da complexidade das provas, especialmente em casos envolvendo criminalidade econômica; as dificuldades que os princípios da oralidade e da imediação colocavam em casos envolvendo vasta documentação, uma vez que exigem que as provas sejam lidas pelo juiz no procedimento principal; a expansão dos direitos de defesa; a expansão do direito penal; a existência de uma nova geração de defensores, bem treinada e remunerada, capaz de postergar, por meios lícitos, a resolução do processo¹⁵.

Nesse contexto, uma reforma processual foi realizada em 1970. A resposta legislativa aos problemas não incluiu, no entanto, a adoção da negociação no processo penal; optou-se pela conversão de alguns crimes de menor gravidade em ilícitos administrativos (algumas infrações de trânsito, por exemplo) e pela ampliação da discricionariedade do Ministério Público, com inserção de espaços de oportunidade para arquivar ou suspender – mediante condições ou não – ações penais relativas a delitos (§§ 153, 153a *StPO*), e a simplificação de alguns

13 Aqui fala-se especialmente das regras procedimentais, uma vez que, em termos materiais, Greco aponta que há, desde o pós-guerra, um aumento da importância da Constituição (*Grundgesetz – GG*) sobre o processo penal (cf. GRECO, *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, p. 29 e ss.).

14 SAFFERLING/HOVEN, *German Law Journal* 15, p. 1-2.

15 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 86. VASCONCELLOS/MOELLER, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 147, p. 19.

procedimentos, como no caso da “ordem penal” (*Strafbefehl* – §§ 407 e seguintes do StPO)¹⁶. No entanto, apesar de ausência de previsão legal, promotores, advogados e juízes passaram a adotar uma prática consistente em trocar a confissão do acusado por uma mitigação da punição¹⁷. Portanto, aproximadamente desde a década de 1970¹⁸, a *Absprache* foi uma prática que passou a ocorrer secreta e informalmente, *praeter* ou *contra legem*¹⁹⁻²⁰.

A existência dos acordos no processo penal veio a público na década de 1980²¹. Destaca-se aqui o artigo anônimo de *Hans-Joachim Weider*, publicado em 1982, sob o pseudônimo de *Detlef Deal*, em que denunciou que, enquanto era sabido que os processos civis e trabalhistas podiam ser resolvidos por meio de acordos, “essa ou formas semelhantes de resolução processual de um processo penal na Justiça alemã são ainda ocultadas do conhecimento geral ou dos iniciantes na advocacia em casos criminais”²². A partir daí, a década de 1980 deu início a um grande debate doutrinário a respeito do tema. De um lado, apontava-se a violação de princípios e máximas processuais; de outro, defendia-se a legitimidade dos acordos por meio a inserção de novos modelos de legitimação do processo penal²³.

Em 1987, a discussão sobre os acordos chegou pela primeira vez ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*)²⁴, em julgamento por uma Câmara composta por três juízes²⁵. O tribunal entendeu que o principal

16 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 83-84.

17 SAFFERLING/HOVEN, *German Law Journal* 15, p. 2.

18 Conforme apontam Vasconcellos e Moeller, há discussão sobre a data na qual as práticas de acordos entre as partes surgiram no processo penal alemão, havendo quem cogite a possibilidade de elas sempre terem existido (VASCONCELLOS/MOELLER, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, p. 18, nota 22). Entretanto, há certa concordância da doutrina ao estimar o início a partir da década de 1970 (cf. SCHRÖEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 166).

19 RÖNNAU, *ZIS* 5/2018, p. 168; VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 281.

20 O que mostra o equívoco (ao menos parcial) do diagnóstico de Langbein, que em 1979 descrevia a Alemanha Ocidental como uma “terra sem *plea bargaining*”, afirmando que teria com sucesso “evitado qualquer forma de ou instituto análoga ao *plea bargaining* em seus processos para crimes graves” e sugerindo que o processo penal alemão poderia ser visto como exemplo para os Estados Unidos (LANGBEIN, *Faculty Scholarship Series*, p. 205). O equívoco pode ser apontado como parcial, porque, em comparação com os Estados Unidos, os acordos eram muito menos comuns na Alemanha à época e eram mantidos em segredo (cf. WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 83).

21 Cf. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 7; GRECO, *GA* 163, p. 2.

22 DETLEF DEAL, *Der strafprozessuale Vergleich*, p. 545.

23 GRECO, *GA* 163, p. 2. A respeito de alguns dos principais argumentos elencados pela doutrina contra e a favor dos acordos, veja-se o tópico 3 *infra*.

24 Órgão análogo ao nosso Supremo Tribunal Federal.

25 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 88.

ponto a ser discutido era o direito a um processo justo e conforme o Estado de Direito (*fairen, rechtsstaatliches Verfahren*). A sua decisão foi de que os acordos não eram inconstitucionais, desde que respeitassem os deveres judiciais de esclarecer a verdade e de fazer a correta subsunção das normas aos fatos, além daqueles relativos à determinação da pena, especialmente de imposição de uma punição adequada à culpabilidade. Da mesma forma, não poderia haver promessa de mitigação da pena aquém do “pisso” da culpabilidade, o que poderia ser ainda considerado uma pressão indevida sobre a vontade do réu²⁶.

Nos anos subsequentes, o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*)²⁷ julgou uma série de outros casos, os quais versaram sobre problemas bastante específicos dos acordos²⁸. Uma análise ampla ocorreu apenas em 1997, pelo 4º Senado do *BGH*, em uma decisão que julgou admissíveis (“*nicht generell unzulässig*”) os acordos no processo penal alemão, utilizando como base a analogia com o § 153a StPO (suspensão do processo sob condições). A Corte estabeleceu, porém, uma série de requisitos para a validade dos acordos, entre eles: que o acordo devia ser publicizado e documentado durante a audiência de instrução e julgamento – o que não excluía, no entanto, a possibilidade de conversas prévias entre as partes e o juiz – e feito mediante conhecimento e colaboração do juiz e de todas as partes; que a decisão devia corresponder à culpabilidade do acusado, mas que a confissão podia ser considerada para mitigar a pena; que não se podia violar a liberdade de vontade do acusado; que não se podia prometer uma pena exata, mas apenas um máximo de pena, e que essa promessa vinculava o juiz – com exceção apenas das situações nas quais novas circunstâncias fossem descobertas após o acordo; que não se podia acordar uma renúncia ao direito ao recurso; entre outros²⁹. Os critérios estabelecidos foram, nos anos seguintes, aplicados em outras decisões dos tribunais superiores. Uma questão, porém, continuou a ser decidida de forma controversa pelo *BGH*: a eficácia de uma renúncia a recursos³⁰.

Em 2005, em um novo julgamento, dessa vez pelo Grande Senado Criminal (*Große Senat für Strafsachen*), o *BGH* voltou a analisar a possibilidade de renúncia

26 BVerfG (Kammer), Beschluß vom 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86 (*Neue Zeitschrift für Strafrecht* 7, p. 419-421).

27 Órgão análogo ao nosso Superior Tribunal de Justiça.

28 Uma síntese desses casos pode ser encontrada em: PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 36-42.

29 *BGH*, Urteil vom 28. 8. 1997 – 4 StR 240/97 (LG Dortmund) (*Neue Juristische Wochenschrift* 51, p. 86-90). A respeito dessa decisão, veja-se: PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 42-44; ALTENHAIN, *World plea bargaining*, p. 164-166.

