

O *PLEA BARGAINING* NO PROJETO “ANTICRIME”: REMÉDIO OU VENENO? *PLEA BARGAINING IN THE “ANTI-CRIME” PRO- JECT: MEDICINE OR POISON?*

*Aury Lopes Jr.*¹
PUCRS

*Vitor Paczêk*²
PUCRS

Resumo

A pergunta deste artigo é: qual a ‘dose’ dos espaços de consenso no processo penal brasileiro? A hipótese é de que a ‘dosagem’ desta técnica processual é o ponto central de discussão, pois a depender pode matar ou salvar o paciente (processo penal). O artigo utiliza revisão bibliográfica de literatura nacional e internacional como metodologia, analisando a proposta legislativa, vulgo projeto anticrime apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, em 2019. Dentro do sensível tema do *plea bargaining*, esboçamos críticas a essa técnica processual, apontando as falhas na experiência nacional e internacional sobre os modelos de justiça negociada. Como proposta legislativa, reescreve-se o artigo do projeto anticrime, dentro do projeto nº 8045, que estrutura a proposta do novo CPP.

Palavras-chave

“Plea Bargaining”. Processo. Proposta Legislativa.

Abstract

The question of this article is: what is the 'dose' of consensus spaces in the Brazilian criminal process? The hypothesis is that the 'dosing' of this procedural technique is the central point of discussion, because the dependence can kill or save the patient (criminal process). The article uses a literature review - national and international - as a methodology, analyzing the legislative proposal, commonly known as the “anti-crime” project presented by the Minister of Justice and Public Security Sérgio Moro, in 2019. Within the sensitive theme of plea bargaining, we made criticisms of this procedural technique, pointing to flaws in national and international experience on negotiated justice models. As a legislative proposal, we rewrite the article of the anti-crime project, within project no. 8045, which structures the proposal of the new CPP.

Keywords

Plea Bargaining. Process. Legislative proposal.

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid, Professor titular da PUCRS. Advogado e conferencista.

² Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS e advogado.

1. INTRODUÇÃO: AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO É UMA TENDÊNCIA INEXORÁVEL.

A pergunta deste artigo é: assim como a depender da dose ministrada, remédio vira veneno, ‘quanto’ de negociação da pena criminal o nosso sistema admite e tolera, sem prejuízo para a qualidade da administração da justiça? A hipótese é de que a ‘dosagem’ desta técnica processual é o ponto de reflexão, pois a depender pode matar ou salvar o paciente (processo penal). O artigo utiliza revisão bibliográfica da literatura nacional e internacional como metodologia, analisando a proposta legislativa, vulgo projeto anticrime apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, em 2019.

Em termos práticos, argumentos de eficiência e sobrecarga da justiça criminal serão determinantes para que a negociação no processo penal seja ampliada, porque o entulhamento do sistema de administração da justiça existe. É preciso pensar esses limites a partir da compreensão da nossa realidade social-prisonal, os erros que já cometemos com a banalização da transação penal e suspensão condicional do processo, além da própria experiência internacional. Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação ilimitada da aplicação consensual de pena?³

³ Em 2001 renunciou-se a primeira crítica ao sistema de justiça negociada, a partir da experiência da Lei 9099: "o pensamento que nos orienta é prospectivo, olhamos para o futuro. A situação atual já é preocupante, mas pretendemos demonstrar – por meio da crítica – que a ampliação do campo de atuação da justiça consensual será desastrosa para o processo penal. Devemos recordar, ainda, o contexto social e econômico no qual ela se insere (e foi gerada), até porque o sistema penal não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos, conforme explicamos nos capítulos anteriores, onde tratamos da ideologia repressivista da “lei e ordem” e da eficiência (antigarantista). (...) Contudo, com o passar dos anos, a criatura virou-se contra o criador ou, melhor, mostrou sua verdadeira

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência inexorável, que começa timidamente no Brasil em 1995 com a Lei nº 9.099 e seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo (além da composição dos danos civis), e vai se expandindo através da delação premiada e, mais recentemente com o ‘acordo de não persecução penal’ (Resoluções n. 181 e 183 do CNMP)⁴.

Sustentam os defensores do viés expansionista que aumentar os espaços de consenso é uma realidade necessária, justificando-se por fatores utilitaristas e eficientistas. Contudo, estamos ao mesmo tempo em antítese ao Princípio da Necessidade do processo (*nulla poena sine iudicio*). Mas a aceleração procedimental pode ser levada ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida ao papel de mero “homologador” do acordo, muitas vezes feito às portas do tribunal (nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais [Walsh] e até 99% em Detroit [Langbein⁵]).

Nesses termos, o *plea bargaining* viola o pressuposto fundamental da jurisdição: o exercício do poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, onde erroneamente está se limitando a homologar o

cara: utilitarismo processual e a busca da máxima eficiência (utilitarista)." (LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 22).

⁴ Cujá inconstitucionalidade salta aos olhos, na medida em que viola a reserva de lei ao pretender criar normas de direito processual penal através de ‘resolução’ do CNMP, além de ser incompatível com os princípios de obrigatoriedade e indisponibilidade (que poderiam ser mitigados, como na Lei 9099, mas para isso precisamos de uma lei ordinária, não uma ‘resolução’, que bem demonstra a imensa crise da teoria das fontes no direito brasileiro).

⁵ Op. cit. p. 138, também na nota de rodapé n. 284.

resultado do acordo entre o acusado e o promotor.⁶ Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.⁷

É verdade que o Projeto tenta impor mecanismos de controle através do juiz, inclusive permitindo que não homologue o acordo quando “as provas (*sic*) existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal”. Mas, como explicaremos, isso é simbólico e meramente sedante, não resolvendo o problema, mas servindo como mero paliativo a uma (apenas uma) das críticas ao modelo de ampla negociação que pretende implantar.

Por outro lado, é preciso advertir que se trata de ‘mais uma reforma pontual’, em nosso retalhado CPP de 1941, faltando uma coerência sistêmica, ainda que tenham sido feitas por comissões compostas por juristas qualificados. O projeto ‘anticrime’ (passando a equivocada ideia de que alguma lei seria à favor do crime) apresentado pelo Ministro Sergio Moro é um típico exemplo de ‘solipsismo legislativo’, na medida em que desconsidera todas as discussões feitas por quase uma década de tramitação dos Projetos de Código de Processo Penal e Código Penal. Partindo da ‘sua’ concepção, faz uma proposta de mudança legislativa à *la carte*, retalhando o CPP, o CP, a LEP e mais algumas leis ordinárias e fazendo algumas perigosas e inadequadas ‘americanizações’, cometendo ainda um erro metodológico: pretender inserir a fórceps um instituto da *common law* em um processo de matriz *civil law*, desconsiderando ainda que o Ministério Público brasileiro tem

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 17.

⁷ Na experiência dos EUA, os promotores têm amplas opções de negociação, podendo não tomar posição no acordo da sentença, não se opor aos pedidos do acusado, requisitar tipos específicos de sentença, especificar multa ou termo para a prisão ou nada mais que multa ou sentença de prisão. (O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White Collar Crime: cases and materials*. St. Paul: West, Fifth Edition, 2012, p. 1.117-1.121).

sua estrutura e limite de atuação completamente distinta do modelo americano.

