

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**BÁRBARA REIS MARTINEZ**

**A RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL PUNITIVISTA ATRAVÉS DOS  
INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: uma análise sobre a  
experiência norte-americana**

**Juiz de Fora  
2020**

**BÁRBARA REIS MARTINEZ**

**A RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL PUNITIVISTA ATRAVÉS DOS  
INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: uma análise sobre a  
experiência norte-americana**

Monografia apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de  
Fora, como requisito parcial para  
obtenção do grau de Bacharel. Na  
área de concentração Direito sob  
orientação do Prof. Thiago  
Almeida de Oliveira.

**Juiz de Fora  
2020**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**BÁRBARA REIS MARTINEZ**

## **A RELEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL PUNITIVISTA ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: uma análise sobre a experiência norte-americana**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovada em: Juiz de Fora, 12 de março de 2021

---

Orientador: Prof. Me. Thiago Almeida de Oliveira  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Leandro Oliveira Silva  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Profª. Dra. Leticia Delgado  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Dedico este trabalho às minhas incansáveis amigas, Andressa, Ana Cecília e Alice; ao meu namorado e paciente companheiro, Vitor; e à minha extraordinária mãe, Geni, que me ofereceram uma inacreditável rede de apoio e carinho durante os momentos em que mais precisei e, sem os quais, este trabalho jamais teria se tornado realidade.

Agradeço ao meu professor-orientador por ter me inspirado e ajudado a construir este trabalho.

“Entre o forte e o fraco, é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”  
Lacordaire

## RESUMO

### **A relegitimação do sistema penal punitivista através dos instrumentos de justiça penal negociada: uma análise sobre a experiência norte-americana**

**Resumo:** Neste presente trabalho, nos propomos a analisar as origens e os possíveis problemas da prática do *plea bargaining* na experiência jurídica norte-americana. Para tanto, nos utilizamos, principalmente, da doutrina crítica norte-americana e brasileira. A partir desta análise, objetivamos precisar se a aplicação dos institutos de justiça penal negociada no Brasil possui fundamento legítimo, dentro de um Estado Democrático de Direito, ou apenas representa mais uma forma de perpetuação da lógica criminal punitivista.

**Palavras-chave:** *Plea Bargaining*. Justiça Penal Negociada. Barganha. Punitivismo.

## **ABSTRACT**

### **The re-legitimation of a punitivist criminal system through plea bargaining: a study upon the american experience**

**Abstract:** In this present work, we propose to analyze the beginnings and the possible problems of the practice of plea bargaining, based on the american judicial experience. To do so, we were aided by the works of american and brazilian critical doctrines. Our goal, through this analysis, is to precise wether the practice of plea bargaining in Brazil has any legitimate fundaments, within a Democratic State of Law, or just represents another form of perpetuating the logic of criminal punitivism.

**Keywords:** Plea Bargain. Punitivism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. RAÍZES INQUISITÓRIAS: O <i>PLEA BARGAIN</i> E A LEI DE TORTURA MEDIEVAL.....	15
2. O PODER DO ACUSADOR: VISÕES DA PRÁTICA ESTADUNIDENSE.....	22
2.1. O poder de discricionariedade.....	22
2.2. A influência da mídia.....	28
3. A COERÇÃO PELA DESINFORMAÇÃO E PELA AMEAÇA DO ENCARCERAMENTO.....	33
4. A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA SOBRECARGA OU APENAS MAIS UMA FERRAMENTA RELEGITIMADORA DE SUAS CAUSAS?.....	41
CONCLUSÃO.....	47
FONTES E BIBLIOGRAFIA.....	50

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da lei 13. 964/19 (o “Pacote Anticrime”) no início do ano de 2020, fora introduzido ao nosso ordenamento – além de outras numerosas mudanças no Código de Processo Penal e em outras leis – uma nova, e mais abrangente, ferramenta de justiça penal negociada: o acordo de não-persecução penal (art. 28-A, CPP). Com tais recentes mudanças, seja pela introdução de novos modelos, ou pelo fortalecimento dos já implementados, é notável que o ordenamento brasileiro segue na mesma tendência internacional no que diz respeito à aplicação dos institutos de justiça consensual no âmbito criminal. Esta inegável tendência, no entanto, levanta importantes questões a respeito de sua legitimidade e pertinência em contexto nacional, sobretudo se avaliados os valores e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Isto se dá, essencialmente, porque o instituto da justiça penal negociada baseia-se em um modelo largamente implementado no ordenamento norte-americano, o *plea bargain* (negócio jurídico penal), cujas práticas possuem duvidosa efetividade e são alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina estadunidense. Além disso, a própria natureza dos acordos em âmbito penal possui uma aparente incompatibilidade com os parâmetros garantistas e democráticos da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal, entre inúmeros outros.

Tal constatação deriva da própria conceituação do instituto, que consiste em um instrumento processual de acordo a ser realizado entre acusador e acusado, o qual resultará na renúncia da defesa por parte do acusado, através do reconhecimento de sua culpabilidade, dado pela confissão do ato criminoso ou de sua colaboração com a acusação. Esta renúncia levará, fundamentalmente, à imposição de uma punição antecipada, sem que para tanto sejam realizados os procedimentos do devido processo legal, e será dada em troca da esperança de um tratamento mais leniente e da concessão de benefícios, como a redução de pena, por parte do órgão acusatório.<sup>1</sup> Conforme a análise de **John H. Langbein**, o *plea bargaining* é um procedimento que subverte o modelo constitucional americano, pois faz com que o acusado abra mão de sua salvaguarda máxima da defesa e da possibilidade de aferição de culpabilidade somente para além da dúvida razoável, a ser determinada em julgamento. A aplicação do instituto, contudo, é fortemente endossada pela Corte Superior estadunidense, em nome de sua eficiência. Além disso, trata-se de um procedimento fortemente marcado pelo

---

<sup>1</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 68.

controle unilateral do acusador, ator processual que será detentor do poder de determinar os termos do acordo e da pena a ser aplicada ao acusado.

Apesar disso, a tendência à implementação do instituto cresce exponencialmente em âmbito internacional, sustentada pelo argumento de sua eficiência, economia e inegável celeridade trazida ao sistema judiciário, extremamente prejudicado pelo aumento descontrolado de processos e a superlotação de sistemas prisionais, demonstrando um grave problema de desempenho e competência para lidar com todos os problemas enfrentados no âmbito criminal. Tal tendência é especialmente sentida no contexto brasileiro.

Por isso, neste trabalho objetivamos realizar um estudo sobre as principais perspectivas críticas norte-americanas sobre o *plea bargain*, pois que de grande relevância e utilidade para a percepção da realidade que se utiliza da ferramenta como um dos principais pilares de seu sistema judiciário. A partir deste estudo, que certamente não exaurirá o mérito, pretendemos descobrir se a implementação dos instrumentos processuais da justiça consensual em âmbito penal possui compatibilidade com o modelo processual acusatório e com os interesses do Estado Democrático de Direito. Para tanto, primeiro investigaremos as raízes do instituto, suas influências e heranças procedimentais, seguida por uma análise mais precisa das experiências (e possíveis problemas) estadunidenses e do papel dos acusadores na formulação dos acordos, para, ao fim, abordarmos a questão da sobrecarga do sistema penal e finalmente atestarmos se o *plea bargain* realmente representa um meio legítimo e hábil a solucionar os atuais problemas enfrentados pelo sistema judiciário, ou se se trata apenas de mais uma ferramenta relegitimadora de uma lógica penal punitivista e enviesada.

## 1. RAÍZES INQUISITÓRIAS: O *PLEA BARGAIN* E A LEI DE TORTURA MEDIEVAL

Em 1978, John H. Langbein, então membro da *Yale Law School*, iniciou um estudo improvável sobre o instituto estadunidense do *plea bargain*, no qual desenvolve uma análise paralela entre as características deste e da lei de tortura, instituída através do sistema probatório medieval. Sua análise pormenorizou, já àquele tempo, todos os problemas implícitos ao instituto que o tornam incompatível com as visões modernas de pena e do sistema processual acusatório. Com as evidentes semelhanças entre os institutos, Langbein abre os olhos para as raízes inquisitivas do *plea bargain* e consubstancia os seus principais problemas inerentes, herdados de um sistema processual inquisitivo e que ainda respira dentre os modelos de justiça criminal negocial atuais.

A lei de tortura surgiu no contexto da Europa medieval, como uma forma de regular e solucionar problemas inerentes a um novo sistema de prova no âmbito judicial que nasceu das cinzas de um sistema de julgamento de viés canônico e amplamente praticado por todo o continente. Se, no sistema anterior, a prática das ordálias servia como uma forma de testamento do acusado perante o julgamento do próprio Deus – portanto, perfeito – com o surgimento de novos sistemas racionais de prova através do Direito Romano, estendia-se o dever mínimo de alcançar os mesmos níveis de certeza, porém, dessa vez, através de um novo sistema probatório objetivo e inquestionável.<sup>2</sup>

Sem surpresa, tal sistema logo apresentaria seus problemas práticos, seja pela falibilidade da figura dos julgadores, que deveriam substituir a infável posição de “Deus”, seja pelo inalcançável nível de escrutínio para a produção de provas capazes a gerar a condenação de um acusado – segundo este sistema, somente poderia ser condenado aquele que tivesse cometido crime na presença de duas testemunhas oculares, sendo irrelevante à condenação a mera coleta de evidências circunstanciais, consideradas subjetivas e incapazes de gerar certeza aos níveis divinos esperados. Assim, as chances de condenação tornaram-se exponencialmente menores e os critérios formais de salvaguarda efetivamente impraticáveis.

Contudo, todo o sistema objetivo de provas poderia ser dispensado para condenação se o acusado voluntariamente confessasse o cometimento da ofensa. É desta pequena regra, inegável herança do Direito Canônico e da sua superavaliação da confissão dos pecados como

---

<sup>2</sup> LANGBEIN, 1978, p. 4.

meio de alcance da verdade e da salvação pela misericórdia divina<sup>3</sup> – e que, mais tarde, tornaria a confissão a “rainha das provas” dentro do sistema inquisitivo –, é que o exercício jurisdicional criminal medieval encontrou uma saída para tornar-se mais praticável, ainda dentro dos critérios rígidos de salvaguarda impostos pela lei das provas.

Logo, a confissão tornou-se a forma mais eficiente de alcançar a condenação dos acusados de crimes mais graves e, para tanto, a lei de tortura passou a exercer um papel central para a implementação daquele sistema jurisdicional, já que apresentava um caminho mais promissor para o alcance da verdade através da coerção de acusados que já eram considerados como “prováveis culpados”, sob o juízo da *rule of probable cause* (“causa provável”). Este é o marco do nascimento da percepção do processo como um meio de obtenção da “verdade real”, guiado por uma racionalidade – em contraposição à antiga implementação das ordálias – que justifica o renascimento de torturas e tormentos para a extração dos fatos do acusado e subsequente estabelecimento de penitências.<sup>4</sup>

Ressalte-se que, sob o prisma desse sistema, porém, a tortura não era entendida como um meio vicioso de obtenção probatória, mas partia da compreensão de que se tratava de um meio para obter a verdade em sua forma mais genuína, visto que sob a força da coerção, o acusado seria compelido a compartilhar informações que, se fosse inocente, jamais saberia. Evidentemente, tais visões não consideravam tanto os riscos inerentes ao vício da vontade pessoal do acusador, ao determinar o acusado como “provável culpado” e portanto merecedor subjacente dos interesses persecutórios da verdade sob esta forma, quanto os interesses do próprio acusado por sua preservação física e moral, que tornavam, naturalmente, preferível a confissão e aceitação das consequências legais de um crime não cometido, do que suportar os danos aos quais fora sujeito antes mesmo de sua condenação. Além do mais, a lógica também falhava em compreender que, porque um sujeito possui conhecimento sobre um potencial crime cometido, não necessariamente significaria a sua participação na conduta criminosa em si.<sup>5</sup>

Em suma, apesar de formar um sistema extremamente falho e vicioso, obcecado pelo comprometimento de um exercício jurisdicional centralizado na busca pela verdade como forma de aproximação da máxima do perfeccionismo divino, a lei de tortura tornou-se um útil subterfúgio para contornar um sistema objetivo de salvaguarda tão rígido que se tornara inalcançável. E, por essa razão, foi amplamente implementada dentro do exercício

---

<sup>3</sup> Cãnon 989: “Todo fiel, depois de ter chegado à idade da discricção, é obrigado a confessar fielmente seus pecados graves, pelo menos uma vez por ano”

<sup>4</sup> PRADO, 2001, p. 98-99.

