

***PLEA BARGAINING DEMOCRÁTICO? DA TORTURA AO DEVIDO PROCESSO
INQUISITORIAL NEGOCIAL¹***

***DEMOCRATIC PLEA BARGAINING? FROM TORTURE TO DUE PROCESS OF
INQUISITORIAL BARGAINING LAW***

Juan Marcel Montiel Santander

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre (PUCRS), em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Católica Dom Bosco (2018). Pós-Graduado em Direito Empresarial e dos Negócios na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Porto Alegre/RS. E-mail: juanmm5@outlook.com.

Lívia do Amaral e Silva Linck

Doutoranda em História da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre (PUCRS), em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Porto Alegre/RS. E-mail: livialinck@hotmail.com.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a questão da voluntariedade à uma confissão de culpa no processo penal, ponto central na construção doutrinária atual pelo triunfo do *plea bargaining* pelo mundo. Desse modo, imprescindível reprimir em que ponto a voluntariedade toma lugar de destaque no procedimento penal, de modo a poder ver para além do que se possa tentar regulamentar, e se há, realmente, a possibilidade de existência de uma garantia contra condenações errôneas, ou literalmente esta construção já trabalha com a

¹ Artigo recebido em 29/06/2021 e aprovado em 20/12/2021.

aceitação de um nível alto (bem alto) de condenações errôneas. Assim, nessa busca pela penalização obscena, utiliza-se da obra “Discurso da servidão voluntária”, no qual La Boétie com maestria expõe sobre esse antinatural desejo de servidão do homem, que parece trazer importantes reflexões desse notável avanço do *plea bargaining* pelo mundo, sem resistências, e segundo, para desconstruir qualquer perspectiva que o instituto ofereça qualquer sinal de desejo de confissão no processo, mas sim, unicamente a construção sistêmica em maior ou menor grau de coerção em um espaço que deveria aspirar democracia.

PALAVRAS-CHAVE: *Plea bargaining*, tortura, processo penal, sistema inquisitório.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the issue of voluntariness to a confession of guilt in the criminal process, central point in the current doctrinal construction by the treaph of plea bargaining throughout the world. Therefore, it is essential to reiterate the extent to which voluntariness plays a prominent role in criminal proceedings, so as to be able to see beyond what can be tried to regulate, and whether there really is a possibility of a guarantee against wrongdoing, or literally this construction already works with the acceptance of a high (very high) level of misconduct. Thus, in this quest for the obscene penalty, we use the work “Discourse of voluntary servitude”, in which La Boétie masterfully exposes this unnatural desire for servitude of man, which seems to bring important reflections of this remarkable advance of the plea bargaining around the world, without resistance, and second, to deconstruct any perspective that the institute offers any sign of desire for confession in the process, but only the systemic construction to a greater or lesser degree of coercion in a space that should aspire to democracy.

KEYWORDS: Plea Bargaining, Torture, Criminal Procedure, Inquisitive System.

1 A PERVERSÃO LÓGICA DA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A VOLUNTARIEDADE NO SISTEMA DE TORTURA EUROPEU MEDIEVAL

A presente pesquisa visa analisar a voluntariedade à uma confissão de culpa no processo penal, ponto central na construção doutrinária atual em decorrência do “triunfo do *plea bargaining* pelo mundo”. A celeuma doutrinária consiste na análise de uma atuação legítima – ou seja, se chega às raias da pressão psicológica que configuraria uma coação -,

agindo dentro de limites legítimos da voluntariedade do acusado de confessar a culpa e abdicar do direito a um julgamento.²

Indispensável reprisar em que ponto a voluntariedade toma lugar de destaque no procedimento penal, de modo a poder ver para além do que possa-se tentar regulamentar, e se há, realmente, a possibilidade de existência de uma garantia contra condenações errôneas, ou se, literalmente, esta construção já trabalha com a aceitação de um nível bastante alto de condenação de inocentes.

Nessa busca por uma penalização mais vulgarizada (ainda), é importante trazer outras áreas para refletir esse notável avanço do *plea bargaining* pelo mundo, por apresentar-se sem resistências significativas; como para desconstruir qualquer perspectiva que o instituto ofereça qualquer sinal de desejo de confissão no processo, mas sim, unicamente a construção sistêmica em maior ou menor grau de coerção em um espaço que deveria aspirar democracia. Este instituto tem uma ligação axiomática com a tortura, sendo ambos elementos da confissão dentro do gênero das provas, na ciência procedimental.

Ao adentrarmos no período medieval encontramos uma das maiores desumanidades sistematizadas, onde o processo penal com uma pretensão de verdade absoluta levou à extrema intolerância.³ Neste procedimento denominado inquisitório, a denúncia anônima era a força motriz na instauração de uma investigação, na forma de abertura de processos *ex officio*.⁴ As ordálias são proibidas com a ascensão definitiva de uma epistemologia inquisitória, sendo também o direito germânico absorvido pelo antigo direito imperial e pela Igreja Católica. Se o cenário político e do poder era de centralização monárquica, a jurisdição superou a fracionariedade do período feudal, coexistindo jurisdições reais e eclesiásticas, sob o signo do direito romano imperial amplamente inquisitório.

² “Para que a imposição de uma sentença condenatória baseada na conformidade seja legítima, devem cumprir-se certas condições. Primeiro, que o Ministério Público, orientado pela objetividade, realize uma proposta de conformidade justa, conforme a lei e baseada em elementos incriminatórios suficientes. E, segundo, que um juiz independente controle de maneira efetiva vários elementos: a) que a acusação e a pena sejam adequadas; b) que o acusado entenda o alcance de sua renúncia e seja consciente das consequências de seu acordo; e c) que o acusado preste seu consentimento livre de qualquer tipo de pressão. Esse é o conjunto de garantias mínimo para que um sistema de justiça criminal admita a renúncia do acusado ao seu direito a um processo público.”

WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1 ed. São Paulo: Editora Tirant, 2019, p. 37.

³ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Ventos, 1993.

⁴ MAIER, Julio. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 283

A jurisdição eclesiástica começa sua escalada, inicialmente, ao tratar o crime como um problema de salvação da alma, expiação da culpa através da pena, e a expansão sobre infrações, tornando-os delitos de heresia equiparada ao de lesa majestade, que tem como marco a criação do Tribunal da Inquisição, por ordem da reivindicação do Papa Gregório à tarefa de perseguição aos Cátaros ordenada pelo Imperador Frederico II, em 1231.⁵ A tortura seria institucionalizada duas décadas depois, no ano de 1251 com a Bula *Ad Extirpanda* de Inocêncio IV.