Também desconsidera que o processo penal brasileiro tem como regra a ação penal pública pautada pelos princípios de obrigatoriedade e indisponibilidade, admitindo alguma mitigação desde o advento da Lei nº 9.099/95, mas sem consagrar os princípios de oportunidade e conveniência, especialmente pelo teor do art. 42 do CPP. Depois, o Ministério Público brasileiro - ao contrário do americano - tem sua atuação pautada pela Legalidade e a vinculação aos limites da lei, continuando a ser um poder condicionado pela legalidade (taxatividade), obrigatoriedade e indisponibilidade.

A questão está em equalizar essa tendência de expansão com o devido processo legal, evitando a supremacia da investigação preliminar e os efeitos equivocados na decisão penal. Também não se pode cair no ingênuo mito do voluntarismo entre acusado e acusador, porque a diferença entre o *plea bargaining* com a tortura não é de gênero, mas de grau, como explicará Langbein. A questão do consenso também é problemática, especialmente quando existe um abuso da prisão preventiva no processo penal brasileiro, havendo grande risco de ser utilizado como um meio de coerção para o acordo.

É nesse interregno processual sensível que se discorrerá sobre a aplicação consensual da pena no modelo brasileiro e a proposta do projeto anticrime, sempre buscando a máxima proteção dos direitos fundamentais e evitando tornar o processo penal em um Cadillac, na metáfora de Langbein: um excelente carro que só serve para 2% da população.

2. AS JUSTIFICATIVAS PARA O IMPLEMENTO DO *PLEA BARGAINING*

A tendência generalizada de implantar no processo penal amplas zonas de consenso está sustentada, em síntese, por três argumentos básicos:

- a) estar conforme os princípios do modelo acusatório;
- b) resultar de um ato voluntário;
- c) proporcionar celeridade na administração de justiça.

A tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é ilusória.⁸ Trata-se de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, que não têm relação alguma com o modelo teórico.⁹

O modelo acusatório exige que o juiz se mantenha alheio ao trabalho de investigação e passivo no recolhimento das provas, tanto de imputação como de descargo. A gestão/iniciativa probatória, no modelo acusatório, está nas mãos das partes; esse é o princípio fundante do sistema como leciona Jacinto Coutinho¹⁰ de forma incansável.

O argumento efficientista e utilitarista que sustenta a adoção da negociação sobre a pena no processo penal não é novo e está no cerne das propostas legislativas que direcionaram nesse sentido. Mas é preciso compreender porque se chegou nesse ponto,

⁸FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995, p. 747.

⁹ Exige a separação entre as funções de acusar/julgar; o processo deve ser (predominantemente) oral, público, com um procedimento contraditório e de trato igualitário das partes (e não meros sujeitos). Com relação à prova, vigora o sistema do livre convencimento motivado e a sentença produz a eficácia de coisa julgada. A liberdade da parte passiva é a regra, sendo a prisão cautelar uma exceção. Assim é o sistema acusatório, não derivando dele a justiça negociada. Todo o oposto.

¹⁰ Em inúmeros trabalhos, mas especialmente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.) *Observações sobre os sistemas processuais penais* (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho); 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 25-62.

desde negação de processo justo e contraditório no modelo inquisitorial da idade média, e a negação de processo no sistema negocial do século XX e XXI.

Após passar pela inquisição, a Europa aprendeu e elevou gradativamente o nível das garantias. O problema é que os processos passaram a ser considerados, para muitos, excessivamente 'garantista', moroso e custoso. Na mesma linha, o modelo americano também criou um processo penal complexo e com alto nível de garantias processuais, sendo o julgamento do júri um dos seus grandes trunfos, além das regras de exclusão da prova ilícita, a exigência de prova acima da dúvida razoável para condenação, etc, ou seja, um arsenal de garantias que funda o *due process of law* e que passou a ser atacado por ser excessivamente caro, complexo e moroso, especialmente pela dependência do júri. Explica o Langbein¹¹ (e, exatamente no mesmo sentido vem a crítica de Walsh) "que elas [as garantias] tornaram o julgamento pelo tribunal do júri tão complicados e demorados que o tornaram impraticável como dispositivo processual cotidiano."

O *plea bargaining* projeta o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivéssemos tratando de um ramo do direito privado. Existem, inclusive, os que defendem uma "privatização" do processo penal partindo do princípio dispositivo do processo civil, esquecendo que o processo penal constitui um sistema com suas categorias jurídicas próprias e de que tal analogia, além de nociva, é inadequada. Explica Carnelutti¹² que existe uma diferença insuperável entre o direito civil e o direito penal: "en penal, con la ley no se juega". No direito civil, as partes têm as mãos livres; no penal, devem tê-las atadas, pois o civil lida com o 'ter' e o penal com o 'ser'.

¹¹ LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 140.

¹²"La equidad en el juicio penal (para la reforma de la corte de asises)". (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Librería el Foro, 1960, p. 292).

O primeiro pilar da função protetora do direito penal e processual é o monopólio legal e jurisdicional (do poder) da violência repressiva. A justiça negociada viola desde logo esse primeiro pressuposto fundamental, pois o poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e vinculado à sua discricionariedade. É a mais completa desvirtuação do juízo contraditório, essencial para a própria existência de processo, e se encaixa melhor com as práticas persuasórias permitidas pelo segredo e nas relações desiguais do sistema inquisitivo. É transformar o processo penal em uma “negociata”, no seu sentido mais depreciativo.

Na Europa a negociação também veio para atender a esse postulado de velocidade e eficiência, mas em menor escala. Estima-se que em torno de 30 a 40% se resolve pela negociação no *patteggiamento sulla pena* italiano, por exemplo. Os demais países não fogem desse parâmetro e tendem a ter números inferiores. Optaram por sistemas mais ágeis, várias opções de ritos e abolição do tribunal do júri ou o mantiveram com uma competência restrita e limitada. Nada comparado ao modelo americano.

Nos Estados Unidos o júri permanece como principal método de julgamento, mantendo toda sua amplitude procedimental, ainda que alguns Estados já estejam partindo para julgamentos por juiz singular como forma de melhorar a eficiência e, ao mesmo tempo, assegurar a existência de processo. Como explica Walsh¹³ “a alternativa para melhorar as negociações é ter mais julgamentos”, como tem ocorrido na Filadélfia, “onde julgamentos perante um juiz, e não no júri, são comuns”. O caminho adotado foi evitar o *voir dire* (processo de seleção do júri). Os números são importantes e registram que “em 2015, excluindo

¹³ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials.* In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>

os casos que foram denegados/não admitidos, apenas 72% dos réus criminais na Filadélfia se declararam culpados, em contraste com 97% dos julgamentos federais; e 15 por cento optaram por ser julgado por um juiz (e não o júri)."

