



A FRUSTRADA TENTATIVA DE IMPLANTAÇÃO DO PLEA BARGAINING NO BRASIL¹

THE FAILED ATTEMPT OF IMPLEMENTATION OF PLEA BARGAINING IN BRAZIL

Edgard de Carvalho Roland²

Clarissa Diniz Guedes³

RESUMO: O *plea bargaining* é um instituto estadunidense no qual a defesa renuncia ao direito a um julgamento visando à obtenção de uma redução nas imputações vindas da acusação e/ou na pena que deverá ser cumprida. Ao celebrar a barganha, o imputado sujeita-se, até mesmo, à possibilidade de cumprimento de penas privativas de liberdade. No Brasil, recentemente, foi empreendida tentativa legislativa de positivação do mecanismo negocial, rechaçada pelo Congresso Nacional. Não obstante, a compreensão do *plea bargaining* é essencial para que se alcance um melhor entendimento do processo de ampliação dos espaços de justiça penal negocial no ordenamento pátrio, na medida em que, a despeito da rejeição legislativa do *plea bargaining*, o acordo de não persecução penal foi implantado e, além disso, há previsão de um mecanismo de *plea bargaining* no projeto de novo Código de Processo Penal que tramita no Poder Legislativo. Diante disso, a questão-problema a ser analisada neste artigo diz respeito à compatibilidade do *plea bargaining* com o ordenamento brasileiro. Trabalha-se com a hipótese de que se trata de um instituto incompatível com a realidade jurídica do Brasil. O objetivo geral do trabalho é detalhar o funcionamento da barganha e analisar as principais críticas doutrinárias ao instituto, com o intuito de avaliar sua adequação à realidade brasileira. Com amparo na construção teórica de “traduções jurídicas”, cunhada por Máximo Langer, aplicável à migração de institutos entre diferentes ordenamentos, como visto entre os Estados Unidos e o Brasil, e com o suporte da epistemologia jurídica, por meio da qual se defende que a justiça penal negocial também deve se preocupar com a aproximação da verdade dos fatos, conclui-se pela ausência de compatibilidade do *plea bargaining* com o ordenamento brasileiro. Não seria salutar, conforme será observado no trabalho, que fosse possibilitada, no Brasil, a aplicação negocial

¹ Artigo recebido em 08/09/2023 e aprovado em 20/04/2024.

² Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Especialista em Ciências Criminais, Graduado em Direito pela UFJF. Advogado. edgard_roland@hotmail.com

³ Doutora em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Associada da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). clarissadinizguedes@gmail.com



de penas privativas de liberdade, com dispensa à realização do devido processo penal, sobretudo no atual momento em que o país dispõe de outros institutos negociais e, ainda, carece de incrementos epistêmicos básicos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negocial; *plea bargaining*; tradução jurídica; epistemologia jurídica; elementos de informação.

ABSTRACT: Plea bargaining is an American mechanism in which the defense waives its right to a trial in order to obtain a reduction in the charges brought by the prosecution and/or in the sentence to be served. By entering into a bargain, the accused even subjects himself to the possibility of serving a custodial sentence. In Brazil, there has recently been a legislative attempt to legalize plea bargaining, which was rejected by the Congress. Nevertheless, an understanding of plea bargaining is essential in order to achieve a better understanding of the process of widening the scope for negotiated criminal justice in the Brazilian legal system, insofar as, despite the legislative rejection of plea bargaining, the agreement not to prosecute has been implemented and, furthermore, there is provision for a plea bargaining mechanism in the draft new Code of Criminal Procedure currently before the legislature. In view of this, the issue to be analyzed in this article concerns the compatibility of plea bargaining with the Brazilian legal system. It is based on the hypothesis that plea bargaining is incompatible with the legal system in Brazil. The general objective of the paper is to detail how plea bargaining works and to analyze the main doctrinal criticisms of the mechanism, with the aim of assessing its suitability for the Brazilian reality. The theoretical construction of "legal translations", coined by Máximo Langer, is applicable to the transfer of legal concepts across different legal systems, as seen between the United States and Brazil, and with the support of legal epistemology, which argues that negotiated criminal justice should also be concerned with approximating the truth of the facts, we conclude that plea bargaining is not compatible with the Brazilian system. It would not be beneficial, as will be observed in the paper, for the negotiated application of imprisonment to be made possible in Brazil, with no need for due criminal process, especially at a time when the country has other negotiated institutes and still lacks fundamental epistemic enhancements.

KEYWORDS: Negotiated criminal justice; plea bargaining; legal translation; legal epistemology; elements of information.



1. INTRODUÇÃO

O Brasil vivenciou duas recentes propostas de ampliação dos espaços de negociação penal: a de implantação do *plea bargaining* e a de criação do acordo de não persecução penal (ANPP). Somente este foi positivado, pela Lei n. 13.964/2019.⁴ O *plea bargaining*, que tramitava na Câmara dos Deputados junto ao PL n. 882/2019,⁵ foi rejeitado.⁶

O *plea bargaining*, objeto deste artigo, pode ser classicamente definido como o mecanismo em que a defesa renuncia ao seu direito a um julgamento com o intuito de obter uma redução nas imputações da acusação e/ou na pena a ser cumprida.⁷ Diferentemente dos institutos negociais já existentes no país, a barganha seria capaz de proporcionar a aplicação de penas privativas de liberdade.⁸

A despeito da malsucedida proposta de positivação, não há dúvidas de que a compreensão do *plea bargaining* é fundamental a um melhor entendimento da ampliação dos espaços de justiça penal negocial no Brasil.

Dito isso, o presente artigo foi motivado pela seguinte questão-problema: o *plea bargaining* seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? Trabalha-se com a hipótese de incompatibilidade, tendo em vista às previsões inseridas nos projetos legislativos e às inspirações estadunidenses que o influenciaram.

A relevância atual do problema a ser enfrentado se evidencia pela inevitável comparação da barganha com outros institutos negociais já existentes no país, caso do ANPP, da transação penal e da colaboração premiada. Ademais, a positivação do *plea bargaining*, provavelmente, retornará à pauta

⁴ O ANPP está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

⁵ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 20 jul. 2023.

⁶ AGÊNCIA CÂMARA. *Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais*. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais/>>. Acesso em: 08 jul. 2023.

⁷ HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981, p. 1.

⁸ Conforme a alteração pretendida no CPP: “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. (...) § 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”.



legislativa. Destaca-se, por exemplo, a previsão do instituto no último substitutivo do PL n. 8045/2010,⁹ projeto de novo Código de Processo Penal (CPP) que tramita atualmente na Câmara dos Deputados.

Apresentadas a questão-problema e sua consequente hipótese, o trabalho pretende, como objetivo geral, detalhar o funcionamento do *plea bargaining*, enfrentando as principais críticas ao instituto, com o intuito de avaliar sua adequação à realidade brasileira. Os objetivos específicos são, por sua vez: a) compreender as possíveis razões para a celebração do *guilty plea* e a eventual aplicabilidade do raciocínio a outras formas de acordo; b) examinar o papel desempenhado pela confissão na barganha; c) avaliar possíveis fragilidades e estudar a necessidade de controle epistêmico da confissão exigida para a celebração do *plea bargaining*; d) analisar o recente PL n. 882/2019, que tentou positivar a barganha recentemente no Brasil, e a previsão contida no PL n. 8045/2010.

No que diz respeito à metodologia, priorizou-se a revisão bibliográfica sobre o tema do *plea bargaining*, da justiça penal negociada e de temas pertinentes à epistemologia da prova. Além disso, buscou-se uma análise legislativa dos projetos já citados.

Para orientar a pesquisa, o referencial teórico utilizado consiste na situação descrita por Máximo Langer como “tradução jurídica”.¹⁰ O conceito foi cunhado para se referir à migração de institutos entre ordenamentos de origens e características distintas, como países de *common law* e *civil law*.¹¹ No caso do *plea bargaining*, são evidentes as influências da norte-americanas em projetos de justiça penal negociada no Brasil.¹²

O ANPP, por exemplo, remete, ainda que com severas diferenças, à dinâmica do *guilty plea*, visto que sua celebração pressupõe a confissão do imputado. As escolhas legislativas e a estrutura do ordenamento ocasionam o surgimento de institutos diferentes das fontes de inspiração, mesmo que venham a ser batizados com o mesmo nome do.¹³

⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=490263>. Acesso em 24 jul. 2023.