30 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 46-47.

cia a recursos, reafirmando de modo geral os critérios estipulados 1997 e acrescentando, no que diz respeito ao direito ao recurso, que não apenas um acordo para sua renúncia era ilegítimo, mas também qualquer atuação do tribunal para influenciar o réu a não recorrer. Além disso, estabeleceu, para todo processo decidido com base em acordo, um dever específico de informar ao réu sobre sua liberdade de recorrer. Ao final da decisão, no entanto, o *BGH* reconheceu o distanciamento entre a forma como os acordos estavam sendo feitos na prática e os critérios fixados na jurisprudência e, por conseguinte, a desconformidade com os princípios fundantes do processo penal alemão – afirmando que aconteciam “acordos quase-contratuais” (*quasi-vertragliche Vereinbarungen*). Com isso, solicitou a atuação do legislativo: “O Grande Senado Criminal insta ao legislador para que regulamente a admissibilidade e, em caso positivo, os pressupostos e limites jurídicos essenciais do acordo sobre a sentença”³¹.

Esse chamado resultou na apresentação de diferentes propostas para a regulamentação do acordo: em 2005, a Câmara Federal dos Advogados (*Bundesrechtsanwaltskammer*) apresentou uma proposta e a Procuradoria Geral da República (*Generalstaatsanwaltschaft*) formulou diretrizes para uma regulamentação; no ano seguinte, o Senado e o Governo Federal apresentaram, cada um, um projeto de lei³². O projeto do Governo Federal foi aprovado em 2009 e passou a vigor a partir do dia 4 de agosto do mesmo ano. Embora tenha havido outras alterações no StPO, o dispositivo mais importante inserido foi o § 257c³³. No geral, o projeto positivou os requisitos previamente fixados pela jurisprudência³⁴.

Quatro anos depois, em 2013, o *BVerfG* julgou três reclamações constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*) de réus que alegavam a inconstitucionalidade de condenações baseadas em acordos firmados já na vigência da nova legislação, por não terem seguido o procedimento prescrito em lei. Diante disso, o tribunal encomendou um estudo empírico para avaliar a forma como os acordos estavam ocorrendo na prática forense, o qual foi realizado em 2012 (ano-base 2011), por meio de entrevistas a juízes, promotores e advogados³⁵. O estudo mostrou que,

31 *BGH*, Beschluß vom 3. 3. 2005 – GSSt 1/04 (LG Lüneburg, LG Duisburg). Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=838c4f8321778a8ed77c29f93f21cb01&nr=32382&pos=6&anz=33>. Acesso em 14 nov. 2023.

32 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 53-8.

33 Sobre esse dispositivo, veja-se o tópico 4 *infra*.

34 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 91.

35 O estudo foi publicado posteriormente como livro: ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*.

segundo magistrados, cerca de 20% dos processos que chegaram à audiência de instrução e julgamento foram concluídos mediante acordos³⁶. Dos juízes, 26,7% afirmaram terem realizado exclusivamente acordos em desconformidade com o regramento legal e outros 58,9%, terem realizado mais da metade dos acordos dessa forma. Apenas 23,3% disseram que fizeram acordos exclusivamente em conformidade com o § 257c StPO³⁷. Além disso, segundo advogados e promotores, em aproximadamente 71% dos casos a confissão foi lida pelo defensor – e não prestada pelo próprio réu³⁸. Vale destacar ainda que o estudo mostrou que conteúdos proibidos pela lei, como qualificadoras e a condenação como autor ou partícipe, foram, em alguns casos, objeto de acordo, embora a regra seja o modelo legal de “confissão em troca de redução da pena” (*Geständnis gegen Strafrabatt*)³⁹. Por fim, 41% dos juízes relataram terem indicado, ao menos uma vez, uma quantidade de pena exata a ser aplicada ao caso, o que é igualmente vedado pela lei⁴⁰.

Na decisão, o tribunal entendeu que as alegações de inconstitucionalidade eram fundadas nos casos concretos, mas que não se tratava de um vício da legislação. O regramento legal, se seguido, poderia garantir a existência de acordos em conformidade com as exigências constitucionais. No entanto, diante do persistente descumprimento desses requisitos pelos atores processuais, solicitou que os legisladores controlassem a efetividade dos acordos e, caso necessário, fizessem emendas ou mesmo os abolissem. Estabeleceu, ademais, que os princípios da culpabilidade, da verdade material, do devido/justo processo, da presunção de inocência e da neutralidade excluíam a possibilidade de uma disposição das partes sobre o objeto do processo e mantinham hígidos os deveres judiciais de buscar a verdade e de correta aplicação da lei penal. Portanto, acordos realizados informalmente, isto é, contrários à regulamentação legal, não são permitidos. Por fim, atribuiu especial importância aos deveres de documentação e informação⁴¹.

36 ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 30-32: 17,9% nos *Amtsgerichte* e 23% nos *Landesgerichte*. Segundo os advogados, o número foi de 36,5%.

37 ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 36-37.

38 ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 92. Na opinião dos juízes, o número foi de 50,9%.

39 ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 77-79.

40 ALTENHAIN/DIETMEIER, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 118.

41 BVerfG, Urt. v. 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html. Acesso em 14 nov. 2023. Uma síntese dessa decisão pode ser encontrada em: WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 94-97; STUCKENBERG, *BVerfG, Urt. v. 19.3.2013*.

A avaliação da decisão pela doutrina foi de que ela, por um lado, cumpriu um papel importante, ao afirmar que os princípios que regem o processo penal continuam válidos e que os acordos não põem o objeto do processo à completa disposição dos sujeitos processuais. Além disso, deu um aviso aos atores processuais sobre a necessidade de cumprirem os requisitos legais, aos quais a constitucionalidade da prática está condicionada⁴². Por outro lado, o tribunal deixou em aberto uma série de questões constitucionais relevantes, desde as mais gerais, como o que pode ser feito, além da abolição do instituto, para que sua aplicação na prática forense seja constitucional⁴³, até as específicas, como quanto a pena pode ser reduzida e qual o papel da vítima no acordo⁴⁴.

3 Argumentos favoráveis e contrários ao acordo sobre a sentença na doutrina alemã

Apesar de consolidados na prática judicial e ratificados pelos tribunais superiores, a maior parte da doutrina é – e foi desde a década de 1980 – crítica a respeito dos acordos. Os principais argumentos focam no conflito com princípios e máximas de Direito Penal e Processual Penal, muitos deles com estatuto constitucional. Porém, há também defensores, que indicam certos princípios e máximas que dariam suporte aos acordos. Em síntese, o principal debate gira em torno da conformidade constitucional dessa prática⁴⁵.

De forma ampla, como benefícios do acordo, pode-se indicar, para o acusado, a oportunidade de uma menor exposição pública, ao evitar ou reduzir a audiência de instrução e julgamento (*Hauptverhandlung*), e de uma pena mais branda e previsível⁴⁶. Aos órgãos de persecução, permite evitar uma longa produção de provas e obter uma resolução mais célere do processo. E também terceiros podem se beneficiar, como as testemunhas e vítimas, que não precisam ir a juízo prestar depoimentos⁴⁷. Uma síntese das críticas pode ser encontrada na opinião de Pfeiffer, presidente do *BGH* entre 1977 e 1987, em entrevista concedida ainda em 1990. Segundo ele, o réu normalmente não participa das conversas para o acordo, sendo “praticamente objeto de uma negociação”. Ademais, a presunção

42 Stuckenberg afirma que os pontos positivos superaram levemente os negativos (STUCKENBERG, *ZIS* 4/2013, p. 218). Por outro lado, Weigend afirma que os pontos positivos foram superados pelos negativos (WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 99).

43 STUCKENBERG, *ZIS* 4/2013, p. 219.

44 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 99.

45 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 16.

46 KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 228; PFEIFFER, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 23, p. 354-355.

47 KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, p. 228; SCHRÖEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 140.

de inocência seria afetada e a confissão teria como fundamento apenas uma tática processual do réu, de modo que há aumento do risco de inocentes receberem uma punição fundada em suspeita (*Verdachtsstrafe*). Haveria ainda violação de diversos princípios processuais, como a publicidade, a oralidade, a busca da verdade e a legalidade processual, todos eles vinculantes para juízes e promotores⁴⁸.