Também é preciso destacar, parafraseando Goldschmidt¹⁴, que o processo penal de uma nação é um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição; e acrescentamos: também da cultura de um povo. O *american way of life* também marca o processo penal, na medida em que estamos diante de uma cultura que valoriza o liberalismo econômico, a competitividade, a autonomia de vontade e o individualismo. Não sem razão, o *plea bargaining* é marcado por isso: um afastamento do Estado-Juiz das relações, privatizando o conflito e deixando a negociação livre. Os 'jogadores' precisam ter estratégia na hora de 'vender' a colaboração em troca do maior 'benefício/ganho'.¹⁵

O júri americano se assemelha a uma propaganda enganosa, pois acessível a uma parcela ínfima dos submetidos ao sistema penal. Por isso, Schünemann¹⁶ considera o modelo americano um "simulacro", pois “por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo de processo inquisitorial”,

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas políticos y jurídicos del proceso penal*. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67.

¹⁵ Não há nenhum compromisso ético com a 'verdade' (crítica também feita por Schünemann ainda que processual, e tampouco com o valor 'justiça'. Importa fazer um acordo aceitável para as partes, ainda que isso represente uma pena baixa para um criminoso confesso (rompendo com o liame gravidade do crime-pena) ou uma pena injusta para um inocente que não quer se arriscar ao processo (e o perigo de uma pena desproporcional), ou ainda a concessão de imunidade penal. (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 248-249).

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 242-243.

onde os "substratos teóricos não resistem a um exame crítico". Então, ao invés do processo cumprir o seu papel de proteção do acusado, ressignificasse o processo através de uma mentalidade inquisitória.

Nesse ponto, é precisa a metáfora de Walsh¹⁷: os americanos transformaram o processo penal em um luxuoso Cadillac, grande, caro e pesado. Mas é claro que nem todos podem ter acesso a ele. Então reservemos esse luxo para 2% da população e o resto que ande a pé, isto é, fazendo acordos.

Não é preciso maior esforço argumentativo para compreender porque os europeus preferem garantir o devido processo com uma esfera negocial menor, em contraste com os mais de 90% (chegando a 97% e até 99%) de negociação do sistema americano, onde um processo penal é raríssimo.

Como destaca Walsh, o direito constitucional a um julgamento público é excluído com o *plea bargaining*, tratando-se, para a maioria, de um mito, conforme também compreendeu o Juiz Federal americano John Kane. Essa deterioração sistemática que o acordo penal produz é identificada por um coro de juristas dos EUA, que "querem ajustes para regulamentação e controle das negociações; outros pedem uma revisão mais ambiciosa do modo como os procedimentos são conduzidos, agilizando o processo para torná-lo acessível a um maior número de pessoas."¹⁸

Nesse sentido, Langbein¹⁹ é categórico: "o *plea bargaining* é, portanto, um procedimento de julgamento para

¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 242-243.

¹⁸ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials*. In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>

¹⁹ LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 137.

condenar e declarar culpadas pessoas acusadas de crimes graves”, sem legitimação constitucional, por causa da “garantia oposta, uma garantia de julgamento”.

Nesse cenário parece elementar que, considerando as peculiaridade de nossa cultura inquisitória, o perfil garantista da nossa Constituição, a seletividade do sistema penal e o caos do sistema prisional (para ficar apenas em alguns traços), precisamos é recuperar o Projeto de CPP que tramita há quase 10 anos, melhorar alguns aspectos e consagrar uma ampliação do nosso espaço negocial (a proposta do art. 283) para crimes cuja pena máxima não supere 8 anos (o que já é uma ampliação gigantesca do espaço de negociação em relação à transação penal da Lei 9099). O pacote anticrime se funda num imenso erro e irá gerar o colapso do sistema carcerário, além do fim do processo penal brasileiro.

3. CRÍTICAS AO ART. 395-A DO PROJETO “ANTICRIME”: A EXPERIÊNCIA NEGOCIAL EM PORTUGAL, ESPANHA E ITÁLIA E O PROJETO DE LEI Nº 8045 (NOVO CPP) QUE FOI DESCONSIDERADO.

O modelo negocial proposto pelo Ministro Sergio Moro é excessivo e equivocado, sendo a abertura para negociar diante de ‘qualquer’ crime é o ponto nevrálgico da crítica. Segundo o projeto anticrime, o CPP passaria a contar com o art. 395-A com a seguinte redação:

"Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais

e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o

acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal."

Uma vez feita a confissão, as partes apresentarão uma ‘sugestão’ de pena em concreto para o juiz, dentro dos limites da pena mínima e máxima do tipo. Poderão propor a redução de até 1/2 da pena, alteração de regime e substituição da pena. Aqui mais problemas: (1) a pena em concreto poderá ser reduzida em até a metade, inclusive quando a proposta for de pena mínima? É importante que conste expressamente, pois há divergência histórica sobre a (im)possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal; (2) quanto à alteração do regime ou substituição da pena, deverá obedecer os limites do Código Penal? Pena superior a 4 anos pode ser substituída ou regime semiaberto para uma pena de 12 anos de reclusão é possível?

Essa problemática é relevante na medida em que Sergio Moro, enquanto juiz federal, lidou com acordos fora dos limites do CP, onde se criou regimes inexistentes no direito penal brasileiro, como o “aberto diferenciado”, início do cumprimento em regime de prisão domiciliar fora dos casos previstos em lei, etc²⁰. Essas

²⁰ Por exemplo: uma sentença penal condenatória na denominada “Operação Lavajato” em que alguém – beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”. Depois vem um regime “semiaberto diferenciado” (??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos... tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa “execução penal *à la carte*”. Ver nesse sentido: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>

práticas – ao arrepio da legalidade – se expandiram nos acordos de delação premiada da ‘lavajato’.

Em que pese muitas propostas terem sido homologadas e seguirem vigentes, uma delas foi objeto de censura veemente pelo Ministro Lewandowski ao decidir na PET nº 7265 pela não homologação de um acordo de delação premiada por ilegalidade de suas cláusulas.²¹ Nessa decisão, o Ministro Lewandowski disse obviedades que estavam sendo desconsideradas: nenhum acordo está acima da lei; nosso sistema, de matriz romano-germânica não comporta e não recepciona esse poder negocial e esse super-ministério público do modelo anglo-saxão; “o mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento da pena” que deve estar subordinado ao art. 33 e seguintes do CP, como também no art. 387 do CPP”, que são “normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração”.

Não se pode desconectar a compreensão do Direito da realidade social²², havendo uma grande tensão entre o tempo do direito e o tempo da sociedade, especialmente pelo fetiche da hiperaceleração e do presenteísmo. O processo, aos olhos do povo, demora demais e é ineficiente, mas isso não é uma peculiaridade brasileira, todo o oposto. Figueiredo Dias²³ afirma que “o povo português perdeu a confiança no seu sistema de justiça, em particular da justiça criminal, e este tem-se revelado incapaz de estabilizar as expectativas comunitárias na sua correcção e

²¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361861>

²² Mas isso não significa que o processo penal deva corresponder às expectativas sociais criadas, todo o oposto, ele deve ser contra-intuitivo e contra-majoritário no que tange à eficácia dos direitos e garantias fundamentais. (CUNHA MARTINS, Rui. *Contra-intuição e processo penal*. In: KHALED JR. Salah H. (coord.) *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 467 e ss).