¹⁰ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, vol. 45, dez. 2004, p. 5. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure>. Acesso em 11 mai. 2023.

¹¹ “I propose the metaphor of the translation as a superior heuristic device to analyze the circulation of legal ideas, rules, practices, and institutions.” (*Ibid.*, p. 32).

¹² Conforme dados expostos por Máximo Langer em pesquisa, o *plea bargaining* tem se espalhado em diversos ordenamentos, fenômeno que não está restrito à realidade brasileira (*Id.*, 2019).

¹³ LANGER, *op. cit.*, p. 63.



Sobre a divisão do texto, a primeira seção será dedicada à análise estrutural do *plea bargaining* nos EUA. A segunda seção será dedicada à análise do PL que pretendeu positivar barganha no Brasil, bem como ao estudo das principais críticas ao instituto negocial. Ao final, serão fornecidas as conclusões extraídas da realização do trabalho.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS E ESTRUTURAIS DO PLEA BARGAINING

O processo criminal dos EUA estudado pelos acadêmicos e retratado em filmes é conhecido pelas inquirições detalhadas de testemunhas, pelas análises de vestígios materiais, pelos acirrados embates entre as partes e pela realização de julgamentos perante um juiz e um conjunto de jurados.¹⁴ A dinâmica retratada nos livros e nos programas de televisão pode gerar a impressão de que todos os processos penais estadunidenses apresentam robustos julgamentos e são submetidos a um júri popular.

Trata-se, no entanto, de uma leitura enganosa. Ao contrário do que prevê a sexta emenda à Constituição dos EUA,¹⁵ segundo a qual, em toda persecução criminal o acusado terá direito a um julgamento público e rápido por um júri imparcial, na esmagadora maioria dos casos, acusação e defesa celebram acordos que acarretam a dispensa do processo e do respectivo julgamento.¹⁶

Esse cenário tem sido constatado há bastante tempo. Para John Langbein, a disseminação do *plea bargaining* tornou a garantia de um julgamento por um júri para todos

¹⁴ SCOTT, Robert E.; STUNZ, William J. Plea bargaining as a contract. *The Yale Law Journal*. vol. 101, p. 1909-1968, 1992, p. 1911. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/317/>. Acesso em 30 mai. 2023.

¹⁵ “Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence”.

¹⁶ A título de comprovação, o percentual de acordos celebrados em 2020 correspondeu a 98,3% dos processos federais sentenciados nos EUA (UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. 2021 *Annual report and sourcebook of federal sentencing statistics*. 2021, p. 60. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/research/sourcebook/archive/sourcebook-2021>>. Acesso em 12 jul. 2023).



os processos penais tão inócua quanto as previsões de direitos humanos positivadas em constituições totalitárias.¹⁷

Entre as principais razões apontadas para o predomínio da barganha no sistema norte-americano, Albert Alschuler menciona o aumento de crimes ocorrido no pós-Segunda Guerra,¹⁸ estatística acrescida pela persecução dos denominados crimes vagos, que não possuem vítimas determinadas,¹⁹ como os delitos envolvendo drogas ilícitas. O autor também dá créditos à burocratização e à necessidade de aumentar os índices de produtividade da acusação mediante redução da carga de processos.²⁰

Feita esta explanação inicial, novamente, o *plea bargaining* consiste em um negócio jurídico processual em que a acusação faz concessões em troca de uma “autocondenação” vinda da defesa.²¹ Em contrapartida à renúncia ao direito de ir a julgamento, o imputado receberia um abrandamento nas imputações (*charge bargaining*)²² e/ou na pena (*sentence bargaining*)²³ a ser cumprida.²⁴

Além de tais atenuações, o acusado pode receber benefícios sobre outras circunstâncias, caso da concessão de extinção da punibilidade de cúmplices, do envio a uma instituição correcional específica, do futuro apoio da promotoria para a concessão de

¹⁷ LANGBEIN, John H. On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. vol. 15, p. 119-128, 1992, p. 120. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/72826366.pdf>>. Acesso em 10 mai 2023.

¹⁸ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. vol. 79, p. 1-43, 1979, p. 34. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 20 mai. 2023.

¹⁹ MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal parte geral: noções fundamentais*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021.

²⁰ ALSCHULER, *op. cit.*, p. 34.

²¹ *Ibid.*, p. 3.

²² “Tal possibilidade se concretiza a partir da alteração/desvirtuação da imputação, seja substituindo o delito originariamente capitulado por outro menos grave, retirando alguma das acusações em caso de concurso de crimes ou ambas as medidas” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 94).

²³ HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981, p. 1.

²⁴ Observada a classificação que divide o *plea bargaining* em *charge bargaining* e *sentence bargaining*, a doutrina também costuma dividir o instituto em *prosecutorial bargaining* e *judicial bargaining*. Como supõem os próprios termos, no primeiro, a iniciativa e a determinação da barganha partem exclusivamente da promotoria. Já no segundo, autorizado em alguns poucos Estados dos EUA, o magistrado é quem propõe e negocia o acordo (VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 95).



liberdade condicional e da possibilidade de receber imunidade para crimes ainda não denunciados.²⁵

Dito isso, o acusado poderá ou não se declarar culpado. Nos termos da *Rule 11* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, o imputado poderá celebrar o acordo com a acusação declarando-se “não culpado” (*alford plea*), culpado (*guilty plea*) ou, ainda, poderá realizar um *nolo contendere plea*.²⁶

No *guilty plea*, o imputado admite as acusações, ou seja, confessa a prática da infração penal. Já no *nolo contendere*²⁷ *plea*, o acusado não admite culpa nem alega inocência,²⁸ ou seja, recusa-se a realizar uma admissão de culpa, mas aceita o cumprimento de uma sanção, como se culpado fosse.²⁹ Outra importante consequência do *nolo contendere plea* é a de reputar como comportamento contraditório posterior proclamação de inocência, pelo indivíduo que celebrou o acordo, em uma eventual ação civil superveniente, relativa ao mesmo fato do âmbito criminal. Nesse caso, há uma espécie de preclusão lógica, o chamado *estoppel* nos EUA.³⁰

Há, além das duas hipóteses de barganha, uma terceira prevista no ordenamento dos EUA, o *alford plea*.³¹ Nesta, o acusado proclama sua inocência, mas assume as sanções derivadas de sua responsabilização penal. Diferentemente do *nolo contendere plea*, o *alford*

²⁵ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. vol. 79, p. 1-43, 1979, p. 3. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 20 mai. 2023.

²⁶ “Rule 11. Pleas. (a) Entering a Plea. (1) In general. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court’s consent) *nolo contendere*.”

²⁷ A expressão latina “*nolo contendere*” significa “sem contestação” ou “sem discussão”.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 256.

²⁹ BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and *nolo contendere* pleas. *Cornell Law Review*. vol. 88, p. 1361-1411, jul. 2003, p. 1363. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol88/iss5/3/>>. Acesso em 10 mai. 2023.

³⁰ *Ibid.*, p. 1373.

³¹ A designação “*alford plea*” diz respeito ao julgamento do caso *North Carolina v. Alford* pela Suprema Corte dos EUA. Neste julgamento, a acusação havia anunciado sua intenção em obter uma condenação de Henry Alford à pena de morte. Diante disso, o acusado celebrou um acordo para cumprir pena privativa de liberdade. Contudo, Henry Alford continuou a insistir em sua inocência e no fato de que celebrou o acordo devido ao alto risco de ser condenado a uma pena de morte (BLUME, John H.; HELM, Rebecca K. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*. Paper 113, p. 17-18. 2014, p. 19. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=clsops_papers>. Acesso em: 09 jun. 2023.).



plea não impede que o acusado, na esfera cível, adote postura contraditória ao objeto do acordo, vez que se declarou inocente neste.³² São raras as ocorrências do *Alford plea*, vez que consiste em prática vedada em muitos Estados e rechaçada com frequência pelos promotores que atuam na esfera federal.³³

A *Rule 11, (b), (2) e (3)*, das *Federal Rules of Criminal Procedure*³⁴ impõe ainda ao magistrado o dever de, em momento anterior à homologação do acordo, verificar se houve voluntariedade por parte da defesa. O juiz deve verificar se a avença não derivou de coação, ameaça ou promessas ilegais, e, no caso do *guilty plea*, observar se há base fática para a celebração do negócio jurídico, isto é, se a declaração de culpa está de acordo com os elementos previamente colhidos.

