

## **PLEA BARGAINING EM PERSPECTIVA: UMA BREVE REFLEXÃO A PARTIR DO PROBLEMA DA INOCÊNCIA E DA IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA JUSTIÇA NEGOCIAL**

Catiane Steffen\*

**Resumo:** A incapacidade do Estado em dar uma resposta satisfatória aos anseios da população de uma segurança pública eficiente e eficaz faz com que a sociedade, de modo geral, coloque-se mais receptiva à importação de mecanismos estrangeiros nos sistemas jurídico-penais locais, contanto que os institutos pareçam entregar o resultado que se espera. Sob a euforia da importação, os problemas escondidos por detrás desses mecanismos não são considerados ou são mitigados em prol de pretensos benefícios, muitos dos quais questionáveis pelas mais primárias linhas fundantes do processo penal democrático, pois incompatíveis com as disposições constitucionais. A importação de mecanismos concebidos em sistemas jurídico-penais bastante diferentes faz com que frequentemente esses institutos estrangeiros necessitem ser adaptados para caber numa realidade que nem sempre os comporta na versão original. Isso causa uma constante erosão do direito processual penal, que irradia reflexos em todo o tecido do arranjo social. No *Plea Bargaining*, frequentemente se oferece uma pena mais branda do que aquela que o acusado concorreria se o processo acontecesse dentro do iter procedimental completo no Tribunal. Essa dinâmica colide frontalmente com as disposições da Constituição de alguns países, nas quais se garante que a condenação criminal acontecerá por meio do devido processo legal, caso do Brasil. Considerando esse contexto, neste trabalho faz-se uma reflexão sobre (i) como o problema da inocência no *Plea Bargaining* se relaciona com elementos como a ausência de conhecimento sobre direitos e garantias, o medo, a coação e a dificuldade de acesso à defesa técnica; (ii) como o *Plea Bargaining* pode colidir com as disposições constitucionais que sustentam e garantem o devido processo legal. Para tanto, faz-se uma reflexão a partir da aplicação desse mecanismo nos Estados Unidos da América. Dentre as principais conclusões, verifica-se que indivíduos desassistidos de defensores empenhados e qualificados,

\* Doutoranda na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora. *Orcid*: <<http://orcid.org/0000-0003-4928-4844>>. *E-mail*: [catianesteffen@gmail.com](mailto:catianesteffen@gmail.com)

que estabeleçam uma defesa que não se limite a algo meramente formal, ficam mais propensos a aceitar acordos nos quais a denúncia é frágil, desmontável pelos erros, vícios e falsas evidências. Esses elementos costumemente passam despercebidos aos olhos dos inocentes, que podem enxergar as acusações como barreiras intransponíveis. Diante disso, enfatiza-se a importância do exercício do contraditório e da plenitude de defesa em modelos de justiça negocial, pois quanto menor o espaço para exercitá-los, maior a chance de que inocentes assumam a culpa diante de sistemas que entendam como voltados a condená-los.

**Palavras-chave:** Justiça Negocial. Inocência. *Plea Bargaining*. Processo Penal. Vulnerabilidade Social.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A importância do contraditório e da ampla defesa na justiça negocial: um olhar a partir do problema da inocência no *plea bargaining*. 3. Considerações finais. Referências.

**Plea Bargaining in perspective: a brief reflection based on the problem of innocence and the importance of adversarial proceedings and a full defense in negotiated justice**

**Abstract:** The State's inability to provide a satisfactory response to the population's wishes for efficient and effective public security leads society, in general, to be more receptive to the import of foreign mechanisms into its legal and penal systems, as long as these mechanisms seem to deliver the expected results. Under the excitement of importation, the problems hidden behind those mechanisms are often not considered or are mitigated in favor of presumed benefits, many of which are questionable according to the fundamental principles of democratic criminal procedure, as they may be incompatible with constitutional provisions. The import of mechanisms designed in legal and penal systems quite different from one's own makes these foreign institutes need to be adapted to fit into a reality that does not always contain them in their original version. This causes a constant erosion of criminal procedural law, which reflects on the entire fabric of social arrangements. In *Plea Bargaining*, a lesser penalty is often offered than what the accused would face if the process unfolded within the complete procedural path in court. This dynamic collides directly with the provisions of the Constitution of some countries, in which it is guaranteed that criminal conviction will happen through due process, as is the case of Brazil. Considering this context, this work reflects on (i) how the problem of innocence in *Plea Bargaining* relates to elements such as lack of knowledge about rights and guarantees, fear, coercion, and difficulty of access to technical defense; (ii) how *Plea Bargaining* may collide with constitutional provisions which underpin and ensure due legal process. To this end, the reflection begins with an examination of the application of this mechanism in the United States of America. Among the main conclusions, it is observed that individuals unassisted by committed and qualified defenders, who establish a defense that goes beyond mere formality, are more likely to accept agreements where the charges are weak and can be dismantled by errors, flaws, and false evidence. These elements often go unnoticed in the eyes of the innocent, who perceive the accusations as insurmountable barriers. In light of this, the importance of exercising adversarial proceedings and full defense in negotiated justice models is emphasized, because the less room there is to exercise them, the greater the chance that the innocent will assume guilt in systems perceived as oriented towards their condemnation.