²³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 13.

funcionalidade." Essa desarmonia temporal (ou da percepção do tempo) facilita, imensamente, a aceitação de atalhos e soluções imediatas, pois conduz à ilusão de uma justiça instantânea, desconsiderando que a ruptura temporal é crucial para que se respeite o tempo do direito e o tempo do processo²⁴. Sendo a velocidade a “alavanca do mundo”, há uma verdadeira narcose dromológica, tomando emprestada a concepção de dromologia de Virílio.²⁵

É preciso definir um espaço de negociação entre as partes, em detrimento das estruturas de conflito e, principalmente, uma forma de oferecer uma "eficiência funcionalmente orientada"²⁶ que permitirá ultrapassar a atual sobrecarga da justiça penal, rumo a um modelo mais rápido, sem, em tese, violação dos princípios constitucionais do Estado de Direito. Mas, por outro lado, o Figueiredo Dias é claro em rechaçar a importação do *plea bargaining*²⁷ porque incompatível com o modelo português (e também com o brasileiro, acrescentamos), na medida em que não coincide com nossa concepção de Estado de Direito que tampouco é conciliável com o *rule of law* anglo-saxônico.

No processo penal português, o espaço negocial é restrito e pontual em termos de pena do delito: existe o

²⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa, ed. Piaget, 2001, *passim*.

²⁵ VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Lisboa, Ed. Dom Quixote, 1993, *passim*.

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"?* Conselho Distrital do Porto, 2001, p.16.

²⁷ Utilizaremos aqui apenas a expressão *plea bargaining* (ou *plea agreement*) por ser mais representativa e abrangente. Mas, como explica Carlo Velho MASI (MASI, Carlo Velho. *A plea bargaining no sistema penal norte-americano*, publicado em 29/07/2016, disponível no site <https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano/>), existem diferentes tipos de barganha: “a) na *charge bargaining*, o acusado se declara culpado de um crime menos grave que a acusação original; b) na *count bargaining*, o acusado assume apenas uma parte dentre várias acusações; c) na *sentence bargaining*, a promotora se compromete a pedir em juízo determinado benefício na sentença (o que pode ser negado pelo Juiz); d) e na *fact bargaining* o acusado se declara culpado, mas as partes acordam sobre certos fatos que afetarão a forma como o acusado será punido.”

arquivamento em caso de dispensa da pena (art. 280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo" (art. 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos, ou de 5 anos (casos previstos no art. 281. 6 e 7) e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (art. 282). O professor português²⁸ propõe uma ampliação, dentro do marco do art. 344 do CPP português, o que significa restringir a negociação para crimes cuja pena máxima não ultrapasse os 5 anos, ficando na esfera dos crimes de pequena ou média gravidade.

Na Itália, cujo modelo *civil law* é similar ao nosso e é paradigma em termos de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o *patteggiamento sulla pena*²⁹ (art. 444 e seguintes do CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação), existindo um limite demarcado: com a redução de 1/3 a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do art. 283 do Projeto de CPP que tramita atualmente.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê o instituto da *conformidad* nos arts. 695 e seguintes, depois nos arts. 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena solicitada pelo

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o "fim" do estado de direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, *passim*.

²⁹ O *patteggiamento* seria exercido mediante conclusão antecipada do procedimento, através de sentença, na qual o juízo verificaria a legalidade, pela qualificação jurídica do fato, se a pena acordada estaria dentro dos limites normativos predeterminados, após ter avaliado a adequação da reprimenda. Seria esse o grande papel do magistrado, que exerceria o controle não sobre a legitimidade, mas sobre os efeitos da comensuração da pena, mediante *giudizio di bilanciamento*, atentando ao critério normativo. Portanto, em que pese haja significativo espectro de atuação, nem tudo é possível de acordar. (DALIA, Andre Antonio; FERRAIOLI, Andrea. *Manuale di diritto processuale penale*. Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, p. 643-645).

Ministério Público, abreviando o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos.

E o Projeto de Código de Processo Penal (atual PL 8045), que tramita desde 2009? No Projeto do CPP (PL n° 8.045) o art. 283 define que a negociação será aplicável aos crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse 8 anos, cabendo às partes pedirem aplicação da pena mínima. Além disso, exige-se a confissão do acusado e que a pena deva respeitar as balizas do tipo penal, não havendo espaço para imposição de regimes diferenciados de cumprimento. Além disso, as partes poderão postular (conforme estabelece o § 3º) que essa pena mínima seja “*diminuída em até 1/3 (um terço), se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem*”.

Esse novo CPP foi completamente desconsiderado pelo Ministro Sérgio Moro, que partiu de um ilusório ‘marco zero’ de compreensão sobre a matéria. O Projeto Anticrime peca por ser amplo e admitir a negociação com base em qualquer pena, similar ao *plea bargaining* americano e afastado dos modelos europeus que nos influenciaram e são similares ao nosso.

Por outro lado, no modelo americano as partes dispõem de livre poder negocial, podendo inclusive desconsiderar o princípio da correlação. Na proposta agora analisada, há uma hibridéz sistêmica, na medida em que o juiz participa ativamente do acordo e, principalmente, há exigência de que “a pena seja aplicada dentro dos parâmetros legais”. É um modelo acentuadamente legalista, mas cumpre saber se as práticas não irão degenerá-lo, a exemplo do que ocorreu com a delação premiada, onde mesmo havendo claros limites na Lei n° 12.850 (redução da pena em até 2/3) foram feitos acordos ilegais, com o MP ‘fixando’ penas e regimes completamente fora dos parâmetros e o juiz sendo reduzido a mero homologador. Portanto, a história de negociações à brasileira nos traz péssimos exemplos da ‘lavajato’ que justificam nosso temor em termos de respeito à legalidade e de redução dos espaços impróprios de discricionariedade.

Além da ausência de limites para negociação da pena, insiste-se em criar um *estigma*³⁰ (enquanto atribuição de uma identidade degradada³¹) alinhando-se na construção de inimigos, que seriam os reincidentes e os criminosos habituais ou profissionais, para dar-lhes um tratamento diferenciado. No campo da negociação o projeto anticrime fez o mesmo: se o acusado pertencer a esse grupo, deverá cumprir uma parcela da pena em regime ‘fechado’ (salvo se “insignificantes” as infrações penais pretéritas). Tal disposição, além de recorrer ao censurável ‘processo penal do inimigo’, cria um regime inicial fechado, para qualquer crime e por um período indeterminado. Mais uma vez o Projeto cria condições férteis para o decisionismo tão danoso para o sistema penal.

A proposta tenta se antecipar a algumas críticas e coloca o juiz como controlador ativo da negociação. Mas é o esforço de atenuar apenas uma das críticas (que nem é a mais grave) feitas ao modelo americano, onde se permite a negociação direta entre as partes e contempla o juiz como mero homologador, atribuindo assim poderes excessivos para o MP e subtraindo completamente a garantia de efetiva jurisdição, que é indeclinável.