Sob uma ordem racional superior perante os Juízos de Deus das ordálias, a tortura encontrava-se sob uma doutrina de que o Magistério é portador exclusivo de uma verdade absoluta,⁶ portanto, de uma ideologia autoritária e totalitária que elimina qualquer diferença.⁷ Além da certeza da verdade, Maria Thereza Rocha de Assis aponta o sistema infalível que trazia uma sobreposição da forma sobre a análise dos fatos e as garantias processuais, que “embora pudesse parecer que a finalidade da confissão era a busca da verdade material, na realidade desprezava a real apreciação jurídica da prova, tornando possível a condenação apenas em face do extremado apego às formas”.⁸

A sobreposição do juiz-inquisidor sobre o acusado, que teve vigência tão duradoura quanto a crueldade que reproduzia, encontrou resistências significativas somente a partir do século XVIII, tendo como marco a Revolução Francesa (1789), e a secularização do direito. Porém, não haveria um retorno ao sistema acusatório. Em 1808, das mãos de Napoleão, foi inaugurado o que seria o sistema misto, processo dividido em duas partes, sendo a primeira uma investigação secreta a fim de verificar a autoria e a materialidade (pré-processual

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 183, 2009. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

⁶ “Mas o livro pode ser lido de mil maneiras. Qual é a leitura correta? Deus, novamente, se apiedou da humanidade e criou o Magistério: o Papa e os Bispos. Eles são os representantes de Deus e os vigários de Cristo. A missão do Magistério é guardar fielmente, defender ciosamente e interpretar autenticamente o depósito das verdades salvíficas. Mas eles não são humanos, sujeitos a erros? Deus novamente se apiedou da fragilidade humana e concedeu ao Papa e aos bispos reunidos um privilégio único. Em questões que interessam a todos concernentes à fé e à moral, visando à salvação eterna, seus pronunciamentos gozam de infalibilidade. Eles não podem errar e por isso, na história nunca erraram”. EYMERICH, 1993.

⁷ “A Bíblia e a doutrina tradicional somente podiam ser apresentadas como verdade divina e Palavra de Deus, sob a condição de tudo nelas ser verdadeiro. A concessão de algum erro, em alguma frase da Bíblia ou em algum ensinamento da Igreja, seria fatal. Destruiria a base da afirmação de que a Igreja seria a portadora da verdade absoluta que se encontra na Bíblia e na tradição. Ela tem que afirmar como verdade, indistintamente, tudo, que o Sol gira ao redor da terra e a burra de Balaão falou de verdade”. EYMERICH, 1993.

⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.

inquisitório), e a segunda a fase do tribunal onde as partes duelariam sobre as questões de direito (acusatório). O resumo da ópera é um sistema que terá a prova conduzida de maneira secreta e escrita no inquérito, com ausência de contraditório e ampla defesa, na busca da “verdade do delito” que lhe foi noticiado; e a fase judicial, mera repetição do inquérito inquisitorial, utilizada com variações discursivas pelo julgador: um “mero simulacro”.⁹ Este é o modelo que se diz vigente até os dias atuais nos Países de tradição da *civil law*.

A partir do decorrer histórico-político-religioso que se delineou de maneira genérica até aqui, estudo interessante de John Langbein, chamado “*Torture and plea bargaining*” ganha importância ao ponto que pretendemos chegar. Trata-se de um interessante artigo que busca demonstrar os paralelos entre o sistema de tortura medieval europeu e o *plea bargaining* americano, procurando apontar que a tortura e o *plea bargaining* foram o subterfúgio sistêmico de ambos, onde cada sistema o criou (o subterfúgio) por encontrarem-se incapazes de renegar diretamente o nível irreal de garantias com os quais se comprometeram cada um à sua época.

Nesse período da Europa Medieval do século XIII, as ordálias são definitivamente superadas, com toda sua carga mística, em detrimento de um sistema inquisitório ao ponto da verdade absoluta que o Magistrado é portador; e de um extremo formalismo, que de tão objetivo, eliminaria a discricionariedade humana para a determinação de culpa. Foi criada pelos glosadores italianos e inseriu-se a regra de condenação ter de ser baseada sobre o testemunho de duas pessoas, sob a batuta da famosa frase “clara como o sol do meio dia”, tendo essa regra uma exceção: se o acusado voluntariamente confessasse a ofensa, poderia a corte condená-lo sem a regra das duas testemunhas.¹⁰

Outro ponto era que a condenação não poderia ser baseada sobre evidências circunstanciais, porque essas evidências estariam adstritas ao convencimento e à persuasão subjetiva de um júri. O autor utiliza o exemplo do suspeito de assassinato que teria sido flagrado com um punhal ensanguentado e a pilhagem em sua posse, este não poderia ser

⁹ RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, 2016, PUCRS, p. 44-45.

¹⁰ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 4.

condenado pelo crime desde que nenhuma testemunha tivesse visto o golpe sendo desferido à vítima.¹¹

O ponto central da tese é de que o nível da garantia contra condenações errôneas foi colocado em um patamar muito alto, pois o sistema de prova somente poderia ser efetivo em crimes evidentes, e isto a sociedade não tolera. Algo teria que ser feito para expandir o sistema de provas para os crimes circunstanciais e clandestinos. Assim, de modo que a regra de duas testemunhas seria difícil de comprometer, por ser elemento mínimo de autoria, a regra da confissão voluntária parecia ser o subterfúgio que traria resultados. Então, da confissão voluntária para a coerção à confissão de alguém contra quem corre grave suspeita foi o caminho que se conduziria o procedimento; caminho “que se iria cada vez mais longe”.¹²

Nesse período são criadas as garantias para assegurar a voluntariedade da confissão e que perduram até hoje. A regra de causa provável, criada para “assegurar” que somente pessoas com grande probabilidade de serem condenadas seriam examinadas sob tortura.¹³ E um toque de mestre finalizaria a programação punitiva. O sistema encontrou um lugar para as evidências circunstanciais, por óbvio, um lugar subsidiário, mas que para sempre seria o elemento definidor do caso penal. Evidências circunstanciais não seriam consultadas diretamente como a última e definitiva questão do julgamento, culpado ou inocente, mas como questão de procedimento interlocutório: se o acusado seria ou não seria interrogado sob tortura.¹⁴

A outra garantia que perdura e foi criada no período para elevar a confiabilidade das confissões, é a garantia que a informação admitida sob tortura deveria ser investigada e

¹¹ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 4.

¹² LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 5.

¹³ “Desse modo, a tortura era permitida somente quando uma ‘meia prova’ fosse estabelecida contra o suspeito. No caso acima, o suspeito pego com o punhal e com a pilhagem, cada indício era valorado com um quarto de prova, junto formavam meia prova, o que seria suficiente para uma sessão da câmara de tortura”. LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 5.

¹⁴ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 5.

verificada se era factível,¹⁵ um ancestral da prova de corroboração.¹⁶ A famosa exigência de uma “adequada base fática para a confissão de culpa”, é a combalida superestrutura onde todos os sistemas negociais irão se fundamentar. Uma garantia que “nada garante”, ou uma mera exigência formal que busca dissimular que não há nenhuma preocupação se a condenação se dá sobre elementos mínimos de autoria e materialidade. Por óbvio essas garantias foram criadas para serem superadas sistematicamente.