Após ser alcançado o acordo, a defesa poderá, mesmo assim, rejeitá-lo. As hipóteses de rejeição estão previstas na *Rule 11, (d)*.³⁵ Em momento anterior à homologação da barganha pelo juízo, a desistência do acusado poderá ocorrer de forma imotivada (*Rule 11, [d], [1]*). Após a análise da corte, a desistência poderá acontecer somente antes da prolação da sentença e se houver um motivo justo para tal (*Rule 11, [d], [2], [B]*). A defesa também poderá rejeitar o acordo na hipótese de não homologação judicial prevista na *Rule 11, (c), (5) (Rule 11, [d], [2], [A])*.

³² BIBAS, Stephanos. *Op. cit.*, p. 1373.

³³ GARRETT; Brandon L. Por que *plea bargains* não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76. O apontamento de Brandon Garrett é demonstrado por consulta ao site do *Department of Justice* dos EUA (disponível em: <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-16000-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11#9-16.015>>): “United States Attorneys may not consent to the plea known as an *Alford plea* (...) except in the most unusual of circumstances and only after recommendation for doing so has been approved by the Assistant Attorney General responsible for the subject matter or by the Associate Attorney General, the Deputy Attorney General, or the Attorney General. In any case in which the defendant tenders a plea of guilty but denies that he or she has in fact committed the offense, the attorney for the Government should make an offer of proof of all facts known to the Government to support the conclusion that the defendant is in fact guilty”.

³⁴ “Rule 11. Pleas. [...] (b) *Considering and Accepting a Guilty or Nolo Contendere Plea. (2) Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement). (3) Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that is a factual basis for the plea*”.

³⁵ “Rule 11. Pleas. (d) *Withdrawing a Guilty or Nolo Contendere Plea. A defendant may withdraw a plea of guilty or nolo contendere: (1) before the courts accepts the plea, for any reason or no reason; or (2) after the court accepts the plea, but before it imposes sentence if: (A) the court rejects plea agreement under Rule 11 (c) (5); or (B) the defendant can show a fair and just reason for requesting the withdrawal.*”



3. BREVES REFLEXÕES SOBRE O PLEA BARGAINING NO CONTEXTO DOS EUA

Diante da conceituação e das características do *plea bargaining*, pode-se concluir que os imputados que celebram o acordo cumprião, provavelmente, uma pena inferior aos condenados que não pactuaram a avença. Por outro lado, os que celebram a barganha renunciam à possibilidade de serem absolvidos em processo.³⁶

A massiva utilização da barganha não pode conduzir à conclusão de que o instituto seja pacificamente aceito nos EUA. Há fortes críticas à coercibilidade do mecanismo. Devido à séria ameaça de pena de morte, de prisão perpétua ou devido às altas penas previstas abstratamente, em muitas ocasiões, a oferta de acordo feita pela acusação afigura-se irrecusável para a defesa.³⁷ Não é por outra razão que Bernd Schünemann, ao avaliar o *plea bargaining*, encara o princípio do consenso entre as partes como uma ficção.³⁸

Entre as práticas coercitivas adotadas pelas promotorias destaca-se o *overcharging*. Antes da propositura do acordo, a promotoria deve formular uma acusação inicial (*initial charge*). A partir disso, começam a se desenrolar as negociações, visto que o imputado passa a saber o que a acusação alegará em um futuro processo.³⁹ No *overcharging*,⁴⁰ o acusado recebe imputações iniciais mais severas se comparadas aos fatos supostamente praticados, no intuito de que o agente declare sua culpabilidade em relação ao delito efetivamente cometido.⁴¹

³⁶ SCOTT, Robert E.; STUNZ, William J. Plea bargaining as a contract. *The Yale Law Journal*. vol. 101, p. 1909-1968, 1992, p. 1909. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/317/>. Acesso em 30 mai. 2023.

³⁷ THAMAN, Stephen C. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 329.

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Trad. de Danielle Campos. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 257.

³⁹ ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. vol. 79, p. 1-43, 1979, p. 85. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 20 mai. 2023.

⁴⁰ O conceito de *overcharging* é também trazido por WRIGHT, Ronald; MILLER, Marc. The Screening/Bargaining Tradeoff. *Stanford Law Review*. vol. 55, p. 29-118, 2002, p. 33. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1229590?origin=crossref>>. Acesso em 10 jun. 2023.

⁴¹ Segundo Albert Alschuler, o *overcharging* pode ser vertical, no qual impõe-se maior gravidade ao delito praticado, ou horizontal, em que se acrescentam infrações inexistentes à infração cometida (*Op. cit.*, p. 85-86).



Outra crítica refere-se ao fato de que, no *guilty plea*, o imputado é punido sem o transcurso de um julgamento, apenas com base nos elementos informativos preliminares e em sua confissão, o que violaria o princípio da presunção de inocência e o princípio de ser julgado apenas por juízes, baseado nas provas obtidas processualmente.⁴² Neste ponto reside o maior ponto de atenção: o mecanismo consensual promove, em não raras situações, a punição de acusados que são inocentes.

De acordo com o *National Registry of Exonerations*,⁴³ desde o início do monitoramento pelo projeto, aproximadamente 24% dos imputados que foram absolvidos após condenações equivocadas celebraram *guilty pleas*. Além disso, 12% dos acusados que foram absolvidos após condenações errôneas proferiram falsas confissões.⁴⁴ São estatísticas que não podem ser ignoradas e que corroboram a fragilidade epistêmica da confissão no processo penal.

Por razões óbvias, dificilmente serão alcançados resultados empíricos que reflitam remotamente o quantitativo de indivíduos comprovadamente inocentes que celebram o *plea bargaining*. Num juízo hipotético extremo, Jed Rakoff, importante crítico do problema, apresenta um importante exercício para que deixemos de analisar os números friamente: caso se trabalhe, hipoteticamente, com uma previsão de 1% de falsas confissões sobre, por exemplo, dois milhões de estadunidenses encarcerados após realizarem barganhas, possivelmente cerca de vinte mil presos serão inocentes.⁴⁵ Seriam vinte mil vidas privadas de suas liberdades em razão de um sistema que não cumpriu seu dever epistêmico de perquirir a verdade.

⁴² THAMAN, Stephen C. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 345.

⁴³ O *National Registry of Exonerations* consiste em um projeto da *University of California Irvine* em conjunto com a *University of Michigan Law School* e com a *Michigan State University College of Law*. O registro fornece informações sobre as absolvições de pessoas condenadas erroneamente nos EUA desde 1989. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/detailist.aspx>>.

⁴⁴ Ora, se a admissão do fato criminoso pelo acusado é comprovadamente insuficiente em grau tão considerável em casos em que houve efetivo processo penal, deve-se questionar a eficácia probatória deste elemento, com maior razão, quando extraído com a finalidade de celebração do *plea bargaining*.

⁴⁵ RAKOFF, Jed Saul. *Why innocent people plead guilty*. 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.floridayoujudge.com/wp-content/uploads/2016/07/Why-innocent-People-Plead-Guilty-J-Rakoff.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2023.



Um problema sensível como este demandou diversas investigações, com o intuito de se aferir as razões que levariam indivíduos inocentes a pactuarem negócios jurídicos (muitas vezes com admissão de culpa) que lhes trarão punições, até mesmo de privação de liberdade. Por que as pessoas renunciariam a provar sua inocência em um devido processo, com um julgamento amparado por direitos e garantias, em prol de um acordo no qual serão punidos e, provavelmente, estigmatizados?