<sup>5</sup> LANGBEIN, 1978, p. 7.

jurisdicional, durante séculos, que consolidaram a sua inevitável presença na memória latente de todo o Direito Ocidental moderno.

É justamente sob essa importante constatação que a análise de **Langbein** parte para a inevitável conexão entre os valores que ditavam a antiga lei medieval e os preceitos basilares de toda a prática do *plea bargain* no direito estadunidense que, por sua vez, serve de modelo ao nosso sistema de justiça penal negociada.

A primeira grande conexão é, evidentemente, a centralização da figura da confissão em ambos procedimentos, resgatando seu *status* de “rainha das provas” no processo. Com a ressalva de que no negócio jurídico processual penal o que se coleta é a própria inexistência de um processo, a forte valorização da confissão tem seu inegável enraizamento nos sistemas processuais inquisitórios da idade média e, portanto, carrega consigo também os mesmos problemas no que tange à questionável efetividade e confiabilidade do depoimento confessional. Em adendo, há de se mencionar que, no Brasil, o próprio Código de Processo Penal veda expressamente que a confissão seja considerada isoladamente como evidência suficiente à condenação<sup>6</sup>, pela justa aferição de que seu nível de confiabilidade não se sobrepõe aos outros elementos probatórios e, por essa exata razão, inadmite um sistema de provas tarifado. Contudo, a despeito de tais ponderações trazidas pelos sistemas processuais acusatórios modernos acerca do nível de falibilidade da confissão enquanto elemento de prova suficiente para a atribuição da verossimilhança à acusação, aqui se encontra um instituto inteiramente baseado nestes elementos.

**Langbein** observa ainda que, assim como ocorrera na aplicação da lei de tortura medieval, todo o sistema de *plea bargain* também surge através de um juízo de probabilidade feito por parte do acusador sobre o acusado. Nesse diapasão, o acusador que oferece o *plea bargain* também se utiliza da *rule of probable cause* para escolher os acusados que, teoricamente, teriam maior probabilidade de serem culpados da ofensa ou se encontrariam em situação defensável mais propensa à desvantagem e, assim, aproveita-se da possível vulnerabilidade do caso para oferecer uma “saída” recompensatória pela confissão do ato. Em outras palavras, assim como na lei de tortura medieval, o acusador formula um juízo de valor sobre o caso, compreendendo a *probabilidade* como certeza de culpa e, ao identificar as fraquezas do caso do acusado, usa-as em sua vantagem no momento da formulação do acordo,

---

<sup>6</sup> Art. 197, CPP: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

mediante o qual o acusado se vê inclinado a abrir mão de seu direito ao devido processo legal, pelo temor da provável condenação. Ou, segundo o autor:

Nós coagimos os acusados, contra quem encontramos uma causa provável, a confessar sua culpa. Nos certificamos de utilizar meios mais polidos; não usamos instrumentos de tortura [...]. Porém, assim como os europeus de séculos distantes que se utilizavam de aparelhos de tortura, nós fazemos com que seja extremamente custoso ao acusado alegar seu direito constitucional a um julgamento [...]. Há, é claro, uma diferença entre ter suas costelas esmagadas, caso você se recuse a confessar, e ser submetido ao sofrimento de anos extras de aprisionamento, mas a diferença é de grau, não espécie. *Plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitiva. (LANGBEIN, 1979, p. 12, tradução nossa<sup>7</sup>)

Podemos falar, ainda, que essa relação de vantagem e de íntima convicção do acusador que guia a perseguição da parte acusada, e forma sobre ele uma força coercitiva, descaracteriza por completo as garantias a ele estendidas através da devida implementação do processo penal. Não por outra razão, o ordenamento jurídico brasileiro confere imensa importância ao princípio da necessidade, que nasce justamente da imprescindibilidade de que, para que a mão punitiva estatal possa intervir, seja antes proporcionado o devido caminho processual que assegurará ao acusado a possibilidade de se defender e, assim, desconstruir a posição de desvantagem perante aquele que detém o poder de acusá-lo. Essa garantia também caminha conjuntamente com a própria evolução da noção de pena, que não pode ser entendida como meio inquisitório para a realização de vingança, mas sim do exercício punitivo de um poder organizado, institucionalizado e publicizado, e que, portanto, não pode e nem deve estabelecer parâmetros injustos e ilimitados de perseguição penal, incompatíveis com o próprio modelo democrático de direito.<sup>8</sup>

Nesse sentido, **Langbein** dá ênfase à inutilidade dos sistemas internos de supervisão e das tentativas de legitimar a validade de tal acordo ao fazer com que o juízo se certifique de que a sua formulação tenha sido realizada sob a absoluta garantia de voluntariedade da parte acusada em aceitá-lo. Isso porque, assim como assevera, *o próprio acordo já é a fonte de coerção e incorpora em si a condição de involuntariedade do instituto*. Manifestamente, a configuração deste estado coercitivo que guia a concretização do acordo vem do temor do acusado em se sujeitar aos poderes acusatórios, caso não aceite o acordo, e de se ver submetido às falhas do sistema criminal e, conseqüentemente, às condições sub-humanas do

<sup>7</sup> We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to smash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial [...] There is, of course, a difference between having your limbs crushed if you refuse to confess, or suffering some extra years of imprisonment if you refuse to confess, but the difference is of degree, not kind. *Plea bargaining*, like torture, is coercive.

<sup>8</sup> LOPES JR., 2020, p. 43-44.

sistema carcerário – ênfase que pode ser dada, especialmente, no caso do sistema carcerário brasileiro e de seu estado de coisas inconstitucional, do que falaremos mais aprofundadamente adiante. Segundo ele:

[...] se um inocente confessa sua culpabilidade, ele deve estar, necessariamente, calculando que haja uma probabilidade significativa de que seu julgamento falhará em reconhecê-lo como inocente, apesar de todas as salvaguardas desenvolvidas para prevenir tais erros. Se julgamentos fossem perfeitamente corretos, *plea bargaining* seria perfeitamente correto, já que nenhuma pessoa inocente teria incentivo para se auto incriminar. (LANGBEIN, 1979, p. 14, tradução nossa<sup>9</sup>)

Ademais, pontuemos também, em paralelo com a lei de tortura, o fato de que o procedimento do *plea bargaining* é, de muitas maneiras, uma forma conveniente de dirimir o conflito *para os atores alheios a ele*, ou seja, ao acusador, ao juiz, à polícia e, até mesmo, ao defensor. É indiscutível que, ao abrir mão de sua garantia ao devido processo, o acusado proporciona uma harmoniosa situação aos atores envolvidos no processo, que passam a não mais necessitar do dispêndio de tempo, custas e trabalho para concretizar os atos, sejam da acusação, do julgador ou da defesa, na árdua e extenuante tarefa de cumprir e respeitar todas as devidas normas e salvaguardas que existem em favor da proteção da condição hipossuficiente do acusado, durante toda a instrução processual. No Brasil, assim como hoje também ocorre nos Estados Unidos, tal situação pode ser agravada pela imensa sobrecarga do sistema judiciário, cujo desempenho e produtividade são, a cada dia mais, desafiados perante a sua inocuidade e incapacidade de lidar com todos os conflitos judiciais em tempo hábil.

Consequentemente, é nascida uma necessidade de formulação de “saídas alternativas” que facilitem e acelerem os procedimentos de um processo que se tornou *impraticável* e, dentro dessa lógica de celeridade e economia processual, a justiça criminal negocial serve como uma conveniente luz ao fim do túnel, a serviço do sistema penal e a despeito das garantias individuais do réu. Essa situação é particularmente preocupante porque, em realidade, o instituto da barganha tem sua principal instrumentalidade fundada nas necessidades *sistemáticas* do Direito Penal, que não mais é capaz de lidar com as inevitáveis consequências de sua exagerada inflação. Em outras palavras, a negociação no âmbito penal é filha da necessidade de busca por escapatórias de um problema criado pela própria lógica interna de sua política criminal e, incidentalmente, do sistema a quem deu luz. Exploraremos melhor sobre a temática adiante.

---

<sup>9</sup> [...] if an innocent plead guilty, he must necessarily be calculating that there is a significant probability that the trier will fail to recognize his innocence despite the great safeguards of trial designed to prevent such error. If trials were perfectly accurate, plea bargaining would be perfectly accurate, since no innocent person would have an incentive to accuse himself.

Por fim, falemos agora sobre um dos pontos mais cruciais dentro das comparações realizadas pelo autor, enfatizando ainda mais a incompatibilidade do instituto da barganha com as garantias processuais acusatórias modernas. Conforme assevera **Langbein**, o *plea bargain* é o instituto que faz concentrar nas mãos de apenas um sujeito todo o controle efetivo do procedimento criminal, ignorando prerrogativas de função de cada sujeito processual e concentrando suas responsabilidades. Em clara alusão à medieval figura do inquisidor, o acusador assume a figura de julgador ao ter para si o poder de acusar e também sancionar o acusado, tornando-se o juiz de sua própria causa. Isso também serve como um dos grandes fatores que enfatizam o *status* coercitivo do acordo, justamente pela íntima conexão entre o acusador e a causa, gerando um inerente risco de persecução penal sob convicções pessoais e sem o crivo do devido processo – a própria ideia que origina o princípio da necessidade.

No mesmo sentido, pontua **Aury Lopes Jr.**:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. (LOPES JR., 2020, p. 56)

Não obstante, um dos grandes erros implícitos a este sistema provém de um fator psicológico, pois torna-se praticamente impossível que apenas um sujeito possa exercer as funções de investigador, acusador e julgador, sem que elas se misturem.<sup>10</sup> Contudo, dentro do sistema acusatório, resiste o instituto da barganha, realizada mediante um modelo que muito se assemelha aos sistemas inquisitórios medievais, concentrando os poderes e responsabilidades na figura de um único acusador e permitindo a ele que se utilize deste poder para que possa, através de meios coercitivos, determinar as condições às quais o acusado se submeterá.

Ainda sobre isso, **Langbein** aponta para a importância da divisão de poderes e responsabilidades dos agentes no processo, sobretudo porque essa deveria ser a razão pela qual concedemos aos acusadores o poder de acusar. Ou seja, diante da prerrogativa persecutória do órgão acusador, deveria haver uma contraposição de forças, interpondo-se tal poder com as garantias do devido processo legal.<sup>11</sup> Se, por um lado, ao acusador é concedido tal poder, por outro, do acusado é privado o exercício do direito à ampla defesa e a ser imparcialmente julgado, com base no livre convencimento dos elementos probatórios

---

<sup>10</sup> LOPES JR., 2020, p. 56-57.

<sup>11</sup> LANGBEIN, 1979, p. 18.

apresentados durante o processo e que justificam esta sistemática. Sem a completude da dialética processual, o equilíbrio é rompido em desfavor do elo mais fraco – o acusado – e a própria base que legitima e concede o poder de acusar se perde, pois que não há mais uma contraparte capaz de limitá-lo e contrapô-lo. Conforme **Gerard E. Lynch**, juiz da *Second Circuit Court of Appeals* dos Estados Unidos, o procedimento revela um absoluto descompasso entre a prática jurídica e os livros, vez que é o acusador o principal elemento do processo, dominador de todos os fatos ali colacionados. É por essa característica central do instituto do *plea bargain* que ele pode ser definido como “[um] processo decisório informal, administrativo, inquisitório, interno ao escritório do acusador e em absoluta distinção do modelo adversarial de determinação de fatos e direitos perante um tomador de decisão neutro”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> “[...] system is that it is an informal, administrative, inquisitorial process of adjudication, internal to the prosecutor's office, in absolute distinction from a model of adversarial determination of fact and law before a neutral judicial decision maker”. (LYNCH, 2003, p. 1.403 **apud DRIPPS, 2005, p. 08**)

## 2. O PODER DO ACUSADOR: VISÕES DA PRÁTICA ESTADUNIDENSE

A análise do instituto inevitavelmente nos levará ao estudo do papel dos acusadores, figuras centrais da negociação e verdadeiros detentores do poder na relação de barganha. Nesse sentido, é fundamental que investiguemos as visões da prática sobre o desempenho dos acusadores na elaboração dos acordos e o que significa, na realidade criminal, ser um personagem detentor de tantos poderes concentrados. Para tanto, voltaremos o olhar para a experiência estadunidense, visto que a justiça penal negociada empresta seus fundamentos do instituto do *plea bargain*, implementado no ordenamento jurídico norte-americano há muitas décadas, tendo se tornado, inclusive, o principal procedimento mediante o qual seus conflitos judiciais são resolvidos.

