

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL - UNINTER

KAUANA VIEIRA DA ROSA KALACHE

***Plea bargaining* brasileiro: limites e (in)adequações.**

Curitiba, 2020

KAUANA VIEIRA DA ROSA KALACHE

***Plea bargaining* brasileiro: limites e (in)adequações.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, no Centro Universitário Internacional - UNINTER, para obtenção do título de Mestre em Direito

Linha de pesquisa: Teoria da História da Jurisdição.

Professor Orientador: Dr. André Peixoto de Souza

Curitiba, 2020

K14p Kalache, Kauana Vieira da Rosa
Plea bargaining brasileiro: limites e (in)adequações
/ Kauana Vieira da Rosa Kalache. - Curitiba, 2020.
99 f.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Processo penal. 2. Transação penal - Brasil. 3.
Juizados especiais criminais – Brasil. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

Nome: Kauana Vieira da Rosa Kalache

Título: *Plea bargaining* brasileiro: limites e (in)adequações.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, no Centro Universitário Internacional - UNINTER, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Dr. André Peixoto de Souza

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. Celso Ludwig

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. Walter Guandalini Júnior

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À minha mãe.

Agradeço meu orientador, André Peixoto de Souza, pela liberdade acadêmica concedida, pelo espírito colaborativo, eterno entusiasmo e grande generosidade - características de sua pessoa, e pelo incentivo constante, apenas passível de ser proporcionado por aqueles que seguem na academia por vocação.

Agradeço aos meus colegas de academia, pelos sorrisos, choops e quentões no inverno na praça Osório. A caminhada foi mais leve com vocês.

Agradeço ao Centro Universitário Internacional pela concessão da bolsa de estudos para a realização do programa de mestrado, bem como à equipe do PPGD da pelo fundamental apoio prestado durante este período importante, nas pessoas de Anna Paula Cavaleiro de Lima, Elenice Nancy de Oliveira e Daniel Ferreira.

Agradeço à minha família, cujo amor incondicional propiciou a busca livre por mim mesma, sem temer os inevitáveis fracassos decorrentes dessa jornada.

Agradeço meu esposo Georges, por acreditar e me fazer acreditar também, sempre, e cujo apoio tornou meus projetos realizáveis.

Agradeço à minha filha Georgia, por viver bravamente à privação de sua mãe, imposta por projetos profissionais e acadêmicos, sem perder o sorriso mais lindo do mundo. Você é a razão de tudo.

“(...) There is no pain you are receding
A distant ship, smoke on the horizon
You are only coming through in waves
Your lips move but I can't hear what you're saying
When I was a child
I caught a fleeting glimpse
Out of the corner of my eye
I turned to look but it was gone
I cannot put my finger on it now
The child is grown
The dream is gone
I have become comfortably numb
(...)” Pink Foyd

RESUMO

Resumo: A presente pesquisa pretende analisar criticamente o instituto do *plea bargaining*, mais especificamente os problemas envolvendo critérios e procedimentos para o estabelecimento da negociação penal no sistema de justiça criminal, bem como o impacto social das negociações na sociedade de direito. Terá como referência o sistema de justiça norte-americano, que serviu de inspiração para o projeto nacional no que tange ao referido instituto, sem, todavia, deixar de considerar as diferenças existentes entre àquele modelo e o adaptado pelo Ministério da Justiça de nosso país. A pesquisa se justifica, uma vez que as críticas tecidas ao projeto e à implementação do *plea bargaining* no Brasil, apesar de acertadas, úteis e necessárias, ainda citam o instituto como solução possível e, em alguns casos recomendada, no país em que se originou, ignorando apontamentos importantes da comunidade jurídica norte-americana à questões cruciais da negociação, às quais, inclusive, a colocam contra o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Plea Bargaining- Voluntariedade- Legalidade- Lei Anticrime – Incompatibilidade.

Abstract: The research has the objective of critically analyze the plea bargaining practices presented in the Brazilian Anticrime Bill, more specifically the issues regarding the lack of criteria and regulations when offering a deal, as well as the social impact of the negotiations in a democratic society. The North American justice system will be used as reference, since it has served as an inspiration to the Brazilian Project, always taking into account the existing differences between the two judicial systems. The research is justified once the existing critics regarding the Brazilian Project, besides being correct, useful and necessary, ignore some of the North American academic's important opinions regarding crucial aspects of criminal negotiation, who understand it as a non-democratic toll in favor of the Penal State.

Key Words: Plea Bargaining - Willingness- Fairness- Anticrime Law – Incompatibility.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1- Justiça negociada nos Estados Unidos.....	13
1.1. Breves considerações sobre o sistema de Direito estadunidense.....	15
1.2. O <i>plea bargaining</i>	24
1.3. A crítica acerca da negociação.....	29
2- Justiça negociada no Brasil.....	43
2.1. Breves considerações sobre o sistema de Direito brasileiro.....	44
2.2. Negociação penal no Brasil.....	55
2.3. Proposta de importação do <i>plea bargaining system</i>	62
3 – A impossibilidade de incorporação do <i>plea bargaining</i> ao sistema de Direito nacional.....	63
3.1 Incompatibilidade sistêmica.....	64
3.2. Inadequação social-democrática.....	71
3.2.1. Legalidade e voluntariedade.....	71
3.2.2. Atividade investigativa e confissão.....	71
3.2.3. Parâmetros para oferecimento do acordo e atuação da acusação.....	72
3.2.4. Homologação por juiz.....	75
3.3. Efeitos da negociação em larga escala	78
3.3.1. Seletividade penal.....	78
3.3.2. Super encarceramento.....	80
3.3.3. Reincidência.....	83
3.3.4. Erros judiciais.....	85
Conclusão.....	89
Referências bibliográficas.....	93

INTRODUÇÃO

*"In the neighborhood of 6th Street and others like it, boys begin in school, but many make the transition to the juvenile courts and detention centers in their preteen or teenage years (...) the penal system has largely replaced the educational system as the key setting of young adulthood. These boys and young men are not freshmen or seniors, but defendants and inmates, spending their time in courtrooms instead of classrooms, attending sentencing hearings and probation meetings, not proms or graduations. (...) It is through their dealings with the police, the courts, the parole board and the prisons that young men and those close to them work out who they are and who they are to each other."*¹

Goofman, 2014, pg. 107.

A busca pela segurança com o consequente combate à criminalidade está refletida nos discursos da população brasileira e ecoa no louvor dos que anseiam participar ou permanecer no cenário político nacional. Como forma de alcance da almejada segurança material, estes últimos criticam as leis penais e processuais penais existentes, bem como o sistema de justiça criminal como um todo. Em suas propostas de governo, não raro, figuram assertivas sobre a necessidade do "endurecimento" das leis vigentes como forma de repressão e combate à violência.

Com este intuito, é expressa a admiração das existentes políticas internacionais de combate à violência, como as amplamente difundidas pelos Estados Unidos, à exemplo da de Tolerância Zero, mostrando-se grande interesse na possibilidade de importação e adaptação de tais práticas ao cenário nacional. Não obstante à isso, a crise do sistema judiciário brasileiro, com o acúmulo de processos e os desdobramentos disso decorrentes, levanta grande interesse nas práticas processuais adotadas pelos norte-americanos.

¹ "No bairro da Rua 6^a e outros similares, meninos começam na escola, mas muitos fazem a transição para cortes juvenis e centros de detenção durante o período da pré-adolescência e adolescência (...) o sistema penal substituiu em grande parte o sistema educacional enquanto realidade da população adulta. Esse meninos e jovens adultos não são calouros ou veteranos, mas réus e carcerários, passando suas vidas em tribunais ao invés de salas de aula, frequentando audiências de sentenciamento e reuniões de comissões de liberdade provisória, e não formaturas ou graduações. (...) É através de sua interação com a polícia, a justiça, as comissões de indulto e prisões que jovens adultos e aqueles próximos à eles descobrem quem eles são e quem eles são uns para os outros." Tradução livre da autora.

O país do hemisfério norte apresenta um instituto que vem chamando a atenção ao redor do globo por atenuar drasticamente o problema do aglomerado processual e a consequente demora da resposta jurisdicional, tornando o sistema de justiça criminal – na fase de persecução criminal – altamente eficiente e menos custoso para os cofres públicos.

Trata-se do sistema de justiça penal negociada – *plea bargaining system* – através do qual abandona-se o tradicional ritual processual penal, com audiências mediadas por juízes singulares ou através do procedimento do júri, adotando um sistema de negociação otimizado entre defesa e acusação, na qual se chega, na maioria das vezes, a uma alegação de culpa, *guilty plea*, por parte do acusado.

Nas palavras de George Bisharat, professor da Universidade da Califórnia e defensor público naquele estado, não raros são os eventos de que participara para apresentar o sistema à delegações internacionais, como do Japão, China, o mundo árabe e europeu². (Bisharat, 2014, pg. 794).

Referido sistema tem se comprovado eficaz no sentido de dar celeridade às demandas judiciais penais, com o rápido desenrolar da causa, além de apresentar-se, ao menos em uma primeira fase, menos oneroso aos cofres públicos, uma vez que julgamentos e o funcionamento da justiça pautada em audiências podem ser extremamente custosos ao Estado.

Aduz-se que tal economia é ilusória, ocorrendo apenas em uma primeira fase porque, conforme será abordado, o domínio prático da justiça penal negociada, com o objetivo de eficácia penal – leia-se, condenatória, faz dos Estados Unidos o país com a maior população carcerária no mundo, o que acarreta em um gigantesco gasto com a administração da justiça pós-condenatória – como com a administração de presídios, equipes de “*probation and parole*” [comissões de indulto], custos sociais de reinserção do condenado à sociedade, entre outros.

Os números figuram próximos aos 2.2 (dois milhões e duzentos mil) americanos encarcerados, na sua maioria negros e latinos provenientes de bairros

² “The global community’s admiration and emulation of the US legal system is a source of great pride in our legal profession. The export of American legal forms is a major business. We commonly host legal delegations from all over the world. I have personally hosted many myself in San Francisco, from Japan, China, Eastern Europe, the Arab world, and elsewhere.” (Bisharat, 2014, ph. 794). “A admiração e emulação do sistema jurídico norte-americano pela comunidade global é fonte de grande orgulho em nossa profissão legal. A exportação de conceitos jurídicos norte Americanos ocorre de maneira corriqueira. É comum recebermos delegações jurídicas de todo o planeta. Eu pessoalmente recebi muitas, em São Francisco, advindas do Japão, China, Europa e do mundo árabe e outros lugares”. Tradução livre da autora.

pobres³. O país soma 65 (sessenta e cinco) milhões de americanos possuidores de “*criminal records*” [certidões de antecedentes criminais], vivenciando os efeitos colaterais destes decorrentes, os quais abordaremos em momento oportuno⁴.

Tais números parecem incompatíveis com uma nação que observa o Estado Democrático de Direito, os princípios básicos de direito penal e sua utilização como “*ultima ratio*” para solução de conflitos sociais, onde a liberdade seja valorizada como bem jurídico fundamental a ser assegurado a todos.

Para Matt Taibbi, jornalista e escritor americano que se dedicou à análise da justiça criminal norte-americana, especialmente no que se refere aos casos de crimes financeiros cometidos por bancos e agências de classificação de risco, os quais prestaram grande contribuição para a crise de 2008, mostra preocupação com o declínio da transparência do sistema de reais julgamentos pelo tribunal do júri. (Taibbi, 2014)⁵. Ele ainda classifica o sistema de negociações como mecanismo extrademocrático, capaz de subverter princípios, como o do direito à razoável duração do processo, para o fechamento esquemático de acordos de confissão de culpa, especialmente quando a parte envolvida é hipossuficiente e pode ser ameaçada através de prisão cautelar.

Não obstante às inúmeras publicações existentes acerca do *plea bargaining* e seus efeitos sobre a sociedade democrática de direito, o Ministro da Justiça brasileiro apresentou, em 2019, proposta de importação do instituto de negociação, para incorporação pelo Código de Processo Penal. Apesar de retirado do projeto de

³Em relatório publicado em 2002, último contemplando o perfil completo dos carcerários nos EUA, ficou constatado que **6 de cada 10 detentos eram minorias etnoraciais**, o que ocorre no país desde 1996. Constatou-se que 60% dos detentos tinham entre 18 e 34 anos, e que 61% não haviam sequer concluído o ensino médio. Em que pese **negros** figurarem como maioria no sistema carcerário, estes são minoria fora dele, compreendendo **apenas 15% (quinze por cento) da população geral**. *Bureau of Justice Statistics*, em <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pji02.pdf>. Acesso em: 07/10/2018.

⁴As Arrest Records Rise, Americans Find Consequences Can Last a Lifetime, WALL STREET JOURNAL ONLINE, 2014, <http://online.wsj.com/articles/as-arrest-records-rise-americans-find-consequences-can-last-a-lifetime-1408415402>

⁵“*This is where the new despotism is hidden, in these thousand of arbitrary decisions that surround our otherwise transparent system of real jury trials and carefully enumerated suspect's rights. This extrademocratic mechanism, it turns out, is made up of injustices, big or small, from(...) granting leniency to “systemically important” companies, to smaller, more localized outrages like New York City prosecutors subverting speedy trial rules in order to extract guilty pleas from poor defendants who can't make bail.*”. (Taibbi, 2014, pg. xxii). “É aqui que se esconde o novo despotismo, nestas centenas de decisões que cercam no outrora transparente sistema de julgamentos pelo júri e cuidadosamente enumerava os direitos do suspeito. Este mecanismo extra democrático, na realidade, é feito de injustiças, grades ou pequenas, desde (...) concessão de leniência à empresas significativamente importantes, à menores, ultrajes mais localizados, como a subversão de regras de razoável duração do processo por promotores de Nova Iorque no intuito de extrair confissões de culpa de acusados pobres incapazes de arcar com os custos de fiança.” Tradução livre da autora.

lei pela Câmara dos Deputados, a possibilidade de sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro causou muita euforia, tendo sido substituído por instituto similar enquanto “Acordo de Não Persecução Penal”.

Ante ao alargamento da esfera negocial penal em nosso sistema de direito, aliado ao fato de que mesmo os opositores à importação do *plea bargaining* não se aprofundaram acerca das problemáticas envolvendo o sistema em seu país de origem, entendeu-se necessária à presente pesquisa, cujo objeto é compreender se a negociação penal nos moldes americanos é compatível com o sistema de Direito pátrio e, ainda, se tem sua implementação recomendada, baseando-se em princípios como o devido processo legal e a presunção de inocência.

Objetiva-se aqui a compreensão de referido instituto, como se dá sua prática, quais os seus efeitos sobre o acusado e o sistema de justiça criminal em que se insere, bem como as críticas existentes ao modelo em seu sistema de origem, o norte-americano. Além disso a pesquisa visa analisar a proposta de importação do *plea bargaining* apresentadas no projeto de lei Anticrime, sugerida em 2019 pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, tendo em foco o sistema de justiça brasileiro.

Para tanto, será feita uma análise do sistema jurídico norte-americano, cujas peculiaridades aqui tratadas são fundamentais para a compreensão do instituto da justiça penal negociada em prática naquele país. Aprofundaremos a pesquisa no que se refere ao *plea bargaining* e seus desdobramentos no país de origem, analisando criticamente as consequências de sua prática. Também será analisado o sistema acusatório brasileiro, com as mudanças legislativas trazidas pela lei Anticrime, sob o ponto de vista da importação do instituto.

Pretende-se com essa pesquisa analisar criticamente a aplicação concreta da teoria da negociação penal e seus efeitos, tendo como referência o direito na sociedade plural contemporânea, os princípios e garantias fundamentais universalmente concebidos e a busca por uma política criminal pautada em ações hegemônicas (Dussel, 2007, pg.54), ou seja, no exercício delegado pleno do poder com consenso e fraternidade, como fundamento do poder do povo, observando-se as reivindicações legítimas das classes minoritárias.

A metodologia utilizada é a bibliográfica, com a análise crítica de livros, artigos, dissertações, teses, periódicos, dados oficiais e materiais disponibilizados na internet existentes acerca do tema, fazendo, sempre que possível, o estudo comparado entre leis, projetos de leis e estudos acerca de reformas processuais

penais em países que buscam maior garantia constitucional nas ações de combate à criminalidade.

A abordagem praticada será a crítico-dialética, ante a complexidade e dinâmica do Direito, inserido num contexto histórico enquanto fenômeno pluridimensional, servindo enquanto meio de transformação social pautado nas contradições da sociedade em que está inserido. Dentro dessa perspectiva, se analisa o direito enquanto prática contestatória do status quo, juntamente com demais atores sociais, na busca por um meio mais harmônico e consensual.

1 – JUSTIÇA NEGOCIADA NOS ESTADOS UNIDOS

Referência mundial no que concerne seu sistema de justiça, os Estados Unidos da América sofreram nas últimas décadas grande mudança no seio de suas práticas processuais penais.

Procedimentos democráticos para determinação de culpa, como o julgamento pelo tribunal do júri, foram dizimados, sendo substituídos, em sua quase totalidade, por técnicas que mais se assemelham à práticas administrativas, à exemplo da negociação penal ou *plea bargaining system*.

Para George Fisher, não há verdadeiramente um marco histórico social acerca da popularização e propagação do instituto em território norte-americano, havendo sim uma atuação fundamental das partes interessadas para a implementação da negociação (leia-se promotores, defensores públicos, juízes e governantes – abarcados aqui legisladores), e sua pulverização pelo sistema de Direito norte-americano. *“Plea bargaining’s triumph was manifestly the work of those courtroom actors who stood to gain from it. To the extent that external actors, especially legislators, played a conscious role in the struggle, they mainly took sides with the ultimately defeated jury trial.”*⁶ (Fisher, 2000, pg. 01).

Além disso, o gigantesco movimento migratório em prática no país, com a chegada anual de milhares novos habitantes naquele território, juntamente com o movimento industrial, contribuíram para que o número de casos criminais se

⁶“O triunfo do plea bargaining foi manifestamente o trabalho daqueles atores judiciais que se impuseram para se beneficiar do sistema. Na medida em que atores externos, especialmente legisladores, atuaram conscientemente na luta, eles tomaram partido contra o finalmente derrotado julgamento pelo júri.” Tradução livre da autora.

elevasse de forma significativa, exercendo grande influência para a adoção de meios mais eficazes e menos custosos ao erário público para obtenção da “justiça”.

“And to the extent that broader social forces, such as immigration and industrialization, influenced the outcome of the conflict, they did so by increasing the criminal caseload on the one hand and the civil caseload on the other, thereby altering the interests and options of prosecutors and judges.” (Ibidem).⁷

Isso sem mencionar as políticas criminais travestidas de guerra ao crime, mas com objetivos seletivos e higienistas que resultaram na supercriminalização de condutas e na maior população carcerária mundial. (Waquant, 2011). “

Uma vez implementado, o instituto negocial cresceu em si mesmo, expandiu, se tornando a forma dominante de resolução de conflitos na esfera penal, compreendendo-se na atualidade impossível a subsistência do sistema de justiça criminal sem suas práticas⁸.

“And yet in one striking way, the story of plea bargaining’s rise is bigger than the actors who made it happen. Plea bargaining, once it took hold, possessed a power of its own. That power derived ultimately from the individual power of those whose interests plea bargaining served, but in its collective form that power made plea bargaining a dominant force in the evolution of modern American criminal procedure.”⁹ (Fisher, 2000, pg. 02).

Para que possamos analisar a prática negocial norte-americana e, mais importantemente, as críticas feitas à esse sistema de resolução de conflitos penais, necessariamente precisamos iniciar pela compreensão, ainda que de maneira breve

⁷ “E na medida que forças sociais maiores, como imigração e industrialização, influenciaram os resultados do conflito, eles o fizeram aumentando o número de casos criminais de um lado e casos cíveis de outro, alterando portanto os interesses e opções de promotores e juízes.” Tradução livre da autora.

⁸ “Plea bargaining’s role in shaping other procedural institutions appears more subtly in the historical record. But the unmistakable correlation between those procedural changes that have survived and thrived and those that aided plea bargaining’s cause compels a conclusion that plea bargaining has so fast a grip on our institutions of justice that antagonistic institutions cannot survive.” (Fisher, 2000, pg. 02). “O papel do *plea bargaining* em moldar outros institutos procedimentais aparecem mais sutilmente em arquivos históricos. Mas a inequívoca correlação entre estas mudanças procedimentais que sobreviveram e prosperaram e aquelas que assistiram à causa do *plea bargaining* levam à conclusão de que o *plea bargaining* tem uma aderência tão rápida às nossas instituições de justiça que instituições antagônicas não conseguem sobreviver.” Tradução livre da autora.

⁹ “Mesmo assim, de forma surpreendente, a história do surgimento do *plea bargaining* é maior dos que os atores que a fizeram acontecer. Uma vez implementado o *plea bargaining* possuiu um poder próprio. Tal poder derivou, em última análise, do poder individual daqueles cujos interesses eram servidos pelo *plea bargaining*, mas na sua forma coletiva aquele poder fez o *plea bargaining* uma força dominante na evolução do processo penal norte-americano.” Tradução livre da autora.

e sucinta, do sistema de Direito daquele país.

1.1. Breves considerações sobre o sistema de Direito estadunidense

Os Estados Unidos possuem, da mesma forma que o Brasil, um histórico de país colonizado. A partir do ano de 1722, quando se dá a colonização completa nos 13 estados pela Inglaterra, decide-se que aplicar-se-á o *common law* Inglês em todo o território, em consonância com as leis vigentes antes da colonização, na medida em que tal prática fosse compatível com a vida social local.

De uma simples análise da nossa história – relação entre Brasil Colônia e Portugal, não é difícil compreender que tal compatibilidade era inexistente. A aplicação do *common law*, via de regra, não era apropriado à vida dos colonizados. Além de super elaborado, com a exigência de juristas treinados para sua aplicação, na colônia vigorava absoluta ignorância quanto ao sistema.

Assim, o direito vigente era o arbitrariamente aplicado pelos magistrados, muitas vezes fazendo-se uso da Bíblia. (David, 2014, pg. 450). Justamente para lutar contra o arbítrio e a insegurança jurídica, inicia-se um movimento pró-codificação na busca pela segurança da lei escrita.

Todavia, com a transformação social e econômica da colônia com o advento do século XVIII, surge a necessidade de um direito mais desenvolvido, que ofereça proteção contra o absolutismo. Assim, passa-se a olhar o *common law* com novos olhos.

Muitas foram as alternâncias de movimentos pró-codificação e os favoráveis à manutenção do sistema inglês. Com a independência da metrópole, entende-se pela necessidade de popularizar a ideia de um direito próprio. Vige então o movimento de codificação à francesa. Posteriormente, todavia, triunfa o modelo inglês, adotado em todo o território estadunidense, importando-se da metrópole os conceitos e formas de raciocínio, além da teoria das fontes do direito inglês.

Ressalta-se que o direito nos Estados Unidos, desde o início, apresentou características originais, influenciadas pelo direito Romano-Germânico – sendo que muitas das regras do sistema inglês jamais chegaram a ser aplicadas no sistema norte-americano por ausência de compatibilidade.

A similaridade de ambos os sistemas se dá na sua origem, na sua implementação, no fato de um ter servido de modelo para o outro, sendo que hoje,

ambos apresentam grandes diferenças - a começar pelo fato dos Estados Unidos distinguir o direito federal do estadual. Diferenças essas inevitáveis se analisarmos a situação geográfica, econômica, política e cultural de cada país.

Pois bem, com base no exposto pode-se afirmar que o direito norte-americano pertence à família do *common law*. (David, 2014, pg. 459). Trata-se de um sistema jurisprudencial, fundado nos precedentes e na razão. Assim, normas legislativas são somente assimiladas após interpretação dos tribunais, momento em que a referência se torna as decisões judiciais que as aplicaram. Enquanto não houver precedente sobre determinado assunto, entende-se ainda não haver direito sobre a questão.

Nas palavras de René David, “As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição, como um complemento ou corretivo de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema do *common law*.”. (Ibidem, pg. 461).

A tradição do *common law* desenvolveu um sistema de justiça adversarial que se baseia na retórica dos advogados e juízes para criar, interpretar e, inclusive, invalidar normas de direito e de processo no curso de disputas litigiosas concretas. (Bergman, 2012, pg. 163).

Assim fica clara a oralidade advinda do sistema adversarial, que tem como centro o advogado (ao contrário dos sistema civil, como o brasileiro, em que o centro do processo é o juiz), o qual decide quais teorias desenvolver, quais provas utilizar, quais recursos interpor, como examinar suas testemunhas, bem como as da parte contrária. Todas essas práticas ensejam em um julgamento compacto.

*“An adversarial system is one in which the parties, the prosecutor and defendants, are adversaries and they engage in a form of combat or conflict. The parties are solely responsible for bringing evidence before the court, while the judge in this system is relatively passive. The judge has no responsibility to investigate or independently bring facts to the case. The judge plays the role of a neutral referee or umpire to make sure that the rules are not violated in the production of this evidence. So, it is a form of combat, but it is important to recognize that it is a regulated form of combat rather than a free-for-all.”*¹⁰ (Bisharat, 2014, pg. 767).

¹⁰ “Um sistema adversarial é aquele em que as partes, acusação e acusado, são adversários e estes envolvem-se em uma forma de combate ou conflito. As partes são as únicas responsáveis por trazer provas perante o juízo, enquanto que o juiz neste sistema é relativamente passivo. O juiz não possui responsabilidade de investigar ou trazer de forma independente fatos ao caso. O juiz participa enquanto árbitro neutro que garante que regras não são violadas na produção de provas. Então, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que se trata de uma forma de combate regulamentada ao contrário de um vale-tudo.” Tradução livre da autora.

Quanto à competência legislativa, essa é estadual – sendo a competência federal a exceção e, mesmo quando esta última é imposta, os estados possuem competência residual no que se refere ao preenchimento de lacunas ou aditamentos à legislação federal¹¹.