John Blume e Rebecca Helm elencam fatores que explicariam a celebração de *guilty pleas* por inocentes. Em primeiro lugar, tal prática seria muito recorrente para pessoas imputadas em crimes menos graves.⁴⁶ Estes indivíduos possuiriam o objetivo de sair do cárcere ou de não permanecer presos por mais tempo, especialmente se forem presos provisórios. Destaca-se que são frequentes as ocasiões em que os acusados carecem de recursos financeiros, para pagar a fiança, para contratar advogados ou para custear o sustento de seus familiares durante o período em que ficariam aprisionados. Os imputados, então, estariam mais vulneráveis a proferirem falsas confissões, para celebrarem a barganha e serem soltos, ou cumprirem um tempo menor em prisão.⁴⁷

Por fim, argumenta-se que muitos inocentes podem se declarar culpados em acordo devido ao temor de exercerem seu direito constitucional a um devido processo legal, visto que, em muitas ocasiões, a acusação impõe “ameaças” de penas mais elevadas, até mesmo de pena de morte, caso o processo vá a julgamento.⁴⁸

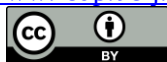
Ainda quanto a este último argumento, Jed Rakoff expõe que o receio dos acusados de enfrentar punições mais severas após um julgamento aumentou com a fixação de penas mínimas em abstrato,⁴⁹ assim como ocorre no Código Penal brasileiro. A título de exemplo,

⁴⁶ BLUME, John H.; HELM, Rebecca K. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*. Paper 113, p. 17-18. 2014, p. 21. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/view_content.cgi?article=1116&context=clsops_papers>. Acesso em: 09 jun. 2023.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁸ “Many defendants, even innocent ones, are willing to accept a lesser punishment in return for avoiding the risk of a much harsher sentence following conviction (even if the risk is very small.)” (*Ibid.*, p. 17-18; 29). Retoma-se, aqui, à prática do *overcharging*.

⁴⁹ RAKOFF, Jed Saul. *Why innocent people plead guilty*. 2014, p. 3. Disponível em: <<http://www.floridayoujudge.com/wp-content/uploads/2016/07/Why-innocent-People-Plead-Guilty-J-Rakoff.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2023.



cita-se, na legislação federal dos EUA, a pena mínima de dez anos prevista para diversas modalidades de crimes referentes ao tráfico de drogas ilícitas.⁵⁰

O autor também aborda a desvantagem informacional que a defesa tem normalmente em relação à acusação.⁵¹ Na maioria dos casos, a promotoria tem à disposição uma reunião completa dos elementos informativos colhidos em investigação policial, encontrando-se em uma posição de vantagem e confiança. A defesa, em muitos casos, tem pouquíssimas oportunidades de estar junto ao cliente, tendo em vista a grande parcela de prisões pré-processuais, e de acessar os elementos obtidos na investigação.

Ainda que seja inocente, o imputado, muitas vezes sem acesso a todas as informações sobre o caso, ao cogitar enfrentar um processo e um julgamento, é pressionado com a possibilidade de ser punido de forma muito mais gravosa do que se celebrasse um acordo, punição esta que pode envolver prisões perpétuas e até mesmo penas de morte.

Pensa-se então no caso de uma pessoa presa provisoriamente: esta assumiria um crime que não cometeu para cumprir menos tempo de prisão ou mesmo para ser imediatamente liberada? Contando o tempo de tramitação de um processo até ser julgado, é possível que sim. Não por acaso, há quem trate como mito a conceituação do *plea bargaining* como um negócio jurídico justo e voluntarioso entre duas partes iguais. A barganha estadunidense está bem mais próxima de um contrato de adesão.⁵²

À vista do exposto, entende-se por essencial a análise da tentativa de implementação do *plea bargaining* no Brasil,⁵³ enfrentando suas consequências, sobretudo pelo fato de ser provável seu retorno à pauta legislativa, principalmente por haver previsão semelhante no texto do PL de novo CPP. Esta será a temática da próxima seção.

⁵⁰ 21 *United States Code* § 841 – *Prohibited acts A*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/841>>. Acesso em 16 mar. 2023.

⁵¹ RAKOFF, Jed Saul. *Op cit*, p. 4.

⁵² *Ibid.*, p. 6.

⁵³ Ademais, os raciocínios críticos apresentados podem ser aplicados ao ANPP, instituto negocial que, apesar de não promover a aplicação de penas privativas de liberdade, reflete uma clara realização de “tradução jurídica”, conforme teorizado por Máximo Langer. Busca-se também, por meio de um acordo, a promoção de uma “melhoria” da situação do imputado em troca de sua confissão. Com inspiração no *plea bargaining*, criou-se, a partir do cenário brasileiro, um novo instituto, com diferenças e semelhanças.



4. A TENTATIVA DE IMPLANTAÇÃO DO PLEA BARGAINING NO BRASIL: AVANÇO OU RETROCESSO?

Mesmo diante da intensa utilização da transação penal e da suspensão condicional do processo no Brasil, retomou-se, nos últimos anos, a discussão relativa à possibilidade de criação de novos instrumentos consensuais para uma maior quantidade de crimes, visando, em teoria, à redução do número de processos criminais e, conseqüentemente, o tempo de duração dos processos em geral, bem como o tempo de manutenção das prisões preventivas.

Diante disso, a recusada proposta de barganha veio disposta no já mencionado PL n. 882/2019. Criar-se-ia o art. 395-A no CPP. Para fins de facilitação do entendimento, a proposta brasileira será comparada ao instituto estadunidense, principal fonte de inspiração, ainda que haja relevantes diferenças entre os mecanismos. O PL 882/2019 será também comparado ao PL 8045/2010, que está em curso e visa à positivação de um novo CPP.

A recente utilização *do plea bargaining* nas movimentações legislativas brasileiras, remete, como dito, à “tradução jurídica” verificada na migração de institutos entre sistemas tão diferentes.⁵⁴

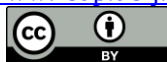
Máximo Langer parte do seguinte pressuposto: não há, no processo de migração de dispositivos legais, uma simples prática de “copiar e colar”.⁵⁵⁻⁵⁶ Logo, por mais que seja inegável a influência do sistema estadunidense, as escolhas legislativas e a estrutura do ordenamento pátrio irão ocasionar o surgimento de institutos diferentes daquele que os inspiraram.⁵⁷ Certamente, as discrepâncias culturais e estruturais entre os ordenamentos promovem desigualdades entre o instituto originário e o derivado, além de acarretarem

⁵⁴ LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, vol. 45, dez. 2004, p. 5. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure>. Acesso em 11 jun. 2023.

⁵⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro à luz do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol 4, n. 2, p. 767-806, mai.-ago. 2018, p. 774. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/133/127>>. Acesso em 15 jun. 2023.

⁵⁶ “I propose the metaphor of the translation as a superior heuristic device to analyze the circulation of legal ideas, rules, practices, and institutions.” (LANGER, Máximo. *Op. cit.*, p. 32).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 63.



consequências distintas para o funcionamento de cada ordenamento jurídico que receber o instituto “traduzido”.⁵⁸ No caso brasileiro, é possível se dizer, pois, que ocorreu e ocorre tentativas de “tradução jurídica” do *plea bargaining*.

Logo de início, o *caput* do hipotético art. 395-A do CPP trata do momento de realização da barganha. Conforme o PL, o acordo somente poderia ser celebrado entre o momento posterior ao recebimento da inicial acusatória e o início da instrução processual.⁵⁹ Ao contrário do mecanismo dos EUA,⁶⁰ o projeto brasileiro vedava a pactuação anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa-crime. Trata-se de estratégia louvável no sentido de evitar o já explicado *overcharging*. No entanto, tal prática não ficaria completamente impossibilitada, já que o controverso princípio do *in dubio pro societate* ainda tem sido aplicado no recebimento da inicial.⁶¹⁻⁶²

A limitação temporal de celebração da barganha brasileira, apesar do aspecto positivo em tentar evitar a prática de *overchargings*, pode ser criticada, por outro lado, ao possibilitar que seja pactuado um acordo com um acusado que pode possuir até duas decisões judiciais contrárias a ele: a decisão de recebimento da inicial acusatória e a decisão de negativa de

⁵⁸ “However, each jurisdiction has adopted a different version of *plea bargaining*, and thus, these different reforms may lead them in different directions.” (*Ibid.*, p. 6).

⁵⁹ O PL 8045/2010, por sua vez, não previu, de maneira explícita, a impossibilidade de celebração de barganha em momento anterior ao recebimento da inicial acusatória. Não obstante, no hipotético art. 341 de um novo CPP, o texto utiliza o termo “acusado” para se referir ao indivíduo que celebra a barganha, deixando claro que, haverá, ao menos, o oferecimento da denúncia. Como momento limite de celebração, o texto do PL estabelece o início da audiência de instrução.

⁶⁰ Logo de início, o projeto brasileiro do *plea bargaining* já demonstra que o instituto, apesar de ser baseado em mecanismo estrangeiro, receberia contornos diferentes de sua “matriz”, dando razão à ideia das “traduções jurídicas” proposta por Máximo Langer.

⁶¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 318, 2019 Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Aces so em 20 mai. 2023. Também aponta para a continuidade de aplicação do *in dubio pro societate*: ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar ou condenar? São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 239-240.