3.1 Verdade material v. consenso

Uma discussão mais geral sobre a legitimidade dos acordos diz respeito à finalidade do processo penal, com os críticos apontando a contradição entre os acordos e a busca da verdade material e, em resposta, os defensores do acordo sustentando sua legitimidade com base em um “princípio do consenso” (*Konsensprinzip*).

No processo penal alemão, vige o *dever de busca da verdade material* (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO)⁴⁹, segundo o qual o tribunal está obrigado a esclarecer, de ofício, o que realmente ocorreu, tendo de coletar provas sobre todos os fatos importantes para a tomada de decisão, independentemente de pedido das partes processuais. Portanto, o tribunal deve esgotar todos os elementos de prova disponíveis, a fim de atingir o seu convencimento sobre a verdade. Por consequência, as partes não podem dispor do objeto processual⁵⁰⁻⁵¹. Uma das principais críticas da doutrina alemã aos acordos diz respeito a uma alegada violação desse dever. O acordo objetiva fundamentalmente abreviar o processo por meio de uma confissão do réu, que é utilizada como base para a condenação. Desse modo, a busca da verdade não poderia ser levada a cabo com o mesmo rigor do que no processo conflitivo, havendo maior risco de que o julgador não busque esclarecer todas as dúvidas e que o réu seja condenado a fim apenas de acelerar

48 PFEIFFER, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 23, p. 354-356.

49 Também chamado de *Instruktionsmaxime*, *Ermittlungsgrundsatz*, *Aufklärungspflicht* ou *Inquisitionsmaxime* (cf. SCHROEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 166).

50 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 175.

51 Frisa-se que o processo penal alemão não é inquisitorial no sentido de que um mesmo sujeito assume os papéis de acusador e julgador simultaneamente, uma vez que sempre a iniciativa do processo (acusação) é de sujeito distinto do magistrado – fala-se, nesse sentido, de um princípio acusatório ou da acusação (*Akkusationsprinzip*). No entanto, o processo penal alemão é inquisitorial quando se considera que, na audiência de instrução e julgamento (*Hauptverhandlung*), o juiz preside o processo e tem a tarefa de, de ofício, buscar a verdade. Portanto, se distingue do modelo americano (modelo adversarial), no qual o juiz apenas aprecia e decide entre as versões dos fatos apresentadas pelas partes em contraditório (cf. VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 172 e 94-5). No Brasil, oferecendo uma classificação semelhante, diferenciando as dicotomias (i) inquisitório e (ii) acusatório e (ii.a) acusatório inquisitorial e (ii.b) acusatório adversarial, veja-se GRINOVER, *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* 1, p. 15 e ss.

a conclusão do processo⁵². Além disso, questiona-se se uma confissão é suficiente para afirmar a verdade sobre os fatos, quanto valor probatório pode se atribuir a uma confissão prestada em troca de uma redução da pena e, ainda, se certos elementos normativos do tipo poderiam ser esclarecidos mediante confissão, como o erro ou o prejuízo patrimonial no estelionato (*Betrug* – § 263 StGB)⁵³.

Por outro lado, uma fundamentação teórica dos acordos é buscada por meio da defesa de um *princípio do consenso*, que possui diferentes formulações e para o qual são atribuídas distintas funções⁵⁴. O objetivo geral de seus postulantes é, em um processo penal tradicionalmente fundado na busca da verdade material, atribuir uma função legitimadora ao acordo entre os sujeitos processuais. A título de exemplo, a defesa desse princípio pode se basear na ideia de que o processo penal busca a paz jurídica, e de que esse fim pode ser alcançado quando se estabeleça a culpabilidade não apenas por meio de um processo conflitivo, que busque a verdade material, mas também em um processo cooperativo, que busque uma verdade formal, legitimada pelo consenso. A constatação da culpabilidade no processo não seria uma descrição, mas uma atribuição, a qual poderia ocorrer tanto por meio de uma ampla coleta de provas como, também, pela livre assunção da responsabilidade pelo réu⁵⁵.

3.2 Máximas e princípios que conflitam com o acordo sobre a sentença

Além da discussão mais ampla sobre a finalidade do processo penal, a doutrina aponta diversas máximas processuais que seriam violadas pelos acordos entre o tribunal e as partes processuais, entre elas:

52 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 26.

53 RÖNNAU, *ZIS* 5/2018, p. 169-170. Para uma crítica aos acordos por meio da defesa da busca da verdade material como fim do processo penal, veja-se: SCHÜNEMANN, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, p. 243.

54 Uma síntese dessas formulações, seguida de forte crítica, pode ser encontrada em: GRECO, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, p. 261 e ss.

55 WEICHBRODT, *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, p. 111-114. Afirma a autora, no entanto, que a verdade consensual não é compatível com os poderes instrutórios do juiz (*Instruktionsmaxime*) e a legitimação dos acordos exigiria uma alteração estrutural do processo alemão. Uma outra fundamentação do consenso, ainda a título de exemplo, toma por base a teoria do discurso – cujo mais conhecido representante, na filosofia, é Habermas – e propõe uma legitimação procedimental para a justiça da decisão (cf. JAHN, *GA* 151, p. 272 e ss.). Por fim, Wesslau defende a vigência de *lege lata* do princípio do consenso, mas sustenta que ele não substitui a busca da verdade material, que continua sendo finalidade do processo penal. O consenso possibilitaria apenas concluir antecipadamente a coleta de provas – como no procedimento por *ordem penal* (*Staffbefehl*). Um princípio do consenso assim formulado, no entanto, não seria capaz de legitimar os acordos penais, os quais, conforme o autor, não são baseados no consenso, mas no “do ut des” – isto é, trata-se de um contrato oneroso bilateral (sinalagmático) (WESSLAU, *StraFo* 1, p. 4-7).

a) O *princípio da liberdade de autoincriminação* (*Selbstbelastungsfreiheit* ou *nemo tenetur* – § 136a StPO) determina que ninguém é obrigado a colaborar para sua própria condenação, exigindo que o réu possa livremente decidir se fala ou permanece calado durante processo⁵⁶. A oferta ao réu de uma redução de pena para a hipótese de adotar um específico comportamento processual – em geral, a confissão – teria efeito prático de ameaça de uma punição mais grave caso a recuse e opte por exercer os direitos de defesa⁵⁷. Portanto, haveria uma ofensa à liberdade de decisão do réu, em razão do oferecimento de duas distintas alternativas de punição, pois a possibilidade de redução da pena criaria uma especial “situação de incentivo e tentação” (*Anreiz- und Verlockungssituation*)⁵⁸.

b) O *princípio da livre valoração da prova* (*freie Beweiswürdigung* – § 261 StPO) estabelece que a decisão deve decorrer do convencimento do juiz formado a partir da livre valoração do conjunto probatório⁵⁹. No caso de acordo, critica-se que a decisão não decorre do convencimento formado pela apreciação do conjunto das provas produzido na audiência de instrução e julgamento, mas é antecipada ou prejudicada pelas conversas anteriores a ela, das quais o juiz participa⁶⁰.

c) Os *princípios da publicidade, oralidade e imediação* (*der Öffentlichkeits-, Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz*) seriam igualmente afetados. O princípio da publicidade (§ 169 GVG⁶¹) estabelece que as decisões judiciais devem ser anunciadas publicamente e proíbe que sejam tomadas em segredo⁶². Os acordos violariam esse princípio por serem realizados em conversas que ocorrem fora da sala de audiência, o que não poderia ser compensado pelo anúncio do conteúdo do acordo durante a audiência de instrução e julgamento, uma vez que isso não possibilitaria uma compreensão integral dos observadores a respeito das razões para a consequência jurídica estabelecida⁶³. Igualmente, seria violado o princípio da oralidade (§§ 261, 264 StPO; § 169 GVG), o qual determina que apenas aquilo que foi apresentado e discutido oralmente em audiência pode ser utilizado como base para o julgamento, de modo que os acordos não poderiam ser

56 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 39.