Os limites à competência legislativa estadual são a Constituição – ou seu espírito (David, 2014, 463), bem como a não geração de conflitos e perturbações ao comércio interestadual.¹² Assim, cabe ressaltar haver divergências entre os estados quanto à organização administrativa e judiciária, aspectos de direito material e processual civil e criminal, incluídas nessa última a previsão de sanções penais e sua forma de cumprimento, para citar algumas.

Não há um *common law* federal, apenas estadual, devendo as jurisdições federais julgar, quando inexistente lei federal, aplicando o direito estadual à que as partes ou o caso submetem-se.

Cinquenta estados legislando de forma diferente é fato que poderia sugerir a completa ausência de unidade federal, entendimento esse que não merece prosperar. Busca-se, tanto pelos operadores do direito quanto pelos acadêmicos, a compreensão do direito no país, comparando-se jurisprudências e diferentes regras, com senso altamente crítico.

¹¹ “Within the United States, there are fifty-two American criminal codes, with the federal criminal code overlaying the codes of each of the fifty states and the District of Columbia. Under the U.S. Constitution, the power to impose criminal liability is reserved primarily to the states, with federal authority limited to the prohibition and punishment of offenses specially related to federal interests (including crimes committed on property of exclusive federal jurisdiction such as military bases, crimes against certain federal officers, and crimes that involve conduct in more than one state that is difficult for a single state to effectively prosecute, such as drug and organized crime offenses).¹ The vast bulk of crimes and essentially all “street” crimes-homicide, rape, robbery, assault, and theft-fall under jurisdiction of one of the fifty state criminal codes or the code of the District of Columbia.” (Robinson e Dubber, 2007, pg. 319). “No território americano há cinquenta e dois códigos penais, com o código penal federal sobre cada um dos códigos estaduais e do distrito de Columbia. De acordo com a Constituição norte-americana, o poder de imputar a responsabilidade penal é reservada primariamente aos estados, estando a autoridade federal limitada à proibição e punição de ofensas relativas aos interesses federais (incluindo crimes cometidos em propriedade de jurisdição exclusivamente federal como bases militares, crimes contra agentes federais e crimes que envolvem mais de um estado, o que torna difícil para que apenas um dos entes efetivamente processe a causa, como crimes relacionados às drogas e organizações criminosas.” Tradução livre da autora.

¹² “Our political and our legal organization in the United States is a federal system in which all 50 states are distinct sovereigns. The states reserve any powers that are not explicitly delegated in our federal constitution to our national government. The “police power,” which comprehends the power to define crimes and to prosecute them, is one such power reserved by the states. We do have a federal criminal system, but there are relatively few federal crimes.” (Bisharat, 2014, pg. 768). “Nossa organização política e judiciária nos Estados Unidos é baseada em um sistema federal no qual os cinquenta estados são distintamente soberanos. É reservado aos estados todos os poderes que não sejam explicitamente delegados ao governo nacional pela Constituição. O poder de polícia, o qual compreende o poder de definir crimes e processá-los, é um dos poderes reservados aos estados. Há um sistema criminal federal, mas há relativamente poucos crimes federais.” Tradução livre da autora.

Além disso, existe o movimento federal em busca de unidade legislativa, através da possibilidade de intervenção, visando a proteção de direitos e liberdades individuais, além da adoção de leis-modelo para determinadas áreas, como o código modelo para o direito penal, processual penal e regulação do uso de provas.

Buscando uma identidade nacional, muitos códigos penais estaduais aderiram à questões importantes trazidas pelo *Model Penal Code*, promulgado em 1962 pelo *American Law Institute*. “*It was the criminal law portion of the code-the statement of general principles of liability in part I and the definition of specific offenses in part 11-that gained historic significance.*”¹³ (Robinson e Dubber, 2007, pg. 326).

Cabe ressaltar que não apenas a codificação sofreu influência do código modelo, mas também a jurisprudência, uma vez que “*thousands of court opinions have cited the Model Penal Code as persuasive authority for the interpretation of an existing statute or in the exercise of a court's occasional power to formulate a criminal law doctrine.*”¹⁴ (Ibidem). Todavia, não houve um acatamento generalizado de suas regras e institutos ali regulados¹⁵.

¹³ “Foi a parte do código que compreende o direito penal – a afirmação de princípios gerais de culpabilidade na parte I e a definição de ofensas específicas na parte 11 – que ganharam significância histórica. Tradução livre da autora.

¹⁴ “*Centenas de opiniões judiciais citaram o Código Modelo enquanto autoridade persuasiva para a interpretação de lei existente ou no exercício legislativo do tribunal em formular doutrina penal.*” Tradução livre da autora.

¹⁵ “*There is much diversity among the fifty-two American criminal codes and, therefore, it is often difficult to state “the” American rule on any point of criminal law. But there also are many similarities among the codes, in large part due to the influence of the American Law Institute’s Model Penal Code. Promulgated in 1962, the code prompted a wave of state code reforms in the 1960s and 1970s, each influenced by the Model Penal Code. Some of the Model Penal Code provisions have not been widely accepted. For example, while the Model Penal Code generally rejects the common law’s “felony murder” rule, which in its broadest form holds all killings in the course of a felony to be murder, most states have retained the rule. Similarly, a majority of states have rejected the Model Penal Code’s innovation in prescribing the same punishment for inchoate offenses, such as attempt, and consummated offenses. Nonetheless, the Model Penal Code is the closest thing to being an American criminal code.*” (Ibidem, pg. 320). “Há muita diversidade entre os cinquenta e dois códigos criminais norte-americanos e, por isso, é difícil afirmar “a” regra norte-americana sobre qualquer ponto do direito criminal. Mas há também muitas similaridades entre os códigos., em grande parte devido a influência do Código Penal Modelo do Instituto Americano de Direito. Promulgado em 1962, o código promoveu uma onda de reformas nos códigos estaduais nas décadas de 60 e 70, todos influenciados pela lei modelo. Algumas de suas previsões não foram largamente aceitas. Por exemplo, enquanto o Código Modelo rejeita o instituto do “*felony murder*” do *commom law*, que na sua forma mais ampla considera todas as mortes no curso de um *felony* como homicídio intencional [*murder*], a maioria dos estados reteve a regra em seus ordenamentos. Similarmente, a maioria dos estados rejeitou a inovação trazida pela lei modelo em prescrever a mesma punição para tentativa e crime consumado. Não obstante a isso, o Código Penal Modelo é o mais próximo que se chega de um Código Penal norte-americano.” Tradução livre da autora.

Fator anterior também contribui para uniformidade do sistema. A Constituição norte-americana é originária daquela vigente nas 13 (treze) colônias, e o sistema britânico do *common law* influenciou os cinquenta estados na formação do pensamento jurídico independente. Além disso, a 14^a emenda, que prevê o devido processo legal, submeteu todos os estados à observância do preceito no que se refere às regras processuais. (Bisharat, 2014, pg. 769.).

No que se refere às regras processuais penais e sobre admissibilidade e utilização das provas (*evidence*), as mesmas variam conforme o estado analisado, existindo, porém, grande similaridade com as regras federais - *Federal Criminal Procedure Rules*¹⁶.

Quanto aos princípios de Direito Penal e Processo Penal, estes são previstos pela Constituição norte-americana, vinculando o ordenamento jurídico estadual. No artigo terceiro, por exemplo, é previsto o princípio da jurisdicionalidade e do julgamento pelo tribunal do júri, impondo-se que o julgamento de qualquer crime deve ser pelo júri, observando-se as exceções legais, no local onde ocorreu o fato.

“Article III, Section two, Clause Three: The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed”¹⁷.

A quarta emenda traz o racional acerca de busca e apreensão não razoável, através do qual, observadas as exceções legais, impõe-se a necessidade de mandado judicial para o ato.

“Fourth Amendment: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”¹⁸.

¹⁶ *Federal Rules of Criminal Procedure*, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp> e *Federal Rules of Evidence*, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>, acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁷ “Artigo III, Seção dois, Cláusula três: o julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, serão através do júri; e referido julgamento deverá realizar-se no estado onde os crimes tiverem sido cometidos; mas quando não cometidos em qualquer estado, o julgamento deverá ocorrer no lugar ou lugares determinados pelo Congresso através de lei.” Tradução livre da autora

¹⁸ “Quarta emenda: o direito das pessoas estarem seguras em sua individualidade, suas casas, papéis e efeitos contra buscas e apreensões não razoáveis não deverá ser violado, e mandados não serão expedidos sem causa provável, corroborados por juramento ou afirmação, particularmente

Já a quinta emenda abrange conceitos como a proibição de ser condenado duas vezes pelo mesmo fato, o direito a não autoincriminação e ao devido processo legal.

Fifth Amendment: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation¹⁹.”

A sexta emenda prevê o direito a um julgamento público, em prazo razoável (razoável duração do processo), através de júri imparcial, com direito ao acesso à informação e à confrontação das testemunhas e, finalmente, com direito à defesa técnica. Ideias relativas ao contraditório e da ampla defesa.

“Sixth Amendment: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense.²⁰”

A oitava emenda proíbe imposição de fiança ou multa excessivas além de vedar punições cruéis ou não usuais.

descrevendo o lugar a ser buscado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.” Tradução livre da autora.

¹⁹ “Quinta emenda: nenhuma pessoa responderá por crime capital ou hediondo a menos que indiciada por um Grande Júri, exceto em casos sobre a terra ou forças navais, ou sobre Milícia, quando em serviço atual em tempo de Guerra ou perigo público; também ninguém será acusado duas vezes pela mesma ofensa; ou será obrigado a ser testemunha contra si mesmo ou ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem poderá a propriedade privada ser tomada para uso público sem a devida compensação.” Tradução livre da autora.

²⁰ “Sexta emenda: em qualquer persecução criminal, o acusado terá direito a ser julgado em tempo razoável, por um júri imparcial, na jurisdição onde o crime ocorreu, devidamente definida por lei, e de ser informado da natureza e motivo da acusação; de ser confrontado com as testemunhas de acusação, de ter processo compulsório para obter testemunhas a seu favor, e de possuir assistência de advogado de defesa”. Tradução livre da autora.

Eighth Amendment: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."²¹

Por fim, a décima quarta emenda traz o princípio do devido processo legal no âmbito estadual e da proteção igualitária pelo direito (princípio da igualdade) - (Constituição dos Estados Unidos).

Fourteenth Amendment: "(...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."²²

Extremamente necessário compreendermos o racional envolvendo o julgamento pelo júri, uma vez que o *"jury trial"*, com suas regras e princípios são a espinha dorsal do sistema de Direito naquele país. Este racional é composto por duas questões, quais sejam, a busca pelo equilíbrio entre poder da sociedade e do Estado, bem como por decisões mais justas, baseadas no consenso de doze representantes do povo. O interesse é pela verdade jurídica e não uma verdade legal, por essa razão há muito cuidado nas provas aceitas para embasar a acusação de um indivíduo, vedando-se provas ilegais e testemunhos involuntários. (Wonzovicz, 2017).

Anteriormente aos procedimentos envolvendo o julgamento, há a fase de *pre-trial litigation* [litigância pré-julgamento] – no caso da Califórnia essa fase ocorre para todos os crimes considerados *felonies*, delitos mais graves, cuja pena de prisão varia entre um ano e perpétua, cabendo ainda a pena de morte. Neste momento ocorre, por exemplo, a audiência preliminar [*preliminar hearing*], onde a acusação deve apresentar provas que estabeleçam *probable cause*²³ [causa provável] de que o acusado de fato cometeu o crime.

O critério é definido como sendo suspeita razoável de que o indivíduo cometeu o crime, assim, um grande júri [*Grand Jury*], de acordo com a 14^a emenda

²¹ "Oitava emenda: não será requerida fiança excessiva e nem impostas multas excessiva, ou infligida punição cruel ou não usual". Tradução livre da autora.

²² "Décima quarta emenda: (...) nem poderá o Estado tirar a vida de uma pessoa, sua liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem mesmo negar a qualquer pessoa na sua jurisdição a proteção igualitária das leis." Tradução livre da autora.

²³ "*Probable Cause. A reasonable ground to suspect that a person has committed or is committing a crime (...) [for jury verdict] under the fourth amendment (...), which amounts to more than a bare suspicion but less than evidence that would justify a conviction (...).*" *Black's Law Dictionary*, pg. 599. "Bases razoáveis para suspeitar que uma pessoa cometeu um crime [para veredicto do júri] conforme estabelecido pela quarta emenda (...) que corresponde a mais do que uma simples suspeita mas menos do que provas que justifiquem uma condenação (...)" Tradução livre da autora.

constitucional, deve entender haver mais do que apenas simples suspeita e menos do que certeza que justificaria uma condenação, para formalizar a acusação contra o indivíduo.

Sendo indiciado, há o direito do acusado a ser julgado pelos seus [*of one's peer*] de forma imparcial, ou seja, neutra. Na prática isso significa que os jurados selecionados pertencerão à mesma jurisdição do acusado. São 12 (doze) o número de jurados selecionados para julgar um *felony* [*crime mais grave*]. As pessoas “do povo” são elegidas de uma amostra que contempla em média 60 (sessenta) participantes. São selecionados jurados extras, caso haja necessidade de substituição ao longo do julgamento.

Para escolha dos jurados faz-se uma série de questionamentos, através do processo denominado *voir dire*, para confirmar o pertencimento à jurisdição do acusado, o domínio da língua inglesa, bem como no intuito de identificar tendências ou inclinações [*bias*] por parte do candidato, por exemplo.

Nesse processo de escolha, cada parte tem o direito de recusar jurados, excluindo-os do processo. Essa recusa pode acontecer por razões explícitas, de maneira justificada pela parte que pede exclusão [*for cause challenge*], quando fica clara a incapacidade do candidato julgar o caso em questão.

A exclusão também pode ocorrer sem justificção necessária, por simples pedido da parte [*peremptory challenge*], esta com número limitado de ocorrências – na Califórnia há o direito a 10 (dez) exclusões injustificadas ou 25 (vinte e cinco) no caso de crimes envolvendo a pena de morte. (Bisharat, 2014, pg. 774). Como se pode perceber, o procedimento pode ser longo, durando semanas e até meses, a depender da complexidade do caso.

Superada essa fase, chegando ao julgamento em si, importante destacar os princípios que regem o processo penal no que concerne ao *jury trial* [*julgamento pelo júri*]. Vigora a presunção de inocência, com ônus da prova recaindo sob a acusação. O critério da prova é que a culpabilidade do agente se demonstre “*beyond a reasonable doubt*” [*acima da dúvida razoável*]. É previsto o privilégio contra autoincriminação, com o direito ao silêncio, sendo ainda inadmissíveis provas relativas ao caráter do réu [*character evidence*], se em sua desvantagem. Provas ilegalmente obtidas são também suprimidas com base em “*exclusionary rule*”²⁴

²⁴ “*Exclusionary rule: 1. Evidence. Any rule that excludes or suppresses evidence < despite many exceptions, hearsay has long been inadmissible under an exclusionary rule. 2. Criminal procedure. A*

[regra de exclusão], que igualmente não admite “*hearsay*”²⁵ [boato/rumor] – testemunho de algo que não foi presenciado pela vítima, mas que esta apenas ouviu falar. (Wonzovicz, 2017).

Além disso, o contraditório se materializa de maneira extremamente marcante através do direito constitucional de confrontação, que prevê a presença do réu frente às testemunhas enquanto essas depõe, além do direito de contra-interrogá-las [cross-examination]. Por fim, há o direito à defesa técnica de advogado se o crime é passível de ser apenado com encarceramento. (Bisharat, 2014, pg. 776).

Assim como a seleção do júri, o julgamento pode se tornar um procedimento extremamente alargado, durando semanas e até mesmo meses. Além disso, trata-se de um procedimento altamente custoso, tanto institucionalmente quanto no que se refere à fontes sociais.

Há os custos do aparelhamento estatal, com a disponibilidade de salas de julgamento, promotores, juízes e advogados de defesa – estima-se que 75% (setenta e cinco por cento) dos casos que vão à júri no estado da Califórnia há indicação de defensor público pela corte, às custas do estado. (Ibidem, pg. 780).

Além disso, jurados têm suas vidas, pessoais e profissionais comprometidas para atuar à serviço do júri. Há estudo que comprova que a diminuição de 12 (doze) para 8 (oito) jurados em julgamentos de crimes de menor potencial ofensivo na Califórnia, gerou uma economia de milhões de dólares por ano ao Estado, sem contabilizar os custos dos empregadores privados. (Ibidem, pg. 781). Por fim, cabe ressaltar que julgamentos são caracterizados pelo grande custo emocional de todas as partes envolvidas no processo.

Assim, acredita-se estar mapeado o caminho e o racional envolvendo o sistema de justiça norte-americano, o que nos leva ao nosso próximo ponto de análise, a prática da justiça penal negociada no país.

rule that excludes or suppresses evidence obtained in violation of an accused person's constitutional rights (...).”(Black's Law Dictionary, 2006, pg. 287) “Regra de exclusão: 1. Provas. Qualquer regra que exclua ou suprima provas < apesar de muitas exceções, boatos/rumores há tempo são considerados inadmissíveis de acordo com a regra. 2. Processo penal. Uma regra que exclua ou suprima provas obtidas em violação à direitos constitucionais do agente. (...).” Tradução livre da autora.

²⁵ “*Hearsay: Traditionally, testimony that is given by a witness who relates not what he or she knows personally, but what others have said, and that is therefore dependent on the credibility of someone other than the witness. Such testimony is generally inadmissible under the rules of evidence.*” (Ibidem, pg. 352) “Rumores/boatos: tradicionalmente, testemunho concedido por testemunha que se relaciona não que ela sabe pessoalmente, mas ao que outros disseram, e, portanto, dependente da credibilidade de terceiros. Referido testemunho é geralmente inadmissível de acordo com as regras relativas às provas”. Tradução livre da autora.

A discussão que se inicia, no tópico seguinte, acerca do instituto do *plea bargaining*, se dará com a análise das leis federais acima citadas, bem como nas leis do Estado da Califórnia, fazendo-se a devida indicação.

1.2. O *plea bargaining*

O *plea bargaining* é o modelo de justiça negocial adotado em larga escala pelo sistema de Direito norte-americano. A imagem tradicional de um julgamento criminal tornou-se obsoleta naquele sistema, uma vez que os expedientes resolvidos em sede de negociação somam mais de 95% dos casos criminais no país (Medwed, 2010, pg. 1539).

George Fisher tratou do desenvolvimento histórico do instituto no estado de Massachusetts, em prática oficialmente desde o início século XIX. Durante grande parte daquele século, as negociações se resumiam à casos envolvendo a lei de bebidas alcoólicas (lei seca – *Prohibition*) e homicídios – casos em que a acusação detinha poder de oferecer acordos e negociar sem qualquer participação de um juiz. (Fisher, 2002, pg. 03).

Surgia assim a forma de “*charge bargaining*” [negociação da denúncia], extremamente criticada na atualidade, como veremos adiante. “*These early deals took the form of charge bargaining - that is, in exchange for the defendant’s plea to one or more of several charges, the prosecutor dropped the others or (in the case of murder) reduced the charge to a lesser offense.*”²⁶ (Ibidem).

Já no fim do século, com o início da intervenção judicial nos acordos, originou-se o que se chama de “*sentence bargaining*” [negociação da sentença], quando o resultado da negociação é uma sentença condenatória reduzida. Atualmente as negociações abrangem “todo o território penal, tanto que ao fim do século, acordos de culpa somavam mais de 87% (oitenta e sete por cento) das disputas criminais em *Middlesex County*.”²⁷.

Existe ainda a chamada “*count bargain*” [negociação da acusação], quando o

²⁶ “Esses acordos iniciais assemelham-se à *charge bargaining* [negociação da denúncia] – ou seja, a troca da confissão de culpa por uma ou mais acusações a serem descartadas pela acusação, ou, em caso de homicídio, a desclassificação do crime para uma ofensa menos grave.” Tradução livre da autora.

²⁷ *Plea bargaining “conquered the whole penal territory--so that by century’s close, guilty pleas accounted for some eighty-seven percent of criminal adjudications in Middlesex County.”* (Ibidem).

agente é acusado de múltiplos fatos e se declara culpado por apenas um ou alguns deles, tendo em troca a desconsideração pela promotoria dos fatos não confessados. A promotoria promove o ato de arquivamento das acusações excedentes [*drop the charges*].

Como último modelo de negociação há a “*fact bargaining*” [negociação dos fatos], quando há agravantes envolvidas no caso, podendo-se negociar sua exclusão para fins de dosimetria da pena e imposição de sentença condenatória mais favorável.

A proposta de acordo geralmente ocorre em etapa pré-processual, antes da acusação oferecer a denúncia [*file charges*], não estando, todavia, restrita sua ocorrência a este momento. Pode-se fazer o acordo [*plea deal*] em qualquer fase, durante o curso do processo criminal.

Inclusive, casos de *hung jury* [*veredicto não unânime*] – quando não há decisão unânime dos jurados, o que acarreta na realização de novo julgamento,²⁸ são especialmente oportunos para a realização de acordo. (Vide *United States v. Perez*, 1824, caso que define não ser caracterizada a “*Double Jeopardy Clause*”, prevista na 5ª emenda, novo julgamentos de casos cujo veredicto não foi unânime). Negociar nessas circunstâncias evitaria os gastos e tempo despendidos em novo procedimento, ante a incerteza, para ambas as partes, quanto ao veredicto.

Aduz Bisharat, que além de professor de direito é defensor público na cidade californiana de São Francisco, que o “*plea bargain*” é uma negociação entre promotor e defesa sobre a situação envolvendo o caso, com ocasional participação da corte [leia-se, do juiz].²⁹, sem que haja julgamento”. (Bisharat, 2014, pg. 767, tradução livre da autora). Para compreender o instituto em sua originalidade, abordaremos o papel desempenhado pelas partes, o apelo do acordo [*plea deal*], e a forma como este se realiza.

Nos Estados Unidos a parte acusatória, composta de promotores, detém discricção para a acusação penal, não havendo persecução penal compulsória. Vítimas jamais atuam como parte no processo – não há a possibilidade da vítima figurar, por exemplo, como assistente de acusação, exercendo a função de mera

²⁸ 48 (quarenta e oito) dos 50 (cinquenta) estados exigem unanimidade para o veredicto.

²⁹ “*Plea bargaining is a negotiation between the prosecutor and defense about the disposition of the case, with the occasional participation of the court.*” (Bisharat, 2014, pg 767). “*Plea bargaining* é a negociação entre a acusação e a defesa sobre particularidades do caso, com a ocasional participação do juiz.” Tradução livre da autora.

testemunha do ocorrido. Além disso, promotores fazem parte do poder executivo, sendo eleitos pela comunidade, atuando sob o julgo dessa. (Alschuler, 1968, pg. 52).³⁰

Há um controle mínimo, quase inexistente, das práticas acusatórias acerca do indiciamento/denúncia do sujeito, o que na realidade é um trunfo na promotoria para a negociação, guardando a acusação grande autoridade sobre como um caso será resolvido.

Do outro lado, cabe à defesa lutar por um bom acordo para seu cliente. Todavia, conforme a prática demonstra, a defesa atua em inúmeros casos no intuito de disciplinar o cliente para o aceite de acordos, com fulcro nos mais diversos benefícios: do próprio acusado, do advogado, da corte e, muitas vezes, em detrimento do acusado. (Klein, 2004).

³⁰ *"When a prosecutor grants concessions in exchange for a plea of guilty, he may be acting in any-or all-of several different roles. First, the prosecutor may be acting as an administrator. His goal may be to dispose of each case in the fastest, most efficient manner in the interest of getting his and the court's work done. Second, the prosecutor may be acting as an advocate. His goal may be to maximize both the number of convictions and the severity of the sentences that are imposed after conviction. In this role, the prosecutor must estimate the sentence that seems likely after a conviction at trial, discount this sentence by the possibility of an acquittal, and balance the "discounted trial sentence" against the sentence he can insure through a plea agreement. Were a prosecutor to adopt this role to the exclusion of all others, he would accept a plea agreement only when its assurance of conviction outweighed the loss in sentence severity it might entail. Third, the prosecutor may act as a judge. His goal may be to do the "right thing" for the defendant in view of the defendant's social circumstances or in view of the peculiar circumstances of his crime-with the qualification, of course, that the "right thing" will not be done unless the defendant pleads guilty. Fourth, the prosecutor may act as a legislator. He may grant concessions because the law is "too harsh," not only for this defendant but for all defendants. In all of these roles except the last, the prosecutor must determine on a case-by-case basis the concessions that he will offer to guilty-plea defendants; moreover, the importance of each role may vary from one case to the next."* (Alschuler, 1968, pg. 52).

"Quando um promotor faz concessões em troca de uma confissão de culpa, ele pode estar atuando em vários, ou em todos, os diferentes papéis por ele desempenhados. Em primeiro lugar, o promotor poderá atuar como um administrador. Seu objetivo poderá ser o de resolver os casos a ele designados da forma mais rápida e eficiente possível. Em Segundo lugar, o promotor poderá atuar como advogado. Sua meta implicaria em maximizar tanto o número de condenações quanto a severidade das sentenças impostas aos acusados. Neste papel, o promotor deve estimar a possível sentença arbitrada se tivesse lugar um julgamento, descontando desta a possibilidade de absolvição, e balanceando a redução proveniente da celebração de acordo. Se o promotor adotasse esse papel em detrimento de todos os demais, somente aceitaria o acordo quando a certeza de condenação tivesse maior peso do que a perda da severidade da sentença a qual acarreta. Em terceiro lugar, o promotor poderá atuar como juiz. Seu objetivo poderá ser o de "fazer a coisa certa" para o acusado, em vista das circunstâncias sociais daquele ou da peculiaridade das circunstâncias do crime – com a qualificação, obviamente, de que "a coisa certa" não é feita a não ser que o acusado confesse sua culpa. Em quarto lugar, o promotor poderá atuar enquanto legislador. Ele poderá conceder concessões porque a lei é "muito dura" não apenas a este acusado, mas para qualquer um. Em todos esses papéis, com exceção deste último, o promotor deve definir com base em cada caso as concessões que serão oferecidas aos negociantes; além disso, a importância de cada papel a ser desempenhado poderá variar conforme o caso." Tradução livre da autora.