**Keywords:** Negotiated Justice. Innocence. *Plea Bargaining*. Criminal Procedure. Social Vulnerability.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The importance of adversarial proceedings and full defense in negotiated justice: a perspective on the problem of innocence in plea bargaining. 3. Final considerations. References.

## 1 Introdução

Durante séculos, sociedades como a brasileira mantiveram indivíduos à margem das políticas públicas do Estado e assim se fez com motivação em diversos elementos, dentre os quais a etnia, o estrato social e pelas mais diversas políticas discriminatórias. Uma das heranças lastimáveis do passado é a perpetuação da miséria e do estigma sobre uma parcela da população que descende de ancestrais que por muito tempo foram reduzidos, invisibilizados e que tiveram as necessidades sociais deles ignoradas pelo Poder Público.

A essas pessoas foram reservados os altos dos morros, as encostas, as favelas, os subúrbios. O analfabetismo, o desemprego, a vulnerabilidade, a quase ausente possibilidade de autodeterminação. Indivíduos que experienciam a dura luta diária para sobreviver com a menor indignidade possível diante do sempre presente olhar duro do Estado.

A vulnerabilidade de certos estratos sociais também os coloca como mais facilmente atingíveis pela violação de direitos no âmbito da persecução penal. Nesse sentido, quando uma sociedade está organizada de modo a gerir todos os setores na lógica mercantilista de modelos como o neoliberalismo, a atuação do Estado também pode vestir os trajes do autoritarismo numa gestão penal da pobreza.

Ao olhar para as diferentes sociedades, verifica-se há longo tempo a retração das políticas sociais enquanto discursos, projetos e atores de todos os Poderes tentam expandir o sistema penal numa verdadeira corrida pelo domínio da racionalidade do sistema processual penal, que passou a ser utilizado como uma espécie de capital simbólico político. Diante disso, institutos estrangeiros são cada vez mais aclamados, recepcionados, adaptados e aplicados em diversas legislações. No Brasil, ainda não há o *plea bargaining*, mas o mecanismo foi bastante lembrado em 2019, quando houve um maior destaque ao fomento pela inserção dele, ainda que à brasileira, na legislação penal do nosso país.

Os instrumentos da justiça negocial são importantes e desejáveis em certas situações fáticas quando harmônicos com os direitos constitucionalmente assegurados e com as disposições infraconstitucionais jurídicas locais. No entanto, mesmo nesses casos, a limitação do exercício do contraditório e da ampla defesa pode resultar na erosão do direito processual penal e na desarmonia da teia do arranjo social. Na prática, verifica-se que certas importações adentram os ordenamentos jurídicos desconsiderando a estrutura do direito processual penal local, ruindo-lhe pouco a pouco.

No *plea bargaining* frequentemente se oferece uma pena mais branda ao acusado do que aquela que ele concorreria se o processo acontecesse no *iter* procedimental completo no Tribunal. Essa possibilidade de antecipação da pena faz com que os mecanismos da justiça negocial precisem ser analisados quanto à possibilidade de serem utilizados para a violação de direitos na persecução penal e de serem instrumentalizados como meio de opressão dos estratos populacionais mais vulneráveis. Além disso, a confissão<sup>1</sup> nos mecanismos de negociação pode acontecer num contexto conformado pela atuação de forças decorrentes de variáveis que o acusado não tem condições de controlar nem de influenciar ou de fatores como o medo, a intimidação, o esgotamento emocional e a coação.

## 2 **A importância do contraditório e da ampla defesa na justiça negocial: um olhar a partir do problema da inocência no *plea bargaining***

A racionalidade de um sistema processual penal é construída por um conjunto de decisões e escolhas, dentre as quais escolhas políticas e judiciais. Assim, um dos primeiros cuidados que se deve ter ao se pensar na importação de um instituto processual é em qual realidade fática (social, política, jurídica, cultural e sistêmica) ele nasce e se desenvolve, assim como a que ele se destina, o que ele efetivamente reafirma num contexto local e que resultados ele produz.

Os institutos processuais como o *plea bargaining* estão imersos numa conformação que pode ser muito diferente da realidade da sociedade que os importa. Nos Estados Unidos, por exemplo, um número maior de infrações penais é submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri. Diferentemente do que acontece no Brasil, onde o Tribunal do Júri está reservado para o julgamento de crimes dolosos contra a vida.