57 RÖNNAU, ZIS 5/2018, p. 172-173; PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 31.

58 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 20.

59 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 176.

60 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 26.

61 *Gerichtsverfassungsgesetz* (Lei de Organização Judiciária).

62 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 180 e ss.

63 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 27.

considerados⁶⁴. Por fim, haveria ofensa ao princípio da imediação (§ 250 StPO), que obriga o tribunal a julgar a partir das provas produzidas diante de si, na audiência de instrução e julgamento. Os acordos realizados fora da sala de audiência seriam vedados, pois mesmo a apresentação da confissão posteriormente em audiência não permite que se conheça as circunstâncias nas quais o réu decidiu confessar. Além disso, os acordos ocorrem frequentemente sem a presença dos juízes leigos, chegando a eles apenas a confissão acordada em conjunto com uma decisão previamente definida⁶⁵.

d) O *princípio da presunção de inocência* (*Unschuldsvermutung* – art. 6 Abs. 2 EMRK⁶⁶) estabelece que o réu deve ser considerado inocente até que seja provada sua culpa e que ninguém é obrigado provar sua própria inocência⁶⁷. Uma consequente aplicação desse princípio conduziria à impossibilidade de se iniciar negociações, uma vez que o começo das discussões para um acordo estaria baseado já em uma presunção de que o réu cometeu o crime. Além disso, a pena decorrente do acordo seria uma ilegítima punição com base na suspeita, já o juiz não leva a cabo seu dever de esclarecer integralmente os fatos⁶⁸.

e) O *princípio da igualdade* (*Gleichheitsgrundsatz* – art. 3 Abs. 1 GG) exige tratamento isonômico aos cidadãos na lei e na aplicação da lei, de modo que situações fáticas iguais sejam tratadas igualmente e situações desiguais recebam tratamentos proporcionais às suas diferenças. Nos acordos, os réus que querem negociar receberão uma minoração da pena e aqueles que desejam exercer seus direitos de defesa receberão tratamento mais gravoso. Soma-se a isso o fato de o Ministério Público poder escolher os casos nos quais fará acordo⁶⁹. Por fim, os critérios para o benefício normalmente estão ligados ao momento da cooperação e a quanto reduzem a carga de trabalho dos sujeitos processuais, razão pela qual aquele que confessa muito cedo ou muito tarde terá poucas chances de receber uma redução de pena, assim como terá especial relevância a dificuldade do caso. Desse modo, casos semelhantes são tratados distintamente, sem que isso esteja fundado em alguma diferenciação fatural⁷⁰.

64 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 27.

65 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 28.

66 *Europäischen Menschenrechtskonvention* (Convenção Europeia de Direitos Humanos).

67 SCHROEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 242-244. Confira-se, também, VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 30.

68 RÖNNAU, *ZIS* 5/2018, p. 172; PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 29.

69 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 29-30.

70 RÖNNAU, *ZIS* 5/2018, p. 173.

f) Uma das imposições do *princípio da culpabilidade* é a aplicação de uma punição adequada à culpabilidade do agente. O § 46 Abs. 1 StGB dispõe que a culpabilidade é fundamento da determinação da pena (*Strafzumessung*). Portanto, a pena deve ser proporcional à gravidade do ilícito e ao grau de culpabilidade. A lei prevê que também circunstâncias anteriores e posteriores ao crime podem ser consideradas, mas elas precisam estar diretamente relacionadas com a infração. Nesse contexto, a jurisprudência entende que a confissão não tem relevância direta para a culpabilidade do infrator, mas expressa suas motivações – teria, portanto, uma importância para fins de prevenção especial positiva. Por essa razão, aponta-se que a confissão obtida em um acordo não estaria apta a fundamentar uma redução da pena, uma vez que não expressa motivações positivas, como arrependimento, reconhecimento ou distanciamento do ato, estando fundada tão somente em uma tática processual⁷¹.

g) O *direito ao justo/devido processo, em conformidade com o Estado de Direito (Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren)* é considerado uma decorrência direta do princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip* – art. 28 Abs. 1 GG) e seria ofendido pelo fato de que o réu precisa, antecipadamente, fazer uma prestação e depois apenas confiar no cumprimento do acordo. Além disso, o tribunal participa da negociação do acordo e depois decide o caso, de modo que o réu é colocado estruturalmente em uma situação de inferioridade⁷².

3.3 Máximas processuais que dão suporte ao acordo sobre a sentença

Como máximas processuais que dariam suporte à celebração de acordos entre as partes no processo penal, são citadas pela doutrina:

a) A *garantia de uma administração funcional/eficiente (funktionstüchtigen) da Justiça Criminal* determina que o Estado deve garantir uma Justiça Criminal capaz de manter a confiança dos cidadãos na capacidade de perseguir e reprimir crimes de maneira eficaz, propiciando segurança pública e protegendo os cidadãos contra violações de seus direitos. A Administração da Justiça só pode ser funcional na medida dos recursos disponíveis, o que conflita com um contínuo aumento da carga de trabalho, que ocorre especialmente em processos relacionados a crimes econômicos, ambientais, sexuais e de drogas. Nesse contexto, o

71 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 29. De forma ampla, a respeito da relação entre os fundamentos da atenuante da confissão e o acordo, veja-se HAUER, *Geständnis und Absprache*, p. 81 e ss.

72 PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, p. 31-2.

acordo e a confissão do acusado encurtam o processo, otimizando recursos estatais e aumentando a eficiência da Justiça Penal⁷³.

b) O mandado de *economia processual* é uma decorrência do interesse coletivo na boa administração de recursos públicos, que no processo penal pode ser obtida por meio de um encurtamento do procedimento. Poderia, para esse fim, influenciar a extensão do dever de esclarecimento do fato, inclusive limitando a finalidade de busca da verdade material⁷⁴. Isso justificaria, portanto, a redução do suporte probatório para a condenação, que é uma decorrência do acordo sobre a sentença.

c) Conforme o *mandado de aceleração* (*Beschleunigungsgebot* – art. 6 Abs. 1 EMRK), o réu tem o direito de responder à acusação dentro de um prazo adequado (*angemessener Frist*), no qual deve ser ouvido e os fatos devidamente apurados, uma vez que o processo afeta fortemente seus direitos⁷⁵. O processo solucionado mediante uma confissão acordada tem condão de evitar uma demorada coleta de provas, reduzindo com isso a duração do processo. Ademais, a confissão pode poupar vítimas de crimes violentos (sexuais, por exemplo) de participar de uma oitiva judicial⁷⁶.

d) A *máxima da concentração* (*Konzentrationsmaxime*) determina que todos os atos da audiência de instrução e julgamento devem ocorrer dentro dos prazos definidos em lei. O objetivo é manter “frescas” as impressões e memórias dos julgadores. A legislação faz uma distinção entre interrupção (*Aussetzung*) e suspensão (*Unterbrechung*) do processo: a primeira determina que uma audiência nova deve ocorrer e a segunda que ela será posteriormente continuada. A existência de uma ou outra depende da duração da pausa: se for menor do que três semanas, trata-se de uma suspensão; se for maior, é caso de interrupção⁷⁷. Desse modo, o encurtamento do processo por meio do acordo teria como efeito uma redução do risco de o processo exceder os prazos legais e de haver uma interrupção⁷⁸.

73 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 34-5. Criticamente: WEICHBRODT, *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, p. 169-71.

74 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 36.

75 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 174.

76 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 35-6.

77 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 175. Para processos grandes existem disposições especiais e o prazo é suspenso em caso de doença do réu ou de algum dos juízes.