Um estudo feito com mais de duzentos presos no Alaska focou nas observações dos condenados sobre seus defensores legais. Queixa comum entre os internos era o fato de que o advogado de defesa teria falhado em fazer imperar seus direitos, não ficando ao “seu lado”. Também relatou-se advogados extremamente ansiosos para a celebração de acordo penal e que os profissionais muitas vezes trabalharam para o Estado ao invés de trabalharem em favor do acusado (Ibidem, pg. 4). Abordaremos novamente este tópico quando tratarmos das críticas ao sistema de negociação penal vigente nos EUA.

Ainda existe a figura do juiz, presente nas negociações, embora que de forma tímida. O juiz [*the court*] teria, originalmente, autoridade de sentenciamento – aprofundaremos essa discussão no próximo tópico - sendo responsável pela homologação do acordo [*guilty plea*]. Alega-se que muito pouco interfere o juiz no início das negociações, aumentando-se sua participação na medida que as discussões avançam à caminho de um julgamento – com a clara intenção de evitá-lo. (Bisharat, 2014, pg, 784).

Quanto ao acordo, o mesmo prevê consequências atenuadas para o crime supostamente cometido, com o intuito de receber a aceitação do acusado, – o que geralmente significa menos tempo na prisão. A defesa tem duas certezas na negociação: economia com gastos judiciais futuros (nos EUA há a cobrança de custos advindos do processo criminal, a serem pagos pelo acusado, bem como despesas advindas do aprisionamento), bem como da condenação.

A certeza da condenação inclusive é fator primordial da negociação penal, funcionando como força motriz da acusação. Em matéria de políticas de segurança pública, altos índices de condenação são populares perante a opinião popular, formada por cidadãos que elegem os membros da promotoria periodicamente.

Por fim, a forma de realização dos acordos é dotada de uma certa sigilosidade. Pode ser oficializada no gabinete do juiz da causa, mas também ocorre nos corredores de prédios públicos, através de discussões entre promotor e defensor realizadas em baixo tom de voz. (Ibidem, pg. 791). Em suma, acontece de maneira privada, não há a presença de testemunhas e, como já dito, geralmente também não está presente o acusado.

“The key thing however, is that it almost always occurs in private, outside of public hearing. Plea negotiation sometimes occurs in the hallways in public spaces where the attorneys can be seen, but their actual negotiations are

*not overheard. They take pains to make sure that nobody else is overhearing their negotiations. And, crucially, these negotiations happen outside of presence of the defendant*³¹. (Bisharat, 2014, pg. 791).

Alguns motivos são apontados para justificar tal prática, entre eles a liberdade argumentativa da acusação e defesa, que falam com mais sinceridade sobre o caso e também sobre o réu, a vítima e as testemunhas.

Outro fator apontado é a “proteção da ética suspeita dos “trade-offs” em casos múltiplos”. (Ibidem, pg. 791). Muito comum ser nomeado defensor e promotor para atuar em todos os casos do dia, pautados em determinada seção. Assim, as partes tratam dos casos em conjunto, negociando-os em “combo”. *“I will give you x on this case, if you give me yon the next.” You can only drive one hard bargain a morning, so you have to pick which case you are going to do that for. One of your clients benefits and the other one pays the price.*” (Ibidem, pg. 792)³².

Os tipos de “apelo” [*plea*], feitos pelo agente são as a) *guilty pleas* [confissão de culpa] – com a confissão do fato; b) *no contest pleas*, ou “*nolo contendere*” [*apelo de não contestação*] – tem os efeitos de uma declaração de culpa, porém não há confissão dos fatos e o agente simplesmente não contesta as acusações. Tem o resultado de afetar efeitos colaterais da sentença condenatória na esfera cível, como a indenização por danos, por exemplo; c) *conditional pleas* [*apelos condicionados*] – garantem que o agente recorra de parte da acusação. Sua celebração depende de aceitação da promotoria ou do juiz e havendo provimento do recurso por cortes superiores cabe a retirada da declaração de culpa pelo acusado; d) *Alford pleas* [*apelo Alford*] – são consideradas assim as declaração de culpa claramente baseadas no temor de enfrentar um julgamento e seus incertos desdobramentos, quando o acusado afirma ser inocente³³. Alguns estados vedam essa forma de “apelo”.

³¹ “No entanto a peça chave é que quase sempre ocorre privadamente, fora de audiências públicas. A negociação as vezes ocorre nos corredores de espaços públicos, onde advogados podem ser vistos, mas a real negociação não pode ser ouvida. Eles se asseguram de que ninguém mais escuta as negociações. E, crucialmente, essas negociações acontecem sem a presença do acusado.” Tradução livre da autora.

³² “Eu te darei X nesse caso, se você me der Y naquele. Você somente pode conseguir êxito em uma dura negociação pela manhã se você escolher qual caso você oferecerá em troca. Um dos seus clientes se beneficia enquanto outro paga o preço”. Tradução livre da autora.

³³ “Also known as a “best-interests plea,” an Alford plea registers a formal claim neither of guilt nor innocence toward charges brought against a defendant in criminal court. Like a *nolo contendere* plea, an Alford plea arrests the full process of criminal trial because the defendant -- typically, only with the court's permission -- accepts all the ramifications of a guilty verdict (i.e. punishment) without first

Uma vez finalizada a negociação entre defesa e acusação e firmado o acordo, audiência será pautada para apresentar a proposta de acordo ao juiz competente, o qual decidirá pela sua homologação, modificação ou rejeição. Em caso de homologação o sentenciamento do acusado pode ocorrer imediatamente, na própria audiência – a não ser nos casos cuja complexidade exija maior análise para dosimetria da pena, quando será realizada audiência para prolação da sentença [*sentence hearing*].

Uma vez compreendido o processo de negociação em seus aspectos procedimentais, bem como o papel desenvolvido por cada parte na negociação, passaremos a análise das críticas existentes à esse modelo de gestão penal, dominante no sistema de justiça criminal estadunidense.

1.3. A crítica acerca da negociação

Os Estados Unidos enfrentam duras críticas quanto ao modelo corrente do *plea bargaining*, sendo acusado, inclusive, de fazer uso de tais práticas para selecionar e perseguir minorias indesejadas.

Dentre as críticas mais severas à prática estão questões como: a) ausência de defesa técnica eficiente, b) excesso e abuso de poder da acusação nas negociações, c) perda de padrões processuais para reincidentes d) desinformação quanto aos efeitos colaterais de uma confissão de culpa e) ausência de um juiz efetivamente garantista para homologação de guilty pleas.

Assim pontua Alberto Siqueira Castro:

“A grande maioria dos casos penais nos Estados Unidos é concluída na fase de acordo, sendo desnecessária a submissão do caso a júri popular.

attesting to having committed the crime. The name, Alford plea, is taken from North Carolina v. Alford 400 U.S. 25.” Legal Information Institute. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/alford_plea

“Também conhecidas como “apelo do melhor interesse” um *Alford* compreende uma arguição que não é de culpa e nem de inocência acerca das acusações existentes contra o acusado. Assim como um *apelo de nolo contendere*, o *Alford* apreende todo o procedimento de julgamento porque o acusado – geralmente mediante autorização do juízo, aceita os desdobramentos de uma condenação (p.e. a punição) sem, em primeiro lugar, ter assumido a autoria dos fatos. O nome, *apelo Alford*, deriva do caso *North Carolina v. Alford* (400 U.S. 25. Instituto de Informação Jurídica.” Tradução Livre da autora.

Ainda que implique na maior celeridade à resolução de casos penais, críticos deste modelo apontam aspectos como a mitigação da voluntariedade do réu por coações e disparidade de armas, os prejuízos para o acusado inocente, a possibilidade de overcharging, a especial vulnerabilidade de réus pobres, dentre outros.” (Castro, 2019, pg. 56).

Acusa-se o sistema de violação do princípio balizador do processo penal, qual seja, o direito constitucional ao devido processo legal [*due process of law*], abrangido pelas leis de todos os estados, com a consequente ocorrência do encarceramento em massa.

A partir deste momento, passaremos a analisar cada um dos pontos acima aventados, com base nos principais argumentos formulados por acadêmicos e operadores do direito nos Estados Unidos, bem como da comunidade internacional.

a) Ausência de defesa técnica eficiente

Conforme já apontado, o direito de defesa é garantido à todos os cidadãos no estado da Califórnia, em crimes cuja condenação resulte em aprisionamento, sendo que naquele estado, 75% (setenta e cinco por cento) dos casos criminais têm defensor público apontado pela corte, remunerados pelo governo.

Foi mencionada ainda, pesquisa na qual constata-se que a percepção dos réus condenados por meio de *plea deal* [negociação] quanto à sua defesa era de ineficácia e desamparo. “*A common inmate complaint was that their counsel had not stood up for them to enforce their rights, was too anxious to make a deal, and that the attorney, rather than working for them, worked for the state*”³⁴.” (Klein, 2004, pg. 04).

Segundo Fisher, três são as principais razões encontradas para justificar as constatações de defesa técnica insuficiente nas negociações, quais sejam: a necessidade dos defensores públicos em manter seus agentes financeiros patrocinando seus escritórios e atividades, a manutenção da boa relação com a promotoria e juízes e, por fim, o excesso de trabalho a que estes profissionais estão submetidos. “*Beyond securing the support of their financial sponsors and the*

³⁴ “Uma queixa comum entre os internos era a de que seus defensores em realidade não se esmeraram em fazer valer seus direitos, estavam muito ansiosos em fechar o acordo e pareciam trabalhar em prol do estado e não deles” Tradução livre da autora

approval of prosecutors and judges, defenders had a more selfish interest in seeing their clients plead guilty: They were overworked." (Fisher, 2000, pg. 1063)³⁵.

De acordo com o autor, historicamente, a efetividade de condenação de criminosos, via *bargaining*, foi a bandeira de frente do movimento pró defensoria pública nos Estados Unidos, considerando-se aquela instituição algo que "promoveu o *plea bargaining* e foi promovida por este"³⁶. (Ibidem).

Comparando-se o trabalho dos defensores públicos e privados, através de pesquisa realizada em Los Angeles, entre os anos de 1913 e 1914, comprovou-se maior efetividade dos profissionais do setor público em realizar acordos com declaração culpa³⁷. Posteriormente as defensorias de Los Angeles e Nova Iorque admitiram a persuasão de todos os seus clientes à confissão de culpa – inclusive com relatórios que atestam que defensores "confrontavam clientes com provas de sua culpa enquanto meio de persuasão à confissão"³⁸. (Fisher, 2002, pg. 1063).

*"That these offices in fact promoted plea bargaining is not surprising given their promises to do so. Whether public or charitable, institutional defenders had to report on their operations and constantly justify their continued funding. Regular boasts that high guilty-plea rates were yielding the promised cost savings the New York Voluntary Defenders' Committee made such claims almost annually to ---constituted a centerpiece of their survival strategy."*³⁹ (Ibidem, pg.1026)

³⁵ "Além de assegurar o apoio de seus patrocinadores e a aprovação de promotores e juízes, defensores tinham um interesse mais egoísta em verem seus clientes confessarem culpa: eles estavam sobrecarregados de trabalho." Tradução livre da autora.

³⁶ "(...) *an institution that fostered plea bargaining and was fostered by it.*"

³⁷ "*Figures comparing the work of early public defenders with that of other criminal lawyers are rare, but they do exist for Los Angeles in 1913-1914. The public defender reported that his office resolved seventy percent of its cases by guilty plea-as opposed to sixty-two percent for private counsel assigned to represent indigent defendants and a mere forty-nine percent for paid lawyers.*" (Fisher, 200, pg. 1063). "Dados comparativos entre os trabalhos de defensores públicos iniciais e outros advogados criminais são raros, mas eles existem em Los Angeles, durante 1913-1914. Os defensores públicos reportaram que seu departamento resolveu 75% dos casos através da negociação, contra 62% em casos guiados por advogados dativos designados para defesa de indigentes e 49% em casos envolvendo advogados privados." Tradução livre da autora.

³⁸ "*A few years later, both the Los Angeles public defender and the New York Voluntary Defenders' Committee claimed they had persuaded every client who confessed guilt to counsel to do so in court.*"¹ *A 1923 report of the New York committee disclosed that staff lawyers confronted clients with evidence of their guilt to persuade them to plead guilty.*" (Ibidem). "Alguns anos mais tarde ambos, o defensor publico de Los Angeles e o Comitê Voluntário de Defensores Públicos de Nova Iorque, confessaram ter persuadido todos os clientes que confessaram em juízo. Um relatório de 1923 do Comitê de Nova Iorque revela que os advogados confrontavam clientes com provas de sua culpa para persuadi-los à confissão." Tradução livre da autora.

³⁹ "Que estes departamentos promoveram o *plea bargaining* não surpreende dadas as suas promessas de assim fazer. Independentemente se publico ou beneficente, defensores institucionais tinham de reportar suas operações e constantemente justificar seu financiamento. A regular vangloria de que as altas taxas de acordo de culpa estavam acontecendo, o que prometia redução de custos, constituía peça central de sua estratégia de sobrevivência." Tradução livre da autora.

Como segundo fator comprometedor da defesa eficiente tem-se a preocupação, ou talvez inclusive a necessidade, de manter-se um bom relacionamento profissional com os atores do sistema de justiça criminal.

Corriqueira é a atuação de defensor em uma única comarca, trabalhando sempre contra um grupo fixo de promotores e sob o jugo de pequeno número de juízes. Essa realidade faz com que os profissionais da defensoria pública tenham maior preocupação do que advogados privados em continuar sendo nomeados para atuação perante a corte. *"If judges became disaffected with the public defenders and refused to appoint them to represent indigent defendants, then clients would suffer as well as lawyers. And good relations with the district attorney could be good for the clientele."*⁴⁰ (Ibidem).

Por fim, aponta-se o excesso de trabalho como razão para uma defesa técnica não satisfatória, do ponto de vista do acusado. Diferentemente de advogados privados, defensores públicos recebem um salário fixo, independentemente da quantidade de casos sob sua responsabilidade – assim como promotores e juízes, cujos rendimentos são regulados através de processo legislativo. Assim sendo, "o imperativo da eficiência que moveu promotores e juízes a abraçar o *plea bargaining*, portanto, agora funciona como garantia de que larga escala do time da defesa compartilhe a mesma causa"⁴¹ (Ibidem). (Tradução livre da autora).

Neste tópico dêmos ênfase à atividade advocatícia de defensores públicos, mais especificamente na Califórnia, estado em que estes atuam na maioria esmagadora dos casos criminais, como já discutido. Todavia, a prática da negociação e a comercialização da atividade advocatícia, resumida em fechar acordos, é fato comum à todos os estados americanos, conforme pesquisa levada a cabo por Alschuler, já no ano de 1968.

⁴⁰ "Se juízes se indispussem com defensores públicos e recusassem nomeá-los para representação de acusados indigentes, então clientes sofreriam tanto quanto os seus advogados. E bom relacionamento com o advogado distrital poderia ser interessante para a clientela." Tradução livre da autora.

⁴¹ "The imperative of efficiency that moved both prosecutors and judges to embrace plea bargaining therefore now works to ensure that a large proportion of the defense bar shares in the same cause." *"O imperativo da eficiência que movia promotores e juízes a abraçar o plea bargaining agora funciona para garantir que grande parte da defesa compartilhe a mesma causa."* Tradução livre da autora.

De acordo com uma vasta investigação e entrevistas, o autor chegou à conclusão de que, na cidade de Boston, por exemplo, “metade dos advogados criminalistas regularmente inscritos na Ordem dos Advogados (BAR) são profissionais que negociam constantemente”. (Tradução livre da autora). Afirmção é corroborada por um defensor público que acrescentou que “a prática da advocacia criminal está apenas um pouco acima do que o furto nesta cidade⁴²”. (Tradução livre da autora) (Alschuler, 1968, pg. 1184).

Em Houston as pesquisas indicaram que metade dos defensores nunca aceitam um caso com a intenção de efetivamente ir à julgamento. Esses profissionais acabaram sendo apelidados de “*pleaders*”, ou seja, negociadores. Tal conduta oferece sérias consequências para o sistema de justiça criminal. Além de orientações equivocadas fornecidas ao cliente com a intenção de selar o acordo com a promotoria, a fama de negociadores a qualquer custo diminui o incentivo da acusação em oferecer bons benefícios durante a negociação, uma vez que há a certeza de que o advogado da defesa pressionará seu cliente para aceitação da proposta.

“The ‘pleaders’ not only offer their clients misleading advice on the question of whether to plead guilty; in addition, they probably secure less satisfactory plea agreements than other lawyers. ‘All one ever gets in the law,’ said Percy Foreman, ‘is what one can take from the other side.’ A prosecutor has little incentive to offer concessions when he knows that a guilty plea will be forthcoming in any event.” (Ibidem. Pg. 1185)⁴³.

Uma vez demonstrado alguns dos problemas graves envolvendo a defesa técnica em acordos de *plea bargaining*, passaremos a discutir questões controversas no que tange a atuação da acusação nessas situações.

⁴² “Defense attorney Paul T. Smith made a similar estimate and added, “The practice of criminal law is just a little above shop-lifting in this city. “O advogado de defesa Paul T. Smith fez uma estimativa similar e adicionou, “A prática da advocacia criminal está apenas um pouco acima do furto de loja nessa cidade””. Tradução livre da autora.

⁴³ “Os negociadores não apenas forneceram informações enganosas aos seus clientes sobre fazer acordo de culpa ou não; somado a isso, eles provavelmente asseguraram acordos menos satisfatórios que outros advogados. Tudo que alguém consegue no direito, disse Percy Foreman, é o que esse consegue pegar da outra parte. Um promotor tem pouco incentivo em oferecer concessões quando sabe que um acordo será bem-vindo em qualquer circunstância”. Tradução livre da autora.

b) Excesso e abuso de poder da acusação nas negociações

Quanto a atuação da acusação, há um poder discricionário engrandecido com o objetivo de tornar as negociações factíveis, uma vez que o objetivo é garantir o acordo, e para isso necessita poder de barganha e oferecimento de concessões ao acusado.

Com grandes poderes negociais alinhados ao objetivo punitivista da política criminal do Estado, táticas prejudiciais à ampla defesa e à presunção de inocência são constatadas nas negociações, entre elas a “superqualificação” dos crimes impostos aos acusado, a prática do *overcharging* [*múltiplas acusações*], violações à *Brady Rule* e a utilização de prisão cautelar durante o processo de negociação como forma de intimidação do acusado.

No que se refere a superqualificação, a prática demonstra que o critério para a imputação de crime pela acusação é “o mais qualificado possível”, dentro do plausivelmente aceito com base nas provas obtidas, o que faz mais sentido no sistema norte-americano do que no brasileiro. Mas na hora de celebração do acordo, tal entendimento não é sustentado, aceitando-se a imputação da versão privilegiada do crime, por exemplo, para ocorrência do acordo.

Já a tática de *overcharging* ocorre quando a única razão para imputar-se crime ao acusado é induzi-lo a confessar outro crime. Assim sendo, imputam-se dois ou mais crimes ao negociante, com intuito de obter confissão de apenas um ou alguns deles, não todos (Alschuler, 1968, pg. 86).

Nas palavras de Bisharat (2014, pg. 791) “*the case value matters*” [o valor do caso importa], no sentido de que, para proposição de um acordo pela promotoria, suas condições e benefícios se baseiam em inúmeras condições, analisadas *case by case*, tais como: o volume de trabalho, a complexidade do caso e o tempo que duraria um julgamento pelo júri (a considerar o número de acusados e testemunhas a serem ouvidas), a proximidade de feriados e datas comemorativas (o que favorece o oferecimento de bons benefícios para fechamento de acordo), se o caso é forte ou fraco (baseando-se nas provas existentes na fase em que se encontra), dentre outros.

Promotores alegam que sua independência em relação a proposição de acordos e como escolher propô-los é a razão do sucesso procedimental, sendo indispensável para a eficácia das negociações. Todavia, acadêmicos e operadores

do direito alegam que tais práticas levam à falsas confissões e ao encarceramento de inocentes. (Petegorsky, 2013).

Com a preocupação em se preservar o contraditório em um sistema de forte tradição acusatória, as regras processuais americanas oferecem garantias ao acusado, tendo este o direito de conhecer as provas existentes e relevantes ao caso, especialmente quando tratando-se de provas absolutórias, com a obrigação de *disclose exculpatory evidence* [compartilhar provas exculpatórias] trazida pela *Brady Rule* (*Brady v. Maryland*⁴⁴). Referida regra propõe a atuação do ministério público de forma zelosa na busca pela justiça.

Ocorre que, mesmo em tal sistema, cuja fase investigatória é reconhecidamente mais democrática do que a brasileira, existem críticas acerca do acesso às provas por parte do negociante. Estudos apontam que a regra existente vem sendo constantemente violada, figurando a supressão de provas absolutórias como principal fator para erros judiciais e condenação de inocentes – posteriormente comprovados por teste de DNA pós condenatório. (Medwed, 2010, pg. 1540).

As explicações para a ocorrência das violações por parte da acusação variam, desde considerar que a prova não era relevante ao caso, chegando, inclusive, ao fato de a promotoria intencionalmente se negar a compartilhar a evidência existente com o intuito de garantir a condenação do acusado. Seriam justamente as violações à *Brady Rule* que frequentemente contribuiriam para a condenação do acusado. Tal constatação leva a um problema maior ainda, considerando que a maioria das decisões sobre o compartilhamento de provas ocorre por parte da acusação, dentro dos escritórios da promotoria, nos casos

⁴⁴ “The Supreme Court held in *Brady v. Maryland* that “the suppression by the prosecution of evidence favorable to the accused upon request violates due process where the evidence is material either to guilt or punishment. “A prosecutor’s failure to abide by her disclosure obligations under *Brady* is not subject to a good faith exception. *Brady* violations exist “irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution. “The *Brady* obligation is also ongoing. If a *Brady* violation is found during the course of trial, a mistrial may result. If it occurs after a guilty verdict, the typical remedy is a new trial. (Medwed, 2010, pg. 1538).

“A Suprema Corte decidiu em *Brady v. Maryland* que “a supressão por parte da acusação de provas favoráveis ao acusado violam o devido processo legal onde a prova é material para culpabilidade ou punição. A falha da promotoria em proceder às obrigações de compartilhamento de provas previstas em *Brady* não está sujeita à exceção da boa fé. A violação da *Brady* existe “independentemente da boa ou má fé da acusação. A obrigação é ininterrupta. Se verificada violação à obrigação durante o curso do julgamento, a anulação deste deve ocorrer. Se ocorrer depois de um veredito de culpa, o remédio é a realização de novo julgamento”. Tradução livre da autora.

envolvendo *plea bargaining* – ou seja, em mais de 95% dos casos criminais (Ibidem, pg. 1539).

Ainda no que no que tange à fase pré-processual e às provas utilizadas durante a negociação, a confissão por parte do acusado também é tema controverso. Há estudos acerca da ocorrência de falsas confissões dentro do sistema de persecução penal norte-americano, conforme o apontado acima, os quais atestam que o procedimento investigatório, através de coações, leva o indivíduo a confessar crime que sabe não ter cometido. O blefe, privações de água, comida e descanso, ameaças, incomunicabilidade, falsas promessas por parte das autoridades são exemplos de táticas utilizadas para obtenção de *guilty pleas* (Medwed, 2010, pg. 1539).

A prisão cautelar também vem sendo amplamente praticada como instrumento de coação para confissão, ou seja, por motivos absolutamente diversos dos quais a ensejaria - apenas em casos em que há razoável suspeita de que o acusado não comparecerá quando e onde solicitado.

Há utilização de argumentos como proteção da ordem pública, para encorajar o acusado a se declarar culpado, ou a imposição de punição antecipada a acusados tidos como culpados com base em seus antecedentes criminais, por exemplo. Os efeitos da prisão cautelar nas fase de negociação são extremamente positivos para a confissão do negociante, especialmente em se tratando de classes hipossuficientes, sem condição de arcar com custos de fiança. (Gross, 2008, pg. 940).

Um dado interessante é que a esmagadora maioria dos erros judiciais norte-americanos, cerca de 90%, com condenações equivocadas, envolvem crimes leves, que não carretam pena privativa de liberdade e tal circunstância pode estar ligada à falsas confissões após período de prisão provisória durante as negociações⁴⁵. Se

⁴⁵ “It is entirely possible that most wrongful convictions - like 90 percent or more of all criminal convictions - are based on negotiated guilty pleas to comparatively light charges, and that the innocent defendants in those cases received little or no time in custody. If so, it may well be that a major cause of these comparatively low-level miscarriages of justice is the prospect of prolonged pretrial detention by innocent defendants who are unable to post bail.” (Gross, 2008, pgs. 940-42). “É absolutamente possível que a maioria dos erros judiciais em sede de pena criminal – algo em torno de 90 por cento ou mais – são baseadas em negociações penais de caso leves e que, o réu inocente nesses casos, recebeu pouco ou tempo nenhum em custódia. Assim sendo, plausível é a alegação de que a maior causa desses erros judiciais em crimes de menor potencial ofensivo é a perspectiva de longo período em prisão provisória por parte do acusado que não pode pagar fiança.” (Tradução livre da autora).

prende provisoriamente, durante negociação penal envolvendo crime cuja pena não acarreta prisão.

Mais grave ainda são as constatações envolvendo a validade das provas obtidas e utilizadas – alertando-se a para situações de ilegalidades escancaradas, como por exemplo o caso envolvendo a promotora Sonia Antolec, no qual a utilização de provas ilegais e a impossibilidade de por fim à perseguição criminal baseada em tais provas, a levou à colocar o seu cargo à disposição.⁴⁶

O país em análise possui, sabidamente, um sistema de perseguição criminal mais democrático do que o nosso, e, ainda assim, não está imune à violações e abusos por parte das autoridades investigativas e acusatórias. Situação que é potencializada pela ausência de fiscalização de tal atividade e de análise e aprovação das provas e práticas utilizadas em sede de negociação, conforme já discutimos.