2 PLEA BARGAINING E A UTILIZAÇÃO DAS GARANTIAS DA VOLUNTARIEDADE DA CONFISSÃO DE CULPA DO SISTEMA DE TORTURA EUROPEU MEDIEVAL

Seguindo à guisa das conclusões de John Langbein, imprescindível apresentar o sistema de justiça criminal americano do *plea bargaining*. Conforme o noticiário The Economist, um estudo com 90 países resultou que apenas 19 países permitiam o *plea bargaining* nos anos 90. A mesma pesquisa feita atualmente já contabilizam 66 países.¹⁷

O *plea bargaining* não está previsto na Constituição americana, pelo contrário, no *Bill of Rights* encontra-se o seu oposto, a garantia de julgamento, previsto na sua 6ª emenda: “Em todos os processos criminais, o acusado deverá possuir o direito de julgamento por um júri imparcial”.¹⁸ Desse modo, o julgamento por júri continua a ocupar seu lugar central, apenas na lei formal ou na mitologia da lei. Isso porque o sistema criminal de justiça dispõe

¹⁵ “A tortura não deveria ser usada para provocar uma insubstancial confissão do culpado. A tortura deveria ser aplicada de maneira a descobrir os detalhes fatuais do crime, onde agora, o magistrado era proibido de comprometer-se com questionamentos, criando-se um examinador na prática que por óbvio alimentava e dirigia o acusado para detalhes que queria ouvir. Portanto, se o acusado dissesse que escondeu o punhal enterrado abaixo do grande carvalho, o magistrado deveria enviar alguém para escavar”. LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 5.

¹⁶ Esta garantia sendo definida na tradição da *common law*, somente durante o séc. XVIII, dentro da *law of evidence*, sendo uma clara evolução no sentido de assegurar os casos com testemunhas da Coroa (delação premiada), em resposta ao perigo de perjúrio inerente ao testemunho de cúmplices. A regra, portanto, requeria uma prova adicional ao testemunho do cúmplice para a possibilidade de condenação pelo júri. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 204.

¹⁷ Em artigo de 2017, encontrava-se a velocidade em que vem se adotando formas mais próximas ao sistema americano de *plea bargaining*. “Um estudo de 90 países encontrou que somente 19 permitiam barganhas em 1990. Agora, 66 permitem. Em muitos países, incluindo Inglaterra e Austrália, as alegações de culpa são a maioria dos vereditos de culpado. Nas cortes Americana, a partilha é próxima aos 100%”. *Plea Bargains Save Time and Money but Are Too Easily Abused*. Londres, 9 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/11/09/plea-bargains-save-time-and-money-but-are-too-easily-abused>>. Acesso em: 20 Dez. 2021.

¹⁸ “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to trial by an impartial jury*”.

virtualmente quase todos os casos de crimes sérios pelo *plea bargaining*, alcançando médias acima dos 95% dos casos criminais, em alguns alcançando 99% de todos os *felony*¹⁹ por um *plea of guilty*.²⁰

O *plea bargaining* surgiu do interior do sistema americano de justiça no século XIX, como uma forma para evitar o julgamento pelo júri, ou mais especificamente, assegurar uma “rápida vitória” no contexto da pressão do crescente volume de casos do séc. XIX.²¹ O *plea bargaining* ocorre quando o procurador/acusador induz um acusado a confessar a sua culpa e desistir do seu direito a um julgamento (previsto pela 6ª emenda) em troca de uma mais leniente sanção criminal. O procurador oferece leniência/clemência tanto diretamente, na forma de uma redução da acusação, ou indiretamente, através da conivência do julgador, na forma da recomendação da sentença reduzida que o juiz seguirá. Em troca pela busca de leniência pelo acusado, o procurador é aliviado da necessidade de provar a culpa do acusado e a corte é poupada de ter que julgar o caso. A corte condena o acusado com base na sua confissão, sem uma adjudicação independente.

Segundo John Langbein, nos dois séculos da metade do séc. XVIII à metade do séc. XIX, uma vasta transformação ocorreu na instituição anglo-americana do tribunal de júri criminal, resultando absolutamente impossível de trabalhar como dispositivo processual e ocorrendo o desenvolvimento de um procedimento alternativo, o qual nos conhecemos atualmente como o sistema de *plea bargaining*.

No séc. XVIII, o tribunal de júri inglês ainda era um procedimento sumário. No Tribunal central *Old Bailey* em 1730, rotineiramente ocorriam entre 12 a 20 julgamentos por júri, em casos de *felony* em um único dia. Um mesmo júri seria selecionado e ouviria as evidências em numerosos casos não relacionados antes de se retirarem para formalizar os vereditos em todos os casos. O juiz chamava as testemunhas e o procedimento transcorria entre estes e o acusado.²²

¹⁹ Nos EUA, o governo federal define como *felony* como crime punível acima de 1 ano até a pena de morte. Se for punível por até 1 ano, é classificado como *misdemeanor*.

²⁰ Significa assunção de culpa.

²¹ George Fisher apresenta o desenvolvimento do que viria a ser uma das formas que o *plea bargaining* realizou no sistema criminal americano, no caso de sua obra, nos *liquor case*, em Middlesex, durante todo o séc. XIX. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 871-872.

²² “Em 1790, quando os americanos constitucionalizaram o tribunal do júri inglês, este era rápido e eficiente. “O julgamento de Hardy por alta traição em 1794 foi o primeiro a durar mais de 1 dia, e a corte considerou seriamente se teria poder de adiar um dia...”. Em contraste, podemos notar que o julgamento de Patricia Hearst por roubo a banco em 1976 durou 14 dias e que a média nos julgamentos por júri por *felony* em Los Angeles em

A partir de então iniciou-se uma escalada sem precedentes que protraíram o tribunal do júri americano – a oralidade e os discursos prolongados das partes, regras de exclusão de provas ilícitas, moções criadas para provocar ou preservar questões para apelar, a complexidade que a acusação e a defesa trouxeram para as questões foram tornando-se mais especializadas, o crescimento e profissionalização da polícia e do Ministério Público, tornaram o processo tão complexo e longo que acabaram destruindo o sistema.²³

Dessa forma, de maneira similar ao que descreve como ocorreu na Europa medieval, John Langbein aponta que o nível de garantias contra condenações errôneas estava de inúmeras maneiras acima do que pessoas “civilizadas” exigiam. O sistema tornou-se tão complexo, consumidor de tempo e dinheiro, que resultou em um dispositivo de julgamento criminal impossível de trabalhar. Dela exsurge o *plea bargaining*.