78 GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung*, p. 36-7.

4 A regulamentação atual e sua interpretação

Neste tópico, buscarei descrever, de forma simplificada, as principais características da regulamentação do acordo atualmente vigente na Alemanha e a sua interpretação, especialmente a partir dos precedentes do *BVerfG* e do *BGH*⁷⁹. Para auxiliar na compreensão do instituto, são relevantes algumas breves notas sobre o processo penal alemão. O processo ordinário divide-se em três fases. A primeira é o “processo de investigação” (*Ermittlungsverfahren*), presidido pelo Ministério Público, no qual o promotor, a partir de uma suspeita inicial (*Anfangsverdacht*), busca esclarecer o fato para decidir se oferece a denúncia – o que ocorre quando considera que existe uma “suspeita suficiente” (*hinreichender Verdacht*). A seguir, há o “processo intermediário” (*Zwischenverfahren*), em que um tribunal avalia, em um procedimento escrito, mas em contraditório, se há indícios suficientes para levar o caso a julgamento. A terceira etapa é o “processo principal” (*Hauptverfahren*), no qual devem ser produzidas, na “audiência de instrução e julgamento” (*Hauptverhandlung*), todas as provas a serem consideradas para o convencimento do tribunal. Os elementos colhidos no processo de investigação, salvo pequenas exceções, não podem ser considerados, de modo que réus, testemunhas e peritos devem ser ouvidos e os documentos lidos em audiência⁸⁰. Outra característica importante, já citada anteriormente, é a inexistência de Tribunal do Júri, mas a adoção, em diversas hipóteses, de tribunais mistos, compostos por juízes togados e leigos⁸¹.

A principal mudança no Código de Processo Penal efetuada em 2009 foi a inserção do § 257c⁸², que tem a seguinte redação:

§ 257c Acordo entre o tribunal e as partes processuais

(1) O tribunal pode, em casos em que seja adequado, fazer acordo com as partes processuais acerca do curso e do resultado do processo, nos termos dos parágrafos posteriores. O § 244 Absatz 2 permanece intacto.

79 O objetivo aqui é apenas apresentar, em termos gerais, o regramento do acordo. Como podem existir exceções para certas situações particulares, a quem tenha interesse em algum ponto específico, sugere-se consultar as obras referidas nas notas de rodapé.

80 Para uma síntese da estrutura do processo penal alemão, remete-se o leitor aos seguintes textos, que foram seguidos nessa descrição: GRECO, *O inviolável e o intocável no direito processual penal*, p. 58 e ss.; HUBER, *Criminal Procedure in Europe*, p. 275 e ss.

81 Sobre o papel do juiz leigo no processo alemão, veja-se MOELLER, *RBDPP* 2, p. 59-98.

82 Outros dispositivos do StPO importantes para o acordo são: §§ 35a, 460b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 267 Abs. 3, 273 Abs. 1a, 302 Abs. 1. Cf. VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 283.

(2) Objeto do acordo podem ser apenas as consequências jurídicas que fazem parte do conteúdo do julgamento e decisões a ele relacionadas, outras medidas relevantes no processo de conhecimento subjacente, assim como o comportamento processual das partes. Uma confissão deve integrar qualquer acordo. A decisão sobre a culpabilidade, bem como as medidas de segurança, não podem ser objeto de acordo.

(3) O tribunal informará o conteúdo que o acordo pode ter. Ele pode ainda, mediante livre valoração de todas as circunstâncias do fato e dos critérios gerais de determinação da pena, indicar um mínimo e um máximo de pena. Às partes é dada oportunidade de opinar a respeito. O acordo consuma-se quando o acusado e a promotoria concordam com a proposta do tribunal.

(4) O acordo deixa de vincular o tribunal quando circunstâncias jurídicas ou fáticas relevantes foram desconsideradas ou sugeriram após o acordo e o tribunal, por essa razão, está convencido de que o marco penal indicado não é mais adequado ao fato ou à culpabilidade. O mesmo se aplica a quando o comportamento processual do acusado não corresponde àquele no qual a prognose do tribunal estava fundada. Nesses casos, a confissão do acusado não deve ser utilizada. O tribunal deve comunicar imediatamente um afastamento do acordo.

(5) O acusado deve ser informado sobre os pressupostos e as consequências de um afastamento do tribunal em relação ao resultado proposto, conforme o Absatz 4.⁸³

83 Tradução livre de:

“§ 257c Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.

(2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

(3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

(4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des

A iniciativa das tratativas do acordo pode se dar por parte do tribunal ou de qualquer das partes. A validade do acordo depende da proposta do tribunal e da concordância do Ministério Público e do acusado – que pode ser substituída pela do seu defensor. O assistente de acusação (*Nebenkläger*), quando admitido, pode ser ouvido, mas não é necessária sua concordância para que o acordo se efetive⁸⁴. Assim, embora qualquer das partes possa tomar iniciativa para chegar a um acordo, é o tribunal o responsável por anunciar o possível conteúdo do acordo (§ 257c Abs. 3 Satz 1). Em seguida, as partes têm a oportunidade de tomar posição a respeito dela⁸⁵. Assim, não se pode falar em discricionariedade do Ministério Público para oferecer as condições e os benefícios do pacto, que sempre dependerão de uma apreciação judicial. Contudo, como o acordo “se efetiva se o acusado e o promotor concordarem com a proposta do tribunal” (§ 257c Abs. 3 Satz 4), ele não ocorrerá sem a concordância do membro do Ministério Público. A necessidade de concordância do promotor é uma novidade da legislação de 2009, pois anteriormente os critérios fixados pela jurisprudência entendiam como suficiente a concordância do juiz com o defensor⁸⁶. Essa vinculação à concordância do membro do Ministério Público é criticada por parte da doutrina por possivelmente violar a independência do Poder Judiciário na resolução do caso⁸⁷.

O acordo deve obrigatoriamente ocorrer na audiência de instrução e julgamento⁸⁸. Sendo a sua finalidade reduzir e dar celeridade ao processo, ocorre normalmente antes do início da produção de provas, etapa que objetiva evitar⁸⁹. Isso não impede que ocorram conversas prévias entre o juiz e as partes sobre o efeito que uma eventual confissão pode ter sobre a pena ou sobre a valoração preliminar das evidências⁹⁰, as quais podem ocorrer em uma conversa do tribunal com as partes prevista para facilitar o andamento do processo, que pode ser anterior à decisão do tribunal de abrir o procedimento principal (§ 202a StPO) ou posterior à abertura do processo principal (§ 212 StPO). Essas consultas, no entanto, não são

Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

(5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.”

84 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1181; VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 285.

85 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1180-1181.

86 Cf. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1171.

87 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 368.

88 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 283.

89 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1171.

90 MOSBACHER, *German Law Journal* 15, p. 10.

formalmente consideradas um acordo, o qual deve ser estabelecido na audiência de instrução e julgamento⁹¹.

Caso ocorram essas conversas, o seu conteúdo essencial deve ser sempre documentado. Depois de aberta a audiência de instrução e julgamento, o juiz deve informar publicamente se ocorreram conversas com as partes, se foi discutida a possibilidade de um acordo e, em caso positivo, qual o seu conteúdo essencial (§ 243 Abs. 4 StPO)⁹². No julgamento de 2013, o *BVerfG* mencionou que juízes que registram ausência de acordo em processos nos quais eles ocorreram secretamente podem responder pelo crime de falsificação de documentos públicos⁹³.

Não existem restrições a respeito dos crimes em cujos processos pode haver negociação, pois, apesar de existir uma menção genérica ao fato de que o acordo pode ocorrer “apenas em casos adequados” (*nur in geeigneten Fällen*), a lei não estabelece critérios para tanto⁹⁴. A lei permite que sejam negociadas as consequências jurídicas e outras decisões a elas relacionadas (§257c Abs. 2 StPO), as quais incluem, por exemplo, a suspensão da pena privativa de liberdade e o parcelamento da pena de multa⁹⁵. Ela também possibilita acordo sobre outras medidas em processos de conhecimento subjacentes e sobre o comportamento processual das partes. O que exatamente se quer dizer com “medidas” não está claro⁹⁶. Por comportamento processual, normalmente se entende a renúncia ou abstenção de requerimentos, como pedidos de novas provas ou de afastamento do tribunal em razão de parcialidade, por exemplo⁹⁷.