Não parece ser contestável o excesso de poder da acusação nas negociações, tampouco a disparidade de armas entre esta e a defesa⁴⁷. A situação agrava-se quando tratando-se de acusado reincidente.

c) Perda de padrões processuais para reincidentes

Acusados reincidentes encontram-se em posição muito inferior durante a fase negocial do que aqueles sem passagem pelo sistema de justiça criminal. Alguns

⁴⁶ No caso em questão, a prova discutida era a identificação dos suspeitos pelas vítimas, identificação essa que foi realizada com os suspeitos estando em pé, de costas para as vítimas. *Mitch Dudek, Prosecutor Says She Quit After Demotion for Dropping Charges in “Wilding” Case. CHICAGO SUN-TIMES* (Aug. 6, 2013). Disponível em: <https://www.pressreader.com/usa/chicago-sun-times/20130807/281616713001574>, acesso em 20 de março de 2020.

⁴⁷ Em pesquisa acerca dos acordos de culpa evidencia-se que: *“In the majority of criminal cases, a defense lawyer only meets her client when or shortly after the client is arrested, so that, at the outset, she is at a considerable informational disadvantage to the prosecutor. If, as is very often the case (despite the constitutional prohibition of “excessive bail”), bail is set so high that the client is detained, the defense lawyer has only modest opportunities, within the limited visiting hours and other arduous restrictions imposed by most jails, to interview her client and find out his version of the facts. The prosecutor, by contrast, will typically have a full police report, complete with witness interviews and other evidence, shortly followed by grand jury testimony, forensic test reports, and follow-up investigations.”* (Rakkof, 2014, pg.3) “Na maioria dos casos criminais, o advogado de defesa apenas encontra com seu cliente logo após a prisão deste, estando em considerável desvantagem em relação à acusação no que tange às informações acerca do caso. Se fiança é imposta, como geralmente é (apesar da proibição constitucional acerca de fiança excessiva), o valor estipulado é tão alto que o cliente é detido e a defesa tem oportunidades modestas, respeitando os horários de visita e demais restrições existentes, para entrevistar o cliente e ouvir sua versão dos fatos. A acusação, em contrapartida, receberá inúmeros relatórios policiais, entrevistas com testemunhas e investigações.” (Tradução livre da autora).

princípios norteadores do processo penal não são oponíveis ao acusado reincidente em audiências de “*probation revocation*” [revogação de liberdade condicional].

Assim, a audiência acima citada não acontece perante um júri e sim com a presença de juiz singular. A acusação não precisa provar a ocorrência do fato com “*probable cause*” para garantir a denúncia do réu, mas apenas em um padrão mais baixo de comprovação, denominado “*preponderance of evidence*” [preponderância dos elementos de prova]⁴⁸. (Bisharat, 2014, pg. 786).

Além disso, nesta audiência estão permitidas a utilização de provas obtidas ilegalmente, bem como “*hearsay*” [rumores/boatos], enquanto testemunho indireto, algo que a testemunha ouviu falar – ambos não permitidos em situação regular, de acusado/réu primário.

Como resultado, nestes casos, a disparidade de armas entre defesa e acusação escancara-se, fato sobre o qual a acusação tem conhecimento e utiliza estrategicamente. Muitas vezes, para um réu primário, porém pertencente a grupos tradicionalmente frequentadores do sistema de justiça criminal, a acusação oferece um excelente acordo, com confissão de culpa.

Isso ocorre porque existe uma certa previsibilidade de reincidência do agente, pela sua origem, o crime cometido, o bairro que mora, suas conexões pessoais, entre outros. Assim, havendo de fato a reincidência do agente, com a iminência de audiência de revogação de liberdade provisória, em que há a mitigação de princípios e garantias processuais, a acusação consegue acordos muitas vezes nos mesmos moldes do que o resultado uma condenação por júri lá na primeira infração do acusado⁴⁹. (Bisharat, 2014, pg. 786).

⁴⁸ “*Preponderance of evidence: (...) superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other.*” *Black’s Law Dictionary*, 2011, pg. 589). “Preponderância da prova: (...) superior peso probatório que, apesar de insuficiente para liberar o intelecto absolutamente de uma dúvida razoável, é suficiente para inclinar uma imparcial e justa opinião mais para um lado do litígio do que para outro.” Tradução livre da autora.

⁴⁹ “*While there is plea bargaining preceding probation revocation hearings, the defendant’s position is infinitely weaker than in a new case. For a prosecutor, then, a plea can be a cheap way and an expedient way to get almost the same results as a conviction at jury trial, but without all of the hassle, albeit with some delay. This is yet another value that prosecutors appreciate about plea negotiations.*” (Bisharat, 2014, pg. 786). “Apesar de existir *plea bargaining* anterior à audiências de revogação de liberdade provisória, a posição do acusado reincidente é infinitamente mais fraca do que em casos de primariedade. Assim, para a acusação o, um acordo pode ser um jeito fácil e rápido de alcançar praticamente os mesmos resultados que decorreriam de uma condenação o pelo júri, mas sem todo o desgaste, embora com um certo atraso. Esse é outro valor apreciado pela acusação o no *plea bargaining*.”. Tradução livre da autora.

d) Desinformação quanto aos efeitos colaterais de uma confissão de culpa

Conforme se abstrai da leitura até esse ponto, compreende-se que a principal e mais importante atividade de um advogado criminal em países que adotam a negociação em larga escala não diz mais respeito a sua atuação em audiências, sua capacidade de contradizer testemunhas e convencer o conselho de sentença e sim aconselhar clientes sobre quando e mediante quais circunstâncias aceitar um acordo de confissão de culpa⁵⁰.

Além dos problemas envolvendo a eficaz defesa do acusado, já tratadas anteriormente, há mais uma questão a ser discutida. A legislação obriga advogados a informar seus clientes apenas sobre as consequências diretas da confissão (tais como o valor para pagamento de multa e o tempo de aprisionamento resultante da condenação), estando excluída a obrigação de se discutir com o cliente as consequências colaterais da confissão. (Chin e Holmes Jr., 2002, pg. 699).

“In spite of the importance of counsel, one of the most widely accepted principles of American criminal procedure is that defense lawyers’ constitutional duty to advise clients is limited in a particular way: As Part II explains, while lawyers must advise clients of the direct consequences of a guilty plea—such as the period of incarceration and the fine that will be imposed at sentencing 5 -eleven federal circuits, more than thirty states, and the District of Columbia have held that lawyers need not explain collateral consequences, which, although they might follow by operation of law, are not part of the penalty imposed by the particular statute the defendant is accused of violating⁵¹.” (Chin e Holmes Jr., 2002, pg. 699).

Ocorre que, modernamente, as consequências colaterais de uma condenação podem representar um fardo muito maior do que a penalidade originalmente imposta pelo fato praticado. Assim, na ansiedade de se ver livre de uma ação criminal, com apoio e estímulo por parte da defesa para fazer acordo, o acusado, animado com a

⁵⁰ Consequences of Criminal Proceedings in NY State: A Guide for Criminal Defense Attorneys and Other Advocates for Persons with Criminal Records, 2015.

⁵¹ “Apesar da importância do advogado, um dos princípios constitucionais mais aceitos no processo penal norte-americano é o de que o dever constitucional do defensor de orientar clientes se limita numa forma particular: Como a Parte II explica, enquanto advogados devem aconselhar seus clientes sobre consequências diretas de uma confissão de culpa – como o tempo de encarceramento e a multa imposta pela sentença – onze circuitos federais, mais de trinta estados, e o distrito de Columbia sustentam que advogados não precisam explicar os efeitos colaterais, os quais, apesar sejam aplicados devido a operabilidade do direito, não são parte da penalidade imposta pela lei a qual o suspeito é acusado de violar”. Tradução livre da autora.

proposta da promotoria que prevê, por exemplo, liberdade condicional, faz a declaração de culpa geralmente sem saber de inúmeros direitos seus a serem afetados pelo ato.

O acusado poderá se tornar inelegível para programas públicos de saúde, alimentação, educação e moradia, poderá ter a carteira de motorista suspensa, se tornar inelegível para alistamento militar ou impedido de possuir arma de fogo. Poderá haver proibições quanto ao alistamento para servir como jurado, podendo-se também perder o direito ao voto.

Poderá ainda ser obrigado a testagem semanal para constatação de uso de drogas, proibição de ausentar-se de determinada localidade, restrição de local geográfico para moradia e obrigatoriedade de emprego. “Em casos como esses, as sanções tradicionais, como multa e aprisionamento por curto período, são insignificantes. (...) O real objetivo da condenação é performado pelas consequências colaterais⁵²” (Ibidem, pg. 697). (Tradução livre da autora.)

A questão em tela afeta a defesa do acusado e, portanto, o processo de decisão sobre aceitar um acordo ou ir à julgamento. Além disso, o descumprimento de obrigações advindas de uma condenação, enquanto consequências colaterais, poderá ensejar a reincidência do acusado, com a consequente perda de padrões processuais em julgamentos, conforme já discutido.

d) Ausência de um juiz efetivamente garantista para homologação de *guilty plea*.

De acordo com o abordado no segundo tópico (2.2), a homologação do acordo celebrado entre acusação e defesa é a fase final da negociação penal. Ocorre que o próprio país de origem do *plea bargaining* enfrenta diversas denúncias de violações de direitos e garantias constitucionais, baseados em má conduta de juízes quando da homologação de *guilty pleas*.

Em primeiro lugar, no sistema norte-americano, o sentenciamento mandatório mínimo para determinados tipos de crime representa imenso obstáculo para o controle do caso pelo juiz, transferindo tais poderes ao Ministério Público, em fase negocial.

⁵² “In cases like these, traditional sanctions such as fine or imprisonment are comparatively insignificant. (...) The real work of the conviction is performed by the collateral consequences.”

Para alguns crimes, geralmente ofensas graves e violentas, há previsão legal de “sentenças mínimas” a serem impostas contra o ofensor em caso de condenação em julgamento, sob o argumento de que tal prática traria mais eficiência e justiça ao sistema, limitando a discricionariedade do juiz. (Bernik e Larkin, 2014)⁵³.

Aumenta-se assim o poder de barganha da acusação, diminuindo a atuação do juiz, uma vez que o acusado, não aceitando o acordo e sendo condenado, poderá enfrentar sentenças mandatórias perpétuas⁵⁴. Ressalta-se que, mesmo nesses casos, é grande a discricionariedade da acusação na imputação de crimes ao agente, inclusive podendo decidir se alegará violação de lei que prevê sentenciamento mínimo ou se utilizará lei mais benéfica, podendo até mesmo requerer à corte a redução de sentença do acusado ante sua cooperação⁵⁵.

Há autores, como Fisher, que alegam que a imposição de sentenciamento mínimo, em oposição à sentenças indeterminadas, a serem impostas por “*parole boards*” [comissão de indultos], foi o golpe de misericórdia para afirmação do poder do regime de negociação. (Fisher, 2002, pg. 860)⁵⁶.

⁵³ “The proliferation in recent decades of mandatory minimum penalties for federal crimes, along with the tremendous increase in the prison population, has forced those concerned with criminal justice in America to reconsider this age-old question. The Supreme Court of the United States has upheld lengthy mandatory terms of imprisonment over the challenge that they violate the Eighth Amendment’s prohibition against cruel and unusual punishments.” (Bernik e Larkin, 2014). “A recente proliferação de penalidades mínimas mandatórias para crimes federais nas últimas décadas, juntamente com o tremendo aumento da população carcerária, forçou aqueles preocupados com a justiça criminal a reconsiderar essa questão antiga. A Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou termos de aprisionamento mandatórios longos, negando violação à oitava emenda que proíbe punições cruéis e não usuais.” Tradução livre da autora.

⁵⁴ Há casos de acusados que negaram acordos que previam alguns anos de aprisionamento, sendo, ao final do processos, condenados à prisão perpétua com base no sentenciamento mínimo. “Last year, Roy Lee Clay, a Baltimore heroin dealer who turned down a plea deal under which he would have served 10 years in prison, received a mandatory life sentence after he was convicted and federal prosecutors invoked sentencing enhancements based on his prior offenses. In 2005, the same sort of enhancements resulted in a life sentence for Roderick “Rudd” Walker, a Deadhead from Buffalo, who was offered an eight-year sentence for pleading guilty to LSD charges.” <https://nypost.com/2014/08/09/why-prosecutors-love-mandatory-minimums/> “Ano passado, Roy Lee Clay, um traficante de heroína de Baltimore que recusou um acordo o qual previa 10 anos de aprisionamento, recebeu uma sentença mandatória de prisão perpétua após condenação, quando os promotores federais invocaram o aprimoramento da sentença – no sentido de deixá-la mais severa – baseados em sua reincidência. Em 2005 o mesmo tipo de aprimoramento de sentença resultou em prisão perpétua para Roderick “Rudd” Walker, a quem foi oferecido uma pena de oito anos em sede de negociação pelo crime envolvendo LSD.” Tradução livre da autora.

⁵⁵ “As a practical matter, prosecutors have unreviewable discretion over what charges to bring, including whether to charge a violation of a law with a mandatory minimum sentence, and over whether to engage in plea bargaining, including whether to trade away a count that includes such a law. Moreover, even if a prosecutor brings such charges against a defendant, the prosecutor has unreviewable discretion whether to ask the district court to reduce a defendant’s sentence due to his “substantial assistance” to the government.” (Bernik e Larkin 2014).

⁵⁶ “The demise of the indeterminate sentence, one of the most promising of the late nineteenth century’s progressive brainchildren, bears the mark of plea bargaining’s malice. A true indeterminate

Porém, nos casos em que a voluntariedade e legalidade do acordo seriam mais perceptíveis, em inúmeras ocasiões, tal garantia não é posta em prática pelos juízes. Os estritos laços com os membros do ministério público, a ideologia do “tough on crime” [guerra ao crime] e o interesse na celeridade e economia processual fazem com que grande parte dos juízes criminais norte-americanos, além de coniventes com abusos e ilegalidades praticados em sede de negociação, também se utilizem de coerção para homologação de *guilty pleas* (Klein, 2004, pg. 1351).

A pressão pela formalização de acordos por parte de juízes podem ocorrer das formas mais variadas possíveis. Verbal e diretamente ao acusado, em audiência, com ameaças de penas fixadas no máximo possível caso não aceite o acordo e seja condenado posteriormente. Com o cumprimento de tais ameaças, estipulando de fato a pena no limite máximo, fundamentando sua aplicação no argumento de não ter-se celebrado acordo negocial – até para que sirva de exemplo para futuros casos. Há, inclusive, coerção exercida pelo juiz sob a família do acusado, para que *guilty pleas* aconteçam. (Klein, 2004, pg. 1376).

Apenas a título de conhecimento, a juíza aposentada Evelin Baker, no ano de 2018, solicitou à Suprema Corte dos Estados Unidos, através de artigo publicado no The Washington Post, a anulação de sentença proferida por ela, vinte anos antes. Na referida decisão a juíza condenou um adolescente à mais de duzentos anos de prisão (241, para ser mais exato), pelo cometimento de dois assaltos com uso de arma, apesar de em nenhuma das ocasiões ter havido vítimas ou sequer feridos.

A ex-juíza afirma que a pena altíssima foi emposta, entre outros motivos, porque o jovem não aceitou à época o acordo proposto pela acusação, cujo teor consistia em 30 anos de prisão caso o investigado confessasse a autoria dos crimes.

sentence, in which only prison officials and parole boards could set the length of criminal sentences, would have stripped both judges and prosecutors of the power to bargain over the length of terms and would have hobbled the plea-bargaining regime. But though widely promoted, true indeterminate sentences never emerged, and even the half-measure that we have come to know as parole found its development stunted when it threatened plea bargaining's dominance.”(Fisher, 2002, pg. 860).

“A morte da sentença indeterminada, umas das criações mais promissoras e progressivas do século dezenove, carrega a marca da maldade da negociação penal. Uma sentença verdadeiramente indeterminada, na qual somente oficiais prisionais e comissões de indulto estariam aptos a determinar sua extensão, teria retirado de juízes e promotores o poder de barganhar sobre a duração dos termos e teria estropiado o regime de negociação penal. Mas apesar de largamente promovida, sentenças verdadeiramente indeterminadas nunca emergiram, e mesmo a medida intermediária conhecida como “*parole*” [condicional] teve seu desenvolvimento atrofiado quando ameaçou o domínio da negociação penal.” Tradução livre da autora.

O condenado continuava preso, após vinte anos da sentença condenatória, e a juíza do caso, arrependida da penalidade imposta⁵⁷.

Muito criticada e controversa, a prática de plea bargaining é uma realidade a qual o sistema de justiça criminal norte-americano parece não ter como reverter, sob pena de um colapso, opinião compartilhada por defensores e opositores ao sistema. “[Plea bargaining] is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system”⁵⁸. (Wan, 2017, pg. 35).

2 – JUSTIÇA NEGOCIADA NO BRASIL

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça⁵⁹, até 2015, havia seis milhões de ações criminais ainda em fase de conhecimento em nosso sistema de justiça criminal. Há uma verdadeira preocupação com a demora judicial, buscando-se cada vez mais alternativas processuais, entre elas, a negociação penal, bem como o alargamento de suas práticas.

“A preocupação com lentidão judicial generalizada tem induzido à formulação de propostas para a celeridade e simplificação do rito processual. A barganha, ou negociação, da sentença criminal conquista o entusiasmo de juristas ao antecipar a aplicação da sanção penal, abreviando o processo a partir da confissão do réu (ou, ao menos, da falta de contestação às acusações apresentadas), que abre mão de seus instrumentos de defesa e, assim, facilita a atividade acusatória, podendo, ainda, colaborar com a produção de provas contra si mesmo ou contra terceiros envolvidos na prática de eventuais ilícitos penais. Entende-se, dessa forma, que além de facilitar o trabalho da acusação, é forçoso reconhecer que, a depender do caso, a barganha pode prestar-se também ao benefício do acusado, como forma de atenuar o sofrimento o processo naturalmente proporciona e de auferir uma pena mais benéfica.” (Fabretti e Silva, 2018, pg. 282).

⁵⁷ *Washington Post* 201. “I sentenced a teen to die in prison. I regret it”. Disponível em https://www.washingtonpost.com/opinions/i-sentenced-a-teen-to-die-in-prison-i-regret-it/2018/02/13/20e-731ba-103a-11e8-8ea1c1d91fcec3fe_story.html?utm_term=.20c1c4fa4cab.

⁵⁸ “[A negociação penal] não é acessória ao sistema de justiça criminal; é o sistema de justiça criminal.” Tradução livre da autora.

⁵⁹ Conselho Nacional de Justiça. “Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento”, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>

A negociação penal em nosso país não é recente, tendo sido inserida no ordenamento jurídico pátrio através da lei dos juizados especiais, com o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo. O reforço da prática ocorreu com a popularização da colaboração (delação) premiada e do acordo de leniência, em 2013. Soma-se à esses modelos de negociação a possibilidade inovadora da não persecução penal, através da celebração de acordo, como forma de alargamento das possibilidades de transação penal (Art. 28-A, CPP, inserido pela Lei 13.964/19).

O racional por trás de tais medidas é sempre o mesmo: a busca pela celeridade e eficiência do sistema de justiça criminal - conforme frase de abertura da apresentação do instituto do acordo de não persecução penal, elaborada pelo Ministério Público Federal⁶⁰. Para apoiadores das medidas, cria-se espaço de consenso no que se refere à justiça criminal, para além do âmbito do JECrim.

Interessante ressaltar que essa mais recente forma de negociação para não persecução penal foi originada após a exclusão do projeto de lei anticrime da importação do *plea bargaining* pelo sistema de justiça pátrio. Houve, em verdade, uma ampliação dos crimes abrangidos pela possibilidade de transação penal – que até então era aplicável à crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Agora, crimes sem violência ou grave ameaça, com pena máxima de até quatro anos, também podem ser negociados.

Neste capítulo analisaremos as possibilidades de negociação presentes no ordenamento jurídico, uma a uma, chegando-se ao estudo da proposta rechaçada de importação do *plea bargaining* ao procedimento penal brasileiro. Para tanto, importante iniciar pela compreensão, mesmo que de maneira breve, do sistema de Direito brasileiro, o que passamos a fazer na sequência.

2.1. Breves considerações sobre o sistema de Direito brasileiro

⁶⁰ ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf, acesso em 15 de abril de 2020.

O sistema de Direito brasileiro, assim como o norte-americano, tem sua origem na implementação de regras importadas de uma metrópole colonizadora, em nosso caso, Portugal. Tivemos influências das ordenações afonsinas - em um período de pré-Iluminismo penal, com um sistema altamente inquisitório. Posteriormente fomos regidos criminalmente pelo código penal do império, passando pelo Código Criminal da República, para, em 1940 ser promulgado o Código Penal brasileiro – vigente até os dias de hoje, com alterações.

Em 1941 também foi promulgado o Código de Processo Penal vigente até hoje, alterado em diversas ocasiões, cujas modificações mais recentes – advindas da lei Anticrime - serão, em alguma proporção, abordadas aqui.

Depreende-se disso que nosso sistema de direito é o da lei escrita, da codificação, nos termos do *Civil Law* - ou pertencente à família Romano-Germânica, restando a jurisprudência como fonte secundária do Direito. Autores como René David defendem a ideia de que nos países abrangidos pela tradição em tela há “menos direito que nos países em que a regra de direito resulta diretamente de formação judiciária”. (David, 2014, pg. 108).

Isso porque existem menos regras, com alto grau de generalidade, dependendo sempre a solução de uma disputa da interpretação judicial dada, utilizando fontes secundárias do direito, como a jurisprudência. “Formular a regra de direito em termos de uma excessiva generalidade é fazer dela alguma coisa de menos precisa, e conferir aos juízes uma maior liberdade na aplicação da regra de direito” (Ibidem, pg. 106). Ser mais fácil saber qual o direito aplicável ao caso não significa maior segurança jurídica, uma vez que tal regra, ante sua generalidade, necessita de extensiva interpretação judicial para aplicação ao caso.

Assim, caracteriza-se como um sistema juiz-centrado, implicando ainda, ante a sua pouca oralidade, em processos de longa duração – uma ação criminal de homicídio pode levar mais de 8 anos para ser julgada no Brasil, de acordo com informações do ministério da justiça⁶¹.

Aqui aparece a primeira justificativa para a ampliação do sistema de negociação penal – a justiça tardia, a demora na conclusão da disputa penal, que inclusive afronta o direito constitucional da duração razoável do processo. A

⁶¹ “Estudo mostra que não existem casos que sejam encerrados dentro do tempo previsto no Código de Processo Penal”. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/processo-de-julgamento-de-homicidios-no-brasil-dura-em-media-8-6-anos>

negociação ampliada traria celeridade à resolução de demandas criminais.

A competência legislativa, no que diz respeito ao direito penal, é detida pela União (CF, art. 22, I), estendendo-se aos estados somente no que tange à matérias específicas pertinentes àquelas regiões. As leis penais são válidas em todo território brasileiro. É proibida pelo nosso ordenamento a pena de morte e perpétua, sendo as sanções penais mais comuns a pena de prisão – por tempo determinado, previstas em seu mínimo e máximo em abstrato pelo código penal, além da multa.

Há a previsão legal de crimes de menor potencial ofensivo, com penas inferiores à dois anos de detenção, os quais tramitam no juizado especial criminal (Lei 9.099/95).

As partes do processo são a defesa e a acusação – atividade cujo monopólio é estatal, exercida pelo ministério público. Há a figura de um juiz imparcial, em tese, responsável por julgar o caso com base nas provas apresentadas e discutidas pelas partes.

“Em suma, existem três sujeitos e duas partes processuais: parte ativa ou acusador (quem formula a pretensão acusatória), parte passiva ou acusado (contra quem é formulada a pretensão acusatória) e o órgão jurisdicional destinatário (ante quem é formulada a pretensão acusatória). O órgão jurisdicional não é parte, ainda que sujeito da relação processual, pois ocupa uma relação superior em relação às partes e ante ele – como destinatário – é formulada a pretensão.” (Lopes Jr., 2013, pg. 738).

Quanto a atuação dos sujeitos do processo, o Brasil possui um sistema bifásico. Considera-se o sistema processual penal brasileiro como sendo misto pois, há uma fase pré-processual inquisitória, sendo esta a fase de inquérito policial – ou sistema de investigação preliminar, para Aury Lopes Jr. (Lopes Jr., 2013, pg. 2810). Referida fase serve, ainda segundo o autor, para justificar o processo ou o não processo, não havendo partes, predominando a escrita e o segredo.

A ausência do contraditório na fase investigativa, onde há o colhimento de provas que serão utilizadas durante toda a fase processual, é alvo de duras críticas por parte dos doutrinadores. Para Aury Lopes:

“A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a

confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvidas, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.” (LOPES Jr., 2013, pg. 116)

Bem, tem o inquérito policial como finalidade, em tese, assegurar a genuidade do material probatório e evitar submeter um imputado inocente ao processo, evitando ações infundadas.

Apenas em um segundo momento, na fase processual, é que o contraditório⁶² se faz presente, ante ao sistema acusatório adotado. Finalizado o inquérito, este é submetido à análise do ministério público, que tem a faculdade de oferecer, perante o juiz competente, a denúncia do acusado, com base no material probatório recebido.

Oportuno salientar que há previsão legal, além de entendimento doutrinário e jurisprudencial, quanto a obrigatoriedade da ação penal por parte do ministério público (vide artigos 24, 26, 42 e 576 do CPP). Todavia, na prática, tal obrigatoriedade se mostra relativizada ante as possibilidades de negociação penal modernamente inseridas nas leis processuais.

Sendo recebida a denúncia pelo juiz, dá-se início a ação penal, com a citação do réu, prazos para defesa, audiências, até o momento da sentença com início da fase recursal.