O sistema em vigor nos Estados Unidos é o *Common Law*, que se caracteriza pelo pilar de sustentação formado pelas decisões judiciais, não pelo definido pelo legislativo. Desse modo, diante das diferentes realidades do *Civil Law*, do sistema adversarial norte-americano e dos sistemas com características de inquisitório e acusatório encontrados em países da América Latina, tem-se um pro-

---

<sup>1</sup> *Nota:* a literatura da área mostra que existe uma divergência teórica sobre o termo “confissão” associado ao *plea bargaining*, de modo que alguns autores questionam se, de fato, o acusado confessa algo. Para fins de padronização dos termos e fluidez da leitura deste artigo, renuncia-se a um maior rigor quanto à palavra “confissão”, utilizando-se dela de maneira intercambiável com a ideia de declaração de culpa, de admissão de culpa e consequente aceitação dos termos do acordo proposto no espectro da justiça negocial.

blema não só quanto à falta da originalidade estrutural, fática e jurídica que sustentam os institutos importados como na adaptação deles à realidade de quem os importa, o que frequentemente distorce e cria anomalias nos mecanismos em relação ao original.

Notadamente, após os atentados de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos aumentaram significativamente o número de infrações penais no âmbito da legislação federal, assim como os Estados pertencentes a ele o fizeram dentro da autonomia das leis penais estaduais. Além do aumento das tipificações e das penas mínimas cominadas, passaram a ser aplicadas penas privativas de liberdade em quantidade superior às médias de até então. Tudo isso fez com que o *plea bargaining* encontrasse campo fértil para aplicação. Diante desse cenário, as taxas de resolução de casos por meio do *plea bargaining* se elevaram e costumam superar anualmente o percentual de 90% nos Estados Unidos.

Acerca desse percentual, não se conhece ao certo quanto dele engloba os inocentes condenados por meio de confissões de culpa todos os anos, mas é visível que na negociação da confissão existe um problema: o da inocência. Conforme explicado anteriormente, no *plea bargaining* costumeiramente se oferece uma pena menor ou mais branda do que aquela que a promotoria pediria ao juízo que aplicasse ao acusado. Dessa maneira, pode se entrar numa dura lógica de mercado, a do “Onde você ganha mais?”, especialmente válida para acusados que tenham praticado a infração, ou a do “Onde você perde menos?”, especialmente válida para acusados inocentes.

O indivíduo vulnerável e inocente por vezes precisa decidir sob qual injusto vai se submeter: ser um inocente a cumprir uma pena menor ou continuar sendo um inocente, concorrendo a uma pena igualmente injusta e que não lhe cabe, mas muito maior ou mais dura, diante da quase certeza da condenação que lhe será aplicada ao final? Qual a possibilidade de se provar a inocência num sistema tendente à condenação daquele perfil de acusado?

Há uma questão muito mais complexa por detrás de um inocente se assumir culpado. Não é um cálculo simplista. Há uma rede de conexões nessa decisão que sai dos limites de um cálculo de valor esperado do julgamento (probabilidade de ser condenado x sanção da sentença de condenação) para se estender aos danos potenciais reflexos na sociedade. Isso inclui os efeitos que se irradiam no círculo afetivo e familiar<sup>2</sup> do próprio indivíduo quanto à manutenção da sobrevivência dos que dependem dele, às relações de trabalho, à colocação social no núcleo comunitário em que ele vive, dentre outras muitas variáveis.

---

<sup>2</sup> FWD. *Every second: the impact of the incarceration crisis on America's families*. Disponível em: <<https://everysecond.fwd.us/downloads/everysecond.fwd.us.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

Onde há o medo e a certeza da imersão em cenários de prováveis violações de direitos na persecução penal,<sup>3</sup> sobra espaço para a confissão de uma culpa inexistente.<sup>4</sup> Em muitos casos, o *plea bargaining* representa o cumprimento de uma fração de alguns anos numa penitenciária, mas a não aceitação pode significar uma segregação social por meio de uma restrição de liberdade de décadas ou de toda uma vida, caso dos sistemas jurídico-penais que definam a prisão perpétua.

Em sociedades disfuncionais, a dura opressão e repressão sobre as camadas mais vulneráveis faz com que muitos não conheçam ou não possam exercer os direitos com plenitude, como o direito de defesa. Olhando-se para o Brasil, ainda que haja alguma possibilidade de defesa para os indivíduos vulneráveis socialmente pela hipossuficiência econômica – como por meio da atuação da Defensoria Pública –, essa por vezes torna-se uma defesa meramente formal, evitando nulidades processuais em decorrência da inexistência de defensor constituído.

Frequentemente, a defesa dos indivíduos vulneráveis é feita por meio de atendimentos padronizados. Utilizam-se peças modelos, textos, fundamentos e pedidos genéricos que não capturam as propriedades do caso concreto e que poderiam demonstrar falhas, erros e violações de direito a que os acusados estão sendo submetidos no processo se a defesa fosse adequadamente trabalhada. A demonstração de tais situações poderia ensejar não apenas o reconhecimento da inocência, mas, muito antes, o trancamento de investigações, a rejeição ou, ainda, o arquivamento de denúncias, a obrigatoriedade da preservação da cadeia da prova, o desmembramento das provas ilícitas dos autos processuais, entre outros.