O juízo de culpa, a qualificação jurídica dos fatos e a aplicação de medidas de segurança (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) não podem ser negociados⁹⁸. Também a vedação de negociação sobre fatos é clara na legislação, ao estabelecer que o dever do tribunal de buscar a verdade não é afastado pelo acordo (§ 257c Abs. 1 StPO). Além disso, é vedado acordar a suspensão de outros proces-

91 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 283; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1180.

92 MOSBACHER, *German Law Journal* 15, p. 11.

93 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 96, nota 76.

94 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1172-1173.

95 Exemplos citados por: WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 91, nota 44.

96 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrenrechts*, p. 370; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1175-1176.

97 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1175. No mesmo sentido: MOSBACHER, *German Law Journal* 15, p. 7-8.

98 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1173.

sos – o que é comumente denominado de “solução conjunta” (*Gesamtlösung*)⁹⁹. Na decisão de 2013, o *BVerfG* fez referência a essa prática, afirmando a ilicitude dos acordos que incluam em seus termos a não imputação de crimes em outros processos ou contra outras pessoas¹⁰⁰. Não há certeza sobre a possibilidade de se negociar sobre um efeito secundário da condenação (*Nebenstrafe* ou *Nebenfolge*), como uma proibição de conduzir veículos, por exemplo¹⁰¹. Uma renúncia a recursos é expressamente vedada pela legislação (§ 302 Abs. 1 StPO)¹⁰².

Portanto, a decisão sobre a matéria fática e sobre as imputações é considerada atribuição exclusiva do tribunal, podendo integrar o acordo apenas as consequências jurídicas aplicáveis. Porém, mesmo em relação a elas o acordo encontra limitações. O acordo sobre uma quantidade exata de pena (*Punktstrafe*) também não é admitido¹⁰³. O tribunal deve fazer uma prognose, com base nas circunstâncias fáticas e nos critérios para a determinação da pena – na qual se inclui o efeito atenuante da confissão –, e estabelecer os patamares mínimo e máximo da punição a ser aplicada. O tribunal fixa, portanto, uma espécie de “marco judicial” para o caso¹⁰⁴. Ao dispor que o tribunal deve observar os critérios para determinação da pena, a legislação deixa claro que os acordos não afastam a necessidade de aplicação de uma pena adequada à culpabilidade (*Schuldangemessene*)¹⁰⁵. Isso é ainda ressaltado pela previsão de que os patamares mínimo e máximo acordados deixam de ser vinculantes para o tribunal quando forem descobertas circunstâncias jurídicas ou fáticas relevantes para a determinação da pena, as quais não tenham sido consideradas no momento do pacto e que tornem a sanção acordada inadequada ao fato ou à culpabilidade (§ 257c Abs. 4 StPO).

Não há disposição legal sobre quanto a pena pode ser reduzida em virtude do acordo. A diferença entre as sanções em caso de julgamento após acordo ou nos moldes tradicionais é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, principalmente em razão da exigência de uma pena adequada à culpabilidade e pelo potencial caráter coativo sobre o réu. Em julgamento de 2013, o

99 SCHRÖEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 140.

100 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 96.

101 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1174.

102 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1177.

103 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 372.

104 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 372; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1174.

105 SCHRÖEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 140. O §46 Abs. 1 StGB, principal dispositivo sobre a determinação da pena, dispõe que “a culpa do agente é fundamento da medição da pena”.

Bundesverfassungsgericht – BVerfG (Tribunal Constitucional Federal, análogo ao nosso Supremo Tribunal Federal) anulou uma sentença baseada em acordo no qual o juiz presidente ofereceu uma pena privativa de liberdade de dois anos, conjugada com suspensão da pena, se houvesse confissão, e afirmou que, caso contrário, seria possível aplicação de pena de quatro anos de prisão, sem suspensão. O *BVerfG* entendeu que a grande diferença entre as opções de pena debilitava a voluntariedade da confissão¹⁰⁶.

Ademais, um estudo empírico realizado em 2012 (ano-base 2011), com entrevistas a juízes, promotores e advogados, permite concluir, apesar das divergências parciais nas respostas, que a diferença média entre as penas aplicadas em caso de acordo e de julgamento nos moldes tradicionais normalmente não excede um terço (dos juízes, 59,3% afirmaram que a média é de 1/4 e 24,1% que é de 1/3; dos advogados e promotores, aproximadamente 60% deles afirmou que a diferença média é de 1/3 e cerca de 24% que é de 1/4; muito poucos juízes, promotores e advogados afirmaram que a diferença média era de metade e nenhum afirmou ser superior à metade)¹⁰⁷.

Embora decisões do tribunal relacionadas ao conteúdo do julgamento possam ser objeto do acordo, entende-se que não é permitido prometer a não decretação de prisão preventiva ou a concessão de liberdade em troca de uma contraprestação do réu (confissão ou algum comportamento processual, por exemplo), bem como não se pode ameaçar decretar prisão preventiva em caso de não concordância com o acordo ou de utilização de estratégias ostensivas de defesa. Nessas hipóteses, ficaria minada a voluntariedade do réu¹⁰⁸. Entende-se, ademais, que se aplicam ao acordo as proibições de utilização de fraude, violência e promessas de vantagens não previstas em lei, considerados métodos proibidos de interrogatório pelo § 136a StPO¹⁰⁹.

Componente essencial do acordo é a confissão do réu (§ 257c Abs. 2 StPO). Porém, em razão do texto legal, que emprega o verbo “*sollen*”¹¹⁰ (“deve”), a dou-

106 Cf. *BVerfG*, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, nm. 130. A respeito dessa decisão: WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 81-106, 2014, p. 98-99. Sobre o potencial da “tesoura sancionatória” para minar a voluntariedade do réu: GÖTTGEN, *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren*, p. 19-20.

107 ALTENHAIN/DIETMEIER/MAY, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 130-131.

108 VELTEN, *SK-StPO*, § 257c, nm. 11, 18, 26.

109 VELTEN, *SK-StPO*, § 257c, nm. 26.

110 § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO: “*Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein*”.

trina entende que a confissão pode não ser exigida em circunstâncias excepcionais, pois a redação da lei estabelece uma prescrição não absoluta (*Soll-Vorschrift* em vez de *Muss-Vorschrift*)¹¹¹. Quanto ao conteúdo dessa confissão, em razão da necessidade de o tribunal estabelecer a verdade dos fatos, entende-se que não é suficiente uma mera “confirmação” (*Bestätigung*) da acusação, uma “confissão formal” (*Formalgeständnis*) ou uma “confissão magra” (*schlankes Geständnis*), pela qual o réu apenas afirme que não vai contestar a acusação, aceite as imputações ou deponha de forma genérica sobre os fatos. Exige-se uma “confissão crível e qualificada” (*glaubhaftes, qualifiziertes Geständnis*)¹¹², que deve ser examinada na audiência de instrução e julgamento – embora sua credibilidade não tenha de ser verificada mediante uma instrução equivalente à do processo sem acordo¹¹³. Conforme decisões do *BGH* tomadas a partir de 2004, a mera declaração do réu de que “não se defenderá das acusações” é também inadmissível¹¹⁴. Ademais, caso ocorra alguma hipótese em que o tribunal pode deixar de seguir o acordo, a confissão prestada em razão do acordo “não pode ser valorada” (§ 257c Abs. 4 Satz 3).