⁶² A título demonstrativo, seguem julgados do STF no sentido da validação do *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da denúncia: ARE 1383756 AgR/SP, Rel. Min. Rosa Weber, j. 22.08.2022, *DJe* 25.08.2022, acesso em 10 jun. 2023; AO 2057/RN, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.10.2018, *DJe* 31.10.2018, acesso em 11 jun. 2023.



absolvição sumária. Neste estágio processual, o acusado, sem dúvidas, se encontraria em uma posição negocial mais frágil.⁶³

Quanto aos requisitos exigidos para a celebração da avença, assim como nos EUA, o *plea bargaining*, na versão do PL n. 882/2019, caberia para quaisquer infrações penais, incluindo crimes hediondos. Diferentemente da transação, da suspensão condicional do processo, do ANPP e até mesmo das previsões do PL n. 8045/2010,⁶⁴ que são taxativos quanto às infrações passíveis de acordo, a barganha possuiria, no projeto rejeitado, um rol ilimitado. Configurar-se-ia uma grande mudança de paradigma, vez que até mesmo crimes de maior ofensividade poderiam ser objeto de negociação.

Tal ampliação, somada à possibilidade de aplicação negocial de penas privativas de liberdade (fato até então inédito no Brasil), traz consigo importantes preocupações. De início, acusados de crimes mais graves, tendo em vista o temor de uma condenação mais adversa, poderiam se ver pressionados a pactuarem. Não seria muito diferente das críticas já mencionadas sobre o *plea bargaining* nos EUA e em outros ordenamentos.⁶⁵ Os acordos se tornariam instrumentos de coação, reiterando-se a ideia ficcional do consenso.⁶⁶

Pense-se então nos acusados em prisões preventivas. É notório, e até repetitivo de se apontar, que o sistema brasileiro mantém uma enorme população encarcerada de forma provisória,⁶⁷ situação por vezes amparada até mesmo pelos Tribunais Superiores, a exemplo

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 163-164.

⁶⁴ No PL 8045/2010, no que viria a ser o art. 342, *caput*, do novo CPP, o acordo estaria limitado a crimes cuja pena máxima cominada não ultrapassasse oito anos e não poderia ser aplicado a crimes dolosos contra a vida e crimes de violência doméstica contra a mulher. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 18 jun. 2023.

⁶⁵ Para Bernd Schünemann, a adoção de métodos análogos ao *plea bargaining* anglo-americano em ordenamentos como o alemão, o italiano e o espanhol - ao que acrescemos brasileiro -, não reflete hipóteses de verdadeiro consenso, além de ofender diversas garantias fundamentais do réu (SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. In: *Id. Obras. Tomo II*. Buenos Aires / Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 403-412).

⁶⁶ *Id.*, p. 257.

⁶⁷ Segundo levantamento do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, em 2021, o Brasil possuía 225.998 presos provisórios, quantidade correspondente a, aproximadamente, 27% da população prisional total do Brasil (disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em 10 jul. 2023.



dos verbetes 21⁶⁸ e 52⁶⁹ da Súmula do STJ e do entendimento fixado pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade n° 6581 e 6582, segundo o qual a ausência de reavaliação de prisão preventiva no prazo de noventa dias não acarreta a revogação automática da cautelar.⁷⁰ Não é difícil de imaginar que, diante da probabilidade de permanecer por um longo tempo preso de forma provisória, o acusado incline-se a celebrar um acordo, continuando aprisionado, mas cumprindo uma pena inferior àquela que, em tese, receberia.⁷¹

Ainda sobre o problema do excesso de duração das prisões cautelares, que diz respeito unicamente à ineficiência do Estado, a introdução do *plea bargaining* poderia promover uma tentativa de transferir aos acusados a responsabilidade de resolver um problema de ordem pública, ao argumento de que a celebração de acordos reduziria o número de prisões preventivas.⁷² Tal solução não deve ocorrer por meio da implementação massiva de acordos penais.

Outra característica negativa das propostas de *plea bargaining* refere-se à ausência de previsão concreta das penas a serem pactuadas. O PL n. 882/2019 apenas mencionava que a pena deveria ser aplicada dentro dos parâmetros legais,⁷³ uma obviedade. O PL n. 8045/2010, de igual modo, nada dispõe a respeito. Ao não se prever, por exemplo, um patamar mínimo de aplicação da pena, fica ainda mais obscura a suposta vantagem do acusado na pactuação, pois, estando este em posição negocial inferior ao MP, pode encarar, a título de “consenso”, uma pena superior à que supostamente receberia em processo.

⁶⁸ “Súmula 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução. (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 06/12/1990, DJ 11/12/1990)”.

⁶⁹ “Súmula 52. Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. (TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 17/09/1992, DJ 24/09/1992).”

⁷⁰ ADIs 6581 e 6582, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 09/03/2022, DJe 03/05/2022, acesso em 07 jul. 2023.

⁷¹ “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 concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte, sem qualquer exagero, basta conhecer a realidade carcerária.” (LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 168).

⁷² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 76.

⁷³ “Art. 395-A, § 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput*: II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com sugestão de penas ao juiz.”.



Causou ainda estranheza no PL n. 882/2019, no imaginado art. 395-A, § 3º, a previsão de que a pena negocial poderia ser reduzida pela metade, assim como “poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição por pena 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”. Ou seja, a pressão para o acusado celebrar o acordo seria positivada, ao destacar que o agente receberá vantagens ao agir no sentido de uma rápida solução processual.⁷⁴ De nenhuma forma um acusado pode ser pressionado a renunciar a um direito tão caro quanto o devido processo legal simplesmente para agilizar o desfecho do processo. Trata-se de uma lógica que não deve guiar o Direito Processual Penal.

Em continuidade à análise do PL 882/2019, não é de se espantar que, com inspiração no *guilty plea*, fosse previsto o requisito da confissão do réu para que o acordo fosse celebrado,⁷⁵ uma vez que, como visto, a barganha com admissão de culpa consiste na prática mais usual nos EUA. O requisito da confissão também está presente no ANPP e na redação mais recente do PL 8045/2010.⁷⁶

Diante disso, já foram destacadas as principais desaprovações feitas à pressão exercida sobre os acusados para a celebração do *plea bargaining*, bem como à lamentável existência de inocentes que se declaram culpados. Não obstante, há ainda mais um importante ponto de crítica no tocante à necessidade de confissão, que não pode ser desconsiderado no caso brasileiro.

Tal crítica também está relacionada à possibilidade de o acordo estar embasado em uma confissão não verdadeira, situação que merece pertinente preocupação do ponto de vista epistêmico.

A noção da epistemologia aqui aplicada ao processo penal foi desenvolvida por Larry Laudan. De acordo com este, a “epistemologia jurídica” refere-se à propositura de mudanças para eliminar ou modificar as estruturas que, no Direito, acabam por obstaculizar a

⁷⁴ O PL 8045/2010, no atual estágio de tramitação, não traz previsão semelhante a respeito de uma “premiação” ao imputado que “colabore” para um desfecho mais célere.

⁷⁵ “Art. 395-A, § 1º São requisitos do acordo de que trata o *caput*: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal”.

⁷⁶ “Art. 342. O requerimento da transação será apresentado por escrito e assinado pelas partes, e conterá obrigatoriamente: I – a confissão em relação aos fatos imputados na inicial acusatória”.



descoberta da verdade.⁷⁷ Ao encontro deste entendimento, Susan Haack assevera que “justiça substancial exige verdade factual”.⁷⁸

Em consideração a isso, com respeito ao entendimento de Gustavo Badaró, segundo o qual o processo penal negocial abdica da busca pela verdade em detrimento da vontade das partes,⁷⁹ defende-se que, quanto ao *plea bargaining*, e a outros institutos negociais, como o ANPP, especialmente pelo risco de se obter uma confissão não verdadeira, deve-se recorrer à epistemologia a fim de reduzir tal possibilidade.⁸⁰ Deve-se dispor de ferramentas para que as admissões de culpa nos acordos estejam fortemente amparadas por elementos informativos mais precisos.

Tomando por base a necessidade epistêmica de se obter uma maior proximidade com o conhecimento da verdade, bem como a noção de verdade segundo a qual um enunciado será verdadeiro quando corresponder ao fato concreto,⁸¹⁻⁸² será então preciso buscar parâmetros de aprimoramento da obtenção dos elementos informativos pré-processuais para que os acordos com admissão de culpa estejam mais próximos da verdade fática.

