

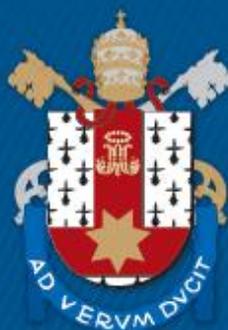
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JUAN MARCEL MONTIEL SANTANDER

**PLEA BARGAINING SYSTEM: DA CULPA VOLUNTÁRIA AO FIM DO *RULE OF LAW* NO SENTENCIAMENTO
CRIMINAL.**

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

JUAN MARCEL MONTIEL SANTANDER

PLEA BARGAINING SYSTEM: DA CULPA VOLUNTÁRIA AO FIM DO RULE OF LAW NO SENTENCIAMENTO CRIMINAL.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha: Sistemas jurídico-penais contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Nereu Jose Giacomolli

Porto Alegre
2021

Ficha Catalográfica

M791p Montiel Santander, Juan Marcel

Plea Bargaining System : Da Culpa Voluntária ao Fim do Rule of Law no Sentenciamento / Juan Marcel Montiel Santander. – 2021. 408.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu Jose Giacomolli.

1. Plea Bargaining. 2. Voluntariedade. 3. Coerção. 4. Processo Penal. 5. Brasil. I. Giacomolli, Nereu Jose. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

JUAN MARCEL MONTIEL SANTANDER

PLEA BARGAINING SYSTEM: DA CULPA VOLUNTÁRIA AO FIM DO RULE OF LAW NO SENTENCIAMENTO CRIMINAL.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Linha: Sistemas jurídico-penais contemporâneos.

Dissertação _____ pelos membros da banca examinadora, obtendo nota _____.

Examinado em 31 de março de 2021.

Banca Examinadora

Dr. Nereu Jose Giacomolli
Doutor em Direito e Orientador

Dr. Vinicius Gomes de Vasconcelos
Doutor em Direito e Examinador

Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner
Doutor em Direito e Examinador

AGRADECIMENTOS

Neste momento de despedida desta extensa pesquisa resta o sincero agradecimento aos que tornaram este período especial em minha vida, possível, nas suas variadas formas de ajuda, companheirismo e, principalmente, de amor incondicional.

Em primeiro lugar, à minha família: Juan e Stella; Érika e Giovanna. Aos meus pais, obrigado por essa oportunidade única, carinho, e compreensão nesse caminho que eu optei por trilhar. Não é sempre fácil compreender, esta era uma escolha que apenas eu desejava. Com o apoio de vocês sei que cumpro com meu dever de dedicar a maior parte destes dois anos, a intenso estudo, procurando finalizar este longo período da melhor forma possível. Sempre há espaço para mais devoção em nossa consciência, mas saio deste período sabendo que muito me dediquei. À minha irmã e sobrinha, obrigado pela companhia diária e por simplesmente existirem, estaremos sempre juntos. Giovanna, o tio vai te incomodar sempre!

A todos os companheiros do mestrado e doutorado da PUC-RS, pelo enorme companheirismo e ajuda no ano de 2019-2020, em especial a Alana Schutz, Anna Ortiz, Jéssica Quevedo, Luiz Cani, Marcos Johner, Mario Rheingantz, Ramiro von Saltiel, Roger Machado. *Last but not least*, à minha querida amiga Lívia do Amaral e Silva Linck, por toda a ajuda, carinho e força nestes dois anos. Este caminho não traçamos sozinhos, e contigo tudo foi mais fácil. “O cara que largou tudo, botou suas coisas importantes no carro e veio para o Sul” não se sentiu sozinho um dia sequer desde que te conheceu; por sorte, ao primeiro dia de aula. Obrigado!

A todos os professores das Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, foi um sonho realizado conviver e poder aprender com cada um. Ver o brilho que os estudos proporcionam ao ser humano é uma lição que levarei para a vida toda. Em especial ao meu orientador, Nereu Jose Giacomolli, pela disposição, pela humildade no trato e pela mentoria. Foi um prazer trabalhar baixo sua orientação.

Não poderia deixar de agradecer, meu querido amigo Renan D’Lucca. Você me acolheu na sua casa, me abriu inúmeras portas do primeiro ao último dia, e foi uma peça fundamental nesta minha empreitada. A distância novamente é grande, mas a amizade fica, estarei sempre à disposição.

À minha banda Atos Falhos: Rafael Boch, Hengel Ibiapina e Geroge “Parah”; como também, Alexandre Parra e Tadeu Boch, que neste período saíram. Estes dois anos foi um período em que muito pude pensar sobre nossa música e criar, como também foi, mais uma

vez, um período para tudo ir “água abaixo”. Não foi e começamos 2021 com uma força que há muito tempo não tínhamos. Estamos prestes a dar vida a mais um trabalho, e nada me deixa mais feliz neste mundo.

Aos amigos(as) Raphael Romaschka, Diogo Ronaldo Benites, Mariana Paiva, Nêmora Andrade, Manfrinni Franco, Arcoverde Júnior, Jeferson Rodrigues, Lucas e Henrique Bonissoni, Marcos Sorgatto, João Montiel, Rodrigo Lovera, Elton Lang, Maradona, Ringo, Só Capim F. C., entre tantos outros...

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a sistematização histórica do *plea bargaining* e como os conceitos de voluntariedade e coerção sofrem uma enorme erosão nas bases principiológicas do procedimento de julgamento com seu lento e constante avanço. Outrossim, é comumente entendido que o avanço do *plea bargaining* sob enormes taxas de adjudicação na área criminal é, por consequência, uma ocorrência dos sistemas da *common law*, frente às condições procedimentais próprias que estas possuem, o que por hora, apresenta-se no âmbito internacional com as maiores taxas de adjudicação pela assunção de culpa e renúncia ao julgamento. A pesquisa buscou aclarar a presença de institutos ancestrais de negociação no procedimento criminal, sendo o *plea bargaining* a sua formulação última e sistematizada, demonstrando sua presença já no procedimento canônico e no inglês do medievo. A partir do desenvolvimento do sistema adversarial, fruto direto da Revolução Gloriosa, como de uma legislação aterrorizante formulado por uma aristocracia que buscava inculcar ordem a uma massa de ingleses sem propriedade do séc. XVIII, a pesquisa busca aclarar a presença da barganha, inicialmente, através de um ideal correicional na imposição de uma pena leniente, evitando a execução capital amplamente prevista. A sua sistematização apresenta-se sob as condições próprias do Estados Unidos do séc. XIX, com sua maleabilidade procedimental e ampla restrição recursal, em princípio, desta “corrupção processual”, onde frente ao contexto do séc. XX, sua utilização tornou-se uma lógica que nunca parou de se aprofundar. No mais, a pesquisa realizada é aplicada com caráter exploratório, utilizando-se de revisão bibliográfica e documental, baseada no *plea bargaining*, na criminologia e sociologia americana e nas obras de processo penal dos sistemas *common law* e *civil law*. O presente trabalho vincula-se à Linha de Pesquisa de Sistemas jurídico-penais contemporâneos do Mestrado em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Palavras-chave: *Plea Bargaining. Voluntariedade. Coerção.*

ABSTRACT

This paper aims to analyze the historical systematization of the plea bargaining and how the concepts of voluntariness and coercion suffer a huge erosion in the principle bases of the judgment procedure with its slow and constant progress. Furthermore, it is commonly understood that the advancement of plea bargaining under enormous rates of adjudication in the criminal area is, consequently, an occurrence of the systems of common law, in view of their own procedural conditions, which for now, presents itself in the international scope with the highest award rates for assumption of guilt and waives judgment. The research sought to clarify the presence of ancestral negotiating institutes in criminal proceedings, with plea bargaining being its last and systematized formulation, demonstrating its presence already in the canonical procedure and in medieval English. From the development of the adversarial system, a direct result of the Glorious Revolution, as well as from a terrifying legislation formulated by an aristocracy that sought to instill order in a mass of English without property of the century. XVIII, the research seeks to clarify the presence of the bargain, initially, through a correctional ideal through a lenient penalty, avoiding the capital execution. Its systematization takes place under the conditions of the United States of the century XIX, with its malleability and wide appeal restriction, in principle, of this “procedural corruption”, where in face of the context of the century. XX, its use has become a logic that never stopped deepening. In addition, the research carried out is applied on an exploratory basis, using a bibliographic and documentary review, based on plea bargaining, criminology and American sociology and the works of criminal proceedings under the common law and civil law systems. The present work is linked to the Research Line of Contemporary Legal and Criminal Systems of the Master in Criminal Sciences at the School of Law of the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul - PUCRS.

Keywords: Plea Bargaining. Voluntariness. Coercion.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
---------------------	---

PARTE I

2. INGLATERRA MEDIEVAL E RENASCENTISTA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA CRIMINAL	7
2.1. O SISTEMA CRIMINAL INGLÊS NO INÍCIO DA ERA MODERNA	15
2.2. <i>TREASON TRIALS ACT</i> DE 1696 E A FORMULAÇÃO DO <i>RULE OF LAW</i>	26
2.3. SÉC. XVIII. O ADVENTO DOS ADVOGADOS NOS JULGAMENTOS POR <i>FELONIES</i> NO PERÍODO DO ‘CÓDIGO SANGRENTO’.	35
2.3.1. A FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PROVAS CRIMINAIS E OS VEREDITOS PARCIAIS.	44
2.3.2. SISTEMA ADVERSARIAL NOS JULGAMENTOS POR <i>FELONY</i> E AS CORTES SUMÁRIAS.	55
2.4. A VOLUNTARIEDADE DAS CONFISSÕES NO PERÍODO FORMATIVO DO SISTEMA ADVERSARIAL.....	63

PARTE II

3. FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA E O SISTEMA CRIMINAL NORTE-AMERICANO NO PERÍODO COLONIAL E PÓS-INDEPENDÊNCIA.	73
3.1. SÉC. XIX: AS ORIGENS POLÍTICO-SOCIAIS E DESENVOLVIMENTO DE ANTIGAS FORMAS DE LENIÊNCIA AO <i>PLEA BARGAINING</i>	83
3.2. O DESENVOLVIMENTO DO “CHARGE BARGAINING”.	95
3.3. AS MUDANÇAS NA ESTRUTURAS DO PROCEDIMENTO E A ASCENSÃO DA LIBERDADE CONDICIONAL ATRAVÉS DO ARQUIVAMENTO.....	105
3.4. A EXPLOSÃO NO VOLUME DE CASOS E A INTEGRAÇÃO DOS JUÍZES PELO <i>SENTENCE BARGAINING</i>	115
3.5. A SENTENÇA INDETERMINADA: A ASCENSÃO DO <i>PROBATION</i> E DO <i>PAROLE</i> NA FORMAÇÃO DO SISTEMA CORREICIONAL.....	128

PARTE III

4. SÉC. XX: RADICALIZAÇÃO NAS CONCESSÕES NA PANPENALIZAÇÃO E NO <i>NATIONAL PROHIBITION</i> DAS PRIMEIRAS DÉCADAS.	139
4.1. OS DEFENSORES PÚBLICOS E O <i>BENCH TRIAL</i> COMO REFORMAS DO SISTEMA CRIMINAL.	149

4.2. O EFEITO WARREN COURT E DUE PROCESS REVOLUTION EM DIREÇÃO AO PLEA BARGAINING SYSTEM.	
4.2.1. <i>Mapp v. Ohio</i>	162
4.2.2. <i>Gideon v. Wainwright</i>	164
4.2.3. <i>Miranda v. Arizona</i>	165
4.3. A RATIFICAÇÃO DO PLEA BARGAINING NA U.S. SUPREME COURT AO INÍCIO DA DÉCADA DE 1970.....	172
4.4. A EROSÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA SENTENÇA INDETERMINADA AO FIM DO WELFARISMO PENAL.	178
4.5. UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES E A ERA DO APRISIONAMENTO EM MASSA.	189

PARTE IV

5. SÉC. XXI. RETROCESSOS SOBRE PENAS MÍNIMAS MANDATÓRIAS E AUMENTOS AUTOMÁTICO NO SENTENCIAMENTO DOS ESTADOS.....	202
5.1. O “LITÍGIO” PELA DISCRICIONARIEDADE NO SENTENCIAMENTO: FEENEY AMENDMENT DE 2003 E UNITED STATES V. BOOKER DE 2005.....	211
5.2. OS EXTREMOS: SISTEMA ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO NEGOCIAL NOS WHITE-COLLAR CRIMES.	220
5.2.1. OS EXTREMOS: O UNIVERSO MISDEMEANOR E A PRISÃO POR DÍVIDA.....	228
5.3. AS REFORMAS DO PLEA BARGAINING SYSTEM: OS PROBLEMAS SOBRE A “REPRESENTAÇÃO EFETIVA” DOS INDIGENTES.	237
5.3.1. AS REFORMAS DO PLEA BARGAINING SYSTEM: PRETRIAL DISCOVERY E A NEGOCIAÇÃO DE OUTRAS GARANTIAS PROCEDIMENTAIS.	247
5.4. O PLEA BARGAINING COMO UM DISPOSITIVO DE COERÇÃO E DE DENEGAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO.	263
5.4.1. O PROBLEMA DA INOCÊNCIA E A EXTENSÃO DA CULPABILIDADE DOS REINCENTES.	273
CONSIDERAÇÕES FINAIS	284
JURISPRUDÊNCIA INGLESA	297
JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	299
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

Este não é um trabalho para a análise dos instrumentos de negociação, e até da aplicação de medidas diversas da sanção, sob a perspectiva de sua constitucionalidade ou conformidade com princípios do processo penal construídos no continente pós-Revolução Iluminista, do Estado liberal e institucionalmente tecnicista, desde o fim do séc. XVIII. Isso, primeiramente, porque estes trabalhos já foram feitos. Em segundo lugar, pela infeliz constatação diária e onipresente que as Constituições não são obstáculos suficientes para impedir tamanha erosão dos princípios democráticos que devem reger as Repúblicas democráticas.

O processo de (des)constitucionalização do sistema criminal brasileiro está em curso, ou pelo menos seu constante debilitamento das regras penais previstas na Constituição/88, de forma cada vez mais vertiginosa na última década. Como bem salienta Rubens Casara, foi “mais fácil construir um Estado pós-democrático, do que o Estado Democrático de Direito.¹ Simulacro de processo, para um simulacro de democracia, relegado como um “totem de antigas conquistas civilizatórias”.² Velhos problemas eternamente reprisados – o ódio a democracia, “sempre invocada para atender desejos ilimitados de uma massa social”³ imprestável -, onde entende-se que a própria intensidade democrática de um governo é a razão de sua crise governamental.

Os últimos anos foram repletos de exemplos no âmbito do processo penal, onde a constitucionalidade sobre princípios basilares como a presunção da inocência, reserva de jurisdição, o contraditório, ônus da prova, prova ilícita; desaguando na decisão sobre a prisão em 2ª instância, e uma conhecida força-tarefa que criou um procedimento criminal a parte (CPP do Russo), deve nos levar, não sem razão, a aprofundar as discussões nesse âmbito para

¹ CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático. Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. Ed. Civilização Brasileira, 2017, p. 70.

² CASARA, Rubens. *Bolsonaro o Mito e o Sintoma*. Ed. Contracorrente, São Paulo, 2020, p. 18.

³ “A democracia parece ter dois adversários. De um lado, opõe-se a um inimigo claramente identificado, o governo do arbitrário, [...] tirania, ditadura. Mas essa oposição evidente esconde outra, mais íntima. O bom governo democrático é aquele capaz de controlar um mal que se chama simplesmente vida democrática. [...] O enfrentamento da vitalidade democrática assumia assim a forma de um duplo vínculo simples de resumir: ou a vida democrática significava uma ampla participação popular na discussão dos negócios públicos, e isso era ruim, ou significava uma forma de vida social que direcionava as energias para as satisfações individuais, e isso também era ruim. A boa democracia deveria ser então uma forma de governo e de vida social capaz de controlar o duplo excesso de atividade coletiva ou retração individual inerente à vida democrática”. RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. Boitempo, 2014, p. 16-17.

além da repetição incessante de seus brocardos,⁴ pois adentramos em uma era em que estas provisões constitucionais tornam-se “apenas mais uma promessa não cumprida”.⁵

Não realizando exatamente um comparativo sistêmico, ou se ocorreria um “transplante” sistêmico, clone do americano, o que também já foi excepcionalmente realizado, não retiro a devida e enorme importância que estas possuem, mas acredito que a verdadeira face do *plea bargaining* surge na análise das inovações legislativas que aumentam seu escopo, jurisprudência e seus votos, nas regras de sentenciamento, no aumento da população carcerária, no seu aprofundamento sem limites, etc. Na verdade, trata-se de um trabalho histórico em busca dos motivos, razões e finalidades que trouxeram o *plea bargaining* para o centro do poder punitivo em níveis quase totalitários, relegando o procedimento para uma ínfima e desesperada parcela de acusados. Aliás, sob a análise dos fundamentos processuais ou de julgamento, vislumbra-se justamente em como o sistema empobrece no seu linguajar e raciocínio. Necessário assim, a busca dos fundamentos e da justificação dessa constante evolução do *plea bargaining* também na criminologia e sociologia.

Se é um trabalho para desvelar a história do *plea bargaining*, não sem razão, será um trabalho que se aprofundará no seu desenvolvimento nos Estados Unidos, desde o século XIX, no seu cap. 3, em seu esquema de negociação sobre a pena de multa nos casos sob a lei contra a venda de bebidas alcoólicas, até o fenômeno do encarceramento em massa que iniciou-se na década de 1980, que passa a ser medida em milhões de condenados, onde o *plea bargaining* desempenha um papel fundamental, e que posteriormente, encontra-se discutido em seus fundamentos sob pretenso respeito à estrutura constitucional norte-americana, na parte final do cap. 4.

Por óbvio, o *plea bargaining* não é criado do nada. Como tamanha “trapaça processual” foi possível em pleno séc. XIX, em uma das exemplares democracias que era admirada pelos europeus, em um período em que o sistema adversarial já estava assentada nos países de tradição da *common law*? Por isso, na formulação do meu estudo sobre o instituto ficou cada vez mais latente a necessidade de elaborar um capítulo inicial sobre o

⁴ Ítalo Mereu com maestria desenvolve o modo como nunca saímos do medievo legal continental. No centro, sempre a fundamental intolerância, “mascarada sob o nome da defesa da religião, da pátria, da instituição democrática”, possibilitando a prisão por simples suspeita ou indício; de ser julgado não pelos pares, mas por um juiz em tese profissional; a velada obrigação do acusado ter de demonstrar a própria inocência; instrução escrita e secreta sem contraditório em algumas fases; possibilidade de condenação não baseado na prova produzida mas sob o “livre convencimento”, agora justificado pela motivação; ausência de responsabilidade do Ministério Público pela iniciativa jurídica. MEREU, Ítalo. *Storia Dell’Intolleranza in Europa. Sospettare e Punire: L’Inquisizione come Modello di Violenza Legale*. Ed. Tascabili Bompiani, 1988, Milano, p. VII.

⁵ Referência à crise civilizatória que herdamos no séc. XX. SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus Termos. Dignidade Humana, Dignidade do Mundo*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 126.

desenvolvimento do sistema adversarial na Inglaterra do séc. XVIII, que será formulado no cap. 2. Anteriormente à esse período, já se encontravam outras formas de barganha na *common law*, mas é neste século que desenvolvem-se os impulsionadores da negociação dentro do julgamento por júri: sistemas de recompensas para captura e a utilização de um comparsa do crime como testemunha da Coroa através da possibilidade do perdão da pena. Essa fusão é algo de extrema importância na história do instituto na forma como se deu, pois, são algumas respostas punitivistas no âmbito processual que surgem com a urbanização, densidade populacional, violência, que serão repetidas e reconfiguradas com novas peculiaridades no incessante “progresso” civilizatório.

Albert Alschuler observou: “o fenômeno legal que nós chamamos de *guilty plea*⁶ (assunção de culpa) existiu por mais de oito séculos... como ‘confissão’”.⁷ O que seria algo próximo a institutos antepassados de elementos que se encontram no núcleo do *plea bargaining* encontra vestígios mais antigos ainda no continente. Ítalo Mereu descreve que no período da Terceira Cruzada de 1184, no decreto *Ad Abolendam* emanada por Lucio III, uma inovação foi criada para sobrepor o poder eclesiástico ao poder secular, tanto aos clérigos, como aos laicos. E isso, através da escolha da pena mais benéfica.

Em um período de aprofundamento da luta contra a heresia, o decreto previa a aqueles incursos em manifestação aberta de heresia, o seguinte esquema: no caso do clérigo, seria privado de qualquer privilégio de seu ofício ou *status*, e seria entregue ao braço secular para ser punido com a pena que merecesse, a menos que imediatamente ao ser pego em erro, espontaneamente abjurasse publicamente e retornasse à unidade da fé católica, assim poderia ser indicado ao bispado, e descontado a uma pena razoável. Essa decisão entre abjurar espontaneamente ou perder seu *status*, era uma decisão que o imputado deveria tomar súbita e espontaneamente.

Aqui encontra-se um modo sábio de provocar a preferência pela pena da Igreja à do braço secular, que se apresenta mais rigorosa em suas previsões. O mesmo vale para o laico: abjurar publicamente com o oferecimento de uma satisfação pelo delito, evita a

⁶ O *plea bargaining* em síntese é a alegação de culpa no momento performático de declarar-se inocentes ou culpado no procedimento. Com a alegação de culpado, o acusado busca, em tese, beneficiar-se com uma pena menor que é diretamente negociada com o procurador. Digo, em tese, porque a legislação americana não necessariamente desenvolveu-se sob os princípios da justiça e proporcionalidade em suas previsões penais nos últimos 50 anos. Para além, o processo se converteu em uma excessão, onde, inclusive, muitos inocentes preferem declarar-se culpados a se submeter aos custos e riscos de um processo que pode levar a uma pena desproporcional. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal. Na perspectiva das Garantias Constitucionais. Alemanha-Espanha-Itália-Portugal-Brasil*. Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

⁷ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. 79 COLUM. L. REV. 1, 19–24 (1979), p. 13.

aplicação de pena pelo poder secular. É o que o autor assinala como inovação do período a constranger à absoluta obediência à perfeita ortodoxia: a “instituição da extorsão legal”.⁸

Outra formulação interessantíssima para o desenvolvimento da crítica atual do sistema *plea bargaining* nos Estados Unidos sobre “culpa longitudinal” dos reincidentes, racismo, e ausência de qualquer *standard* mínimo de provas, encontra-se na sistemática do suspeito de heresia. O suspeito era apresentado ao bispado, que deveria mesurar a gravidade, valorar em relação ao *status* social da pessoa, e em seguida decidir se o suspeito demonstrou sua própria inocência, mediante a abjuração do erro – uma purgação adequada. O suspeito que não conseguia provar sua inocência ou novamente caía em heresia, seria abandonado ao braço secular, condenado como herético sem nenhum ulterior processo e como reincidente.⁹ Cabendo a este comprovar sua ortodoxia, que, se falha, não possuía sequer o direito ao processo nessa sistemática.

John Langbein escreveu sobre as proximidades entre o *plea bargaining* americano e as regras de tortura da Europa medieval, e realmente, algumas semelhanças são claros resquícios de um antigo sistema que trabalhou a confissão como nunca na história. Mas aquilo era o mundo antigo, e o desenvolvimento globalizado, financeirizado, da cada vez mais acelerada cisão de uma sociedade brutalmente desigual, encontra eco no processo criminal. Como se vê, é a identidade do processo autoritário do futuro, mas com uma genealogia que busca justificar o injustificável milenarmente.

O *plea bargaining* começou a ser criticado dentro da literatura jurídica americana na década de 1920, inserido na questão do “desaparecimento do júri”. Porém, a explosão crítica apresenta-se somente ao fim da década de 1970, alguns anos após as decisões da Suprema Corte, outorgando a constitucionalidade do *plea bargaining* como o principal adjudicador do sistema criminal justiça. Portanto, desde a abertura do interior do sistema criminal americano e a outorga de sua constitucionalidade, a possibilidade do “desvio processual” já começou a

⁸ “Dizia o pontífice: É estabelecido igualmente com o presente decreto, que qualquer um que seja abertamente incurso no crime de heresia, se é clérigo, ou oculto sobre a cobertura de uma qualquer ordem religiosa, será despojado de todo o privilégio da ordem religiosa. Privado dos benefícios do ofício, será confiado à justiça secular, para ser punido com a pena que mereça, desde que, imediatamente depois de haver aprendido o seu erro, não retorne espontaneamente à unidade da fé católica, não aceite abjurar publicamente o próprio erro, segundo o arbítrio do bispado da região, e não ofereça gratificação”. MEREU, Ítalo. *Storia Dell’Intoleranza in Europa. Sospettare e Punire: L’Inquisizione come Modello di Violenza Legale*. Ed. Tascabili Bompiani, 1988, Milano, p. 126-127.

⁹ “Disse o pontífice: Indivíduos que forem indiciados com base somente em suspeita, se não demonstrarem a própria inocência com uma adequada penitência, segundo o arbítrio do bispado, em conformidade ao peso do suspeito e a posição do indivíduo, incorrerão na mesma sentença. Indivíduos, que depois de abjurarem o erro e se purificarem, recaírem na heresia abjurada, decretamos que sejam entregues ao braço secular, sem nenhum processo ulterior”. MEREU, Ítalo. *Storia Dell’Intoleranza in Europa. Sospettare e Punire: L’Inquisizione come Modello di Violenza Legale*. Ed. Tascabili Bompiani, 1988, Milano, p. 128.

ser importada, exemplo a Alemanha, logo seguindo o fluxo para outros países, principalmente pelo signo do desvio para penas alternativas e a violência do encarceramento.

Portanto, a dissertação encontra-se nestes questionamentos: Encontra-se na história do *plea bargaining* diferentes perspectivas e formulações sobre a consideração da voluntariedade na autoincriminação? Há a “produção” da voluntariedade para a autoincriminação?

A razão neoliberal penetrando o ambiente judiciário, demonstra a corrosão do compromisso com o valor “justiça” – que estivera na base do direito penal clássico - de modo cada vez mais latente.¹⁰ Essa é uma questão que se apresentará cada vez mais importante. O judiciário terá que ser eficiente, o aumento de receita fiscal e do quadro de funcionários não virão em contrapartida. A formulação moderna do direito penal é indiscutivelmente incapaz de lidar com o crescimento onipresente da violência e da ilicitude no âmbito público. E então?

Assim, parafraseando Fernando Pessoa, busquei “fazer qualquer coisa completa, inteira, seja boa ou seja má – e, se nunca é inteiramente boa, muitas vezes não é inteiramente má –“, tentando traçar o desenvolvimento do *plea bargaining* dentro da *common law*, partindo, do que me parece sua origem sistêmica, o desenvolvimento acidentado do sistema adversarial inglês, em um período conturbado onde o liberalismo alcança o desenvolvimento do julgamento criminal na ilha, justamente por conta de sistemas que traziam enormes riscos para o perjúrio e a execução de inocentes. Sem dúvidas, este trabalho abarca um enorme período de tempo, mas acredito que foi possível trazer os pontos mais importantes do que tornou possível o seu desenvolvimento, que já adianto, não me parece passível de limitação. E por um motivo muito simples: o desenvolvimento de sistemas que *a priori* eliminam o processo, são instrumentos ultra efetivos de políticas criminais repressivas.

Naturalmente me filio a muitos que olham com extrema desconfiança e receio ao instituto. Acredito que qualquer estudante interessado pelas fundações que formaram o processo penal continental europeu, apresenta inquietação com tamanho devastamento de qualquer possibilidade sistêmica. Confesso minha felicidade ao ouvir o Prof. Luís Greco, ao ser indagado sobre este instituto e a delação premiada no 1º Congresso Internacional de Justiça Negocial realizada pela AASP, em Outubro de 2020, manifestar-se no sentido de que “se será feito uma importação de tamanha importância e desconstrução aos sistemas vigentes, no mínimo, haveria ser feito um estudo profundo dos sistemas aos quais são oriundos”. Esta foi exatamente minha intenção desde 2019, mas havia o óbvio receio do tamanho da tarefa.

¹⁰ CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático. Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. Ed. Civilização Brasileira, 2017, p. 84.

Este modo de aplicação da pena e a formulação agressiva pós-*guidelines* como a americana, literalmente “trabalha com a aceitação de um nível alto de condenações”,¹¹ mesmo que esta resignação venha reprimida. Possui em seu seio um potencial de aplicação do castigo sem precedentes no mundo ocidental, e principalmente no mundo periférico, pela sua máxima capacidade de penalização em massa. Um progresso não democrático encontra-se em marcha, e no país da “ordem e progresso”, apesar de um desenvolvimento bastante limitado em comparação a outros países até o momento, é necessária preocupação ímpar com este instituto, que poderá trazer um planejamento social de cima para baixo sem igual mesmo para uma história superlativa de violência social-institucional e civil.

Mas para podermos ter um pequeno vislumbre do como poderá ser um futuro desenvolvimento deste instituto aqui, é necessário a perspectiva histórica do que ocorreu nos lugares que deram vazão à sua possibilidade nos séculos anteriores. Não haverá uma brusca interrupção de uma era processual, onde o nosso sistema será formalmente substituído por outra. Os sinais já estão na parede.¹² É necessário descobrir sua natureza verdadeira, não dissimulada, para não sermos, no futuro, atramados por soluções fictícias.

¹¹ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 162.

¹² “[...] Exatamente como disse Hegel, só começamos a entender uma era quando as cortinas vão se fechar sobre ela (‘a coruja de Minerva só abre suas asas ao anoitecer’); assim, só podemos chegar a reconhecer abertamente seus traços positivos ao entrarmos na era subsequente, cujos problemas agora queremos destacar pintando-a de cores fortemente contrastantes com a anterior”. HIRSCHMAN, Albert. *The Political Economy of Latin American Development: Seven Exercises in Retrospection*. Centro de Estudos EUA-México, Universidade da Califórnia, San Diego, dez. 1986, p. 4. Apud: HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Impérios. 1875-1914*. Ed. Paz e Terra, 2017, p. 497.

PARTE I

2. INGLATERRA MEDIEVAL E RENASCENTISTA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA CRIMINAL.

No período da Baixa Idade Média, historicamente, os soberanos ingleses com dificuldades na sustentação política concederam espaços de poder aos nobres para preservarem seu *status* de poder instituído e, em alguns casos, para minimizar os efeitos das concessões, abriram espaço de poder ao próprio povo, de forma a equalizar o poder da nobreza. Nesta constituição política estaria a origem da formação de ambas as instituições com as peculiaridades inglesas: julgamento por júri e Parlamento.¹³

Assim formava-se a sustentação da Coroa normanda, em 1066, por Guilherme I: formulação de uma nobreza normanda com a expulsão dos nobres anglo-saxônicos, anexando a força bélica destes *landlors*; e a aproximação com a Igreja e seus tribunais canônicos. Essa tradição monárquica passou por constituir grandes conselhos formados por ambos os elementos onde tomava-se as decisões importantes, preservando uma tradição antiga da constituição dos *Witenagemots*.¹⁴

Embora haja formulações de conselhos para emitir decisões em períodos históricos anteriores, foram nas *Constitutions of Clarendon*, de 1164, de Henrique II, que estabeleceu normas legais e regras de jurisdição, em grande parte garantindo a prerrogativa da Coroa em detrimento da Igreja,¹⁵ onde ocorreu a instituição da *Assize de Clarendon* e a constituição do *grand jury*.¹⁶

¹³ BUSATO, Paulo César. *Algunas Razones Político-Criminales para la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Revista de Derecho Penal Económico. 2019, Buenos Aires, p. 54.

¹⁴ O *witenagemot* ou simplesmente *Witan* era uma instituição política muito frequente na Inglaterra anglo-saxã que funcionou desde os arredores do séc. VII até o séc. XI. Se tratava de uma convocação, pelos reis de Essex, Kent, Mercia, Northumbria, Sussex e Wessex, dos principais representantes da classe dominante, lordes ou eclesiásticos, para aconselhar o rei em questões cruciais do Estado. BUSATO, Paulo César. *Algunas Razones Político-Criminales para la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Revista de Derecho Penal Económico. 2019, Buenos Aires, p. 54.