Dentre os motivos que levam inocentes a assumir a culpa no *plea bargaining* estão o medo, a intimidação, a compreensão de que o sistema processual está direcionado para condená-los,<sup>5</sup> a coação, a desinformação e as confissões forçadas. Ainda que a igualdade esteja prevista na lei de um Estado, se ela não se concretiza nos diferentes espaços, como o social, cultural, econômico e jurídico, transforma-se em mera proclamação política, que pode levar a uma série de violações, pois se inter-relaciona com outros direitos.

<sup>3</sup> STEFFEN, Catiane. A inteligência artificial e o processo penal: a utilização da técnica na violação de direitos. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 25, n. 1, 2023. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/454>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

<sup>4</sup> RAKOFF, Jed. *Why innocent people plead guilty*. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty>>. Acesso em: 21 set. 2023.

<sup>5</sup> NELLIS, Ashley. *The color of justice: racial and ethnic disparity in state prisons*. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/08/The-Color-of-Justice-Racial-and-Ethnic-Disparity-in-State-Prisons.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

Isso nos faz retornar às considerações realizadas anteriormente, pois é difícil pensar em igualdade dentro do processo penal quando, desde a base, as políticas criminais são afetadas pelos problemas inter-raciais.<sup>6,7,8</sup> Os acordos judiciais podem contribuir para aumentar as disparidades raciais por meio da aceitação das acusações por indivíduos inocentes, desprovidos de condições econômicas que os permitam exercer o direito de defesa, e que assim concordam com os termos do acordo a fim de evitar uma pena maior por um crime que não cometeram.

Nesse sentido, vale a pena trazer, ainda que brevemente à apreciação, o caso *North Carolina v. Alford*, de 1970.<sup>9</sup> Em 1963, o acusado Alford, a fim de evitar a condenação à pena de morte, celebrou o *plea bargaining* explicitando que era inocente. Alford insistia que não poderia admitir ter assassinado alguém quando não o tinha feito. O advogado de Alford verificou que havia fortes indícios de culpa, recomendou a confissão, mas deixou a decisão para Alford. O defensor fora nomeado pelo próprio Tribunal para representar os interesses do acusado e tendo um conjunto de testemunhas para questionar, deixou uma de fora, aquela que Alford dizia que comprovaria a inocência dele.

O promotor do caso ofertou a Alford a possibilidade de cumprir 30 anos de pena privativa de liberdade. Conforme a proposta, Alford não precisava admitir que tinha matado a vítima, mas precisava se declarar culpado no caso para que os termos propostos fossem cumpridos e ele evitasse a pena de morte. Essa forma híbrida de acordo foi aceita pelo juízo. Algum tempo depois, Alford apresentou pedido ao Tribunal Estadual, tentando anular o acordo, argumentando que a confissão de culpa não havia sido voluntária e que apenas se declarou culpado para evitar a pena de morte. Desse modo, o acordo seria inválido porque era resultante de medo e coação.

O Tribunal Estadual entendeu diferente, que o acordo seria resultado de uma decisão consciente porque em diferentes momentos nos quais Alford foi questionado se mantinha a posição, ele reafirmou todos os termos que havia expressado pela aceitação do acordo. Depois, Alford apresentou alguns *Habeas Corpus*, que foram denegados. O caso chegou ao Tribunal de Apelações, que

---

<sup>6</sup> GHANDNOOSH, Nazgol. *Black lives matter: eliminating racial inequity in the criminal justice system*. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/08/Black-Lives-Matter.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

<sup>7</sup> GHANDNOOSH, Nazgol. *A second look in the injustice*. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/10/A-Second-Look-at-Injustice.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

<sup>8</sup> MAUER, Marc. *Race to incarcerate: the causes and consequences of mass incarceration*. Disponível em: <[https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=rwu\\_LR](https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=rwu_LR)>. Acesso em: 21 set. 2023.

<sup>9</sup> ESTADOS Unidos da América. Suprema Corte. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

decidiu que a confissão de culpa de Alford era involuntária, motivada pelo medo da pena de morte e que ele somente aceitou o acordo induzido pelo desejo de eliminar a possibilidade de uma sentença de morte. O caso subiu então à Suprema Corte dos Estados Unidos, que entendeu que, apesar dessa manifestação, o acordo era cabível, de modo que mantiveram a validade e a eficácia dos termos dele entre a acusação e a defesa.

Desse caso derivou o termo *Alford plea*, que designa uma admissão formal de culpa em relação às acusações enquanto, simultaneamente, o acusado declara a inocência em relação às mesmas acusações e se deixa de cumprir o iter procedimental completo do julgamento criminal. O *Alford Plea*, assim como qualquer modelo de *plea bargaining*, não é entendido como um direito. Cabe ao promotor e ao juiz decidir se essa possibilidade será oferecida ao acusado e nem todos os Estados norte-americanos permitem celebrações no modelo *Alford plea*, caso de New Jersey e Indiana ao tempo da escrita deste artigo.