As partes ‘sugerem’ a pena e o juiz deverá realizar uma audiência de homologação, onde verificará a legalidade (da pena proposta em relação ao crime e também a ‘proporcionalidade’) e a voluntariedade do acordo. Elementar que é uma análise ‘pro-forma’ da ‘voluntariedade’, pois somente uma situação extrema levaria o juiz a não homologar sob esse argumento. Se sairmos do mundo de faz de conta que levou à construção deste projeto, compreender-se-ia que os acordos são impostos e aceitos para evitar um mal maior (justo ou injusto). Trata-se de um contrato de adesão - que todos

³⁰ Sobre o estigma, é imprescindível a leitura de Erwing Goffman, *Estigma*. Notas sobre a Manipulação da identidade deteriorada, Rio de Janeiro, Guanabara, 1988, e da obra de BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas. Um Estudo sobre os Preconceitos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

³¹ O termo *estigmatizar* encontra sua origem etimológica no latim *stigma*, que alude à marca feita com ferro candente, o sinal da infâmia, que foi, com a evolução da humanidade, sendo substituída por diferentes instrumentos de marcação.

conhecemos - do que propriamente um contrato com efetiva bilateralidade e liberdade de contratação. É inegável o constrangimento situacional e a posição de desvantagem do acusado em relação ao acusador público, especialmente com a pressão da prisão preventiva. Desconstruiremos o *mito fundante* da negociação - voluntariedade - na continuação.

Mas o projeto inclui ainda uma causa de não homologação que servirá como anteparo para as críticas: o juiz poderá não homologar o acordo quando “as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal.” Essa disposição é ilusória e terá pouquíssima eficácia.

Primeiro porque não existe ‘prova’ alguma no processo, mas sim meros “atos de investigação”³², pois nesse

³² Eis uma distinção importante e pouco compreendida e explica em “LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 16ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 160”: “uma mesma fonte e meio podem gerar atos com naturezas jurídicas distintas e, no que se refere à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: atos de prova e atos de investigação. Sobre os atos de prova, podemos afirmar que: a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo. Substancialmente distintos, os atos de investigação (instrução preliminar): a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas; e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento); g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. Partindo dessa distinção, conclui-se facilmente que o IP somente gera *atos de investigação* e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo”.

momento procedimental só há investigação preliminar. Segundo, ainda que o acusado não tenha carga probatória nenhuma³³, é difícil que a defesa consiga fazer algum tipo de resistência probatória na fase preliminar, produzindo elementos que evidenciem a fragilidade da acusação, especialmente pela falta de respaldo legal para uma efetiva investigação defensiva. Terceiro, vão existir juízes que endossem as manifestações do MP por diferentes motivos, que vão desde o “alinhamento grupal” e a simpática relação com o Outro (funcionário público), passando pelo efeito aliança, ou mesmo mero comodismo e menor esforço (conforto cognitivo). Prova disso é a quantidade de decisões (interlocutórias, sentenças e acórdãos) que se limitam a transcrever os pareceres do MP como razões de decidir, com meros retoques superficiais e circulares. Quarto, não tardarão em invocar argumentos punitivistas do estilo ‘*in dubio pro societate*’ para afirmar que somente quando houver prova ‘estreme’ de dúvidas o juiz poderá não homologar o acordo. Aqui a mentalidade inquisitória cobrará o preço pela segurança na ambiência de dúvida.

Sob outro enfoque, a hipótese de não homologação por 'ausência de provas' é ainda mais fragilizada se considerarmos que o juiz que faz essa análise é - como regra - o mesmo que atuou na investigação preliminar e que, portanto, pode ter sido chamado a decidir sobre prisão cautelar, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, etc. Mais um problema decorrente do erro histórico de adotar a prevenção como causa de fixação da competência (e não de exclusão, como sempre sustentamos³⁴).

³³ Nunca é excesso recordar a lição de James GOLDSCHMIDT de que no processo penal – por conta da presunção de inocência - não existe ‘distribuição de cargas probatórias’, senão mera ‘atribuição’ ao acusador. (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso Vol. II*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 88–89; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. III El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal. Marcial Pons. 2015, p. 354-355).

³⁴ Desde a primeira edição da obra “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”, em 2001, fruto da tese doutoral defendida em 1999 por Aury Lopes Jr., na Universidade Complutense de Madrid.

Ademais, é o mesmo juiz que irá receber a acusação (ou rejeitar) e também analisar se é caso de absolvição sumária. Aqui a teoria da dissonância cognitiva, o efeito primazia³⁵ e o efeito halo³⁶ cobram um preço alto, tornando pouquíssimo provável essa decisão de não homologação por fragilidade probatória.

Mas supondo que o juiz não homologue o acordo porque “as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal”, o processo prossegue? O projeto não diz, mas seguindo a lógica sistemática só existe um caminho: absolvição sumária. Mas isso deveria estar expresso, pois dá margem para outra interpretação: continuidade do processo. Mas e se mudar o cenário probatório (até porque a prova não tinha sido produzida), o juiz irá condenar o réu? Paradoxal e disfuncional em termos de finalidade da negociação, tornando a única hipótese lógica que o réu aceite o acordo.

É preciso considerar o momento procedimental em que haverá a negociação: após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução. Portanto, já terão ocorrido duas decisões relevantes: a de recebimento da acusação – se presentes as condições da ação – e também a de absolvição sumária do art. 397 do CPP³⁷. Logo, o réu já tem contra si duas decisões que afastam teses defensivas relevantes e indicam a admissão da acusação. Isso gera uma desvantagem negocial frente ao acusador.

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

³⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*, 4ª ed., ver. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 220-225.

³⁷ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

E se o acordo não for homologado (por ilegalidade) ou for descumprido? O processo continuará com o mesmo juiz? Sim, mas não deveria: estamos diante de um juiz contaminado³⁸ (pela confissão completa do réu) e que não tem originalidade cognitiva e tampouco imparcialidade (objetiva e estética). É uma ilusão cartesiana acreditar que basta determinar o desentranhamento e proibir que o juiz faça referências ao acordo (à confissão e elementos trazidos). É mais um imenso faz de conta do processo penal brasileiro que precisa ser repensado, devendo-se desentranhar o acordo e o juiz.

Não podemos nos esquecer de que o mesmo juiz que preside a audiência de homologação da negociação julgará o processo caso o acordo fracasse, o que é um erro, pois ele está contaminado e será imenso o prejuízo causado pelo “pré-juízo” (falta de originalidade cognitiva). Não há como controlar a percepção negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial acabará fulminando – *initio litis* – no (in)consciente do juiz a própria presunção de inocência.

4. FIM DA PRODUÇÃO DE PROVAS: A SUPREMACIA DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

A realização da audiência onde será ouvido o réu e homologado (ou não) o acordo, ocorre após o oferecimento da denúncia, mas antes do início da instrução. Logo, antes da produção de prova em juízo, recordando-se da diferença entre atos de prova e atos de investigação anteriormente apontada. Isso

³⁸ Como explica Rui Cunha Martins, há um grande risco do ‘flagrante’ – não só no sentido da prisão em flagrante - produzir uma contaminação no julgamento do caso penal, pois a evidência é auto referenciada, seda os sentidos e anula o contraditório (“contaminação da evidência que tende a alucinar como produtora de verdade”). CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 87-88.

acarreta uma supervalorização da investigação preliminar, do superado, híbrido e malformado inquérito policial, pois o acordo é feito exclusivamente com base nele, já que nenhuma prova é produzida.