¹⁵ O parágrafo 6º previa: “e se deve haver aqueles que são considerados culpados, mas que ninguém deseja ou se atreve a acusar, o xerife, a pedido do Bispo, deve convocar doze homens corretos do bairro ou da Vila, para jurar perante o Bispo que eles vão mostrar a verdade de acordo com a sua consciência”. POUND, Roscoe. *Liberdades e Garantias Constitucionais*. 2ª Ed., São Paulo, 1976, p. 87.

¹⁶ O edito de 1164 previa: “Primeiro, o dito rei Henrique pelo conselho de todos os seus barões, a fim de preservar a paz e manter a justiça, determinou pelo conselho de todos os seus barões, que se proceda a investigação em cada condado e em cada centúria, por meio de doze ou mais homens válidos das centúrias e quatro homens válidos de cada “vill” sob juramento de que dirão a verdade: se na centúria ou no “vill” há alguém acusado ou conhecido como ladrão ou assassino ou alguém que tenha sido receptor de ladrões ou assassinos ou salteadores depois que o senhor rei tornou-se rei. E que os juízes inquiram disso diante deles e o xerife diante dele”. POUND, Roscoe. *Liberdades e Garantias Constitucionais*. Editora Ibrasa, 2ª Ed., São Paulo, 1976, p. 87.

Progressivamente, começaram a se desenvolver as jurisdições reais, em prejuízo das antigas senhoriais e locais, como também o da Igreja Romana. Primeiro, as seções especializadas da cúria, o Tribunal do Tesouro, para as finanças e litígios fiscais, no séc. XII; as relativas aos particulares e as litígios sobre a posse da terra, *Court of Common Pleas* (Tribunal das Queixas Comuns); e o *King's Bench* (Tribunal do Banco dos Reis), para julgar os crimes contra a paz do reino.

Esta centralização foi resultado de um levante generalizado da nobreza que ocorria desde 1154, onde os duques da Normandia, Aquitânia e Bretanha, os condes de Anjou, Toulouse, Flandres e Bolougne, e uma legião de outros senhores feudais aspiravam a sua independência da monarquia inglesa. Sob posição perigosa, um dos pontos de pressão do rei sob seus súditos nobres foi a disputa por jurisdição.

Através de uma distensão do conceito da paz do Rei, sustentou-se que esta era turbada não somente por um crime ocorrido em sua presença, senão que se estendia por todo o reino de modo permanente. Para que a manobra funcionasse sem o risco de converter-se em conflito, seria necessário conquistar o mérito e atrair as causas para o *King's Bench*, sem impor ou limitar as jurisdições dos *lords*. A solução pensada por Henrique II foi a criação do *Trial by Jury*, onde a justiça do rei – por seus representantes eleitos do povo – concorria com a justiça dos *landlords*.¹⁷

O cidadão que desejasse recorrer à justiça real fazia um pedido onde o chanceler do rei examinava, e se considerasse fundamentado, emitia um *writ* (ordem) ao *sheriff* ou senhor local, para ordenar ao requerido que desse a satisfação ao requerente, ou a se apresentar com suas razões. Rapidamente estes *writs* padronizaram-se, sem exame prévio, de forma a atribuir mais litígios à jurisdição real. Os barões através da Magna Carta de 1258, pelas Provisões de Oxford, conseguiram proibir a criação de novos *writs* pelo poder real. O *Statute of Westminster II*, de 1285, documento capital na história da *common law*, conciliou os

¹⁷ “Somente o rei tinha o direito de convocar um jurado. [...] Até essa época, as causas tanto civis como criminais eram decididas por meio do juramento, ou a prova do duelo. Os tribunais ordenavam a um dos litigantes que reunisse um grupo de homens dispostos a jurar pela justiça de sua causa e a quem, segundo se esperava, Deus castigaria se jurassem em falso; ou condenaria, sob a supervisão de um sacerdote, a carregar um ferro em brasa ou ser jogado em um tanque de água. Se o ferro não o queimasse ou a água o rechaça-se ficava decidido que a Divina Providência deu um sinal visível de que era inocente [...] em uma época mais racional, os homens começavam a duvidar dessas extravagâncias [...] Assim, o juízo por jurados teve rápida aceitação [...] O jurado de Henrique II não era o jurado que conhecemos. Se dividia em várias formas, mas em todas elas havia essa diferença essencial: os jurados eram testemunhas, ao mesmo tempo que juízes do feito. Os homens bons e verdadeiros eram eleitos, devido a sua imparcialidade, mas também porque eram os homens com maiores probabilidades de conhecerem a verdade”. CHURCHILL, Wiston S. *História dos Povos de Língua Inglesa*. Ibrasa, São Paulo, 2005, p. 210-211. Apud: BUSATO, Paulo César. *Algunas Razones Político-Criminales para la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Revista de Derecho Penal Económico. 2019, Buenos Aires, p. 56.

interesses do rei com dos barões, dispondo que o Chanceler não poderia criar novos *writs*, mas poderia expedir *writs* em casos semelhantes. O direito se desenvolveu com base na lista de *writs* existentes, de modo que em cada litígio era essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto,¹⁸ desenvolvendo a característica do sistema: a formulação sobre as formas processuais e não sobre o direito objetivo, como o romano-germânico.

O julgamento por júri ao fim da Idade Média era baseado em um júri auto informado, que encontra seu histórico nos séculos XII e XIII. Tanto o júri de acusação (precursor do *Grand Jury*) e o julgamento por júri eram auto informados. Jurados “eram homens escolhidos por já estarem devidamente conscientes”. O requerimento que os jurados deveriam ser convocados da próxima vizinhança onde o crime ocorreu, era no sentido de produzir jurados que já sabiam o que havia ocorrido, ou cujo as relações comunitárias possibilitariam para descobrirem. Era um dever “fazer inquirições sobre os fatos os quais eles iriam falar quando se apresentassem perante a corte. Eles deviam colher testemunhos; deveriam pesá-las e anunciar um veredito”. Os jurados medievais apareciam perante a corte mais para falar do que para ouvir.¹⁹

O sistema de júri medieval pressupunha uma população estática e formas de organização comunitária agricultora os quais sua desintegração provavelmente iniciou-se com o vasto deslocamento social da Peste Negra de 1384-1389. No séc. XVI, tanto o *grand jury* como o *petty jury*, já eram sistemas onde eram escolhidos homens do condado. Como os jurados perderam proximidade às pessoas e aos eventos trazidos pelos casos, não havia mais a capacidade de se auto informarem. Assim, tornaram-se passivos julgadores, ignorantes dos eventos em questão. A partir de então, os julgamentos por júri mudaram de caráter, tornando-se um “procedimento de instrução com o propósito de ensinar aos jurados sobre as questões que eles iriam determinar”.²⁰

A mudança da forma do julgamento encontra-se em mudanças na estrutura da persecução. E esta viria sob um sistema de investigação pré-julgamento que foi organizado pela *Marian Committal Statute* de 1555, nomeado em homenagem à Rainha Mary. Esta lei empregava magistrados locais, os *justices of peace* (juízes de paz), a conduzir o trabalho de reforçar a persecução dos cidadãos. Estes juízes de paz tinham o poder para formular mandados de busca e de prisão para execução por policiais locais (*constable*). Eram quem ordenavam a prisão até o julgamento, sendo que a lei exigia que quando um suspeito fosse

¹⁸ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª Ed., Lisboa, 1995, p. 210-211.

¹⁹ POLLOCK, Frederick e MAITLAND, Frederic. *The History of English Law*. 2nd Edition 1898, p. 624-5. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 64.

²⁰ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 64.

apreendido e apresentado ao juiz de paz, antes de formalizar a detenção pré-julgamento, fizesse o interrogatório e os depoimentos sobre as acusações.²¹

Juízes de paz eram designados e destituídos arbitrariamente pelo governo central, e a destituição era usado amplamente para disciplinar a aristocracia.²² A ascensão destes está ligada diretamente à queda dos *sheriffs*, que era um ofício antigo desde a era anterior à conquista. No séc. XII este era responsável pela coleção do fisco do rei, pela força militar, polícia, prisão, cortes e o cumprimento dos *writs*.²³

O *Marian statute* não exigia que o juiz de paz investigasse os casos mais profundamente, procurando testemunhas que não foram trazidos ao tempo da apreensão do acusado, mesmo que alguns juízes fossem mais a fundo em suas investigações.²⁴ Esses juízes de paz iriam, em algumas ocasiões, testemunhar em julgamento sobre aspectos da investigação pré-julgamento, assim como seus sucessores na modernidade, os detetives da polícia.

Quando as fontes de estudo começam a fornecer mais detalhes dos casos julgados em London, ao fim do século XVII em diante, os relatos dos interrogatórios pré-julgamento mostram-se decisivos para provocarem confissões, demonstrando seu viés fortemente persecutório, tendencioso.²⁵ Mas segundo John Langbein, o que tal sistema realizou principalmente, foi perpetuar a perseguição privada, vinculando a vítima a testemunhar, o retirando de sua discricionariedade sobre não exercer a perseguição, organizando uma “espécie de perseguição pública para os casos de crimes sérios”.²⁶ Mesmo sendo a perseguição privada um sistema que já se mostrava decadente, teve aceitação por conta que a elaborar uma alternativa aos moldes europeu requereria confrontar a comunidade política com um

²¹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 40-41.

²² SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 42.

²³ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 44.

²⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 41.

²⁵ O sistema *Marian* fez do juiz de paz tendencioso ao invés de ‘de buscar a verdade’. A lei direciona o juiz de paz a montar não todo o caso, mas somente o da perseguição. Essa característica tendenciosa persistiu no século XVIII. O manual de juiz de paz de Barlow, publicado em 1745, explica que embora o juiz de paz não deva suprimir prova favorável ao acusado quando tal prova é parte da declaração de uma testemunha de acusação, o juiz de paz não deve ‘inquirir a testemunha que expressamente irá provar a inocência do acusado. BARLOW, Theodore. *The Justice of Peace: A Treatise Containing the Power and Duty of that Magistrate*. 190 (London 1745). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 42.

²⁶ O procedimento de pré-julgamento *Marian* inspirou-se no estabelecimento clerical de julgamento. A vítima, agora vinculada sobre a perseguição, consultava com o assistente do juiz de paz ou com o escrivão da corte para ter as acusações estruturadas como um auto de acusação. O escrivão cobrava taxas para elaborar as acusações e por outras documentações. O sistema de perseguição privada assimilou esses custos do modelo de procedimento civil, como se o procurador fosse um reclamante civil. Somente na segunda metade do séc. XVIII o legislativo elaborou os subsídios dos custos para aliviar o fardo da perseguição e suportar as testemunhas. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 44-45.

agrupamento de questões sobre financiamento e controle de um corpo burocrático hierarquizado.²⁷

Com a ascensão do juiz de paz, o papel do *Grand Jury* declinou. Vinculando as partes através da documentação e das testemunhas, sem, no entanto, utilizar a influência continental de gerar um dossiê aos julgadores. O caminho escolhido foi enfatizar a distinção dos métodos de julgamento ingleses. Os novos poderes dos juízes de paz não trataram de providenciar *experts* e investigadores com poderes inquisitoriais como no continente, mas assegurar que pessoas acusadas seriam efetivamente trazidas para julgamento perante o povo.²⁸

Esses juízes de paz que eram senhorios locais que prestavam serviço em tempo parcial e não remunerado, possuíam outras funções ‘adjudicativas e legislativas’. Era empoderado, geralmente sob condição de ser aprovado por um número mínimo de seus colegas juízes de paz do condado, para adjudicar sob uma variedade de questões de *misdemeanor* (pequenos delitos), administração local, e regulação econômica. O principal fórum adjudicativo era a corte de sessões trimestrais, geralmente composta de todos os juízes de paz do condado. Raramente eram advogados ou tinham a prática no direito, e o incentivo de servir geralmente vinha do interesse em manter a ordem local e de reforçar sua estatura na comunidade através do exercício de autoridade.²⁹

John Langbein aponta um édito inglês de 1485, que autorizava a instauração da persecução por caça ilegal perante os juízes de paz, onde encontrou o que seriam vestígios de elementos do *plea bargaining*. Segundo o autor, o juiz poderia condenar o acusado por um *misdemeanor* quando este confessava o crime, e o autorizava a exercer a persecução como um

²⁷ A formação política e social inglesa sempre encontraram justificações profundas contra a uma maior burocratização, sempre em vista à formação política e social que apresentava o continente desde os sécs. XII. Como assinala Mirjan Damaska: “O caso é que a profissionalização e centralização do aparato normativo se detiveram. Os líderes da aristocracia local se mantiveram como pilares do governo. E enquanto o tom burocrático do aparato continental estatal seguia crescendo em intensidade, [...] as instituições centrais inglesas continuaram abraçando formas de tempos anteriores. [...] Paradoxalmente, inclusive quando o Império Britânico se aproximava de seu apogeu, a Inglaterra dificilmente podia-se qualificar como Estado ‘moderno’ por aqueles que associavam o Estado moderno com a organização burocrática hierarquizada. E para aqueles que entendiam que a lei moderna devia possuir uma legislação sistemática, o sistema legal inglês era um anacronismo, uma selva caótica com os procedentes judiciais como fauna mais destacada”. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Ed. Jurídica de Chile, 2000, p. 78-79.

²⁸ “Tanto o Código Germânico de 1532, o “Carolina”, e a francesa de 1539, o “*Ordinance of Villers-Cotterets*”, desenvolveram o *Inquisitionsprozess*, no qual o judiciário diretamente manejava as investigações dos crimes e providenciava um dossiê, para as eventuais condenações. Nenhum deles, quando analisados cuidadosamente, apresentam a mais remota similaridade com o esquema inglês”. DERRETT, Duncan. *Review of: Presecuting Crime in the Reinassance: England, Germany, France*. The University of Chicago Law Review, 42:224, p. 226-227.

²⁹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 46.

felony, se este negasse sua culpa.³⁰ Portanto, premiava aqueles acusados que apresentavam sua própria condenação.

Um segundo vestígio de “experimentação” com as práticas de negociação pela autocondenação, são as descobertas de J. S. Cockburn, em investigação de 5.000 acusações nas sessões do *Home Circuit* entre 1558 e 1625, onde nos primeiros 30 anos do período, quase a inexistência de confissões. De repente, em um período de dois a três anos, “de cinco ou seis prisioneiros à metade dos que seriam julgados, confessavam e eram sentenciados sem o seguimento do procedimento”. Conforme Albert Alschuler, em alguns casos as acusações sob os quais os acusados haviam confessado tinham sido alterados: *burglary* (invasão de domicílio com a intenção de furtar) reduzidos para *larceny* (pequeno furto), ou acusações por *larceny* reduzidos para *misdemeanor* pela diminuição dos valores da propriedade furtada. J. S. Cockburn assinala que essa prática foi realizada fora de Londres, em um período que “a taxa de crime crescia, e o sistema de aplicação da lei era negligente ou quase inexistente, jurados ignorantes, e uma taxa de absolvição alta”. Assim, “logo essa pratica desapareceu, e os acusados ingressavam com a confissão em somente 15% ou 20% dos casos considerados nestas sessões”.³¹

Embora não sejam muitos os registros de práticas que levassem ao *plea bargaining*, a informalidade é uma constante nos procedimentos que se encontrava encorpada na enorme discricionariedade que o julgador possuía. Em um período em que as jurisdições eram tão esparsas, sem uma hierarquia forte e centralizada, onde não havia ainda, uma formulação mais independente do direito, como da *common law*. ou uma política nacional que formulasse um direito único, a prática, o costume e a discricionariedade operavam com autoridade e liberdade. Até então, a própria influência de certas jurisdições antigas ainda era forte em uma sociedade feudal.

O *King's Bench* manteve-se no ápice da hierarquia dos tribunais, sendo uma das três cortes superiores da *common law* em Westminster a possuir jurisdição criminal, sendo essa jurisdição, teoricamente, ilimitada, onde servia também como corte de revisão. Em pesquisa dos registros da corte, o período entre 1550 a 1700, há ausência de julgamentos por *felony*; lidando amplamente com questões regulatórias, condenações sumárias, ou seja, apesar de uma enorme jurisdição, estava lidando com *misdemeanors* e pequenas ofensas.³²

³⁰ LANGBEIN, John. *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*. 70 (1974), p. 7.

³¹ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and It's History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 17.

³² SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 31.

Isto porque de 1540-1640, uma inovação dos Tudor³³ desafiava a predominância das cortes superiores da *common law*: o *Star Chamber*. Essa corte era essencialmente o conselho do rei, uma versão mais formal da autoridade jurisdicional real que tradicionalmente exercia ainda o poder. Desenvolvida no reinado de Henry VIII, sua ampliação sobre petições que recebia, o tornou uma corte com procedimento público. Sua função era punir violações à paz do rei, rebeliões, mas também procedeu em casos de fraude, falsificação e perjúrio. Possuía decisões mais rápidas e flexíveis, mas na prática era usada como instrumento da política real. Foi abolida junto com a queda de Charles I.³⁴

Grande parte desses julgamentos ocorriam nas *assizes*, que eram circuitos que corriam no território britânico sob juízes das cortes superiores da *common law*, de origem no período de Henry II. Basicamente esta monopolizou os casos que poderiam levar à sentença capital, onde ao fim do séc. XVI, julgava os casos de *felonies* mais sérios: homicídio, grande roubo, invasão de propriedade e furto, incêndio criminoso, estupro, bruxaria. As *quarter sessions* era a jurisdição para os pequenos delitos, *misdemeanors*, e delitos regulatórios.³⁵

As *petty sessions* surgiram de maneira gradual conforme a necessidade da administração a partir do séc. XVI, onde um sistema formal e nacional emerge a partir do *Book of Orders*, de 1631. Estes juízes realizavam sessões todos os meses em seus vilarejos, recebendo as apresentações de policiais e supervisores da Igreja, coordenando o trabalho do governo local. Seu trabalho em geral eram disputas da *poor law*, reparação das vias, e alguns pequenos delitos como embriaguez e pequenas agressões. Esta tornou-se um grande elemento de governabilidade no período da Restauração.³⁶

Para além destas, encontram-se fontes bastante inexploradas de jurisdições de centenas de anos e que iniciava seu processo de derrocada pela mudança da estrutura social e pela administração real dos Tudors que buscavam eliminar as ordens feudais que poderiam desafiar seu maior controle, como a *borough sessions* (sessões do burgo), onde em 1550 uma série de pequenos povoados ainda exercia seu poder de aprisionar e julgar *felonies*, inclusive, aplicando a pena capital. Exemplo em Colchester que houve a imposição de pena capital, em um caso de homicídio e outro de roubo de cavalo, já em 1659. Como também, as jurisdições

³³ Em síntese, o período denominado como Tudor e Stuart compreende o período monárquico dos Tudor (1485-1603); e dos Stuart (1603-1714).

³⁴ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 32.

³⁵ As sessões tiveram sua origem na primeira metade do séc. XIV, onde em 1351, o *Statute of Labourers* previu que os juízes locais deveriam se reunir quatro vezes por ano. A legislação de 1360, concedeu aos juízes o poder de julgar *felonies* em seus condados, onde até o fim do séc. XVI, ainda o faziam. SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 33.

³⁶ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 35.

mais antigas, como as *manor* (senhorial), da sociedade medieval, que no séc. XVII apresentam-se sobre as cortes *baron* e *leet*, que basicamente são figuras da comunidade de vilarejo pré-industrial, sendo ‘pequenas *commonwealth*’s’.³⁷

As cortes religiosas são outro elemento onde antes de 1642, uma grande variedade de comportamentos ilícitos era apresentada perante estas, onde não somente tratava sobre a conformidade doutrinal, como também para conservar o comportamento cristão. Após a Reforma no séc. XVI, a população deveria não somente aderir à correta corrente da cristandade da Igreja-Estado, como também deveria ser obediente, trabalhadora, sóbria e casta. Assim, imoralidade sexual, embriaguez, principalmente no período do *sabbath*, difamação, entre outros, eram levados pelos vizinhos à estas cortes, onde ao exemplo das cortes senhoriais, a aplicação da lei era amplamente formulada por esta camada jurisdicional.³⁸

O ideal de ordem dos períodos compreendidos como *Tudor/Stuart*, encorpado na legislação penal tinham em uma mão, as leis codificadas, elaboradas e generalizadas às boas práticas da ordem social e da vida econômica; e da outra, uma série de decretos alavancados pela aristocracia puritana que regulavam os “desordeiros rurais, uma sociedade de bêbados, profanos, infratores do *sabbath*, e outras legislações gerais de ordem a estas pessoas”. Ordem, que era concebida no face-a-face da comunidade, da intimidade local, não em uma aspiração de uma disciplina social ao nível nacional, mas sim para evitar a disrupção do conflito local. Ao contrário de qualquer fantasia de uma maravilhosa vida comunitária, os vilarejos eram repletos por pequenos conflitos e rivalidades de interesse.³⁹

³⁷ Teoricamente, as cortes *leet* and *baron* eram corpos distintos, mas na prática encontravam-se combinados. *Leet jurisdiction* era ocupado com as *public nuisances* (ilícito civil que compreende as moléstias ilícitas permanentes ou ocasionais, podendo ser de produção para utilidade econômica, tais como ruídos insuportáveis, raízes de árvores que causem danos) e “membros danosos com mal comportamento que são perigosos aos vizinhos”. Um juiz presidia com um júri presente. Este corpo combinava as funções da apresentação de provas, acusação, julgamento e sentenciamento sendo uma multa ou coima. A corte *baron* foi estabelecido para fazer justiça disponível aos moradores da vila “em sua própria porta”. Seu propósito não era para investigar qualquer crime contra o Estado, mas para cuidar e investigar as causas de importância do *Manor*, e cuidava questões pertencentes aos direitos de lorde, como disputas entre seus comandados. A corte *baron* era um instrumento somente para os residentes, sobre questões dos direitos de lorde, de propriedade de arrendamento, herança. Em todos os outros casos, essa corte era conduzida por doze julgadores escolhidos pelo lorde; que decidiam a disputa sobre recusa de pagar dívidas, acima do valor de quarenta *shillings*. KONIG, David Thomas. *Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892*. The University of North Carolina Press, (1979), p. 7.

³⁸ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 39.

³⁹ BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 23-24; Somente entre 1601-1606, 25 leis foram criadas para a regulação de tabernas. Este processo encontro seu ápice, segundo a autora, com a chegada ao poder dos puritanos depois da Guerra Civil (1642-1649), “quando o medo da indisciplina social deu lugar à proibição de reuniões e dos festejos proletários”. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, 2017, p. 162.

Ao fim do século XVI, os problemas desse ideal confiado a um sistema público extremamente segregado começaram a tornar-se óbvios – especialmente nas áreas puritanas – pelas mudanças políticas, econômicas e demográficas, que enfraqueceram a natureza abrangente da comunidade medieval. O “automatismo do antigo governo agrícola”, que através da prática rotineira das gerações que desenvolveram regras aceitas pela comunidade, que não precisavam ser escritas, não era mais apta a responder às demandas. As cortes da *common law*, elemento do poder real, possuíam a autoridade e era uma “formidável arma contra a desordem”,⁴⁰ encontrando-se a possibilidade de performar, o que essas pequenas sociedades não conseguiam mais performar por si.⁴¹ Não era bem a centralização jurisdicional que ocorreria ainda, mas o seu endurecimento direcionado, em um nível que não se repetiria.

2.1. O SISTEMA CRIMINAL INGLÊS NO INÍCIO DA ERA MODERNA.

Embora esse processo de centralização jurisdicional ocorresse desde o período medieval, a gama de jurisdições sobrepostas tão característica do período histórico, manteve-se e é uma parte importante do desenvolvimento da *common law*, e o que posteriormente argumentarei, do *plea bargaining*.

Para uma contextualização do ambiente socioeconômico do período, após a Peste Negra no séc. XIV, Silvia Federici descreve a “idade de ouro do proletariado europeu”, onde “as amarras entre os servos e a terra havia praticamente desaparecido” por conta da massiva diminuição da população e a enorme oferta de trabalho. Assim, “os servos eram substituídos por camponeses livres – titulares de posses consuetudinárias (*copyholds*) ou de enfiteuses (*leaseholds*) – que só aceitavam trabalhar em troca de uma recompensa substancial”.⁴²

Entretanto, o séc. XVI se encontraria já na “acumulação primitiva”, pelo qual passava a Inglaterra,⁴³ desenvolvendo condições econômico-sociais que o desprendiam

⁴⁰ Ministros puritanos reconheceram o fato, e em seus sermões na abertura das sessões expressaram suas esperanças que Westminster imporia a ordem necessária para uma reformada Inglaterra. Nas sessões de Hertford em 1619, William Pemberton falou dos juízes de paz como “mestres e pilotos no navio da *Commonwealth*, que sentam na popa e guiam com sabedoria e fidelidade... até o desejado paraíso de paz e prosperidade”. KONIG, David Thomas. *Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892*. The University of North Carolina Press, (1979), p. 9-11.

⁴¹ DERRETT, Duncan. *Review of: Presecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*. The University of Chicago Law Review, 42:224, p. 232.

⁴² Depois da Peste Negra, os países europeus passaram a condenar a vadiagem e a perseguir a vagabundagem, a mendicância e a recusa ao trabalho. A Inglaterra teve a iniciativa ao publicar o Estatuto de 1349, que condenava os salários altos e a vadiagem, estabelecendo que quem não trabalhasse e não possuísse nenhum meio de sobrevivência teria que aceitar qualquer trabalho. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 98, 100, 102.

⁴³ A acumulação primitiva, como um conceito, conecta a “reação feudal” com o desenvolvimento de uma economia capitalista e identifica as condições históricas e lógicas para o desenvolvimento do sistema capitalista, em que ‘primitiva’ (‘originária’) indica tanto uma pré-condição para a existência de relações capitalistas como

paulatinamente das amarras do feudalismo. Há um aumento demográfico significativo na Europa, onde o crescimento gradual da reserva de trabalho tornou possível aos senhores de terra baixar o nível de vida dos camponeses sob sua dependência.⁴⁴

O problema da produção agrícola era crucial. A população inglesa crescia e concentrava-se cada vez mais em centros urbanos ou áreas rurais industrializadas, sem autossuficiência. A morte pela fome em razão de más colheitas é exemplificada pela pior que ocorreu, em 1593 a 1597. Nesta altura, a questão tornou-se central e traria enormes consequências para a população em constante crescimento. O caminho apontado era que seria possível mais alimento caso as vastas áreas preservadas como florestas reais fossem abertas ao cultivo; os campos comunais e ociosos fossem arados; e os pântanos e charcos fossem drenados.

A questão era quem deveria controlar a extensão das terras cultivadas ou tirar proveito delas? Pequenos ocupantes, *squatters*, *cottagers*,⁴⁵ e todos aqueles que detinham direitos comuns perderiam prerrogativas valiosas se florestas, pântanos e terrenos comunais fossem cercados e entregues à propriedade privada. [...] Foi exatamente por esse motivo que Francis Bacon aconselhou James I a manter o controle sobre as terras ociosas e comunais reais, fontes potenciais de riqueza no caso de serem cercadas e melhoradas. Durante toda a primeira metade do século os senhores de terras, decididos a levantar cercas, lutaram contra os *cottagers* e *squatters*, alegando seus direitos sobre os terrenos comunais e os pântanos. A Coroa opôs-se àqueles que invadiam as florestas reais. O governo multava esporadicamente os que levantavam cercas, mas pouco fez no sentido de proteger as vítimas desse ato. Ele próprio possuía terras que mandava cercar. [...] O período do Interregno presenciou uma reação generalizada contra os cercamentos e favorável aos direitos dos foreiros, e em 1649-1650 culminou no movimento dos *diggers* e *levellers*.⁴⁶ Os *diggers* exigiam que todas

um evento específico no tempo. Entretanto, Marx também reconheceu que, “a descoberta de ouro e prata na América, o extermínio, a escravização e o sepultamento da população nativa nas minas, a conquista e a pilhagem das Índias Orientais, a transformação da África em uma reserva para a caça comercial de peles negras são momentos fundamentais da acumulação primitiva”. Como que “muito capital que aparece hoje nos Estados Unidos, sem certidão de nascimento, é sangue infantil ainda ontem capitalizado na Inglaterra”. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 118.

⁴⁴ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004.

⁴⁵ *Squatters* - Ocupantes sem título de um pedaço de terra. No campo fixavam-se nos limites das propriedades e usurpavam os bens comunais. O movimento dos cercamentos no séc. XVIII expulsou-os definitivamente do campo; *Cottagers* – nome dado na época pré-industrial aos trabalhadores agrícolas privados da propriedade da terra e reduzidos somente à posse e ocupação de sua moradia. HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 17.

⁴⁶ *Diggers* – pequeno grupo de camponeses que se formou entre 1649-50 sob inspiração dos escritos teóricos de Gerrard Winstanley. Defendiam o fim da propriedade privada no campo e o estabelecimento de uma sociedade corporativa; *Levellers* – membros do grupo republicano e democrático na Inglaterra durante o Interregno, período entre a execução de Charles I e a restauração de Charles II. Para alguns é considerado o primeiro partido político da Europa moderna. O nome foi dado por seus inimigos sugerindo que eles desejavam nivelar a condição dos homens. Defendiam que a soberania real deveria ser transferida para a Câmara dos Comuns, e que

as terras e florestas da Coroa, os terrenos comunais ou ociosos fossem cultivados pelos pobres, através da posse comunitária, e que a compra e venda da terra deveria ser proibida por lei.⁴⁷

Embora a reforma religiosa tenha sido um enorme evento de mudança de mãos sobre as terras, a privatização da terra foi realizada por meio dos cercamentos.⁴⁸ Segundo a autora, antes mesmo da Reforma mais de duas mil comunidades rurais haviam sido dissolvidas.⁴⁹ No seio da Inglaterra defendia-se os cercamentos pois fomentavam a empresa privada e a produção agrícola, onde os campos comuns eram “receptáculos de ladrões, delinquentes e mendigos”. O “ódio ao salário”, explica a autora, identifica o crescimento, dentro do processo de cercamento, da quantidade de “vagabundos” e “homens sem senhor” que “preferiam sair vagando pelos caminhos, arriscando-se à escravidão ou à morte, como prescrevia a legislação sangrenta contra eles, a trabalhar por um salário”.⁵⁰

A Inglaterra promulgou leis contra a vagabundagem muito mais severas, onde prescreviam a escravidão e a pena de morte em casos de reincidência. Portanto, para Silvia Federici, o empobrecimento, as rebeliões, e a escalada do ‘crime’ foram “elementos estruturais da acumulação capitalista, na mesma medida em que o capitalismo despojou a força de trabalho de seus meios de reprodução para impor seu domínio”.⁵¹ Essa ligação entre

o governo deveria ser descentralizado. Seu programa de reforma fazia a defesa da população pobre da cidade e do campo, e exigia a completa igualdade dos homens perante a lei, a abolição dos monopólios comerciais, dos dízimos, uma profunda reforma judiciária e plena liberdade religiosa. HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 18.

⁴⁷ HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 18.

⁴⁸ No séc. XVI, ‘cercamento’ era um termo técnico que indicava o conjunto de estratégias usadas pelos lordes ingleses e pela nobreza rural (*gentry*) para eliminar o uso comum da terra e expandir suas propriedades, referiam-se, sobretudo, à abolição do sistema de campos abertos (*open-field system*), um acordo pelo qual os aldeões possuíam faixas de terra não contíguas num campo sem cercas. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 133-134.

⁴⁹ A autora utiliza uma tabela de Peter Kridte, “*Peasants, Landlords, and Merchant Capitalists*”, que mostra que os grandes vencedores da transferência de terras ocorridas durante a Reforma Inglesa foi a nobreza rural. Grandes proprietários em 1436, entre 15% a 20%, em 1690, entre 15% a 20%; Nobreza rural em 1436, 25%, em 1690, entre 45% a 50%; Pequenos proprietários, em 1436, 20%, em 1690, entre 25% a 33%; a Igreja e a Coroa, em 1436, 25% a 30%, em 1690, entre 5% a 10%. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 133.

⁵⁰ Enquanto a Idade Média os salários podiam ser vistos como um instrumento de liberdade (em contraste com a obrigatoriedade dos serviços laborais), começaram a ser vistos como instrumentos de escravidão logo que o acesso à terra chegou ao fim. A nova dependência das relações monetárias, significou também que o salário real agora podia ser reduzido. Segundo a autora, não é coincidência, que assim que a terra começou a ser privatizada, os preços dos alimentos, que durante dois séculos haviam permanecido estacionados, passaram a aumentar. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 140, 147.