### 2.1. O poder de discricionariedade

Apesar de uma imensa gama de críticos, tanto no aspecto doutrinário, quanto no do público em geral, o instituto do *plea bargain* é amplamente implementado na realidade judicial norte-americana, sobretudo no âmbito criminal, em que se estima que cerca de 96% de todas as condenações criminais tenham sido obtidas através dos instrumentos de negociação e assunção de culpa por parte do acusado, com pequenas variações a depender do Estado americano.<sup>13</sup> Isso representa um grande problema, justamente porque, diante de sua larga aplicação, aumenta-se a tensão e a desconfiança em relação à atuação dos *prosecutors*, pois que detêm uma verdadeira vantagem na negociação e no controle de todo o procedimento.<sup>14</sup>

Tal vantagem provém, principalmente, do amplo poder discricionário dado ao acusador dentro do procedimento e da falha do sistema americano em conseguir monitorar devidamente o *standard* de sua atuação, tornando praticamente impossível conseguir estabelecer parâmetros e limites durante a formulação dos acordos. Isso se dá em razão da grande liberalidade por parte da Corte norte-americana, que vê com maus olhos toda forma de limitação ou padronização do exercício do poder discricionário dos *prosecutors*, conforme destacado por **Angela J. Davis**:

---

<sup>13</sup> GIACOMOLLI, 2016, p. 312.

<sup>14</sup> DAVIS, 2007, p. 44.

[...] em sua tentativa de conceder aos acusadores a liberdade e independência para impor a lei, os ramos judicial e legislativo do governo falharam em realizar o tipo de acompanhamento e controle essenciais em uma democracia justa e efetiva. (DAVIS, 2007, p. 15, tradução nossa<sup>15</sup>)

Este representa um dos maiores desafios à implementação do instituto do *plea bargain*, essencialmente porque tem-se implícito em sua própria origem e constituição um grande problema derivado da liberalidade no exercício de seus implementadores, perpassando a sensação de ausência de controle legal e poder irrestrito aos acusadores, que parecem ter a prerrogativa de criar e aplicar uma lei penal inexistente, invisível ao público. Conforme **Andrew Manuel Crespo**:

[...] quanto à lei, ela abandonou, neste mérito, a sua mais básica função: canalizar o poder persecutório através de restrições regulatórias. Afinal, uma quantidade substantiva de leis criminais agora penalizam tantas condutas, tão severamente, e tão repetidamente, que elas servem para simplesmente delegar poder ao acusador, transformando-os em administradores de uma “lei criminal não escrita, consistente apenas em suas próprias decisões discricionárias”, para que denunciem certas ofensas ou ofereçam certos acordos. (CRESPO, 2018, p. 03, tradução nossa<sup>16</sup>)

O resultado disso é o desenvolvimento de um sistema criminal sem parâmetros gerais para a atuação de seus acusadores e estabelecimento de acordos, sustentado pela ausência de responsabilização e de um dever de prestação de contas ao público que, por sua vez, torna o procedimento suscetível a tomadas de decisão desiguais e arbitrárias.<sup>17</sup> Conforme **Angela J. Davis**, “essas decisões resultam em tremendas disparidades entre pessoas que se encontram em situações semelhantes, às vezes seguindo linhas raciais e/ou classistas”.<sup>18</sup>

No Brasil, por outro lado, a atuação dos membros do Ministério Público se dá através dos essenciais princípios da legalidade e obrigatoriedade, tornando o exercício de poder dos acusadores adstrito aos termos da lei e ao dever de persecução penal de todos os fatos puníveis perante o ordenamento.<sup>19</sup> Entretanto, a atuação da acusação não é desprovida de liberalidades, vez que também é acobertado pelo princípio da oportunidade, de importância

<sup>15</sup> [...] in their effort to give prosecutors the freedom and independence to enforce the law, the judicial and legislative branches of government have failed to perform the kind of checks and balances essential to a fair and effective democracy.

<sup>16</sup> [...] as for law, it has abandoned, on this account, its most basic function: channeling prosecutorial power through regulatory constraints. Substantive criminal law, after all, now penalizes so much conduct, so severely, and so many times over that it serves simply to delegate power to prosecutors, transforming them into administrators of an ‘unwritten criminal ‘law’ that consists only of [their own] discretionary decisions’ to charge certain offenses or to offer certain deals.

<sup>17</sup> DAVIS, 2007, p. 16.

<sup>18</sup> “these decisions result in tremendous disparities among similarly situated people, sometimes along race and/or class lines.” (Idem, p. 16.)

<sup>19</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 46.

central para a aplicação dos institutos de negociação penal no país. Segundo este, o acusador é autorizado a não realizar o oferecimento da denúncia sempre em que houver a possibilidade legal, guiada por fatores de naturezas diversas, como a implementação de uma política-criminal específica, de critérios econômico-sociais ou mesmo utilitários ao procedimento penal.<sup>20</sup> Segundo **Geraldo Prado**, a implementação do princípio da oportunidade, e sua conseqüente contraposição ao princípio da obrigatoriedade, não conduz ao entendimento de que há um desrespeito ao princípio da legalidade, pois que da própria natureza do procedimento acusatório seria a concessão de maior flexibilidade para atuação do Ministério Público, com “consoantes critérios de impessoalidade e moralidade e de acordo com propostas de redução do caráter flagrantemente elitista da justiça penal, redistribuindo as forças de persecução conforme uma mais coerente e justa avaliação do que deve merecer o dispêndio de energia do Estado”.<sup>21</sup>

Entretanto, o exercício de tal poder discricionário do acusador, ainda que limitado e regulado pela lei, levanta algumas justas questões no que diz respeito ao seu efetivo alcance e extensão, precisamente para a sua utilização no âmbito da justiça penal negociada. Tal preocupação também parece ser central para **Crespo**, na medida em que compreende que:

[...] muito poder discricionário, e a “justiça poderá sofrer com arbitrariedades e desigualdades”; pouco poder, e a “justiça poderá sofrer com uma individualização insuficiente” [...] Contudo, [...] muito frequentemente o sistema judiciário criminal não faz o correto balanceamento, tolerando um nível inaceitável de poder persecutório, e, com isso, um inaceitável excesso de encarceramento, distribuído de formas desiguais. (CRESPO, 2018, p. 03, tradução nossa<sup>22</sup>)

Isso é particularmente preocupante ao ordenamento brasileiro porque “a ideia contida no princípio da obrigatoriedade, comum aos ordenamentos continentais, é incompatível com a construção processual norte-americana”<sup>23</sup>, sendo que o próprio instituto é revestido por todas as marcas do *discretionary power* do acusador dentro do procedimento norte-americano, instituído sob critérios e condições distintas das do ordenamento brasileiro.

Este claro descompasso entre a natureza do instituto do *plea bargain* e o seguimento teórico-jurídico brasileiro parece ser um grande ponto de convergência nas preocupações expressadas por diversos doutrinadores, como **Nereu José Giacomolli**, que dá enfoque para a

<sup>20</sup> Idem, p. 48.

<sup>21</sup> PRADO, 2001, p. 147-148.

<sup>22</sup> [...] too much discretionary power and “justice may suffer from arbitrariness or inequality”; too little, and “justice may suffer from insufficient individualizing”. [...] And yet [...] too often our criminal justice system gets that balance wrong, tolerating an unacceptable excess of prosecutorial power, and with it an unacceptable excess of incarceration, doled out in troublingly unequal ways.

<sup>23</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 61.

ausência de uma ampla discussão para a recepção das primeiras formas de negociação penal no Brasil, considerando todos os fatores acerca elementos formantes do instituto tanto em seu ordenamento original, quanto em outros ordenamentos que também o implementaram antes. Para ele, far-se-ia necessário uma análise ampla de fatores não somente normativos, mas sociais e culturais, criando uma atenção especial para os problemas de compatibilidade teórica inerentes ao instituto, bem como os outros problemas já enfrentados pelo seu ordenamento de origem e outros que também o recepcionaram.<sup>24</sup>

Quanto à discricionariedade do acusador no contexto nacional, há de se fazer algumas considerações em relação aos institutos de negociação penal já em funcionamento. Como visto anteriormente, a ampla discricionariedade para oferecer ou não o acordo, bem como a liberdade para estipular seus termos de forma irrestrita e sem parâmetros legais pré-estabelecidos, são alguns dos principais problemas que afligem a experiência norte-americana do *plea bargain*. Contudo, é importante frisar que o ordenamento brasileiro não está livre de tais melindres, mesmo com as já consideradas diferenças fundamentais entre os citados modelos acusatórios.

Com a entrada em vigor da nova Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, no início do ano de 2020, fora introduzido ao Código de Processo Penal Brasileiro – dentre tantas outras mudanças – o art. 28-A, recepcionando o instituto da *não persecução penal*, uma forma de barganha a ser realizada entre o Ministério Público e o acusado, em que, mediante a confissão de cometimento da infração penal, este receberá um tratamento leniente por parte do acusador, se respeitadas e cumpridas todas as condições do acordo. Vejamos o texto legal:

**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: [...] (BRASIL, 2019, grifo nosso)

Conforme se extrai da leitura do dispositivo, o acordo de não persecução penal possui uma gama de critérios objetivos para a sua aplicação, como a previsão de uma pena mínima inferior a quatro anos e a ausência de violência e grave ameaça. Contudo, em que pese ao excerto do texto por nós grifado, é possível observar que o instituto também possui critérios subjetivos, que podem tornar a sua aplicação incerta diante de uma possível

---

<sup>24</sup> GIACOMOLLI, 2016, p. 314.

discricionariedade de ação por parte do Ministério Público, vez que não há definição legal estrita sobre quais seriam as medidas de necessidade e suficiência para a reprovação ou a prevenção de um crime. Além disso, o texto legal também abre questionamentos a respeito de ser o acordo uma faculdade do Ministério Público ou um direito subjetivo do acusado, assim como fora feito antes sobre os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95). Sobre este assunto, **Aury Lopes Jr.** assevera que, pelo menos até antes da alteração significativa sobre o texto legal do art. 28, feita pela mesma lei, era consolidado o entendimento de que na ausência de oferecimento da transação, ou da suspensão, pelo Ministério Público, seria possível a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo o caso ao Procurador-Geral. Contudo, com as alterações efetuadas pela nova lei, o artigo teve a sua vigência suspensa, até o momento, pelo Min. Luiz Fux, durante o julgamento da ADI 6305/DF, razão pela qual não se sabe como se dará o entendimento ao fim de sua suspensão – apesar de se presumir que seja o mesmo.<sup>25</sup>

De qualquer modo, também neste sentido caminha o próprio texto do art. 28-A, cujo §14 dispõe que “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, o investigado poderá requerer remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal”.<sup>26</sup>

Entretanto, a despeito da aparente salvaguarda dada pela lei, levando ao entendimento genérico de que a aplicação do instituto seria um direito subjetivo do acusado, a aplicação analógica do art. 28 do respectivo Código não soluciona os critérios subjetivos estabelecidos no *caput* do art. 28-A, ao que parece ter sido deixado ao poder discricionário do membro do Ministério Público decidir. Assim como o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu anteriormente, compreendendo que:

[...] a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp nº 607.902/SP, Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/02/2016)

Esse também parece ser o entendimento de alguns doutrinários, como Higyna Josita, entendendo que o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao acordo de não persecução penal, não

---

<sup>25</sup> LOPES JR., 2020, p. 1.202.