O § 257c Abs. 1 Satz 2 estabelece expressamente que o dever do tribunal de buscar a verdade, de ofício, não é afetado pelo acordo¹¹⁵ – prescrição que é vista com ceticismo pela doutrina¹¹⁶. Assim, entende-se que o acordo não afasta a análise fática pelo tribunal e que a condenação deve corresponder aos fatos evidenciados pelo suporte probatório, não se admitindo que as partes negociem condenação por crime distinto daquele indicado pelas provas¹¹⁷. O tribunal mantém o dever de investigar a veracidade dos fatos até formar seu convencimento¹¹⁸. A relevância dada à correta verificação dos fatos faz-se notar ainda pela previsão de que o tribunal deixa de estar vinculado aos termos do acordo quando circunstâncias fáticas ou jurídicas significativas tenham sido negligenciadas ou sejam

111 Cf. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1177; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 370.

112 SCHROEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 140; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1177.

113 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 369.

114 ALTENHAIN/DIETMEIER/MAY, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, p. 171-172.

115 O preceito citado afirma expressamente que o “§ 244 Absatz 2 permanece intacto”, e este dispositivo estabelece que “o tribunal deve, para investigar a verdade, estender de ofício a obtenção de provas a todos os fatos e meios de prova que sejam relevantes para a decisão”.

116 ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 369; SCHROEDER/VERREL, *Strafprozessrecht*, p. 140; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1177.

117 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 90, nota 47.

118 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 284.

conhecidas no decorrer do processo (§ 257c Abs. 4 Satz 1 StPO). Esse é um dos fundamentos indicados para a exigência, anteriormente abordada, de que a confissão seja crível e qualificada.

Ainda a esse respeito, vale destacar que, em decisão de 2013, o *BVerfG* afirmou ser inadmissível a resolução do processo com base em um mero consenso entre as partes e reafirmou que o dever de buscar a verdade é um mandado constitucional também para os processos em que há acordo. Ademais, reafirmou a importância decisiva do dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e a necessidade de que a confissão seja comprovada no processo principal, considerando insuficiente para verificar a sua credibilidade a simples comparação informal com o dossiê oriundo da investigação do Ministério Público¹¹⁹. Asseverou ainda que mesmo uma confissão detalhada em audiência pode não bastar, já que a promessa de redução de pena pode exercer um efeito coativo sobre o réu, induzindo-o a fazer declarações falsas. No entanto, entendeu como admissível que o exame da credibilidade ocorra por meio da leitura privada dos documentos pelos julgadores antes ou durante o julgamento (*Selbstleseverfahren*) e por meio de questionamentos ao acusado sobre as declarações feitas durante a fase de investigação (*Vorhalt*)¹²⁰.

Após a concordância das partes, o acordo tem efeito vinculante para elas e para o tribunal¹²¹. A legislação dispõe, contudo, sobre hipóteses nas quais o acordo deixa de vincular o tribunal (o § 257c Abs. 4 StPO). A primeira delas é quando, em razão de circunstâncias descobertas após acordo, o tribunal entende que o marco penal anteriormente pactuado não é mais adequado à culpabilidade e à gravidade do crime. Exemplo disso é a descoberta de que o fato consiste em crime em vez de delito¹²². Outra hipótese em que o acordo deixa de vincular o tribunal é quando o comportamento do acusado não corresponde à prognose judicial, como nos exemplos de quando ele, contrariamente ao prometido no acordo, não confessa ou faz um requerimento de provas. Por outro lado, uma revogação da concordância por parte do Ministério Público não afeta o efeito vinculante do pacto¹²³.

119 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 97-98; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, p. 369.

120 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 97-98. A respeito do procedimento de autoleitura (*Selbstleseverfahren*) e da “recordação” (*Vorhalt*), ver: VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 221, 244-245.

121 MEYER-GOSSNER/SCHMITT, *Strafprozessordnung* VI, p. 1181.

122 Ver nota 11, *supra*.

123 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 286-287.

Quando, em razão de alguma das hipóteses legais, o tribunal abandona o acordo, a confissão não pode ser utilizada como prova (§ 257c Abs. 4 StPO). No entanto, deve-se destacar que o julgamento será feito pelos mesmos juízes que participaram das negociações, já que o direito alemão não prevê afastamento dos julgadores nessa hipótese¹²⁴. A lei determina que o tribunal deve informar o réu acerca das hipóteses nas quais pode se afastar do conteúdo do acordo e quais as consequências disso (§ 257c Abs. 5 StPO). Essa informação deve ser feita, necessariamente, antes de se efetivar o acordo¹²⁵.

Por fim, vale ressaltar que uma das principais consequências da decisão do *BVerfG*, em 2013, foi a importância atribuída ao cumprimento do procedimento e dos requisitos formais do acordo. A legitimidade dos acordos está diretamente conectada com os deveres de comunicação, de informação e de documentação fixados pelo legislador, os quais se encontram em “inseparável unidade” (*untrennbare Einheit*), de modo que qualquer infração a eles pode ser considerada uma ilegalidade do acordo como um todo. Conforme o § 257c Abs. 5 StPO, o tribunal tem o dever de informar ao acusado as hipóteses em que o acordo deixa de ser vinculante ao tribunal e suas consequências. Essa informação deve ser fornecida antes de se efetivar o acordo. Além disso, o § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO estabelece um dever estrito de documentar todos os passos da negociação, por exemplo, se houve conversas prévias à abertura da audiência de instrução e julgamento, se ela teve como objeto a realização de um acordo e, em caso positivo, de quem foi a iniciativa e qual o seu conteúdo essencial. Essas informações devem ser tornadas públicas na audiência. Por essa razão, a não observância dos deveres de informar (§ 257c Abs. 5 StPO), assim como dos deveres de comunicar se houve conversas prévias entre as partes (§ 243 Abs. 4 StPO), pode ser tornar “razões quase-absolutas” para recurso e justificar uma revisão do julgamento, porque não se pode ter certeza que o réu confessaria caso tivesse sido informado e se, de fato, não ocorreram negociações prévias. Elas podem ser afastadas apenas em certos casos, como quando se determine, com grau de certeza, que o réu confessaria ainda que o juiz tivesse prestado corretamente as informações sobre a hipótese de perda do efeito vinculante do acordo. Desse modo, erros protocolares e procedimentais se tornam fortes razões para uma anulação do acordo¹²⁶.

124 WEIGEND/TURNER, *German Law Journal* 15, p. 92.

125 VOLK, *Grundkurs StPO*, p. 286-287.

126 MOSBACHER, *German Law Journal* 15, p. 7-8.

5 Considerações finais: O que podemos extrair da discussão alemã?

A justiça penal negociada continua em franca expansão. No Brasil, discute-se atualmente a introdução de instituto que possibilita, mediante a negociação entre as partes e admissão da culpa pelo imputado – sem incriminação de terceiros –, que haja sentença condenatória e aplicação de pena privativa de liberdade. É o denominado acordo sobre a sentença. Ele difere dos acordos atualmente existentes no país, que, ou não permitem condenação e aplicação de pena de prisão (transação penal, suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal), ou, se permite, exige cooperação para a persecução de terceiros (colaboração premiada). A análise da evolução histórica do modelo alemão (item 2) demonstra que a adoção de acordos dessa natureza, na ausência de uma regulamentação legal, tem potencial para gerar diversos problemas de ordem prática, em razão da falta de critérios claros para sua realização e validade. Por essa razão, a inserção dos acordos exige, antes de tudo, uma ampla discussão legislativa e, se for o caso, a aprovação de uma lei que os regule¹²⁷. Isso, no entanto, pode não ser suficiente. O estudo encomendado pelo *BVerfG* demonstrou que mesmo uma regulamentação legal pode não ser corretamente seguida pelos atores processuais. No Brasil, onde avanços são necessários para se atingir níveis aceitáveis de segurança jurídica e há altos índices de encarceramento (em um sistema penitenciário superlotado e declarado em estado de coisas inconstitucional¹²⁸), esse problema pode ser ainda mais grave, o que desaconselha a adoção de mecanismos dessa espécie¹²⁹.