⁵¹ Para a autora, “o fato de que as formas mais extremas de miséria e de rebeldia tenham desaparecido nas regiões europeias que se industrializaram durante o século XIX não é uma prova contrária a tal afirmação. A miséria e a rebeldia proletárias não pararam ali; apenas diminuíram ao grau em que a superexploração dos trabalhadores teve que ser exportada, por meio da institucionalização da escravidão, num primeiro momento, e, posteriormente, por meio da expansão da dominação colonial”. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva*. Ed. Elefante, p. 161-162.

a criminalidade e a miséria apresenta-se em inúmeros trabalhos sobre o período, inclusive, com um poder punitivo mais severo que o do séc. XVIII, que é o século central na primeira parte deste trabalho.

Essa dinâmica união entre concepções radicais da política e da lei, foi essencialmente uma ligação conjugal: “um casamento entre duas entidades separadas os quais afetaram a natureza de cada um”. Como afirmam Brewer e Styles, “ignorar a ligação entre os dois na consideração de cada um, é providenciar uma incompleta explicação”.⁵² Se no séc. XVII, a Inglaterra vinha desenvolvendo um crescimento econômico nunca antes visto, com o fortalecimento da burguesia alcançada durante a dinastia Tudor, ao mesmo tempo criava-se uma massa de ex-camponeses errantes, miseráveis, e “criminosos contra a propriedade”. Esse movimento sobre o apenamento na Europa apresenta essa constante, onde “quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para fim de dissuadi-los do crime”.⁵³

Um dos pontos distintivos do poder punitivo no séc. XVI é sua flexibilidade, onde a variedade de condutas que poderiam ser levadas às jurisdições, “poderia desafiar as definições mais precisas como a dos Códigos”.⁵⁴ As inúmeras jurisdições de oficiais que deveriam manter a “paz do Monarca” na Inglaterra, tem peculiaridades únicas no mundo europeu: a extraordinária importância da lei real, em oposição à local ou senhorial; e a dependência de oficiais amadores.⁵⁵

A pesquisa de J. Sharpe em “*Crime in Early Modern England. 1550-1750*” traz através de uma análise mais ampla do poder punitivo inglês no início da era moderna, uma problematização para a ampla constatação de que os crimes contra a propriedade cresceram, mantendo o ritmo com o fenômeno da ascensão do capitalismo. O autor apresenta que fora da

⁵² BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980).

⁵³ Segundo Rusche e Kirchheimer esse enorme crescimento da reserva de trabalho gerou uma ampla denegação de emigrantes, que se tornaram errantes, vagabundos que se reuniram em bando de mercenários que amedrontavam as autoridades. Esse cenário seria o que formularia um sistema de penas duplo de punição corporal e fianças, feitas de acordo com a classe social do condenado. Em suma, o sistema de acordos de indenização era previsto em casos criminais, inclusive para aqueles que tinham previsão de pena de morte, mas a “concepção de feudo oferecia uma cobertura legal para a quebra de paz ou para roubo das classes dominantes”, apenas. O direito ao perdão apresenta-se nesse período já como um grande antídoto contra os excessos dos sistemas penais em vigor, e “a fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada, que na prática era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição dos pobres”, onde as “diferenciações nas punições tornavam-se mais marcantes”, pois o “maior número de crimes era agora contra a propriedade, cometidos por aqueles que não tinham propriedade alguma”. Os autores apontam que a pena de morte adquiriu um novo significado à época, “não era mais instrumento extremo destinado aos casos mais graves, mas um meio de tirar do caminho aqueles indivíduos alegadamente perigosos”. RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004.

⁵⁴ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 11.

⁵⁵ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 29.

área de London e em outras áreas urbanas e industriais, crimes contra a propriedade tiveram substancial diminuição de acusações no início do séc. XVIII, em comparação com o período Elizabethan-Jacobean (1567-1625).⁵⁶

Para vislumbrar sobre a diferença que estas cortes intermediárias e baixas trazem à relação do poder punitivo na Inglaterra no início da era moderna, L. Knafla apresenta a totalidade dos registros de crimes adjudicados no período 1600-1602, sendo apenas 7% dos delitos adjudicados pelas *assizes*, 20% pelas *quarter sessions*, e 73% pelas cortes restantes. Com base nestes dados a taxa de crime em Kent era de 920 a cada 100.000 habitantes, em contraste dos 70 a cada 100.000, com base somente nas *assizes*. Tal amostragem traz uma enorme contribuição para observar a criminalidade da Inglaterra no período, porque desfaz a ideia que os crimes eram basicamente contra a propriedade em sua enorme maioria, sendo: 10% crimes contra a propriedade, 22% crimes contra a pessoa; 20% crimes contra a paz; 22% delitos morais; e 25% delitos de transtorno público.⁵⁷

O número de execuções também demonstra o mesmo padrão. Em Essex, uma média de 26 execuções ocorriam por ano através das condenações nas *assizes* entre 1597 e 1603, número maior de que todas as execuções em todo o *Home Circuit* em um ano, na metade do séc. XVIII. Mesmo London com sua gigantesca população e suas peculiaridades na criminalidade, estima-se que executavam 150 condenados anualmente no período do séc. XVII. Na primeira metade do séc. XVIII, a média anual era de 20 execuções.⁵⁸

O sistema que se erigiria através dessas novas condições sociais e sob nova estrutura persecutória denomina-se julgamento por altercação/debate e foi durante séculos organizado sob o princípio que uma pessoa acusada de um crime grave (*felony*) não deveria ser representada por um advogado em julgamento. Segundo John Langbein, nos séculos XVI e XVII, quando as fontes sobreviventes permitem observar algo dos julgamentos criminais, vê-se resolutamente a proibição de advogados de defesa, mesmo com a persistente reclamação

⁵⁶ Cheshire, de 1590 a 1639, entre 300 a 400 delitos contra a propriedade foram acusados a cada década. Na primeira década do séc. XVIII, caiu para um oitavo desta proporção; Essex, o outro Condado que possui registro para avaliação, ao fim da primeira década do séc. XVIII, estava julgando somente um décimo dos delitos contra a propriedade que foram julgados entre 1597 e 1631. SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 86.

⁵⁷ A amostra ainda não incluiu os registros das cortes senhoriais e locais, nem as cortes do *Star Chamber* e do *King's Bench*. Levando somente em conta somente os casos apresentados perante as *assizes*, 73% seriam contra a propriedade, 21% contra a pessoa, 6% contra a paz. SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 75.

⁵⁸ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 92.

dos acusados. Autores como Staunford (1554), Pulton (1609), Coke (1630) e Hawkins (1721), todos apresentaram a regra jurídica da proibição.⁵⁹

A imagem do julgamento criminal como uma disputa “livre de profissionais/advogados”, entre cidadãos livres, vem do tratado de Sir Thomas Smith, *De Republica Anglorum*, escrito por volta de 1565, o qual se considera o mais antigo “quadro” que existe sobre as origens do julgamento moderno.⁶⁰ De ordem a resistir ou sondar a prova dos acusadores, o acusado se encontra constantemente falando sobre seu papel nos eventos, porque era proibido de testemunhar sob juramento (desqualificação que não foi removido na Inglaterra até 1898). Uma vez que o debate entre acusadores e acusado terminasse, o juiz deixava ao júri para decidir o caso baseado sob o que compreenderam dessa troca, normalmente com mínima instrução.⁶¹ Então, basicamente, era uma questão de se o acusado adequadamente justificou as provas aduzidas contra a sua pessoa. A absolvição ocorria em mais de um terço dos casos de *felony*, somente sendo nos casos de alta traição que as absolvições raramente ocorriam.

Também, sem advogados para ordenar as provas, interrogar e contra-interrogar as testemunhas, a responsabilidade por conduzir os julgamentos por *felony* caía sob o juiz. Para assistir o juiz no trabalho era comum o assistente da sessão preparar ao juiz as acusações formais. Às vezes, os juízes consultariam o interrogatório pré-julgamento das testemunhas e do acusado. Desse material o juiz imediatamente impelia o procurador/vítima, “o ajudando a contar a história o mais claro e sucintamente possível, fazer as perguntas que iriam produzir a mais claras provas da culpa do prisioneiro”.⁶² O controle do juiz na condução do julgamento incluía a supervisão do debate. O juiz interviria para manter o debate relevante ou prevenir

⁵⁹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 10-11.

⁶⁰ A vítima e a testemunha da acusação engajam o acusado em um diálogo conflituoso sobre as circunstâncias da alegada ofensa. A vítima/procurador testemunha sob juramento, dizendo “tu me roubaste em tal lugar. Tu me bateste, tu tomaste meu cavalo, e minha bolsa, e tal homem na companhia”. Outra testemunha da acusação – “todos aqueles que estavam na apreensão do prisioneiro, o que pode dar qualquer indício ou sinal ao que chamamos na língua moderna de prova contra o malfeitor” – também testemunham sob juramento. O acusado, depondo sem juramento, repele ao testemunho da acusação: “o ladrão dirá não, e assim eles permanecem por um tempo em discussão”. SMITH, Thomas. *De Republica Anglorum*. (1982) (1st edn. 1583, written c. 1565). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 13.

⁶¹ “O juiz de Smith meramente diz aos jurados que ‘você ouviram o que este homem disse contra o prisioneiro, você também ouviram o que o prisioneiro pode dizer em sua defesa...’”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 14.

⁶² A admissão e apresentação da prova em corte era organizada pelo juiz do julgamento, quem examinava as testemunhas e o prisioneiro e fazia suas observações sobre os testemunhos que eram dados. COCKBURN, “Introduction”, 109. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 15.

questionamentos abusivos ou supérfluos. Até o início do século XVIII, o juiz intermediava o contra-interrogatório do acusado (*cross-examination*) sobre a testemunha de acusação.⁶³

O sistema de persecução era totalmente disponível à vítima do crime, onde poderia decidir sobre a severidade, reduzindo a acusação, ou exercer o *pardon* completo ao não se dirigir à corte. Nas áreas rurais, com uma população mais assentada, era comum sistemas alternativos às rigorosas persecuções, onde o acusado poderia garantir seu bom comportamento através de uma obrigação, deixar a vizinhança, ou oferecer a compensação pelo crime.⁶⁴

Com essas taxas de insucesso, os desincentivos à persecução eram significativos. Ter de dirigir-se ao local onde as sessões ocorriam, podendo ser uma longa viagem para o período, o custo para recompensar as testemunhas, onde poderia ocorrer de esperar dias para a adjudicação do caso, como os custos judiciais.⁶⁵ Estes fatos dão forma à ideia que não era uma decisão simples, tratava-se de uma aposta arriscada a persecução.

A categoria *misdemeanor* era ainda bastante nebulosa, que incluía uma variedade de questões de caráter civil e regulatório – exemplo, a responsabilidade dos proprietários e dos paroquianos sobre a manutenção das estradas. Questões sobre direitos de propriedade constituíam um campo no qual advogados eram mais proeminentes na prática; assim, seria estranho a proibição de advogado nesse procedimento arcaico formulado para resolver questões de direito de propriedade como *misdemeanor*. Mesmo ações de *misdemeanor* por ações de violência (agressão e distúrbio) eram as vezes direcionados para “obter compensação”, sendo essencialmente, ações civis.⁶⁶

⁶³ No julgamento de Arthur Gray por roubo em 1721, o juiz disse ao acusado: “se você tem qualquer questão a perguntar, você deve o dirigir à corte, e a corte, se a questão é apropriada, irá requerer uma resposta à testemunha”. 1 *Select Trials at the Sessions-House in the Old Bailey*, 158, 161 (London 1742 edn.). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 16.

⁶⁴ As negociações entre Richard Ainsworth e seu mestre Nicholas Blundell em 1709 “foi repetido em todas as partes da Inglaterra, através do século”. Ainsworth foi pego furtando, implorou a Blundell repetidamente para não exercer a persecução e entrou em negociação para trabalhar em uma das casas de Blundell em troca pelo perdão”. HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 41.

⁶⁵ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 64.

⁶⁶ Apesar de algumas coincidências entre *misdemeanor* e jurisdição civil, estas duas formas de proceder exibiam diferenças radicais sobre as provas. As partes no litígio civil eram desqualificadas para testemunhar em seus próprios interesses no resultado. No procedimento criminal em contraste, as partes eram concebidas como sendo da Coroa e da persecução. A vítima, embora servisse como persecução, era meramente uma testemunha, e testemunha era ordinariamente entendida como desinteressada. Como o acusado era parte, ele somente falava sem juramento, enquanto acusadores, que não eram partes, testemunhavam sob juramento. Desqualificação por interesse não perturbava a dinâmica central do julgamento criminal, a deliberação entre acusador e acusado. No procedimento civil, a desqualificação silenciava as partes no litígio, limitando suas participações em julgamento às alegações dos advogados”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 37.

Outras medidas mais formais eram aplicadas como medidas mais apropriadas para pequenos delitos ao invés da acusação formal. Uma reclamação no vilarejo de Staffordshire em 1595, apontam que William Walker, cujos delitos incluíam agressão a uma mulher, matar uma ovelha e um ganso de um vizinho, derrubando a cerca e o portão da propriedade, teve pela vítima a desnecessidade da acusação, desde que vinculado a bom comportamento. Similarmente, pequenos ladrões, furtadores de animais e outros desordeiros eram mandados para a casa de correção mesmo que seus delitos não necessariamente fossem indiciados.⁶⁷

As sessões nas cortes provinciais no período Elizabetano-Jacobino (1558-1625) tinham a duração média de julgamento, incluindo o tempo para a deliberação do júri, de 15 a 20 minutos, em casos de *felony* que resultavam em sentenças capitais sob a condenação. Na metade do séc. XVIII, a média de julgamento nas sessões pode ter aumentado ligeiramente, para 30 minutos por julgamento.⁶⁸

O *Old Bailey* era a jurisdição sobre a área de London, onde o número de casos da região necessitava de oito sessões anuais, enquanto as sessões provinciais eram de duas por ano. Ao fim do séc. XVII e início do séc. XVIII, o *Old Bailey* que já englobava cercanias do Condado de Middlesex, processava entre 12 a 20 julgamentos por júri em um dia de sessão.⁶⁹ A prática era de julgar vários casos sem relação sob um mesmo júri, os dirigir para deliberação, enquanto um segundo júri já ouvia os próximos casos. Somente nas primeiras décadas do século XVIII, os vereditos passaram a ser apresentados após a conclusão de cada julgamento.⁷⁰

Quando o *Old Bailey* mudou o sistema em 1738, os jurados se sentavam divididos, em ambos os lados da sala da corte, e já dariam o veredito após cada julgamento.⁷¹ Uma das razões da formulação de vereditos imediatos era a relação informal e livre de técnicas

⁶⁷ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 69.

⁶⁸ BEATTIE, John. *The Criminal Trial in England*, in *The Age of William III*. 89, 90, (1989), p. 377. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 16-17.

⁶⁹ “Já no início do séc. XIX, Cottu ficou chocado por ver que 10 ou 12 julgamentos poderiam ser despachados em uma manhã... para um mesmo júri”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 17.

⁷⁰ “Smith aponta que as vezes quando um júri era colocado para ouvir dois ou três casos, os jurados diziam, ‘meu Deus, lhe rogamos para não apresentar mais casos, é muito para nossa memória’. De maneira a prevenir enganos na administração desse lote de vereditos, a prática desenvolveu-se no sentido que quando o júri retornasse com os vereditos, o escrivão iria ler os nomes de cada acusado ‘e ordenar-lhe a levantar a mão’, depois perguntando ao representante do júri para apresentar o veredito”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 21.

⁷¹ O prefeito de Londres, anunciou a racionalidade da mudança, alegando a “inconveniência do método de julgamento de prisioneiros, no qual os jurados sentavam... comumente para dar vereditos em 12 ou mais julgamentos ao mesmo tempo, dependendo de suas memórias, ou assistência de notas”. Doravante, os jurados sentariam juntos então “eles poderiam consultar-se e dar seu veredito imediatamente, ou em caso de qualquer dificuldade, retirar-se para considerações”. 8 *Gentleman’s Magazine* 659 (Dec. 1738) (entry for 6 Dec. 1738). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 21.

complexas entre juiz e jurados, como as regras de exclusão de prova, o qual torna-a morosa. Mesmo nos casos mais contestados na maior parte levantava-se apenas simples questões de direito e de aplicação da lei. O *standard* de prova, um componente chave das instruções do júri moderno, era ainda rudimentar, sendo o *beyond any reasonable doubt* formulado como o conhecemos, somente ao fim do séc. XVIII. Anterior à articulação do *beyond any reasonable doubt*, a noção na adjudicação criminal era de que frente à dúvida deveria se resolver o caso em *favorem vitae*.⁷²

A regra contra o uso de advogado de defesa nos julgamentos por *felony*, na teoria, permitia o exercício da defesa dos acusados somente em submissões de direito, no *arraignment* ou na fase do *pleading*, geralmente, no estágio preliminar do julgamento, onde basicamente não haviam contestações pelos acusados. Geralmente, os acusados simplesmente alegavam a sua inocência (*pleaded not guilty*), sendo que o *pleading* era uma questão de direito, o julgamento era em sua grande parte sobre fatos.⁷³

Sir Edward Coke enfatizou a distinção direito/fato contida na regra contra o aconselhamento de defesa, quando somente depois do acusado alegar-se inocente e ingressar na fase do julgamento, “não deve ele ter aconselhamento a dar as provas, ou alegar qualquer questão por ele...”.⁷⁴ Outra questão conectada ao princípio discutido, era a prática de recusar a permissão ao acusado de ter uma cópia da denúncia, que tornava um desafio a mais precisar exatamente os termos sobre a acusação, que somente era apresentada no *arraignment*, quando o escrivão traduzia oralmente do original em latim.⁷⁵

Como poucos acusados eram representados para levantar objeções sobre direito, o sistema procedimental deixava ao juiz a localização de erros legais. Nas palavras de Sir Edward Coke “é melhor para um prisioneiro ter uma opinião do juiz por ele, que muitos advogados. Os juízes... possuem um cuidado especial sobre a acusação formal e que a justiça

⁷² Coke manifestou tal formulação em *Third Institute*, dando como razão para a regra de denegação de advogado de defesa que “em jogo a vida, a prova para condenar o acusado deve ser tão manifesta, que não possa ser contraditada”. COKE, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning, High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. 137, (London 1644). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 33.

⁷³ “Mais objeções sobre direito eram levantadas em resposta ao indiciamento, logo no *arraignment*, mas algumas eram levantadas sobre questões legais que emergiam durante o julgamento. Por exemplo, no reporte de um panfleto de um julgamento por homicídio em Kingston (Surrey), em 1713, aos co-acusados foi permitido representação durante julgamento para arguir sobre objeções legais conectadas com suas prisões”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 26.

⁷⁴ Juristas como Staunford, Pulton, e Hawkins todos alegavam que o acusado deve se defender sem assistência de advogado “porque saberá melhor sobre os fatos alegados contra ele que qualquer advogado”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 33.

⁷⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 26-28.

seja feita à parte”.⁷⁶ Entretanto, os juízes não sentiam a obrigação de fazer o que os advogados viriam a fazer depois no contra-interrogatório. De acordo com Cockburn, mesmo com a corte servindo como conselheira, “os acusados por *felony* tem de falar em sua própria defesa e responder às provas da persecução como foram apresentadas, e como as ouvem da primeira vez. Se eles não podem se defender por si próprios, ninguém irá fazer por eles”.⁷⁷ Ao fim, era a utilização simples e clara do acusado como fonte de informação.⁷⁸

Os juízes pareciam sentir grande responsabilidade a assistir o acusado em casos que a persecução era representada por advogado, intervindo para ajudar o acusado no domínio dos fatos, exemplo: no interrogatório de acusadores suspeitos quando o acusado parecia ineficiente,⁷⁹ ou enfatizando deficiências do caso da persecução quando instruíam o júri.⁸⁰

Nesse período do julgamento por debates, as testemunhas de persecução eram privilegiadas sobre as testemunhas de defesa de duas formas. Primeiro, enquanto a persecução possuía um procedimento compulsório para exigir a presença de sua testemunha, o acusado não possuía. O juiz de paz emitia ordem vinculando a vítima e as testemunhas materiais da acusação para comparecer em julgamento e testemunhar, porém, para a defesa não existia um procedimento comparável para tal exigência. Segundo, as testemunhas da acusação testemunhavam sob juramento, beneficiando-se de realçada credibilidade, quando as testemunhas de defesa eram proibidas de juramentar.⁸¹

A questão é que a imprecisão do *standard* de prova era outro dos variados fatores que colocavam pressão no acusado para falar em sua própria defesa sobre as acusações e eventos. James Stephen observava que “quando um prisioneiro tem de falar por si, ele... não pode, sem uma tácita admissão de culpa, insistir na ausência de conclusão das provas contra ele, e com

⁷⁶ COKE, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning, High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. 137, (London 1644). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 26.

⁷⁷ COCKBURN, “Introduction”, 109. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 30.

⁷⁸ BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 358.

⁷⁹ No caso de Robert Dewar, acusado pelo *felony* com pena capital por falsificação, o juiz mencionou que o acusado não possuía advogado (a persecução possuía), e o juiz interrogou com vigor a testemunha de acusação”. Robert Dewar, OBSP (Dec. 1783, #56), 97.

⁸⁰ Em um caso de acusação por roubo de um alojamento, “a corte opinou que a fuga da habitação foi ato do marido, e mencionou ao júri algumas circunstâncias a favor da prisioneira, que foi absolvida”. Margaret Lovelock, OBSP (Feb. 1762, #105), 73.

⁸¹ A regra proibindo as testemunhas de defesa de testemunhar sob juramento foi criticada pelo menos no período de Coke, “o qual continha em seu *Third Institute* que a proibição carecia de autoridade”. Entre as reformas da *Treason Trials Act* de 1696, o acusado adquiriu o direito de ter suas testemunhas falando sob juramento. A Lei de 1702 estendeu a reforma para os casos de *felony*, “provavelmente não para aprimorar a postura defensiva dos acusados, mas em ordem de expor a testemunha de defesa à persecução por perjúrio”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 52.

consistência na sua inocência. O júri esperava dele uma clara explicação do caso contra ele; e se ele não pudesse dar uma, eles o condenavam”.⁸²

Portanto, era elementar apresentar testemunhas para atestar o caráter, a honestidade, o trabalho. Como os jurados não eram mais vizinhos, o sistema confiava altamente na reputação do acusado, sendo que testemunhos de homens com propriedades tinha enorme peso; os juízes em circuito, consideravam de grande peso as provas através de empregadores, respeitáveis fazendeiros e senhores, que formavam a sociedade local.⁸³ O uso do *pardon* era utilizado quando necessário para cumprir os pedidos dos senhorios ou apropriar a decisão ao sentimento de justiça da população.⁸⁴

Inferia-se que “a principal razão pelo qual os juízes não encorajavam os *guilty pleas* nos sécs. XVII e XVIII era por conta do desejo de desvendar o acusado em julgamento, caso o evento de uma possível solicitação de clemência”.⁸⁵ Portanto, a esperança de influenciar o sistema de clemência no pós-veredito contribuía para o montante de incentivos para o acusado falar sobre as acusações e as provas apresentadas contra ele em julgamento.

Esse sistema de procedimento arraigado em um julgamento onde “*the accused speaks*” por óbvio que não teria enquadramento com a regra do privilégio contra a autoincriminação, que estaria conectada com um procedimento de representação do advogado. A despreparação do acusado era entendida como virtude contra a destreza ou lábia de quem busca escapar impune aos seus atos.

O séc. XVII é decisivo na história da Inglaterra, onde definitivamente a Idade Média chega ao fim. Revoltas e guerras civis explodem em toda a Europa em crise; o surgimento da América e das novas rotas de comércio ao Extremo Oriente; um súbito crescimento populacional em toda a Europa e uma inflação monetária, são relacionados como efeito e causa ao surgimento das relações capitalistas no interior da sociedade feudal e ao consequente

⁸² STEPHEN, James. *A General View of the Criminal Law of England*. 194-5 (London 1863); Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 57.

⁸³ BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 363.

⁸⁴ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 43.

⁸⁵ “Henry Fieldind escreveu em 1753, ressaltando a confiança sobre o procedimento de pós-veredito: “se depois de toda essa precaução no procedimento pode parecer, que a pessoa pode ser injustamente condenada, tanto por trazer à luz algumas circunstancias latentes, ou por desvendar que uma testemunha contra ele está certamente em perjúrio, ou sob qualquer outra circunstância apresentando a inocência da parte, os Portões da Misericórdia ainda estarão abertas, e sob a apropriada e decente aplicação, tanto o juiz perante o qual o julgamento foi feito, ou do *privy Council*, o condenado certamente obterá o *pardon*, ou preservará sua vida, e reganhará tanto a liberdade e sua reputação”. FIELDING, *Enquiry*. p. 281-285. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 61.

reagrupamento de classes sociais. Na Inglaterra, as considerações de natureza comercial tornaram-se por si, fundamentais nas políticas do governo.⁸⁶

Mas os acontecimentos definitivos que trariam uma nova concepção no procedimento criminal, que se desenvolveria lentamente no séc. XVIII, é por conta dos excessos cometidos pela Monarquia. A Inglaterra passaria por uma enorme transição político/constitucional que geraria toda uma enorme reestruturação procedimental, por conta dos julgamentos posteriores às guerras civis e a ampla utilização da pena de morte contra os dissidentes nobres.

2.2. TREASON TRIALS ACT DE 1696 E A FORMULAÇÃO DO RULE OF LAW.

Ao longo do séc. XVI, os grandes senhores feudais haviam sido desarmados e subjugados; a Igreja perdera suas conexões internacionais, grande parte de suas propriedades e muitas das suas imunidades. Os grandes beneficiários eram a Coroa, a pequena nobreza rural e as oligarquias mercantis, que dirigiam os negócios locais. Enquanto subsistisse qualquer perigo de revolta camponesa e dos católicos com apoio do exterior, a aliança entre a Coroa e os “dirigentes naturais”, embora tácita, permanecia sólida, sobretudo, durante a última metade do século quando os soberanos da Inglaterra foram, sucessivamente, um menor e duas mulheres.

Porém, a vitória sobre a Armada Espanhola em 1588, o fracasso da rebelião de Essex em 1601, as vitórias sobre a Conspiração da Pólvora em 1605, sobre o levante camponês em Midlands em 1607 e a tranquila ascensão de Jaime I ao trono após a morte de Isabel foram acontecimentos que evidenciaram a estabilidade da Inglaterra protestante. A partir de então, se tornou possível disputar a divisão da autoridade entre os vitoriosos.⁸⁷

⁸⁶ Durante esse período, a Alemanha e a Itália não conseguiram consolidar Estados nacionais baseados num único mercado nacional, e ficaram para trás na corrida. O mesmo sucedeu com a Espanha, onde o poder dos interesses agrários e da Igreja se contrapôs ao ímpeto inicial que a conquista da América do Sul parecia ter desencadeado. Na França, após uma série de convulsões na primeira metade do século, a unidade nacional foi assegurada sob a monarquia, com a aquiescência das classes comerciais, que aceitaram uma posição de reconhecimento, apesar de subordinada. Apenas na Inglaterra ocorreu uma ruptura decisiva no séc. XVII, a qual assegurou que, daí por diante, os governos haveriam de conferir grande peso as considerações de natureza comercial. As decisões tomadas durante esse século possibilitaram à Inglaterra tornar-se a primeira grande potência imperialista industrializada, e garantiram que ela fosse governada por uma assembleia representativa. HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 13-14.

⁸⁷ O reinado de Isabel chegava ao fim, com grandes realizações. O protestantismo fora reestabelecido; evitaram-se as guerras de religião; a nobreza fora desarmada; já não havia mais qualquer perigo de revolta feudal. Embora a guerra com a Espanha se arrastasse até 1604, a situação internacional acabou por impossibilitar a preponderância espanhola, que parecera provável doze anos antes. Henrique IV estava seguro no trono da França, de onde a Espanha tentara derrubá-lo; a independência da República holandesa também estava consolidada, embora sua guerra com a Espanha devesse prosseguir até 1609. HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 14-15, 21.

A escalada de hostilidade entre o Parlamento e o Monarca ocorreria por conta da taxaço de impostos e das políticas comerciais e externa, onde o Parlamento reivindicava suas próprias “liberdades” e independência constitucional. Jaime I revidou com a enuncia o da teoria do Direito Divino dos Reis, e enfatizou a prerrogativa real e o poder independente do executivo. Portanto, o controle governamental da economia contradizia a posi o de uma classe que ascendia, que lutaria por um comércio mais livre e uma produ o industrial com maximiza o de rendimento, como bem sintetiza Christopher Hill, “as bases militares do feudalismo haviam desaparecido, mas o feudalismo fiscal subsistia”.⁸⁸

Elizabeth provavelmente também acreditara no “Direito Divino das Rainhas”, mas fora mais prudente. James I revelou-se mais circunspecto na prática do que na teoria e procurou uma acomodaa o com seus poderosos súditos, mas seu filho Charles I era menos sensato. Ao recorrer às deten es arbitrárias e às prisões, reforçou sua pretensão de tributar sem o consentimento parlamentar. Tentou reinar sem o Parlamento, fazendo uso singular dos tribunais de prerrogativas como órgãos executivos, a fim de executar a política do governo.

Na década 1620, o aquartelamento das tropas e a aplica o da lei marcial pareciam ser uma prepara o para o controle militar, que passaria por cima das autoridades dos juízes de paz, acostumados a serem pequenos soberanos em suas próprias regiões. Já em 1630, acreditava-se que se estava organizando um exército na Irlanda, com o qual subjugaria a Inglaterra e a Escócia. Graças ao controle sobre os juízes, Charles parecia ter possibilidades de impor o *Ship Money*⁸⁹ como um imposto anual sobre o qual o Parlamento não exercia o menor controle. Tudo indicava que o soberano “estivesse a caminho de estabelecer uma monarquia absoluta de tipo europeu”.⁹⁰

Em termos gerais, uma feroz disputa entre a Coroa e o Parlamento, envolvido por um saudosismo no seio popular sobre um passado glorioso, ausência de liberdade de taxaço regional, disputas religiosas que convulsionavam a radicaliza o do protestantismo contra o internacionalismo do catolicismo e as guerras ainda vívidas contra a França e Espanha, levaram   primeira execu o de um Rei na Europa, Charles I, em 1648, por um Parlamento elevado na figura de Oliver Cromwell – o Lorde Protetor.

⁸⁸ HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolu o Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 17.

⁸⁹ Imposto cobrado normalmente nos portos e condados marítimos em casos de guerra e arbitrariamente estendido a toda a Inglaterra em 1635 por decisão de Charles. Deste ato decorreram vigorosos protestos e acusa es de tirania contra Charles e a Monarquia. HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolu o Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 15-16.

⁹⁰ HILL, Christopher. *O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolu o Inglesa*. Companhia das Letras, 1970, p. 15-16.

Após a morte de Oliver Cromwell, ocorreu o retorno da Monarquia sob Charles II - fim do Interregno (1649-1660). As décadas de 1670 e 1680, portanto, foram períodos de notável instabilidade na vida política inglesa. No centro da crescente inquietação na comunidade política agitava-se a probabilidade de que Charles II, que não possuía descendentes, fosse sucedido pelo seu irmão católico-romano James, o futuro James II, e este usasse a Monarquia para subverter a Igreja Anglicana e alinhar o Estado com os poderes católicos. Ressentimentos sobre as perseguições religiosas ainda vívidos do reinado de Mary I (1553-1558), a última monarca católica, e o medo de outro conflito religioso no reinado de James, eram agudos. Assim, Charles II dissolveu o Parlamento em 1681, não designando outro Parlamento durante seu reinado. Segundo John Langbein, esse projeto ocorreu através da “canalização de algumas facções dissidentes do Parlamento perante as cortes, na forma de perseguições por crimes políticos”.⁹¹

Desse modo, uma série de julgamentos por alta traição ocorreram até à explosão da Revolução de 1688-1689. Esses julgamentos – resultantes do *Popish Plot* (1678),⁹² do *Rye House Plot* (1683),⁹³ e do *Monmouth's Rebellion* (1685)⁹⁴ – foram os marcos que fundamentaram o movimento subsequente de reforma procedimental. Isto porque, enquanto os julgamentos por traição ocorriam, tornou-se sensação generalizada que pessoas inocentes de classes significativas da política estavam sendo condenadas à pena de morte pela impossibilidade de os acusados efetivamente defenderem-se contra acusações infundadas.