Apesar da consciência de que os mecanismos de acordo não buscam prioritariamente a verdade, é essencial que os acordos produzam resultados epistemicamente mais seguros. Para isto, ainda que não haja a intenção de se esgotar a temática, podem ser propostas ideias

⁷⁷ LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 3.

⁷⁸ HAACK, Susan. A respeito da verdade, na ciência e no direito. In: BRITO, Adriano N. de; BARRETO, Vicente (orgs.). *Perspectivas pragmáticas da filosofia do direito*. Trad. André de Godoy Vieira e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 324.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 84.

⁸⁰ “Assim, a aptidão para a descoberta da verdade material ainda constitui o ponto arquimédico para todo e qualquer instituto do processo penal, ao passo que os demais fins são deduzidos deste fim maior ou entram em cena de forma complementar apenas como medida preventiva de efeitos colaterais danosos” (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís [Coord.]. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Trad. de Danielle Campos. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 245).

⁸¹ É o entendimento adotado por: HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002; TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

⁸² “Para o processo, a realidade deve ser o critério de verdade. É necessário que haja uma relação de correspondência entre uma entidade linguística (o enunciado que contém o fato a ser provado) e uma entidade extralinguística (o fato real objeto do julgamento).” (BADARÓ, Gustavo. *Ibid.*, p. 88).



iniciais de aprimoramento, a fim de melhorar a obtenção dos elementos que deverão ser valorados em conjunto com a confissão para celebrar o *plea bargaining* e também o ANPP.

Filia-se, para isto, ao entendimento segundo o qual a investigação preliminar deve ser garantida por quantas garantias forem suficientes para que, de tal maneira, possa ser reconhecida como um instrumento de obtenção do conhecimento sobre os fatos.⁸³

De forma breve, podem-se mencionar algumas providências a serem implementadas com o intuito de incrementar o conhecimento dos fatos em momento anterior à ação penal.

4.1. Sugestões de aprimoramentos epistêmicos das investigações pré-processuais

Inicialmente, é salutar que, no âmbito do inquérito policial ou de investigação ministerial, os depoimentos colhidos pelas testemunhas, o interrogatório e eventuais acareações, sejam registrados e armazenados em vídeo, permitindo ao advogado do investigado/acusado uma análise mais precisa dos elementos contidos nas inquirições orais.⁸⁴ Como recomenda Bernd Schünemann, o objetivo é o de impedir que a defesa tenha acesso à documentação escrita de testemunhos que consistam, na realidade, em documentos artificialmente criados pela mistura entre o depoimento prestado e a orientação dos agentes responsáveis pela transcrição dos depoimentos, evitando que informações não ditas possam ser apostas em texto.⁸⁵

Trata-se de proposta de indubitosa utilidade, e que merece ser implementada. Contudo, é preciso atentar-se para fato de que a utilização adequada de arquivos audiovisuais em juízo ainda não é uma realidade concreta.⁸⁶ Logo, ainda que a potencialização da coleta de depoimentos por vídeos seja efetiva ao conhecimento dos fatos, a análise jurídica de

⁸³ De forma similar: SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 257.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 258.

⁸⁵ “Posteriormente, não é mais possível averiguar de forma confiável o que daquilo que fora documentado no registro escrito do depoimento reflete realmente o conhecimento da testemunha, e o que é mera conjectura e produto de formulações pessoais dos funcionários que realizam a inquirição” (*Ibid.*, p. 259).

⁸⁶ A utilidade do vídeo e a urgência em lidar com os vieses de perspectiva da câmera, especialmente nos casos de metaprova (registro de outros meios de prova), mereceu a atenção de: BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Broadway Books, 2016, p. 100-104.



vídeos carecerá de maior cuidado⁸⁷, visto que, especialmente na seara penal, “a falta de domínio sobre a imagem pode colocar em xeque bens jurídicos relevantes, como o direito à liberdade, à vida e à propriedade” (RICCIO, *et al.*, 2016, p. 7).⁸⁸ Especialmente nos sistemas de *civil law*, tanto no processo, quanto na investigação preliminar, os elementos de informação e as provas ainda são, predominantemente, escritos.⁸⁹

O registro em vídeo contém múltiplos significados⁹⁰ e não confere uma representação inequívoca dos eventos. A fim de que tanto a defesa quanto a acusação possam ter uma melhor compreensão dos depoimentos gravados em sede de investigação, aprimorando a busca pela verdade nos acordos, é essencial que se desenvolva o que Richard Sherwin denomina como “alfabetização visual” ao se referir a uma melhor compreensão do funcionamento das imagens e à qualificação das competências relacionadas à comunicação visual.⁹¹⁻⁹²

Outra situação que aprimoraria epistemicamente a investigação, favorecendo a fidedignidade das admissões de culpa, diz respeito à concretização da investigação criminal defensiva. Franklyn Roger Alves Silva conceitua o instituto como gênero de investigação

⁸⁷ “Logo, para lidar com o visual no mundo contemporâneo, o direito necessita de novos instrumentos para compreender a inteligibilidade e retórica da imagem. Este entendimento é necessário principalmente no caso das provas, a fim de se compreender a diferença existente entre suas formas tradicionais e aquelas baseadas em vídeo. A superação de uma cultura jurídica racionalista é fundamental para se promover a alfabetização visual no âmbito dos operadores do direito” (RICCIO, Vicente; *et al.* A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 118, jan/fev 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/305789925_A_UTILIZACAO_DA_PROVA_EM_VIDEO_NAS_CORTES_BRASILEIRAS_UM_ESTUDO_EXPLORATORIO_A_PARTIR_DAS_DECISOES_CRIMINAIS_DOS_TRIBUNAIS_DE_JUSTICA_DE_MINAS_GERAIS_E_SAO_PAULO>, p. 6. Acesso em 25 mai. 2023).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁹ RICCIO, Vicente; *et al.* Imagem e retórica na prova em vídeo. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, 2019, p. 93.

⁹⁰ Tratam sobre o tema: SILBEY, Jessica. Cross-examining film. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*. vol. 8, p. 17-46, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1202043>. Acesso em 27 mai. 2023; GUEDES, Clarissa Diniz. *Prova em vídeo no processo penal: aportes epistemológicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2023; PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova documental: do documento aos documentos. Do suporte à informação*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

⁹¹ SHERWIN, Richard K. *Visualizing law in the age of the digital baroque*. Londres e Nova York: Routledge, 2011, p. 3.

⁹² “A alfabetização visual é o desenvolvimento da capacidade de compreensão da presença das imagens no cotidiano. Ele permite ao operador do Direito filtrar e selecionar as imagens em um contexto de excessiva informação” (RICCIO, Vicente; *et al.* *Op. cit.*, p. 97).



que tem por finalidade defender os interesses daqueles “que não fazem parte da atividade de Polícia Judiciária e Ministério Público, mas que, por força das regras do ordenamento jurídico, podem ocupar posições na relação processual” e, nessa condição, “desejam realizar atos paralelos a outras formas de investigação”.⁹³

Assim, embora a noção de “investigação criminal defensiva” possa provocar a sensação de que ocorreria apenas em favor do investigado, trata-se de um conceito mais amplo, que engloba o acusado, o indiciado, o querelante, a vítima ou o assistente de acusação. Da mesma maneira interpretou a Ordem dos Advogados do Brasil, que, por meio do Provimento n. 188/2018,⁹⁴ procurou regular minimamente a matéria, ainda carente de regulação a título legislativo.

No que tange à sua fundamentação, a investigação defensiva está amparada, principalmente, “no direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa” e “na garantia da paridade de armas”.⁹⁵

Ainda que possa ser empreendida em favor de outros sujeitos, entende-se que a investigação possui maior relevância para os indiciados/acusados, os quais, em muitas ocasiões, encontram-se em uma posição desfavorável em face do aparato estatal.⁹⁶

Os órgãos persecutórios possuem amplos poderes e recursos para realizar investigações, com a possibilidade de requisição de diligências, de instauração de inquérito policial e de procedimento investigativo ministerial. O MP inclusive dispõe, para muitas situações, de quadros investigativos e periciais pertencentes ao próprio ente.⁹⁷

⁹³ SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 473.

⁹⁴ “Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”.