O inquérito é sigiloso e as dificuldades (reais) que a defesa encontra para ter acesso a 'integralidade' dos atos de investigação é imensa, tanto que há súmula vinculante nº 14/STF e existem mecanismos de controle inerentes para fazer valer essa medida, o que é sintoma de descumprimento permanente. Maior ainda são as dificuldades de produção de provas a favor da defesa nessa fase. Seria imprescindível consagrar então a ampla possibilidade de investigação defensiva³⁹, o que não foi o caso. Então a defesa vê o que o MP e a polícia deixarem e, com base nisso, é feito o acordo, ao contrário do imprescindível *discovery* americano, onde se coloca todas as cartas na mesa de negociação e existe transparência da informação.

Explica Walsh⁴⁰ que a questão desse desequilíbrio é tão séria que nos EUA, que no Texas e na Carolina do Norte, juntamente com alguns outros estados, é obrigatório que as partes compartilhem evidências antes do acordo. Um procedimento muito importante que não consta no pacote antricrime como requisito para realização do acordo, sendo possível que o acusado seja impedido de ter acesso à integralidade dos elementos colhidos e tenha que decidir sobre fazer ou não o acordo a partir de uma análise parcial da viabilidade ou não da acusação. Esse dever de compartilhamento é uma exigência de boa-fé e transparência que não só deve pautar o agir do Estado, mas também como uma forma de evitar 'blefes' e acordos abusivos. Se a 'estratégia' e a

³⁹ Sobre o tema: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-01/limite-penal-investigacao-defensiva-poder-dever-advocacia-direito-cidadania>

⁴⁰ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials.* In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>

'malícia' podem ser utilizadas nos negócios privados, não o devem quando se trata de um agente público.

Isso é fundamental e foi completamente desconsiderado na proposta legislativa, que busca atenuar esse malefício com a realização da audiência de homologação do acordo e oitiva do acusado após o oferecimento da denúncia, mas antes de iniciada a instrução. Portanto, a rigor, parte-se da premissa que a defesa já terá tido acesso a integralidade do inquérito policial, o que é equivocado pois não resolve o problema. Não raras vezes provas sigilosas são apresentadas depois, ou juntadas aos autos do processo eletrônico durante a instrução e com base no art. 231 do CPP. Sem falar que, por exemplo, o art. 52, § único, inciso "I", da Lei 11.343/2006 permite que a autoridade policial siga investigando mesmo após o oferecimento da denúncia e, somente 3 dias antes da audiência de instrução e julgamento, aporte o resultado de suas investigações. Portanto, não há garantia de *fair play*, ou seja, de que até o momento do acordo todas as provas da acusação estejam sobre a mesa e sejam conhecidas da defesa, para evitar excessos de acusação ou blefes.

5. SUPERVALORIZAÇÃO DA CONFISSÃO: TORTURA, PLEA BARGAINING, O (AB)USO DA PRISÃO CAUTELAR COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO.

Com a supervalorização da confissão para legitimar a punição antecipada, a questão da prisão cautelar generalizada torna-se um ponto sensível em termos de 'consenso' e 'voluntariedade', pois a própria Constituição Federal considera a prisão uma "coação", assegurando-se o *habeas corpus* em casos de ilegalidade.

No modelo negocial, seja pela via da delação premiada ou pelo *plea bargaining*, o que se busca é, acima de tudo, a confissão do acusado. Para delação premiada a confissão deve vir acrescida de 'colaboração' para punição de outras pessoas/crimes, ou seja, de efetiva contribuição probatória para a responsabilização de terceiros. Já, para o *plea*, a simples confissão circunstanciada basta.

Mas ambas possuem um ponto em comum, entre elas, e com o modelo inquisitório medieval: a necessidade de confissão.⁴¹

A confissão volta a ser a rainha das provas no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores (**proof beyond a reasonable doubt**). **Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão.**

Assim como na delação premiada, é preciso considerar que o acordo sobre a pena - calcado que está na confissão - representa um atalho cognitivo sedutor. Não é preciso produzir prova de qualidade, basta a confissão. Obviamente essa confissão nem sempre é fácil de ser obtida. Então, lançar mão de algum tipo de pressão (ou no mínimo, blefe) é uma técnica natural e muito mais fácil do que investigar profundamente com tempo e meios adequados, obtendo-se elementos probatórios consistentes e submetê-los ao processo. Inclusive, uma pergunta surge de forma cristalina: se o Estado investiga bem, produz prova suficiente da culpabilidade de alguém, por que ele iria 'negociar' a pena com um criminoso? Deveria punir. É um paradoxo negociar nesse caso.

Portanto, é inegável que toda negociação com o autor de um crime é o reconhecimento da incapacidade do Estado de investigar e produzir prova, sendo um típico atalho sedutor. Como explica Langbein é "muito mais agradável sentar-se confortavelmente na sombra, esfregando pimenta vermelha nos olhos de um pobre diabo do que sair ao sol caçando provas", disse

⁴¹ Nesse sentido, Langbein explica que existem “paralelos notáveis entre as regras da tortura e as regras do *plea bargaining*”. Explica o autor que do Século XII à metade do século XVIII a tortura estabeleceu-se no coração do processo penal continental. A tortura era uma prática rotineira para obtenção da confissão, quer era a “rainha” das provas. (LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 134–150).

alguém na Índia, em 1872, ao ser questionado sobre a propensão dos policiais locais em torturar suspeitos.⁴²

Langbein⁴³ também considera que as práticas de tortura e *plea bargaining* não tem diferença de gênero, apenas de grau:

"nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, **nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas.** Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, **nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento.** Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, **mas a diferença é de grau, não de espécie.** O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo." (Grifamos)

Nada muito distante da realidade brasileira experimentada na Operação 'lava jato', com a banalização da prisão cautelar (coação) como técnica para obter a negociação e confissão. Por mais que se negue (ou até que se assuma⁴⁴), há um número

⁴² LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 146.

⁴³ LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

⁴⁴ Nesse sentido, ver parecer do MPF no TRF4 que considerou: "2. Além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo **da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem**

altíssimo (e essa cifra é impossível de ser precisamente definida dado o caráter sigiloso dos acordos) de delatores que aceitaram o acordo para não serem presos (mais notório foi o caso Guido Mantega⁴⁵); outros delataram para obter a liberdade (caso Antonio Palocci, por exemplo) e muitos sim estavam em liberdade, mas diante da ameaça real e concreta de prisões longas durante as investigações - constantemente notícias pela mídia - preferiram se antecipar ao perigo. Portanto, é inegável que a prisão cautelar foi usada como importante instrumento de coação para obtenção dos acordos de delação premiada.

Tal coerção, no Brasil, é ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções, onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer a nossa realidade carcerária.

É preciso considerar também que a discussão sobre a execução antecipada da pena está relacionada ao binômio coação-acordos. Os protagonistas da operação 'lava jato', entre eles o atual

importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos⁷. (grifou-se) Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>.

Também causou surpresa, mais pela honestidade e clareza do que propriamente pelo conteúdo, a declaração do Procurador Regional da República, Dr. Manoel Pastana, de que “em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prises-preventivas-forcar-confissoes>

⁴⁵<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2017/09/mantega-propoe-acordo-ao-mpf-para-evitar-prisao-diz-site-9885953.html>. O acordo foi feito, ainda que depois não tenha sido homologado pelo Juiz da 10ª Vara Federal de Brasília, mas isso não impediu que - informalmente - fosse plenamente eficaz, na medida em que mesmo não tendo sido formalmente homologado, o MPF simplesmente não requereu a prisão diante da colaboração.