A lei Anticrime (13.964/2019) traz uma inovação no que tange a busca pela implementação de um processo verdadeiramente acusatório, qual seja, a instituição do juiz de garantias. Na fase pré-processual, de investigação policial e recebimento da denúncia, o juiz de garantias passaria a atuar no intuito de oferecer freios contra a opressão estatal, assegurando a legalidade da investigação bem como a observância de direitos individuais do réu nessa fase.

Compete ao juiz de garantias, entre outros, o controle de prazo da investigação policial, evitando excessos, homologação de colaboração (delação) premiada ou acordo de não persecução penal e recebimento da denúncia. Recebida a denúncia, entra em cena o juiz de julgamento – que não pode ser o mesmo da fase pré-processual, e que não receberá os autos do inquérito na íntegra, como

⁶² Trata-se de momento, ou momentos ao longo do processo, concedido às partes, tanto à defesa quanto à acusação, para que estas forneçam versão própria sobre os fatos trazidos à conhecimento, contestando ou impugnando-os. A chance de se manifestar deve ser oportunizada mesmo que a manifestação seja no sentido de simples ciência, sob pena de nulidade, se comprovado prejuízo à parte.

anteriormente, mas apenas as provas irrepetíveis. As demais provas deverão ser produzidas oralmente, em juízo⁶³.

Trata-se de tentativa de implementação de estrutura acusatória de fato, com juiz meramente observador, sujeito do processo e não parte, conforme já praticado em diversos países, inclusive procedimento comum ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Busca-se, com isso, que a decisão na fase processual, emanada pelo juiz de julgamento, aconteça livre de vícios e contaminações advindas da fase pré-processual e de acompanhamento de inquérito policial. Conforme defendido por Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr.:

“Trata-se de um pleito por nós defendido há décadas – da exclusão física dos autos do inquérito – que finalmente é recepcionada. Só assim estará assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, por consequência, efetivado o direito de ser julgado com base em ‘prova’, produzida em contraditório judicial.” (Lopes Jr. e Rosa, 2019).

Há, no entanto, autores mais céticos quanto à novidade trazida pela lei. Jacinto Coutinho (Coutinho, 2020), por exemplo, acusa o sistema processual penal

⁶³CPP: “**Art. 3º-A.** O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;

(...)

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

(...)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

(...)

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

(...)

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

(...)

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

(...)”

de não ter conseguido se libertar da cultura inquisitória imposta desde as ordenações afonsinas. No atual sistema, declarado como acusatório, denuncia-se a atuação judicial, ocupando o juiz lugar de fala ilegítima no processo, com a indevida gestão de provas e a busca da verdade da culpa – quando o que deveria existir é um juízo de reprovação com base nos fatos.

Segundo Vives Antón, a presunção de inocência é uma garantia frente ao livre convencimento do juiz, caso não fosse, através de sua submissão à exigência objetivas (provas legítimas e suficientes e decisão motivada), o acusado não estaria submetido ao direito e sim aos juízes. (Antón, 2011, pg. 701).

O autor afirma que tais requisitos não são facilmente aceitos por aqueles que acreditam possuir a verdade – que nada pode ser além de um processo justo, com estrita observância aos direitos e liberdades do acusado. Estará presente o processo de estrutura inquisitória sempre que as decisões judiciais estiverem legitimadas exclusivamente na verdade dos fatos. Um poder estatal que parte da existência de culpa, buscando apenas prová-la será inquisitório, num processo denominado verdade da culpa, pois o que existe em verdade é um juízo de reprovação. “Não se pode declarar a culpa sobre o injusto atuando injustamente.”(Ibidem, pg. 702).

Jacinto Coutinho aduz ainda que o lugar de atuação ocupado por magistrados no sistema de justiça criminal nacional, que seria ilegítimo dentro de uma perspectiva acusatória-democrática, se faz com a conivência de inúmeros advogados, inclusive de defesa. Estariam muitos desses profissionais atrelados à comodidade e manutenção do status quo, com a gestão do processo pelo juiz, como com a inquirição das partes sendo realizada por este, o qual pode inclusive requisitar provas para dirimir eventuais dúvidas. (Coutinho, 2020)

Ou seja, as próprias partes do processo, em grande número, entendem por legítima a atuação do juiz no processo penal, mesmo que legalmente esta entenda-se indevida.

Fechado esse parênteses acerca de crítica ao sistema acusatório vigente em nosso ordenamento jurídico e sua possível reforma, importante ressaltar que o Juizado Especial Criminal, nos casos de crime de menor potencial ofensivo, não é abrangido pela regra do juiz de garantias.

Não obstante à grande recepção por muitos acadêmicos e operadores de direito da figura de um juiz independente para a fase pré-processual, decisão do ministro Dias Toffoli, de janeiro de 2020, suspendeu a eficácia do juiz de garantias

sob argumentos relativos à afetação estrutural do sistema de justiça criminal brasileiro.

Todavia, operadores do direito favoráveis à medida afirmam tratar-se de argumento de dificuldade infundado. “(...) a mentalidade inquisitória deve se opor ao cumprimento da Reforma. Antecipamos que a dificuldade logística não se sustenta. O argumento de que o juiz das garantias não é viável porque temos muitas comarcas com apenas um juiz é pueril.” (Lopes Jr., Rosa, 2019).

Segundo doutrinadores que assim se posicionam, há a possibilidade de realização de inúmeros atos online (através do processo eletrônico e videoconferência), além da possibilidade de nomear enquanto juízes de garantia magistrados de comarcas vizinhas - no caso de comarcas de vara única - de distância razoável, que são inúmeras em nosso país. (Ibidem). Devemos aguardar a decisão em plenário para saber como ficará a questão.

Apesar da inovação de um juiz para a fase pré-processual, permanecem as críticas acerca do juiz atuante no processo penal brasileiro – o juiz de julgamento, em desrespeito ao princípio da imparcialidade, ante a possibilidade deste exercer “de ofício” atos que seriam inerentes às partes, como por exemplo a atividade probatória, em que a gestão das provas deveria estar restrita às partes⁶⁴. Mesmo na fase acusatória vigoraria o *inquisitorial system* [*sistema inquisitorial*], com a participação ativa do juiz na investigação dos fatos discutidos.

A fase acusatória seria caracterizada pela incidência de princípios como o do contraditório, e da ampla defesa. Há a previsão de paridade de armas entre acusação e defesa, com direito as mesmas oportunidades processuais. Cabe aqui fazer um breve apanhado acerca de princípios constitucionais os quais regem o direito penal e processual penal brasileiros.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, traz o princípio da ampla defesa:

“**LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

⁶⁴ O CPP estipula a possibilidade do juiz requerer produção de provas: “**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Resulta de referido princípio a intenção de impor limites, penais e processuais penais ao poder Estatal na busca deste pela punição justa de ofensores à lei. Houve em realidade a criação de um leque de garantias fundamentais impostas ao poder punitivo Estatal ao se apurar a culpabilidade de qualquer agente. Referido princípio exterioriza-se processualmente através, por exemplo, do direito à ampla defesa, à duração razoável do processo, ao contraditório, à vedação de provas ilícitas, à presunção de inocência, ao duplo grau de jurisdição e o direito ao julgamento pelo Tribunal do júri em crimes dolosos contra a vida.

O direito à ampla defesa e ao contraditório vêm explicitado no artigo 5º da CF, inciso LV:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O direito à defesa implica o reconhecimento da dignidade da pessoa, buscando possibilidade de assegurar sua condição de inocência ou justificativa para seus atos. Processualmente, a ampla defesa implica desde a descrição específica dos fatos na acusação, passando pela observância de regras processuais, com a rigorosa realização de todos os atos processuais dentro dos prazos previstos, até a necessária existência de defesa técnica.

Já o direito ao contraditório busca o equilíbrio processual entre acusação e defesa, com igualdade de oportunidades para se manifestar ou contestar a manifestação da parte contrária, através de processo dialético – toda tese gera uma antítese. Relembrando não estar previsto legalmente o contraditório na fase de investigação policial.

A CF, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII traz o direito à duração razoável ao processo:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

No intuito de vedar ações penais intermináveis, buscando celeridade processual, referido princípio estabelece que aquele que responde por ação criminal deverá ser julgado em tempo razoável. Para tanto, o código de processo penal prevê prazos para realização de atos processuais, todavia, os mesmo são regularmente

descumpridos pelo poder judiciário. Ademais, não há previsão de penalidades a serem impostas às autoridades competentes no que se refere ao excesso de prazo – razão pela qual inúmeros acusados encontram-se presos processualmente no Brasil por períodos não razoáveis.

Cabe ressaltar a alta incidência de prisões cautelares, desde a fase de inquérito policial, porém ocorrendo estas também durante o curso da ação penal – cerca de um terço da população⁶⁵ carcerária no país é composta por presos provisórios.

O artigo 5º, LVII da CF aduz que:

“**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Trata-se do princípio da presunção de inocência, entendido este último enquanto estado primeiro de todo ser humano. Para que referido estado seja modificado, deverá o sujeito ser condenado criminalmente, através do devido processo legal, com sentença transitada em julgado, ou seja, quando não couber mais recurso da decisão condenatória. Abstrai-se desse princípio que o ônus da prova recai sobre quem acusa, assim como o fato de que ninguém é obrigado à autoincriminação, restando o silêncio enquanto faculdade do acusado.

Na busca pela culpabilidade do agente através do devido processo legal estão vedadas as provas obtidas de maneira ilícita, conforme disposto na CF, art. 5º, LVI:

“**LVI** - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Na intenção do alcance da justiça, com igualdade de armas entre as partes opostas na ação criminal, bem como a imparcialidade na condução do processo, não serão admitidas em regra provas colhidas através de meios ilegítimos. Entende-se a prova enquanto elemento central para formação de opinião do julgador no estabelecimento da verdade, devendo para tanto cumprir os requisitos legais para sua colheita e averiguação. A prova obtida ilicitamente poderá ser aceita se indispensável na comprovação da inocência do réu.

O artigo 5º ainda prevê o direito a ser julgado por Tribunal do Júri em casos envolvendo crimes dolosos contra a vida:

⁶⁵ Relatório do Infopen, 2019, disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>. Acesso em 20 de março de 2020.

“XXXVIII - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;”

O objetivo é garantir a participação popular no julgamento de agentes, na busca pela proteção do sujeito, o qual terá seu caso analisado por pares, retirando a competência de imputar culpabilidade da esfera Estatal.

Não obstante às garantias listadas, uma das críticas quanto ao ranço inquisitorial presente no processo penal brasileiro, já mencionado anteriormente, é justamente essa possibilidade de manutenção da tutela estatal da pessoa do acusado, ou suspeito, em fase de investigação ou instrução processual, seja por meio de prisão preventiva ou temporária, com o intuito de coagi-lo à confissão do crime. Trata-se da utilização de prisão cautelar enquanto estratégia investigativa ou da acusação.

Tal prática, além de comum e não necessariamente sigilosa, como veremos, não está restrita ao processo de investigação e instrução penal brasileiro, ocorrendo também em países com um sistema processual acusatório de fato, como os Estados Unidos.

Em nosso país, a utilização da prisão cautelar enquanto forma de coação para obtenção de confissão ou colaboração para resolução de crime pelo agente é abertamente discutida pelo poder acusatório, como veremos quando tratarmos do instituto da colaboração premiada, por exemplo.

Por fim, cabe trazer o panorama atual do sistema carcerário brasileiro, cuja grande população e o número insuficiente de vagas gera um aglomerado de pessoas por celas, caracterizando condições sub-humanas no cumprimento de pena ou de prisão processual.

Some-se à isso as condições estruturais insalubres com a proliferação de doenças, violência e atuação de organizações criminosas dentro dos presídios, práticas de tortura, profissionais mal treinados, a corrupção e má gestão dos complexos, conforme relatório da Anistia Internacional publicado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶⁶. Para Fernanda Machado Givisiez, membro do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à tortura a violação de direitos da pessoa presa

⁶⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/> acesso em 9 de abril de 2020.

está diretamente ligada à omissão estatal na prevenção de tais práticas, inclusive com ausência de fiscalização. (Givisiez, 2017)

Como resultado das condições de vida no cárcere, com a inobservância de direitos básicos individuais, se multiplicam nas prisões brasileiras situações de violência e rebeliões, como forma de atestado da falência do sistema.

O ano de 2017 marcou grande violência no sistema carcerário brasileiro. Com rebeliões espalhadas pelo país – como as ocorridas em Manaus, Amazonas, Roraima, Rio Grande do Norte, São Paulo e Curitiba, o número de mortes ultrapassou naquele ano os 111 executados no massacre do Carandiru – totalizando 133 detentos assassinados. De lá para cá, o número chega a 246 presos mortos em rebeliões e conflitos intramuros. (Fernandes, “e col.”, 2019).

O último conflito mais expressivo ocorreu no Pará, no presídio de Altamira, em que, em uma briga de cinco horas de duração, 57 pessoas foram mortas em julho de 2019. O CNJ atesta superlotação da estrutura, abrigando mais do que o dobro da capacidade de detentos, péssimas condições de habitabilidade, agentes de segurança – carcereiros, em número insuficiente e disputa pelo domínio interno de facções criminosas rivais. (Relatório do CNJ, sobre o Centro de Recuperação de Altamira, 2019). “A chacina expôs mais uma vez as mazelas do sistema prisional e obrigou o governo federal a intervir no problema.” (Ibidem).

Como resposta ao caos instaurado nos presídios do Pará, o ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro, autorizou uma intervenção penitenciária (Força Tarefa de Intervenção Penitenciária – FTIP) em 2019, prorrogada no ano de 2020⁶⁷.

Todavia, relatos de presos, comprovados por membros do Ministério Público e de conselhos da OAB, atestam práticas abusivas e de tortura realizados pela força tarefa⁶⁸ autorizada pelo ministério da justiça, o que levou à denúncia, pelo Ministério

⁶⁷ Referida operação teria retomado o “controle de 13 unidades prisionais, apreendeu mais de mil celulares, 13 armas de fogo, drogas e outros ilícitos nas casas penais do Pará. Além disso, garantiu a segurança para mais de 53 mil atendimentos de saúde, 17 mil atendimentos jurídicos, aplicação de provas do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja), com a maior quantidade de presos realizando a prova, cursos profissionalizantes como de panificação e confeitaria, pintura entre outros. A Força de Cooperação do Depen também apoiou eventos religiosos em todas as unidades em que está atuando.” (Serviço de Comunicação Social do Depen, 2019).

⁶⁸ Presos e presas “são obrigados a ficar pelados ou somente de cueca, descalços, molhados, e alguns não podendo sair do lugar sob pena de violência, sujos pelas necessidades fisiológicas (...) Estão apanhando e sendo atingidos por balas de borracha e spray de pimenta, de modo constante, frequente e injustificado, mesmo após muitos dias da intervenção, e sem prévia indisciplina dos presos (...) estão vivendo sem condições mínimas de salubridade e higiene, com ratos, superlotação em nível de desmaio e sufocamento, dormindo no chão”. (Farias, 2019).

Público Federal, de um quadro generalizado de abusos, com tortura e truculências em “escala industrial” – que incluem “perfuração com pregos e penetração anal forçada”. (Betim, 2019).

Após uma análise generalizada de pontos importantes do sistema de justiça criminal brasileiro, passamos a discutir a negociação penal neste contexto.

2.3. Negociação penal no Brasil

A negociação é prática que vem ganhando espaço no sistema de Direito brasileiro, conforme já mencionado, sendo espécies desta vigentes em nosso ordenamento jurídico a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos no âmbito no juizado especial criminal. Além desses institutos há também a possibilidade da colaboração (delação) premiada e mais recentemente, do acordo de não persecução penal.

A Lei 9.099/95, em seus artigos 60 e 61, prevê a possibilidade da transação penal para o caso de crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles cominados com pena igual ou inferior à dois anos, com a aplicação ou não de multa, cumulativamente.

Lei 9.099/95:

“Art. 60. (...)

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, **observar-se-ão os institutos da transação penal** e da composição dos danos civis.” Grifo Nosso.

Trata-se da possibilidade de que o suposto autor de crime menor, sem assumir a culpa pelo fato, receba penas alternativas, como por exemplo a prestação de serviços à comunidade ou pagamento de sextas básicas, entre outras. A transação ocorre antes do oferecimento da denúncia ou queixa, em sede de conciliação. É uma forma de acordo, com o intuito de tornar a justiça mais célere e eficaz, abandonando-se a etapa processual penal, com os ritos e recursos cabíveis até sentença condenatória transitada em julgado.

Não será possível o oferecimento de proposta de transação, nos termos do artigo 76 da lei, àqueles anteriormente condenados à pena privativa de liberdade,

caso já houverem sido beneficiados, no prazo de cinco anos, à pena restritiva ou multa, ou quando as condições pessoais do agente não assim indicarem a utilização do benefício.

É prevista a presença de advogado de defesa nesta etapa, particular ou defensor público, e uma vez beneficiado pela transação, a mesma não será cabível novamente por prazo de cinco anos. Também não é cabível o instituto nos casos de crime de violência doméstica, conforme art. 41 da lei 11.340/06. Cabe ressaltar não haver condenação nos casos de transação, inexistindo também situações de antecedentes criminais ou reincidência para o negociante.

Homologado o acordo de transação penal, tendo o agente descumprido suas cláusulas, “retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”, conforme estipula Súmula Vinculante 35 do STF.

Já a suspensão condicional do processo implica em travar, pausar o andamento processual de ação penal, através do JECrim, para crimes cuja pena prevista seja igual ou inferior a um ano, conforme artigo 89 da lei. Para aplicação do benefício o acusado não pode responder por outra ação criminal, nem possuir condenação anterior, excluída condenação à pena de multa.

Assim, suspende-se o processo criminal mediante o cumprimento por parte do acusado de alguns requisitos, trazido pelo art. 89:

“Art. 89 (...)

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”

Proposta pelo Ministério Público e aceita pelo acusado, a suspensão é homologada por juiz, estando suspenso o processo mediante comprovação regular do cumprimento dos requisitos impostos ao acusado, tais como a reparação do dano causado ou a proibição de frequentar determinados locais. Não cumpridos os critérios estabelecidos, poderá ocorrer a revogação da suspensão concedida.

O sursis processual não gera quadro de antecedência criminal – à exceção de impossibilidade de tomar posse de cargos públicos em período de prova de

cumprimento de suas condições. Aqui também é impedida a aplicação do benefício nos casos envolvendo violência doméstica.

O instituto da colaboração premiada (ou delação) vem regulamentado na lei 12.850/13, prevendo que o acordo é “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.” (Art. 3º-A).

Objetiva-se auxílio por parte do réu na investigação de crimes, identificação de outros autores e ou organizações criminosas, buscando-se ainda prevenção de novos crimes, localização de vítimas e apreensão de bens produto de ações criminosas.

Para que o colaborador receba benefícios por meio da negociação esta deve gerar um ou mais dos seguintes resultados:

“ Art. 4º (...)

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

Estando presentes um ou mais dos resultados visados pela negociação e celebrado o acordo, será o colaborador beneficiado. Tais benefícios estão previstos nesse mesmo artigo, sendo eles o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por pena restritiva de direitos. Há a suspensão do processo ou do oferecimento da denúncia por até seis meses, prorrogáveis por igual período, para cumprimento das medidas de colaboração. (art. 4º, § 3º).

Por fim, há a necessidade de homologação do acordo de colaboração por juiz, o qual deve analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade deste, além da adequação dos benefícios concedidos à previsão legal (art. 4º e 5º). Há inúmeras críticas às lacunas legislativas existentes acerca do instituto (vide Callegari e Linhares, 2020), bem como a sua aplicação em nosso sistema jurídico (vide Lopes Jr. e Moraes da Rosa, 2018). Entre as críticas existente figura a utilização de prisões cautelares como forma de coação para que se obtenha a colaboração do preso.

Isso porque na colaboração premiada, diferente do que ocorre nas formas de negociação concernentes ao juizado especial, às quais prevêem apenas a possibilidade de pena restritiva de direito ou multa, é permitida negociação de pena de encarceramento, a qualquer momento, até mesmo na fase de execução. (Fabretti, 2018, pg. 294).

Assim sendo, a negociação se torna ferramenta disponível para coagir o réu, especialmente se este encontra-se preso preventivamente. Essa é inclusive crítica que se faz, entre muitas, sobre a “Operação Lava-jato”, “na qual respeitados juristas identificam a utilização das prisões preventivas como instrumento de pressão para delação.” (Ibidem).

Como exemplo de tal fato podemos citar os casos envolvendo pareceres da Procuradoria Geral da República da 4ª Região, os quais recomendavam a constrição da liberdade dos acusados ante “possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal”. (Canário, 2014).

Pauta-se a aplicação da coação em um dos requisitos da prisão preventiva, qual seja a conveniência da instrução criminal, conforme defendido por procurador federal para a manutenção de constrições à liberdade:

“A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas **também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos**”(Ibidem). Grifo Nosso.

O próprio procurador afirma o sucesso da prisão provisória enquanto meio de obtenção de colaboração do acusado. Advogados de defesa alegaram prática de extorsão de confissão e colaboração por parte da acusação em casos envolvendo a operação Lava-Jato, tese não acolhida pelos desembargadores do TRF da 4ª região, os quais mantiveram as prisões cautelares em sede de Habeas Corpus, não identificando a ocorrência de ilegalidades na sua imposição. (Ibidem).

O escancaramento da detenção do investigado como técnica de colaboração para resolução do conflito penal, em situações sob o holofote da mídia, em que os acusados possuem bons e caros defensores – como é a situação dos acusados na operação Lava-Jato, faz refletir sobre o tratamento dado aos casos, e acusados, de

crimes onde não há atenção da mídia e cujas pessoas investigadas muitas vezes sequer têm advogado constituído.

A busca pela solução do caso penal deve, necessariamente, estar atrelada ao respeito à princípios e leis, sob pena de afrouxamento da rede normativa constituída justamente para impor limites e regras ao Estado quanto ao seu poder punitivo.

Oportuno aqui novamente enfatizar a crítica à prisão temporária, cuja necessidade se baseia não no perigo de liberdade do agente, mas na sua utilidade para a investigação criminal. Para Aury Lopes é inadmissível a imprescindibilidade da prisão do sujeito para investigação de crime, devendo as autoridades investigativas serem capazes de atuar com base em informações e condições técnicas independentemente da tutela antecipada do sujeito. (Lopes Jr., 2013, pg. 889).

Há de se ressaltar a prevalência, em nosso sistema, em primeiro lugar da presunção de inocência, e em segundo, do direito a não autoincriminação, não sendo possível a coação do acusado para que este colabore com a investigação. “Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real... O suspeito (e o acusado), tem o direito de silêncio e de não participar de qualquer ato probatório(...)”. (Ibidem, pg. 890).

Essas mesmas críticas, relativas à detenção do sujeito enquanto meio de obter sua colaboração, ou sua confissão em se tratando de acordo de não persecução penal ou *plea bargaining*, será novamente abordada quando discutirmos esse último instituto.

Por fim, há ainda a possibilidade de negociação de acordo de não persecução penal. Este foi incluído às práticas negociais, através da lei 13.965/19, alargando as possibilidades de acordo penal. Assim sendo, antes de formalizada a acusação, havendo a confissão por parte do investigado acerca do crime discutido, poderá ser o acordo proposto pelo Ministério Público.

Como requisitos para a negociação figura a necessidade do crime em tela ter pena mínima inferior à 4 anos e ter ocorrido sem violência ou grave ameaça. Além disso, caberá a propositura do acordo somente se este se mostrar eficaz na prevenção do crime.

“CPP - Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente...”

O artigo em tela prevê, em seus incisos, as condições para celebração do acordo, quais sejam:

- I – reparar dano ou restituir a coisa à vítima, quando possível;
- II – renunciar bens enquanto instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III – prestação de serviço à comunidade;
- IV – pagamento de prestação pecuniária;
- V – cumprir demais condições estipuladas pelo MP, desde que compatíveis e proporcionais à infração.

O parágrafo segundo traz as situações em que não será possível a celebração do acordo:

“§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- I** - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- II** - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- III** - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;
- IV** - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.”

Observa-se que as situações de não aplicabilidade são muito semelhantes às das outras formas de negociação, quais sejam, reincidência do agente ou conduta criminosa habitual, recebimento do benefício nos últimos cinco anos, ou incidência da lei Maria da Penha ao caso. Todavia aqui destaca-se a especialidade da lei do JECrim, prevalecendo a transação penal sobre o ANPP.

A proposta deverá ser homologada por juiz competente o qual analisará a adequação, proporcionalidade e a voluntariedade do acusado na sua celebração. Ressalta-se que “o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo”(Art. 28-A, §7º).

Cumprido o acordo há a extinção de punibilidade, e sua celebração e cumprimento não constarão de certidão de antecedentes criminais. Não sendo homologado o acordo ou sendo esse descumprido é vedada a utilização do seu conteúdo por parte da acusação como prova no curso do processo. (Lopes Jr. e Josita, 2020).

O seu descumprimento acarreta na revogação do mesmo com posterior oferecimento de denúncia contra o acusado. Por fim, a não propositura de acordo por parte do ministério público poderá o acusado o requerer à órgão superior, através de remessa dos autos.

Há uma série de delitos que passam a ser considerados aptos a serem negociados a partir do acordo de não persecução – desde crimes comuns até os ditos de “colarinho branco”.

As críticas acerca do acordo de não persecução penal são várias. Entre elas destacam-se a inobservância ao princípio da presunção de inocência ao exigir a confissão do investigado para celebração do acordo, a unilateralidade de suas condições, determinadas e propostas pelo Ministério Público e a impossibilidade de propositura de acordo em crimes que envolvem habitualidade, questionando-se a eficácia da negociação em casos envolvendo organizações criminosas.

“Na prática, acaba sendo comum, tanto na suspensão condicional do processo quanto na transação penal, afora no próprio acordo de colaboração premiada, que as condições sejam unilateralmente propostas pelo Ministério Público, sem qualquer (ou mínima) possibilidade ou interesse de negociação, de modo que o acusado acaba optando por enfrentar o processo. Inclusive, por vezes, mesmo que haja condenação as penas fixadas não diferem significativamente do acordo (anteriormente proposto) ou muitas vezes acabam por ser inferiores ao proposto no acordo.” (Oliveira e Michelotto, 2020).