Formou-se um enorme consenso sobre as injustiças no procedimento criminal de justiça, o que provocou o movimento de aprimoramento das garantias que resultou nas

⁹¹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 69.

⁹² O *Popish Plot* foi uma alegada conspiração por parte dos católicos, incluindo proeminentes cortesãos, “para matar Charles, pôr fogo em London, levantar um exército católico e incitar a invasão estrangeira”. O secretário de James, Edward Coleman, era alegadamente o líder. Os conspiradores pretendiam, enviar jesuítas disfarçados de presbiterianos para a Escócia, para provocar uma revolta, enquanto tropas francesas assistiriam uma rebelião na Irlanda. Os “20.000 católicos iriam assassinar 100.000 protestantes em London”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 70.

⁹³ Os julgamentos por traição ocorridos pelo *Rye House Plot* resultaram na condenação e execução, entre outros, de duas figuras líderes dos Whigs, Lord William Russell, seu líder, e o teorista político Algernon Disney. Na literatura histórica essas perseguições foram descritas como ‘*Stuart Revenge*’ contra os Whigs, que haviam recepcionado o *Popish Plot* como uma oportunidade de representar os apoiadores de Charles II e o futuro James II como sabotadores católicos. O *Rye House Plot* foi uma suposta conspiração entre extremistas Whigs determinados a prevenir a ascensão de James ao trono. Diferente do *Popish Plot*, “o qual foi uma total falsa conspiração, o *Rye House Plot* foi baseado em eventos reais”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 75.

⁹⁴ Na morte de Charles II em 1685, o duque de Monmouth, o filho ilegítimo de Charles, liderou uma revolta protestante no oeste da Inglaterra, na intenção de evitar a ascensão de James. Forças leais foram vencidas na batalha de Sedgemoor. Os rebeldes capturados, aproximadamente 1.400 rebeldes, foram acusados de traição. Eles foram julgados em uma especial comissão com o chefe de justiça Jeffreys presidindo o julgamento. Os julgamentos ficaram conhecidos como ‘*Bloody Assizes*’, por conta do grande número de pessoas executadas. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 76.

provisões da *Declaration of Rights* e na subsequente *Bill of Rights* de 1689, posteriormente ao *Treason Trials Act* de 1696, e a reforma do mandato judicial no *Act of Settlement* de 1701.⁹⁵ Sem esquecer de outras cartas reconhecendo direitos fundamentais foram assinados no séc. XVII, como o *Petition of Right* (1628), e o *Habeas Corpus Act* (1679).

O primeiro rompimento com a regra contra o advogado de defesa ocorreu com a promulgação do *Treason Trials Act* de 1696, autorizando aos acusados por traição a terem a assistência de advogado tanto no pré-julgamento como no julgamento. A lei é considerada uma carta de garantias da defesa criminal e um ponto de virada na história do procedimento criminal anglo-americano. Como afirma John Langbein, “o julgamento criminal adversarial traz os traços da lei de 1696”. Porém, o desígnio dos redatores para realizar tal reforma sobre os julgamentos era o entendimento que a lei era limitada aos casos de traição, onde “não havia razão para reconhecer que estavam assentando a base para a rotina do julgamento adversarial nos casos de crimes ordinários”.⁹⁶

A notoriedade dos julgamentos, onde encontrava-se em jogo elementos políticos, sociais e religiosos centrais do período, agregavam fatores como a dissolução do Parlamento inglês em 1685 e o Parlamento escocês em 1686; a petição dos 7 bispos protestantes não-conformistas.⁹⁷ Em literaturas de panfletos e em procedimentos parlamentares seguidos a esses julgamentos encontram-se os questionamentos sobre como o procedimento de julgamento não obstaculizava a condenação de tantos inocentes. Três reclamações principais surgiam: a parcialidade da bancada, o prejuízo na preparação defensiva no pré-julgamento, e a denegação do advogado de defesa.⁹⁸

Quanto ao primeiro ponto, o movimento para isolar os juízes da alta política implicava uma mudança na própria concepção do ofício judicial.⁹⁹ Durante os séculos XVIII e XIX,

⁹⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 69.

⁹⁶ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 68.

⁹⁷ No centro deste debate encontrava-se o direito a petição, direito este previsto na Magna Carta de 1215 e que teria provada a sua suma importância no *Bill of Rights* e na 1ª Emenda da Constituição norte-americana. No caso dos *Seven Bishops* (1688), os acusados, o arcebispo de Cantebury e outros seis prelados anglicanos se recusaram a ler para seus púlpitos a declaração de indulgência o qual James II tentava suspender a aplicação das leis contra os dissidentes religiosos. Moveu-se perseguição contra os bispos por calúnia sediciosa. O advogado de defesa, “apresentou o argumento em ataque a James por atuar ilegalmente em promover a religião romana. Eventualmente, o lorde chefe de justiça rompeu com todos os precedentes legais por colocar para um júri a decisão se, em relação à lei, a petição dos bispos equivalia a uma calúnia sediciosa. A absolvição tem, portanto, muito do caráter de capitular a opinião pública”. A absolvição dos 7 bispos foi o evento que selou o destino de James e desencadeou a Revolução 1688-1689. THOMAS, Roger. *The Seven Bishops and Their Petition. 18 May 1688*. 12 J. Ecclesiastical History 56, (1961).

⁹⁸ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 79.

⁹⁹ Governos continuavam a exercer influência através do controle da seleção judicial, procurando nomear pessoas dispostas aos interesses da Coroa. A influência do governo na carreira judicial traçou um diferente padrão após a Revolução. O patrocínio da Coroa era usado “para desenvolver uma classe de advogados da corte

seguindo à Revolução de 1688-1689 e o *Act of Settlement*, o judiciário gradualmente era retirado da arena política, crescendo na estima do público, onde os acontecimentos da “última bancada” dos Stuart permaneceu firme na recordação das classes políticas, na advertência aos juízes a distanciarem-se do partidarismo.¹⁰⁰ Os crimes se tornariam fixos e previstos em uma explosão legislativa; as regras de provas se desenvolveriam nos casos capitais; e o judiciário teria autonomia do poder da Coroa. Essas conquistas seriam centrais na proteção da aristocracia, contra a tirania real, e a formulação do *rule of law* (Império da lei).¹⁰¹

O ponto seguinte, o *Treason Trials Act* de 1696 estabeleceu o direito à consulta de advogados no pré-julgamento com o propósito de desenvolver as provas defensivas, e pela antecedência da apresentação da acusação e os nomes dos futuros jurados. Buscando superar o desequilíbrio e equalizar as oportunidades da defesa, a lei previu que “os acusados de traição, devem ter o direito de compelir suas testemunhas a apresentarem-se em qualquer julgamento, como é garantido à testemunha de acusação”.¹⁰²

Os argumentos pela necessidade de advogado para a defesa em julgamento enfatizavam três aspectos das perseguições por traição. O primeiro é o já discutido pela desconfiança da bancada em casos com direto interesse da Coroa. O segundo seria a injustiça de denegar advogado de defesa quando a Coroa invariavelmente empregava a perseguição com advogado.¹⁰³ A terceira linha de reivindicação seria que os acusados teriam uma especial necessidade de defesa técnica pela complexidade legal do crime de traição.¹⁰⁴

que eram treinados nos serviços da corte ainda no início de suas carreiras, que se tornavam elegíveis a servirem como juízes porque já eram politicamente seguros. Essa carreira gradualmente acarretava um período de serviço parlamentar em suporte à Coroa, antes do avanço à bancada”. LEMMINGS, David. *Independence of the Judiciary in Eighteenth-Century England*. p. 128. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 82.

¹⁰⁰ Nesse último período dos *Stuarts* que “o judiciário continuava a ser visto como um setor da administração Real” e os juízes “reconheciam em si o avanço da política Real”. KEETON, G.W. *Lord Chancellor Jeffreys and the Stuart Case*. 329 (1965), p. 21. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 82.

¹⁰¹ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 32.

¹⁰² LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 84.

¹⁰³ “Tantos advogados quanto precisarem podem ser contratados para ir contra ele, nenhum por ele... é um milagre como qualquer pessoa escape; é descaradamente amarrar as mãos do homem às suas costas, e atormentar lhe até a morte...”. HAWLES, John. *Remarks on Fitzharris's Trial*. 32. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 84.

¹⁰⁴ Russel alegava que as conversações pelo que seria a perseguição contra ele seria de encobrimento, não traição. Russel alegava que a perseguição estava aplicando um conceito vago sobre qual conduta constituía a ofensa de traição, e ele acusava a perseguição de basear-se sobre noções de ‘construção de uma traição’ para superar o requerimento da lei que previa 2 testemunhas oculares para um manifesto ato de traição. HILL, L. M. *The Two-Witness Rule in English Treason Trials: Some Comments on the Emergence of Procedural Law*. 12 American J. Legal History, 95, (1968). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 85.

Esses eventos que são consequências da Revolução Gloriosa, não eram, exatamente, o estabelecimento da liberdade do homem, mais apropriadamente, eram do homem com propriedade. Não eram os interesses de uma sociedade guiada pela justiça e equidade, mas a vitória do direito à propriedade, inclusive sob a Vontade Divina ou do Estado.¹⁰⁵ Após um século de guerra intestina, viriam períodos de estabilidade política desde a Revolução Gloriosa. Esta nova forma de economia e poder político modelaria através do século XVIII, toda uma nova formulação do direito e do procedimento de julgamento, sob um desenvolvimento autônomo.

A *common law* não era somente uma excelente formulação de direito para Sir Matthew Hale, era a “estrutura do governo inglês e a configuração da nação inglesa”.¹⁰⁶ Após 1688, os homens de propriedade com reminiscências dos tempos dos Stuart, as inconveniências do período de Cromwell, ou observando o sistema de informantes e leis arbitrárias que mantinham o absolutismo francês, entendiam a *common law* como “uma benção fundamental à cultura política inglesa”.¹⁰⁷

Neste período, a lei foi de vital importância como ideologia, onde teve êxito porque uma ampla parcela da população aceitou a ideia do *rule of law*. Como conclui J. Sharpe, “ao século XVIII, a lei substituiu a religião como o principal cimento ideológico da sociedade”. Como a formulação do ‘Estado’ também se encontra em desenvolvimento neste período, em grande parte da Europa, estendendo-se não somente nas preocupações militares, dos impostos, e do desenvolvimento socioeconômico, mas também no sentido do controle estatal; da lei do Estado em sentido amplo.¹⁰⁸

O país entra definitivamente no séc. XVIII em uma prosperidade sem paralelos entre as nações da Europa, com as riquezas dos burgueses expandindo-se no comércio inglês, e posteriormente no comércio exterior, tornando-se, como aponta Eric Hobsbawm, a “oficina” do mundo. No séc. XVIII, se por um lado parece existir uma multiplicação do crime, o que muitos autores apresentam não é sua multiplicação, mas sim uma constante redefinição por

¹⁰⁵ Governo, declarou Locke, “não tem outro fim senão a preservação da propriedade”. Blackstone, em *Commentaries on the Laws of England* em 1793, declarava que “a lei da propriedade, era o qual a natureza em si escreveu nos corações de toda a humanidade”. HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 18-19.

¹⁰⁶ HALE, Matthew. *The History of the Common Law of England*. ed. Charles M. Gray, Chicago UP, 1971, p. 30. Apud: SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 205.

¹⁰⁷ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 205.

¹⁰⁸ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 207-208, 242.

parte de uma oligarquia consciente de suas propriedades, ocorrendo, de modo concorrente, a multiplicação de estatutos criminais.¹⁰⁹

A elevação do nível geral de vida, com o crescimento demográfico, a multiplicação das riquezas e das propriedades, conseqüentemente trazem a necessidade de segurança generalizada, e a “severidade com os pobres”. Michel Foucault destaca essa mudança estrutural do capitalismo, onde agora a riqueza não mais se encontrava na terra, mas nas máquinas, no empreendimento, portanto, às mãos dos próprios trabalhadores. E assim, a tolerância quanto às ilegalidades e a delinquência sofrem uma enorme transformação, onde “a caça aos ladrões tornou-se sistemática a partir dessa época”.¹¹⁰

É o que apresenta Douglas Hay, no artigo “*Property, Authority and the Criminal Law*”, onde o desenvolvimento do mercado, da indústria, da exploração de novas minas, do crescimento da riqueza em London e o aumento populacional estão correlacionados com novas leis para a proteção da propriedade e a formação do código mais sangrento da Europa, sendo *Tyburn Tree* o coração dessa ideologia, com suas cerimônias populares da aplicação da pena de morte. A lei e a moral para aterrorizar através do exemplo, aplicada por uma oligarquia que redefinía uma consciência de propriedade, multiplicando as leis – através da pena de morte – a estendendo a atividades veniais, como roubo de madeira, caça furtiva, ameaça através de correspondências anônimas.¹¹¹

Terror e discricionariedade da autoridade, ambos estariam no centro do sistema para moldar a consciência social, onde muitos se submetiam a poucos. Considerando a lei criminal como um sistema ideológico, Douglas Hay assinala como combinava-se imaginário e força; ideais e prática; e como isto manifestava-se em uma massa de ingleses sem propriedade. Dessa forma, distingue três aspectos da lei como ideologia: majestade, justiça e misericórdia. Terror legislativo e declínio de execuções através do *pardon*; controle e ligação entre classes sociais distintas.¹¹²

¹⁰⁹ PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorias Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. 1ª Ed, Buenos Aires XXI Editores Argentina, 2002, p. 31.

¹¹⁰ “O estatuto da riqueza vai mudar radicalmente do Antigo Regime para a ordem burguesa. Antes, a fortuna era essencialmente rural e monetária... Mas quando a fortuna burguesa se encontrou investida em grande escala em uma economia de tipo industrial, que dizer, investida nos ateliês, nas ferramentas, nas máquinas, nas matérias-primas, nos estoques, e que tudo isso foi posto nas mãos da classe operária, a burguesia literalmente colocou sua fortuna nas mãos da camada popular”. FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos IV. Estratégia, Poder-Saber*. 2ª ed, Ed. Forense Universitária, 2006, p. 30-31.

¹¹¹ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 13, 28.

¹¹² HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 26.

Para além dos inúmeros motins pela miséria e falta de alimentos, a enorme extensão do comércio interior e exterior, a exploração de novas minas, a riqueza de London e o adensamento da população urbana, todos foram elementos que aumentaram as possibilidades dos crimes de natureza furtiva. A “imparcialidade da lei”, através do aprimoramento da lei criminal pelo terror; amplamente seletiva, o autor assinala que a maior parte das execuções não ocorriam pelas novas legislações, assim somente era utilizado seu poder de exemplo quando sumamente necessário.

O *pardon* teria lugar central nesta estrutura. A total racionalização da lei criminal que ocorria no continente, era amplamente rejeitada na Inglaterra. Tal reformulação eliminaria exatamente esses elementos de discricionariedade que tanto contribuíam à manutenção do que os ingleses acreditavam ser essenciais: ordem e deferência. A sistematização do julgamento, fixo e determinado como “uma máquina”, que muito era concedido aos pensamentos de Beccaria, entendia-se que somente funcionariam onde as diferenças de poder entre os homens não mais existisse, onde “seus ideais significariam o fim de toda a autoridade”.¹¹³

Segundo J. Sharpe, a criação do ‘*bloody Code*’ não foi especificamente uma imediata manifestação da consciência de classe dos grandes proprietários, mas sim, que o Parlamento expandiu as penas capitais após 1688 com leviandade moral, de maneira desconjuntada, assistemática. Não uma política de terror de classe deliberada.¹¹⁴

John Langbein traz uma contundente crítica à tese de Douglas Hay em ‘*Albion’s Fatal Flaws*’, descartando a “conspiração da classe governante”, indicando que sim, aqueles que eram julgados em sua grande maioria eram pobres, mas como também eram os que exerciam a perseguição, portanto, “não eram membros da elite proprietária perseguindo os marginais”. Assim, a lei era formulada para proteger a população, em “sua grande maioria a não-elite, que sofriam amplamente com o crime”.¹¹⁵ As amplas perseguições nas jurisdições inferiores são um exemplo das perseguições ocorrendo dentro da mesma classe social, como os vereditos parciais aplicados pelo júri, demonstram que o *pardon* não necessariamente era um elemento da classe abastada.

Inclusive, no séc. XVIII, o exercício da autoridade na Inglaterra encontra-se ainda mais desregular, onde há evidências firme de disciplina social com deferência nos centros;

¹¹³ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 22, 56.

¹¹⁴ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 212.

¹¹⁵ LANGBEIN, John H. *Albion's Fatal Flaws. Past & Present*, vol. 98 (1983), 96–120, pp. 101, 105. Apud: WALLIS, John. *The Bloody Code in England and Wales. 1760-1830*. Palgrave Macmillan, Liverpool, 2018, p. 2.

enquanto em outros lugares há dissidência social explícita, de conflito e independência plebeia. A sociedade hierárquica podia ser aceita ainda em alguns lugares, mas em outros lugares, nas partes orientais de London, em numerosos povoados industriais e assentamentos em florestas de terras devolutas, eram amplamente resistentes às autoridades que lá buscassem exercitar autoridade. No séc. XVII, as áreas florestais ficaram conhecidas pela sua não-conformidade religiosa, e desrespeito à autoridade estabelecida; no próximo séc., tornaram-se centros de desordem social grave, de desacato às autoridades reais e senhorios, com invasões de propriedade para a utilização dos recursos.¹¹⁶

Carvoeiros e mineradores causaram enormes protestos populares; onde viviam a parte da vida ordinária, com a ‘pele escura’ e as peculiaridades de seus modos de um ambiente perigoso de trabalho, exemplo de Kingswood Chase, que tornou-se uma das áreas mais ingovernáveis da Inglaterra, pelos distúrbios e motins que provocavam em períodos de escassez.¹¹⁷ Como o “mercado amarelo” da falsificação de moeda ao contrabando, o maior negócio ilegal do séc. XVIII, as similaridades ocorriam pelo fato de ambos terem tomado vantagem comercial pelas oportunidades geradas pelo monopólio do governo, como pelo grande apoio popular que possuíam.¹¹⁸

Esse comércio encontrava suporte geral de trabalhadores, como atividade legítima e era entusiasticamente defendida. Através da instituição de uma política restritiva de financiamento da perseguição à casa da moeda e à perseguição privada, além das restrições processuais como da necessidade de comprovação de outra prova para além do testemunho da Coroa, houve uma considerável imunidade para aqueles que abusavam da falsificação de moedas de ouro e prata em 1760.¹¹⁹

¹¹⁶ BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 85.

¹¹⁷ “[...] sua disposição pela ação coletiva, fazia tropas e autoridades absterem-se de adentrarem em Kingswood. O desrespeito bem conhecido dos carvoeiros pela autoridade oficial era frequente fonte de ansiedade – às vezes, terror – sobre o período de três décadas. Podem ter sido o mais rebelde grupo de trabalhadores no país entre 1720 e 1750”. BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 87-89.

¹¹⁸ “De 156 indivíduos da área de Halifax-Rochdale que foram acusados entre 1765 e 1773 no comércio ilegal de moedas falsas, 66 moravam no Turvin Valley, que ficaram conhecidos por ‘Turviners’. [...] David Hartley foi renomado pelo distrito como ‘King David’. Essa dignidade era considerada ‘uma recompensa honorária por salvar seu território de um formidável inimigo – a pobreza’”. BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 201-204.

¹¹⁹ “Crimes contra a falsificação de moeda de ouro e prata no seu financiamento e condução era exercidos pela própria casa da moeda. [...] De 1709 a 1742 o dinheiro disponível para as perseguições era limitado em £400, independente de quantas perseguições eram trazidas ao *solicitor* da casa da moeda. Uma lei de 1742, aumentou para £600”. BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 183-184.

Não são diferentes os artigos de Cal Winslow, “*Sussex Smugglers*”, e de John G. Rule, “*Wrecking and Coastal Plunder*”, onde encontra-se as concepções de justiça em franca oposição, no contrabando e nas pilhagens de navios, pelas medidas de terror que foram tomadas contra os que comerciavam com mercadorias contrabandeadas. Longe de ser considerada uma atividade ilegal pela população, o contrabando era mais do que ganhar um necessário “*shilling*” extra. Para o pobre de Sussex, era considerada parte legítima da economia local, ligado ao costume e à tradição. Como no caso anterior do “comércio amarelo”, muitos comerciantes e mercadores foram bastante beneficiados pelas gangues de contrabandistas, mas concluía-se que somente os pobres iam à força ou eram deportados.¹²⁰

Mas, como se apreende, na origem da sociedade capitalista, o coração da política de controle social se encontra precisamente, “na emergência de um processo político capaz de conciliar a autonomia dos particulares em sua relação a respeito da autoridade, como liberdade de acumular riquezas, com o submetimento das massas disciplinadas às exigências da produção, como necessidade ditada pelas condições da sociedade capitalista”.¹²¹ Neste contexto, para além da explosão legislativa, onde dos 223 crimes capitais definidos no começo do séc. XIX, 156 haviam sido criados no séc. XVIII,¹²² a transformação processual inglesa sofreria uma dramática transformação, que é conhecido como sistema adversarial.

2.3. SÉC. XVIII. O ADVENTO DOS ADVOGADOS NOS JULGAMENTOS POR FELONIES NO PERÍODO DO ‘CÓDIGO SANGRENTO’.

Contrariamente ao que ocorreu nos casos de *treason*, a mudança procedimental nos casos de *felony* não ocorreu através da atuação legislativa; não havendo textos de lei, preâmbulo, documentação parlamentar, que traçassem a mudança e a nova direção. A mudança, onde os juízes começam a se afastar da denegação da defesa técnica nos casos de *felony*, é fruto de prática judiciária, parcamente evidenciada nas suas primeiras décadas, onde os historiadores somente foram aptos a documentar através do estudo de panfletos obscuros de julgamentos que eram desconhecidos até as últimas gerações.¹²³

Tratava-se de uma resposta a um complexo cenário de desenvolvimentos nos padrões de perseguição, de uma London que apresentava um processo de urbanização intensa: em

¹²⁰ WINSLOW, Cal. *Sussex Smugglers*; RULE, John. *Wrecking ans Coastal Plunder*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975.

¹²¹ PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorias Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. 1ª Ed, Buenos Aires XXI Editores Argentina, 2002, p. 33.

¹²² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Ed. Vozes, 2014, p. 76.

¹²³ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 107.

1520, era um aglomerado de vilas com uma população de 55.000 (2.25% da população inglesa), crescendo para 575.000 em 1700. Ao fim do século XVIII, possuía 960.000 habitantes, sendo 11% da população da Inglaterra.¹²⁴

Durante o auge do ‘*bloody Code*’, o *Old Bailey* possuía a maior jurisdição da Europa, englobando London – a cidade mais populosa do mundo - e o condado de Middlesex. Entre 1674 e 1837 quase 113.000 pessoas foram julgadas nesta corte, com estimativa de 9.474 terem sido condenadas à pena capital. London executou mais condenados do que qualquer região no ocidente: uma estimativa de 584 pessoas entre 1775 a 1786 (quase uma execução por semana). Entretanto, a administração deste ‘código sangrento’ foi diferente no centro das zonas periféricas. Enquanto a taxa de execuções capitais por ano por crimes contra a propriedade em 100.000 habitantes era de 2.01-3.85 em London; em Westmorland, Durham, Northumberland e na maior parte do País de Gales, era de 0.00-0.14.¹²⁵

O *pardon* no período da metade do séc. XVIII estava sendo exercido como nunca, ocorrendo em 15% dos julgamentos ocorridos nas *assizes* de Norfolk e Suffolk, a maioria após a sentença.¹²⁶ Este poderia ser amplamente concedido por outras contingências, exemplo o *Home Circuit of the Assizes* entre 1558 e 1625, quase metade das mulheres condenadas de *felony* alegaram gravidez, e 38% foram perdoadas. Outros casos, tanto antes como depois do julgamento, podiam receber o *pardon* sob condição de ingressar nas fileiras militares ou no serviço naval.¹²⁷ Sendo que os crimes contra a propriedade sofriam uma enorme diminuição nos períodos de guerra, conforme as investigações de J. Sharpe.

J. Sharpe atribui às designações de Douglas Hay - onde a misericórdia é utilizada como instrumento a dar credibilidade ao *rule of law* - como não condizentes observando a criminalidade nos dois séculos anteriores que apresentam uma considerável maior ocorrência em alguns períodos, como também das execuções capitais. Embora conclua que a seletividade no tratamento do delinquente, dentro do contexto de um código severo é uma das distintivas características do poder punitivo da Inglaterra do início da modernidade, o autor afirma que a conexão entre as definições sobre o crime e ampla transformação socioeconômica é um pouco mais obscura. A questão apresenta-se com maleabilidade pela autoridade do próprio poder discricionário.

¹²⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 108.

¹²⁵ WALLIS, John. *The Bloody Code in England and Wales. 1760-1830*. Palgrave Macmillan, Liverpool, 2018, p. 4-5.

¹²⁶ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 97.

¹²⁷ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 97.

Portanto, observar os desenvolvimentos na formação do direito penal unicamente pelos crimes mais graves julgados nas *assizes*, é perder uma enorme parcela deste poder punitivo que amplamente foi forjado nas cortes intermediárias e de baixo. Como observa J. Sharpe, “é impossível ter uma imagem do poder punitivo nacional antes do séc. XVIII”.¹²⁸ Mas o procedimento nas cortes que julgavam os *felonies* encontravam em movimento amplas mudanças estruturais.

Nas primeiras décadas do séc. XVIII, fontes históricas apresentam evidências dos *solicitors*¹²⁹ realizando o papel ao qual ficou reconhecido posteriormente, dentro do sistema criminal inglês, como investigadores na fase pré-julgamento. O autor aponta que “os *solicitors* penetraram na persecução criminal, oferecendo com sucesso seus serviços aos nascentes departamentos de governo e aos cidadãos com persecução a apresentar, como aos juízes de paz e seus escrivães”. O movimento dos *solicitors* no trabalho de investigação e gestão das persecuções criminais foi uma manifestação da expansão do sistema criminal, primeiro surgindo como formuladores de provas e responsáveis pelo litígio em *Chancery* e outras cortes de prerrogativas, depois estendendo-se ao modelo de representação legal nas jurisdições comuns.

A aparição desses procuradores institucionais, os *solicitors* da Casa da Moeda, do Tesouro, do Banco da Inglaterra, e o da cidade de London, refletem importantes desenvolvimentos para além do direito, como mudanças na tecnologia e na organização econômica governamental do período da Restauração, em diante. Essas instituições possuíam uma agenda para a persecução criminal referentes aos seus serviços públicos, onde o serviço postal precisava proteger as cartas tanto de ladrões como de empregados furtadores; o Banco da Inglaterra precisava exercer a persecução contra a falsificação de suas notas bancárias; e o *solicitor* do Tesouro exercia superintendência geral sobre os interesses Reais,¹³⁰ em razão que não haveria a expectativa que os cidadãos exercessem a persecução.

No comércio interno da Inglaterra, a qualidade da moeda que circulava tornou-se um enorme problema onde a fraude e as falsificações de latão pela prata, inundou o país sendo

¹²⁸ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 77.

¹²⁹ A divisão entre estes dois ramos da profissão legal na Inglaterra impediu o *solicitor* que é quem construiu o caso, de representar em julgamento. Somente o *counsel (the barrister)* tinha o direito de audiência no julgamento. O *solicitor* que manjava os procedimentos pré-julgamento precisava transmitir seu produto de trabalho ao *counsel* que o representaria em audiência. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 146.

¹³⁰ BEATTIE, John. *Policing and Punishment in London, 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror*. Oxford University Press, (2001), p. 232. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 114.

estimado em dois terços das moedas que circulava em 1751.¹³¹ Uma lei de 1771 tornou a falsificação de cobre um *felony*, pois tratava-se de um *misdemeanor* com previsão de 2 anos aprisionamento. Os trabalhadores que possuíam direito por lei a serem pagos em prata ou ouro de somas de 6d., aceitavam o cobre falsificado quando a outra alternativa era o salário atrasado.

Cunhar as moedas de ouro e de prata, e possuir ou construir ferramentas para esse propósito era alta traição. Uma recompensa de £40 foi disponibilizada para aqueles que apreendessem e exercessem a persecução com condenação; e aqueles criminosos que fornecessem informação que levaria à condenação de outros dois tinha a garantia do *free pardon*.¹³²

Durante os primeiros anos do séc. XVIII, o *solicitor* da Moeda, somente ocasionalmente empregava advogados nos casos em julgamento, sendo comum a persecução somente com a testemunha em consonância com o sistema de julgamento em altercação. Mas a partir de 1730, empregar os advogados no julgamento tornou-se rotina. A profissionalização técnica da fase pré-julgamento através do *solicitor* promoveu a profissionalização técnica do julgamento, onde o *solicitor* que construía a persecução criminal, localizando, selecionando e preparando as testemunhas, empregava um profissional legal para conduzir essas testemunhas em julgamento.¹³³

Paulatinamente, os *solicitors* passaram a atuar em casos privados, onde uma prática bem comum era o auxiliar do juiz de paz atuar na persecução como *solicitor*. Como as vítimas apresentavam-se perante o juiz de paz para denunciar um crime e avançar no procedimento, o magistrado comumente colocava o auxiliar a cargo da documentação dos passos iniciais da persecução criminal, que incluíam transcrever o interrogatório pré-julgamento da persecução e de suas testemunhas; emitir mandados e fazer reconhecimentos. Essa posição tornava o auxiliar como alguém a ser contratado como o *solicitor* da persecução. Michael Miles, examinando os registros de Yorkshire das últimas décadas do séc. XVIII, encontra o trabalho

¹³¹ Cada município ou vilarejo tinha sua casa da moeda onde muitos mestres manufacturavam moeda tão baratas quanto pudessem para uso no pagamento dos trabalhadores. Os lucros eram imensos, estimados pela casa da moeda em 50% nas falsificações de melhor qualidade em 1755 e 300% por um magistrado em Lacanshire. BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 177.

¹³² No séc. XVIII, juízes na maioria dos casos criminais recusavam-se a aceitar a prova de cúmplices, sem uma forte testemunha de corroboração. Essa prática prevaleceu, apesar do Parlamento expressar repetidamente na legislação para promover condenações com as provas de cúmplices oferecendo o *pardon* e recompensas. BREWER, John e STYLES, John. *An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. Rutgers University Press, (1980), p. 182.

¹³³ Mary Haycock and Ann Haycock, OBSP (July 1734 ##19-20), at 147-149; Elizabeth Tracey and Ann Knight, OBSP (July 1734, 21-22), at 149-152; Catherine Bougle, July 1734, #27, at 152-155.

de John Howarth, que foi nomeado auxiliar do magistrado Joshua Horton em 1769, servindo até 1793. Os casos de John Howarth como *solicitor* subiram de 9 casos em 1769 para 23 em 1770, onde a média recebida subiu de £6 em 1768, para £34 entre 1770 e 1780.¹³⁴

Não somente exercia a persecução, a profissão de *solicitor* também desenvolveu um papel importante à defesa em casos criminais. Os panfletos dos *State Trials* do séc. XVIII demonstram que as cortes não apresentavam objeção para os casos que a defesa empregava o *solicitor*, primeiramente somente na fase pré-julgamento, como os casos de Richard Noble em 1713, por homicídio; John Mathews em 1719 e Christopher Layer em 1722, por traição. De 1730 em diante, ocasionalmente registram-se no *Old Bailey* os *solicitors* atuando na defesa em julgamento.¹³⁵

Uma outra variável são as associações para exercer a persecução de *felonies*, onde a partir de 1730, influenciaram as persecuções criminais, sendo algumas de vida curta e outras durando décadas, formadas na cidade, mas a maioria operando nas áreas provinciais e com ênfase em crimes como roubo de cavalos e gado, que somente declinaram no séc. XIX, quando a oficialização e a profissionalização da policia os removeu da persecução.¹³⁶

A ausência de uma prática ética dos *solicitors* possui também grande cobertura na literatura histórica da época. Casos em que estes profissionais orquestravam falsas persecuções para obter lucro, como a persecução de Peter Buck com a consequente proibição do *solicitor* Grimes, da prática judiciaria foram notórias no período.¹³⁷ Em um panfleto de 1728, o autor advertia que “o *solicitor* na persecução comumente cobra uma taxa ao prisioneiro, a realizar o *compound* do *felony* antes das sessões, para a persecução não

¹³⁴ MILES, Michael. *Eminent Attorneys: Some Aspects of West Riding Attorneyship c. 1750-1800*. University of Birmingham. (1982), p. 267. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 128.