<https://g1.globo.com/politica/noticia/juiz-do-df-nega-pela-2-vez-homologar-acordo-do-mpf-com-mantega-que-evitaria-prisao-de-ex-ministro.ghtml>

Ministro Sergio Moro, fizeram forte campanha a favor da prisão em segunda instância invocando também o argumento de eficiência para obtenção dos acordos de delação premiada. Como noticiado, “para a força-tarefa da Lava Jato, a possibilidade de prisão após segunda instância é importante para combater a impunidade e estimular criminosos a firmarem acordos de delação premiada”.⁴⁶

Então, o mutualismo criado pela prisão preventiva com a delação não pode ser ignorado como foi no pacote anticrime.

6. DESCONSTRUINDO O MITO FUNDANTE DA NEGOCIAÇÃO: ILUSÃO DE VOLUNTARIEDADE E CONSENSO.

O mito do ‘consenso’ no campo penal para legitimar o acordo também não resiste a exame, pois se trata de uma ficção do ponto de vista prático, especialmente pela forte pressão do Estado. Como explica Schünemann⁴⁷ o consenso é um 'eufemismo' que oculta a sujeição do acusado ao poder do Estado (pena pretendida pelo acusador), enquanto resultado mínimo daquele cidadão subjulgado, através da justiça criminal.

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em uma técnica que transforma a acusação em um instrumento de coação, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio” e o acusado que resiste vira um estorvo.

⁴⁶ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46628764>

⁴⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 257.

Quando estava a frente da Operação ‘lava jato’, o atual Ministro Moro fez exatamente isso: aplicou penas exemplares, muitas vezes desproporcionais, para quem não aceitou negociar. Não se pode desconectar ainda a “obra do autor” da análise do “autor da obra”: Sergio Moro protagonizou na operação ‘lava jato’ o maior número de acordos de delação premiada jamais visto e, principalmente, teve o ‘mérito’ de criar mais uma função para a pena privativa de liberdade: a prevenção negocial. Todos aqueles acusados que não ‘negociaram’ se prejudicaram imensamente. O recado foi claramente dado: quem não delatou foi condenado a penas altíssimas, exatamente para cumprir a função de prevenção negocial e sinalizar: negociem ou sofram penas duríssimas.

Agora imaginemos – na ambiência pós-‘lava jato’ – como serão conduzidas as negociações do *plea bargaining*? Nessa mesma perspectiva. Que não negociar vai pagar caro (com muitos anos) na sentença condenatória. O acusador público, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará (como demonstra a experiência americana) a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento.

Como explica Walsh⁴⁸, "se um réu decidir ir a julgamento, um promotor pode fazer uma acusação mais grave, pedindo a prisão perpétua. O acordo pode levar a uma pena de 8 ou 10 anos", "ou outro número", disse Matt Sotorosen, advogado sênior do Gabinete do Defensor Público de São Francisco. "Mesmo que você tenha um cliente inocente, a maioria não quer correr esse risco. Eles preferem o acordo de oito anos. O que pode acontecer se o julgamento for ruim?" Os resultados desse cálculo desequilibrado são evidentes nos dados do Projeto *National Registry*

⁴⁸ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials.* In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>

of Exonerations⁴⁹: “de 2.006 casos revisados desde que o projeto começou em 1989, 362 deles (ou seja, 18%), foram baseados em admissões de culpa (*guilty pleas*).”

Portanto, a negociação não pode ser justificada ou legitimada a partir da categoria “autonomia de vontade”. Trata-se de uma base excessivamente porosa e frágil, como aponta Prado⁵⁰:

os desníveis socioeconômicos ainda vivos na sociedade brasileira interditam a pretensão de garantir ao sujeito, principalmente ao sujeito investigado/imputado, condições de exercer plenamente suas potencialidades e, pois, posicionar-se conscientemente diante da proposta de transação, compreendendo seu largo alcance como instrumento de política criminal.

Portanto, conforme explica Schünemann,⁵¹ o sujeito que faz o acordo é recompensado com uma redução da pena; mas quem será punido de forma consideravelmente mais severa é o estorvo: aquele que faz uso legítimo de seu direito à realização do processo penal e luta por provar sua inocência. Trata-se de um estímulo lógico para efetividade da técnica: o reverso da diminuição da pena é o aumento da pena em caso de uma condenação após uma longa audiência de instrução e julgamento.

O panorama é mais grave quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que

⁴⁹ NT: É um projeto da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan ,da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Michigan e do Centro de Ciência e Sociedade da Universidade da Califórnia Irvine Newkirk, e se dedica a revisar casos criminais para apurar condenações errôneas. Sobre o tema: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/mission.aspx>

⁵⁰ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003, p. 224.

⁵¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 252.

aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. Sintoma disso é o fato e que, logo após o anúncio do projeto anticrime, mesmo despido que qualquer justificativa ou fundamentação, uma pesquisa da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)⁵² apontou que 90% dos juizes⁵³ apoiam a “*plea bargaining* Moro”. Como recorda Langbein⁵⁴, nesse tema existe um adágio popular muito adequado: “**se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai**”. (grifou-se)

Em síntese, tudo dependerá do ‘espírito aventureiro’, da aposta que o acusado aceita fazer e de seu poder de barganha. É um modelo que subverte a lógica do sistema penal, baseado na ideia utilitarista e do menor esforço, atropelando-se garantias em nome da eficiência punitiva. É disfuncional também porque prejudica o inocente e beneficia o culpado, gerando uma distribuição seletiva e formalizada de impunidade.

7. A DESCONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO ECONOMICISTA: O CUSTO DE UM SUPERENCARCERAMENTO.

O *plea bargaining* também gerará um enorme custo financeiro ao sistema de administração da justiça. Estamos entrando – sem muito rumo ou prumo – em terreno minado e perigoso para o processo penal democrático e constitucional. Sem

⁵² Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-de-moro>

⁵³ Disponível em: <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/11/80-dos-juizes-apoiam-prisao-em-segunda-instancia-diz-pesquisa-da-amb>

⁵⁴ LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017, p. 146.

dúvida, a primeira impressão é de que o *plea bargaining* representa uma imensa economia e agilidade e o pensamento econômico aplaude. Mas mesmo os economistas precisam reconhecer que existe um sobrecurso gigantesco que anula a economia feita ou mesmo gera um prejuízo maior: o custo do superencarceramento.

O *plea bargaining* vai transformar o processo em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos de sofrer a aplicação de penas duríssimas com caráter exemplar. Do contrário, o sistema negocial perde força, pois seu poder está exatamente na gestão de riscos. A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Quem não aceitar o acordo vai ser um estorvo para o sistema e pagará caro; enfim, o pacote “anticrime” como um todo quer prender mais pessoas, durante mais tempo, adicionando dificuldades para soltura dos presos. Significa, portanto, um endurecimento penal que provocará um inchaço do sistema carcerário, devido à expansão da aplicação consensual da pena.