Uma das formas de forçar a aceitação do *plea bargaining*, que se verifica no sistema norte-americano, é se utilizar da etapa de investigação policial para colecionar declarações do acusado contra ele mesmo. Nos interrogatórios policiais, o acusado pode ser levado a fazer declarações nas quais ele se incrimine, colocando-se desde o começo como o autor da prática de um crime que não cometeu. Com isso, o indivíduo é tratado desde o início sob a presunção da culpa.

Além disso, aumentam-se as chances de ele ter de aceitar o *plea bargaining* enquanto se reduz as chances de que se identifique no futuro uma falsa confissão, uma confissão mediante coação psicológica ou violência física, por exemplo. No concernente à coação, é importante lembrar que, desde os primórdios, o sistema de busca de confissão verificado na Europa medieval já trazia a coação como um instrumento para se atingir a finalidade da aplicação de uma pena. Na obra de John Langbein,<sup>10</sup> o autor demonstra as semelhanças entre o procedimento da tortura aplicado à época e o que se pratica dentro do *plea bargaining* para se atingir a incriminação do acusado por ele mesmo.

Essa pretensa voluntariedade na confissão inclusive aparecia durante a aplicação da Lei da Tortura, de tal modo que em algum momento buscava-se extrair do acusado as palavras que confirmassem a culpa dele. Contudo, o que antecedia a etapa da aparente confissão voluntária, o que era feito para que o indivíduo ficasse em situação de tamanha vulnerabilidade ao ponto de fazer a confissão que o acusador queria, era nada mais, nada menos, do que uma intensa incursão de violências de natureza física ou psicológica, que conformavam a coação.

<sup>10</sup> LANGBEIN, John. *Torture and Plea Bargaining*. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Na Europa Medieval, a tortura foi exercida como uma prática constante, de modo que se tornou um instrumento disponível e constituído na legalidade do sistema processual penal que fazia qualquer pessoa confessar um crime, fosse ou não culpada. No entanto, o que conformava a probabilidade de um indivíduo ser culpado estava envolto no preenchimento de uma escala de natureza subjetiva, de modo que não havia como proteger o inocente da tortura. Esse subjetivismo abria espaço para toda sorte de fundamentação validar a tortura, mesmo diante de algumas regras a serem observadas.<sup>11</sup> Assim, a tortura se tornou um procedimento contínuo, exercido sob as mais variadas exteriorizações de preconceitos.

Além da Lei da Tortura, a Europa experimentou a *Law of proof*, que era aplicada a crimes considerados os mais graves para a sociedade local da época e que tinha como uma das possíveis sanções a pena de morte. A *Law of proof* exigia um *standard* probatório mais elevado (duas testemunhas oculares do crime) e nem sempre a acusação conseguia atingi-lo. Entretanto, a acusação ainda contava com a possibilidade de conseguir que se aplicasse a penalidade da *Law of proof* contanto que ela conseguisse a confissão voluntária do acusado. Assim, novamente abria-se espaço para a aplicação da tortura.

Na atualidade, para se conseguir uma confissão de culpa de um inocente no *plea bargaining*, logo nas etapas iniciais, os policiais<sup>12</sup> podem mentir sobre as evidências que possuem, assim como podem afirmar pela existência de supostas delações de terceiros contra o acusado, tentando dar credibilidade e robustez à acusação que não teria elementos substanciais para prosperar por si mesma. Além disso, pode-se proporcionar sensações de solidariedade e de compreensão de modo que o suspeito tenha dificuldade para manter as crenças e opiniões dele e passe a fazer uma análise que envolve, mas não se limita, à relação custo x benefício entre lutar pelo reconhecimento de uma inocência – em que, *a priori*, dificilmente alguém acreditará – e aquilo a que se propõe ao acusado no *plea bargaining* se ele confessar.

A compreensão da polícia como figura de autoridade que conhece e entende as leis e que, portanto, está falando e proporcionando corretamente os direitos constitucionais também faz com que muitos indivíduos inocentes acreditem verdadeiramente na polícia. Assim, quando advertidos de que ao procurar efetivar os direitos deles constitucionalmente assegurados acabarão por receberem uma penalidade maior, muitas dessas pessoas acreditam que, efetivamente, se confessarem, conseguirão uma pena menor ou mais branda.

---

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> DERVAN, Lucian; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem*. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Quando o suspeito ou o acusado declara a culpa por um crime que não cometeu, uma mancha se impregna na forma como o caso passa a ser entendido, percebido e tratado no sistema de justiça. Ainda que mais tarde se verifique que, realmente, o indivíduo é inocente, as chances de que isso seja reconhecido, e de que se reverta a situação, diminuem substancialmente.