¹³⁵ *Richard Noble et. Al.* 15 St. Tr., 731 (Surrey Assizes 1713); *John Matthews*, 15 St. Tr. 1323 (O. B. 1719); *Christopher Layer*, 16 St. Tr. 93 (K. B. 1722).

¹³⁶ Douglas Hay encontrou evidências de uma associação contra ladrões de cavalos formado em Stoke on Trent em 1693. Ele sugere que a possibilidade que “tais associações não fossem incomuns entre os ricos fazendeiros e comerciantes na primeira metade do séc. XVIII, mas por conta que a imprensa das províncias se desenvolveu somente após de 1730, eles não podem ser encontrados através da publicidade de recompensas”. Após 1760 inicia-se os registros, sendo 38 em 1770 e 33 em 1780. HAY, Douglas. *Crime, Authority and the Criminal Law: Staffordshire 1750-1800*. University of Warwick, 1975, p. 356-357. In: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 131-132.

¹³⁷ Em setembro de 1732, na persecução de Peter Buck por roubo de estrada, há o registro de um *solicitor* orquestrando uma falsa persecução para obter lucro. Joseph Fisher, a suposta vítima, testemunhou que Buck o obrigou a parar em Chancery Lane e roubou sua caixa de rapé. A irmã do acusado testemunhou que a persecução é resultado de uma organização para extorsão por ‘*Lawyer Grimes*’ que “atua nesta corte”. No adiantamento do julgamento, Grimes a encontrou e a introduziu Fisher ‘como o homem que irá jurar um roubo contra seu irmão’. Grimes disse para a irmã que se ela “quisesse salvar a vida dele’ ela precisava pagar a Grimes e a Fisher. Grimes queria £3, e 2 guinéus para Fisher. [...] Outra testemunha jurou que Fisher admitiu uns dias antes que ele havia jurado em falso contra Buck”. *Peter Buck*, OBSP (Sept. 1732, #53), at. 210.

comparecer em julgamento, pelo qual é o responsável pela acusação...”.¹³⁸ Essas denúncias sobre perseguições falsas prosseguem durante o século. Formam a figura do *solicitor* como uma ameaça ao formato de perseguição da justiça criminal da época, não somente à perseguição, como também à defesa dos acusados.

As leis de recompensas para a captura de criminosos (cujo as consequências desfavoráveis iriam figurar no centro da extensão do procedimento de julgamento adversarial para os crimes ordinários) começaram em 1692, remunerando pelo sucesso da perseguição de criminosos que cometiam os mais graves crimes contra a propriedade, em um esforço para aumentar os níveis de perseguição criminal.¹³⁹

O sistema de recompensas enquanto encorajou a perseguição de crimes maiores, acreditava-se que aumentou as taxas de absolvição e vereditos parciais. Muitos autores do período atribuíram o modo como a perseguição, jurados e juízes se envolveram no procedimento do *pardoning* como reação contra a rápida expansão do “*bloody Code*”. A principal iniciativa para introduzir a transportação vieram dos juízes. Somente em 1718, a *Transportation Act*, veio através do legislativo.¹⁴⁰

Esse sistema de recompensas acabou formando uma proto-polícia de mercenários, os *thieftakers*, que viviam próximos ao submundo de London no combate às ações criminosas que ofereciam a possibilidade do resgate da recompensa. Contrabandistas, amotinados, falsários, agora não eram diretamente atacados unicamente pelo governo, mas por todos aqueles que o senhorio local pudesse comprar. Esse sistema, de maneira óbvia, era um incentivo para o falso testemunho, onde os novos caçadores de recompensas recebiam £40, em algumas circunstâncias £140, chegando até a £420, por uma gangue de 3 pessoas condenadas.¹⁴¹ Dentro dessa perspectiva, a distinção entre culpados e inocentes tornava-se altamente distorcida pelo risco de perseguições caluniosas.

Além deste sistema, os juízes em London vinham desenvolvendo o *Crown witness prosecution* (perseguição com testemunha da Coroa), onde oferecia-se a imunidade a um

¹³⁸ Anon. *Directions for Prosecuting Thieves without the Help of Those False Guides. The Newgate Solicitors*. (London 1728) (Oxford Univ., Bodleian Law Libr. Shelfmark L. Eng. B.62.e.93), p. 14. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 139.

¹³⁹ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 23.

¹⁴⁰ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 9.

¹⁴¹ Iniciando em 1692, o Parlamento promulgou uma série de leis que ofereciam recompensas de £40 a pessoas que apreendessem e condenassem quem cometesse crimes graves contra a propriedade: assalto de estrada, roubo e invasão de domicílio, falsificação de moeda, furto de rebanho e outras ofensas. 4 & 5 Wil. & Mar., c. 8, § 2 (1692). “Estas eram estupendas somas quando um artesão auferia £20 ao ano e um trabalhador menos de £15”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 150.

suspeito em troca de sua cooperação em testemunhar contra seus cúmplices. Ambos os sistemas descritos de incentivo a perseguição tiveram como resposta a admissão do advogado de defesa, pelo fato de serem ambos sistemas com grave risco de condenação de inocentes, sendo em um, o risco sobre a recompensa monetária e no outro, o risco para acusados salvarem-se a qualquer custo.

As formas de negociar a perseguição contra co-acusados encontram amplo histórico na *common law* – período do Medieval -, exemplo o *approvement*, com origem em período significativamente anterior ao período formativo do sistema adversarial. Nesta prática, o acusado deveria confessar e apresentar uma “apelação” – ou trazer alguém para exercer a perseguição privada – contra os outros participantes do crime ao qual este foi acusado. Um juiz iria então sopesar os benefícios da proposta da perseguição e o perigo do *pardon* do acusado, onde se aceita a apelação, o acusado teria automaticamente assegurado o perdão judicial. Aceitar a oferta do acusado e tornar-se aprovador era “uma questão de graça e discricionariedade” do juiz.¹⁴²

Embora oferecer incentivo financeiro para encorajar voluntários a engajarem-se na aplicação da lei era um dispositivo que possuía longa história na Inglaterra, a extensão sistemática aos *felonies* cresceria ao ponto de que Peter King computasse que nas Sessões de Essex, na segunda metade do século XVIII, 16% das perseguições foram pelo sistema de recompensas.¹⁴³

O objetivo do sistema seria combater uma “endêmica baixa perseguição dos graves crimes contra a propriedade”, que teriam diversas causas como comodismo, modéstia em aparecer em uma corte pública, aversão à pena de morte, as despesas da perseguição, o *compounding*, a intimidação das gangues. Mas o efeito foi de super incentivar, criando um sistema que se vinculava com notórios caçadores de recompensa, onde muitos eram ligados a famosas gangues criminais, que se engajavam em extorsões e chantagem, nas perseguições por recompensas.¹⁴⁴

Assim, para John Langbein, os juízes da década de 1730 começaram a permitir a representação por advogado da defesa em julgamento, como um ajuste que estava ao seu

¹⁴² *Approvement* comumente era uma aposta de vastas probabilidades, onde para manifestar-se pela sua apelação, o *approver* era amplamente inquirido a satisfazer os requisitos com “grande rigor”. Ex. “Se ele diz que o cavalo roubado era preto, quando de fato era marrom, ele será enforcado, por que é sinal que [a apelação] é falsa”.

Quando a prática do *approvement* originou-se, ainda, o julgamento era comumente por combate, e o combate era até a morte. HALE, Matthew. *History of The Pleas of The Crown*. 225 (S. Emlyn ed. London 1736), p. 230. Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 14.

¹⁴³ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750–1840: Remaking Justice from the Margins (Past and Present Publications)*. Cambridge: Cambridge University Press. (2006).

¹⁴⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 152.

alcance, sem necessidade de enormes mudanças do procedimento legislativo, onde “os juízes não tinham intenções de enfrentar as deficiências sistêmicas do pré-julgamento, os quais resultavam da persistente falha do governo de confrontar a necessidade por policiamento e instituições persecutórias apropriadas para uma metrópole comercial”.¹⁴⁵

A aristocracia inglesa não tolerava a ideia de uma força policial. A principal objeção era a forma como a monarquia francesa controlava seus súditos com espões e informantes. A ausência da força policial era preenchida pela enorme quantidade de leis, onde os homens de propriedade ameaçavam furtadores com a morte. O número de estatutos com penas capitais cresceu de 50 para mais de 200, entre 1688 e 1820.¹⁴⁶

Quanto ao sistema *Crown witness*, Matthew Hale, expressou seu desconforto sobre a testemunha da Coroa afirmando que: “eu sempre pensei, que se uma pessoa tem a promessa do *pardon*, ao dar provas contra um de seus próprios comparsas, isso inutiliza seu testemunho com base de sua desqualificação pelo seu interesse”.¹⁴⁷ Há, inclusive, essa polêmica sobre princípios doutrinários em questão idêntica sobre as ações *qui tam*¹⁴⁸ (os quais a Coroa dividia a multa com o informante que proporcionou as acusações), onde foi decidido opostamente, o informante sendo desqualificado por interesse de testemunhar.¹⁴⁹

A testemunha da Coroa testemunhava sob um imenso incentivo material para cometer perjúrio, pois, literalmente, buscava salvar sua vida. Uma espetacular demonstração do potencial de perjúrio é apresentado na persecução por roubo tentado no Surrey Assizes em Croydon em 1745, onde um suposto cúmplice chamado Henry Simms, além de admitir ter acusado falsamente os réus, cita ter mentido nas informações do pré-julgamento, inclusive que era a segunda vez que cometia perjúrio, porque era a única forma de salvar sua vida, onde era ameaçado de ser acusado pelos crimes por um *thieftaker*.¹⁵⁰ Não era incomum, inclusive, a ocorrência de uma feroz competição pelo testemunho.¹⁵¹

¹⁴⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 158.

¹⁴⁶ HAY, Douglas. *Property, Authority and the Criminal Law*. In: HAY, Douglas (org.). *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. New York, Pantheon Books, 1975, p. 18.

¹⁴⁷ HALE, Matthew. *History of The Pleas Of The Crown*. 225 (S. Emlyn ed. London 1736). In: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 158.

¹⁴⁸ Na lei comum, um *writ* de *qui tam* é um mandado por meio do qual indivíduos particulares que assistem a uma acusação podem receber parte dos danos ou sanções financeiras, recuperados pelo governo como resultado da acusação. O *writ* caiu em desuso na Inglaterra e no País de Gales através da *Common Informers Act 1951*, mas permanece atual nos Estados Unidos.

¹⁴⁹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 160.

¹⁵⁰ *Henry Simms*, OBSP (May, 1745, #241_ at 172-174).

¹⁵¹ Ocasionalmente o juiz expressava desagrado com o resultado da competição, quando as autoridades permitiam ao “maior ladrão” testemunhar contra o de menor participação. Em tal caso, uma persecução por falsificação de moeda em 1746, o juiz disse ao júri que “eu desejaria que a testemunha da Coroa fosse acusada, e este pobre acusado produzisse a prova...”. *Anne Wilson*, OBSP (Apr. 1746, #191).

Portanto, este era o quadro de um procedimento amplamente desequilibrado, em que maiores garantias necessariamente obrigaram a disponibilização de defesa técnica para diminuir a probabilidade de acusações falsas e condenações injustas. O sistema da testemunha da Coroa era tido como o único recurso em London e seus arredores, apto a combater os crimes associadas às gangues. Porém, sua ausência de confiabilidade era óbvia. De maneira gradual a necessidade de advogado de defesa foi se tornando evidente. O sistema do “*accused speaks*” trazia desafios aos juízes nos casos de graves crimes contra a propriedade, por tornar-se esfera lucrativa de *solicitors*, buscadores de recompensa, e criminosos que confessavam para testemunhar em nome da Coroa e salvarem-se.

Porém, os advogados de defesa em julgamento seriam investidos somente em uma pequena proporção de casos até o fim do séc. XVIII. John Beattie concluiu que não mais que 10% dos acusados possuíam advogados nas décadas intermediárias do séc. XVIII, mesmo as fontes não sendo confiáveis pelo fato de que os registros do *Old Bailey* não se preocupavam em apresentar o trabalho dos advogados. Somente a partir de 1780, com o impulso de melhores registros, o uso de advogado de defesa fica explícito, onde um quarto ou um terço de acusados eram representados.¹⁵² E isto era apenas um lado do poder punitivo.

Peter King em “*Crime and Law in England, 1750-1840*” desenvolve através da sua pesquisa sobre um maior espectro de jurisdições, que o Parlamento e as Cortes de Westminster tiveram um papel menor sobre o desenvolvimento da *common law*, do que normalmente se atribui. Através de pesquisa sobre crimes que não eram o foco central, como gênero, adolescência, violência não letal, e a criminalização de direitos costumeiros, o autor demonstra as políticas das cortes que amplamente se transformavam no período.¹⁵³

Estes dados são importantíssimos para demonstrar a tamanha discricionariedade e poder que angariavam estas jurisdições, exercendo-o de maneira informal ou fora da corte, o que é importantíssimo para compreender a natureza do *plea bargaining*. O juiz de paz William Hunt em seus registros aponta que quase metade das reclamações criminais apresentadas a ele entre 1744 a 1748 foram resolvidos por acordo. Henry Norris, de uma paróquia na região metropolitana de London, apresenta 38% de acordos, entre 1730 a 1741.

¹⁵² John Beattie aponta a presença de advogados de defesa em 12.8% nos julgamentos em 1782, 17.6% em 1784, 20.2% em 1786, e o aumento para 36.6% em 1795. BEATTIE, John M. *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*. 9 *Law and History Rev.* 221, 223 (1991).

¹⁵³ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 1.

Conforme J. Sharpe, durante o séc. XVIII, essas jurisdições normalmente arbitravam informalmente questões que poderiam vir a tornarem-se acusações criminais.¹⁵⁴

Essa admissão do advogado de defesa foi gradual, de maneira lenta, sendo uma discricionariedade da corte,¹⁵⁵ onde em 1730, os juízes ainda preservavam o “*accused speaks*”, onde permitiam ao advogado assistir o acusado no interrogatório e no contra-interrogatório das testemunhas, mas proibia-o de dirigir-se à corte.¹⁵⁶

Os juízes não poderiam saber que pelo caminho que se trilhava, o advogado de defesa superaria as limitações os quais, até então, os juízes impunham, reformulando toda a dinâmica do julgamento criminal de *felonies*, “tão fundamentalmente, que ao fim os juízes cederiam o controle do julgamento”.¹⁵⁷ Tais desenvolvimentos, sem dúvidas, só poderiam ser superados pelos grandes perigos que as políticas de perseguição desenvolvidas pelo governo contra as atividades criminosas apresentavam contra inocentes.

2.3.1. A FORMAÇÃO DO SISTEMA DE PROVAS CRIMINAIS E OS VEREDITOS PARCIAIS.

As próximas reformulações no procedimento de julgamento criminal dos *felonies* na Inglaterra manifestam-se a partir da segunda metade do século XVIII, em um período onde vários processos culminam em um debate europeu sobre a natureza do crime; as revisões dos códigos criminais; a racionalização da atividade judicial e persecutória; a derrocada de punições cruéis e desumanas; como o desenvolvimento das forças policiais no sentido moderno.

Foi a própria mudança no discurso político-constitucional que ocorrem nos sécs. XVII e XVIII, que remodelam a relação entre o Estado e os cidadãos, que tem raízes nos

¹⁵⁴ SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 66.

¹⁵⁵ Em 1769, Blackstone preocupava-se que em teoria o direito à assistência de advogado para a defesa em casos de *felony* encontrava-se na discricionariedade do juiz, “isto é uma questão de muita importância para ser deixado ao prazer de qualquer juiz, e é necessária a interposição do Legislativo...”. BLACKSTONE, William.

Commentaries on the Laws of England. facsimile edition with introductions by Stanley N. Katz. (Univ. Chicago, 1979). 4 vols. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 175.

¹⁵⁶ Em um julgamento no *Old Bailey* em 1766, quando o juiz chamou o acusado ao fim da apresentação de provas da acusação, o acusado disse “eu deixo a questão ao meu advogado”. O juiz então o disse, “seu advogado não pode falar por você. Você tem que fazer por si mesmo, se você tem algo a dizer”. *Joseph Trout*, OBSP (Dec. 1766 #23) at 11, 12; Em um julgamento no *Old Bailey* em 1783, o advogado explicou ao seu cliente que, “eu não posso falar por você, mas eu tenho sua versão nas minhas instruções”. O juiz apontou as implicações ao acusado: “Mr. Macnamara, agora é hora de você fazer sua defesa... Seu advogado não pode, apenas pode interrogar as testemunhas e observar as questões de direito”. *William Macnamara*, OBSP (Sept. 1783, #641), at 857-858.

¹⁵⁷ “O juiz era tão dominante que ele poderia admitir um advogado para a defesa como um ato de graça – uma indulgência”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 177.

desenvolvimentos significativos no direito natural e nas teorias do contrato social.¹⁵⁸ assim, a legitimidade do governo que era essencialmente baseada no contrato social, formulada sobre radicais questionamentos sobre o Estado, e a existência de certos direitos naturais inalienáveis, formaram uma combinação onde as competências da esfera criminal podiam ser criticamente avaliadas.

Neste ponto, o discurso político-constitucional formou-se sobre alguns pilares: ninguém deveria ser forçado a se autoincriminar; o acusado tem o direito de se defender livremente; e este deve ser considerado inocente até que sua culpa seja plenamente provada.¹⁵⁹

Genericamente, a nova centralidade dos direitos fundamentais como parte de um contrato social encontra-se na *Déclaration des Droits de l'Homme* de 1789, tendo impacto no âmbito criminal na presunção da inocência e o *nemo tenetur*; a eliminação da tortura judicial e a busca pela introdução do sistema de júri no continente. O princípio do *nemo tenetur* encontrou expressão no *Declaration of Rights and Grievances of the American States* em 1765 e na 5ª Emenda da Constituição Americana de 1789, assim previsto: ‘nenhuma pessoa... deve ser compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’.¹⁶⁰

Já na Inglaterra, o percurso tomou um caminho diferente, mas onde essas influências de dimensão da constituição do Estado apresentam-se na diminuição do escopo da pena capital e em salvaguardas procedimentais. O termo “veredito parcial” estabelecia-se para descrever a condenação do acusado, mas com a sanção reduzida. Por conta das condições bastante adversas ao acusado, a prática dos júris condenarem sobre uma acusação menor, ou abaixar o valor dos bens roubados, de modo a rebaixar a punição, e especialmente de modo a

¹⁵⁸ Uma primeira tendência do período foi a nova ênfase no ideal que as pessoas eram indivíduos livres e iguais e somente posteriormente organizaram um contrato social estabelecendo a autoridade. Estes desenvolvimentos foram intimamente ligados à emergência do ideal de que todos os homens eram iguais perante a lei, afastando-se da tradição aristoteliana comum da Idade Média que o homem era um animal político e seu estado natural era o estado social. Uma segunda tendência era a perda da legitimidade da autoridade real e da existência da divisão social como algo imutável e ordenado divinamente. O direito natural e a teoria do contrato social tinham potencial ainda mais radical pressupondo direitos inalienáveis limitando o poder soberano e até o direito de resistência caso este poder se exercesse sem respeito a estes direitos. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 389-390.

¹⁵⁹ BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 360.

¹⁶⁰ BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 393.

mitigar a pena capital, ficaram imortalizado no termo de Blackstone como “perjúrio piedoso”.¹⁶¹

Foi o desenvolvimento de alternativas às penas de morte no séc. XVIII, especialmente o sistema de transporte ao Novo Mundo por um termo de servidão penal que permitiu aos vereditos parciais crescerem. Em uma amostra dos casos em Londres no *Old Bailey* na década de 1750, o autor encontrou que os júris retornaram vereditos parciais em quase um quarto dos casos. No espectro oposto estavam os *highway robbery* (assaltantes de estradas) e os *gang-style burglary* (gangues de furtadores), que eram considerados tão ameaçadores que virtualmente nunca recebiam mitigação da pena capital.¹⁶²

Portanto, neste grande contexto que as quatro regras principais tornam-se articuladas pelas cortes nos julgamentos criminais do séc. XVIII, sendo três distintivas somente aos julgamentos criminais: a regra sobre o caráter, a regra sobre a corroboração, e a regra sobre a confissão. A quarta, a regra do ‘*hearsay*’ (ouvir dizer), era compartilhada com a prática civil, mas fazia parte dos tratados criminais sobre a prova.

O *Old Bailey* possuía um juiz permanente, o *recorder*¹⁶³, em adição aos juízes reais que rodavam entre as cortes. Esses novos princípios sobre as provas legais era o trabalho de um pequeno grupo, composto de uma dúzia de juízes, onde a intenção não era confinar os desenvolvimentos a London, mas sim criar um direito inglês.¹⁶⁴

A regra sobre o caráter impedia à persecução de introduzir provas sobre o mau caráter do acusado, especialmente sobre crimes pretéritos. O desenvolvimento da regra previa que “a persecução não pode adentrar às questões sobre o caráter do acusado, a não ser que o acusado permita, por seu testemunho, sustentar a questão, e mesmo assim, o procurador não pode interrogar sobre fatos particulares”.¹⁶⁵

Descrevendo julgamentos em 1653, Stephen Hawkins observava que “não era considerado irregular chamar uma testemunha para provar o mau caráter de um prisioneiro de modo a aumentar a presunção de sua culpa”.¹⁶⁶ Porém, no julgamento de John Hampden em 1684, já se observava o estabelecimento da regra desaprovando o uso do caráter como

¹⁶¹ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. facsimile edition with introductions by Stanley N. Katz. (Univ. Chicago, 1979). 4 vols. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 58.

¹⁶² LANGBEIN, John H. *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*. University of Chicago Law Review: Vol. 50: Iss. 1, Article 2, (1983), p. 52.

¹⁶³ Nas cortes da Inglaterra e do País de Gales, originalmente o *recorder* era o magistrado *sênior*, com jurisdição tanto civil como criminal, onde comumente possuía o título de “*Honorary Recorder*”.

¹⁶⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 181.

¹⁶⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 179.

¹⁶⁶ 1 STEPHEN. *History 350*. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 191.

evidência.¹⁶⁷ No séc. XVII, existia ainda o sistema de marcação por ferro (*branding*), uma alternativa de sanção mitigada pelo “benefício do clero”. Ocorria a ‘marcação’ para desencorajar a reincidência e a pessoa condenada era poupada da pena de morte sob a jurisdição eclesiástica. Entretanto, esta caiu em desuso junto com estas cortes através do sistema de transportação.¹⁶⁸

No *Old Bailey*, a regra em questão foi em muitos casos indiferente aos juízes, de 1684 a 1714, e em outros trinta anos não foi unânime ou a prova de bala, posto que neste período formativo das regras das provas criminais, os juízes possuíam total discricionariedade para afastarem-se de tal regra, sem qualquer remédio contra tal “erro” judiciário.¹⁶⁹ De fato, encontram-se exemplos até a década de 1770.

A segunda regra, a corroboração era diretamente direcionada às testemunhas da Coroa, em resposta ao perigo de perjúrio inerente ao testemunho de cúmplices. A regra, portanto, requeria uma prova adicional ao testemunho do cúmplice para a possibilidade de condenação pelo júri.

Nos registros do *Old Bailey* apresenta-se que em alguns casos a regra de corroboração não estava sendo aplicada em 1744;¹⁷⁰ como no mesmo ano, em dezembro, o *Sessions Paper* registra três absolvições os quais a única base revelada era a necessidade de corroboração.¹⁷¹ Entretanto, não há evidências para concluir se as absolvições são por uma regra mandatória de corroboração ou sob a advertência de prudência ao júri. Neste mesmo ano, há registros de

¹⁶⁷ A corte recusou a oitiva da testemunha, com um juiz comentando que em uma recente persecução por falsificação, o juiz recusou-se a permitir à acusação “de dar provas de quaisquer outras falsificações... porque não iremos varrer o curso de vida do acusado, para buscar evidências que eles não podem estar preparados a responder”. *R. v. John Hampden*, 9 St. Tr. 1053, 1103 (K.B. 1684), (sedição).

¹⁶⁸ Na lei inglesa, o benefício do clero foi originalmente um provimento pelo qual o clero podia alegar que estavam fora da jurisdição das cortes seculares e ocorrer o julgamento em uma corte eclesiástica sob a *canon law*. Várias reformas limitaram o escopo desse arranjo legal para prevenir seu abuso, incluindo o *branding* do polegar depois da primeira ocorrência, para limitar o número de invocações dessa jurisdição. Através do tempo inúmeros crimes foram proibidos a obter este benefício. SHARPE, J. A. *Crime in Early Modern England. 1550-1750*. Routledge, 2. Ed., London, 1999, p. 95.

¹⁶⁹ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 196.

¹⁷⁰ Nesse ano John Langbein assinala quatro casos razoavelmente bem registrado, o qual em dois casos, as testemunhas cúmplices sem outra prova para corroborar foram suficientes para a condenação. *Thomas Talbot and Patrick Gaffney*, OBSP (Jan. 1744 #104-105, at 43-44; and Joseph Isaacs, OBSP (Jan. 1744, #116), at 50-52. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 204.

¹⁷¹ “Não há outra prova sobre essa acusação a não ser o cúmplice, os prisioneiros foram absolvidos”. *James Leekey and William Robinson*, OBSP (Dec. 1744, ##26-27) at 9, 10; “O procurador não foi satisfatório por ambos os prisioneiros, e não há outra prova contra eles”. *Edward Hill and John Hill*, OBSP (Dec. 1744, #24-25), at 8-9; “Não há outra evidencia prova a não ser os cúmplices, os prisioneiros foram absolvidos”. *James Ruggles et al.*, OBSP (Dec. 1744, ##93-95) at 48, 49. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 205.

casos que apresentam a brutal dinâmica do sistema da testemunha da Coroa, onde vislumbra-se a instrumentalização desta pelos criminosos mais astutos.¹⁷²

A regra aparece em toda sua clareza no tratado *Enquiry into the Causes of the Late Increase of Robbers*, de Henry Fielding, publicado em 1751, onde em um capítulo devotado extensivamente ao procedimento de julgamento, reclama que mesmo “que a prova do cúmplice seja muito positiva e explícita, deve ser corroborada por outra prova, para ser suficiente”.¹⁷³ Com essa passagem o autor sugere que a regra de corroboração fosse um requisito vinculante para direcionar o veredito,¹⁷⁴ mas a total discricionariedade dos juízes, uma característica do período, apresentavam um caminho aberto para os magistrados que não concordassem com tal posicionamento.

Já em 1764, alguns juízes recusavam a oitiva da testemunha da Coroa a não ser que a perseguição estabelecesse, já ao princípio, a prova de corroboração que seria apresentada.¹⁷⁵ Mas muitos casos nos anos seguintes demonstram que a questão posta era de inteira discricionariedade do juiz,¹⁷⁶ até que o caso *R. v. Atwood and Robbins*, decidido em 1787, que reduziu a regra de corroboração para uma regra de advertência, onde o juiz Francis Buller, notável autor da prática civil, após a condenação dos acusados, enviou os condenados de volta à prisão, deixando a sentença pendente, submetendo o caso para revisão dos Doze Juízes.¹⁷⁷

Os Doze Juízes basearam sua decisão em um falso silogismo entre competência e crédito, o qual afastaram-se das reais injustiças que se encontrava sobre a necessidade de

¹⁷² Joseph Isaacs, julgado por roubo, criticou a testemunha da Coroa. “Você faz isso para salvar a sua própria vida e assim tirar a minha. Rogo, Senhor, questione o caráter dele”. A testemunha da Coroa retrucou, sem nenhuma objeção registrada ou comentário da corte: “seu caráter é como o meu, eu provei que sou desonesto como você também, sendo prova em outros dois casos, portanto não pode gabar-se de sua honestidade mais do que eu”. *Joseph Isaacs*, OBSP (Jan. 1744) at 50, 51.

¹⁷³ FIELDING, *Enquiry*. p. 158. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 207.

¹⁷⁴ ‘Direcionar o veredito’ dessas décadas diferiam do conceito moderno de direcionar o veredito como uma determinação final. O júri do séc. XVIII considerava-se ter uma obrigação moral de seguir as direções do juiz e sua construção da lei aplicável, mas não havia obrigação legal para o fazer. Entretanto, os juízes frequentemente direcionavam o júri e o júri geralmente seguia. OLDHAM, J. *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century*. University of North Carolina Press, vol. I, 1992, p. 150.

¹⁷⁵ Wright ofereceu Parsons para testemunhar que Parsons e Hitchins cometeram o furto. O juiz, Baron Perrot, perguntou: “Você tem outra testemunha de crédito para confirmar a respeito?”, Wright respondeu que não possuía outra testemunha. Perrot questiona Wright se ele tem qualquer conhecimento pessoal do envolvimento de Hitchins, o qual a resposta é novamente negativa. O registro conclui: “A corte não encontra apropriado interrogar Parsons. Absolvido”. *Richard Hitchins*, OBSP (Feb. 1764, #182), p. 133, 134.

¹⁷⁶ “Eu não entendo que haja qualquer regra para retirar o poder da corte em qualquer caso, sempre foi considerado como discricionário”. *Joseph Dunbar*, OBSP (May 1784, #656), at 836.

¹⁷⁷ Quando um ponto de dificuldade emergia onde o juiz ficava relutante para decidir, especialmente em casos capitais onde o acusado seria prontamente executado, o juiz podia postergar o sentenciamento e enviar a questão à reunião feita em London de todos os juízes das 3 cortes da *common law*. A decisão iria resolver o caso e clarificar a prática futura. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 212-213.

corroboração como garantia contra o perjúrio nas perseguições com testemunhas da Coroa. A regra de corroboração desenvolvia-se por ordem que o cúmplice, sem outro testemunho para confirmar, era indevido não por carência de competência, mas por carência de confiabilidade. O medo era que, “mesmo que competente, seu testemunho podia ser um perjúrio”.¹⁷⁸

A terceira regra, a que trata sobre a confissão, atribui-se à Lord Mansfield no *Rudd's Case* em 1775, “o primeiro enunciado judicial limitando a admissibilidade” das confissões, embora a passagem enunciada indica que a regra já vinha atuando em alguns casos.¹⁷⁹ Wigmore conclui que foi em *Warickshall's Case* em 1783 que “a regra moderna recebeu a sua expressão completa e clara, e que confissões não asseguram o mérito por conta das promessas ou ameaças pelos quais elas podem ser obtidas, que se assim, são declaradas inadmissíveis como prova”.¹⁸⁰ A abertura da fresta em que a violência e a malícia pudessem ser empregadas na perseguição apresentava um histórico injustificável perante a perseguição herética na Europa, como podemos observar no Manual dos Inquisidores do Medievo.¹⁸¹

Na verdade, a principal fixação jurisprudencial que esse caso trouxe estava em uma questão subsidiária – se a regra de confissão operava para excluir prova outra que a confissão, quando a prova foi revelada como resultado desta – o fruto da árvore envenenada. No período, sustentou-se que a prova “obtida por consequência de uma confissão extorquida” deve ser recebida se “total e satisfatoriamente provada, sem ligar a assistência de qualquer parte da confissão...”.¹⁸² Como observa-se, já se formulava a fonte independente da prova. A questão tomou a forma natural do período: material de discricionariedade dos juízes.