Contudo, um questionamento central: já foi elaborado um “estudo de impacto carcerário” da expansão do espaço negocial? Como o sistema carcerário sucateado e medieval que temos irá lidar com isso? E um número gigantesco de pessoas, que mesmo não estando presas, estão sob controle do Estado (usando tornozeleiras, em período de observação, etc.)? Não há qualquer estudo publicado pelo proponente que ampare essa proposta do projeto “anticrime”, parecendo mais um caso em que legislaremos primeiro, para ver o que vai ocorrer depois, aguardando que o *plea bargaining* nos leve, tal como nos Estados Unidos, a ter a maior população carcerária do mundo.

Obviamente sem reduzir a questão, há vinculação entre o binômio "rigidez do sistema penal" e "negociação no processo penal", tal como nos Estados Unidos que possuem a maior população carcerária do mundo. Um sistema penal duro que quer prender mais e manter os presos mais tempos detidos, deságua no

processo penal negociado, pois o júri não pode ser usado por todos, é uma garantia de poucos (2%). Qual a consequência: mais de 2 milhões de presos (fontes apontam entre 2.145.000 e 2.300.000 presos)⁵⁵. São mais de 740 presos para cada 100 mil habitantes.

Um cálculo rápido com dados brasileiros do impacto financeiro é ilustrativo:

- VAGAS FALTANTES: 359.058 vagas⁵⁶
- CUSTO MÊS/PRESO SEGUNDO CNJ: R\$ 2.400,00⁵⁷
- CUSTO APROXIMADO DE CONSTRUÇÃO: 42.500,00 POR - VAGA⁵⁸
- GASTO APROXIMADO COM A CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS APENAS PARA SUPRIR A FALTA DE VAGAS: R\$ 15.261.024.793,00 (QUINZE BILHÕES DE REAIS)
- ACRÉSCIMO NO CUSTO MENSAL: R\$ 861.739.200,00

Isso sem considerar o aumento (gigantesco e abrupto) de demanda por novas vagas, na medida em que os acordos forem sendo fechados e necessariamente executados. Portanto, vale a pena? Quanto custa o encarceramento em massa? Qual o custo de ter um superencarceramento como o americano e para o qual o Brasil caminhará a passos largos, se adotado? Agravado pela realidade do cliente preferencial do sistema brasileiro e também pela precariedade do nosso sistema carcerário, medieval, superlotado e dominado por facções? Será infinitamente maior, a

⁵⁵ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2017/12/08/brasil-e-terceiro-pais-com-maior-numero-de-presos.htm>

⁵⁶ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/07/20/brasil-caminha-para-se-tornar-refem-do-sistema-prisional-diz-jungmann.ghtml>

⁵⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>

⁵⁸ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>

médio prazo, do que o ganho imediato. Então, a alardeada eficiência do sistema e benefícios de redução e custos é ilusória

Mas como disse o presidente da Suprema Corte Warren Burger em 1971: "Uma sociedade próspera não deve ser miserável no apoio à justiça, pois a economia não é um objetivo do sistema", escreveu ele. Deve-se "priorizar sua imensa responsabilidade de separar os culpados dos inocentes, pelo eficiente julgamento de réus criminais."⁵⁹

8. CONCLUINDO: A PROPOSTA SUBSTITUTIVA AO PROJETO ANTICRIME ESTÁ NA RETOMADA DO PL Nº 8045 (NOVO CPP) COM AJUSTES.

A proposta do pacote anticrime não serve para o devido processo legal, sendo frágil em termos de respeito aos direitos fundamentais. Mas, é inegável que o entulhamento da justiça criminal exige uma ampliação razoável do espaço negocial e, para isso, propomos a ampliação do limite da transação penal, prevista na Lei 9099/95.

Também é importante recordar que existe um Projeto de Código de Processo Penal, que foi democraticamente elaborado por uma comissão composta por juristas reconhecidos, com representatividade institucional, sendo objeto de audiências públicas e notas técnicas de associações de magistrados, promotores, advogados públicos e privados, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça, e que estabelece uma ampliação ainda maior: crimes com pena máxima até 8 anos. Mas pensamos que essa proposta deve continuar no bojo do Projeto de CPP, sendo lá tratada e, eventualmente, até rechaçada, pois existe ainda

⁵⁹ WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials.* In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>

uma divergência insuperável: pode-se aplicar uma pena privativa de liberdade, ainda que no regime semi-aberto, sem prévio e integral processo? Eis um ponto ainda sem consenso.

Por enquanto, no âmbito de uma reforma pontual e as pressas, como a proposta no Projeto Moro, não se pode alargar tanto o espectro.

Entendemos que não se pode conceber no sistema brasileiro a imposição de uma pena privativa de liberdade sem prévio processo. Portanto, o espaço de consenso deve ficar limitado a penas iguais ou inferiores a 4 anos. Em última análise, uma ampliação do instituto da transação penal (Lei 9099) já seria uma adequada e suficiente ampliação do espaço de consenso.

Parafraseando Carnelutti⁶⁰, a conclusão sobre os acordos é a mesma que o mestre italiano chegou ao tratar da prisão cautelar: a negociação sobre a pena é como um remédio muito forte: se bem utilizado, pode salvar o paciente (o processo penal), mas se houver abuse dela vai matar o processo penal!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas. Um Estudo sobre os Preconceitos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960.

_____. **Lecciones sobre el proceso penal**, v. II. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da;

⁶⁰O maestro italiano se referia à prisão cautelar, mas a lição é perfeitamente aplicável à justiça negociada: CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**, v. II. Buenos Aires: Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 75.

PAULA, Leonardo Costa de (org.) *Observações sobre os sistemas processuais penais* (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CUNHA MARTINS, Rui. Contra-intuição e processo penal. In: KHALED JR. Salah H. (coord.) *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do direito, 2015.

_____. *O ponto cego do direito. The Brazilian Lessons.* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

DALIA, Andre Antonio; FERRAIOLI, Andrea. *Manuale di diritto processuale penale.* Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal.* 8. ed. Madrid: Trotta, 1995.

GOFFMAN, Erwin. *Estigma.* Notas sobre a Manipulação da identidade deteriorada, Rio de Janeiro, Guanabara, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas políticos y jurídicos del proceso penal.* Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona, Bosch, 1935.

_____. *Principios generales del proceso Vol. II*. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1961.

_____. *Derecho, derecho penal y proceso*. III El processo como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal. Marcial Pons, 2015.

LANGBEIN, John H. Tortura e *Plea Bargaining*. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2017.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

_____. *Direito processual penal*, 16ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

MASI, Carlo Velho. A *plea bargaining* no sistema penal norte-americano, publicado em 29/07/2016, disponível no site <https://canalcienciascriminais.com.br/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*, 4ª ed., ver. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White Collar Crime: cases and materials*. St. Paul: West, Fifth Edition, 2012.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa, ed. Piaget, 2001.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

_____. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VIRILIO, Paul. *A Inércia Polar*. Lisboa, Ed. Dom Quixote, 1993.

WALSH, Dylan. *Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining? Side effects include inordinately powerful prosecutors and infrequent access to jury trials*. In: Revista "The Atlantic" publicado em 02/05/2017, disponível no site <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/> .