Esse sistema, que é denominado de “administrativização global de condenações” por Máximo Langer, vem sendo importado para o mundo, apesar das diferentes tradições jurídicas, e das duras críticas que há muito desvelam seus reais interesses por trás de uma suposta voluntariedade entre as partes de negociarem o resultado jurídico de um ato.

Em sua origem, o instituto encontrou uma feroz oposição por parte da doutrina e da jurisprudência, que podem ser apontadas por 3 razões principais: a extrema debilidade da posição do arguido em matéria de garantias de defesa (como dito anteriormente não havia defensor, não apresentava testemunhas, etc.), de modo que as cortes compensavam o déficit com a proteção do próprio arguido contra a sua “imbecilidade e imprudência”, ou seja, o próprio juiz o defendia, se necessário;²⁴ tinha-se a compreensão que a declaração de culpa contingente de um aligeiramento da sanção deveria equiparar-se à confissão sob a ameaça de

1968 era de 7.2 dias de tempo de julgamento. No século XVIII a mais característica (e consumidor de tempo) qualidade do tribunal de júri moderno chamava-se procedimento adversarial e as regras de exclusão das evidências criminais ainda eram primitivas e sem características. O direito do acusado de ser representado por um advogado não era generalizado para todos os crimes até o fim do séc. XVIII na América e no séc. XIX na Inglaterra”. LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 10.

²³ LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>>. Acesso em: 1 dez. 2019, p. 20.

²⁴ Nas palavras de Sir Edward Coke “é melhor para um prisioneiro ter uma opinião do juiz por ele, que muitos advogados. Os juízes... possuem um cuidado especial sobre a acusação formal e que a justiça seja feita à parte”. COKE, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning, High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. 137, (London 1644). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 26.

um mal que não era tida como livre;²⁵ e a mais importante, a *guilty plea* era desencorajada em virtude da extrema severidade e rigidez das penas: a pena de morte ou o *maiming* (mutilação) representavam para os crimes de *felonies* a regra e que ainda na primeira metade do século XIX, a capital *penalty* era a sanção normalmente aplicável a não menos do que 200 tipos de crime, sem relação alguma com a gravidade da ofensa, em um sistema de *all or nothing*.

Em 1987, o Congresso promoveu a uniformidade na aplicação das sanções a arguidos que houvessem cometido crimes idênticos e com passados criminais similares. A necessidade advinha de melhor regulamentar o instrumento em questão, tendo em vista a sua enorme discricionariedade com os exemplos de enormes disparidades de penas.²⁶ Os efeitos, porém, é que criaram uma multiplicidade de itens susceptíveis de serem objetos de acordos, ao fixarem quadros rígidos e altamente previsíveis de sanções,²⁷ ao invés de terem contido o fenômeno dentro de limites razoáveis, proporcionaram a generalização dele e sob diversas formas, criando um arsenal de horizontes punitivos para o procurador manejar o acusado como quizer, até o ponto de quebrar qualquer desejo de defesa, e assumir formalmente o crime com uma pena reduzida.

Alexandra Natapoff em seu livro *“Punishment without a crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal”* examina os

²⁵ O qual do *Warickshall case* veio a formulação concisa que excluía a confissão “forçada da mente do atraído pela esperança, ou pela tortura do medo” tornou-se a jurisprudência histórica sobre voluntariedade da confissão. 3 Wigmore, Evidence, § 819, p. 238. Apud: LANGBEIN, John. The Origins of Adversary Criminal Trial. Oxford University Press. 2003, p. 218.

²⁶ As *Federal Sentencing Guidelines* entradas em vigor em 1987, vem consagrado um quadro de sanções (*sentencing table*) com 258 células cada qual sendo o resultado do cruzamento entre um determinado nível de gravidade do crime (*offense level*), que é estabelecido em 43 níveis indicados numa pauta vertical, com uma categoria referente ao passado criminal do arguido que, por sua vez, é estabelecido em 6 níveis, a cada um dos quais é atribuído um determinado número de pontos (*criminal history points*), numa pauta horizontal. Da referida entre as duas grandezas resulta a moldura penal aplicável ao arguido, em meses, podendo ir até a prisão perpétua; de modo que, por exemplo, a um crime de gravidade 10 corresponderá uma moldura penal 6 a 12 meses, se o passado criminal do arguido ficar pela primeira categoria (0 ou 1 pontos), mas já uma moldura penal de 8 a 14 meses se esse passado integrar a segunda categoria (2 ou 3 pontos), e assim sucessivamente até um ponto em que, por exasperação, a pena aplicável será sempre a prisão perpétua. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Almedina, Coimbra, 2007.

²⁷ *U.S. Sentencing Guidelines* entrou em vigor em 1987, onde a tábua de penas é um quadro de dupla abertura, no que se mede a gravidade do delito em um eixo vertical e a história delitiva do acusado, em um eixo horizontal. A finalidade dessa grade é permitir determinar a interseção entre o delito e o histórico delitivo. Embora não seja a primeira, a tábua federal é a única em seu detalhe e complexidade, possui 43 níveis de delito, 6 categorias de histórico delitivo e um total de 258 compartimentos nos quais se expressam distintas categorias de penas de modo escalonado. Embora continue virtualmente a mesma desde as primeiras diretrizes, as regras para aplicar esta tábua duplicaram em extensão desde 1987. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 138.

delitos paradigmáticos na América: os pequenos delitos ou *misdemeanor*, revelando que esses pequenos delitos inofensivos produzem mais de 13 milhões de casos todos os anos. Esse sistema arrasta milhões de pessoas para as cortes, no qual são defendidos por advogados ineficientes, os juízes julgam em poucos minutos, e os números são quase totais dos que se declaram culpados. Essa máquina de *misdemeanor* inicia uma punição antes de qualquer crime. O resultado é um vasto número – a maioria de baixa classe social econômica e negros – de pessoas estigmatizadas como criminosos, empobrecidos pelas multas, apartada de direitos de conduzir veículo automotor, trabalho e moradia.²⁸ Portanto, o enorme controle feito aos pequenos crimes em determinados locais, pré-estabelecidos de acordo com taxas de criminalidade, somados ao sistema das *guidelines*, forma um histórico criminal que traz enormes reflexos na punição, em um sistema que prevê aumentos substanciais até a prisão perpétua para reincidentes.

É precisamente em questões de má conduta do promotor que a preocupação ganha nova dimensão. É reconhecida na prática judiciária americana que na presença dos chamados casos com fraca força probatória que o Ministério Público, não obtendo sucesso em persuadir a defesa das vantagens de determinado acordo, poderá socorrer-se de certas práticas censuráveis nas formas de fraude e ameaça. Como é possível a prática da sobre-imputação (*overcharging*), sobrecarregando a acusação com soma de outras imputações que os indícios não sustentam (*horizontal overcharging*) seja imputando crime mais grave (*vertical overcharging*).