Como se percebe tal instituto é muito semelhante ao *plea bargaining*, diferenciando-se do modelo norte-americano quanto sua extensão e aplicabilidade. Assim sendo, estende-se a àquele as críticas existentes à este, como por exemplo a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Trata-se de movimento de ampliação do espaço de consenso da justiça penal, objetivando maior celeridade processual, bem como a economia aos cofres públicos.

Nas palavras de Aury Lopes Jr: “muitas questões ainda precisarão ser resolvidas ao longo dos próximos anos, mas o acordo de não persecução é uma realidade e precisamos aprender a lidar com ele.”(Ibidem).

2.3. Proposta de importação do *plea bargaining system*

O já analisado modelo de *plea bargaining* refere-se à negociação penal, originada nos Estados Unidos, conforme análise anteriormente realizada. Houve intenção de importação de referido procedimento negocial por parte do sistema de justiça brasileiro, através de proposta manifestada no então projeto de lei Anticrime, apresentada pelo Ministro da Justiça em 2019.

O projeto brasileiro buscava aplicar a negociação penal no Brasil aos casos envolvendo crimes sem violência ou grave ameaça, cuja pena máxima fosse não superior à 4 (quatro) anos. Como requisito ter-se-ia a confissão por parte do acusado pelo crime à ele imputado, bem como à dispensa à produção de provas e ao direito à interposição de recurso. O acordo deveria ser homologado em audiência, por juiz que garantisse a legalidade e voluntariedade do mesmo. (Kalache e Souza, 2019)

Tinha o projeto o objetivo declarado de trazer celeridade à justiça, uma vez que a situação de mora vigente em nosso sistema, além de ultrajante, é violadora de direitos fundamentais. Além disso, objetivava-se a redução de gastos aos cofres públicos com a administração da justiça, mais especificamente à justiça criminal. Não há dúvidas quanto a necessidade de uma resposta estatal eficaz e célere no âmbito penal, todavia, também entende-se pela importância absoluta da observação de princípios e garantias constitucionais pela referida resposta, o que não ocorreria com as mudanças propostas, conforme será analisado no próximo capítulo. (Ibidem).

O acordo ocorreria previamente à instrução, quando ainda há poucas provas produzidas acerca dos fatos e de sua autoria, sendo extremamente valorado o inquérito policial, que no Brasil, consiste em fase inquisitorial, sem direito ao contraditório. Além disso, seria necessária confissão de culpa réu para celebração do acordo.

Deixando para momento posterior a crítica existente a tais pontos, aqui queremos ressaltar que pretendia-se importar procedimento incompatível com o sistema jurídico pátrio, bem como com as regras vigentes em relação a ação penal – o que acabou ocorrendo de qualquer forma com a implementação do acordo de não persecução penal.

A proposta de importação da negociação penal pelo Brasil nos moldes norte-americanos não foi aprovada, sendo retirada do pacote de lei anticrime. Em seu lugar aprovou-se acordo de não persecução penal discutido anteriormente e cujas críticas seguem o mesmo caminho das elaboradas nesse capítulo.

Entende-se que a implementação do instituto de negociação penal assemelhada ao *plea bargaining* norte-americano tenha sido apenas adiada e não definitivamente arquivada pelos legisladores pátrios, tendo em vista a crise vivenciada pelo sistema de justiça criminal brasileiro – o qual demanda reformas urgentes, bem como a recente adoção do acordo de não persecução penal já discutido.

Por esse motivo faz-se mister a análise crítica quanto a impossibilidade ou, ao menos, a não recomendação da implementação de referido sistema pelo ordenamento processual brasileiro.

Trataremos no próximo capítulo de questões envolvendo incompatibilidade entre os sistemas jurídicos e não adequação com princípios e regras processuais constitucionalmente estabelecidas, além da incapacidade estrutural do sistema para lidar com os reflexos da negociação penal em larga escala.

3 – A IMPOSSIBILIDADE DE INCORPORAÇÃO DO PLEA BARGAINING AO SISTEMA DE DIREITO NACIONAL.

O projeto anticrime, apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, previa uma série de medidas a facilitar a atuação estatal na busca pela supressão da criminalidade. Não obstante criminólogos, sociólogos, psicólogos e operadores do direito entenderem não estar a solução para o comportamento criminoso vinculada à políticas penais isoladamente, o referido projeto tratou apenas de medidas repressivas no âmbito da persecução penal. Estava-se diante de uma empreitada punitivista, que desprezava as razões que levam à delinquência.

Para além dessa constatação, trouxe incômodo para a comunidade acadêmica e jurídica como um todo, o fato de não ter havido o debate necessário acerca das inovações pretendidas pelo projeto. Entendeu-se como crucial a larga discussão e análise crítica das propostas de alteração de regras processuais penais antes de cogitar-se sua aprovação, fato que não ocorreu com o pacote apresentado pelo ministro da justiça.

Conforme pontuado na Análise do Projeto da Lei Anticrime elaborada pela OAB Nacional (2019), a ausência de apresentação de estudos técnicos que justificassem as mudanças propostas, bem como de análise crítica acerca de suas consequências, não apenas jurídicas, mas também sociais e econômicas, impediam avanços do projeto.

Juntamente com a proposta de adoção do *plea bargaining*, estavam em questão situações como a possibilidade de prisão em segunda instância e o alargamento dos contornos da legítima defesa.

Além da ausência de debate, da falta de análise quanto aos efeitos das mudanças pretendidas na sociedade, criticou-se também a absoluta desconsideração, pelo projeto, da situação carcerária e da condição do preso – enquanto condição relevante para o fomento da criminalidade - atentando-se ao fato de que, onde implementado, a negociação penal contribuiu para o aumento da população carcerária.

A partir de agora passaremos a analisar pontos impeditivos à implementação da negociação penal ao estilo *plea bargaining*, tanto do ponto de vista da (in)compatibilidade sistêmica, quanto à sua (in)adequação ao Estado Democrático de Direito. Será dada ênfase à diferença sistêmica entre Brasil e Estados Unidos, no que se refere à regras de processo penal, bem como à legalidade e voluntariedade dos acordos e seus efeitos no sistema de justiça criminal, além de serem analisados os efeitos da prática negocial alargada ao sistema de justiça criminal e à sociedade em que se insere.

3.1. A incompatibilidade do instituto ao sistema de direito brasileiro

Como detalhado no capítulo I, os Estados Unidos possuem um sistema acusatório de fato no que se refere à regras, procedimentos e garantias processuais penais.

Trata-se de sistema adversarial, em que predomina a oralidade, procedimentos realizados de forma compacta e um juiz genuinamente imparcial – pelo menos de maneira formal, conforme estabelecido em lei.

Há uma verdadeira batalha entre defesa e acusação as quais estariam, em teoria, em paridade de armas para defender suas teses argumentativas, através de uma metodologia absolutamente dialética. Há inclusive, dentro dos procedimentos judiciais, etapa de “compartilhamento” de provas e informações referentes aos fatos discutidos, a qual denomina-se “*discovery*”.

Com o objetivo de revelar fatos e desenvolver provas, as partes se preparam nesta etapa para o julgamento, coletando informações acerca do caso, entrevistando testemunhas, com o claro intuito de prevenir que qualquer das partes seja surpreendida com provas durante o julgamento (to “*prevent the parties from surprising each other with evidence at trial.*”) (Garner, 2011, pg. 236).

Referido racional fica claro quando analisada a já mencionada regra intitulada *Brady Rule*, a qual obriga a acusação a revelar, compartilhar com a defesa qualquer informação coletada que sirva enquanto prova exculpatória, em favor do acusado (*Brady v. Maryland*, 1963).

Brady cometeu um crime de roubo, em participação com Boblit, evento que resultou na morte de uma pessoa. Ambos partícipes foram condenados, através de um júri, pelo crime de homicídio em primeiro grau, ou seja, grosso modo, quando há intenção do resultado. Brady negou o cometimento do homicídio, restringindo sua participação ao roubo. Ambos os acusados foram condenados à pena de morte.

Após o julgamento pelo júri, revelou-se que Boblit havia confessado o homicídio e a acusação não teria compartilhado a informação - que inocentaria Brady - com a defesa. Em sede de apelação, decidiu-se que a supressão da confissão de Boblit negou à Brady o direito à ampla defesa, violando o direito ao devido processo legal, previsto pela 14^a emenda constitucional norte-americana.

Assim sendo, há previsão legal acerca do compartilhamento de provas correlatas ao caso entre as partes, cujas regras determinam limites no que se refere a tal compartilhamento – lembrando que provas exculpatórias devem, obrigatoriamente, ser compartilhadas pela acusação. Há inclusive previsão de pedido formal, “*motion to compel discorey*” [*moção para forçar compartilhamento*], enquanto requerimento para que a outra parte responda judicialmente – leia-se, coercitivamente através de

ordem judicial, ao pedido anteriormente feito pelo oponente e não atendido, quanto ao compartilhamento de informação [*“discovery request”*].

Deve-se apenas abrir aqui um parêntese acerca de prática denominada *“fishing expedition”* [*expedição de pesca*], a qual ultrapassa os limites da obrigatoriedade de compartilhamento de informações. Trata-se de tentativa de colher informações da outra parte que vai além da prática legalmente prevista, ultrapassando seu escopo legalmente definido em regras processuais.

Não obstante à estrutura e procedimentos que reforçam o sistema acusatório, inúmeras ilegalidades são cometidas, especialmente em sede de negociação penal, conforme analisado no Capítulo I, dentre elas a recorrente violação à *Brady Rule*, com a ocultação de provas que inocentem os acusados, além dos abusos nas práticas coercitivas por parte de policiais para se obter confissões, bem como a utilização de prisão preventiva com este mesmo fim, para citar algumas.

Por fim, outra diferença entre o sistema norte-americano e o brasileiro, além da prática acusatória, refere-se a disponibilidade da ação penal, cuja instauração pelo ministério público é facultativa. A acusação, composta por membros da promotoria, tem poder discricionário no que se refere a acusação penal, inexistindo o dever compulsório de acusar, ou oferecer denúncia contra o acusado. Além disso, conforme já aduzido, promotores fazem parte do poder executivo, sendo eleitos pela comunidade, atuando sob o julgo dessa. (Alschuler, 1968, pg. 52).

O Brasil possui um sistema investigatório absolutamente inquisitorial. A fase investigativa, anterior ao oferecimento da denúncia e momento em que ocorre a proposição do acordo, é campo vasto para cometimento de abusos com violação inclusive de direitos regulamentados pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à defesa técnica, à proibição de tortura, limites à prisão cautelar, entre outros.

Em adição à isso, não há previsão quanto ao compartilhamento de provas entre os oponentes no processo, muito menos de obrigatoriedade por parte da acusação em desvelar provas que inocentem o réu.

Inúmeros são os autores, à exemplo de Jacinto Coutinho, alegam que a negociação penal somente poderia ser discutida enquanto forma válida para solução de conflitos penais se inserida em um sistema verdadeiramente acusatório, capaz de garantir direitos constitucionais do acusado, evitando-se ao máximo a ocorrência de abusos, o que não é o caso do sistema brasileiro.

“(...) O controle de uma negociação do gênero é muito difícil ou quase impossível e, por certo, a minimização do dano só de dará com a exigência de que tudo o que se faz seja gravado e exibido quando necessário. Órgãos públicos necessitam de transparência. Tudo leva a crer, enfim, que um plea bargaining metido em um processo do sistema inquisitório como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da americanização à brasileira promovida nos últimos anos, tudo sem o devido controle por quem de direito, seja lá por qual motivo for.” (Coutinho, 2019, pg. 5) Grifo Nosso.

Por fim, no sistema brasileiro há o que se chama de obrigatoriedade da ação penal, apesar dessa se encontrar relativizada ante as crescentes exceções introduzidas na prática processual penal através do instituto da negociação.

A regra em nosso sistema é ação penal pública, a qual representa a esmagadora maioria dos casos criminais, sendo exercida apenas pelos membros do Ministério Público, através da denúncia do acusado, conforme disposto constitucionalmente (CF, 129, I). (Lopes Jr., 2013, pg. 380).

A exceção é a ação penal privada através da qual o sujeito “titular de pretensão acusatória exerce o seu direito de ação sem que haja delegação de poder [ao Ministério Público]”. (Ibidem, pg. 402). Nestes casos se procede mediante queixa e a ação observa os princípios da disponibilidade, oportunidade e conveniência.

Já no que se refere a ação penal pública, esta observa o princípio da obrigatoriedade, assim sendo, presentes os requisitos para oferecimento da denúncia o Ministério Público tem obrigação de levar o caso adiante, oferecendo a denúncia. Diferentemente do praticado nos Estados Unidos, no Brasil não vigora, no que se refere a ação penal pública, os princípios da oportunidade e conveniência, sob os quais a promotoria pode com discricionariedade decidir, com grande liberdade como vimos anteriormente, o oferecimento ou não da denúncia.

Ademais, no sistema norte-americano, além de não haver a obrigatoriedade da denúncia, pode ainda a acusação desistir da ação penal à qualquer tempo, cabendo a negociação em qualquer momento do processo. Em nosso sistema, o princípio da indisponibilidade faz com que a acusação fique impedida de desistir da ação penal em curso ou de recurso interposto (CPP arts. 42 e 576 respectivamente.). (Ibidem, pg. 382).

“CPP, art. 42: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

“CPP, art. 576: O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”

Autores como Rangel e Aury Lopes Jr. concordam que o princípio da obrigatoriedade tenha sido relativizado com a expansão das situações negociais penais no ordenamento brasileiro, todavia, entendem que tal fato refere-se à uma “discricionariedade regrada” em oposição à implementação de princípios como da oportunidade e conveniência. (Ibidem).

Assim sendo, ante ao sistema pré processual de natureza inquisitória vigente no Brasil e a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, críticos da ampliação da esfera da negociação penal no sistema pátrio alegam não ser o instituto do *plea bargaining* compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema português recebe críticas semelhantes quanto à importação do *plea bargaining* pelo seu ordenamento jurídico. Aderindo ao movimento mundial pela busca por maior celeridade e efetividade processual, Portugal, através de reformas processuais, alterou inúmeros atos e procedimentos abarcados pelo seu ordenamento jurídico. Buscou a maximização da aplicação de procedimentos especiais, reduzindo o tempo de duração do processo. (Gomes e Lopes, 2009, pg. 27).

São institutos de consensualização consagrados por aquele ordenamento jurídico a suspensão provisória do processo, a dispensa de pena com arquivamento do processo e a mediação penal. O primeiro abrange situações em que o autor da ação não tenha sido condenado anteriormente por crime da mesma natureza, em casos cuja pena seja inferior a 5 anos, desde que com concordância das partes. Ocorre em fase pré-sentencial e é de iniciativa do Ministério Público.

Já a dispensa da pena, neste mesmo momento processual e também de iniciativa da acusação, pode acontecer em caso de crimes cuja pena seja inferior à seis meses de prisão ou, em caso de multa, não superior à 120 dias.

A mediação será cabível em fase de inquérito policial, para crimes de iniciativa privada ou representáveis mediante queixa. O tipo penal abrangido será apenas aquele cuja pena máxima prevista não ultrapasse 5 anos, ou quando seja aplicável pena de multa. Além disso a vítima não pode ser menor, lembrando que a maioridade penal no país é estabelecida em 16 anos. Crimes sexuais estão excluídos da possibilidade de mediação. Furto, dano, difamação, injúria, ameaça e

crimes contra pessoa na forma negligente são exemplos de tipos penais abrangidos pela prática.

Há autores, como Jorge de Figueiredo Dias, que defendam que as situações compreendidas como consensuais, acima tratadas, não estão verdadeiramente eivadas de consenso, traduzindo-se em circunstâncias nas quais o réu submete-se à vontade da acusação, concordando com suas propostas. Não há observância de metodologia referente ao consenso, enquanto “estruturas comunicacionais não ritualizadas - aplicados pelos intervenientes em ordem a uma tomada de decisão”. (Dias, 2011, pg. 21).

Inexistindo o encontro de vontades não iguais, em verdade opostas, alega-se impossível a caracterização de solução negociada na esfera penal. O que tem-se no ordenamento processual português são casos de “opção unilateral do Ministério Público (arquivamento em caso de dispensa de pena), ou perante o assentimento do Arguido (e Assistente, na suspensão provisória do processo, quando promovida pelo Ministério Público), ou perante a não oposição do Arguido (processo sumaríssimo)”, fomentados pela ideia de consenso e celeridade. (Oliveira, 2017, pg. 86).

Operadores do direito naquele sistema também se opõem à ampliação da esfera negocial dentro do sistema penal. Sob argumentos de que a verdade judicial não pode ser obtida a qualquer preço – por exemplo com a coação do acusado que se vê sem alternativas a não ser a de aceitar o acordo proposto pela acusação. A busca deve sempre ser no sentido de alcançar uma verdade processualmente válida. (Ibidem).

As decisões judiciais, inclusive de homologação de acordos negociados, deve observar e garantir a aplicação de direitos individuais do acusado, os sujeitos processuais devem atingir a conclusão do ditame com respeito às regras processuais e com paridade de armas. Diante de todo exposto nos capítulos anteriores, parece ser impossível alcançar referido propósito através da negociação penal.

Assim também pensam inúmeros autores portugueses, compreendendo que “a justiça negociada assenta numa ficção, a igualdade das partes (...) a liberdade para negociar é mais ilusória que real”. (Anabela Miranda Rodrigues *in* Oliveira, 2017, pg. 87).

Cabe ressaltar que Portugal também vive à beira do colapso do sistema de justiça – para os padrões Europeus, diga-se de passagem - ante a grande demanda

e acúmulo de processos, que levam anos até serem concluídos, o que justifica a busca por sistemas que fogem ao tradicionalmente em prática.

Todavia, autores renomados rejeitam as soluções negociadas propostas à espelho das praticadas nos Estados Unidos, o *plea bargaining*, como à exemplo de Jorge de Figueiredo Dias. Para o doutrinador, referida prática não se amolda ao processo penal português em sua estrutura, “alicerçado numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”, sendo incompatível também a “ideia do Estado de Direito e os princípios jurídico-constitucionais em que ele se plasma” (Dias, 2011, pg. 30)

O respeito pela dignidade do acusado deve prevalecer, não importa o sistema escolhido enquanto complementar ou substituto das práticas atuais, sob pena de violação de preceitos básicos constitucionalmente garantidos naquele país. Afinal, a República Portuguesa é baseada na dignidade da pessoa humana. (Oliveira, 2017, pg. 88).

O grande desafio consiste exatamente na conjugação da defesa de garantias constitucionais ao mesmo tempo em que se defendem bens jurídicos. Há a discussão sobre a possibilidade de normatização de acordos sobre a sentença, justamente para garantir o direito à julgamento em tempo razoável, inerente a todo acusado. Essa forma de negociação possibilitaria a celeridade pretendida, com a aplicação de leis vigentes. (Ibidem).

Enquanto requisito de tal prática, estaria a confissão total o parcial e voluntária do acusado, sendo tornado público o acordo em audiência, com assistência de defensor, antes da produção de provas complementares, para eliminar possibilidades de barganha, tanto por parte do acusado – quando existirem provas que pesem contra ele, quanto pela acusação, quando as mesmas não existirem. (Ibidem).

Jorge de Figueiredo Dias ainda defende que em casos de competência do Tribunal do Júri ou Tribunal Coletivo, o acordo somente poderá ser proposto, se de forma consensual e coletiva, por todos os membros das referidas cortes (desembargadores e jurados). Outros entendem que, nesses casos, bastaria maioria dos votos dos membros para proposição do acordo, uma vez que é a maioria que decide em caso de julgamento realizado. (Ibidem.)

Também estaria impedida a realização de acordo que renuncie ao direito de recorrer. Argumenta-se que a interposição ou não de recurso não é fator de

relevância da medida da pena a ser imposta, não tendo influência sobre a culpa do agente ou a prevenção do crime.

De qualquer forma, as medidas negociadas de justiça negociada em Portugal são iniciais, inclusive porque encontram forte oposição, tanto da magistratura nacional quanto da advocacia, instituições que entendem “nulo o acordo de sentença por ser legalmente inadmissível o meio de prova, porque o processo penal não se pode fundar apenas numa racionalidade funcional, confiando numa solução que atenta contra a dignidade humana e se funda numa posição não igualitária entre as partes envolvidas”. (Ibidem.)

Inexistem leis que efetivamente regulem a prática no atual ordenamento jurídico português, devendo, nos próximos anos, acirrar-se a discussão acerca da implementação dos acordos sobre a sentença, especialmente para casos envolvendo crimes graves, até porque “a pequena e média criminalidade já se beneficiam de soluções “consensualizadas”” como a mediação penal e demais institutos anteriormente analisados, “todas elas conducentes a uma equilibrada composição do litígio penal com reforço dos valores básicos jurídico-criminais.”. (Ibidem, pg. 99).

3.2. A inadequação social-democrática

A crítica brasileira também afirma que, mesmo se compatível fosse com nosso sistema, a importação do *plea bargaining* ainda sim não seria recomendada, e suas justificativas são esboçadas no próximo tópico. Trata-se de inadequação do instituto à um sistema democrático de direito, dando-se ênfase à sua (i)legalidade, (in)voluntariedade e efeitos sobre a sociedade e o sistema de justiça criminal.

3.2.1. Legalidade e voluntariedade

Como discutido no capítulo 2, o instituto de negociação em tela apresenta grandes problemas no que tange a legalidade e voluntariedade dos acordos. A pressão e atos de coação para obtenção de confissões são potencializadas pela ausência de regulação específica quanto aos poderes da acusação no procedimento bem como de parâmetros claros para oferecimento de acordos e suas condições.

Assim sendo, entre as táticas da acusação para obtenção de *guilty pleas* estão a utilização de *overcharging*, de prisões cautelares (cujos investigados hipossuficientes, que são maioria, não consegue arcar com as custas de fiança) de agravamento de crimes – em casos de crimes híbridos que podem tanto ser considerados de menor potencial ofensivo (*misdemeanors*) quanto *felonies*, a depender da discricionariedade da acusação, entre outras.

Há um movimento generalizado por parte da acusação para que se consiga uma confissão de culpa e celebração de acordo, que conta com a ausência de parâmetros legais a serem seguidos pelas partes. Todavia, questiona-se duramente a legalidade de tais acordos, bem como a voluntariedade do investigado na sua celebração.

O projeto brasileiro de *plea bargaining* demonstrou preocupação quanto à legalidade e voluntariedade das confissões feitas pelos acusados e dos consequentes acordos firmados em sede de negociação penal. Todavia, ofereceu solução de eficácia questionável para tais situações, qual seja a sua homologação judicial do acordo em audiência.

Problemas envolvendo a ausência de regulamentação da atividade policial, situações de falsas confissões, inexistência de parâmetros para oferecimento de acordo e para a atuação da acusação precisam ser analisadas, bem como a possibilidade de que seja efetivamente realizado o controle de tal prática por juiz garantidor de direitos e princípios constitucionais vigentes em uma sociedade democrática.

3.2.2. Atividade investigativa e confissão

A primeira crítica a ser feita à proposta de lei Anticrime, no que tange a negociação penal, é que não houve previsão de reformas procedimentais envolvendo a fase de inquérito policial, tampouco imposição de limites à atividade dos agentes de segurança pública, assim como também não estão previstos investimentos para a estrutura investigativa brasileira, que encontra-se em estado mais do que precário.

Considerando que o conflito penal será resolvido em sede de acordo, com base nos fatos e provas obtidas em fase de inquérito policial, doutrinadores que

analisaram o projeto anticrime concordam quanto à necessidade de um alargamento da fase investigativa, possibilitando o contraditório e ampla defesa, com pedido de investigação defensiva. Conforme parecer da OAB Nacional (2019, pg. 59), em nosso sistema processual, sendo a fase investigativa tratada como fase preparatória da acusação, não há “tutela do direito de defesa dos suspeitos, em evidente oposição ao princípio da máxima acusatoriedade que deve orientar o processo penal em um estado democrático de direito e em violação à regra constitucional da ampla defesa.” Como alternativa sugere-se a ampliação do direito de defesa na fase investigativa:

“Para que nosso sistema possa introduzir a regra do acordo penal, com a amplitude proposta, torna-se necessário reforçar o direito de defesa na fase de investigação, a fim de prevenir injustiças decorrentes da introdução de um modelo de justiça negociado, em que a reconstrução da verdade processual cede lugar à lógica da celeridade.” Análise do Projeto da Lei Anticrime – OAB Nacional, pg. 59.

Conforme defendido por Lenio Streck (2019, pg. 57), no mesmo parecer, “cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, (...) investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”.

Quando analisando a questão em comparação às práticas norte-americanas, argumenta-se que àquele sistema oferece garantias ao acusado, tendo este o direito de conhecer as provas existentes e relevantes ao caso, especialmente quando tratando-se de provas absolutórias, com a obrigação de compartilhar provas absolutórias [*disclose exculpatory evidence*] trazida pela *Brady Rule* (*Brady v. Maryland*). Referida regra, analisada anteriormente, busca a atuação do Ministério Público de forma zelosa na busca pela justiça.

Inúmeros críticos ao projeto anticrime exaltam a existência da *Brady Rule* nos EUA, o que garantiria maior resistência e poder ao acusado durante as negociações. Como exemplo pode-se citar o debate ocorrido através do Podcast Salvo Melhor Juízo (2019, #79), bem como os apontamentos de Alberto Siqueira Castro na já citada Análise do Projeto da Lei Anticrime (2019, pg. 59). Porém, nenhum deles menciona as constantes violações à *Brady Rule* pela acusação norte-americana e seus efeitos em sede de *plea bargaining*.

Ainda no que no que tange à fase investigativa e às provas utilizadas durante a negociação, a confissão por parte do acusado também é tema controverso. Não

analisaremos aqui a diferença de tratamento destinado ao perjúrio nos dois sistemas, mas o ponto em comum a ambos, as falsas confissões.