<sup>26</sup> BRASIL, 2019.

sendo o Ministério Público obrigado a oferecê-lo, contanto que, do mesmo modo, o faça de forma fundamentada.<sup>27</sup>

O que se sabe é que tal matéria ainda resta controversa na doutrina e, com a recente vigência da Lei, ainda não se tem uma jurisprudência consolidada a respeito, o que, novamente, faz surgir dúvidas a respeito da extensão da liberdade do acusador no momento da formulação do acordo. Tais questionamentos são de absoluta relevância, na medida em que analisamos a experiência norte-americana e seus problemas não resolvidos, com ênfase às disparidades de tratamento ocasionadas pela arbitrariedade do acusador. Se assumirmos que existe um relevante grau de permissibilidade aos critérios subjetivos do membro do Ministério Público no momento da formulação do acordo, e a despeito de outros critérios objetivos determinados pela lei, então estaremos diante de todos os riscos inerentes ao *discretionary power*, que guia a própria aplicação do instituto por nós emprestado.

Consideremos, então, uma situação em que um membro do Ministério Público, diante de um caso concreto, compreenda as condições do suposto crime como extremamente gravosas, sob critérios por ele estabelecidos, não havendo chance de entendimento pela possibilidade de oferecimento do acordo por compreender não ser suficiente para alcançar o nível de reprovabilidade do crime. Considere, agora, um cenário em que o acusador “simpatize” com alguma característica dos sujeitos do processo ou com a figura da vítima. Neste caso, ele provavelmente poderá se desempenhar melhor a buscar a condenação do que a oferecer um acordo, ou vice-versa, caso a relação seja de antagonismo. Talvez, ainda, o acusador não possua fortes evidências de materialidade e autoria suficientes à condenação e, diante do baixo lastro probatório em seu favor, tenda a optar pelo oferecimento do acordo ao invés do justo arquivamento. Ou, ainda, talvez o caso em questão seja mais trabalhoso e demande mais tempo e agenda do acusador, o que poderia fazer com que ele se sinta inclinado a oferecer o acordo, por mero critério de conveniência.

Todos esses são exemplos hipotéticos de situações em que o âmbito subjetivo da relação pode se manifestar de diversas e imprevisíveis formas e, como defende **Angela J. Davis**, a experiência revela que, mais do que frequentemente, essas manifestações se darão em desfavor de pessoas negras e em situação de vulnerabilidade socioeconômica. A autora questiona:

---

<sup>27</sup> LOPES JR.; JOSITA, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 04/01/2021.

[...] deveria a conveniência carregar um peso maior que outros fatores durante a formulação da denúncia? Além disso, o argumento da conveniência pode mascarar atitudes profunda e irreconhecidamente influenciadas pela classe. [...] talvez, tanto atitudes guiadas por conveniência, quanto as guiadas por influências classistas, tiveram um papel muito maior no processo de tomada de decisão do que outras considerações legítimas. (DAVIS, 2007, p. 37-38, tradução nossa<sup>28</sup>)

Essas são apenas algumas considerações dentro de um largo campo de problemáticas derivadas do poder discricionário do acusador e do estabelecimento de critérios subjetivos ou desconhecidos, gerando uma tendência a tomadas de decisão com base em fatores ilegítimos e arbitrários, que poderão reforçar disparidades sociais e raciais já vivenciadas fora das salas de audiência. E o que se resultará disso é um procedimento vago, inconsistente e com tratamentos desiguais entre diferentes acusados com condições semelhantes, criando um senso geral de insatisfação e injustiça na sistemática penal.<sup>29</sup>

## 2.2. A influência da mídia

A discricionariedade, porém, também vulnerabiliza o procedimento perante outros fatores externos, que inevitavelmente poderão produzir influência sobre as tomadas de decisão do acusador. Ainda segundo **Angela J. Davis**, a divulgação e exposição midiática de algum caso pode ser um forte fator influenciador, tanto dentro o procedimento da negociação, quanto para o próprio prosseguimento do processo, pois a exposição ao público geral pode ser capaz de gerar uma vontade de mostrar competência através de resultados rápidos e de uma postura “*tough on crime*” (dura com a criminalidade).<sup>30</sup>

No atual cenário político do Brasil, cabe mencionar a importância deste fator representada por um instituto de negociação em específico, em um contexto de grande publicidade e exposição na imprensa nacional: a delação premiada. A respeito deste, forçoso elucidar que se trata de um instituto um pouco diferente dos contornos conceituais do *plea bargain* clássico, pois baseado numa lógica de “premiação”. Porém, ainda assim, é possível que se classifique dentro dos institutos de justiça negociada, pois também pressupõe a assunção de culpa em troca de um tratamento leniente por parte da acusação, todavia, com a

<sup>28</sup> [...] should expediency carry greater weight than other factors in making the charging decision? Furthermore, the claim of expediency may mask deeper, unacknowledged attitudes influenced by class. [...] perhaps, both expediency and class attitudes played a larger role in the decision-making process than other legitimate considerations.

<sup>29</sup> DAVIS, 2007, p. 47-48.

<sup>30</sup> Idem, p. 47.

finalidade de oferecer uma colaboração ao exercício acusador, incriminando outros participantes na atividade criminosa praticada.<sup>31</sup>

Com a ampla exploração, por parte dos veículos de notícia, das operações policiais de investigação sobre organizações criminosas de colarinho branco, como a “Lava Jato” – cujas recentes polêmicas também demonstram a sua falibilidade, mas não serão aqui exploradas –, o público passou a mostrar um interesse exponencial por uma política criminal combativa e eficiente, que satisfizesse as campanhas de anticorrupção propagadas pelo meio político e midiático. Neste contexto, nasceu a Lei nº 12.850/13, conhecida como a “lei da delação premiada”, a qual merece uma breve abordagem dentro deste tópico, mais especificamente em relação ao seu art. 4º.

A importância da análise deste instituto provém, principalmente, do seu descompasso com parâmetros legais, cujos limites são frequentemente ampliados<sup>32</sup> e demonstram, talvez mais do que em qualquer outro instituto de justiça negociada implementado hoje no Brasil, os perigos do poder discricionário do acusador, influenciado pela atenção midiática e pela pressão popular por resultados eficientes. Ou, nas diretas palavras de **Aury Lopes Jr.:**

[...] ninguém nega a existência (e a gravidade) de alguns bizarros espetáculos levados a cabo por promotores e procuradores autoritários e prepotentes, verdadeiros justiceiros da (sua) ideologia de ‘lei e ordem’. Também existem os amantes do holofote, adeptos da maior eficiência da imputação midiática. (LOPES JR., 2004)

Esta influência direta nas investigações, e no trabalho dos atores processuais na elaboração de acordos, gerada pela atenção midiática é tão verdadeira que não apenas é reconhecida, como prezada por alguns doutrinários que a entendem como uma maneira legítima de criar pressão e facilitar a coerção sobre o investigado. Conforme se extrai de um dos trabalhos de **Sérgio Fernando Moro**, que ressaltaram a virtuosidade da operação italiana “Mãos Limpas” – inspiração procedimental para o que ainda viria a ser a Operação Lava Jato –, a divulgação e o vazamento de informações confidenciais obtidas nas investigações aos veículos das grandes mídias foi de salutar relevância para o “sucesso” da operação pelos olhos da opinião pública, que passou a corroborar e favorecer os atos dos acusadores objetivando o aumento de confissões e de colaborações.

Segundo ele, a implementação do instituto, guiado por um forte apoio da opinião pública, não encontraria óbice moral pois seria apenas executado sob pressupostos e parâmetros legais, gerando um positivo ambiente de efetividade no combate à criminalidade.

---

<sup>31</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 70.

<sup>32</sup> VASCONCELLOS, 2020, p. 16.

Em suas palavras, “As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*”.<sup>33</sup>

Dito isso, o que se atestou na realidade brasileira, anos depois, foi que, apesar de a delação premiada ter se tornado um instituto regulamentado pela lei e aparentemente revestido das garantias de um exercício acusatório limitado pelos parâmetros da legalidade, inúmeros se tornaram os acordos realizados no âmbito da Operação Lava Jato em que tais parâmetros legais são absolutamente desrespeitados, apresentando termos de negociação que fogem completamente ao alcance legal, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento do tempo e do regime de cumprimento de pena.<sup>34</sup> Segundo **Salo de Carvalho**, a questão é particularmente sensível porque “não há parâmetro que estabeleça regras mínimas de garantia no direito penal e no direito processual penal brasileiros, pois a negociação da pena não está regulada no texto legal que prevê a delação premiada”.<sup>35</sup>

O art. 4º da referida lei prevê que o acordo deveria ser realizado durante uma fase de negociações, cujos termos deveriam ser levados ao juiz para que seus pressupostos de regularidade, legalidade e voluntariedade fossem analisados e, por fim, homologados, caso o julgador entendesse serem adequados. Porém, a prática demonstrou que tais acordos são realizados de forma semelhante a um contrato civil, com cláusulas reguladoras próprias que, por muitas vezes, fogem do controle legal estabelecido.<sup>36</sup> Segundo **Vinicius Gomes de Vasconcellos**, é a ampla discricionariedade para a elaboração de tais cláusulas que fez nascer uma sistemática de negociação anômala, capaz de criar “regimes diferenciados de execução de pena”, com benefícios específicos às condições dos réus (ou dos já condenados, vez que o acordo também pode ser realizado após a sentença). Como, por exemplo, a liberação de bens de origem ilícita, a concessão de imunidade a familiares, o cumprimento de pena em prisão domiciliar com progressão de regime em períodos e condições diferenciadas e sem qualquer previsão na Lei de Execuções Penais, a renúncia do acesso à justiça, além do estabelecimento de um dever de colaboração permanente e genérico por parte do réu, que o obriga a colaborar com a acusação, sempre que solicitado.<sup>37</sup>

O que ocorre, por fim, é uma completa deturpação do processo criminal pelo instituto de negociação, que possui um aparente lastro de legalidade, mas que, em realidade, opera-se

---

<sup>33</sup> MORO, 2004, p. 04.

<sup>34</sup> CARVALHO, 2017, p. 02.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> VASCONCELLOS, 2020, p. 17.

<sup>37</sup> Idem, p. 17-18.

sob uma lógica obscura e discricionária, guiada pelo ensandecido ímpeto da busca por condenações que aparentem a efetividade das políticas criminais combativas, mediante a obtenção de resultados rápidos. Essa discricionariedade, por sua vez, pode se manifestar de formas extremas, tanto em desfavor do réu (ou do condenado), como acontece nos casos em que há uma verdadeira transformação do mesmo em um verdadeiro “auxiliar da persecução penal”<sup>38</sup>, fazendo-o sair de sua posição de resistência, própria do exercício do direito de defesa<sup>39</sup>; bem como em benefício dele, concedendo regalias incompatíveis com a ordem legal, como o estabelecimento de regimes de cumprimento de pena diferenciados e extremamente lenientes, além da obtenção de privilégios para os seus familiares.

Tais características são, em grande medida, comparáveis com a própria realidade norte-americana da aplicação do *plea bargain*, conforme destacado por **Nereu José Giacomolli**, cujas críticas majoritárias da doutrina derivam, como já vimos, dos tratamentos díspares dos acusados, como consequência direta do abuso de poder discricionário dos acusadores, que acaba atingindo pessoas menos experientes e com menos instrução – ou seja, a população pobre, geralmente negra e hispânica –, ao mesmo tempo em que oferta penas e condições mais brandas aos acusados de “*white collar crimes*” (crimes de colarinho branco).<sup>40</sup>

Neste sentido, **Davis** também leciona sobre os perigos da formulação de acordos com réus ou condenados em troca de informação válida à investigação, ou “*plea bargaining with the snitch*”. Isso porque, pela constatação de que um acusado em tal situação tem uma óbvia motivação para querer colaborar com o *prosecutor*, pois sabe que será tratado com maior leniência, a negociação evidentemente gerará uma tendência à fabricação de testemunhos falsos e enviesados, que serão extremamente danosos para o caso de outro acusado. Ela questiona:

A barganha realizada com o informante cria mais oportunidades para que acusados em situações semelhantes sejam tratados de forma diferente? O potencial para *perjury* (falso testemunho) é um problemático aspecto dos acordos que requerem testemunhos sob o compromisso de veracidade. [...] O prospecto de uma saída antecipada da prisão constitui uma forte motivação para a formulação de falsos testemunhos. (DAVIS, 2007, p. 53, tradução nossa<sup>41</sup>)

---

<sup>38</sup> Idem, p. 20.