Além disso, o desconhecimento das possibilidades de defesa e da diferença na natureza dos fundamentos de cada uma delas pode ser muito significativo para o acusado e um requisito importante a ser considerado quando se está diante de uma possibilidade de justiça negocial. Daí a importância de que haja acompanhamento por defesa técnica constituída desde o começo dos trâmites da justiça negocial.

Indivíduos desassistidos de defensores empenhados e qualificados, que estabeleçam uma defesa que não se limite a algo meramente formal, ficam mais expostos a aceitar acordos nos quais a denúncia é frágil, desmontável pelos erros, vícios e falsas evidências. Elementos que frequentemente passam despercebidos aos olhos dos inocentes, que podem compreender as acusações como barreiras intransponíveis.<sup>13</sup> Diante disso, quanto menor o espaço para o exercício do contraditório e a plenitude de defesa, maior a chance de que inocentes assumam a culpa diante de sistemas que entendam como voltados a condená-los.

A defesa técnica torna (deve tornar) viável aos que se subordinarão aos efeitos da decisão definir os melhores caminhos e alternativas de manifestação na justiça negocial para que ela não se desvirtue e se torne um instituto permissivo da corrosão do devido processo legal. Assim como na justiça negocial, a defesa deve primar pela apresentação de elementos dissuasórios que barrem o ímpeto da acusação na criação de cenários que pressionem os indivíduos à celebração de acordos que incriminam inocentes, viabilizando também o rechaço da acusação em eventual julgamento pelo Tribunal.

A dinâmica de como se desenvolve o *plea bargaining* costumeiramente não coloca a acusação e a defesa em paridade de armas. Pelo contrário. A redação dos termos no *plea bargaining* costuma acontecer de maneira unilateral, pela promotoria, que pode apresentar um cenário na denúncia que tenda a implicar numa punição severa, o que pode criar no acusado o medo de uma potencial condenação.<sup>14</sup> Isso pode fazer com que muitos indivíduos inocentes aca-

---

<sup>13</sup> MUNGAN, Murat; KLICK, Jonathan. *Reducing false guilty pleas and wrongful convictions through exoneree compensation*. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/684686>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

<sup>14</sup> HUMAN Rights Watch. *An offer you can't refuse: how US federal prosecutors force drug defendants to plead guilty*. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213\\_ForUpload\\_0\\_0\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213_ForUpload_0_0_0.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2023.

bem assumindo a culpa em situações que seriam defensáveis e com real possibilidade de não atingir qualquer um dos possíveis resultados de sanção apresentados a eles.

Por mais que se possa argumentar pela possibilidade de o juiz não aceitar um acordo quando concluir que não há uma base de sustentação sólida para aquela admissão de culpa, frequentemente, não há o exercício da análise crítica nesse sentido, atribuindo-se um grau de confiabilidade relevante à denúncia da promotoria. Destaca-se, mais uma vez, a importância do exercício de defesa e da constituição de defensor criminal qualificado para que se chegue perto de uma equalização de forças de modo que o inocente tenha os direitos dele respeitados e pelos quais haja alguém que busque ativamente a efetivação.

No entanto, indivíduos hipossuficientes economicamente quase não conseguem arcar com a atuação de advogados que possam se dedicar aos casos deles, e a defesa, quando existente, muitas vezes não consegue efetivar um atendimento substancial às necessidades do acusado.<sup>15</sup> O *plea bargaining* joga sobre um raciocínio que inclui muito mais do que considerações de natureza objetiva, mas também de subjetivismos. Exemplo disso é que esse raciocínio vai ser diretamente afetado pelo modo como o indivíduo se sente tratado pelo Estado e pelo que vai ser comprometido e impactado se ele assumir ou não assumir a culpa.

Esse tratamento ao qual o indivíduo é exposto – e que costuma adentrar as portas dos tribunais a partir das próprias ações da segurança pública – vai ecoar na forma como a tramitação processual se dará. Não somente quanto ao respeito à forma, mas também quanto ao respeito aos direitos do acusado. No sistema norte-americano, a palavra da polícia tem um peso maior por si mesma. Assim, por mais que o acusado conte com um advogado de defesa que sustente que a confissão aconteceu pela prática de alguma coação ao acusado, no caso de a polícia negar tal situação, agressão ou maus-tratos, a palavra da polícia costumeiramente tem validade. Atribui-se maior confiabilidade a ela, ainda que se trate da prática de um perjúrio.