¹⁷⁸ *James Atwood and Thomas Robbins*, 1 Leach 464, 168 Eng. Rep. 334 (1788). Os juízes foram unânimes da opinião, que um cúmplice só é uma testemunha competente; e, e se o júri, pesando a probabilidade de seu testemunho, acredita valiosa a versão, a condenação suportada por tal testemunho é perfeitamente legal”. Essa ênfase na competência ressoa na prática civil contemporânea, o qual a desqualificação por interesse era largamente analisada; na verdade, o tratado de Buller na prática civil discute o objeto amplamente. Mas Buller aborda incorretamente a questão que emerge da regra de corroboração quando o caracteriza sobre a competência. Sob a regra de corroboração como foi praticada durante o século XVIII, até *Atwood and Robbins*, o cúmplice sem outro testemunho para confirmar tinha sido rejeitado não por carência de competência, mas por carência de confiabilidade. O medo era que, mesmo que competente, seu testemunho podia ser um perjúrio. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 214.

¹⁷⁹ “O exemplo tem acontecido frequentemente de pessoas fazendo confissões sob ameaça ou promessas; a consequência como frequentemente tem ocorrido é que tais interrogatórios e confissões não estão sendo usado contra eles em seus julgamentos”. *R. v. Margaret Caroline Rudd*, 1 Leach 115, 118 Eng. Rep. 234 (O.B. 1783).

¹⁸⁰ De *Warickshall* veio a formulação concisa que excluía a confissão “forçada da mente do atraído pela esperança, ou pela tortura do medo”. 3 Wigmore, *Evidence*, § 819, p. 238. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 218.

¹⁸¹ XVI. “Um comentário que se impõe: não há de se objetar que malícia é sempre proibido? Deve-se fazer uma distinção entre mentira e mentira, malícia e malícia! A malícia cuja única finalidade é enganar deve ser sempre proibida e não tem nada a ver com a prática do Direito; mas a mentira que se prega judicialmente, em benefício do Direito, do bem comum e da razão, é absolutamente louvável. Quando mais, a mentira que se preza para detectar a heresia, erradicar os vícios e converter os pecadores”. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Universidade de Brasília, 1993, p. 126.

¹⁸² LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 228.

O entendimento teve um histórico acidentado também desde a década de 1720. Exemplo o apelo de Margaret Wilson em 1722, onde ninguém deu a mínima atenção.¹⁸³ Já na década de 1730, detectam-se sinais de mudança onde a testemunha da perseguição é questionada para confirmar se a confissão no *pré-julgamento* foi voluntária.¹⁸⁴ Até o exemplo do caso Rachel Poole em 1740, acusada de furto onde estava hospedada, a perseguição admitiu: “eu fiz uma promessa a ela em ordem de recuperar meus bens, não um *pardon*, mas de ser favorável”. A seguir nenhuma instrução de exclusão da prova foi feita e ela foi condenada.¹⁸⁵

Somente em 1760, a questão de se excluía, advertia ou admitia a prova, pendeu para a regra de exclusão.¹⁸⁶ No caso *Brentwood Election* de 1769, encontra-se evidência que a exclusão vinha tornando-se uma regra de direito, não mais sujeito à discricionariedade judicial, onde “quando um homem é intimidado com ameaças, atraído por promessas de favor, nestes casos nenhuma corte de justiça irá permitir tais confissões; é contra a razão do direito da Inglaterra a ser dada como prova”.¹⁸⁷

Uma questão central sobre a regra de confissão pelo período de 1750 e 1760, é a não aplicação dela por pessoas que confessassem com o propósito de persuadir as autoridades para serem designadas testemunhas da Coroa. A testemunha como prova era apresentada em julgamento onde o acusado supostamente tinha confessado aos policiais ou ao juiz de paz, enquanto negociava para ser designado a testemunha da Coroa.

O que é notável não é somente a corte premiar a mentira admitindo prova obtida sobre falsas pretensões, mas o não reconhecimento que confissões obtidas desta maneira são também exemplos da esfera da “esperança do favor” da regra de confissão que vinha se desenvolvendo.¹⁸⁸

¹⁸³ Margaret Wilson em 1722 foi julgada por furto em uma habitação, sua confissão no pré-julgamento foi provada e ela foi condenada embora afirmasse que o procurador o “disse que se ela confessasse eles a perdoariam”. Em 1722, no *Old Bailey* é registrado como “ninguém prestando atenção à sua alegação”. *Margaret Wilson*, OBSP (Jan. 1722), at 5.

¹⁸⁴ *John Maxworth*, OBSP (July 1736, #15), at 155 (Burglary); *George White*, OBSP (Sept. 1740, #380), at 218, 219 (highway robbery); *Richard Welch*, OBSP (Sept. 1740, #391) at 226 (theft).

¹⁸⁵ *Rachel Poole*, OBSP (Apr. 1740, #200), at 107, 108.

¹⁸⁶ *James M’Locklin*, OBSP (Sept. 1761, #258), at 331; *Benjamin March*, OBSP (Feb. 1764, # 155), at 110; *John Flint*, OBSP (Feb.-Mar. 1765, #186), at 107.

¹⁸⁷ *Laurence Balfie and Edward McQuirk*, OBSP (Jan. 1769, ## 108-109), at 66.

¹⁸⁸ Em um caso da década de 1720, a perseguição de um grupo de mulheres por furtos em 1726, o juiz de paz Vaughan, testemunhou sobre o interrogatório delas na oitiva do pré-julgamento. Jane Holms, “foi preparada para ser a prova, e nomeou, eu acredito, cerca de 40 roubos, que ela estava envolvida, mas ela tinha sido transportada, eu não podia a utilizar. Então, Sarah Turner ofereceu-se a tornar-se a prova, e confessou que ela tinha cometido vários *felonies* em companhia de Katherine Fitzpatrick”, outra das acusadas. Todas as três foram condenadas no testemunho de uma quarta, Mary Burton, também uma cúmplice. *Jane Holms et al.*, OBSP (Aug.-Sept. 1726), at 2-4.

Somente em 1773, a regra de exclusão das confissões da testemunha da Coroa pronunciada pelo âmbito da “esperança do favor” da regra de confissão é evidenciada. Em dezembro deste ano o princípio da exclusão foi enunciado em um caso em que um homem foi levado junto com outros por assalto de estrada, onde confessou em resposta ao convite de Sir John Fielding a ser testemunha da Coroa. Quando Fielding descobriu que o homem tinha mentido, exerceu perseguição contra ele. Quando isto foi levado à corte, o juiz apontou: “O que ele disse ao tempo que foi admitido como prova para a Coroa não é para ser usado contra ele posteriormente”, e este foi absolvido.¹⁸⁹

O último, a regra do *hearsay* rejeitava o testemunho de uma pessoa que ouviu uma outra pessoa falar ou confessar, quando tal testemunho é oferecido para provar a verdade de uma declaração de fora da corte. Segundo John Langbein, três razões principais foram dadas para desaprovar o *hearsay*: 1) a aceitação do relato de outra pessoa sobre uma declaração era inconsistente com as melhores regras de provas, a qual deve privilegiar a melhor obtida para provar o fato; 2) que, por conta que a declaração feita fora da corte não era um testemunho sob juramento, o testemunho carecia de veracidade, pois não se tratava de uma testemunha juramentada em corte; 3) que o declarante fora da corte não foi objeto de contra-interrogatório.¹⁹⁰

A regra do *hearsay*, ao contrário das outras três regras, não tinha conexão com o procedimento de pré-julgamento, e sua forma definitiva não estava destinada a promover os valores do contra-interrogatório, até o início do século XIX. Em casos da década de 1730, nos *Sessions Papers*, John Langbein encontrou registros de casos onde os juízes não citam o *hearsay* mais apropriadamente, eles desaprovam a ocorrência sob a base que “o que outra pessoa te contou não é prova. Qualquer um deles está aqui?”; “Isso não é prova. Você não deve jurar o que você ouviu, mas somente o que você sabe”.¹⁹¹

Em *Mason’s case* de 1732, o juiz apresenta que o que estaria errado com tal testemunho é que o declarante quando fora da corte não está presente para “jurar por si”, ou seja, não está sob juramento.¹⁹² A questão sobre a insuficiência do contra interrogatório aparece na prática judicial somente nos *Papers Sessions* em 1789, a década em que a

¹⁸⁹ John Rann et al., OBSP (Dec. 1773, ##1-4), at 3.

¹⁹⁰ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 179-180.

¹⁹¹ George Sutton and William Simonds, OBSP (June 1733, ##46-47), at 191, 193; Mercy Hornby, OBSP (Apr. 1734, #22), at 108, 109. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 235.

¹⁹² George Mason, OBSP (Dec. 1731), at 13, 14.

permissão para advogados de defesa tornou-se mais frequente.¹⁹³ De acordo com o John Langbein, o sistema baseado no testemunho pressupõe o temor a Deus, onde no lugar da confiança da vingança de Deus, a “nova ordem substituía a fé na detecção da verdade na eficácia do contra interrogatório dos advogados”.¹⁹⁴

Em persecuções que envolviam estupro envolvendo vítimas crianças o *Old Bailey*, historicamente, tolerava o *hearsay*, onde os juízes permitiam à mãe, o cirurgião, ou outros com quem a criança tenha falado sobre o evento ou o fato. Em 1779, os Doze Juízes pronunciaram-se contra o recebimento do testemunho a não ser que a criança tenha feito sob juramento.¹⁹⁵

Ao fim, as iniciativas e incentivos as persecuções criminais na Inglaterra levaram ao desenvolvimento de garantias na condução das condenações, de modo a balancear o enorme risco do perjúrio criado pelo próprio sistema. As regras sobre as provas criminais tomaram forma e tornaram-se o centro da condução dos julgamentos, ao que anteriormente, era questão unicamente da discricionariedade judicial. Esse movimento foi essencial para que os advogados que até pouco tempo não eram sequer tidos como necessários ao procedimento, iniciem aos poucos, a tornarem-se fundamentais no julgamento. No correr do século, o caso criminal seria paulatinamente desposado do magistrado.

Segundo R. G. Bloemberg, as mudanças que ocorrem a partir de 1750 no procedimento de provas na Inglaterra foram em alguns pontos inspirados para além do discurso político constitucional: uma transformação no discurso epistemológico. Um desenvolvimento que tomou lugar nas jurisdições da *civil law*, paralelamente, como França, Alemanha, e a Holanda, de maneira bastante similar, onde o *standard* do *beyond a reasonable doubt* tornou-se uma expressão da ‘moderna’ abordagem probabilística sobre as provas no procedimento criminal.

A transformação sobre o discurso epistemológico ocorreu nas jurisdições do sistema romano-canônico das provas tarifadas, que fora desenvolvida na Idade Média, e consistia em um *a priori* corpo de provas legais que prescrevia quando haveria provas suficientes para a condenação. De modo genérico, um juiz somente poderia sentenciar alguém à severa punição

¹⁹³ “Ordinariamente, provas legais consistem no depoimento da testemunha, tomadas sob juramento, perante o júri, administrado perante a corte onde o prisioneiro está sendo julgado, e essa prova chega ao júri, sob todas as vantagens no qual o interrogatório e o contra interrogatório são dados”. *William Woodcock*, OBSP (Jan. 1789, #98) at 95.

¹⁹⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 240-246.

¹⁹⁵ *R. v. Brazier*, 1 Leach 199, 168 Eng. Rep. 262 (1779).

corporal ou à morte se houvessem, pelo menos, duas testemunhas oculares dos fatos ou quando este confessou baixo tortura.¹⁹⁶

O desenvolvimento deste antigo sistema deu-se na formulação ao juiz que este somente poderia condenar alguém através da alta probabilidade de culpa, mas agora deixando ao juiz determinar mais livremente, se tal *standard* foi alcançado. Na Inglaterra, isto se expressou no *standard* do *beyond a reasonable doubt*, sob uma formulação do ideal epistemológico, que significou que em casos criminais um alto grau de probabilidade era necessário para a condenação.

Segundo o autor, na filosofia aristoteliana da Alta Idade Média havia uma completa divisão entre o que constituía *scientia* ou verdadeiro ‘conhecimento’, e o que era do reino da *opinio*, o qual foi deslocado por uma escala de graus de probabilidade.¹⁹⁷ Embora a filosofia aristoteliana não tenha exercido grande influência no procedimento criminal do júri inglês historicamente, essa mudança estrutural na epistemologia probatória ocorre neste período de mudança estrutural do poder punitivo a um formato mais humanizado.¹⁹⁸

No continente, essa mudança estrutural inicia-se no séc. XVII por filósofos como Descartes, Bacon e Locke, desacreditando a filosofia escolástica com o renascimento do ceticismo e a impossibilidade de uma segura fundação da ‘absoluta verdade’, ocorrendo uma estruturação de graus: as mais baixas classificadas como ‘ficção, opinião e conjuntura’, as médias como ‘provável e altamente provável’, e as altas chamadas de ‘certeza moral’,¹⁹⁹ que

¹⁹⁶ A *Probatio plena* era o testemunho irrepreensível de 2 testemunhas oculares ou a confissão do acusado para a condenação à severa punição corporal ou à pena de morte. O testemunho de uma testemunha confiável era descrito como *probation semi-plena*. *Indicia* era amplamente desacreditado, onde afirmava-se que estas nunca deveriam constituir uma prova plena, embora, alguns autores apontassem que a *indicia* poderia ser amplamente reforçado constituindo uma *indicia* indubitável, alcançando o nível de prova suficiente para a condenação. Ou justificar a utilização da tortura judicial. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 368.

¹⁹⁷ Para uma proposição ser objeto de *scientia*, necessitava ser universalmente verdade, conhecido sobre as bases de uma demonstração afirmativa e na forma do silogismo. Iniciando sob um princípio fundacional tida como universal, essencial e verdadeira, através do silogismo a verdade de outra proposição podia ser deduzida. Quando usado o silogismo demonstrativo, garantia a necessidade da conclusão, significando que não poderia ser outra a não ser esta. Já a *opinio*, focava no contingente e não essencial. Proposições que poderiam ser verdade ou mentira. A proposição poderia ser verdadeira, mas há a possibilidade que seja errada, resultando na consciência que o julgamento pode ser falível. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 362.

¹⁹⁸ E esta manifestação não se deu unicamente nos julgados. O autor apresenta tais manifestações no tratado de Geoffrey Gilbert, de aproximadamente 1726, onde formula alguns ideais de Locke, como de John Morgan, em *Essay upon the Law of Evidence*, de 1789. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 366.

¹⁹⁹ Esta apresenta-se na formulação do caso *Commonwealth v. Webster*, de 1850 que foi amplamente adotada: “É a declaração do caso, o qual, após a completa acareação e consideração de todas as provas, apresenta-se na mente dos jurados na condição que não se pode dizer que sentem uma condenação vinculada, a uma certeza

era considerada próxima ao conhecimento matemático demonstrável. Em suma, no decorrer dos dois séculos, as noções de probabilidade e opinião, que durante a Idade Média possuíam uma conotação negativa em contraste com o ideal de *scientia*, tornaram-se mais positivas como uma forma de conhecimento.

R. G. Bloemberg atribui uma importância considerável à ansiedade moral dos juízes em tornarem-se assassinos nessa administração da pena capital no continente. Em parte, esta mudança veio transferir a responsabilidade da decisão para as leis abstratas. As similaridades no desenvolvimento da penologia entre continente e a Inglaterra encontra-se no desenvolvimento da pena no continente, onde quando se apresentava uma contundente prova, mas com ausência de prova plena, o juiz poderia decidir tanto usar a tortura judicial para obtê-la, ou pronunciar uma pena de menor severidade, chamada “punição extraordinária”. Esta consistia em banimento ou confinamento por período certo em casa de correção. Se as provas fossem ainda menos convincentes, o juiz poderia pronunciar o *absolutio ab instantia*, que é a absolvição provisória, onde o caso poderia ser aberto assim que novas provas surgissem.²⁰⁰

Na prática abriu-se o escopo do sistema de provas tarifadas colocando maior discricionariedade em diferentes tipos de penas. Ao fim, deste desenvolvimento decorre o advento do livre convencimento²⁰¹ do magistrado. Isto porque fora da engessada distinção entre culpado e inocente das provas tarifadas, o apelo pela restrição às penas corporais e capital podem ter tornado a livre apreciação da prova mais aceitável por conta de que de fato ela já ocorria em casos com penas menos severas e nas “punições extraordinárias”.²⁰²

moral, da verdade da acusação... As provas devem estabelecer a verdade dos fatos a uma razoável certeza moral; uma certeza que convença e dirija a compreensão, e satisfaça a razão e o julgamento... Isto tomamos a ser uma prova para além da dúvida razoável”. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 366.

²⁰⁰ BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 371.

²⁰¹ Esta se encontra na reforma do procedimento criminal entre 1789 e 1791, formulado pelos revolucionários franceses, os primeiros a abolirem a prova tarifada, com a livre apreciação da prova por jurados leigos, na *conviction raisonnée* (convicção justificada), em termos semelhantes ao desenvolvimento da convicção dos jurados com a necessidade de formulação do *standard*. Porém, houve um rompimento com a ênfase colocada na interpretação da subjetividade e intuição do jurado. Na Holanda, autores como Meyer e De Brouckere quando requeriam o sistema por júri na França, entendiam que essa convicção íntima não deveria ser motivada, muito menos que caberia apelação. Inversamente, outros autores que eram favoráveis à manutenção do juiz na decisão, enfatizaram a ideia que a convicção interna deveria ser o resultado de um procedimento racional de sopesar as provas. Em contraste ao ideal francês da subjetiva convicção íntima, enfatizaram o ideal a convicção justificada, entendendo que não era a convicção interna que era importante, mas os fundamentos da convicção.

BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 377-380.

²⁰² O autor cita o jurista napolitano Tommaso Briganti no manual *Pratica Criminale* de 1747, que na Ordenação de 1621 para o Reinado da Sicília explicitamente permitia a possibilidade de condenação à “punição extraordinária” sob base de *indicia* indubitável, quando o juiz possuía certeza moral e havia alta probabilidade

Essas formulações epistemológicas foram fundamentais, portanto, para a derrocada do sistema de provas tarifadas entre o fim do séc. XVIII e o fim do séc. XIX, no continente, como para a formulação do *beyond any reasonable doubt* na Inglaterra, além da mitigação da severidade de pena, amplamente confiadas à transportação primeiro, e posteriormente às casas de correção.

2.3.2 O SISTEMA ADVERSARIAL NOS JULGAMENTOS POR *FELONY* E AS CORTES SUMÁRIAS.

De 1730 ao último quarto do século XVIII, o julgamento por altercação foi suplantado por um procedimento radicalmente diferente, ao que conhecemos como o sistema adversarial. Os advogados da persecução e, principalmente, da defesa assumiram papéis de comando do julgamento, suplantando o juiz e o acusado, onde os *solicitors* reuniam e preparavam as provas para o julgamento; e os advogados conduziam o trabalho sobre o fato e sua imputação, como o interrogatório e contra interrogatório das testemunhas e todas as demais questões de direito, através do sistema de provas.²⁰³ Mas esta não se deu de maneira linear, pois encontrava-se no âmbito da enorme discricionariedade judicial.

A representação por advogados ainda era mínima. Allyson May apresenta que as taxas de advogados na persecução em 1805 eram de 22%, declinando para 8,8% em 1830; de advogados de defesa era de 25,7% em 1805 e subindo para 27,7%, em 1830.²⁰⁴ Esses números representam o fato que a maioria dos acusados eram pobres, como também, a ausência de subsídios públicos para a representação dessa classe social. Portanto, houve um largo período dos primeiros casos com advogados de defesa do período de 1730, para o fim do século XVIII, quando as consequências sistêmicas da profissionalização no julgamento tornaram declarada a representação da defesa como um direito do acusado.

Com a permissão do advogado de defesa, inicia-se o efeito de desemaranhar questões que eram impossíveis à própria parte fazer a seu cargo. Uma delas era que o advogado

para a condenação. Como também, Beccaria em “*Dei Delitte e delle Pene*” de 1764, onde apontava que somente a certeza moral era necessária para a condenação, e que mesmo que esta tratava-se de uma probabilidade, era uma que se chamava certeza porque todo o homem de bom senso assim o consideraria. BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 372-373.

²⁰³ Em 1820, Charles Cottu observou que durante a recolha das provas, o juiz inglês “permanece quase um estranho sobre o que está acontecendo” e que o acusado faz tão pouco sobre sua própria defesa que “seu chapéu colado em um mastro poderia ser, sem inconveniente, seu substituto no julgamento”. COTTU, Charles. *De l’administration de la justice criminelle en angleterre, et de l’esprit du gouvernement anglais*. (1822), p. 105. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 253.

²⁰⁴ MAY, Allyson. *Thesis*. 91, 171, 303, 12 & 16. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 256-257.

atuando no interrogatório e no contra interrogatório, insistiria em questionar o juiz se a persecução cumpriu sua carga de apresentar elementos probatórios suficientes para suportar um veredito a seu favor, normalmente fazendo uma moção para um veredito direto de absolvição na conclusão das apresentações de provas de acusação. Sendo rejeitada a moção, iria a defesa ter a ocasião para decidir se iria apresentar suas provas.²⁰⁵

Com o desenvolvimento do que seria, portanto, o ônus probatório para a persecução com um mínimo lastro de provas para satisfazer seu caso, colocaram o acusado em posição de silêncio. Até quando a defesa era colocada para apresentar as provas de seu caso, a representação pelo advogado reduziu drasticamente a fala do acusado, sendo que quando o advogado assumiu o trabalho de contra interrogar as testemunhas da persecução e interrogar as da defesa, o acusado foi remetido a fazer uma declaração após o encerramento do caso da persecução.²⁰⁶

Como já apontado, a presunção estrutural de inocência ou o *favorem vitae* já era conhecido no direito romano clássico, e tinha sido revigorado na literatura natural do séc. XVII. Fortescue (1470), Coke (1628), Blackstone (1793) haviam a formulado na literatura jurídica inglesa. John Langbein cita que o *standard* já havia sido, inclusive, formulado na Massachussetts colonial nos julgamentos do *Boston Massacre* em 1770.²⁰⁷

O *standard* de prova permaneceu de maneira bruta até o fim do século XVIII, em manifestações judiciais como “não devemos presumir culpa contra um homem sendo julgado por sua vida”,²⁰⁸ ou o exemplo da fórmula de que os jurados devem condenar se “completamente satisfeita em sua consciência”, mas não “se uma duvida permanece em sua mente sobre...”.²⁰⁹ Na década de 1780, há uma notável convergência com o *standard* em sua forma que conhecemos, onde em seguidas instruções registradas no *Sessions Papers*, apresentam-se, que “ao ver as evidências, se qualquer dúvida razoável permanece... ele deve ser considerado absolvido”.²¹⁰

²⁰⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 258.

²⁰⁶ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 261.

²⁰⁷ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 262.

²⁰⁸ *Francis Cuff*, OBSP (July 1770, #494), at. 314-315.

²⁰⁹ *Joseph Bull*, OBSP (Jan. 1776, #191), at 132, 140; BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 366.

²¹⁰ *John Higginson*, OBSP (Apr. 1783, #314), at 491, 499.

Entretanto, o *standard* do *beyond any reasonable doubt* não havia ainda se tornado uma regra do direito, no sentido de ser aplicado invariavelmente.²¹¹ As fontes do *Old Bailey* não permitem relacionar diretamente o *standard* com a profissionalização advocatícia dos julgamentos nesse período. O que se apresenta é o seu desenvolvimento com o advogado ainda não representando o papel mais importante. Portanto, a iniciativa veio mais por parte dos juízes do que dos advogados, entretanto, a presença do advogado de defesa era uma força consistente na transformação da prática judiciária sendo um catalisador na transformação.²¹²

Uma legislação de 1836, que estendeu a completa defesa através de advogado para os acusados por *felony*, definitivamente derogou o julgamento do “*accused speaks*”, e a ênfase antiga de ter o acusado como uma fonte de informação. O silenciamento do acusado encontrou eco no desenvolvimento do procedimento de pré-julgamento também.

Durante o séc. XIX, com o crescimento da profissionalização da polícia assumindo a responsabilidade por reunir as provas persecutórias, o ofício do magistrado iria perder seu molde persecutório. A legislação codificada conhecida como *Sir John Jervis Act* de 1848, confirmou a obrigação do magistrado de avisar o acusado antes de tomar a declaração: “Você ouviu a evidência, você deseja dizer algo em resposta à acusação? Você não é obrigado a dizer qualquer coisa a não ser que deseje, mas qualquer coisa que diga será tomada por escrito, e pode ser usado como prova contra você em seu julgamento”.²¹³

A garantia contra a autoincriminação foi desenvolvida diretamente da permissão do advogado de defesa no desenvolvimento do julgamento. Somente com a nova estruturação de julgamento por intermédio da defesa técnica, que se tornou possível defender um acusado silencioso.²¹⁴ Durante os sécs. XVII e XVIII, na prática do *Old Bailey* e das outras cortes criminais da *common law*, não existem evidências do privilégio contra a autoincriminação, unicamente o sistema do ‘*accused speaks*’ de julgamento e a grande importância ao juramento. Exemplo do entendimento da época, o julgamento de Sarah Malcolm por homicídio em 1733, a corte excluiu seu juramento do interrogatório pré-julgamento por ter sido feito sob juramento.²¹⁵

²¹¹ Chief Baron Eyre julgando um assalto de estrada no *Old Bailey* em 1789, disse ao júri ao condenar os dois acusados “se você pode ser da opinião que o crime é suficiente determinado sobre eles...”. *Mary Wade and Jane Whiting*, OBSP (Jan. 1789, #155), at 168, 172.

²¹² BLOEMBERG, R. G. *The Development of the ‘Modern’ Criminal Law of Evidence in English Law and in France, Germany and the Netherlands: 1750-1900*. American Journal of Legal History, Oxford, 2019, p. 388.

²¹³ 11 & 12 Vict., c. 42, § 18 (1848).

²¹⁴ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 278-279.

²¹⁵ “Se é feito sob juramento não pode ser lido em julgamento, [...] todos interrogatórios devem ser tomados livre e voluntariamente, não sob juramento, e então podem ser lidos”. *Sarah Malcolm*, OBSP (Feb. 1733), at 90-91.

Conforme John Langbein, o privilégio contra a autoincriminação desenvolveu-se através de uma analógica extensão do privilégio da testemunha no séc. XIX. Nos registros dos *Sessions Papers* durante séc. XVIII, o privilégio para as testemunhas era invocado para prevenir o advogado de defesa de adentrar uma linha de questionamento que buscava dirigir à uma suposta assunção de culpa no contra interrogatório de uma testemunha da perseguição ou de defesa, portanto, não desenvolveu-se necessariamente como uma garantia associada aos direitos do acusado. No julgamento de Thomas Bambridge por roubo em 1729, quando Wilkerson foi oferecido para testemunhar contra ele, Bambridge “desejava que Wilkerson fosse questionado sobre o dinheiro que recebeu e por quanto tempo tinha mantido, para ser prova contra ele, mas foi avisado pela corte que tal questão não era apropriada de ser perguntada. Se pudesse provar o que afirmava, ele iria”.²¹⁶

O advogado na perseguição ainda não era usado com tanta frequência. Em 1834, estimava-se que o advogado de perseguição aparecia em um caso a cada vinte.²¹⁷ Sua permissão para atuar nunca foi historicamente denegada, portanto, não houve um ponto de quebra com um passado. Em comparação com o *solicitor*, quem preparava o caso, o advogado apresentava o caso em julgamento geralmente com um conhecimento somente superficial do caso, onde “adentro o séc. XIX, era comum que o sumário não fosse entregue ao advogado até o dia do julgamento”.²¹⁸

Até 1836, a lei permitia ao advogado da perseguição uma declaração de abertura para apresentar seu caso ao júri, mas à defesa não. Ainda, permitia dirigir-se ao júri ao fim de seu caso, comentando as provas apresentadas e sobre a defesa do acusado, mas novamente era proibido ao advogado do acusado a fazer a declaração de encerramento (restrição com o proposito de pressionar o acusado a falar em sua própria defesa). Para equalizar tal diferença, existia um dever de restrição à acusação onde o advogado deveria confinar seus argumentos unicamente nos pontos provados.²¹⁹ Uma tática comum do advogado de defesa era durante o contra interrogatório já ir sumarizando as questões mais importantes sobre as provas apresentadas.²²⁰

²¹⁶ *Thomas Bambridge*, OBSP (Jan. 1744, #119), at 53, 54.

²¹⁷ MAY, Allyson. *Thesis*. 91, 171, 303, 12 & 16. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 256-257.

²¹⁸ CAIRNS. *Advocacy*. 34, 1 *Law Review* 79 (1845). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 287.

²¹⁹ “Deus proíba que qualquer coisa que eu mencione sem suporte de provas prejudique o prisioneiro”. *Lord George Gordon*, 21 St. Tr. 485 (O.B. 1781).

²²⁰ Em um caso de furto, ao concluir o contra interrogatório do procurador, o advogado de defesa disse, “sinto muito pela sua perda. Desejo que você encontre o ladrão”. *William Askew*, OBSP (Apr. 1746, #167), at 118, 120.

O advogado de defesa inserido no procedimento, começou a colocar seu conhecimento dos fatos para usar em objeções de direito, onde crimes como o de roubo deu vazão a um grande número de absolvições por tecnicidades levantadas.²²¹ A formação das regras de provas era uma esfera no qual o fato interagiu com a lei, dando base à formulação de moções para exclusão de provas. Em 1829, encontrava-se em manuais práticos muitos pontos de dificuldade para discernir quando um fato adentrava à questão do direito.²²²

Embora o relaxamento da denegação do advogado de defesa marque o séc. XVIII, o seu papel ao princípio era de ser um elemento suplementar, e não de suplantar o interrogatório da corte e do próprio acusado. Somente em 1780, a corte já manifesta a preponderância do advogado no procedimento, “quaisquer questões omitidas que são apropriadas a seu advogado perguntar, escreva e envie-o...”.²²³

Em suma, o advogado de defesa trouxe uma mudança estrutural no julgamento criminal quebrando dois papéis que lhe eram restritos: falar sobre o mérito, que era antes concentrado nas mãos da acusação; e assumindo o trabalho de defender, insistindo no ônus de prova da persecução, o que quase totalmente silenciou o acusado. Para além da transformação direta ligada à defesa técnica e profissionalizada dos acusados, apresentam-se importantes desenvolvimentos como o do *standard* do *beyond any reasonable doubt* que se encontra enredada pela formulação própria dos magistrados que encontravam necessário elevar o patamar contra as cada vez maiores probabilidades de condenação de inocentes pelo (sobre)incentivo das persecuções privadas.

Nesta etapa histórica os advogados tomaram como seu domínio, reunir e apresentar os fatos, e assim tornaram o tribunal incapaz de conduzir a tomada de provas. Até então, o juiz conduzia a tomada de provas porque ninguém mais poderia fazer, a partir de então, *solicitors*

²²¹ Em um caso julgado no *Old Bailey* em 1778, dois homens foram acusados pelo roubo de uma casa de habitação. O advogado de defesa argumentava que a prova mostrava que o proprietário ainda estava fazendo reparos e ainda não havia se mudado, portanto, a estrutura não era uma casa de habitação. O júri condenou, e o caso foi enviado para opinião dos Doze Juízes, que ouviram o caso e “decidiram que a casa não poderia ser considerada uma casa de habitação, que por estar completamente inabitada, não poderia ter ocorrido um *burglary* (invasão de habitação para furto)”. *R. v. Lyon Lyons*, 1 Leach 185, 186, 168 Eng. Rep. 195, 196 (O.B. 1778)..

²²² “Em casos de *felony*, o advogado do prisioneiro nunca tem direito a dirigir-se ao júri sobre méritos do caso, mas pode submeter à bancada qualquer ponto da lei que surge da prova, ou qualquer deficiência absoluta da prova que pode dar direito à uma absolvição... Ele pode as vezes, submeter que não há nada ali para o júri considerar; e se o juiz assim pensar, irá dirigir à absolvição; mas ao advogado não será permitido argumentar sobre a fragilidade da prova ou discutir questões que são próprias do júri, como questões de conhecimento e intenção”. DICKENSON, William e TALFOURD, T. N. *A Practical Guide to the Quarter Sessions and Other Sessions of the Peace*. 350, 63 (3rd. edn. London 1829). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 305.

²²³ *Daniel Macginniss*, OBSP (Jan. 1783, #85), p. 111, 118-119.

e advogados representando as partes faziam todo o trabalho de investigar os fatos e preparar as testemunhas.