<sup>39</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 70.

<sup>40</sup> GIACOMOLLI, 2016, p. 313.

<sup>41</sup> Does plea bargaining with snitches create more opportunities for similarly situated defendants to be treated differently? The potential for perjury is a troubling aspect of plea bargains that require testimony under oath [...] The prospect of getting out of prison sooner provides a strong motivation to commit perjury.

Além disso, tal situação faz levantar uma nova leva de questionamentos em relação ao papel e à ética do acusador ao utilizar-se de tal ferramenta, vez que, por certo, deve ser ciente dos riscos implícitos ao uso de tais depoimentos com baixíssimos níveis de confiabilidade. Sobre isso, a experiência norte-americana demonstra que, frequentemente, o acusador se utilizará de tais depoimentos sem nenhuma ressalva, agindo numa espécie de *willful blindness* (“cegueira premeditada”)<sup>42</sup>, pois que sempre podem alegar não saber, ou não ter meios possíveis de saber, que o depoimento possui elementos falsos.<sup>43</sup> O que ocorre, na prática, é que a *willful blindness* do acusador o ajuda a construir o caso contra um outro acusado, utilizando-se de testemunhos enviesados, gerados por outros que possuem um grande interesse pessoal em apontar e, até mesmo, incriminar outra pessoa, para seu próprio benefício. Contudo, para o acusador, esse seria um risco que valeria a pena ser corrido para a construção de sua tese de acusação, já que sempre terá a escusa de ignorância em relação ao ato atentatório à dignidade da justiça praticado unicamente pela sua testemunha – de quem também tirou proveito, durante as negociações, por possuir uma evidente vantagem.

No Brasil, apesar de o art 4º da Lei nº 12.850/13 prever expressamente que o depoimento obtido durante a delação não poderá servir como única evidência para a condenação de outro acusado, a prática tem demonstrado que tais depoimentos possuem uma grande força para o direcionamento das investigações e acabam sendo alta e isoladamente valorados no prosseguimento de outros processos. O evidente risco desta tendência pode ser melhor expressada nas palavras de **Aury Lopes Jr.**, pois compreende que:

o pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. (LOPES JR., 2020, p. 1.240)

Em resumo, a prática da delação premiada, muito consagrada por parte da doutrina que entende como legítima a ausência de sua vinculação a uma “legalidade estrita”<sup>44</sup>, bem como pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que coadunou e chancelou diversos destes acordos a despeito da manifesta ausência de previsão legal do conteúdo de suas cláusulas, não é senão a concretização de um dos grandes problemas implícitos ao instituto da negociação criminal aqui já discutidos, que ameaçam a própria estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, do sistema penal acusatório e das garantias pilares do Estado Democrático de

---

<sup>42</sup> DAVIS, 2007.

<sup>43</sup> Idem, p. 54.

<sup>44</sup> MENDONÇA, 2017, p. 104, **apud VASCONCELLOS, 2020, p. 20-21.**

Direito, como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade e a legalidade. E, ainda pior, o faz em prol de uma pretensa eficiência – que não se confunde com mera celeridade – que nem mesmo pode ser garantida pelo contorno dos institutos, visto que o grau de confiabilidade dado à confissão desconsidera possíveis vícios da vontade, como perfeitamente ilustrado por uma decisão da Corte inglesa no caso *Rex vs. Warickshall*, em 1783, dizendo que “[Uma] confissão forçada da mente daquele que recebe a bajulação pela esperança ou a tortura pelo medo, vem em um formato tão questionável... que não se deveria dar a ela nenhum crédito”.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> “[A] confession forced from the mind by the flattery of hope, or by the torture of fear, comes in so questionable a shape . . . that no credit ought to be given to it”. (ALSCHULER, 1979, p. 12, **apud DERVAN; EDKINS, 2013**, p. 07, tradução nossa)

### 3. A COERÇÃO PELA DESINFORMAÇÃO E PELA AMEAÇA DO ENCARCERAMENTO

Como disposto anteriormente, a coercibilidade e a involuntariedade implícitas aos acordos oferecidos pelo órgão acusador<sup>46</sup> são os fatores determinantes da relação de desequilíbrio estabelecida entre as duas partes, dando àquele a prerrogativa de se utilizar de seu poder discricionário para estabelecer condições que, na maioria das vezes, gerarão acordos injustos, com tratamentos desiguais entre acusados em situações semelhantes. Não por outra razão, há que se falar, portanto, sobre o poder coercitivo exercido pelo acusador e as maneiras pelas quais ele pode se manifestar, com base na experiência norte-americana.

Para melhor ilustrar sobre este problema, nos guiamos pela história contada por **Davis**, abordando o caso de Erma Faye Stewart, uma mulher acusada de tráfico de drogas, presa após a indicação de um informante confidencial, cujo testemunho fora mais tarde confirmado como falso. Erma era, como a maioria dos acusados no sistema criminal, pobre e negra, com baixa instrução e pouca, ou nenhuma, informação a respeito do funcionamento do sistema judiciário, dos riscos implícitos aos procedimentos de negociação, ou mesmo de seus direitos e garantias individuais e processuais. Apesar disso, Erma permaneceu afirmando ser inocente, desde o momento de sua prisão provisória.<sup>47</sup> O que aconteceu a seguir não foi senão a concretização de um sistema de abuso e coerção, desenvolvido e aplicado pelos atores processuais do caso.

Sem condições econômicas para arcar com um advogado particular, a acusada teve a ela designado um Defensor Público que, desde o primeiro momento, não fez questão de informá-la a respeito do funcionamento interno do processo criminal ou de suprir quaisquer de suas dúvidas a respeito do que viria a acontecer dali adiante. Ao contrário disso, o Defensor insistiu para que Erma aceitasse a proposta de acordo oferecida pelo *prosecutor* de seu caso, alimentando-a com a ameaça de uma sentença rigorosa, ao passo em que ela permanecia resistente à aceitação, pois continuava a afirmar ser inocente dos fatos a ela imputados.<sup>48</sup> Conforme conta **Davis**, “ele disse a ela que se não fizesse o acordo, ela poderia enfrentar uma condenação de até dez anos. Quando Stewart disse ao seu advogado que ela

---

<sup>46</sup> LANGBEIN, 1978, p. 13.

<sup>47</sup> DAVIS, 2007, p. 50.

<sup>48</sup> Idem, p. 51.

não poderia assumir culpabilidade por algo que não fez, ele começou a ficar impaciente”.<sup>49</sup> De mesmo modo, Erma não recebeu qualquer tipo de assistência por parte de seu acusador, que tampouco a ofereceu informações a respeito do procedimento ou de suas condições no acordo.

Por insistir em sua inocência, Erma permaneceu em prisão cautelar durante um mês antes de ceder às pressões de seu acusador e de seu defensor e acabar por confessar um crime que não havia cometido, abrindo mão de seu direito constitucional a um julgamento e ao *due process of law* (devido processo legal). A acusada contou que, mesmo sendo inocente, aceitou a culpabilidade pelo crime porque precisava voltar para casa e cuidar de seus filhos, um dos quais estava doente.<sup>50</sup>

Em razão de seu desespero em ser mantida aprisionada durante o processo, de não ter recebido qualquer informação a respeito do mesmo, de suas garantias e dos termos com os quais estava concordando no momento do *plea bargain*, a acusada acabou por firmar um acordo em termos extremamente abusivos, além de perder diversos benefícios a ela concedidos pela assistência pública, durante o período em que esteve presa.<sup>51</sup>

Tal caso narrado pela autora representa dois vieses pelos quais a coerção se concretiza de forma incisiva e efetiva, especialmente sobre a parcela populacional mais pobre e desinformada a respeito do procedimento e de seus próprios direitos: a conveniência da desinformação e a ameaça de aprisionamento.

No que diz respeito ao mérito da desinformação sobre o procedimento, **Joseph Goldstein** leciona que, para a implementação de todo *plea bargain*, é requerido, teoricamente, que seja realizado um procedimento de validação, segundo o qual deveriam ser atestadas tanto as condições de voluntariedade, quanto as de inteligência do acusado, no momento da aceitação dos termos do acordo. Apesar disso, assevera que este procedimento padrão leva à percepção enganosa de que os cidadãos nesta situação possuem uma escolha livre, quando, em realidade, o acordo é inerentemente coercitivo.<sup>52</sup>

A principal falha deste requerimento, segundo ele, está na implicância de que o acusado seja completamente capaz de atestar ciência sobre termos do acordo para que este seja reconhecido como válido, quando deveria, ao invés disso, dar enfoque à conduta das autoridades em questão, como o acusador, o juiz e o defensor.<sup>53</sup> Segundo ele, a verdadeira

---

<sup>49</sup> “He told her that if she did not take the plea, she would be facing a ten-year prison term. When Stewart told her lawyer that she couldn’t plead guilty to something she didn’t do, he became impatient with her”. (DAVIS, 2007, p. 51-52, tradução nossa)

<sup>50</sup> DAVIS, 2007, p. 51.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> GOLDSTEIN, 1975, p. 17.

<sup>53</sup> Idem, p. 18.

questão a ser feita deve ser direcionada aos tomadores de decisão, sejam eles do poder legislativo, executivo ou judiciário, e consta no seguinte:

Quais informações devem as autoridades oferecer, ou concordar em divulgar, ao cidadão durante negociações que visam fazer com que o mesmo abra mão de seus direitos constitucionais, originalmente modelados para proteger sua dignidade enquanto ser humano, e reconhecer que os homens de poder são tão facilmente tentados a ignorar a autonomia daqueles que são por eles governados?(GOLDSTEIN, 1975, p. 18-19, tradução nossa<sup>54</sup>)

A validade do procedimento, então, não mais estaria atrelada à mera constatação de que o acusado tem a capacidade e a inteligência para entender o procedimento, mas sim à garantia de que todos os atores do processo forneceram a ele a adequada oportunidade de ser devidamente informado sobre o que lhe interessar, antes da formulação do acordo.<sup>55</sup>

A questão levantada pelo autor revela que a desinformação do acusado – condição que, inevitavelmente, está conectada às suas condições socioeconômicas e baixo nível de instrução – presta um verdadeiro serviço ao papel do acusador no momento da elaboração do acordo. Isso porque, se todo acusado tivesse pleno conhecimento do que todas as suas garantias processuais e individuais representam para a sua integridade e dignidade humana – razão pela qual foram criadas – então, fazê-los abrir mão disso seria um processo muito mais difícil.

E é justamente por esta razão que o poder coercitivo é tão essencial e inerente o exercício do *plea bargain*, porque age de forma a confundir o acusado e fazê-lo desconsiderar a importância do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito de não produzir provas contra si mesmo, presente no nosso ordenamento através do art. 5º, LXIII da Carta Magna. Sobre isso, **Maria Elizabeth Queijo** endossa a absoluta vinculação de tal princípio ao exercício da ampla defesa e da presunção de inocência, de modo que, com a sua ruptura, o acusado acaba por se tornar vulnerável a medidas atentatórias à sua integridade física e moral, “incluindo-se as que objetivam a sua cooperação na persecução penal. Cuida-se de outro direito fundamental que tutela a dignidade humana”.<sup>56</sup>

Ainda dentro de tais perspectivas, partimos à análise do segundo e mais gravoso viés coercitivo identificado, através do qual os acordos acabam por alcançar grande efetividade

---

<sup>54</sup> What information must authorities offer and be willing to disclose to the citizen during negotiations aimed at bargaining away constitutional rights originally fashioned out of deference for his dignity as a human being and out of recognition that men of power are too easily tempted to ignore the autonomy of those they govern?