Esses pontos são essenciais para demonstrar em qual nível de assimetria e desigualdade estamos lidando. Inclusive o arguido é levado ao procedimento de negociação sem a completa informação da força probatória do Procurador.²⁹ Ou seja, é óbvio que o sistema do *plea bargaining* tem como elementar a técnica do *bluffing* contra arguidos, geralmente, pessoas simples, não-experts.

²⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime: How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. 1 ed. New York: Editora Basic Books, 2018.

²⁹ A Constituição americana exige aos procuradores disponibilizar as provas de inocência do acusado ao tempo do julgamento, não antes, ou seja, na fase *pretrial*. *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002).

Uma frase de um juiz americano sintetiza a questão: “*He takes some of my time, I take some of his*”.³⁰ Claramente tais características do sistema geram o efeito não de preservar os direitos fundamentais ou uma suposta liberalidade do arguido de poder escolher voluntariamente o modo de resolver uma questão criminal, mas assenta-se na coerção de penas com enorme disparidade entre quem aceita o acordo e quem rebeldemente impõe seu direito constitucional ao julgamento,³¹ aprofundando as características racistas, econômico-sociais, e de xenofobia no centro do poder punitivo americano.

3 O TRIUNFO DO PLEA BARGAINING PELO MUNDO E DE OUTRAS PERVERSÕES PUNITIVAS

A questão posta é: devemos render-nos ao implante do instrumento do *plea bargaining* no sistema jurídico criminal brasileiro mediante considerações? Fazer transigências? Capitar diante da inevitável implantação do instrumento? A perversão da lógica negocial no sistema penal é indisfarçável. Inegável para seus defensores de tratar-se uma triste necessidade, mas claro, sempre para o Outro.

No estudo dos sistemas processuais antigos, se encontra sempre presente a utilização da tortura. Sem dúvida, sua utilização remonta a tempos imemoriais da sociedade humana. Porém, é no período medieval que se criam critérios/garantias para a voluntariedade da confissão, de modo a franquear o complexo julgamento e o cada vez mais criterioso sistema contra decisões errôneas. John Langbein com muitos méritos aponta que o *plea bargaining*, utilizou-se das mesmas garantias (*regra da causa provável e adequada base fática para a confissão de culpa*) e da mesma intolerância às garantias erigidas após, principalmente, a evolução dos princípios de exclusão de provas ilícitas, onde, supostamente manteve a ideologia liberal do sistema adversarial na mitologia da lei, mas acabou com um sistema que

³⁰ KING, Nancy. SOULÉ, David. STEEN, Sara. WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, And Jury Trial in Five Guidelines States*. Columbia Law Review, v. 105, 2005, p. 964.

³¹ A mais importante e que aborda o *plea bargaining* de modo mais contundente, é *Brady v. United States*, onde a Suprema Corte denegou o entendimento que amplos descontos no sentenciamento e a ameaça da pena de morte eram suficientes evidências de coerção. Neste ponto, observa-se a total conversão à direção oposta das decisões de quatro décadas antes. No caso, Robert Brady foi acusado por sequestro em 1959, onde o refém foi libertado tendo sofrido violência física, o qual sob a 18 U.S.C. § 1201(a), da *Federal Kidnapping Act*, impunha a pena máxima capital se o júri recomendasse. Quando descobriu que seu cúmplice havia confessado o crime e concordado em testemunhar contra ele, Brady mudou seu *plea* de não culpado para culpado. O juiz o questionou duas vezes se o *plea* era voluntário. Este foi condenado a 50 anos de prisão, depois reduzido a 30 anos. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

cresceu rasteiramente até ser cancelado definitivamente a partir da década de 1970 com decisões históricas da *Supreme Court*.

Tal sistema, signo de “eficiência” aos olhos dos cidadãos ao redor do mundo, constitui-se, em contrapartida, em uma óbvia erosão das garantias fundamentais, e dos princípios mais elementares da função jurisdicional, principalmente, na nossa tradição jurídica à do princípio da necessidade, sendo o processo penal, caminho necessário e indispensável, para se chegar a uma pena.

A partir de 1808, no continente e nos países de tradição jurídica da *civil law* manteve-se intocável um sistema misto, ou melhor, (neo)inquisitório, de núcleo inquisitório e de cunho autoritário, no qual a gestão/iniciativa probatória continua a ser atribuída ao juiz, ferindo a separação das funções e a imparcialidade do julgamento. Outrossim, Nereu Giacomolli traz exemplos claros das características inquisitoriais do nosso sistema, tendo como núcleo fundante a centralidade do julgador; a supremacia do interesse público representado pela potestade punitiva referentemente ao acusado e ao seu direito de liberdade; a inexistência de previsão da presunção da inocência no corpo dos artigos Código; o estabelecimento do magistrado como o protagonista do sistema, assegurando tantos poderes instrutórios como os de condução do processo de ofício.³² Estamos prestes a retirar as garantias restantes da defesa para alavancar o outro superpoder: o procurador.

Por óbvio, a explicação para tão radical mudança encontra-se para bem além da discussão sistêmica do processo penal. Hanna Arendt tem importância ímpar em reflexões teóricas sobre os problemas concretos do século XX. O esfacelamento dos Estados-nações ocasionou o desaparecimento da estratificação da sociedade, sendo essa fundamental para o indivíduo poder ser reconhecido pela camada social na qual se encontra. Não há mais, a partir desse momento, a luta pelo interesse de uma classe específica.³³ Assim, como a ascensão de

³² A obra traz exemplos no corpo do Código, exemplo: a) a busca pela verdade material, autorizando o juiz a agir de ofício na requisição à autoridade policial para abertura do inquérito (art. 5º, II, CPP), na determinação de provas (art. 156, CPP), na inquirição das testemunhas (art. 209, CPP), na faculdade de decretar a prisão preventiva (art. 311, CPP), na faculdade de condenar o acusado mesmo quando o acusador postula a absolvição do réu (art. 385, CPP), a autorização do juiz “salvar a acusação” (art. 383, CPP), e recorrer de ofício quando a acusação não tenha interposto recurso (art. 574 e 746, CPP). GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015.

³³ PASSOS, Fábio Abreu dos. Uma análise da Sociedade de Massa a partir da Perspectiva de Hanna Arendt. 2010. Disponível em: <http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista05/Hannah%20Arendt.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

uma sociedade de consumo que surge da destruição da pirâmide social, é profundamente desinteressada pela coisa pública e marcada pelo isolamento político dos indivíduos e da perda do interesse comum em um mundo cujos principais valores são ditados pelo trabalho.³⁴ Diante de tal indiferença das massas políticas no mundo de hoje, o Estado se auto encarrega do gerenciamento de uma sociedade amorfa e de riscos extremados.