Livrar-se de uma culpa que não se possui pode ser muito dispendioso economicamente<sup>16</sup> e inacessível à parte da população, o que pode incrementar os números de aceitação de acordos no *plea bargaining*. A dificuldade no esta-

---

<sup>15</sup> MARSH, Andrea. *State of crisis: chronic neglect and underfunding for Louisiana's public defense system*. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/dfc14b97-099b-45d6-89e6-d7e9b652feac/state-of-crisis-chronic-neglect-and-underfunding-for-louisiana-s-public-defense-system-report-final.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

<sup>16</sup> HUMAN Rights Watch. *Not in it for Justice: how California's pretrial detention and bail system unfairly punishes poor people*. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/usbail0417\\_web\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/usbail0417_web_0.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2023.

belecimento do contraditório faz com que não se desenvolva um quadro diante dos olhos do acusado que o permita avaliar com precisão e racionalidade o peso e a credibilidade dos termos da acusação que são apresentados a ele na tentativa de se celebrar o *plea bargaining*. Indivíduos que poderiam ser declarados inocentes pela fragilidade das evidências coletadas e dos termos da acusação, e que talvez nem fossem a julgamento no Tribunal, podem se declarar culpados para obter uma pena menor do que aquela que nem mesmo se materializaria no final da tramitação do processo penal.

Conforme destacam alguns estudos, a pena oferecida numa oferta de confissão como a do *plea bargaining* tornou-se tão generalizada que praticamente extinguiu o direito constitucional a um julgamento nos Estados Unidos da América.<sup>17</sup> No entanto, os efeitos desta antecipação de pena – que talvez nem se concretizasse em sentença resultante de julgamento – se irradiam e impactam para muito além da corrosão do direito processual penal. Quando se fala em negociação para evitar pena, está se falando em seres humanos tendo de renunciar a vários direitos fundamentais essenciais para um sistema de justiça mais justo.

### 3 Considerações finais

O espaço reduzido, por vezes, ausente para o exercício do contraditório e da plenitude de defesa no *plea bargaining*, pode influenciar inocentes a se declarar culpados de crimes que não cometeram. Assim como pode impactar na aceitação dos termos do acordo pelo acusado numa tentativa de se evitar uma tramitação padrão que poderia acarretar numa decisão com pena mais gravosa ao final e numa maior experimentação dos reflexos da exclusão social na vida comunitária após o cumprimento da pena.

Conforme apresentado neste trabalho, os países adotam diferentes tipos de sistemas jurídicos no processo penal. Algumas coisas podem dar certo num lugar e não dar certo noutra. Nem tudo que vem de fora é melhor do que aquilo que as pessoas são capazes de pensar e de produzir localmente, dentro das realidades fática e jurídica regionais. Não se deve ignorar que vários elementos impactam nisso, como as diferenças de compromissos expressos nos dispositivos constitucionais dos diversos países, os valores e princípios fundantes de uma ordem jurídica nacional, os direitos e garantias insculpidos nos ordenamentos jurídicos, a efetiva observância dos direitos humanos, dentre outros elementos.

---

<sup>17</sup> NATIONAL Association of Criminal Defense Lawyers. *The trial penalty: the sixth amendment right to trial on the verge of extinction and how to save it*. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/95b7f0f5-90df-4f9f-9115-520b3f58036a/the-trial-penalty-the-sixth-amendment-right-to-trial-on-the-verge-of-extinction-and-how-to-save-it.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Além disso, nem tudo que parece estar dando certo efetivamente está. O que é vendido como um caso de sucesso pode estar mascarando diversos problemas e falhas graves que não são enxergadas sob a euforia da importação. As alternativas de resolução precisam ser construídas observando-se o contexto da nossa sociedade, aquilo com que nos comprometemos na Constituição Federal, no ordenamento jurídico infraconstitucional, e o que escolhemos como modelo de sistema processual penal.

Embora os institutos estrangeiros possam ser adaptados para que se faça emergir deles o respeito e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, isso tem se mostrado de difícil concretização. Na maior parte do tempo, os institutos estrangeiros ingressam nos ordenamentos jurídicos como uma colcha, da qual se retiram retalhos, que são alterados e costurados, mantendo-se uma coerência com a origem e subvertendo-se o sistema local às características, às vezes, dicotômicas entre eles.

O *plea bargaining* se coloca como se fosse um contrato privado, estabelecido entre as partes (promotoria e acusado) sob a chancela do Estado, que ao ser aprovado pelo juiz, torna-se juridicamente vinculativo entre os envolvidos. Desse modo, tanto a promotoria quanto o acusado devem respeitar os termos com os quais se comprometeram.

Num primeiro momento, o *plea bargaining* pode parecer um instrumento interessante de ser aplicado no contexto de tribunais abarrotados de casos em tramitação, pois como argumentam alguns defensores da ideia, a tramitação evitaria a longa duração de um processo. Ela aconteceria, portanto, de forma mais célere e menos custosa. Essas questões são muito mais problemas derivados de escolhas políticas, administrativas e de gestão judiciária do que algo que se deva tratar – e nem pode ser assim – por meio do processo penal.