<sup>55</sup> Idem, p. 20.

<sup>56</sup> QUEIJO, 2012, p. 97.

sobre o acusado. Trata-se, finalmente, da ferramenta do amedrontamento e do uso do prospecto do encarceramento como meio de ameaça.

Em um inovador estudo empírico realizado por **Lucian E. Dervan e Vanessa A. Edkins** em 2013, que objetivou compreender “o dilema do inocente” no momento da realização do *plea bargain*, setenta e quatro alunos de uma pequena Universidade do sudeste estadunidense foram submetidos a um experimento que revelou importantes conclusões a respeito da lógica coercitiva da barganha. Para a realização do estudo, os alunos foram divididos em dois grupos de trinta e sete alunos e foram informados de que estariam fazendo parte de um estudo psicológico sobre performances individuais e grupais na resolução de problemas. Um dos grupos foi designado como o grupo dos “inocentes” e o outro como o grupo dos “culpados”. No grupo dos “culpados”, os aplicadores do experimento colocaram uma pessoa, que também fazia parte do grupo de pesquisadores, para realizar os testes de lógica conjuntamente com o aluno participante do estudo. Durante a realização dos testes, o pesquisador disfarçado tentaria perguntar a resposta do teste ao aluno, mesmo tendo sido requerido pelo aplicador que o teste fosse realizado individualmente. No grupo de trinta e sete estudantes, apenas dois não quiseram compartilhar suas respostas e respeitaram a regra. Enquanto que, no grupo dos “inocentes”, o mesmo pesquisador disfarçado não tentaria fazer com que o estudante desrespeitasse a regra imposta pelo aplicador, apenas realizando o teste da forma que fora designada. Após a realização dos testes, os aplicadores dos dois grupos de alunos deveriam, então, pedir para que os alunos aguardassem um tempo enquanto o resultado era analisado e, em seguida, retornar à sala dizendo ter havido problemas na realização do teste pois haviam evidências de que os participantes teriam desrespeitado a regra e trapaceado.

Quando apresentados por tal problemática, aos estudantes dos dois grupos, então, eram oferecidas duas opções: na primeira delas, o estudante entraria numa espécie de acordo, segundo o qual deveria concordar em assinar um termo admitindo ter trapaceado no teste e, em contrapartida, não receberia a compensação a ele prometida ao participar do teste. Na segunda opção, caso não quisessem assinar o termo, o professor responsável pelo estudo apresentaria o aluno ao Conselho de Revisão Acadêmica, perante o qual o aluno seria “julgado” por um grupo de membros da academia, a fim de descobrir se o aluno seria culpado ou não de ter trapaceado na elaboração de um estudo acadêmico. Ao estudante também era informado que, caso ele fosse compreendido como “culpado”, a consequência seria não só a perda da compensação pelo estudo, como também a comunicação de tal situação ao seu *faculty advisor* (conselheiro do corpo docente) e imposição à participação obrigatória de um

curso de ética durante todo o semestre, com apresentação de um trabalho de conclusão ao final. Além disso, também informaram aos estudantes que entre 80% e 90% dos alunos que passavam por tal procedimento perante o Conselho acabavam sendo considerados culpados. Tais estatísticas foram escolhidas porque são compatíveis com a real taxa de condenação nas cortes norte-americanas.<sup>57</sup>

O que o resultado do estudo mostrou foi reafirmador da hipótese levantada pelos pesquisadores, pois, ao recriar um cenário no qual estudantes “inocentes” são colocados diante de uma difícil escolha, cerca de 56.4% deles preferiu concordar com os termos do aplicador e confessar uma ofensa não cometida, a fim de evitar a possibilidade de uma punição mais severa. No caso dos estudantes “culpados”, essa porcentagem fora de 89.2%. Sua conclusão foi a seguinte:

Mais do que a metade dos participantes inocentes do estudo, independentemente da implementação de uma condição mais leniente ou dura em sua sentença, desejaram falsamente admitir culpa em troca de uma punição reduzida. Pesquisas anteriores argumentavam que o problema dos acordos com inocentes seria mínimo porque os acusados são propensos a aceitar o risco e a defender-se diante do tribunal. Nossa pesquisa, no entanto, demonstra que, quando colocados em uma situação real de barganha, e não hipotética, em que são apresentadas informações precisas a respeito da probabilidade estatística de sucesso, assim como pode ser apresentado pelos advogados ou pelo governo durante as negociações criminais, os indivíduos inocentes são altamente aversos ao risco. (DERVAN; EDKINS, 2013, p. 33, tradução nossa<sup>58</sup>)

Para que compreendamos a relevância deste mérito de uma maneira ainda mais tangível, é necessário nos contextualizarmos sobre a complexa e delicada realidade prisional do Brasil, pois que dela deduziremos o nível de coercibilidade que a ameaça do encarceramento (punição mais gravosa) pode representar ao acusado dentro da nossa realidade.

Como afirma **Luís Carlos Valois**, a rigor, quando um indivíduo acaba dentro do sistema carcerário é porque a pena a ele aplicada recai sobre a privação de sua liberdade. Contudo, o que a realidade brasileira demonstra é que, dentro deste sistema, a privação é também de outros inúmeros direitos do preso, como o direito à assistência médica, à

<sup>57</sup> DERVAN; EDKINS, 2013, p 28-33.

<sup>58</sup> Well over half of the innocent study participants, regardless of whether the lenient or harsh sentencing condition was employed, were willing to falsely admit guilt in return for a reduced punishment. Previous research has argued that plea bargaining's innocence problem is minimal because defendants are risk prone and willing to defend themselves before a tribunal. Our research, however, demonstrates that when study participants are placed in real, rather hypothetical, bargaining situations and presented with accurate information regarding their statistical probability of success, just as they might be so informed by their attorneys or the government during criminal plea negotiations, innocent individuals are actually highly risk averse.

educação, ao lazer, ou outras demais assistências previstas na Lei de Execuções Penais.<sup>59</sup> Ainda segundo **Valois**, a vedação de tais direitos ao preso acaba acontecendo pelo mero descaso e abandono das autoridades sobre a realidade do sistema prisional. Este problema é tão naturalizado dentro do sistema carcerário e da própria prática penal, que a relativização dos direitos do preso faz com que estes sejam percebidos como verdadeiros benefícios a serem concedidos pelos detentores de poder, e não exigidos pelo indivíduo.<sup>60</sup>

Não alheio a isso, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, durante o julgamento de um pedido de medida cautelar na ADPF 347, que a realidade do sistema carcerário brasileiro se encontra no “estado de coisas inconstitucional”, percebendo que a situação atual das prisões no Brasil fere de morte a dignidade da pessoa humana, em veemente descumprimento das disposições da Lei de Execuções Penais. Ou seja, a Corte Superior declarou todas as prisões brasileiras inconstitucionais e ilegais, ao mesmo tempo em que entendeu ser possível que pessoas fiquem encarceradas em tais condições.<sup>61</sup> Como explica **Valois**:

o princípio da legalidade é relativizado em nome do encarceramento, da suposta segurança pública que o judiciário pensa estar resguardando mantendo essas pessoas presas, mesmo ilegalmente. [...] a pena que se executa no Brasil não é pena, mas simplesmente uma ilegal exclusão. (VALOIS, 2019, p. 20)

Dentro deste contexto de imensa violação aos direitos humanos e violência praticada dentro do sistema prisional, é fácil imaginar como o risco de ser submetido a tais condições, não bastasse a mera privação da liberdade, poderia se tornar um grande fator coercitivo em favor da acusação no momento da formulação de uma barganha. Mas o problema vai além disso: uma preocupante situação, que muito se relaciona com esta sistemática prisional, diz respeito à aplicação das prisões provisórias (ou cautelares). Apesar da expressa disposição legal do art. 282, §6º do Código de Processo Penal e da forte campanha por parte da doutrina, no sentido de compreender que a sua aplicação só poderia se dar mediante uma condição de excepcionalidade, em respeito à necessidade e à proporcionalidade<sup>62</sup>, a realidade brasileira demonstra que a aplicação das prisões preventivas caminha exatamente em sentido contrário.

Pesquisas realizadas pelo DEPEN (Departamento Penitenciário) em 2019, apontaram que, do total de 773.151 mil presos no país, cerca de 33% se encontram em situação

---

<sup>59</sup> VALOIS, 2019, p. 12.

<sup>60</sup> Idem, p. 14.

<sup>61</sup> Idem, p. 20.

<sup>62</sup> LOPES JR., 2017, p. 43.

provisória.<sup>63</sup> Este estado precário é muito representativo da realidade do sistema judiciário brasileiro, que muitas das vezes privilegia a aplicação da prisão preventiva, a despeito de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, sob o genérico pretexto da “garantia da ordem pública”, prevista no art. 312 da mesma lei – observa-se que, apesar da recente alteração de sua redação pela lei 13.964/2019, o legislador desejou manter o problemático termo no texto. Essa realidade importa na medida em que as prisões cautelares ganham o potencial de servirem como instrumento de coação no âmbito das negociações penais, assim como exemplificado pelo caso real de Erma Faye Stewart.

Se as prisões no Brasil são ilegais e inconstitucionais, como fora reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal, então vivemos em uma realidade em que um conceito abstrato e errôneo de “segurança pública” é constantemente utilizado para justificar a supressão de direitos fundamentais e garantias individuais dos encarcerados, submetidos a situações precárias e desumanas, sobretudo em razão da superlotação no sistema prisional e do seu abandono pelas autoridades. Neste diapasão, a prisão cautelar poderá ser considerada como um instrumento de pressão mediante o qual o acusado, indubitavelmente, preferirá renunciar suas garantias, a fim de evitar as condições sub-humanas às quais seria submetido (ou já está submetido) nos Centros de Remanejamento ou Detenção Provisória – nos quais, há que se observar que, por vezes, alguns acusados já foram mantidos por período até superior ao que poderia ser estipulado em sua sentença.

À parte ao completo abandono dos estabelecimentos de encarceramento no país por parte do Poder Público, o Judiciário também não se escusa de responsabilidade para a situação calamitosa atual das superlotações prisionais. Ao contrário, é culpado e beneficiado por ela. A prática processual penal não somente ignora o pronunciamento da Corte Superior a respeito do “estado de coisas inconstitucional” das prisões e releva tal fato no momento da aplicação de penas e determinação de prisões cautelares, como agora também pode se utilizar de tal situação como instrumento de coação no momento da realização de acordos, sob o pretexto de “desafogar” a sobrecarga do sistema. Conforme concluiu o relatório realizado em 2014 pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU, o Brasil possui um sistema judiciário ineficiente e com uma “superlotação endêmica”.<sup>64</sup> Nesse contexto, o Judiciário brasileiro,

---

<sup>63</sup> Veja em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>>. Acesso em: 27/01/2021.

<sup>64</sup> Veja em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/09/10/interna\\_nacional,567677/onu-chama-sistema-judiciario-brasileiro-de-ineficiente.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/09/10/interna_nacional,567677/onu-chama-sistema-judiciario-brasileiro-de-ineficiente.shtml)>. Acesso em: 15/08/2020.

então, procura satisfazer seus propósitos de celeridade e economicidade através dos institutos de negociação, e o faz sob as custas dos direitos fundamentais do acusado.

Como muito bem observado por **Vinícius Gomes de Vasconcellos**, o funcionamento do instituto se alimenta de uma falácia, criada a partir da arguição de que a realização de acordos ajudaria a reduzir o número de prisões cautelares ao impor uma pena definitiva. Quando, em realidade, a situação do acusado é agravada pelo acordo, pois isso só ocorrerá às custas de sua renúncia ao exercício de direitos fundamentais a fim de, supostamente, melhorar uma situação causada pela própria ineficiência do Estado, perpetuando um ciclo perverso que transfere a carga de responsabilidade do Poder Público ao acusado. Paradoxalmente, tais institutos de negociação penal surgem como uma forma de tentar resolver uma falha sistemática, causada pela mesma lógica que os regem: a do autoritarismo, da supressão da liberdade e das demais garantias fundamentais individuais, através de um sistema penal expansionista e cada vez mais punitivista.