No Brasil do Código de Processo Penal promulgado em 1941, que não encontra nenhuma espécie de ruptura com o modelo codificista do Estado Novo, mesmo com as incontáveis reformas legislativas que visavam uma “sincronização” com a Constituição Federal de 1988, que na verdade, formaram motes reformistas que levaram à um “inquisitório eterno”,³⁵ desenham uma lenta, gradual e segura transição³⁶, que enterrou qualquer pretensão de um sistema acusatório na Constituição Federal de 1988. Somente a previsão com efeitos constitucionais por óbvio revelara-se irrelevante na mudança cultural e jurisprudencial. Houve um continuísmo incapaz de bloquear essas inclinações arraigadas do autoritarismo, onde a doutrina e os tribunais, e hodiernamente, a incrível pressão popular, impedem qualquer realização do modelo previsto constitucionalmente.

O *plea bargaining* é um salto para além, posto que elimina, na prática, todas as garantias. O pensamento de Jacques Rancière é determinante também para apontar o que se encontra nesse *world plea bargain's triumph*. A existência de um discurso duplo da democracia na atualidade, a qual o governo democrático será mal quando for objeto de corrupção pela sociedade, e boa quando reprime a catástrofe da civilização democrática.³⁷ Como afirma Ricardo Gloeckner, sobre a “desfiguração democrática”:

[...] caracterizada então a democracia como mero regulador do excesso, abrem-se as portas para que a democracia possa ser assumida como portadora dos mesmos males do autoritarismo, ou seja, parte constitutiva e fundamental de uma sociedade de controle. [...] Desta maneira, torna-se aceitável a intervenção máxima do sistema punitivo como controlador do

³⁴ FRICKMANN, Natália Cruz. *Hanna Arendt e a Condição Humana: Era Moderna e Alienação Política*. 2009. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14310/14310.PDF>>. Acesso em: 21 de out. de 2019.

³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal. Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Tirant lo Blanch, Rio de Janeiro, 2019, p. 190.

³⁶ “Se a transição tem contrato implícito com a noção de contínuo, já o conceito de acontecimento (ou evento) tal como desenvolvido por Alain Badiou reivindica justamente uma função primordial de descontinuidade. Entramos aqui no que, por contraste com a noção de transição, poderíamos considerar operadores fortes da mudança (não forçosamente pelos seus resultados pragmáticos, mas atendendo ao modo de inscrição da diferença subjacente à sua construção teórica). MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

³⁷ RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. 1 ed. São Paulo, Boitempo, 2014.

excesso populacional, ou melhor, como controle da miséria, de acordo com GIORGI”.³⁸

Um direito que se vê pressionado por elementos exteriores, obriga-se a competir com esses redutores de complexidade que são os *media*, no qual Rui Cunha Martins justifica: “a minha percepção é a de que o peso tomado pelo ideal de transparência no mundo jurídico é a expressão da vontade de competir no campo da verdade. E o peso tomado pelo ideal de celeridade é a vontade de competir no campo do consumo”.³⁹ Rapidez (celeridade) e verdade (transparência): junção que, quando compulsiva, costuma chamar-se “evidência”, que se avizinha perigosamente ao acréscimo de uma normalidade. Como já apontado, o *plea bargaining* trabalha com a perspectiva de poder condenar circunstâncias evidenciais, através de uma pressão sistêmica que convença o arguido a desistir do seu direito constitucional a um julgamento imparcial.

Outra interessantíssima contribuição ao tema seria o que o autor denomina de momentos maquiavélicos do Estado de Direito, no qual aponta que as relações entre Estado de Direito e democracia não são, principiologicamente falando, nem da ordem da sinonímia, nem da equivalência, sendo ambos os conceitos doutrinariamente não coincidentes, potencialmente compagináveis, tendencialmente intercambiantes.

O batismo do “*Rechtsstaat*”,⁴⁰ expressão utilizada pela primeira vez na década de 1830, era assim concebida por Julius Stahl: “o sujeito do direito é o povo na sua unidade, não o indivíduo enquanto tal, o povo, por sua vez, se transfunde e se realiza no Estado, sendo a

³⁸ “Ao convergir para um duplo paradoxo do controle do excesso, encontraremos formulações elas próprias ao abrigo da reversibilidade discursiva. Políticas altamente intolerantes (como por exemplo, o fim das cotas para estudante negros, a proibição do casamento homoafetivo, etc.) serão desencadeadas sob o argumento democrático. Eis, portanto, um retrato da desfiguração democrática”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e Processo Penal. Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro. Tirant lo Blanch, Rio de Janeiro, 2019, p. 88.

³⁹ Semelhante esbatimento de fronteiras, de nenhuma inocência, ajuda a perceber a matriz política que o suporta, explicando também o caráter nevrálgico aí tomado pelo ideal de celeridade, isto é, o porquê de “falar-se tanto em reformas em prol da ‘celeridade’, como se a questão do tempo, aqui, fosse equivalente, por exemplo, ao ‘pericimento de um bem’”. Porque o que se joga aqui, advoga-se, é ‘optar, sem meias palavras, por um processo penal de defesa social, típico dos regimes autoritários, ou por um processo penal constitucionalizado, garantidor dos direitos do acusado, limitador da violência do Estado; e, este último, como é evidente, é incompatível com anseios de celeridade no sentido de condenar mais rápido ou se ‘acalmar a sociedade’, exatamente porque o seu escopo é garantir que só se puna por meio de um processo legal devido, com a observação do contraditório e dos direitos de defesa. E para tanto, não cabe a pressa. Falar apenas em celeridade como parâmetro de justificação política neste caso é mais uma reafirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo. MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 45.

⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 67.

expressão objetiva e necessária da comunidade nacional, não uma formação dependente da vontade dos membros singulares”. Já para Robert von Mohl:

Não é então suficiente, como queria Stahl, que a intervenção do estado se expresse na forma do direito: para que o estado seja um ‘*Rechtsstaat*’, o direito deve intervir vinculando a sua ação ao perseguimento de um objetivo – a liberdade individual – que não se identifica com uma grandeza meramente negativa, com uma zona protegida da interferência do poder, mas sim, coincide com o ‘desenvolvimento pleno’ da personalidade.⁴¹

Este seria o primeiro momento maquiavélico, portanto, de caráter marcadamente compromissório de insistência na liberdade do sujeito, feito como objeto de ação estatal. Logo sofre as mutações provenientes dos autores ligados aos regimes totalitários da primeira metade do século XX, de modo a ligar as práticas destes regimes e o ideal de Estado de Direito, modelando-o sob a forma de um “Estado legal”; e após a segunda guerra, surge o “papel da constituição como limite e vínculo contra os poderes da maioria”, trazendo uma dupla preocupação no seu interior: “impedir o totalitarismo e começar por controlar as massas, impedir que um qualquer *demos* alucine enquanto massa”.⁴²

Seria nesse segundo momento maquiavélico, a contradição inelutável que se instala. O momento constitucional não é a celebração do múltiplo ou da multidão, do povo entificado, porque esta pode ser fonte de terror, onde qualquer fonte de garantia tem de começar por ser capaz de erguer barreiras. Como aponta o autor demonstrando a tensão permanente, “o Estado de direito é isso, ou também é isso, sempre foi também isso, desaparece no momento em que esquecer que é constitutivamente também isso”.⁴³

Dentro do protagonismo da racionalidade neoliberal encontramos-nos, portanto, na perspectiva de que os mecanismos negociais e flexibilizadores de todas as garantias processuais penais como a única saída do sistema penal é a renúncia do próprio processo, esse instrumento “falido”,⁴⁴ decretada à luz da racionalidade concorrencial. Assim, surge o *plea bargaining* como manifestação processual do período mais autoritário do neoliberalismo.⁴⁵

⁴¹ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 67.