Porém, a representação era ainda um luxo para pouquíssimos no período. Casos sem advogados representando as partes tinham de ser julgados, basicamente, ao modo antigo, com a necessidade de aconselhamento da corte.²²⁴ O que causava particular desconforto aos juízes já identificados com o confronto adversarial, sendo descrito como indecente por um juiz que recusou-se a interrogar a testemunha, ordenando ao invés, que a deposição seja dada a um advogado na corte para conduzir a persecução.²²⁵

Juízes continuavam a dirigir vereditos de absolvição em questões de direito, mas o tribunal tornou-se mais prudente sobre advertir os jurados sobre o mérito.²²⁶ Nos Estados Unidos, a associação entre o tribunal e a administração no período final da era colonial, foram um grande motivo para retirar todos os poderes judiciais de comentar, onde a partir de 1780, a maioria do Estados promulgou a proibição dos juízes de comentar sobre as provas.²²⁷

Uma técnica de controle do júri sobre decisões errôneas, que em tese respeitava a autonomia do júri, formando caminhos colaterais para sua derrogação, era a revisão real de recomendações judiciais para o *pardon* e a comutação que era uma parte regular do procedimento criminal no séc. XVIII, onde em condenações de penas capitais, os jurados, as vezes, recomendavam ao juiz a clemência.²²⁸

O sistema de recompensas enquanto encorajou a persecução de crimes maiores, acreditava-se que aumentou as taxas de absolvição e vereditos parciais. Muitos autores do período atribuíram o modo como a persecução, jurados e juízes se envolveram no procedimento do *pardoning* como reação contra a rápida expansão do “*bloody Code*”. A principal iniciativa para introduzir a transportação vieram dos juízes. Somente em 1718, a *Transportation Act*, veio através do legislativo. A ascensão do aprisionamento como sentenciamento sobre os casos de crimes contra a propriedade veio também da prática jurídica: a introdução de sentenças especificamente estipulando ‘confinamento solitário’ nas

²²⁴ “Como não estou representado por advogado, eu imploro, Senhor, você tomará minha causa em suas mãos”. *Thomas Dempsey et al.*, OBSP (Apr. 1776, ##367-372), at 231-235.

²²⁵ CAIRNS, Advocacy 46, citing, inter ali, *Prosecuting Judges*, 9 Law Times 256 (1847). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 318.

²²⁶ Peter King encontrou que em 1788 o *The Times* apontou que o juiz não deve, quando resumia, fazer “qualquer comentário o qual levaria a desvelar qual era sua opinião no mérito”. KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750–1840: Remaking Justice from the Margins (Past and Present Publications)*. Cambridge: Cambridge University Press. (2006). p. 249.

²²⁷ KRASITY, Kenneth. *The Role of the Judge in Jury Trials: The Elimination of Judicial Evaluation of Fact in American State Courts from 1795 to 1913*. 62 Univ. Detroit L. Rev. (1985). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 318.

²²⁸ *Robert Cross*, OBSP (Dec. 1783, #6), p. 25, 28.

décadas de 1780 e 1790, são encontrados nos registros das *quarter-sessions* de alguns condados. Como aponta Peter King, “os primeiros 40 anos de grande reforma prisional, da construção no novo estilo penitenciário foram essencialmente das *quarter-sessions* ou iniciativas dos condados”.²²⁹

Esse sistema de veredito parcial somente lentamente foi sendo reduzido ao fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, quando a sanção de aprisionamento substituiu o transporte. O moderno sistema de sentença pós-veredito. O movimento de revisão substancial da lei criminal pela racionalização das categorias de ofensas direcionava-se à graduação das sentenças de acordo com a severidade. Por conta que a nova sanção de aprisionamento pôr termo de anos podia ser dividida infinitamente em graus, a questão do sentenciamento transferiu ao juiz o poder de personalizar a sentença ao particular condenado.²³⁰

Por outro lado, a informalidade e as confissões nas jurisdições baixas e intermediárias apresentam uma enorme parcela do poder punitivo do período. Na metade do séc. XVIII, a maioria dos casos de agressão, apresentam a “confissão” com multa depois do acordo para compensar as vítimas. Já em 1820, poucos alegaram sua culpa, porque o aprisionamento ocorria na maioria dos casos. Entre 1748 e 1752, mais de três quartos dos acusados confessaram a ofensa, no entanto, somente 13% o fizeram entre 1819-1821.²³¹ William Blackstone, em 1769, criticava a permissão do acusado conversar com a persecução, antes de qualquer julgamento fosse pronunciado: “certamente é uma prática perigosa, que pode ser confiada à prudência e a discricionariedade dos juízes nas cortes superiores, mas não deve ser permitido nas jurisdições inferiores”.²³²

As agressões foram criminalizadas ao fim do séc. XVIII, onde era basicamente um procedimento civil dirimido por uma compensação ou multa,²³³ por um julgamento criminal que poderia acabar com o aprisionamento, tirando a questão do âmbito privado para uma representação mais estatal. Inclusive, há a notória falta de limites entre procedimentos, plasticidade comum à época, que tornam a negociação um elemento que se desenvolvia sem

²²⁹ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 9.

²³⁰ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press, 2003, p. 60.

²³¹ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 234-235.

²³² BLACKSTONE. *Commentaries*. IV, 356-7. Apud: KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 240-241.

²³³ Tecnicamente, não se permitia às cortes a impor multas até o *Offences Against the Person Act* de 1828, embora frequentemente eles emitissem ‘ordens’ para compensação que eram efetivamente multas. Eles também não tinham poderes para aprisionar embora aprisionassem aqueles incapazes de manterem a paz ou incapazes de garantir que compareciam para julgamento nas altas cortes. KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 234-258.

maiores problemas. Os manuais do séc. XVIII apresentavam que estes casos, que não eram um *felony*, poderiam ser resolvidos pelo procedimento civil ou criminal.²³⁴

Em 1811, há registros da utilização das práticas criminais em questões notavelmente de natureza civil no trabalho dos juízes de paz. Thomas Barton reclamou que Edward Smith não o devolveu um barril o qual o emprestou. No outro dia sem nenhuma satisfação dada por Smith, o juiz expediu um mandado por roubo, e Smith foi levado perante a corte, o qual determinou o pagamento de 5 *shillings* pelo barril e 2 *shillings* pelas despesas.²³⁵

As cortes sumárias, sem autorização prevista por lei, aumentaram sua jurisdição em delitos contra a propriedade, decidindo quais seriam enviados à julgamento e quais seriam dispensados; resolvidos por uma compensação ou com uma sumária prisão. John Beattie apresentou que os acusados por grandes furtos ou pequenos eram sumariamente presos, sem mandado legal, na cidade de Bridewell e nas casas de correção de Middlesex. Na cidade de London, entre 1690 a 1730, há um deslocamento na prática onde a partir de 1780, indica-se que somente uma pequena fração destes casos estavam sendo enviados ao julgamento por júri.²³⁶

A análise do caso geralmente terminava em três etapas da persecução: perante um magistrado, no estágio do *grand jury*, ou um *petty jury* público. Sessões de *petty juries* semanais começaram a ser estabelecidos; magistrados em muitas áreas aumentaram seus poderes discricionários em casos de *felony*, onde os acusados eram primeiros ouvidos por um magistrado e depois, enviados à próxima sessão de *petty jury*, se necessário. Portanto, resolvia-se informalmente, julgava-se ou mantinha o acusado preso para “maior investigação”, sem nenhuma base legal.²³⁷

Em 1837, os manuais insistiam que “se há uma acusação de *felony*, sob juramento, contra o prisioneiro, embora sua culpa apresente-se duvidosa, o juiz não pode dispensá-lo, deve afiançá-lo ou compromete-lo”. No entanto, um proeminente juiz de paz admitiu ao Parlamento que os magistrados “aplicavam a sua sumária jurisdição mesmo contra o espírito

²³⁴ “Não há dúvidas que o infrator é sujeito tanto a uma ação por litígio da parte, onde deverá arcar pelos danos; e também por uma acusação por litígio do Rei, onde deverá ser multado de acordo com a hediondez do crime”. BURN, Richard. *The Justice of the Peace and Parish Officer*. (London, 1766; 10th edn), p. 100. Apud: KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 229.

²³⁵ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 28.

²³⁶ BEATTIE, John. *Policing and Punishment in London, 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror*. Oxford University Press, (2001). Apud: KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 8.

²³⁷ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 8-9.

ou a letra da lei... assumindo o poder de adjudicar casos”. Em 1847, uma série de leis transferiram os casos de pequenos furtos para as cortes sumárias, sendo neste século o período onde o Parlamento tornou-se mais dominante no processo de produção da lei, restringindo a discricionariedade judicial.²³⁸

Portanto, a informalidade da negociação sempre esteve presente no poder punitivo inglês, e neste período encontra uma ampliação da discricionariedade por uma resolução sumária por estes magistrados, nos casos de crimes de menor seriedade. Embora no âmbito do procedimento das *felonies* há a notória transferência do domínio do julgamento para as partes representadas profissionalmente, neste outro âmbito, o juiz buscava uma rápida disposição, ainda utilizando-se amplamente de uma livre discricionariedade que iria perder no futuro breve.

2.4. A VOLUNTARIEDADE DAS CONFISSÕES NO PERÍODO FORMATIVO DO SISTEMA ADVERSARIAL.

O direito no séc. XVIII não era ainda um código logicamente formulado, como não havia uma sistematização completa da hierarquia das cortes que assegurava consistência. Como aponta Peter King, “o direito e a estrutura das cortes era mais caótica e confusa, menos recortada e dissecada, que uma perspectiva positivista pressuporia”. As leis eram aplicadas conforme estas jurisdições entendiam que eram eficientes, como ao mesmo tempo, algumas práticas gradualmente solidificavam-se, e posteriormente, eram legisladas pelo Legislativo.²³⁹ Por isso, é imprescindível entender a importância dessas jurisdições menores e a influência da prática na lei ao início da modernidade; como, sem dúvidas, na posterior sistematização do *plea bargaining*.

Essas cortes sumárias apresentavam grande margem de manobra na sua autonomia de como a justiça era feita, era área de menos atuação profissional, e raramente suas decisões eram apeladas. As *quarter-sessions* em corte aberta já eram mais próximas à lei formal, mas exercia, mesmo assim, alguma autonomia. Como afirma Peter King, “os magistrados do séc. XVIII e XIX, com certeza compartilhavam uma característica bem importante – uma opinião bem flexível do que pode ser, grosso modo, chamado de *rule of law*”. Embora muitos

²³⁸ O positivismo legal o qual, definido sumariamente, vê a lei como um sistema lógico e formal de regras e tende a basear sua visão no todo, de modelo de lei estatutária, teve maior influência na filosofia do direito desde o séc. XIX. KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 9, 38

²³⁹ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 38.

defendessem a importância retórica e teórica do direito de todo homem inglês, ao julgamento por júri, da inocência até provada a culpa ou da igualdade perante a lei, “o que vemos na prática mostra muito pouca preocupação com essas delicadezas”. Cada vez mais acusados por *felony* não eram levados a julgamento por júri; tentativas de prevenir que juízes mantivessem suspeitos para “maior investigação” eram denegados; pessoas “ociosas e desordeiras”, como “ladrões de reputação” ou sob posse de madeira, chumbo ou qualquer outro material industrial, não eram tidas pela assunção de inocência.²⁴⁰

Historicamente, práticas extralegais como o *compounding* possuem um enorme histórico nas jurisdições intermediárias e baixas; demonstrando um rastro que o *plea bargaining* é uma espécie de variadas práticas com similaridade, com uma ancestralidade comum, e que evoluíram através do tempo e da formação histórica do direito anglo-saxão, até encontrarem-se e formarem um instituo apto a concentrar-se no centro de um sistema criminal da *common law*.

Albert Alschuler cita que os primeiros tratados da *common law* como a de *Glandill's* de 1189, de *Brancton's* de 1250, e de *Britton's* de 1290, falham em mencionar qualquer procedimento que guarde semelhança com o *guilty plea* (alegação de culpa),²⁴¹ e essas confissões parecem extremamente incomuns no período medieval.

Mesmo com o desencorajamento, o formal requerimento de que o *guilty plea* deveria ser voluntário é, ao menos, tão antigo quanto o primeiro tratado inglês devotado exclusivamente ao direito criminal - *Stoundforde's Pleas of the Crown* – publicado em 1560, declarando que o *guilty plea* resultante de “medo, ameaça, ou coação” não deveria ser registrado. Meio século depois, Ferdinando Pulton escreveu que o *plea* deve “proceder livremente, e da boa vontade do acusado”.²⁴²

Albert Alschuler aponta que as cortes articularam a concepção do conceito de voluntariedade exclusivamente em casos envolvendo confissões fora da corte, com princípios desenvolvidos para esses casos, sugerindo uma latente incompatibilidade entre *plea bargaining* e concepções tradicionais da *common law*. Um dos casos notórios de confissão na Inglaterra foi o já citado *Rex v. Warickshall*, o qual em 1783, sustentou que qualquer

²⁴⁰ KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006, p. 56.

²⁴¹ “De fato, enquanto o fenômeno legal que nós chamamos de *guilty plea* existe há mais de oito séculos, o termo tornou-se de uso comum somente há um século. Durante os 700 anos prévios, o que nós chamamos de *guilty plea* era simplesmente chamado de confissão”. ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 13.

²⁴² STAUNDFORDE, W. *Stauforde's Pleas of the Crown*. (London 1560); PULTON, Ferdinando. *De pace regis et regni* 184 (London 1609), p. 176; Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 12.

confissão obtida “por promessas de favorecimento” deve ser inadmissível. Logo, qualquer confissão “obtida por uma direta ou implicada promessa, não importa o quão discreta, não pode ser recebida como prova”.²⁴³

Os tratados da *commom law* revelam que a “confissão judicial” não era considerada como um *plea*, no sentido da declaração em audiência inaugural pública que determina o curso do processo jurisdicional. Os tratados antigos continham elaborados catálogos de *pleas* que o acusado poderia oferecer em um caso criminal, mas esses catálogos não mencionavam os *pleas of guilty*. Somente nas seções de provas, como uma confissão, os autores descreviam o que é, hoje em dia, conhecido como *guilty plea*.²⁴⁴ Até meados da metade do século XIX, os tratados seguiam o mesmo padrão, inclusive os norte-americanos, exemplo o de Francis Wharton, que sobre a acusação formal e *pleas* não se referia ao *guilty plea*, mas na parte das provas criminais descrevia as “admissões judiciais” como uma forma de confissão.²⁴⁵

Quando os primeiros tratados classificaram o *guilty plea*, indicava-se a extrema relutância das cortes para aceitá-las, exemplos o de Ferdinando Pulton que escreveu em 1609, que o “*plea of not guilty* era o mais comum e usual *plea* e que recebia grande privilégio da lei” e o de Sir Matthew Hale, que em 1680, escreveu que “quando o acusado em audiência de sua acusação formal... confessa, isto é uma condenação; mas é comum para a corte avisar à parte para declarar-se inocente e colocar-se em julgamento, e não registrar sua confissão no momento”.²⁴⁶

O caso de Stephen Wright em 1743 é demonstrativo das expectativas de um acusado em um *guilty plea* no contexto do período. Stephen Wright anunciou que iria alegar a sua culpa por roubo em ordem “de poupar à corte o trabalho, e expressou esperança que a corte e o júri pudesse recomendar a comutação da sentença com pena de morte pelo crime”. A corte respondeu que não poderia levar em conta qualquer circunstância favorável a não ser com o julgamento do caso, assim, Stephen Wright seguiu à julgamento.²⁴⁷

²⁴³ A corte declarou que “uma confissão forçada pela concepção de falsa esperança, ou pela tortura do medo, vem de maneira tão questionável... que nenhum crédito deve ser dado”. *Rex v. Warickshall*, 1 Leach 263; (1783) 168 ER 234.

²⁴⁴ “O trabalho de John Frederick Archbold é típico. Confissões, são de quatro tipos: confissões extra-judiciais; confissões durante o interrogatório preliminar do magistrado; confissões que nós chamaríamos de *pleas of nolo contendere*; e confissões que nós chamaríamos de *plea of guilty*”. ARCHBOLD, John Frederick. *Pleading and Evidence in Criminal Cases*. 73 (1st Am. ed. 1824). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 13.

²⁴⁵ WHARTON, Francis. *Law of Evidence in Criminal Issues*. § 638 (8th ed. 1880). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 13.

²⁴⁶ HALE, Matthew. *History of The Pleas of The Crown*. 225 (S. Emlyn ed. London 1736); PULTON, Ferdinando. *De pace regis et regni* 184 (London 1609); Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 8.

²⁴⁷ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 9.

Porém, a questão não é tão linear assim. Para além dos elementos de uma prática que milenarmente reconhece-se em qualquer sistema jurídico-penal como a forma de resolução mais direta e prática, os contornos do que viria a ser o *plea bargaining* já vinha desenvolvendo-se esparsamente, onde a prática do *compounding*, a utilização da *testimony of the Crown witness* (testemunha da Coroa), do *charge bargain* e do *sentence bargain*, todas são registradas no períodos formativo do sistema adversarial inglês.

George Fisher comprova que em Middlesex, nos Estados Unidos, os procuradores públicos foram os mais importantes atores judiciais na origem do *plea bargaining* sistêmico, em razão da busca pela “vitória” rápida sob a pressão que adveio do crescimento de volume de casos e apenas meio período de trabalho remunerado. Portanto, não teria ocorrido anteriormente na Inglaterra porque no período, o único oficial no Reino com a autoridade a entrar com um *nolle prosequi*²⁴⁸ e acabar com a persecução era o procurador geral. Como este somente atuava em ofensas contra o Estado, não havia autoridade nas Cortes que poderia acabar sumariamente com a persecução e reduzir as acusações em troca pelo *guilty plea* do acusado.²⁴⁹

Na Inglaterra, o autor apontou que a persecução/vítimas de crimes no século XVIII tinham três incentivos principais para uma barganha: 1) tinham que considerar frequentemente os custos do transporte das testemunhas, onde mesmo se a corte após reembolsasse os custos, havia enorme dificuldades; 2) o tempo de espera para ocorrer o julgamento;²⁵⁰ 3) o natural risco de derrota, pois mais de um terço das persecuções em *Old Bailey* terminavam em absolvições.²⁵¹

Portanto, as vítimas de crime barganhavam da maneira que podiam com seu poder limitado. Mesmo sem o *nol pros* eles tinham uma maneira de recompensar aqueles acusados que escolhiam pela barganha, simplesmente não comparecendo para julgamento, desse modo, garantindo a decisão de absolvição.²⁵² Embora a frequência não seja clara, o *compounding*

²⁴⁸ Expressão latina que significa “desejo de não exercer persecução”. Na *Commonwealth* e na *common law* americana, é usado nas declarações do procurador público que estão voluntariamente finalizando um caso criminal antes do julgamento ou antes do veredito; é um tipo de moção para dispensar.

²⁴⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1018-1019.

²⁵⁰ Mesmo que os julgamentos fossem instantâneos, vítimas e suas testemunhas esperavam horas e talvez dias para que seu caso fosse chamado, e tempo custa dinheiro, tanto em dinheiro que não entra e no dia extra para hospedar a testemunha. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1019.

²⁵¹ 36% das persecuções terminavam em absolvições em 1715 e 43% em 1774. *The Proceedings of the Sessions of the Peace, and Oyer And Terminer, for the City of London, & County of Middlesex*. [hereinafter OBSP] (London. Joseph Gurney 1758) (1715; Apr. & Sept. 1774). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1019.

²⁵² “Os procuradores do caso foram chamados, mas não compareceram... absolvido”. *Regina v. Jeremiah Stamford*, OBSP, (Feb. 23, 1780, No. 3, Pt. 3); “Não havia procurador, ela foi absolvida”. *Regina v. Sarah Jackson*, OBSP, (Jan. 14-17, 1715).

ocorria intensamente. Naturalmente, as vítimas de crimes graves possuíam maior desejo de justiça em comparação a um montante de dinheiro, inclusive as autoridades condenavam essa maneira de resolver os casos como contrário aos interesses públicos, tornando a composição dos *felonies* fora da corte, ou “*compounding*”, um crime.²⁵³

Charles Cottu citou as “incríveis transações” que testemunhou nos casos de falsificação na Inglaterra. A prática consistia em advogados dos bancos vítimas apresentarem duas acusações contra os falsificadores; uma acusação com previsão de pena capital de falsificação, e a outra acusação sem previsão de pena capital, de posse de notas falsas com intenção de emissão. Os arguidos que alegavam sua culpa pela última acusação eram sentenciados pela corte a uma pena de transportação à colônia penal na Austrália. Quando a falsificação com pena capital prosseguia a julgamento, o advogado do banco anunciava que não havia testemunhas, e o júri absolvía o arguido.²⁵⁴

Portanto, a ocorrência do que viria ser um amplo sistema de barganha era, ainda, uma exceção na Inglaterra, mas não inexistente, porque claramente tratava-se de um esboço primitivo do *charge bargaining* (barganha sobre a acusação). Não por ausência de incentivos à barganha – pois os advogados dos bancos tinham, como também as vítimas de agressão e furto que protagonizavam o *compounding* – mas “porque os procuradores privados do sistema de acusação inglês, não possuíam as ferramentas legais e o *know-how* para desenvolvê-lo”. Além do mais, a notoriedade da prática seria uma terceira questão que impediria seu desenvolvimento em London, como também o baixo crescimento do volume processual, abaixo de 1% ao ano, entre 1715 a 1774.²⁵⁵

Havia outra prática que ocorria em Manchester, uma corte que possuía um perfil de volume processual bem diferente do *Old Bailey* e que operava em relativa obscuridade, longe da notoriedade do *Old Bailey Sessions Paper*. Os magistrados de Manchester presidiam na corte sessões de *petty jury*. A evidência de *sentence bargaining* surge de um padrão de sentença em casos de furto insignificantes com previsões de pena de 7 anos de transportação ou de 2 anos na casa de correção.

De 1774 a 1797, os magistrados sentenciaram 516 pequenos furtos. De 369 que escolheram ir a julgamento e perderam, a justiça sentenciou 170 à transportação. Mas dos 147

²⁵³ BLACKSTONE, William. *Commentaries* *329, p. 133. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1020.

²⁵⁴ COTTU, Charles. *De l'administration de la justice criminelle en angleterre, et de l'esprit du gouvernement anglaise*. 99 (Arno Press 1979) (1822); Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1020.

²⁵⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1021-1022.

que alegaram culpa, a justiça não sentenciou nenhum à transportação e encarceraram poucos. Como a média da pena à casa de correção por pequenos furtos raramente excediam a 9 meses, e como a perspectiva de atravessar o oceano poderia ser aterrorizante somado aos 7 anos de servidão penal, apresenta-se um enorme benefício aos acusados que alegaram a culpa.²⁵⁶ Esta prática, sem dúvidas, apresenta-se como um *sentence bargaining* (barganha sobre a sentença) que posteriormente seria sistematizado no último terço do séc. XIX, nos Estados Unidos.

George Fisher apresenta uma tábua do crescimento do volume de casos perante a corte de Manchester com um crescimento explosivo de *guilty pleas*. Em 1774, o número de pessoas condenadas por pequenos furtos foi de 42, com total de 3 *guilty pleas*, sendo 7% dos casos. Já em 1796, 174 pessoas foram condenadas, com total de 80 *guilty pleas*, sendo 46% dos casos.²⁵⁷

O autor aponta que não somente o alívio do volume de trabalho teria levado à prática, como é possível que uma alteração nas bases principiológicas tenham conduzido às barganhas. Como grupo, os magistrados acreditavam ardentemente na prisão como um lugar de reforma. Podia-se entender que esses acusados que confessavam sua culpa eram melhor “material” para um regime reformatório do que aqueles que eram condenados sob julgamento. Tal crença ajuda a contabilizar o largo crescimento na proporção de *guilty pleas* que seguiram à abertura em 1790, das novas casas de correção, designadas de acordo com os princípios reformistas mais modernos.²⁵⁸

Portanto, pelo exposto neste capítulo, é notório o respeito e a imprescindibilidade da manifestação clara e inequívoca da confissão ser voluntária, sem ardis de promessas e da coerção pelas ameaças, sejam elas em qualquer grau no âmbito dos *felonies* com previsão de pena capital. Qualquer manifestação nesse sentido em corte pelo acusado, era publicamente manifestada a reprovação da prática, e se restasse comprovada através da vítima/procurador e do contra interrogatório das testemunhas da acusação como da defesa, a ocorrência de qualquer dessas hipóteses, a prova não podia ser recebida, restando a absolvição.

Porém, há evidências de contornos do *charge bargain*, inclusive no *Old Bailey* nos casos de falsificação e da pena de transportação, e de *sentence bargaining* em Manchester

²⁵⁶ As publicações do Manchester Mercury, um dos principais jornais locais, apenas apresentavam relatórios sumários, como os nomes dos chamados perante a corte, e o resultado do julgamento, culpado ou inocente. Então, não haveria a preocupação dos magistrados do público ver em detalhes, as práticas usuais de julgamento. FISHER, George. *The Birth of the Prison Retold*, 104 YALE L.J. 1235, 1252 n.62 tbl.5, (1995), p. 1265.

²⁵⁷ FISHER, George. *The Birth of the Prison Retold*, 104 YALE L.J. 1235, 1252 n.62 tbl.10 (1995).

²⁵⁸ FISHER, George. *The Birth of the Prison Retold*, 104 YALE L.J. 1235, 1252 n.62 tbl.10 (1995), p. 1260-1276.

ligada à uma base principiológica pela casa de correção, como da antiga prática do *compounding* desde os *misdemeanors*, deslocando-se a alguns casos de *felonies*, e toda uma informalidade bastante antiga na punição das inúmeras outras jurisdições.

De toda a sorte, a formulação da jurisprudência que cristalizou o desenvolvimento do que seria a voluntariedade de uma confissão no período, são para os casos de confissões fora da corte, por conta dos riscos de perjúrio que o (sobre)incentivo dos sistemas de recompensas e do testemunho da coroa tinham criado na condenação de inocentes. A própria formulação do *guilty plea* como um meio de prova nos tratados deste período e nos séculos anteriores seguem um sentido inequívoco. O julgamento deveria ocorrer independente da ausência de desejo do acusado se defender, o que ocorria geralmente pela falta de esperança e pedidos de misericórdia. Uma possibilidade de *pardon* ou de uma sentença mitigada somente eram possíveis com o julgamento e o esclarecimento dos fatos.

A tradição institucional do judiciário (que sofreu uma drástica reformulação no período da Reconstrução) talvez não se apresentasse passível de tamanha infiltração na Inglaterra do séc. XVIII - da formulação do *guilty plea* com uma negociação anterior do elemento performativo do *plea*, de modo a evitar o julgamento. Como veremos, foi uma construção lenta e gradual que levou esse momento performativo a tornar-se um ponto de gargalo, que se transformaria nos próximos séculos em um instrumento central do sistema criminal de justiça americano para não realizar a adjudicação pelo júri e, principalmente, exercer o controle social.

Importante atentar-nos às críticas de John Langbein, pois este trabalho tem sua razão na desconstrução crítica de um instituto – *plea bargaining* - que possui elementos de ancestralidade comum tanto no período medieval inglês como no procedimento eclesiástico medieval europeu, mas que se transmutou e se organizou em um único sistema, a partir da abertura de conceitos sobre o procedimento, e que são congênitos ao seu desenvolvimento do séc. XVIII.

O sistema adversarial como qualquer sistema, tem seus problemas congênitos, os quais podem servir de reflexão. E a principal apontada pelo autor é a busca da verdade como um “sub-produto”.²⁵⁹ Para o autor, a questão é que a dinâmica do processo adversarial de partes possui seu elemento central na vitória, e não na verdade. Portanto, a crítica do autor apresenta-se sobre a má-prática ou o lado negativo de um procedimento de disputa entre

²⁵⁹ O autor assinala que é um sistema que pressupõe que “a verdade irá de alguma maneira emergir quando ninguém está a cargo de o procurar”. LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 332-333..

partes que se utilizarão de qualquer vantagem possível para seus interesses onde o juiz que se encontra ignorante aos fatos e sem qualquer poder sobre a investigação nada pode fazer. Embora a crítica ao problemático termo da verdade real seja mais do que prolífico no direito continental,²⁶⁰ há questões importantes a retirar destas conclusões.

Embora o efeito vitória possa ter sido mais exasperado em um sistema em que a perseguição exercia-se entre cidadãos, ou amadores, a profissionalização das procuradorias pelo Estado nesses sistemas da *common law* apresentam os efeitos comuns da formação de um poder, ao lado da jurisdição, que exerce a função de aplicar uma política criminal, e que tornam toda a questão da verdade no processo penal, mais do mesmo: preenchimento desta “ausência”, ou da “verdade”, com elementos narrativos que a sinalizam na premissa persecutória, buscando a condenação do acusado tido como inimigo.²⁶¹ O respeito às regras procedimentais conformaria o obstáculo que justamente foi defasado – o julgamento - no sistema que se conformaria como *plea bargaining*.

No séc. XVIII, isto foi uma consequência do julgamento criminal no período da ‘*Bloody Code*’, porque “muita verdade, trazia muita morte”. No período de formação desse sistema adversarial são amplos os exemplos dos procuradores e escrivães sendo coniventes para formularem acusações como furtos simples, ou variações de crimes previstos sem a pena capital, jurados desqualificando ou desvalorizando os bens de modo a tirar o caso do âmbito da pena capital.²⁶² As regras de exclusão de provas, especialmente a regra de corroboração e confissão, e o *standard* do *beyond any reasonable doubt*, todos eram para assegurar que não somente deveriam ser evitados as condenações de inocentes, como também “de alguns culpados”.²⁶³ A partir da desestruturação das penas capitais no séc. XIX e a formação das procuradorias pelo Estado, conformou-se uma estrutura do poder punitivo que melhor individualizaria o castigo. Mas a estrutura do procedimento se manteria.

²⁶⁰ Para um panorama completo sobre o tema, ler KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal. Para Além da Ambição Inquisitorial*. Ed. Letramento, 2ª Ed., 2016.

²⁶¹ KHALED JR., Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal. Para Além da Ambição Inquisitorial*. Ed. Letramento, 2ª Ed., 2016, p. 524-529.

²⁶² Um jurado disse a um comitê do Parlamento que investigava a punição capital em 1819: “A maioria dos jurados em casos não marcados com qualquer particular atrocidade, são desejosos de descobrirem alguma circunstância a favor dos prisioneiros; são desejosos de o avaliarem a menor circunstância favorável ou sombra de dúvida”. *Report from the Select Committee to Consider of so Much of the Criminal Law as Relates to Capital Punishment in Felonies*. (London 1819) (8 Parliamentary Papers). In: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 335.

²⁶³ “Eles são indiferentes se, entre os reais culpados, tais serão condenados ou absolvidos. [...] aquele ardoroso desejo na França para encontrar a verdade, pelo qual a Inglaterra exhibe tanta indiferença”. COTTU, Charles. *De l'administration de la justice criminelle en angleterre, et de l'esprit du gouvernement anglais*. 99 (1822), p. 92. In: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 336.

A dinâmica adversarial em seu formato original, traz grande abertura para a distorção e supressão de prova, permitindo o contra interrogatório abusivo, a privatização investigatória. Continua atual a reclamação comum à época, de uma condenada à morte por falsificação no *Old Bailey* em 1757: “eu não tenho 6 *penny* para pagar a um porteiro, que dirá os honorários de um advogado. Eu irei morrer porque sou pobre...”.²⁶⁴ O *plea bargaining*, parece, inclusive, uma distorção natural da essência adversarial, que em decorrência do próprio adversarialismo exasperado de um julgamento por júri, não pode ser adotado a todos os casos.

Não foi desenvolvido com ponderação sistêmica; são uma série de medidas para supostamente nivelar as vantagens da persecução, que já possuía um decisivo aparelho público para condenar à época, como se observará no próximo capítulo, embora, a formação política e estatal da Inglaterra, “não compreender que a investigação criminal pode ser um bem público”.²⁶⁵

A questão central é que o procurador herdaria todo o poder discricionário de uma persecução privada, com um sistema de investigação *pretrial* e do procedimento de julgamento que afasta totalmente o juiz e o coloca nas mãos das partes, e que posteriormente, como o *plea bargain* seria elaborado não como uma confissão, mas como uma “admissão legal suficiente que satisfazem as elementares de um crime” – portanto, supostamente, menos que confissões²⁶⁶ - fixou-se baseada em pouquíssimas informações no registro fático.