Como mesmo ratificou o estudo de **Langbein**, o *plea bargain* representa uma forma moderna e, ao mesmo tempo, medieval de tortura, que minimiza o acusado a uma posição na qual prefira confessar e sofrer consequências imediatas, a correr o risco de perder o processo e ser submetido a condições desumanas, ou permanecer nas mesmas, provisoriamente. Neste contexto, cabem as célebres palavras de **James Goldschmidt**, “Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é outra coisa senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> “Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 109. tradução nossa)

#### 4. A SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA SOBRECARGA OU APENAS MAIS UMA FERRAMENTA RELEGITIMADORA DE SUAS CAUSAS?

A sobrecarga do sistema criminal, aliás, parece ser um tema constante no rol de motivações para a aplicação dos institutos de justiça penal negociada, vez que se materializa como uma forma alternativa de buscar eficiência em um sistema engessado pela superabundância de processos e um sistema prisional em vias de implosão. Por essa razão, passaremos agora a analisar os pormenores desta questão e o que ela realmente revela sobre a sistemática penal.

De acordo com **Vasconcellos**, os motivos do desenvolvimento de mecanismos de justiça consensual são pautados na urgência de suprir a incapacidade do sistema em lidar com o sobrecarregamento causado pelo número elevado de casos e pelo aumento de complexidade nos procedimentos do julgamento.<sup>66</sup> Dentro do sistema norte-americano, o argumento da necessidade e dependência do *plea bargain* é muito presente na doutrina, que afirma que, apesar da grande desaprovação do instituto pelo público em geral, a sua abolição poderia causar o desmoronamento de todo o sistema judiciário estadunidense.<sup>67</sup> Nesse sentido, e conforme exposto por **Langbein**, a eficiência seria uma premissa fundante do instituto, razão pela qual a própria Corte Superior norte-americana eventualmente o reconheceu como um componente essencial para a administração da justiça no país.<sup>68</sup>

Quanto à sobrecarga do sistema no contexto estadunidense, muito se fala a respeito das mudanças realizadas no procedimento dos julgamentos que os fizeram mais complexos e extensos, tornando, assim, a realização de julgamentos em todos os casos uma realidade impraticável, como defendido até mesmo por **Langbein**. Segundo ele:

[...] nós não fomos capazes de admitir que a nossa teoria da prova resultou em um nível de complexidade procedimental que fez com que o nosso procedimento do julgamento seja operável apenas em casos excepcionais. [...] Se tais limites são excedidos e a capacidade repressiva do sistema judicial criminal é, conseqüentemente, colocada em risco, então o sistema responderá com o desenvolvimento de subterfúgios que ultrapassam a lei formal. (LANGBEIN, 1978, p. 20, tradução nossa<sup>69</sup>)

<sup>66</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 72.

<sup>67</sup> DAVIS, 2007, p. 43.

<sup>68</sup> LANGBEIN, 1979, p. 02.

<sup>69</sup> [...] we have been unable to admit that our theory of proof has resulted in a level of procedural complexity and safeguard that renders out trial procedure unworkable in all but exceptional cases. [...] if those limits are exceed and the repressive capacity of the criminal justice system is thereby endangered, the system will respond by developing subterfuges that overcome the formal law.

Tal argumento de necessidade, no entanto, encontra resistência de alguns doutrinários, como **Albert W. Alschuler**, que afirma ser falha a percepção de que tais discursos devam ser pautados na suposta necessidade dos institutos, mas não na sua compatibilidade constitucional ou efetiva contribuição para o sistema criminal. Ao invés disso, o discurso é predominantemente baseado em parâmetros de celeridade.<sup>70</sup> Tal constatação se demonstra verdadeira, na medida em que alguns teóricos, como **Frank H. Easterbrook**, não somente admitem, como defendem que os acordos partam de uma lógica economicista, operando a partir de regras do mercado que naturalizam a venda dos direitos fundamentais e processuais do acusado como quaisquer outros bens consumíveis.<sup>71</sup>

Em contrapartida, ainda segundo **Vasconcellos**, essa demora na dilação do processo e no transcorrer da instrução, em razão do aumento da complexidade do procedimento, não demonstra outra coisa senão o aperfeiçoamento do sistema criminal norte-americano, que passou a visar “o respeito aos direitos fundamentais, já que, anteriormente, os processos teriam se resolvido do modo célere, sem maiores garantias do acusado”.<sup>72</sup> Ainda neste tópico, vale dizer, o autor complementa dizendo que vários teóricos já oferecem uma solução para este problema sem que seja necessária a dependência do *plea bargaining*, como a adoção de um modelo de “*bench trial*” para alguns casos, realizando julgamentos perante um juiz singular. Ou seja, o modelo que se oferece como resolução deste problema sofrido no sistema norte-americano já é o adotado no Brasil, de modo que, no nosso contexto, a necessidade de adoção dos institutos sob este pano de fundo acaba sendo afastada.<sup>73</sup>

Contudo, o principal ponto levantado sobre o problema da sobrecarga do sistema criminal é concentrado na dificuldade de gestão de um número excessivo de casos, o que muito se relaciona com o próprio estabelecimento do *plea bargain* como um procedimento central na resolução de conflitos criminais nos Estados Unidos, apesar da sua grande desaprovação.<sup>74</sup> Segundo **Alschuler**, o instituto consensual ganhou seu verdadeiro protagonismo na justiça norte-americana a partir dos anos 20, período marcado por um aumento substantivo de leis criminais, sobretudo da Lei Seca, proibitiva do consumo de álcool no país. Com o movimento expansionista das leis criminais, o judiciário norte-americano passou a sentir o aumento exponencial no número de processos e buscou, na

---

<sup>70</sup> ALSCHULER, 1975, p. 71 **apud VASCONCELLOS, 2015, p. 75.**

<sup>71</sup> EASTERBROOK, 1992, p. 1.978 **apud VASCONCELLOS, 2015, p. 84-85.**

<sup>72</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 78-79.

<sup>73</sup> Idem, p. 79-80.

<sup>74</sup> ALSCHULER, 1979, p. 06.

justiça consensual, uma ferramenta de escape para as consequências naturais de uma política criminal mais rígida.

Ainda neste ponto, uma interessante e paradoxal questão circunda as origens do *plea bargain* como ferramenta auxiliar da justiça, já que as primeiras figuras a serem conhecidas por elaborarem acordos entre o governo e a defesa, os chamados “*fixers*”, o faziam às margens da lei. Conforme explicam **Devans e Edkins**, no período pós-Guerra Civil, o *plea bargaining* era considerado pelas cortes norte-americanas como uma prática condenável e uma ferramenta de corrupção que, entretanto, continuava a ser utilizada nas sombras do judiciário.<sup>75</sup> Segundo elas, alguns comentadores estadunidenses, já nos anos 20, enxergavam na figura dos *fixers* uma abominação e um indício comprometedor contra a administração do sistema criminal. Apesar das visões fortemente contrárias e do repúdio por parte do sistema judiciário, os *fixers* continuaram realizando os acordos, até que, eventualmente, tais práticas deixaram de ser realizadas às escuras para tomar os holofotes do procedimento criminal. Isso se deu essencialmente porque:

Enquanto a corrupção manteve a prática da barganha viva durante o fim do séc. XIX e início do séc. XX, a **overcriminalization** (“**supercriminalização**”) **necessitou da emergência da barganha ao centro do procedimento criminal, dando a ela a sua dominância.** [...] Com o aumento de estatutos criminais – e, como resultado, de acusados –, as cortes ficaram sobrecarregadas. Na procura de uma solução, acusadores recorreram à justiça da barganha, o **antigo bastião da corrupção**, como um mecanismo através do qual são criadas ofertas de leniência oficiais e “legítimas”, assegurando-se de que os acusados abrissem mão de seus direitos a um julgamento para limpar os casos de seus gabinetes. (DEVANS; EDKINS, 2013, p. 08, tradução nossa<sup>76</sup>)

Uma vez compreendido isso, então o viés da questão deixa de ser o fator de necessidade de ferramentas alternativas para o sustento de um sistema penal em decaimento e passa-se às próprias causas da presente situação. Se a dignidade da pessoa humana, resguardada através dos direitos fundamentais e processuais dos indivíduos, ocupa posição de mais alta estima dentro de um Estado Democrático de Direito – art. 1º, III da Constituição Federal Brasileira a estabelece como um de seus fundamentos –, então é imprescindível que a discussão a respeito do *plea bargain* se desloque, pois não se trata de discutir se poderá ou

<sup>75</sup> DEVANS; EDKINS, 2013, p. 08.

<sup>76</sup> While corruption kept plea bargaining alive during the late nineteenth and early twentieth centuries, overcriminalization necessitated plea bargaining’s emergence into mainstream criminal procedure and its rise to dominance. [...] As the number of criminal statutes – and, as a result, criminal defendants – swelled, court systems became overwhelmed. In searching for a solution, prosecutors turned to bargained justice, the previous bastion of corruption, as a mechanism by which official and “legitimate” offers of leniency might ensure defendants waived their rights to trial and cleared cases from the dockets.

não ser relativizada, ou em quais condições, mas sim de rever quais as verdadeiras razões pelas quais a “necessidade” do instituto é invocada e avaliar se elas são ou não legítimas.

Dentro deste contexto, e como vimos acima, o *plea bargain* somente ganhou protagonismo nos Estados Unidos através de um movimento pautado pelo resguardo do expansionismo de políticas criminais punitivistas (*overcriminalization*), em um período de máxima tipificação de condutas sociais entendidas como “problemáticas”, dentro de parâmetros estabelecidos por grupos sociais organizados e já dominantes, tanto do ponto de vista econômico, quanto político.<sup>77</sup> Segundo **Juarez Cirino dos Santos**, esse movimento pode ser explicado pela industrialização e seu fenômeno conexo da urbanização – que atingiu o seu ápice na América entre o século XIX e o início do século XX –, pois são as principais causas de uma deformação na fisionomia da organização social que se conhecia até então pela elite que habitava os centros urbanos. Esse processo passou a gerar imensas concentrações populacionais em condições de carência econômica, cenário do qual insurgiram-se e multiplicaram-se algumas situações agravantes, definidas como “problemas sociais”, como a miséria, a marginalização, o desemprego e, conseqüentemente, o crime.<sup>78</sup> Isso porque:

se problemas sociais existem, em extensão variável, em qualquer época da história, e se sua natureza e medida estão ligadas ao tipo de formação social histórica, parece aceitável a afirmação de que uma preocupação teórica geral [...] supõe, objetivamente, um incremento quantitativo das situações problemáticas ao nível de ameaçar a estabilidade da própria existência da formação social em que existem [...], estimulando esforços para resolvê-los e controlá-los. (CIRINO DOS SANTOS, 1979, p. 72)

Esse processo, contudo, passará por uma fase de ainda maior intensificação a partir do período pós-industrial e do avanço do que podemos chamar de “sociedade da insegurança sentida” ou “sociedade do medo”, baseada em um senso geral de insegurança e de vivência de riscos.<sup>79</sup> E, segundo o célebre estudo realizado por **Jesus-María Silva Sánchez**, a solução para essa sensação de insegurança é buscada no Direito Penal, pois a sociedade passa a impor demandas de uma ampliação da proteção do Estado que ponha fim a essa angústia. Dentro desse movimento, não há espaço para os movimentos sociais liberais clássicos de restrição do poder estatal, pois “ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar garantias clássicas do Estado de Direito: **ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente ‘rígidas’ e se apregoa a sua ‘flexibilização’**”.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> CIRINO DOS SANTOS, 1979, p. 74.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 40.

<sup>80</sup> Idem, p. 51.