⁴² MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 69-70.

⁴³ MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 69.

⁴⁴ MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antonio Cesar. *O Problema é o Processo*. In: *O Estado de São Paulo*; p. São Paulo, 29.03.2015, p. 02. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 185.

⁴⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 188.

Como bem define Ricardo Gloeckner, “em tempos de racionalidade neoliberal, até mesmo um processo penal de cunho fascista se torna demasiadamente protetivo”, fazendo o *plea bargaining* erigir como a principal estrutura processual destes tempos: um “não-processo” legitimado por evidências; administrado pelo “pior dos dois mundos”: “gestão probatória nas mãos dos juízes e os amplos poderes negociais nas mãos dos promotores”.⁴⁶

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se caminhamos a passos largos por um caminho de erosão das garantias fundamentais, de militarização do controle social, de um processo penal neoliberal à luz concorrencial, entre inúmeras outras preocupações, a obra emblemática de Étienne de La Boétie, eleva-se sobre as questões trabalhadas justamente pelas chocantes, simples e crus questões que abordam.

Trata-se realmente de uma obra prima, no qual La Boétie é preciso à denúncia de que ao “aproximar-se do tirano”,⁴⁷ sempre limita-se mais no recuo da liberdade,⁴⁸ onde a servidão voluntária desenrola-se de maneira em que “querem fazer com que o bens sejam deles e não se lembram de que são eles que lhes dão força para tirar tudo de todos e não deixar nada de que se possa dizer que seja de alguém”.⁴⁹ Claude Lefort aponta que “paradoxalmente, é a corrente dos senhores, dos tiranetes, que permite sondar ao máximo as profundezas da servidão, pois só vivem na alienação; a autoridade, a propriedade que acreditam deter ou que cobiçam lhes dissimula o fato de que perderam a livre disposição de seu pensamento e de seu corpo”; estruturação do poder que, “o segredo, a força da dominação consiste no desejo – em cada um, seja qual for o escalão que ocupe na hierarquia – de identificar-se com o tirano tornando-se o senhor de um outro”.⁵⁰

⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 187; 190.

⁴⁷ “Aquele que vos domina tanto só tem dois olhos, só tem duas mãos, só tem um corpo, e não tem outra coisa que o que tem o menor homem do grande e infinito número de vossas cidades, senão a vantagem que lhe dais para destruir-vos. De onde tirou tantos olhos com os quais vos espia, se não os colocais a serviço dele? Como tem tantas mãos para golpear-vos, se não as toma de vós?” LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 16

⁴⁸ “Em suma, se todas as coisas que tem sentimento, assim que os tem, sentem o mal da sujeição e procuram a liberdade; se os bichos sempre feitos para o serviço do homem só conseguem acostumar-se a servir com o protesto de um desejo contrário – que mau encontro foi esse que pode desnaturar tanto o homem, o único nascido de verdade para viver francamente, e fazê-lo perder a lembrança de seu primeiro ser e o desejo de retomá-lo”. LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 19.

⁴⁹ LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 33.

⁵⁰ LEFORT, Claude. *O nome de um*. In: LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 166-167.

A corrente de identificação é tal que o último dos escravos ainda se pretende um Deus. “A servidão de todos está ligada ao desejo de cada um de portar o nome de Um perante o Outro. O fantasma do Um não é só do o povo reunido, nomeado, é simultaneamente, o de cada homem, tiranete, na sociedade”.⁵¹

A força do desejo de servidão sob a frase “encantados e enfeitados apenas pelo nome de Um”, como sintetiza Claude Lefort em “O nome de Um”, nessa formação autodestruidora que forma o poder punitivo, legitimado pelas aspirações, frequentemente, populares:

No corpo visível do tirano, que é apenas um entre outros, fixa-se a imagem de um corpo sem igual, sem réplica, a um tempo inteiramente separado daqueles que o vêem, nisso inteiramente referido a si mesmo, e que, vendo tudo, agindo em tudo, não deixaria subsistir nada fora de si. Imagem do poder separado, dominando do alto a massa dos sem-poder, senhor da existência de todos e de cada um; [...] eis alguém, subtraído do número, designado pelo signo, pelo nome do Um, e assim, o Outro toma corpo, o absolutamente outro. Configura-se uma ruptura fantástica entre o povo e o senhor. Ele, que só tem dois olhos, duas mãos, dois pés, aparece só, concentrando em si mesmo as forças de todos os membros, de todos os órgãos dos homens e, como tal, a um tempo diante deles e cercando-os como suas presas.⁵²

O que está em jogo é a sobrevivência do processo penal, como um espaço em que ainda é possível batalhar por aspirações democráticas. Não é de se considerar como La Boétie questiona sobre a tirania, “como ousaria atacar-vos se não estivesse conivente convosco?”⁵³

Não há nada de original no interesse pelo *plea bargaining*, trata-se da mesma violência social que sempre esteve por aí; onde o Brasil detém um latente histórico autoritário no processo. O processo é o único caminho contra a arbitrariedade, e a única garantia para

⁵¹ “Não são os bandos de gente a cavalo, não são as companhias de gente a pé, não são as armas que defendem o tirano; de imediato, não se acreditará nisso, mas com certeza, é verdade. São sempre quatro ou cinco que lhe conservam o país inteiro em servidão. Sempre foi assim: cinco ou seis obtiveram o ouvido do tirano e por si mesmos dele se aproximaram; ou então por ele foram chamados para serem os cúmplices de suas crueldades, os companheiros de seus prazeres, os proxenetas de suas volúpias, e sócios dos bens de suas pilhagens. Tão bem esses seis domam seu chefe, que ele deve ser mau para a sociedade não só com suas próprias maldades, mas também com as deles. Esses seis tem seiscentos que crescem debaixo deles e fazem seus seiscentos o que os seis fazem ao tirano. Esses seiscentos conservam debaixo deles seis mil, cuja posição elevaram; aos quais fazem dar o governo das províncias ou o manejo dos dinheiros para que tenham na mão sua avareza e crueldade que as exerçam no momento oportuno; e, aliás, façam tantos males que só possam durar à sua sombra e isentar-se das leis e da pena por seu intermédio. Grande é o séquito que vem depois e quem quiser divertir-se esvaziando essa rede não verá os seis mil mas os cem mil, os milhões que por essa corda agarram-se ao tirano servindo-se dela como júpiter em Homero, que se gaba de trazer a si todos os deuses ao puxar a corrente”. LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 100.