Práticas coercitivas em fase investigatória, inclusive com casos de tortura, são senso comum na sociedade brasileira. Conforme muito bem sumarizado por Juliana Ferreira da Silva, “a segurança pública brasileira é marcada pelo estereótipo racializado na construção dos suspeitos, dedicada a proteção do patrimônio em detrimento à vida e pautada na lógica do combate ao inimigo” (Silva, 2019, pg. 6)

Possuímos hoje um interrogatório com a finalidade de confissão, praticando-se para tal fim, em muitos casos, atos repletos de ilegalidade por parte dos agentes de segurança. Isso ocorre apesar das provas serem submetidas posteriormente, em fase processual, ao contraditório e ao crivo de um juiz, que afastará evidências obtidas ilegalmente – o que ocorrerá de maneira dificultada no procedimento de negociação, como veremos adiante.

A prisão cautelar também vem sendo amplamente praticada como instrumento de coação para confissão, como já abordado, ou seja, por motivos absolutamente diversos dos quais a ensejaria - apenas em casos em que há razoável suspeita de que o acusado não comparecerá quando e onde solicitado. A utilização de argumentos como “proteção da ordem pública, para encorajar o acusado a se declarar culpado, ou a imposição de punição antecipada a acusados tidos como culpados com base em seus antecedentes criminais” são alguns exemplos.

Os efeitos da prisão cautelar nas fase de negociação são extremamente positivos para a confissão do negociante, especialmente em se tratando de classes hipossuficientes, sem condição de arcar com custos de fiança. Cabe lembrar que algo em torno de 90% dos erros judiciais na esfera criminal nos EUA envolveram crimes leves, os quais não previam pena de aprisionamento e se deram, muito provavelmente, devido às falsas confissões após período de aprisionamento. “Plausível é a alegação de que a maior causa desses erros judiciais em crimes de menor potencial ofensivo é a perspectiva de longo período em prisão provisória por parte do acusado que não pode pagar fiança.” (Gross, 2008, pgs. 940-42).⁶⁹ (Tradução livre da autora.)

⁶⁹ “(...) it may well be that a major cause of these comparatively low-level miscarriages of justice is the prospect of prolonged pretrial detention by innocent defendants who are unable to post bail.” Gross, 2008, pg. 940.

Além das críticas à fase investigatória, o projeto Anticrime foi absolutamente silente quanto a procedimentos a serem adotados no processo de negociação.

3.2.3. Parâmetro para oferecimento do acordo e atuação da acusação

No projeto pra implantação de negociação de forma alargada não houve especificação quanto à atuação do Ministério Público e seus limites. Não houve também estipulação de parâmetros ou condições para oferecimento de acordo, o que é preocupante numa sociedade democrática que busca a aplicação do princípio da igualdade e do tratamento isonômico das partes.

A ausência de diretrizes para elaboração e aplicação dos acordos acarreta no excesso de poder e arbitrariedade da acusação, que pode, a depender do caso, favorecer ou endurecer as circunstâncias dos acordos, conforme necessidade ou vontade dos agentes de segurança.

Apontado como um dos problemas da negociação penal por Aury Lopes Jr., a não regulamentação da atividade do acusador, “ que poderá fixar condições e indicar bens e direitos que devem ser renunciados (...) gera um perigoso desequilíbrio de poderes e uma supervalorização da figura do acusador em detrimento do acusado e também do próprio juiz” (Lopes Jr., 2019, pg. 47.)

Conforme afirma Jacinto Coutinho, “(...) a ideia do *plea bargaining* no Projeto de Lei *Anticrime* vem, nesse processo do sistema inquisitorial, com a missão de dar ao MP um pouco do trabalho que deve fazer o juiz nas medidas cautelares e no processo” (Coutinho, 2019, pg. 5) , trabalho esse incompatível com um Ministério Público parcial, que atua no processo como parte. Pontua o autor que:

“A tendência do MP é agir como parte e, por isso, com seu lugar definido, tende a negociar buscando o que é melhor para seu interesse. Assim, tende a fazer tudo – ou o que for possível – para “vencer” na negociação, sem que a isso se possa dizer, a priori, que está errado. Não está. Mas também não é isso que se quer, que se pretende, se a CR estiver a balizar o que se faz. O controle de uma negociação do gênero é muito difícil ou quase impossível (...).” (Coutinho, 2019, pg. 5)

Conforme já discutido, nos EUA há absoluta discricionariedade na escolha dos casos em que serão propostos acordos – escolha esta muitas vezes guiada pelo volume de trabalho vivenciado pela acusação e força probatória no caso em

questão. As condições do acordo também são elegidas pela acusação, conforme o caso e a necessidade de fechar um “*deal*” [acordo].

Os poderes acusatórios foram ampliados no intuito de atingir o objetivo punitivista da política criminal norte-americana e, com isso, táticas prejudiciais à ampla defesa e à presunção de inocência vêm sendo aplicadas rotineiramente, entre elas a “superqualificação” dos crimes impostos aos acusados, a prática do *overcharging* [múltiplas acusações] e a utilização de prisão cautelar durante o processo de negociação.

A prática demonstra que a homologação de uma *guilty plea* por juiz neutro também é pouco eficaz enquanto forma de controle de legalidade e voluntariedade dos acordos, afim de que sejam assegurados direitos individuais do negociante.

3.2.4. Homologação por juiz

Os defensores da implementação do *plea bargaining* em nosso sistema de justiça criminal demonstram conhecer os riscos envolvendo a legalidade e voluntariedade das confissões e dos acordos afirmados em sede de negociação, tanto que o projeto prevê a sua homologação perante juiz que ateste as condições em que o mesmo se deu.

Ocorre que, na prática, em nosso sistema, do jeito que está posto, já não se pode falar em imparcialidade do juiz – e os escândalos envolvendo os processos da Lava-Jato nos reafirmam tal fato⁷⁰. Mesmo que excessos e crimes não fossem praticados, a própria lei garante atuação do juiz em determinadas situações, fazendo parte de nossa cultura a figura do juiz que combate o crime. Nas palavras de Aury Lopes Jr. “a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a verdade real (...)) não percebendo o absurdo do conceito), (...) criando juízes inquisidores e “juizados de instrução” (Lopes Jr. 2013, pg. 109).

Ainda conforme entendimento de Aury, apenas num processo legitimamente acusatório-democrático seria factível garantir o lugar de fala ao acusado, com a presença de um juiz imparcial, especialmente em se tratando de negociações penais que comportam todas as nuances e entraves nos capítulos acima discutidos.

⁷⁰ Trata-se de vazamento de mensagens privadas envolvendo promotores, juízes e ministros do STF, os quais trabalhavam colaborativamente em ações penais em curso.

A adoção dos sistemas de negociações, cujo controle do acordo firmado se dará apenas através da homologação judicial, tende a aniquilar a capacidade de resistência do acusado, pulverizando garantias e direitos constitucionalmente assegurados. Não servirão os juízes de guardiões da estrutura democrática, como a experiência demonstra que já não o servem atualmente. Ainda conforme Aury:

“Vai-se potencializar a estrutura inquisitorial do processo, retirando-se ainda mais as chances de os investigados/réus terem uma estrutura democrática, na qual seus direitos e garantias sejam – todos – respeitados. E ainda, em geral, sem os juízes para lhes garantir, como se pode ver com o que se tem passado com as chamadas audiências de custódia, nas quais (os percentuais demonstram), converte-se a prisão em flagrante em prisão preventiva sem a menor dificuldade.” (Lopes Jr. 2013, pg. 109).

Para além disso, cabe salientar que apenas em um sistema legitimamente acusatório-democrático direitos e garantias podem ser efetivamente assegurados. Mesmo assim há provas de que abusos e ilegalidades ocorrem, como as coações judiciais para celebração e homologação de guilty pleas nos EUA, como analisado anteriormente.

Diante de tal realidade, difícil identificar possível solução para o problema da voluntariedade e legalidade das confissões em sede de negociação penal. Mesmo que se conceba a ideia de um juiz mais participativo e atuante, ou juiz diverso para a fase pré-processual, que participe das negociações, analisando provas e controlando a atuação dos envolvidos e os interesses do acusado, se inexistente cultura processual-democrática, com valorização e respeito à princípios constitucionais garantidores do Estado de Direito e da dignidade da pessoa, não será essa a solução.

Juarez Cirino dos Santos resumizou muito precisamente os principais problemas do alargamento da negociação penal e seus efeitos, afirmando:

“Os problemas do *plea bargaining* são conhecidos: a) primeiro, exclui a garantia da jurisdição, transferindo o controle da pena do Poder Judiciário para o Ministério Público, transformando acusadores em julgadores da justiça penal; b) segundo, o acusado não é livre para negociar penas, porque a desigualdade em face do Ministério Público exclui a voluntariedade da decisão e porque o evidente risco de maior punição submete o acusado aos termos do acordo proposto; c) terceiro, a acusação funciona como instrumento de pressão, produzindo autoacusações falsas, depoimento caluniosos e insegurança processual, capazes de transformar o processo penal em verdadeira guerra, se o acusado recusar a negociação; d) quarto, o inquérito policial, refratário ao contraditório e à ampla defesa, com natureza inquisitória e sigilosa, surge como fonte única de todas as

provas; e) quinto, toda negociação começa pela confissão, espontânea ou coagida, com ou sem delação de outros indiciados, que substitui a tortura física do corpo pela tortura psíquica de penas elevadas, às vezes por delitos insignificantes, ou mesmo inexistentes; f) sexto culpados recebem pena menor pelo acordo, enquanto inocentes aceitam maus acordos para evitar a ameaça de penas maiores; g) sétimo, *last but not least*, a natureza extensão da punição dependem da capacidade de negociação das partes, muito maior no Ministério Público, assessorado por psicólogos e técnicos, muito menor no acusado pressionado pelo medo". (Santos, 2019, pg. 54).

Ignorar referidos problemas adotando a prática do *plea bargaining* leva à efeitos sociais e de justiça criminal nefastos, possivelmente potencializados em um sistema carcerário e de políticas sociais precários, como os vivenciados no Brasil.

3.3. Efeitos da negociação em larga escala

A adoção da negociação penal em larga escala acarreta em uma efetividade e celeridade judicial no que tange à mais condenações e menor tempo e custo dispendidos em longos procedimentos penais. Todavia, as alcançadas celeridade e efetividade em conseguir condenações não deve subentender a eficácia do sistema de justiça criminal.

A substituição dos julgamentos tradicionais pelo *plea bargaining* utilizado de forma generalizada nos Estados Unidos teve como consequências o superencarceramento, a constatação de um sistema penal seletivo, altos índices de reincidência bem como a ocorrência de inúmeros erros judiciais, com a condenação de inocentes.

3.3.1. Seletividade penal

Nos Estados Unidos as pessoas reclusas em estabelecimentos totais são, na maior parte, representantes das minorias raciais, como negros e latinos. Cabe ressaltar que negros representam 12% (doze por cento) da população geral, porém no cárcere somam quase um 1/3 (um terço) dos internos (33 % - trinta e três por cento).

Quanto aos crimes que levam ao encarceramento, relatório do FBI (2018) aponta que no ano de 2018 mais de dez milhões de norte-americanos foram presos e, entre os crimes cometidos figuram aqueles relacionados à droga ilícita, com 1.654.282 de presos (86% desses foram presos por posse e não comercialização). Dirigir sob influência de substância tóxica levou mais de um milhão de americanos presos em 2018. Nos Estados Unidos prende-se muito, e por variados motivos.

A professora Alexandra Natapoff, da Universidade Loyola, conduziu estudo acerca da supercriminalização de condutas através de crimes menores – *misdemeanors* - e seus impactos sobre a população estadunidense. Segundo a autora, a maioria dos americanos que passam pelo sistema de justiça criminal o fazem através do cometimento de crimes menores – os números retratam algo em torno de dez milhões de casos envolvendo *misdemeanors* por ano, somando 80% (oitenta por cento) de todos os casos criminais anuais. (Natapoff, 2014, pg. 8).

Dados apontam que apenas 5% (cinco por cento) das detenções realizadas no país abrangem crimes graves, conforme definição do FBI, quais sejam: homicídio, estupro e agressão agravada. (ACLU, 2020).

Nem sempre os crimes menores preveem a pena de encarceramento, muitas vezes acarretando em penas alternativas que geram um imenso fardo sob o acusado, como a obrigatoriedade de emprego, supervisão e monitoramento constante, testagem aleatória do uso de drogas ou álcool, entre outros.

Além disso, alega-se uma supercriminalização de condutas que mira a entrada de estratos socialmente desfavorecidos aos sistema de justiça criminal. Comportamentos como uso de maconha, dirigir com a carteira de habilitação vencida, utilizar dois assentos no metrô, ser conivente com a falta escolar de filho menor (conhecido como o ato de “matar aula”/ *truency*) são exemplos de *misdemeanors*, utilizados como desculpa, segundo a autora, para supervisionar e monitorar parcelas da população.

Para corroborar a tese, autores como Waquant (2011), Dieter (2014) e Goffman (2014), também atestam que bairros habitados por minorias, negros e latinos, sofrem maior vigilância policial, com abordagens que raramente se passam em bairros de classe alta (Natapoff, 2014, pg. 7). Afro descendentes tem oito vezes mais chances de serem presos pelo uso recreativo de maconha, mesmo que comprovadamente todos os cidadão utilizem a droga na mesma proporção. (Ibidem, pg. 22).

Além disso, o fato de muitos crimes menores não preverem o aprisionamento como pena, não há o direito à assistência jurídica ao acusado. Assim sendo, apesar de não previsto originalmente, muitos acusados acabam sendo presos, de maneira ilegal, por impossibilidade de pagar fiança ou devido aos custos processuais não pagos. (Ibidem, pg. 29).

Estudos ainda comprovam que a confissão de crimes menores em sede de negociação penal são responsáveis pela grande maioria de erros judiciais no país no que tange à falsas confissões, realizadas pela pressão exercida pela promotoria em sede de negociação – *plea bargaining*.

A seletividade penal é característica também presente no sistema de justiça criminal brasileiro. As raças mais representadas no cárcere são as negra e parda, somando 54,96% (cinquenta e quatro vírgula noventa e seis por cento) dos presos pertencentes à essas etnias. Já no que tange à escolaridade, mais da metade dos internos é composta por analfabetos ou pessoas com ensino fundamental incompleto.

Quando compilados dados sobre os crimes mais representados no cárcere, tem-se em primeiro lugar o tipo de furto, seguido de tráfico de entorpecentes – este último em grande parte representado por pequenos comerciantes de drogas e não os grandes chefes de quadrilhas e associações criminosas. Os dois delitos somados representam 52% (cinquenta e dois por cento) dos crimes cometidos pelos encarcerados no Brasil, ou seja, mais da metade. Os presos no Brasil são em sua maioria jovens, afrodescendentes, de baixa escolaridade e pobres.

Afirma-se que presos, em sua maioria, tem um “histórico de vida de exclusão” (BMNP 2.0, pg. 87), anterior ao cárcere, sem o atendimento à direitos básicos. Não é ilusão imaginar que referida seletividade penal será agravada com a implementação da negociação em larga escala, assim como ocorreu nos Estados Unidos, país de origem do *plea bargaining*.

3.3.2. Super encarceramento

Independentemente de ser ou não seletivo, o superencarceramento é característica do sistema de justiça norte-americano e a prática da negociação penal em larga escala acentua referida característica.

De acordo com o *Bureau of Justice Statistics* (2016)⁷¹, a população carcerária norte americana é de 2.200.000 (dois milhões e duzentos mil) encarcerados, distribuídos em presídios estaduais e federais – sendo a maioria reclusa em instituições estaduais. Isso significa dizer que, para cada 100.000 (cem mil) americanos há 665 (seiscentos e sessenta e cinco) pessoas presas. Se a população carcerária representasse uma cidade do país, essa seria a 10ª maior cidade dos Estados Unidos, ficando apenas atrás de grandes centros, como Nova York, Los Angeles e Chicago.

De acordo com dados oficiais do departamento de justiça, o custo de manutenção com o sistema carcerário para os cofres públicos é de mais de 80 (oitenta) bilhões de dólares, enquanto que o valor investido pelo estado em educação é de 65 (sessenta e cinco) bilhões de dólares.

“O uso em larga escala dos acordos nos EUA (variando entre 90% e 97% dos crimes) gerou o aumento da população prisional, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões. Se o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos.” (Comentários do IBCCrim ao projeto de lei Anticrime – IBCCRIM, 2019, pg. 50).

Dois terços dos atualmente encarcerados nos Estados Unidos estão detidos de maneira cautelar, através de *pre-trial detention*, sem que haja uma condenação criminal contra essas pessoas. Na maioria dos casos, os sujeitos encontram-se detidos por não conseguir arcar com o valor de fiança estabelecido, que gira em torno de 10 (dez) mil dólares, o que representa, em média, 8 (oito) meses de salário do típico preso, incapaz de arcar com o pagamento. (*Prison Policy Initiative*).

No estado da Califórnia, por exemplo, o cometimento de *felonies* – crimes apenados com aprisionamento por tempo superior a um ano - impõe, obrigatoriamente a prisão provisória do acusado, durante fase de investigação. (Bisharat, 2014). Em muitos casos há a imposição de fiança para concessão de liberdade provisória, porém é muito comum a impossibilidade do pagamento por parte do investigado ante sua condição socioeconômica. (Ibidem). Ou seja, as razões apontadas para justificar o alto índice de aprisionamento cautelar no país são a prática generalizada de imposição de fiança. (Dobbie, Goldin e Yang, 2018, pg. 1).

⁷¹ Bureaus of Justice Statistcs, 2016, disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2020.

A pesquisa aponta que naquele estado o acusado típico pelo cometimento de *felony* tem o valor de fiança imposto em 55 (cinquenta e cinco) mil dólares, necessitando pagar 10% (dez por cento) desse valor para garantir a liberdade provisória. Porém a renda média dos acusados é inferior a 7 (sete) mil dólares, sendo que 50% destes não podem arcar com o pagamento de sequer 5 (cinco) mil dólares a título de concessão de liberdade⁷² (Ibidem).

Assim, conclui-se que, especialmente no que concerne acusados pobres, o auto índice de detenções cautelares tem forte impacto nas condenações criminais através da negociação penal. Isso porque o aprisionamento de minorias, causado pelo auto valor de fiança estipulado, “pode corromper a vida do acusado, colocando empregos em risco e aumentando a pressão para aceitar acordos de confissão de culpa desfavoráveis”⁷³. (Ibidem).

Também verificou-se que a liberdade provisória concedida no início da persecução penal diminui a probabilidade de condenação, com maior impactos em acusados primários. Justifica-se a redução na diminuição de probabilidade de confissão de culpa em negociação penal, que têm uma queda de 24% (vinte e quatro por cento). O estudo sugere que a liberdade provisória aumenta a posição de barganha do acusado antes do julgamento, especialmente se réu primário e em caso de crimes menores. (Ibidem).

A superutilização de prisões cautelares no Brasil é fato inegável, com quase metade dos detentos hoje figurando enquanto presos provisórios. Ademais, no Brasil, a prática da prisão provisória e temporária no intuito de obter-se confissão não é desconhecida, situação que poderia ser facilmente potencializada em sede de acordo.

Ademais, para Aury Lopes Jr., a adoção do *plea bargaining* “gera um encarceramento em massa (basta ver que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo) em um sistema carcerário caótico, medieval e

⁷² Apenas a título de curiosidade, há no setor privado, empresas que atuam com seguro fiança – muitas das quais também atuam no sistema privado de encarceramento. Através destas há a possibilidade de contrato com alguns dos presos que não possuem condições financeiras de arcar com o valor estipulado para concessão de liberdade. Funciona como um empréstimo bancário, cobrado em parcelas e com a incidência de juros. Referido setor tem um lucro de 2 bi (dois bilhões) ao ano. (James, Global Citizen, 2019).

⁷³ “(...) *can disrupt defendants’ lives, putting jobs at risk and increasing the pressure to accept unfavorable plea bargains*”. Tradução livre da autora.

extremamente deficitário de vagas” (Lopes Jr. 2019). O estado que vigora nas instituições penais nacionais é o de barbárie.

Aury Lopes ainda aduz que a economia aos cofres públicos advinda do fim dos longos procedimentos judiciais substituídos por acordos quase administrativos na esfera penal é ilusória. Ressalta que em longo prazo o impacto orçamentário da negociação penal é gigantesco “com a imprescindível construção e manutenção de novos presídios além da resolução do déficit [de vagas] já existente”.

3.3.3. Reincidência

Os efeitos colaterais de uma condenação criminal são inúmeros no sistema estadunidense, figurando entre eles o recebimento de uma certidão de antecedentes criminais⁷⁴, perda de direitos, como o direito ao voto, e de benefícios assistenciais como créditos estudantis, “*food stamps*” [espécie de vale alimentação] e “*public housing*” [moradia em habitação do governo].

Assim sendo, a reinserção do ex-detento e sua família na sociedade poderá ser muito difícil, assim como manter o status de liberdade provisória, [“*probation and parole*”], com o intuito de não ser reencarcerado. Para tanto podem ser requeridos o trabalho compulsório, a abstenção de cometer novos crimes e o pagamento de custos advindos da justiça criminal – inclusive o custo de aprisionamento.

No que se refere à benefícios de moradia, cujo subsídio é governamental, as agências americanas adotam políticas excludentes que negam elegibilidade para candidatos portadores de qualquer antecedente criminal (“deny eligibility to applicants even with the most minor criminal backgrounds”, Alexander, 2010, pg. 145).

Porém, mais grave ainda é o fato de que famílias cujos membros tenham cometido qualquer infração envolvendo drogas ou outra infração menor nas proximidades da habitação pública, podem também perder o benefício da moradia – o que leva à familiares abandonarem o ex-detendo, excluindo-o de seu convívio e não permitindo sua presença em casa. Como resultado, abrigos para os sem-teto são invadidos por recém libertos do sistema carcerário, que não são capazes de encontrar um lugar para morar após sua soltura (Ibidem).

⁷⁴ 65 milhões de Americanos possuem “criminal records”, Alexander, 2010, pg. 142.

A reinserção no mercado de trabalho também é difícil para um detentor de antecedentes criminais. Além da estigmatização e do preconceito, via de regra o ex-presidiário carece de habilidades requisitadas pelos empregadores, além da falta de educação formal em um mercado altamente competitivo – situação dificilmente contornada ante a impossibilidade de crédito estudantil através do governo em um país cujo sistema de ensino superior é pago.

Porém, mesmo quando tais obstáculos são ultrapassados, problemas logísticos envolvendo a distância entre a casa e o trabalho bem como o transporte, restrições quanto aos locais possíveis de trabalho pela “*parole board*” e baixos salários são novos embates a serem enfrentados pelo recém posto em liberdade. (Smith Jr. 2009)

Ante tal cenário a reincidência não parece uma opção distante para o ex-detento. Cabe ressaltar que, conforme já discutido, acusados reincidentes encontram-se em posição muito inferior durante a fase negocial, vez que há para estes perda de padrões processuais, o que leva à maior pressão para celebração de acordos [*guilty pleas*].

Em nosso sistema jurídico os índices de reincidência são também altíssimos, com uma taxa de 70% (setenta por cento) de ex-detentos que voltam a delinquir. Entre os reincidentes, a maioria possui entre dezoito e vinte e quatro anos, sendo o furto o crime mais representado, com mais de 50% (cinquenta por cento) de ocorrência entre essa população.

Profissionais com atuação no sistema carcerário (equipes de avaliação, programas de saúde, ressocialização, carcereiros, juízes de execução penal, entre outros) apontam algumas questões que contribuem para a dificuldade da reinserção social dos presos, razão apontada como um dos principais fatores da reincidência.

Afirma-se que presos, em sua maioria, tem um “histórico de vida de exclusão” anterior ao cárcere, sem o atendimento à direitos básicos. Além disso a falta de oportunidades educacionais e profissionais após o encarceramento também dificultam o processo de vida em liberdade. A desestrutura familiar ou situação de abandono por parte de pessoas queridas também é fator apontado como influenciador para o cometimento de novos crimes (BMNP 2.0, pg. 87).

Admite-se ainda que o vício em substância ilícitas é um dos principais motivos que leva o sujeito à reincidir. Além da necessidade do uso, em inúmeros casos tem-se no tráfico o único meio de subsistência do ex-detento.

“A motivação para reincidir, lamentavelmente, é o uso da droga. Eu entendo que o que está enchendo os presídios são essas pessoas que praticam roubos. Parece-me que já é mais de 80% da população carcerária. Hoje em dia quem comete roubos é por conta de drogas, para manter o vício. O viciado ou morre ou acaba voltando (Juiz de execução penal)”(Ibidem, pg. 90).

Por fim, há unanimidade quanto à dificuldade dos ex-presidiários em superar traumas e efeitos nefastos do cárcere. Porém, também é entendimento generalizado dos profissionais entrevistados que prevalece no sistema a função punitiva da pena, entendendo-se como papel da sociedade o de reeducação e ressocialização. Presos entrevistados têm a mesma percepção quanto à prevalência do castigo no sistema carcerário, culpando a estigmatização e a discriminação social pela dificuldade de ressocialização e a consequente reincidência em condutas delituosas.

Com base em tais informações coletadas pelo relatório, pode-se afirmar que a política criminal atual gera à sociedade, enquanto reflexos de sua prática, um sistema que se retroalimenta, sendo que para 70% (setenta por cento) dos que nele ingressam é muito difícil encontrar a saída, voltando, inevitavelmente, a cometer crimes e ao aprisionamento.

A ressocialização, uma das finalidades da pena, se comprova inatingível para a maioria dos internos e as condições carcerárias são apontadas como geradoras de traumas de difícil superação. Temos um sistema penitenciário ineficaz e medieval, que colabora com a reincidência, situação a ser agravada pelo alargamento da negociação penal e consequente maior número de condenações.