⁹⁵ MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*. vol. 1, jun. 2012, p. 8. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341000828_Defesa_penal_efetiva>. Acesso em 20 jun. 2023 e, de forma semelhante, no direito italiano, RUGGIERO, Giuseppe. *Compendio delle invezstigazioni difensive*. Giuffré Editore, 2003, p. 4.

⁹⁶ “O contraditório também exerce seu papel axiológico na investigação criminal defensiva na medida em que a pesquisa desempenhada pela defesa nada mais é do que uma resposta à atividade persecutória punitiva” (SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 428).

⁹⁷ MALAN, *op. cit.*, p. 8.



Sendo assim, em observância à necessidade da defesa de obter informações e canalizar a melhor estratégia de resistência à pretensão acusatória, é preciso assegurar ao investigado/indiciado sua posição de sujeito de direitos.⁹⁸ O objeto de apuração de uma investigação deve ser somente o suposto fato criminoso, o agente não pode ser objetificado em conjunto.⁹⁹

No âmbito da justiça penal negociada, a investigação feita diretamente pela defesa constituirá importante ferramenta de aprimoramento epistêmico dos acordos. A atuação investigativa paralela à polícia e ao MP pode proporcionar a coleta de elementos informativos ignorados pela investigação oficial, assim como pode trabalhar com linhas investigativas não analisadas.¹⁰⁰

Se, ao pensar no transcurso tradicional do processo penal, a investigação defensiva já possui uma enorme importância no que diz respeito à obtenção de elementos que não foram alcançados pela polícia ou pela acusação, no que toca aos acordos, seu valor é ainda maior. Na medida em que, provavelmente, as avenças ocorrerão no início da marcha processual¹⁰¹ ou até mesmo antes do oferecimento/recebimento da inicial, é de maior interesse que se amplie a possibilidade de obtenção de elementos informativos, com a efetiva participação da defesa, já que raros não seriam os acordos celebrados sem a produção de provas em contraditório judicial.¹⁰²

Não obstante se possa argumentar que caberá ao magistrado realizar a homologação do *plea bargaining*, incumbindo-lhe não homologar os acordos cujas provas não indiquem

⁹⁸ Sobre a importância de se garantir ao investigado o status de sujeito de direitos: SAAD, Marta Cristina Cury. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 205-207.

⁹⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Op. cit.*, p. 424-425.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 469.

¹⁰¹ Conforme já dito, o PL 882/2019 previa que o acordo poderia ocorrer apenas entre o recebimento da inicial acusatória e o início da instrução processual. Já o PL 8045/2010, ao utilizar o termo “acusado”, indica que deveria haver, ao menos, oferecimento de denúncia.

¹⁰² “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 acarreta uma supervalorização da investigação preliminar, do híbrido e malformado inquérito policial, pois o acordo é feito exclusivamente com base nele, já que nenhuma prova é produzida” (LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. *O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 164).



a condenação,¹⁰³ nos EUA,¹⁰⁴ é bastante comum que se critique a realização de homologações sem a análise adequada dos elementos informativos e das provas obtidas.¹⁰⁵

É então essencial que, desde o início, a defesa atue de forma a buscar elementos que foram ignorados pelas investigações estatais. Trata-se de uma maneira de mitigar a chance de o magistrado adotar uma hipótese inicial não verdadeira,¹⁰⁶ já que haverá maiores possibilidades de verificar se o acordo está em consonância com os fatos concretos.

Para encerrar a discussão relativa à investigação pela defesa, não se descarta, inclusive, que esta seja favorável à acusação. Será possível fornecer à acusação informações que passaram despercebidas pelas investigações oficiais, desde que, evidentemente, a pessoa em nome da qual a investigação defensiva foi conduzida autorize o compartilhamento, com respeito ao direito à não autoincriminação, munindo o MP de elementos suficientes para a propositura do acordo.¹⁰⁷ E, ainda que o compartilhamento não ocorra, o investigado terá motivação suficiente para celebrar o acordo eventualmente proposto.

A situação inversa deve acontecer, obviamente. O imputado e seu defensor devem ter acesso às informações obtidas pela polícia ou pelo MP que pesem a seu favor e a seu

¹⁰³ É o que pretendia o PL n. 882/2019, no planejado art. 395-A, § 7º, do CPP: “§ 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”.

¹⁰⁴ Nas *Federal Rules of Criminal Procedure*, também há a imposição de que o juiz analise se há uma “base factual” para que a barganha seja celebrada. Observe a Rule 11, (b), (3): “*Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea*”.

¹⁰⁵ “*But in practice, most judges, happy for their own reasons to avoid a time-consuming trial, will barely question the defendant beyond the bare bones of his assertion of guilty, relying instead on the prosecutor’s statement (untested by any cross-examination) of what the underlying facts are*” (RAKOFF, Jed Saul. *Why innocent people plead guilty*. 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.floridayoujudge.com/wp-content/uploads/2016/07/Why-innocent-People-Plead-Guilty-J-Rakoff.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2023, p. 8).

¹⁰⁶ “O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo MP, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consoantes, e as faculdades de formulação de perguntas que o assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, mas sim e uma autoconfirmação das hipóteses iniciais” (SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís [Coord.]. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Trad. de Danielle Campos. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 221).

¹⁰⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 489.



desfavor.¹⁰⁸ Evidentemente, não está aqui a se falar das situações em que o acesso prévio provavelmente prejudicaria a obtenção das informações, caso de, por exemplo, uma interceptação telefônica autorizada judicialmente. Remete-se, aqui, ao *duty to disclosure*, dever de compartilhamento da acusação garantido no ordenamento estadunidense, cuja aplicação passou a ser reconhecida no precedente estabelecido no julgamento do caso *Brady v. Maryland*, pela Suprema Corte dos EUA.¹⁰⁹

Não obstante, no referido precedente, a Suprema Corte não apreciou a necessidade de compartilhamento de informações pela acusação no momento anterior à deflagração do processo.¹¹⁰ Ainda que o tema não tenha sido enfrentado, visando à celebração de um acordo adequado, é indispensável que o maior interessado na negociação tenha conhecimento e acesso aos elementos já obtidos pela acusação, sobretudo aos elementos informativos que possam demonstrar a negativa de sua autoria.¹¹¹ É o que Daniel McConkie define como “*pre-plea criminal discovery*”.

Conclui-se, então, que o MP, de posse das informações obtidas em sede de investigação defensiva, estando melhor amparado por elementos possivelmente ignorados pelo Estado, poderá ter uma melhor compreensão dos fatos, resultando na celebração de um acordo mais próximo da verdade, ou, até mesmo, na não pactuação do acordo, vez que poder-se-ia optar por uma denúncia, por uma promoção de arquivamento ou, até mesmo, pela persecução penal de outro indivíduo.

¹⁰⁸ MCCONKIE, Daniel S. Structuring pre-plea criminal discovery. *Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 107, 2017, p. 12. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol107/iss1/1/>>. Acesso em 11 mai. 2023.

¹⁰⁹ Em *Brady v. Maryland* (1963), a Suprema Corte estadunidense decidiu que a acusação não poderia omitir informações relevantes à punição da defesa, sendo irrelevante a boa ou a má-fé do órgão acusatório (SILVA, *op. cit.*, p. 306-307).

¹¹⁰ ALKON, Cynthia. The right to defense discovery in plea bargaining fifty years after *Brady v. Maryland*. *N.Y.U. Law Review & Social Change*. vol. 38, 2015, p. 408. Disponível em: <<https://socialchangenyu.com/review/the-right-to-defense-discovery-in-plea-bargaining-fifty-years-after-brady-v-maryland/>>. Acesso em 15 jun. 2023.

¹¹¹ “*Innocent defendants need evidence in the prosecution’s possession that tends to demonstrate their innocence. Without that information, They may plead guilty to cut their losses*” (MCCONKIE, Daniel S. Structuring pre-plea criminal discovery. *Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 107, 2017, p. 4. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol107/iss1/1/>>. Acesso em 11 mai. 2023.).



A defesa, por sua vez, ao ter acesso aos resultados das investigações oficiais,¹¹² somados aos obtidos por eventual investigação defensiva, poderá calcular melhor os benefícios de celebrar um acordo, bem como mensurar, ainda que não haja como se prever de forma exata, as possibilidades de uma condenação ao final da marcha processual.¹¹³

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas as considerações cabíveis a respeito da implementação do *plea bargaining* no Brasil, não houve a pretensão de se esgotar a matéria, o que escaparia do escopo deste trabalho. Contudo, seria inimaginável que se abordasse a temática relativa à introdução e à tentativa de acordos penais no país sem que se discutisse o instituto negocial mais conhecido do sistema *adversarial*.