⁵² LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 141.

⁵³ LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999, p. 141.

aspirarmos uma punição democrática. É o único caminho com possibilidade de apreciação de que não se cometerá crimes e ilicitudes para combater os devidos delitos.

Como requisita Ricardo Timm de Souza, “o visível não é senão seu indício”,⁵⁴ constituindo essa medula da história, no qual o que se apresenta são os restos, os rastros. A ideia de visibilidade do que é invisível, onde toda a literatura americana reproduz o *plea bargaining* por um viés racial, erigido sob a “guerra às drogas” e a prisão de pessoas em extrema vulnerabilidade, que atinge um impressionante histórico de erros judiciais, seriam apenas a ponta do iceberg; no qual submerso encontra-se o desejo irrepreensível que essas pessoas indesejadas desaparecessem.

Para os defensores do *plea bargaining system*, a negociação e o acordo entre a acusação e a defesa são a forma, por excelência, de participação do arguido na definição do direito do caso e na conformação do seu próprio destino. Porém, tal visão tem de advir com uma dose extra de cinismo, pois finge ignorar que tal “negociação” é instrumentado com recursos de enorme coação psicológica, e somente pode ser feita através da erosão de direitos e garantias processuais. Trata-se de um mesmo elemento coativo, que na Idade Média encontrou na tortura seu principal instrumento, e hoje trabalha com elementos tão coativos quanto, porém, em uma versão *clean*.

Parece dispensável, mas é necessário traduzir algumas explicações dos defensores do sistema. A ideia de coercibilidade natural do sistema de justiça penal, onde não se trata especificamente e exclusivamente do sistema de negociações, como a de que ninguém é perseguido criminalmente de forma voluntária; ou ainda, de que não se trata de penalizar o exercício de direitos, mas antes de premiar a declaração de culpa;⁵⁵ se tratam de argumentos de um autoritarismo latente, onde perfeitamente aponta John Langbein, “o acusado é arguido contra o seu desejo, mas não contra os seus direitos”. Quanto a não se tratar o *plea bargaining* de erosão de direitos fundamentais, mas de uma premiação pela declaração de culpa, toda a razão assiste à Albert Alschuler, onde é necessário, para relacionar conceitos de recompensa e pena sob a asserção de que os arguidos são recompensados e não penalizados, observado o

⁵⁴ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética do Escrever: Kafka, Derrida e a Literatura como Crítica da Violência*. Porto Alegre: Editora Zouk, 2018, p. 36.

⁵⁵ Impossível não ligar à seguinte passagem: “É incrível como o povo, quando se sujeita, de repente cai no esquecimento da franquia tanto e tão profundamente que não lhe é possível acordar para recobrá-la, servindo tão francamente e de tão bom grado que ao considera-lo dir-se-ia que não perdeu sua liberdade e sim ganhou sua servidão”. LA BOÉTIE, 1999.

resultado histórico do aprisionamento em massa ao fim do século XX, uma razão esquizofrênica.⁵⁶ Para não falarmos de covardia humana.

As garantias criadas para observação da voluntariedade nos acordos são um dos exemplos mais latentes sobre legislação realizada para “não garantir”. É pronta aceitação de atuar já baixo uma percentagem de condenações errôneas que irão começar a produzir. O desvelar de tal prática a meu ver possui inúmeros pontos, como na expressão de Jacques Derrida, “[...] que são sem álibi, quanto mais tenta-se disfarçar, mais aparece”,⁵⁷ que inicialmente pode ser fruto de boas intenções a construção de garantias para sua prática, mas que o decorrer das décadas apontam, unicamente, para a instrumentalização da opressão em uma configuração magnífica no nosso contínuo do aprisionamento em massa.

REFERÊNCIAS:

- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* 1 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.
- ALSCHULER, Albert. *The Changing Plea Bargaining Debate*. 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2238&context=california-law-review>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- ALCSHULER, Albert. The Defense Attorney’s Role in Plea Bargaining. *The Yale Law Journal*, v. 84, n. 1179, 1975. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6317&context=ylj>>.
- Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- COKE, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning, High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. 137, (London 1644). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 26.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n.

⁵⁶ ALSCHULER, Albert. *The Changing Plea Bargaining Debate*. 1981. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2238&context=california-law-review>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

⁵⁷ DERRIDA, Jacques. *Estados da Alma da Psicanálise*. 1 ed. São Paulo: Editora Escuta, 2001.

- 183, 2009. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 1 dez. 2019.
- DERRIDA, Jacques. *Estados da Alma da Psicanálise*. 1 ed. São Paulo: Editora Escuta, 2001.
- DIAS, Jorge Figueiredo. COSTA, Manuel Andrade. *Criminologia – o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. 3 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Ventos, 1993.
- FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. The Yale Law Journal, v. 109, n. 857, 2000. Disponível em: <
<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7943&context=ylj>>. Acesso em: 01 dez.2019.
- FRICKMANN, Natália Cruz. *Hanna Arendt e a Condição Humana: Era Moderna e Alienação Política*. 2009. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14310/14310.PDF>>. Acesso em: 21 de out. de 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. 1 ed. Florianópolis: Editora Rústica, 2018.
- KING, Nancy. SOULÉ, David. STEEN, Sara. WEIDNER, Robert. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guidelines states. *Columbia Law Review*, v. 105, 2005.
- LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 1 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.
- LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003.
- LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. Faculty Scholarship Series, 1977. Disponível em:
<<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 1 dez. 2019.

- LEFORT, Claude. O nome de um. IN: LA BOÉTIE, Etienne de. *Discurso da Servidão Voluntária*. Ed. Brasiliense, 1ª reed. 1999
- LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução Crítica*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª ed. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.
- NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime: How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. 1 ed. New York: Editora Basic Books, 2018.
- PASSOS, Fábio Abreu dos. *Uma análise da Sociedade de Massa a partir da Perspectiva de Hanna Arendt*. 2010. Disponível em: <http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista05/Hannah%20Arendt.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- Plea Bargains Save Time and Money but Are Too Easily Abused*. Londres, 9 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/11/09/plea-bargains-save-time-and-money-but-are-too-easily-abused>>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. 1 ed. São Paulo, Boitempo, 2014.
- RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, 2016, PUCRS.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética do Escrever: Kafka, Derrida e a Literatura como Crítica da Violência*. Porto Alegre: Editora Zouk, 2018, p. 36.
- United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002).
- WINTER, Lorena Bachmaier. *Justiça negociada e coerção: reflexões à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Plea Bargaining*. 1 ed. São Paulo: Editora Tirant, 2019.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 138.