Ainda segundo ele, esse movimento também é inevitavelmente conectado à atuação dos meios de comunicação, que ocupam posição de destaque dentro da “sociedade da informação”, propagando uma problemática imagem da realidade que nem sempre corresponde ao que de fato se dá e, conseqüentemente, fazendo nascer no imaginário geral uma insegurança baseada em percepções inexatas.<sup>81</sup> E, até mesmo por essa dificuldade de obtenção de informações confiáveis e autênticas, dentre uma avalanche de notícias muitas vezes contraditórias entre si, segundo o autor, a sociedade é exposta a um estado de grande incerteza que pode parecer ser suprida por elementos de orientação normativa, dentre os quais, dá-se grande significância ao Direito Penal. Conforme explica **Silva Sánchez**, “com efeito, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal *magré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade”.<sup>82</sup>

A principal armadilha dessa linha de pensamento é a falsa percepção de que a expansão de imputações será suficiente para conter – que dirá, resolver –, todos os “problemas sociais”, incluindo aqueles que são basicamente explicáveis em termos empíricos<sup>83</sup> e resultantes de uma lógica sistemática capitalista, criada e sustentada pela política de encarceramento. Segundo **Cirino dos Santos** e **Alessandro Baratta**, esta política trabalha em serviço de grupos sociais que se beneficiam de estigmas sociais, pois estas favorecem a superexploração do trabalho de condenados e ex-condenados, utilizando-se dela em esquadrões fascistas de repressão operária e sindical.<sup>84</sup> Não por outra razão, são os indivíduos pertencentes às classes sociais vulneráveis e marginalizadas no mercado de trabalho que terão maior probabilidade de ocupar os espaços criminalizados, situação ainda mais gravosa aos trabalhadores com condições precárias perante o mercado – como a ausência de qualificação de mão de obra e a baixa escolaridade.<sup>85</sup>

Dito isso, o que mais interessa à nossa abordagem é a compreensão de que tal prerrogativa, além de ilegítima perante os valores democráticos e sociais, possui expectativas surreais e impraticáveis, cujas conseqüências são manifestadas na exorbitante realidade do sistema judiciário. Este peso carregado pelas instituições públicas provém, essencialmente, da visão *prima ratio* do Direito Penal, que o compreende como o único instrumento eficaz de

---

<sup>81</sup> Idem, p. 47.

<sup>82</sup> Idem, p. 52.

<sup>83</sup> Idem, p. 62.

<sup>84</sup> CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 46.

<sup>85</sup> Idem, p. 45-46.

pedagogia político-social, de socialização e civilização, e que eventualmente levará à sua expansão *ad absurdum*.<sup>86</sup> E, ao contrário do que se argumenta, **Silva Sánchez** pontua que:

[...] tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. (SILVA SÁNCHEZ, 2005, p. 79)

Sob este pano de fundo, podemos identificar que tais características do movimento expansionista penal – como o privilégio de interesses econômicos, o menosprezo pelos valores democráticos e garantistas, a desigualdade de tratamento e a supressão das liberdades, principalmente dos econômico e socialmente vulneráveis – também são intrinsecamente reproduzidas na prática do *plea bargain*, como vimos anteriormente. Da mesma forma, a opressão e a estigmatização de certos atores sociais no contexto da prática negocial penal serve a propósitos repressivos classistas e relegitimadores de uma lógica punitivista já conhecida por contrariar os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isso porque, ao analisarmos o “pragmático” argumento que vê no *plea bargain* uma forma de salvação para um sistema decadente, descobriremos que, na realidade, ele se baseia numa falácia, revelada na constatação de que a relativização de direitos fundamentais realizada em seu favor apenas reforça e ajuda a falsear o mesmo movimento relativista que deu causa ao próprio problema que se pretende resolver.

---

<sup>86</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2005, p. 79.

## CONCLUSÃO

No início deste estudo, pretendíamos analisar, mas certamente não esgotar, os temas críticos a respeito da prática do *plea bargain* dentro da experiência norte-americana, a fim de descobrir se a sua aplicação no Brasil realmente representa uma ferramenta necessária e útil aos interesses do Estado Democrático de Direito.

Durante a análise, partimos de uma visão comparativa com a medieval Lei de Tortura, que nos mostrou a imensa incompatibilidade entre o instituto de justiça penal negociada e os contornos do modelo ideal do sistema penal acusatório, vez que as suas características fundantes em muito se assemelham à prática inquisitiva do uso da tortura como meio legítimo de obtenção de informação e resolução de conflitos judiciais, às custas da integridade física e moral do acusado. Essas são as heranças inquisitivas do *plea bargain*.

Em seguida, vimos um pouco sobre a atual aplicação do instituto na realidade norte-americana, dando enfoque principalmente à figura do acusador (*prosecutor*), personagem protagonista do instituto. Diante desta análise, testemunhamos um imenso problema na aplicação do instituto diretamente derivado do poder discricionário atribuído, e até mesmo encorajado, ao acusador, sobretudo no contexto estadunidense. Esta importante perspectiva nos ajuda a compreender como as próprias estruturas da justiça penal negociada são construídas sobre a base da concessão de um imenso poder coercitivo a apenas um dos atores processuais, configurando um imenso descompasso entre acusado e acusador, que em nada representa os valores democráticos e garantistas estabelecidos em nosso ordenamento.

Também observamos que, apesar de o Ministério Público não possuir as mesmas prerrogativas e poderes ilimitados de que gozam os *prosecutors*, a recente implementação e fortalecimento de institutos de justiça negociada no Brasil levanta muitos questionamentos a respeito da liberalidade de sua atuação, para os quais ainda não possuímos respostas conclusivas. Não obstante, apreciamos também a relevante influência da mídia na implementação e na multiplicação de ferramentas consensuais, cada vez mais distantes dos limites legais, a fim de suprir uma necessidade pública abstrata de demonstração de competência por parte do sistema judiciário e do governo. O que notamos, ao fim, é que, apesar de ainda não possuímos respostas conclusivas a respeito do poder dado (ou não) ao acusador, a prática tem demonstrado que a tendência é de nos aproximarmos, cada vez mais, da experiência norte-americana.

Ainda na perspectiva de protagonismo dos acusadores, passamos então a estudar um pouco mais sobre duas táticas centrais adotadas e exploradas por eles no momento da formulação dos acordos. Este estudo parte do princípio de que a própria natureza dos acordos em âmbito penal é, por si só, coercitiva. Tratamos então de observar como a desinformação dos acusados, muito característica de suas vulneráveis condições socioeconômicas, é utilizada em serviço da acusação, que se beneficia da confusão e da exclusão social desses indivíduos ao formular acordos injustos, abusivos e desiguais.

Contudo, a linha principal deste estudo é guiada, sobretudo, para a inevitável constatação do imenso peso coercitivo que a realidade do sistema prisional, tanto estadunidense, como brasileiro, tem sobre o acusado e as suas decisões. A utilização do temor do encarceramento em tempos modernos (ou pós-modernos) como ferramenta de barganha é muito semelhante ao uso da coerção física no contexto medieval, principalmente porque a atual realidade do sistema carcerário é declaradamente precária e desumana. Conforme vimos, este problema também é potencializado pela aplicação generalizada de prisões cautelares, mesmo em situações em que não se demonstre qualquer fator de necessidade ou de proporcionalidade. Isso pode representar, em um futuro próximo – ou já representa –, um catastrófico problema da aplicação da justiça penal negocial, vez que o acusado presumivelmente optará pela realização do acordo, independentemente de sua inocência, por medo de ser (ou de permanecer) submetido a condições cruéis que desafiam a sua dignidade e integridade.

Por fim, mas não menos importante, investigamos um dos principais argumentos que ainda sustentam a aplicação de tal instituto tão flagrantemente desrespeitoso de direitos fundamentais e da própria dignidade da pessoa humana: a necessidade em razão da sobrecarga do sistema penal. Sob este pano de fundo, vimos que as próprias razões que deram ao *plea bargain* o seu *status* de essencialidade dentro do ordenamento norte-americano são enraizadas, em realidade, nas consequências naturais de um movimento de expansão de políticas criminais. Essa constatação foi de suma importância ao nosso estudo, na medida em que nos auxiliou a mudar a direção da discussão rumo ao exame das causas que levaram a este atual estado de decadência e superabundância do sistema criminal e prisional, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil. A conclusão de tal exame é que a barganha serve apenas como mais uma ferramenta que fortalece interesses ilegítimos – pois incompatíveis com o Estado Democrático de Direito – de grupos sociais específicos, com interesses econômicos que se fortalecem da reprodução e perpetuação de políticas criminais expansionistas. Como

atestou **Aury Lopes Jr.**, “não sem razão, os EUA é o país com a maior população carcerária do mundo, fruto da banalização de acordos conjugado com uma política punitivista”.<sup>87</sup>

O que, ao fim, muito nos parece é que o *plea bargain* nada mais é do que um efetivo meio de mascarar e relegitimar os já empedernidos propósitos do velho sistema penal punitivista. Pois que, ao despir os cidadãos de seus direitos fundamentais, fornece um caminho mais fácil aos detentores do poder – judiciário, legislativo e executivo –, auxiliando-os a manter intactos os seus íntimos interesses de fechar seus olhos para o verdadeiro problema que assombra o sistema: o fracasso e a ineficiência de suas próprias políticas. Esta é uma conclusão à qual precisamos dar a devida importância, vez que, ao deixarmos de reconhecer essa realidade, estaremos fadados a reproduzir os mesmos erros, tapando buracos com “soluções” apressadas e precárias, capazes de intensificar ainda mais os sentidos de insatisfação, opressão e injustiça.

---

<sup>87</sup> LOPES JR., 2020, p. 1.241.

## FONTES E BIBLIOGRAFIA

### Fontes

DEPEN atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil. **Governo Federal**, 14 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>>. Acesso em: 27/01/2021.

ONU chama sistema judiciário brasileiro de ineficiente. **Estado de Minas**, Minas Gerais, 10 de setembro de 2014. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/09/10/interna\\_nacional,567677/onu-cham-a-sistema-judiciario-brasileiro-de-ineficiente.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/09/10/interna_nacional,567677/onu-cham-a-sistema-judiciario-brasileiro-de-ineficiente.shtml)>. Acesso em: 15/08/2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, 1988.

BRASIL. LEI Nº 13.964 DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Brasília, 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Brasília, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp nº 607.902/SP, Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/02/2016.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Conjur**, 06 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 04/01/2021.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer; MARTINS, Jorge Henrique Goulart Schaefer. Acordo de Não Persecução Penal: direito subjetivo do inculcado (?). **Migalhas**, 28 de maio de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/327866/acordo-de-nao-persecucao-penal—direito-subjetivo-do-inculpado>>. Acesso em: 18/12/2020.

### Bibliografia

ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and It's History**. 79 Columbia Law Review 1. University of Chicago Law School, 1979.

CARVALHO, Salo de. **Colaboração Premiada e Aplicação da Pena: garantias e incertezas dos acordos realizados na Operação Lava-Jato**. Sentença Criminal e Aplicação da Pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade. Coord. BEDÊ JÚNIOR, Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Cap. 20, p. 511-521. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CRESPO, Andrew Manuel. **The Hidden Law of Plea Bargaining**. Columbia Law Review, vol. 118, No. 5. Harvard Law School, 2018.

DAVIS, Angela J. **Arbitrary Justice: the power of the american prosecutor**. New York: Oxford University Press, Inc, 2007.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The Innocent Defendant's Dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem**. 103 J. Crim. L. & Criminology 1. Northwestern University School of Law Scholarly Commons, 2013.

DRIPPS, Donald A. **Overcriminalization, Discretion, Waiver: a survey of possible exit strategies**. Legal Studies Research Paper Series, No. - 06-15. University of San Diego Law School, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso II: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: EJE, 1936.

GOLDSTEIN, Joseph. **For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain**. The Yale Law Journal, Vol. 84: 683. Yales Law School, 1975.

HUSAK, Douglas N. **Overcriminalization: the limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, Inc, 2008.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. Faculty Scholarship Series, 543. Yale Law School, 1978.

\_\_\_\_\_. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. 13 Law & Society / Winter, 1979.

LOPES JR., Aury. **A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa)**. BOLETIM – 142, IBCCRIM: SETEMBRO/2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/19 – artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação mani pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia Radical**. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Criminologia da Repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de Execução Penal e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso do processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

\_\_\_\_\_. **Colaboração Premiada e Negociação na Justiça Criminal: acordos para a aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106, ano 28, p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.