Além disso, os conflitos com princípios e máximas processuais indicados pela doutrina alemã (item 3) também têm de ser considerados na discussão brasi-

127 Acerca da realização de acordos sem previsão legal, vale mencionar que, em 2017, foi introduzido no ordenamento brasileiro o “acordo de não persecução penal” por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018 do mesmo órgão). Trata-se de ato normativo não aprovado pelo Parlamento e, portanto, sem eficácia de lei formal. Tais acordos, que permitem o arquivamento da investigação, antes do oferecimento da denúncia, mediante aplicação de sanções distintas da prisão, foram utilizados pelo Ministério Público sem previsão legal até 24.12.2019, quando foi aprovada a Lei nº 13.964/2019, pela qual os legisladores finalmente regulamentaram tais acordos no art. 28-A do Código de Processo Penal. Indubitavelmente, é inconstitucional a criação de espaços de oportunidade no processo penal sem aprovação de lei pelo Legislativo Federal. Sobre isso, veja-se ANDRADE/BRANDALISE, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 37, p. 249-252.

128 Cf. STF, ADPF 347MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, J. 09.09.2015, no qual se reconhece haver “um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”.

129 Uma crítica ampla aos acordos sobre a sentença, com base nos fundamentos do Direito Penal, pode ser encontrada em DE-LORENZI, *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*, p. 149 e ss.

leira. Embora alguns princípios não tenham aplicação tão estrita no Brasil, como as máximas da imediação e da concentração, outros apresentam conteúdo semelhante, como a presunção de inocência, a não autoincriminação, a culpabilidade e a economia processual, de modo que os argumentos expostos no debate alemão acerca de possíveis conflitos devem ser levados em conta. Uma discussão especialmente importante é aquela acerca da busca da verdade material, dos poderes instrutórios do juiz e do modelo inquisitório, admitidos de forma praticamente consensual na Alemanha, mas que geram enormes debates no Brasil¹³⁰. Os pressupostos e limites do acordo, especialmente no que diz respeito à medida da discricionariedade das partes e à amplitude do controle judicial, serão muito distintos, a depender de como se compreenda o processo penal brasileiro.

Nesse sentido, a descrição do funcionamento atual do instituto no processo penal alemão (item 4) mostra a importância dada ao juiz, que desempenha papel de protagonismo no acordo, estabelecendo um marco penal e mantendo os deveres de esclarecimento da verdade e de correta subsunção da norma penal ao caso. A condenação e a punição não são colocadas à completa disposição das partes. Além disso, nota-se a importância dada à publicidade, à documentação e aos deveres de informação, pelos quais se busca garantir um controle das instâncias superiores sobre o objeto do acordo e a proteção da voluntariedade do réu.

Referências

- ALTENHAIN, Karsten. Absprachen in German criminal trials. In: THAMAN, Stephen C. (ed.) *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 157-179.
- ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; MAY, Markus. *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2013.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual: controvérsias e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37,

130 Para citar apenas dois exemplos recentes, veja-se, defendendo, embora de forma limitada, poderes instrutórios complementares ao juiz: ZILLI, *IBCCrim 25 anos*, p. 214 e ss. Opondo-se aos poderes instrutórios do juiz, ainda que de modo complementar à atividade das partes: LOPES JR., *Direito processual penal*, p. 40 e ss.

p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>. Acesso em: 14 nov. 2023.

ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. DOI: 10.22197/rbdpp.v1i1.3.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

CUNHA, Vítor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei nº 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, p. 293-337.

DE-LORENZI, Benefícios da colaboração premiada após a “Lei Anticrime”: as mudanças na determinação e no controle judicial da pena. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 29, n. 345, p. 16-18, 2021.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DEAL, Detlef. Der strafprozessuale Vergleich. *Strafverteidiger*, [s.l.], v. 2, n. 11, p. 545-552, 1982.

GÖTTGEN, Martin. *Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

GRECO, Luís. Considerações introdutórias sobre o processo penal alemão. In: WOLTER, Jürgen; GRECO, Luís (org.). *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional dos poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82.

GRECO, Luís. “Fortgeleiteter Schmerz” – Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur. *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 163, n. 1, p. 1-15, 2016.

GRECO, Luís. *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

GRINOVER, Ada Pelegini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-26, 2005.

HAUER, Judith. *Geständnis und Absprache*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. *La negociación en el nuevo proceso penal: un análisis comparado*. Lima: Palestra Editores, 2014.

HUBER, Barbara. Criminal Procedure in Germany. In: VOGLER, Richard; HUBER, Barbara (ed.). *Criminal Procedure in Europe*. Berlin: Duncker & Humblot, 2008. p. 269-372.

JAHN, Mathias. Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensuellen Strafverfahrens. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 151, p. 272-287, 2004.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2016.

LANGBEIN, John H. Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It. *Faculty Scholarship Series*, paper 534, p. 204-225, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/534. Acesso em: 14 nov. 2023.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEYER-GOSSNER, Lutz; SCHMITT, Bertram. *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*. 60. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, v. 6, 2017.

MOELLER, Uriel. O “júri” alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 59-98, 2016. DOI: 10.22197/rbdpp.v2i1.17.

MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. *German Law Journal*, [s.l.], v. 15, n. 1, 2014. DOI: 10.1017/S2071832200002807.

PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011.

PFEIFFER, Gerd; GERHARDT, Rudolf. "Ich bin gegen der Deal": Der Gesetzgeber sollte Farbe bekennen: ZRP Rechtsgespräch mit Professor Dr. Gerd Pfeiffer. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, [s.l.], v. 23, n. 9, p. 355-356, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23420884>. Acesso em: 14 nov. 2023.

RIEGO, Cristián. El procedimiento abreviado en la ley 20.931. *Política Criminal*, Talca, v. 12, n. 24, p. 1085-1105, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v12n24/0718-3399-politcrim-12-24-01085.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

RIEGO, Cristián. La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 825-847, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i3.80.

RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal. Tradução: Antônio Martins-Costa e Lucas Minorelli. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 7-20, 2018.

RÖNNAU, Thomas. Das deutsche Absprachemodell auf dem Prüfstand – zwischen Pest und Cholera. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 13, n. 5, p. 167-177, 2018. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2018_5_1203.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. Ein Studienbuch. 29. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, 2017.

SAFFERLING, Christoph; HOVEN, Elisa. Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court. *German Law Journal*, [s.l.], v. 15, n. 1, 2014. DOI: 10.1017/S2071832200002790.

SCHROEDER, Friedrich-Christian; VERREL, Torsten. *Strafprozessrecht*. 6. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Tradução: Silvana Bacigalupo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 288-302.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual norte-americano. Tradução: Danielle Soares Delgado Campos. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUSA, Marllon. *Plea bargaining no Brasil*. O processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. Salvador: JusPodivm, 2019.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 8, n. 4, p. 212-219, 2013. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2013_4_748.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. XVII.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [s.l.], a. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. DOI: 10.22201/ij.24484873e.2016.147.10638.

VELTEN, Petra. § 257c StPO. In: WOLTER, Jürgen. *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*. 5. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, v. V, 2016.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 9. Auflage. München: C.H. Beck Verlag, 2018.

WEICHBRODT, Korinna. *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen: Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

WEIGEND, Thomas; TURNER, Jenia Iontcheva. The constitutionality of Negotiated Criminal Judgements in Germany. *German Law Journal*, [s.l.], v. 15, n. 1, p. 81-105, 2014. DOI: 10.1017/S2071832200002844.

WESSLAU, Edda. Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens. *Strafverteidiger Forum*, [s.l.], v. 1, p. 1-7, 2007.

ZILLI, Marcos. Non ducor duco. Ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: AA.VV. *IBCCrim 25 anos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 211-234.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:**Felipe da Costa De-Lorenzi** | *E-mail:* felipe.lorenzi91@gmail.com

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor substituto (FURG). Advogado.

Recebimento: 07.08.2023

Aprovação: 08.10.2023