3.3.4. Erros judiciais

Conforme também analisado no Capítulo I, a defesa técnica ineficiente, a coação por parte da acusação, a subversão de princípios constitucionais e a ignorância quanto aos efeitos de uma condenação criminal, especialmente em casos envolvendo crimes menores, os quais não comportam pena de aprisionamento, levam pessoas inocentes à confessarem crimes que de fato não cometeram. De

acordo com o projeto “The Innocence Project” muitas das 360 condenações à morte revogadas através de testes de DNA envolviam falsas confissões⁷⁵.

Estima-se que 90% dos erros judiciais envolvendo crimes menores [misdemeanors] ocorreram devido à falsas confissões por parte do acusado. Aqui a prisão cautelar desempenharia um importante papel na obtenção da confissão do investigado, vez que entende-se “plausível a alegação de que a maior causa desses erros judiciais em crimes de menor potencial ofensivo é a perspectiva de longo período em prisão provisória por parte do acusado que não pode pagar fiança.” – vide nota de rodapé 27. (Gross, 2018, pg. 942, tradução livre da autora).

Além disso, são listados como motivos que fazem um inocente confessar tanto a intimidação e uso da força por policiais durante interrogatório, quanto a capacidade de raciocínio diminuída do acusado devido à exaustão, stress, fome ou ainda a situações de vulnerabilidade, em casos de jovens, ou de incapacidade mental – em caso de doentes. Está presente também entre os fatores que levam um inocente a confessar o medo de que a possível sentença recebida em caso de não confissão seja mais dura.

A cultura jurídico-penal vigente no país também tem grande impacto neste ponto. A busca por justiça foi substituída pela busca por condenações e a imprensa e a opinião pública têm ambas importante papel na construção da atuação da promotoria – até porque promotores são eleitos pela população naquele sistema.

Arquivar ou desprezar a acusação [*to drop the charges*] pode ser encarada enquanto uma afronta ao sistema de justiça, no sentido de que não cabe acreditar que a investigação policial possa apresentar erros e nem que exista algo como um suspeito inocente.

O racional acima pode ser exemplificado no caso envolvendo uma promotora responsável pela justiça crimina juvenil, Sonia Antolec, a qual foi vítima de pressões e perseguição do departamento em que trabalhava após arquivar um caso devido a erro grotesco nas investigações policiais.

No caso em questão o reconhecimento do acusado foi feito com os indivíduos enfileirados de costas para a vítima. Não era possível ver seus rostos, ou a parte da

⁷⁵ Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/false-confessions-recording-interrogations/>

frente de seus corpos. Após retaliações pelo arquivamento do caso a promotora pediu demissão⁷⁶.

No Brasil, confissões forçadas mediante prática de tortura também figuram entre as principais causas de erros judiciais. Juntamente à falsas confissões aponta-se para falsas acusações - que podem ser potencializadas através da negociação penal no intuito de receber benefícios por parte do Ministério Público. Falso reconhecimento do autor do crime, perícias deficientes e abusos por parte das forças de coerção estatais também geram erros judiciais no Brasil. (Rodas, 2018).

“A introdução da justiça penal negocial no ordenamento jurídico nacional, por meio da figura do “plea bargain”, é outro ponto que merece atenção. Ela é apontada nos Estados Unidos como um dos institutos propulsores do encarceramento em massa. Seus defensores esquecem que não há negociação possível num sistema penal inquisitório marcado pela assimetria de forças entre as partes e pelo racismo estrutural. Frente ao consórcio acusatório formado por policiais, promotores e juízes, terá um jovem pobre e negro - assistido por uma Defensoria Pública ainda carente de estrutura, quando existente - alguma opção além de assumir a culpa, mesmo que inocente?” (Comentários do IBCCrim ao projeto de lei Anticrime – IBCCRIM, 2019, pg. 50).

De acordo com a ex-Presidente do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro, um dos estados brasileiros que enfrenta graves crises de segurança pública, são raros os casos de reconhecimento do autor do crime que seguem as regras estipuladas no ordenamento pátrio. Como exemplo, cita-se a prática comum de colocar o acusado a ser reconhecido com as vestimentas e aspectos de pessoa presa, ao lado de funcionários bem arrumados, os quais trabalham em cartórios, prejudicando assim a credibilidade do reconhecimento do autor do crime. (Ibidem).

Destaca-se ainda a pressão exercida por policiais para que a testemunha reconheça o suposto autor do delito, além da ausência de práticas que coíbam o preconceito, como o racismo e o classismo.

Ademais, a prática de tortura ainda é muito presente em nosso sistema enquanto método de interrogatório, no intuito de colher confissões, além de outras condutas abusivas por parte dos agentes de persecução penal. Tais injustiças são potencializadas, como por exemplo no estado do Rio de Janeiro, onde a Súmula 70 do Tribunal de Justiça permite que, com apenas testemunhos de policiais enquanto meio de prova, haja condenação. (Ibidem)

⁷⁶ The Economist Magazine- The Kings of the Courtroom. Disponível em: <https://www.economist.com/united-states/2014/10/04/the-kings-of-the-courtroom>

TJRJ, Sumula 70: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

O sistema persecutório daquele estado faz uso em larga escala da prática chancelada pelo Tribunal de Justiça, conforme apontam os dados:

"Um estudo da Defensoria Pública fluminense mostrou que, em 53,79% das condenações por tráfico de drogas, a palavra dos policiais foi a única prova usada pelo juiz para fundamentar sua decisão. E em 71,14% eles foram as únicas testemunhas dos processos. E tanto o Núcleo de Estudos de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) quanto o juiz da Vara de Execução Penal de Manaus, Luís Carlos Valois, em sua tese de doutorado na mesma instituição, verificaram o percentual de 74% de autos de prisão em flagrante sem a palavra de testemunhas que não os policiais envolvidos." (Rodas, 2018).

Não é difícil constatar as contribuições do sistema de persecução penal no Brasil para a ocorrência de inúmeros erros judiciais em nosso sistema de justiça criminal. Vigem um procedimento pré-processual inquisitório, permeado de abusos e desrespeito à normas constitucionais e processuais, fazendo com que erros sejam comuns na condenação de sujeitos, fato que tende a ser agravado com o alargamento do escopo da justiça penal negociada.

Cabe aqui citar o entendimento de Vives Antón acerca da reivindicação do Estado Constitucional. A busca material pela segurança tem posto o conceito de liberdade individual em baixa e na visão do autor:

"El Derecho Penal, y me refiero tanto al derecho material como a la configuración del proceso, flaquea visiblemente en el desempeño de su función de Magna Charta: se ha puesto, a veces incondicionalmente, al servicio de otros dioses; y, con ello, ese paradigma de convivencia racionalmente organizada que, en Estados Unidos se llama *well ordered liberty* y, en la Europa continental, lo que se denominan hoy **"Estado social y democrático de Derecho"**, ocupa un altar cada vez menos visitado". (Antón, 2011, pg. 676). Grifo Nosso.

Dentro desse contexto, Vives diferencia liberdade civil – abrangendo restrições que o governo impões aos seus cidadãos em favor da coletividade – e liberdade constitucional, apontando esta como causa das restrições a que está submetido o governo quando quer justamente impor limites à liberdade individual. Permitir que a

liberdade constitucional seja violada no intuito de garantir a busca pela segurança material, significa afrouxar os freios ao poder punitivo do Estado, que passa a atuar de maneira ilimitada.

E a aceitação de tal realidade por parte da população ocorre, em primeiro lugar, pela falta de consciência de pertencimento, de compreender que um dia todos e qualquer um poderá ser vítima de abusos cometidos pelo Estado, que age sem restrições. Nas palavras de Vives, citando Günther: *“La gente está dispuesta a pagar con restricciones de libertad porque tiene motivos para la expectativa, siendo ‘ciudadanos buenos’, de no ser afectada.”* (Ibidem pg. 677).

Em segundo lugar, os desdobramentos de uma atuação estatal pouco limitada são raramente debatidos ou até mesmo desconhecidos pela população em geral, pela massa. Inclusive, as limitações ao poder de punir “criminosos” como resultado de liberdades constitucionais chegam até mesmo a ser impopulares perante referido público.

“La gente percibe al Estado como garante de la seguridad material y no tanto como amenaza de las libertades constitucionales. (...) (estas) representan un refinamiento cultural menos accesible a la mayoría, que sólo en situaciones muy críticas llega a apreciar en todo su valor.” (Ibidem pg. 678).

Uma sociedade não democrática, como brasileira, com ranços tanto escravagistas quanto ditatoriais, cujos princípios constitucionais são facilmente inobservados, serve de ambiente propício para perseguição e condenação de inocentes, processo este a ser facilitado através da negociação penal ampliada.

CONCLUSÃO

Comum discussão acerca do conceito de justiça nos Estados Unidos da América é a de se uma sociedade justa deveria promover a virtude para os seus cidadãos, conforme defende Aristóteles, ou a liberdade, conforme determinam os utilitaristas. (Sandel, 2013, pg. 17).

Com base no posicionamento do filósofo clássico que afirma que “justiça é dar as pessoas o que elas merecem” (Ibidem.), questiona-se quais virtudes seriam dignas de recompensa. Por outro lado, figura frequente o questionamento acerca do

posicionamento de utilitaristas como Kant, que afirmam que não há que se falar em virtude quando analisando princípios de justiça. “Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa.”(Ibidem).

Assim, pode-se afirmar que o conceito de justiça norte-americano tem seus fundamentos no utilitarismo, caracterizado pela busca da maior felicidade para o maior número de pessoas possível. Sendo uma sociedade liberal, de mercado, o debate moderno gira em torno de “como promover a prosperidade, melhorar nosso padrão de vida, ou impulsionar o crescimento econômico (...) porque achamos que a prosperidade nos torna mais felizes do que seríamos sem ela.”. (Ibidem, pg. 28). Há um grande foco da justiça enquanto significação de respeito a liberdade e aos direitos individuais.

Todavia é possível observar que a busca pela liberdade individual não necessariamente representa a busca pela igualdade dentro da lógica utilitarista, conforme se abstrai da análise da supercriminalização de condutas, clara restrição as liberdades dos sujeitos. Demais práticas no que se refere às políticas de segurança pública no país fazem questionar quais liberdades, ou as liberdades de quem, servem como força motriz do sistema de justiça.

Com a maior população carcerária mundial, continua apostando na guerra contra as drogas, na dureza contra o crime, com penas mais altas para reincidentes – chegando-se a pena perpétua na política do “*three strikes*” e redução de garantias processuais penais e com a expansão generalizada de uma (in)justiça penal negociada.

O sistema capitalista característico da economia no país encontrou um campo fértil inclusive no sistema carcerário, com a prática de presídios privatizados, a qual gera lucros estratosféricos para empresas investidoras nesse serviço, à um alto custo para os presos, a sociedade, o sistema de justiça e a democracia.

O Brasil encontra-se, no que tange a política criminal, atualmente com o cabo de guerra pendendo para o lado norte-americano. Modernamente as influências daquele país sobre nosso sistema de justiça têm ganhado relevo, com a importação, ou a pretensão de importação de institutos jurídicos, como o *plea bargaining*, propostas para diminuição da maioria penal e a supercriminalização de condutas e agravamento de penas já existentes.

A questão que abre essa pesquisa se refere à possibilidade e adequação de importação do *plea bargaining* ao sistema de direito brasileiro considerando, no que tange à primeira indagação sua característica inquisitória e demais peculiaridades referentes à atuação do Ministério Público. Já no que se refere à adequação da negociação alargada ao sistema de justiça criminal pátrio, discute-se sua compatibilidade com preceitos constitucionais e garantias individuais em uma sociedade democrática de direito.

A conclusão a que se chega é a de que, com respeito à diferença sistêmica, não ser compatível o instituto de justiça negocial alargada, nos moldes norte-americanos, com o sistema de direito brasileiro.

Em primeiro lugar porque possuímos no Brasil uma fase pré-processual penal de cunho inquisitório, em que a atuação dos agentes da lei na repressão do crime ocorre de maneira arbitrária, através de práticas seletivas, ou seja, preconceituosas, com desrespeito à regras processuais e inclusive com prática de tortura e abusos para a colheita de confissões por parte de acusados.

Sendo a negociação realizada, via de regra, antes do oferecimento da denúncia, justamente na fase inquisitorial do processo, entende-se que a mesma será eivada de acordos irregulares, cuja voluntariedade do agente será profundamente questionável.

Conforme discutido, nem mesmo a figura de um juiz imparcial para homologação do acordo, visando garantir sua legalidade e voluntariedade foi suficiente para conter abusos e falsas confissões no país de origem do *ple bargaining*.

Ademais, um processo acusatório em todas suas fases, como o estadunidense, também não garante a voluntariedade e legalidade dos acordos, haja vista ser a acusação a parte detentora do poder de barganha, com ampla possibilidade de negociação e coação do acusado, inexistindo paridade de armas entre as partes, e consequentemente não podendo se falar em consenso.

Além da incompatibilidade sistêmica, há também incompatibilidade normativa, a qual impede a importação da negociação penal. O sistema brasileiro, ao contrário do norte-americano, prevê a indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal por parte do ministério público na grande maioria dos casos. As exceções à regra surgiram com os procedimento do Juizado Especial Criminal, passando pelos acordos de delação premiada, ampliando-se através dos acordos de não persecução penal. Atualmente, tais exceções caminham, ilegalmente, para que se tornem a regra.

Além da disponibilidade e conveniência da ação penal, a acusação nos Estados Unidos tem suas atividades vinculadas à regras que visam oferecer limites à sua atuação, como por exemplo a exigência de que sejam compartilhadas provas exculpatórias através da *Brady Rule*. Não há nada similar em nosso sistema, pelo contrário, como já exposto.

Assim sendo, no que diz respeito à compatibilidade sistêmica e normativa, o alargamento dos espaços de consenso na esfera penal não se mostram viáveis com o atual sistema de direito brasileiro. Todavia, referida incompatibilidade não figura enquanto único obstáculo à importação do *plea bargaining*.

Em um Estado democrático de direito, em que a busca primeira é pela produção e reprodução da vida através do poder delegado obediencial, com respeito à princípios e direitos individuais historicamente desenvolvidos, a espécie de negociação em tela é absolutamente reprovável.

Brilantemente caracterizada por Matt Taibbi enquanto prática extrademocrática de subversão de princípios constitucionais para justificar a administralização da condenação penal – como o princípio da duração razoável do processo – a negociação penal apresenta características coativas, com a utilização inclusive de prisão enquanto ferramenta de convencimento do acusado quanto à confissão (Taibbi, 2014). Lembrando ser a prisão medida extrema no direito penal, cuja aplicação na fase processual existe de maneira muitas vezes irregular e em número excessivo, para não dizer ultrajante, de casos.

Outra característica do *plea bargaining*, resultante da prática abusiva de agentes responsáveis pela persecução penal, é o grande índice de falsas confissões de culpa, acarretando em um sistema de injustiça criminal. O grande aumento da população carcerária advinda da instauração de negociação penal na sua forma alargada é também característica do sistema, o que coloca em cheque seu objetivo de redução de custos da administração da justiça com a supressão da fase processual penal. A expansão da esfera consensual penal contribui com a facilitação de condenações, muitas vezes irregulares.

A prática ainda demonstra contribuir para os altos índices de reincidência no seu país de origem, especialmente com a política de super criminalização de condutas, incluídos aqui crimes de menor potencial ofensivo, que funcionam enquanto verdadeira rede de captação de clientes preferenciais do sistema.

Assim sendo, a importação do *plea bargaining*, bem como de modelos negociais semelhantes, pelo sistema de direito brasileiro além de incompatível é inadequado, enquanto um sistema pautado em valores de justiça e democracia.

Não obstante a isso, a expansão da esfera consensual penal no sistema pátrio é uma realidade, cuja tendência é continuar acontecendo, sendo ampliada ante a facilidade na obtenção de condenações trazida, o que parece ser o objetivo primeiro do atual sistema de justiça criminal, guiado por um poder fetichizado. Caberá às minorias afetadas e não atendidas em seus direitos, reivindicar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACLU, 2020, New Model Shows Reducing Jail Population will Lower COVID-19 Death Toll for All of Us. Disponível em: <https://www.aclu.org/news/smart-justice/new-model-shows-reducing-jail-population-will-lower-covid-19-death-toll-for-all-of-us/>, acesso em: 10/03/2020.

ALEXANDER, Michelle. The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. The New Press, New York: 2010.

ALSCHULER, W, Albert. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. " University of Chicago Law Review: 1968, Vol. 36 : Iss. 1 , Article 3. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>

ANTÓN, Tomas S. Vives. Fundamentos Del Sistema Penal. Acción Significativa Y Derechos Constitucionales. 2a Ed., Valência, 2011, Tirant le Blanch.

BACH, Marion. CHEMIM, Rodrigo. LUCCHESI, Guilherme Brenner. Podcast Salvo Melhor Juízo #79 **Pacote Anticrime**, 2019, disponível em <https://soundcloud.com/salvo-melhor-ju-za/smj-79-pacote-anticrime>. Acesso em: 19/03/2020.

BERGMAN, Paul. GOODMAN, Patrick. HOLM, Thomas. Cracking the Case Method: Legal Analysis for Law School Success. Vandeplas Publishing; Annotated edition, 2012.

BERNIK, Evan. LARKIN Jr. The Heritage Foundation, Reconsidering Mandatory Minimum Sentences: The Arguments for and Against Potential Reforms (Feb. 10, 2014)

BETIM, Felipe. O escândalo de tortura no Pará que Bolsonaro e Moro consideram “besteira” e “mal-entendido”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/08/politica/1570570500_263393.html acesso em 30 de março de 2020.

BISHARAT, George E. The Plea Bargain Machine. DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 7- no 3 - JUL/AGO/SET 2014 - pp. 767-795. Disponível em: <https://revistas.ufjf.br/index.php/dilemas/article/download/7242/5824>, acesso em 10 de abril de 2020.

BNMP 2.0. Banco de Monitoramento de Prisões pelo Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

<content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>, acesso em 15 de abril de 2020.

CALLEGARI, André Luis. LINHARES, Raul. A colaboração premiada após a lei "anticrime". 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/opiniao-colaboracao-premiada-lei-anticrime>, acesso em 20 de abril de 2020.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>, acesso em 30 de março de 2020.

CASTRO, Alberto Siqueira. **Análise do Projeto da Lei Anticrime** – OAB Nacional 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em: 07/05/2020.

CHIN, Gabriel. HOLMES Jr. Richard. Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas, 87 Cornell L. Rev. 697 (2002)

COLGAN, Beth. Seminário de Justiça Penal Negociada – Plea Bargaining, na Universidade da Califórnia – UCLA, primeiro semestre de 2015.

_____. Seminário de Processo Penal Constitucional na Universidade da Califórnia – UCLA, segundo semestre de 2014. Constitutional Criminal Procedure (Law 202).

COUTINHO, Jacinto de Miranda. Palestra ao vivo (live) em rede social (Instagram) da editora Tirant Lo Blanch, realizada em 13 de abril de 2020, às 19:00h.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. IBCrim, boletim 317, Abril/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6311-Plea-bargaining-no-projeto-anticrime-cronica-de-um-desastreaunciado%20jacinto.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"? Imprensa: Coimbra, Almedina, 2011. ISBN: 9789899606715. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2011;000960322>, acesso em 30/03/2020.

DUSSEL, Enrique. 20 Teses Sobre Política. São Paulo: Expressão Popular, 1ª ed. 2003.

DIETER, Maurício Stegemann. Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

DOBBIE, Will, Jacob GOLDING, and Crystal S. YANG. 2018. "The Effects of Pretrial Detention on Conviction, Future Crime, and Employment: Evidence from Randomly Assigned Judges." *American Economic Review*, 108 (2): 201-40. DOI: 10.1257/aer.20161503.

DOLOVICH, Sharon. Seminário de Direito Penal na Universidade da Califórnia – UCLA, segundo semestre de 2014.

_____. Seminário de Direito Penal Pós-Condênatório na Universidade da Califórnia – UCLA, segundo semestre de 2014. Topics in Post-Conviction Law & Policy (LAW 629-SEM 1).

Equal Justice Initiative. 2020. Prison Conditions. Disponível em: <https://eji.org/issues/prison-conditions/>, acesso em 25 de abril de 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O SISTEMA DE JUSTIÇA NEGOCIADA EM MATÉRIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA. Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v.4 | n.1 | p. 279 - 297 | jan./jun. 2018. Disponível em: [file:///Users/kauanakalache/Downloads/5919-Texto%20do%20artigo-19758-1-10-20180727%20\(1\).pdf](file:///Users/kauanakalache/Downloads/5919-Texto%20do%20artigo-19758-1-10-20180727%20(1).pdf) acesso em: 17/04/2020.

FARIAS, Victor. “e col.”. MPF diz que presidiários estão sofrendo torturas generalizadas no Pará. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/mpf-diz-que-presidarios->. Acesso em: 10/05/2020.

FBI, 2018. Crime in the United States. <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2018/crime-in-the-u.s.-2018/topic-pages/tables/table-29>, acesso em: 10/04/2020.

FERNANDES, Augusto. “e col.”. Desde 2017, 259 presos foram mortos em rebeliões e conflitos em todo o país. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/30/interna-brasil,774493/desde-2017-259-presos-foram-mortos-em-rebelioes-e-conflitos-no-pais.shtml> acesso em 30 de março de 2020.

FISHER, George. PLEA BARGAINING'S TRIUMPH, 2000, 109 Yale L.J. 857. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=ylij>

GARNER, Bryan A. The Black's Law Dictionary. **Editora:** Claitor's Pub Division; Edição: 5, 2011.

GOFFMAN, Alice. On the run. Fugitive Life in an American City. The University of Chicago Press. Chicago: 2014.

GOMES, Conceição. LOPES, José Mouraz. As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e a resposta à criminalidade. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 22-32, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/6631/4836>, acesso em 02 de maio de 2020.

GROSS, Samuel. Frequency and Predictors of False Conviction: Why We Know So Little, and New Data on Capital Cases, 5 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 927, (2010).

GIVISIEZ, Fernanda M. Sistema prisional: uma tragédia anunciada. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/sistema-prisional-uma-tragedia-anunciada/> acesso em 30 de março de 2020.

JAMES, Karla. How the Bail Bond Industry Became a \$2 Billion Business. Gobar Citizen, 2019. Disponível em: <https://www.globalcitizen.org/en/content/bail-bond-industry-2-billion-poverty/> acesso em: 08/05/2020.

KALACHE, Kauana Vieira da Rosa. SOUZA, André Peixoto de. PLEA BARGAINING: UMA QUESTÃO DE (I)LEGALIDADE E (IN)VOLUNTARIEDADE.

KLEIN, Richard. DUE PROCESS DENIED: JUDICIAL COERCION IN THE PLEA BARGAINING PROCESS Hofstra Law Review. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol32/iss4/14/>.

LOPES Jr., Aury. MORAIS DA ROSA, Alexandre. Delação Premiada no Limite: a controvertida Justiça Negocial made in Brazil. Editora EMais, 2018.

LOPES JR., Aury e JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>, acesso em 30 de abril de 2020.

LOPES Jr., Aury. Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>, acesso em 20 de março de 2020.

MEDWED, Daniel S. Brady's Bunch of Flaws. Washington and Lee University School of Law, 2010, disponível em <http://law2.wlu.edu/deptimages/Law%20Review/67-4Medwed.pdf>.

NATAPOFF, Alexandra, Misdemeanors (February 24, 2012). 85 Southern California Law Review 101 (2012); Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2012-08. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2010826>

OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. e MICHELOTTO, Mariana N. Acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>, acesso em: 12/05/2020.

PETEGORSKY. Michael Nasser. *Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Evidence During Plea Bargaining*, 81 FORDHAM L. REV. 3599 (2013): §§ II.B-C. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4913&context=fri> Acesso em 25/03/2020.

RAKKOF. Jed, S. Why Innocent People Plead Guilty. 2014, The New York Review of Books. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>. Acesso em: 21/03/2020.

ROBINSON, Paul H. DUBBER, Markus D., "The American Model Penal Code: A Brief Overview" (2007). Faculty Scholarship at Penn Law. 131. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/131, acesso em: 21/03/2020.

RODAS, Sérgio. Criminalistas analisam principais causas de erros judiciais e suas consequências. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>, acesso em: 10/04/2020.

SANDEL, Michael, J. Justiça: o que é fazer a coisa certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; Edição: 10ª

SANTOS. Juarez Cirino dos. **Análise do Projeto da Lei Anticrime** – OAB Nacional, pg. 54. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em: 07/05/2020.

SMITH Jr., McGregor. From Arrest to Reintegration, 2009. Disponível em: <https://www.bronxdefenders.org/from-arrest-to-reintegration-a-model-for-mitigating-collateral-consequences-of-criminal-proceedings/> , acesso em: 23/03/2020.

STRECK, Lenio. Análise do Projeto da Lei Anticrime – OAB Nacional, pg. 57. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-rejeita-pontos-projeto-anticrime.pdf>. Acesso em: 07/05/2020.

TAIBBI; Matt. The divide: American injustice in the age of the wealth gap. Spiegel & Grau; First Edition edition, New York: 2014.

TAXMAN, Taxman, Probation, Intermediate Sanctions, and Community-Based Correction, OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS (Joan Petersilia and Kevin R. Reitz, eds., 2012)

WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Tradução: André Telles, tradução da introdução à segunda edição e do prefácio: Maria Luiza X. de A. Borges. Segunda Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WANG, Tina. THE UNNECESSARY EVIL OF PLEA BARGAINING: AN UNCONSTITUTIONAL CONDITIONS PROBLEM AND A NOT-SO-LEAST RESTRICTIVE ALTERNATIVE. REVIEW OF LAW AND SOCIAL JUSTICE [Vol.17:1]. Disponível em: https://weblaw.usc.edu/students/journals/rlsj/issues/assets/docs/issue_17/07_Wan_Macro.pdf

WONZOWICZ, Pavel. Evidence: A Context and Practice Casebook. Carolina Academic Press; Second Edition edition, 2017.