Neste artigo, não se nega que deveríamos pensar mais e efetivar a promoção de espaços de consenso na esfera penal brasileira, mas isso não se equiva- le a se promover a autoincriminação, aplicando-se pena privativa de liberdade sem processo – como uma antecipação de um fim determinístico, já resolvido no começo – sob argumentos como o da celeridade processual. Não se justifica – e atenta à Constituição Federal – produzir uma máquina de encarceramento movida a indução, a pressão e a supressão do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, para aplicação da pena privativa de liberdade, transformando-se os números da autoincriminação num indicativo de eficiência do Estado, desvirtuando-se o sistema de justiça.

Os institutos de justiça negocial, como o *plea bargaining*, podem ser dire- cionados, trabalhados e aplicados de modo a beneficiar os que já detêm o poder, contribuindo para se estabelecer um sistema penal classista. Assim como em ou- tros setores da sociedade, a satisfação dos interesses de grupos hegemônicos,

os jogos de poder que envolvem elementos como a política e a pressão penal sobre indivíduos mantidos à margem do Estado, podem fazer o *plea bargaining* reverberar numa justiça negocial na qual alguns dos envolvidos, como a promotora, fiquem mais sujeitos à pressão e intimidação para serem generosos com uns e implacáveis sobre outros.

Isso pode resultar em políticas repressivas de segregação e de retroalimentação de um sistema processual penal a partir do hiperencarceramento das classes subalternas, promovendo-se a reprodução das mesmas desigualdades encontradas no plano fático. Assim, a justiça negocial pode atingir altos índices de celebração não como expressão de um instituto que promove a pacificação social, mas como efeito de uma espécie de prevenção geral negativa advinda do próprio processo.

O aumento vertiginoso da população carcerária tem sido uma das argumentações de indivíduos que apoiam que o Estado brasileiro delegue a administração do sistema prisional às empresas privadas, aumente o rol de tipos penais e as penas, e importe institutos estrangeiros para o ordenamento jurídico. No entanto, o sistema prisional brasileiro não comporta o número atual de encarcerados, colapsaria se diante da realidade existente, mecanismos que aumentam o número de encarcerados fossem introduzidos no sistema local. Além disso, é importante pensar sobre como o *plea bargaining* pode ser utilizado para conformar o autoritarismo do modelo neoliberal pelo hiperencarceramento, aumentando os lucros de alguns setores na exploração econômica do cárcere.

## Referências

DERVAN, Lucian; EDKINS, Vanessa. *The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem*. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>>. Acesso em: 12 jun. 2023

ESTADOS Unidos da América. Suprema Corte. *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>>. Acesso em: 11 jun. 2023.

FWD. *Every second: the impact of the incarceration crisis on America's families*. Disponível em: <<https://everysecond.fwd.us/downloads/everysecond.fwd.us.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

GHANDNOOSH, Nazgol. *A second look in the injustice*. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/10/A-Second-Look-at-Injustice.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

\_\_\_\_\_. *Black lives matter: eliminating racial inequity in the criminal justice system*. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/08/Black-Lives-Matter.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

HUMAN Rights Watch. *An offer you can't refuse: how US federal prosecutors force drug defendants to plead guilty*. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213\\_ForUpload\\_0\\_0\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213_ForUpload_0_0_0.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Not in it for Justice*: how California's pretrial detention and bail system unfairly punishes poor people. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/report\\_pdf/usbail0417\\_web\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/usbail0417_web_0.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2023.

LANGBEIN, John. *Torture and Plea Bargaining*. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MARSH, Andrea. *State of crisis*: chronic neglect and underfunding for Louisiana's public defense system. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/dfc14b97-099b-45d6-89e6-d7e9b652feac/state-of-crisis-chronic-neglect-and-underfunding-for-louisiana-s-public-defense-system-report-final.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MAUER, Marc. *Race to incarcerate*: the causes and consequences of mass incarceration. Disponível em: <[https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=rwu\\_LR](https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1596&context=rwu_LR)>. Acesso em: 21 set. 2023.

MUNGAN, Murat; KLICK, Jonathan. *Reducing false guilty pleas and wrongful convictions through exoneree compensation*. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/684686>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

NATIONAL Association of Criminal Defense Lawyers. *The trial penalty*: the sixth amendment right to trial on the verge of extinction and how to save it. Disponível em: <<https://www.nacdl.org/getattachment/95b7f0f5-90df-4f9f-9115-520b3f58036a/the-trial-penalty-the-sixth-amendment-right-to-trial-on-the-verge-of-extinction-and-how-to-save-it.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

NELLIS, Ashley. *The color of justice*: racial and ethnic disparity in state prisons. Disponível em: <<https://www.sentencingproject.org/app/uploads/2022/08/The-Color-of-Justice-Racial-and-Ethnic-Disparity-in-State-Prisons.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2023.

RAKOFF, Jed. *Why innocent people plead guilty*. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty>>. Acesso em: 21 set. 2023.

STEFFEN, Catiane. *A inteligência artificial e o processo penal*: a utilização da técnica na violação de direitos. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), v. 25, n. 1, 2023. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/454>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