Apesar de a última proposta de um *plea bargaining* nacional ter sido rejeitada, não há dúvidas que a discussão certamente retornará, como evidenciado pela existência do PL 8045/2010, que visa à positivação de um novo CPP.

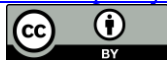
Por essa razão, bem como pela entrada em vigor do ANPP, demonstra-se que a análise do *plea bargaining* é bastante proveitosa a fim de entender seus reflexos em institutos projetados e em institutos positivados.

Diante das informações obtidas nesta pesquisa, adota-se, aqui, a posição de que não seria salutar, pelas críticas já apontadas, que se possibilitasse, no Brasil, a adoção de penas privativas de liberdade em caráter negocial, sem a realização do devido processo penal.¹¹⁴ Ainda que seja possível o aprimoramento epistêmico das investigações preliminares, acredita-se que o encarceramento de pessoas com base em acordos de admissão de culpa não

¹¹² Não há que se dar acesso em situações que as diligências investigativas impõem sigilo durante a realização, com o intuito de não prejudicar a obtenção de informações. Trata-se de preocupação já externada pelo STF em sua Súmula Vinculante 14, que determina que o acesso à defesa deve ocorrer exclusivamente sobre os elementos informativos já documentados no procedimento investigatório.

¹¹³ “*Even factually guilty defendants for whom there is exculpatory evidence should have the opportunity to realistically gauge their chances of conviction at trial in light of the exculpatory evidence.*” (MCCONKIE, Daniel. *Op. cit.*, p. 12).

¹¹⁴ Filiam-se ao pensamento: LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 173.



pode ocorrer sem o risco de pressionar pessoas inocentes a aceitarem punições indevidas, devido ao comprometimento da autonomia decisória existe nesse contexto.

Conclui-se, então, pela validação da hipótese de resposta à questão que motivou o trabalho. O *plea bargaining*, ainda que com diferenças, é um instituto incompatível com a realidade do ordenamento jurídico pátrio, que está muito distante de melhorias epistêmicas básicas. Com isso, nos moldes aqui entendidos como corretos à negociação penal, o instituto da barganha estaria esvaziado pela já existência da transação, da suspensão condicional do processo e do ANPP. A se admitir, contudo, a introdução do instituto no Brasil, a mudança deveria observar providências que permitam o aprimoramento dos elementos obtidos na fase de investigação, a fim de respaldar epistemicamente a escolha pelo acordo, evitando-se, assim, uma confiança cega na confissão do imputado.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA CÂMARA. *Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais*. 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais/>>. Acesso em: 08 jul. 2023.
- ALKON, Cynthia. The right to defense discovery in plea bargaining fifty years after Brady v. Maryland. *N.Y.U. Law Review & Social Change*. vol. 38, p. 407-422, 2015. Disponível em: < <https://socialchangenyu.com/review/the-right-to-defense-discovery-in-plea-bargaining-fifty-years-after-brady-v-maryland/>>. Acesso em 15 jun. 2023.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar ou condenar?* São Paulo: Juspodivm, 2022.
- ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. vol. 79, p. 1-43, 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles>. Acesso em 20 jun. 2023.



- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BENFORADO, Adam. *Unfair: the new science of criminal injustice*. New York: Broadway Books, 2016.
- BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal-law values and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*. vol. 88, p. 1361-1411, jul. 2003. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol88/iss5/3/>>. Acesso em 10 jul. 2023.
- BLUME, John H.; HELM, Rebecca K. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*. Paper 113, p. 17-18. 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1116&context=clsops_papers>. Acesso em: 09 jun. 2023.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 25 jun. 2023.
- _____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 20 jun. 2023.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 8045/2010*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=490263>. Acesso em 24 jul. 2023.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 882/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em 20 jul. 2023.
- _____. Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional*. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em 10 jul 2023.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- GARRETT; Brandon L. Por que plea bargains não são confissões? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



-
- GUEDES, Clarissa Diniz. *Prova em vídeo no processo penal: aportes epistemológicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.
- HAACK, Susan. A respeito da verdade, na ciência e no direito. In: BRITO, Adriano N. de; BARRETO, Vicente (orgs.). *Perspectivas pragmáticas da filosofia do direito*. Trad. André de Godoy Vieira e Nélío Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015.
- _____. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.
- HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The University Chicago Press, 1981.
- LANGBEIN, John H. On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. vol. 15, p. 119-128, 1992. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/72826366.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2023.
- LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, vol. 45, dez. 2004, p. 5. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/28201943_From_Legal_Transplants_to_Legal_Translations_The_Globalization_of_Plea_Bargaining_and_the_Americanization_Thesis_in_Criminal_Procedure>. Acesso em 11 jun. 2023.
- _____. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>>. Acesso em 10 jun. 2023.
- LAUDAN, Larry. *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.



- MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*. vol. 1, p. 67-94, jun 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341000828_Defesa_penal_efetiva>. Acesso em 20 jun. 2023.
- MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal parte geral: noções fundamentais*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.
- MCCONKIE, Daniel S. Structuring pre-plea criminal discovery. *Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 107, p. 1-64, 2017. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol107/iss1/1/>>. Acesso em 11 mai. 2023.
- PAULA RAMOS, Vitor de. *Prova documental: do documento aos documentos*. Do suporte à informação. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- RAKOFF, Jed Saul. *Why innocent people plead guilty*. 2014, p. 8. Disponível em: <<http://www.floridayoujudge.com/wp-content/uploads/2016/07/Why-innocent-People-Plead-Guilty-J-Rakoff.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2023.
- RICCIO, Vicente, GUEDES, Clarissa Diniz, VIEIRA, Amitza Torres e SOUZA, Alexandre. Imagem e Retórica na prova em vídeo. *Revista de informação legislativa: RIL*. v. 55, n. 220, 85 – 103, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p85>. Acesso em 29 mai. 2023.
- _____; SILVA, Beronilda Messias da; GUEDES, Clarissa Diniz; MATTOS, Rogério Silva de. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. *Revista brasileira de ciências criminais*. v.118, ano 24, p.273-298, São Paulo: RT, Jan-Fev/ 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/305789925_A_UTILIZACAO_DA_PROVA_EM_VIDEO_NAS_CORTES_BRASILEIRAS_UM_ESTUDO_EXPLORATORIO_A_PARTIR_DAS_DECISoes_CRIMINAIS_DOS_TRIBUNAIS_DE_JUSTICA_DE_MINAS_GERAIS_E_SAO_PAULO>. Acesso em 25 mai. 2023.



-
- RUGGIERO, Giuseppe. *Compendio delle invezstigazioni difensive*. Milano: Giuffré Editore, 2003.
- SAAD, Marta Cristina Cury. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. In: *Id. Obras*. Tomo II. Buenos Aires / Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- _____. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Trad. de Danielle Campos. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SCOTT, Robert E.; STUNZ, William J. Plea bargaining as a contract. *The Yale Law Journal*. vol. 101, p. 1909-1968, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/317/>. Acesso em 30 mai. 2023.
- SHERWIN, Richard K. *Visualizing law in the age of the digital baroque*. Londres e Nova York: Routledge, 2011.
- SILBEY, Jessica. Cross-examining film. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*. vol. 8, p. 17-46, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1202043>. Acesso em 27 mai. 2023.
- SILVA, Franklyn Roger Alves Silva. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- THAMAN, Stephen C. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.



-
- THE NATIONAL COURT RULES COMMITTEE. *Federal Rules of Criminal Procedure*: rule 11: pleas. Disponível em: <<https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/rule-11-pleas/>>. Acesso em 20 mai. 2023.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. 2021 *Annual report and sourcebook of federal sentencing statistics*. 2021, p. 60, Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2021/2021_Annual_Report_and_Sourcebook.pdf>. Acesso em 12 jul. 2023.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 318, 2019 Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial>. Acesso em 20 mai. 2023.
- _____. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.
- VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro à luz do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. vol 4, n. 2, p. 767-806, mai.-ago. 2018. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/133/127>>. Acesso em 15 jun. 2023.
- WRIGHT, Ronald; MILLER, Marc. The Screening/Bargaining Tradeoff. *Stanford Law Review*. vol. 55, p. 29-118, 2002. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1229590?origin=crossref>>. Acesso em 10 jun. 2023.