Tornou-se um sistema que condena abaixo de qualquer *standard* probatório mínimo que a sanção criminal deveria possuir. Autores como Brandon Garrett defendem que as admissões de culpa deveriam ser mais informadas e detalhadas, com audiências preliminares mais robustas. Porém, tais questões envolvem, como sempre, mais recursos mais tempo e menos calendário em dia, justamente, poderosos interesses por trás do *plea bargain*.

Quanto à discussão sobre se teria natureza confessional, realmente o *plea bargaining* difere de um ritual que busca a produção da verdade, extorquida do corpo e “gêmea sinistra da tortura”,²⁶⁷ que se estendeu das cortes eclesiásticas às cortes criminais na Europa continental e posteriormente às colônias (e que existiu por um tempo na Inglaterra). O sistema de condenações não apresenta essa busca cega pela “verdade”, pelo contrário, justifica-se esse

²⁶⁴ Eleanor Eddacres, OBSP (July 1757, #285), at 263, 269.

²⁶⁵ LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003, p. 333.

²⁶⁶ “O *plea bargain* não é uma confissão ou uma admissão de culpa, ele é muito mais uma espécie de declaração do tipo ‘eu fiz isso’, sendo o ‘isso’ a definição legal do crime, mas não o que foi realmente feito, como foi praticado ou o motivo pelo qual foi praticado”. GARRETT, Brandon. *Por que Plea Bargains Não São Confissões*. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo Blanch, 1ª Ed., 2019, p. 66.

²⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I. A Vontade de Saber*. 13ª Ed, Graal, 1988, p. 57-58.

sistema de admissão de culpa por questões extraterrenas à justiça, como orçamento, tempo, calendário, eficiência.

Mas por outro lado, pode ser pior, como perfeitamente define o julgado em *Kercheval v. United States*, de 1927, “uma admissão de culpa difere em propósito e efeito de uma mera admissão ou uma confissão extrajudicial; ela é uma condenação em si”.²⁶⁸ A partir dali nada mais é requerido, portanto, é conclusivo.²⁶⁹ Essa é a racionalidade sistêmica do *plea bargaining*. Ao fim, não é um resultado imprevisível. Sua informalidade não é acidental.

²⁶⁸ *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220, 223 (1927).

²⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro*. Ibccrim, São Paulo, 2015, p. 63.

PARTE II

3. FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA E O SISTEMA CRIMINAL NORTE-AMERICANO NO PERÍODO COLONIAL E PÓS-INDEPENDÊNCIA.

Como visto até aqui, todo o instrumental já estava à disposição, com evidências históricas. Se o material já estava disponível, o que moldaria tal prática seria a formação cultural político-jurídico que os americanos apresentariam para “seus próprios problemas”. Assim, antes de adentrarmos ao desenvolvimento do instituto em um próximo estágio, interessante abordar esse período de intercâmbio entre colonizador e colônia, e onde a ruptura produziria uma formação cultural apta para a aplicação irrestrita do *plea bargaining*.

Basicamente fundindo-se com a própria história americana, o *Calvin's Case*²⁷⁰ de 1608 é apontado como a primeira manifestação de vigência da *common law* nas colônias independentes (Jamestown e Virginia, em 1607; Plymouth em 1620; Massachusetts em 1630; e New York fundada por holandeses passa a ser inglesa). Em um período em que a *common law* moldava o conceito de ‘Império da lei’, a formulação do direito assinalava a importância impar que os juízes ofereceram na construção do constitucionalismo inglês e ao formato de Estado de Direito.

Se durante um século a vigência da *common law* foi pacífica sob um desenvolvimento retroalimentado por conotações religiosas do puritanismo;²⁷¹ em uma sociedade que não possuía uma aristocracia jurídica como a Inglaterra, mas um direito “popular”, de “pequenas Teocracias”,²⁷² no séc. XVIII, com a secularização do saber projetada pelo iluminismo continental, inicia-se um procedimento de afastamento inevitável para realidades tão distintas, que formariam a polêmica entre *common law* e o direito escrito.

²⁷⁰ Também conhecida como *Case of the Postnati* foi uma decisão legal inglesa estabelecendo que uma criança nascida na Escócia, após a união das Coroas sob James IV e I em 1603, era considerado para a *common law* um sujeito inglês e titular dos benefícios da lei inglesa. *Calvin's Case* foi eventualmente adotado pelas cortes nos Estados Unidos, e o caso tomou um importante papel em designar a regra americana sob o direito de nascimento da cidadania via *jus soli*. Entretanto, o caso foi também citado prevendo justificção legal para a restrição de direitos legais aos americanos nativos seguindo sua crescente conquista ou confinamento em reservas pelas forças coloniais da América do Norte. SÉROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*. Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 81.

²⁷¹ Os peregrinos foram os primeiros dos muitos protestantes que vieram à Nova Inglaterra com a intenção de criar sua própria comunidade santa. Para esses reformadores, que queriam seguir mais de perto os ensinamentos da Bíblia, a Inglaterra não parecia ser mais suficiente pura. A Igreja da Inglaterra era protestante, mas seus membros (chamados anglicanos) ainda celebravam o Natal e os dias santos. A Igreja Anglicana era governada por arcebispos que usavam belas vestes de seda. Os verdadeiros pastores, insistiam os reformadores, deveriam usar trajes simples e celebrar cultos de acordo com o “padrão primitivo das primeiras igrejas”. Os anglicanos zombavam dos reformadores, chamando-os “puritanos”. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 41.

²⁷² FRIEDMAN, Lawrence. *Breve Historia del Derecho Estadounidense*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 24.

Nesse período de fundação das colônias, foi implementado o mesmo sistema inglês, dos juízes de paz, em quem os reformadores puritanos depositavam sua fé pela reforma da sociedade.²⁷³ Hugh Peter, que foi a Massachusetts na Grande Imigração de 1630, escreveu no prefácio de seu tratado sobre a reforma através da lei, que “muitos *common-wealths* subsistem sem uma religião verdadeira; mas sem justiça, nenhuma *common-wealth* pode subsistir; por isso, é o mais imediato ofício do Magistrado, ver a justiça executada”. Assim, ele previa como essencial que “em cada cidade, município, região, apontem-se 5, ou 7 homens capazes, para determinar as controvérsias de dívidas e queixas”.²⁷⁴

De forma rápida e sob o pilar da *common law*, vai se desenvolvendo nas treze colônias um direito bastante primitivo, em que a Bíblia será com frequência a fonte de referência jurídica e onde nascerão códigos parciais na administração da justiça, como o de Massachusetts de 1634.²⁷⁵ A fervorosidade religiosa é a marca da fundação dessas colônias, exemplo a colônia de Plymouth,²⁷⁶ onde apenas membros da igreja podiam votar nas eleições, pois entendiam os puritanos que entre os membros da igreja deveria incluir-se apenas os salvos, e não todos da comunidade. Qualquer um que professasse ideias que levassem à “destruição da alma dos homens” era banido da colônia; se regressasse, teria a língua perfurada com ferro quente ou seria enforcado.²⁷⁷

A disciplina social ia às raias da violência indiscriminada, trazendo enorme discordância no próprio seio do puritanismo, exemplo Hartford, em Connecticut, que foi fundada por puritanos que acreditavam que as autoridades de Massachusetts eram rígidas demais; ou New Haven, por aqueles que pensavam que não eram rígidas o bastante. Rhode Island é marcada por ser a colônia de Roger Williams, que professava que as atividades do

²⁷³ A tarefa de moderar e restringir os não-regenerados iria requerer cada ferramenta disponível aos puritanos. A disciplina eclesiástica era um método, mas era reconhecido que a verdadeira reforma requeria que os puritanos “levantassem a espada para defender a palavra” da Escritura e reforma. Onde foi dirigido aos juízes de paz do condado que “Ministros são a boca da Igreja, e onde vemos abusos... devemos reprovar e reclamar. Você tem o poder de correção. A ajuda mútua pode trazer melhores resultados na reforma”. KONIG, David Thomas. *Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892*. The University of North Carolina Press, (1979), p. 5.

²⁷⁴ Membros da Massachusetts *Bay Company* tinham direta experiência com a comissão de paz que era exercida nos condados ingleses e bairros. Richard Bellingham tinha sido juiz de paz em Lincolnshire, e John Winthrop em Suffolk, e sido *register* em Norwich. KONIG, David Thomas. *Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892*. The University of North Carolina Press, (1979), p. 18-19.

²⁷⁵ SÉROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*. Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 81.

²⁷⁶ É um fato incontroverso que a lei substantiva das colônias da New England não seguiram somente os padrões da *common law* inglesa. Como em Plymouth, algumas práticas do ‘costume local’ inglês encontraram seu caminho no sistema de Massachusetts. Os magistrados de Massachusetts sentiam-se livres para “adaptar normas legais que em suas mentes seriam mais eficazes aos propósitos pelos quais as colônias foram fundadas”, e como resultado “a lei não era estática, mas... experimentações, conveniência, como pressões sociais e econômicas continuamente influenciavam seu crescimento”. KONIG, David Thomas. *Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892*. The University of North Carolina Press, (1979), p. 37.

²⁷⁷ DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 42.

governo deveriam ser totalmente separadas da igreja.²⁷⁸ Por óbvio, uma grande parte desses indivíduos que migraram para o Novo Mundo não eram reformados e submissos a esse tipo de autoridade, portanto, sempre houve refutação dos ideais comunitários por uma parcela da sociedade.

Desde tal período, nas Colônias já se apresentava manifesta a polêmica sobre o caminho que a tradição jurídica americana iria percorrer na busca por uma definição própria nos sistemas jurídicos: continuar estendendo o sistema de código e fazer do direito norte-americano um direito escrito ou afirmar solenemente a primazia da *common law* como referência jurídica incontestável. Até então a *common law* triunfaria pela origem inglesa dos colonos do período.

Morton Horwitz em sua obra “*The Transformation of American Law, 1780-1860*”, pode ser fundamental para as conclusões do porquê o *plea bargaining* é parte integrante – mesmo que oculto, ao princípio - de uma cultura jurídica própria que desenvolveu-se nos Estados Unidos, respondendo a interesses e idiosincrasias próprias, que no período da Revolução, encontrou-se em meio à uma luta sobre as fontes do direito.

A ideia do “*law is politics*” sempre esteve no epicentro da formação constitucional americana, sendo um dos pilares que aproximou o direito e a política das conotações e realidades regionais, contrapondo a formação de um centro todo-poderoso e distante. No *Federalist Papers*, James Madison, Alexander Hamilton e outros notórios políticos já demonstravam essa identidade na formação da Constituição, que “não é a glória do povo da América, que enquanto prestaram consideração às opiniões de tempos antigos e outras nações, não se subjugaram a uma cega veneração pela antiguidade, pelos costumes, que prevalecesse sobre seu bom senso e as lições de sua própria experiência?”.²⁷⁹

O Justice²⁸⁰ Joseph Story, que foi ministro da *Supreme Court*, de 1812 a 1845, em decisão afirmava que “a verdadeira glória da *common law* é a sua flexibilidade, e sua constante expansão através das exigências da sociedade”. Outra decisão anterior, da *Pennsylvania Supreme Court*, em 1813 já apontava nesse sentido:

Quando nossos ancestrais emigraram da Inglaterra, eles trouxeram os princípios ingleses como lhes era conveniente para a situação aos quais estavam se colocando. Levou tempo e experiência para apurar quanto do direito inglês seria adequado para este país. Por graus, enquanto as circunstâncias demandavam, adotamos os hábitos

²⁷⁸ DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 43-44.

²⁷⁹ *The Federalist No. 14* at 72 (James Madison) Michael Lloyd Chadwick ed., Global Affairs, 1987. Apud: ALSCHULER, Albert. *Law Without Values*. The University of Chicago Press, 2000, p. 95.

²⁸⁰ *Justice* é a designação aos ministros das Cortes Supremas. STORY, Joseph. *Value and Importance of Legal Studies*. (1829). Apud: ALSCHULER, Albert. *Law Without Values*. The University of Chicago Press, 2000, p. 97.

ingleses, ou substituímos por outros mais adequados para nossos desejos, até que, depois da Revolução, formamos um sistema próprio.²⁸¹

Durante os oitenta anos após a Revolução americana de 1776, a transformação do sistema legal proporcionou a emergentes grupos comerciais e empresariais a ganhar uma parte desproporcional das riquezas e poder na sociedade americana. Era a imediata desintegração de uma vida igualitária concebida no período da Revolução. Durante o século XVIII, as regras da *common law* não eram consideradas como instrumentos de mudança social, onde deveriam decorrer de alterações legislativas;²⁸² mas ao séc. XIX, a principal diferenciação com os juízes do século passado, era a extensão pelo qual os juízes da *common law* vieram a tomar parte central em direcionar as mudanças sociais.²⁸³

Embora a origem da mudança legal possa ter sido alavancada pelas novas forças econômicas, a perspectiva instrumental do direito projetou-se seguidamente em ordem a encorajar as mudanças sociais, que se encontravam nas forças políticas do período. No período anterior à Revolução americana, a base da *common law* era compreendida como a “lei natural”,²⁸⁴ em conjugação com as leis dos Estados. 11 das 13 Colônias adotavam diretamente ou indiretamente algumas provisões da *common law*, como também algumas poucas leis britânicas.²⁸⁵ O ataque a uma concepção unitária da *common law* constituía a fundação de um ataque mais generalizado, sobre a imprevisibilidade e insegurança deste.

Iniciou-se por volta de 1780 e alcançou seu ponto mais alto na primeira década do século XIX. Os juristas americanos conseguiram depor à *common law* do seu lugar intocável que ocupou na jurisprudência da geração revolucionária. St. George Tucker escreveu em sua

²⁸¹ *Guardians of the Poor v. Greene*, 5 Binney 554 (Pa 1813). Apud: ALSCHULER, Albert. *Law Without Values*. The University of Chicago Press, 2000, p. 96.

²⁸² Durante esse período, a *common law* era concebida como um corpo essencialmente fixo de doutrinas a serem aplicadas por ordem a alcançar um justo resultado entre litigantes privados em casos individuais. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 1.

²⁸³ Especialmente durante o período anterior à Guerra Civil, juízes gradualmente começaram a contornar a doutrina da *common law* com uma crescente consciência sobre o impacto das decisões estendidas para além dos casos, onde suas funções expandiram-se para além da necessidade de meramente fazer justiça em casos individuais. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 1.

²⁸⁴ Em muitos dos textos legais pré-revolucionários sobre a *common law*, vemos essa identificação dos princípios da lei natural com o uso dos costumes. Daniel Dulany escreveu em 1728 que “a *common law*, tirada da lei natural, da lei da razão e da revelada lei de Deus; o qual é igualmente vinculativa, em todos os tempos, em todos os lugares e a todas as pessoas”. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 8.

²⁸⁵ Até por volta de 1720 tanto as discussões sobre a *common law* na colônia como na Inglaterra sobre recepção continuava dominada pela distinção de Sir Edward Coke entre terras conquistadas de Cristãos e aqueles tidos como infiéis. Resistindo à alegação que as plantações americanas eram territórios ‘conquistados’ e assim não titulares aos benefícios da lei inglesa, os colonos obtiveram êxito após 1720 em estabelecer a proposição que “eles possuíam a *common law* inglesa com eles”. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 6.

famosa edição de 1803 de Blackstone, que “seria em vão que nós tentássemos, por uma teoria geral, estabelecer uma autoridade uniforme da *common law* inglesa, sobre as colônias americanas, em qualquer período desde as primeiras emigrações a este país”, enfatizando as diferenças entre as previsões da *common law* inglesa, a das colônias americanas, e as amplas diversidades entre as próprias colônias, sendo “impossível harmonizar e assimilar em um sistema tais oposições, discordâncias, e conflitos de instituições municipais”.²⁸⁶

Foram essas transformações na teoria legal que levaram a uma concepção instrumental da *common law*. Uma moderna teoria de direito tomava forma após a Revolução, mesmo entre partidários opostos, consentindo sobre a legitimidade das constituições escritas por incorporarem a “aspiração do povo”. Redefinindo a base em termos da soberania popular, a tendência era afirmar a primazia última do Legislativo e de suas leis, onde o resultado foi que “a fundação original da lei natural da *common law* começa a desintegrar-se” no passado colonial.²⁸⁷

Após alguns anos, a destruição da concepção de uma *common law* fixa e determinada levaria à posição bem articulada de Robert Rantoul, em 1836, apontando que embora o “juiz-legislador, pela sua natureza, sempre será *ex post facto*”, através dos esforços de juristas, era um período de conversão da justificação de um antigo direito natural da *common law* para uma teoria jurídica “científica”. A defesa da *common law* neste ponto, encontrava-se diferente do período anterior. Em busca de uma fundação unitária entre as leis escritas e a *common law*, esta se formava no livre e voluntário consentimento político.²⁸⁸

Essa nova movimentação era no sentido de que se o princípio de soberania popular parecia levar alguns à uma completa codificação legislativa, autores como James Wilson procuravam demonstrar que o poder da *common law* dos juízes era inteiramente compatível com o princípio da soberania, tornando-se tarefa desses juristas demonstrar que os poderes dos juízes adequava-se à concepção de soberania popular na virada do século; ou que era imprescindível para a emergência que as transformações sociais produziam.²⁸⁹

²⁸⁶ HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 11.

²⁸⁷ HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 16.

²⁸⁸ James Wilson elaborava: “Como um costume é introduzido? Pela adoção voluntária. Como torna-se generalizada? Pelas instancias de adoção voluntária sendo maiores. Como torna-se duradoura? Pela experiencia satisfatória e voluntária, o qual ratificam e confirmam o que a adoção voluntária introduziu. Na introdução, na extensão, na continuidade da lei costumeira, encontramos operações de consentimento universais predominantes”. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 17-19.

²⁸⁹ O autor aponta que não somente todas as antigas qualificações dos argumentos ‘Blackstonianos’ que preocupavam James Wilson e St. George Tucker, desapareceram completamente, mas com a desapareição veio

Como resultado, desde as primeiras décadas do século XIX juízes começaram a se vislumbrar como agentes que guiarão a mudança legal, desde que “o Legislativo estabelecesse as regras inflexíveis e gerais”. Zephaniah Swift argumentou em 1810, que as cortes possuíam a discricionariedade de moldar suas regras para qualquer variedade possível de circunstâncias, que é “um princípio vital, inerente da constituição do judiciário... fornecer correções de acordo com as crescentes necessidades, e as variadas circunstâncias dos homens... sem esperar pelo lento progresso da interferência Legislativa”.²⁹⁰

O que surge das controvérsias pelo poder indicam que basicamente a característica da jurisprudência americana da pós-revolução, é um ataque à subserviência colonial aos precedentes, onde tais doutrinas antigas da *common law*, para além de encontrarem-se em uma ruptura colonial ressentida, foram formuladas “em tempos em que a mente destes homens encontravam-se restringidas em formas e abstrações como reais entidades”. Segundo Morton Horwitz, como resultado, na Inglaterra a “razoabilidade técnica da *common law* e suas máximas sem sentido... frequentemente forneciam o lugar dos princípios”. Na América, substância era mais importante que forma.²⁹¹

Essa transformação delineada do período colonial à metade do século XIX, engloba o período que os registros das cortes apontam a origem da sistematização e configuração do *plea bargaining*, os quais encontram ressonância com os acontecimentos sociais, econômicos e políticos dos Estados Unidos. A cultura jurídica apresentava-se com a maleabilidade necessária para um sistema de procedimento criminal conforme “as necessidades locais”, mesmo que ocorresse subterraneamente.

um cômico reconhecimento das novas bases da *common law*. “Teoricamente cortes não fazem leis, mas na prática eles são legisladores”. Após citarem casos onde as cortes fizeram leis, eles inquiriam: “Como podiam então esses direitos serem prescritos por um poder supremo em um Estado? Pela aquiescência do legislativo, eles implicitamente consentiram com essas regras, e é imaterial se esse consentimento é subsequente ou antecedente ao seu nascimento”. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 23.

²⁹⁰ Uma das mais dramáticas manifestações do novo papel das cortes é uma lei de Pennsylvania de 1807 empoderando os juízes da *Supreme Court* a decidir quais leis inglesas estavam em vigor na *Commonwealth*. Ao passo que “tal delegação de poderes tão explicitamente da função legislativa aos juízes seria inconcebível duas décadas atrás, estava completamente em sintonia com as novas percepções emergentes do direito como vontade”. HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 23.

²⁹¹ A dissertação de Chipman reflete o início do funcionalismo pós-Revolucionário no Direito americano. Sua ênfase em ‘princípios’ e ‘razão’ no direito e sua rejeição da autoridade ‘arbitrária’ no direito costumeiro eram derivados sob uma nova concepção da *common law* como um instrumento consciente de si mesmo como um instrumento de política social. “Devemos aprender a distinguir entre aqueles que são fundados nos princípios da natureza humana em sociedade, que são permanentes e universais, e aqueles os quais são ditados pelas circunstâncias, políticas, modos, moral, e religião do período”. SWIFT, Zephaniah. *A System of the Laws of the State of Connecticut*. 365-66 (1796). Apud: HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 24-25.

Essa estruturação do poder em uma crescente sociedade orientada ao mercado, até a metade do século remodelou seu sistema legal “de encontros às vantagens dos homens de comércio e indústria às expensas de agricultores, trabalhadores, consumidores, e outros grupos menos poderosos da sociedade”. Encontra-se correlacionado com a ascensão do formalismo legal, com sua concepção instrumental e flexível do direito pelo judiciário, para promover a transformação do sistema legal americano pós-Revolucionário.²⁹² Embora muitas das questões aqui abordadas encontrarem-se em um espectro maior – Estado e Constituição -, sem dúvidas, englobaram o pensamento jurídico onde a prática da sistematização da punição leniente através do acordo, começou a ocorrer.

Neste ponto podemos diferenciar que desde o período medieval até o período de formação do sistema adversarial, os *guilty pleas* eram tidos pelos juristas como confissões, como meio de prova – portanto, mesmo assim haveria julgamento -, e não um ato performativo de renúncia do julgamento por júri através do *plea of not guilty*. Portanto, estes institutos históricos na tradição da *common law*, encontravam-se em um período intermediário, já trazendo os contornos do *plea bargaining*, mas ainda não envolvendo uma troca de leniência na pena pela autocondenação do acusado. Não pelo menos nos julgamentos por *felony*.

A denegação da corte ao *plea of guilty*, encontrava-se presente. O caso de Massachusetts em 1804, onde um “homem negro de 20 anos era acusado de estupro de uma garota branca de 13 anos, por ter esmagado sua cabeça, e jogado seu corpo na água, deste modo, causando a sua morte”, apresenta que este alegou-se culpado; a corte manifestou-se que este tinha o direito de negar todas as acusações, lhe concedendo um recesso para refletir bem sobre seu *plea*, mas o jovem acusado voltou e, mesmo assim, alegou sua culpa, sendo executado.²⁹³ Um outro caso exemplar sobre a busca do *pardon* do período inicial do século XIX, que demonstra o entendimento sobre o *guilty plea* do período, é o *United States v. Dixon*, onde a persuasão da corte levou o acusado a retirar o seu *plea of guilty*.²⁹⁴

²⁹² HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 254.

²⁹³ A corte o informou das consequências de seu *plea*, e que ele não estava sob nenhuma obrigação legal ou moral de alegar-se culpado – mas que ele tinha o direito de negar as acusações e colocar ao governo a obrigação de os provar. Ele não se retratou, ao que a corte o permitiu um tempo considerável para considerar o que lhe foi dito, e o reenviou ao cárcere. Eles ordenaram ao escrivão para não registrar sua declaração, por enquanto. A corte analisou sob juramento, o *sheriff*, o carcereiro, sobre a sanidade do prisioneiro; e se não houve qualquer manipulação através de promessas, persuasão, ou esperança de *pardon*, para ele alegar sua culpa. Em uma completa inquirição, nada demonstrando-se, o acusado foi novamente inquirido, e o escrivão registrou o *plea* nas duas acusações. *Commonwealth v. Battis*, 1 Mass. 95 (1804).

²⁹⁴ Quando chamado para julgamento seu advogado informou à corte que ele desejava retirar o *plea of not guilty*, estendendo que a prova de suas confissões era impassível de qualquer esperança. Assim, acreditava que poderia

O *approvement* foi derogado no séc. XVIII, basicamente com a sistematização do *crown witness*. Nos Estados Unidos, a prática era similar. Não requeria aos informantes a trazer uma persecução privada ou assegurar a condenação judicial de seus comparsas, mas sempre que a um criminoso era autorizado a testemunhar contra seus comparsas, ele adquiria um “justo título” para o *pardon*, aos moldes do desenvolvimento inglês do séc. XVIII.²⁹⁵ As cortes rejeitavam um criminoso testemunhar contra cúmplices menos culpáveis, ou de participação menor, e até a metade do século XIX, também proibiram procuradores de barganhar pelo testemunho, pois o poder de garantir leniência em troca por informação era “por natureza, um poder judicial”.²⁹⁶

A prática apresenta-se em New York através do *nol pros*, em casos em que um cúmplice testemunha contra outros, exemplo, o caso da persecução de James Malone e John Welsh em 1817, por conspiração para falsificar notas bancárias, onde o *District Attorney* Hugh Maxwell, decidiu que teria Welsh como testemunha de cooperação do Estado, garantindo a não ocorrência da persecução contra si.²⁹⁷

A regra da confissão ser livre e voluntária formulada na jurisprudência inglesa do séc. XVIII, aplicava-se igualmente em New York. Exemplo um caso de 1818, onde o acusado Thorn, entre outros cúmplices, foram indiciados por conspirarem para obter dinheiro por meios fraudulentos de um banco. Thorn foi preso e lhe foi assegurado que o objetivo era prender os cúmplices, ao qual confessou com a promessa que este seria utilizado como testemunha de acusação. Entretanto, foi exercida a persecução contra Thorn. Diante do júri, rejeitou-se a prova da confissão: “não faz diferença se uma parte, confessou sob prisão de processo criminal, perante uma pessoa privada ou à administração da justiça. Se a promessa de favor, feito por ou perante qualquer pessoa, influência uma confissão, é determinado que não pode ser recebido como prova”.²⁹⁸

Malcolm Feeley descreve o julgamento criminal da metade do séc. XIX em New Haven, Connecticut, nos mesmos moldes dos julgamentos por júri do início do séc. XVIII, onde “os acusados não eram representados por advogados; raramente desafiavam as provas ou

obter o *pardon*, especialmente porque não era o principal perpetrador do ato. A corte explicou ao prisioneiro a natureza das acusações, e apontou a pena de morte, o perguntando se ele ainda persistiria em alegar sua culpa, quando o acusado disse que desejava o julgamento”. *United States v. Dixon*, 1 D.C. (1 Cranch) 414 (1807).

²⁹⁵ *People v. Whipple*, 9 Cow. 707, 711 (N.Y. O. & T. 1827); *Camron v. State*, 32 Tex. Crim. 180, 22 S.W. 682 (Crim. App. 1893).

²⁹⁶ *People v. Whipple*, 9 Cow. 707, 712 (N.Y.O.&T. 1827); *United States v. Lee*, 26 F. Cas. 910 (C.C.D. II. 1846) (No. 15,588); *Wight v. Rindskopf*, 43 Wis. 344, 348 (1877).

²⁹⁷ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 89.

²⁹⁸ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 111.

apresentavam uma defesa de qualquer tipo”. Quando eles ou ocasionalmente outra pessoa em seu nome tomava a palavra, “pediam misericórdia e ofereciam apenas breves desculpas”. Esse é o discurso comum no estudo do passado do sistema criminal americano; não houve uma época de ouro do sistema adversarial. Na investigação da história dos julgamentos por júri, “se testemunha o crepúsculo de um sistema adversarial”, mas que “nunca possuiu um sol do meio dia; é um passado inexistente”.²⁹⁹

Durante o período colonial e inicial do séc. XIX, os trabalhadores dos órgãos da aplicação da lei não passavam uma vida laboral no ramo, “não havia a profissionalização de policiais, procuradores públicos, defensores públicos, carcereiros, oficiais do *probation* (liberdade condicional), detetives, etc.”. Leigos, amadores e juízes sem formação jurídica eram os responsáveis pelo sistema, com alguns advogados, policiais, patrulheiros, e carcereiros ocasionais nos diferentes Condados.³⁰⁰

Nesse período anterior às reformas para a profissionalização da polícia de 1840-1850, o ofício era um trabalho de meio período, formada por *sheriffs*, *constables*, *aldermans* e *marshal*³⁰¹ e no período da noite pelo vigia noturno. Esses vigias, na verdade, eram trabalhadores que cumpriam turno de trabalho a noite, muitas vezes dormindo em seus postos depois de trabalharem o dia todo, ou homens em idade avançada já que possuíam poucas oportunidades de trabalho.³⁰²

Em New York, os *spacials justices* conduziam o procedimento preliminar, de interrogar as testemunhas e o acusado, de rejeitar ou vincular ao *grand jury*, nos moldes dos manuais ingleses que foram em grande quantidade distribuídos na América na metade do séc. XVIII. Em 1829, a lei previa que antes do interrogatório do acusado, o magistrado deveria informar sobre as acusações formuladas, seu direito à um advogado, e o de permanecer em

²⁹⁹ Os registros seguem o padrão dos procedimentos em London onde revelam que o mesmo juiz e júri ouviriam vários casos por dia com uma pequena pausa entre eles. Similarmente, os registros da corte de New Haven indicam que o mesmo juiz e júri iriam trabalhar vários casos em um período de um ou dois dias; julgamento, deliberação e sentenciamento poderiam ocorrer entre o intervalo de uma hora ou duas, em casos de *felonies*. FEELEY, Malcolm. *Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process*. *Journal of Justice Systems* 73, (1982), p. 190-345.

³⁰⁰ Os primeiros departamentos policia surgiram em Boston, New York e Philadelphia, nas décadas de 1830 e 1840, depois de London ter estabelecido o primeiro em 1828. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 169-170.

³⁰¹ “Geralmente, *U. S. marshals* e seus delegados lidavam com questões federais. Os *marshals* da cidade e seus delegados atuavam como oficiais da paz nas cidades. O *sheriff* do condado era geralmente o mais alto oficial eleito no condado e sua jurisdição era por todo o território. Muitas vezes, um oficial era um *U.S. marshal* e poderia ser também um *sheriff* ou *marshal* da cidade”. Disponível no livro SHINN, Charles Howard. *Mining Camps: A Study in American Frontier Government*. Em < <https://truwestmagazine.com/whats-the-difference-between-an-old-west-marshal-and-a-sheriff/>>. Acesso em 21 Jul. 2020.

³⁰² McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 45.

silêncio. O magistrado não podia interrogar o acusado sob juramento, para evitar questões que a declaração fosse considerada involuntária e inadmissível em julgamento.³⁰³

Outra observação é que na virada do século inicia-se a construção do sistema com procuradores públicos, nas cortes *New York City General Sessions* e no *Oyer and Terminer*, já havia o *State Attorney General* nomeado em 1801 para representar os procuradores privados nos casos perante o *General Sessions*. Em 1813, já era dever apontado por lei que o *District Attorney* conduziria todas as persecuções em ambas as cortes, inclusive quando não se apresentasse, a corte tinha a autoridade de nomear um advogado para exercer a persecução e ser compensado pelo serviço.³⁰⁴

A persecução privada, antes ou depois da acusação formal de delito ou outros *misdemeanors* tinham a previsão na lei de 1801, de combinar o *compound* do caso criminal por uma compensação e comparecendo perante o magistrado policial ou a corte do *General Sessions*, resultando em um *nolle prosequi*, mas somente com a aprovação do procurador distrital. Esse era o único caso onde um dispositivo sem julgamento em razão da negociação entre as partes era previsto por lei, que expressamente proibia a composição em casos de *felony*.³⁰⁵

A estrutura criminal cruel que há muito eram denunciados sobre os códigos criminais europeus, foram rejeitados no período da Revolução, sendo considerada a 8ª Emenda da Constituição umas das glórias de um povo democrático e sem traços de tirania. O pensamento pós-revolução sobre a punição no período onde foram estruturadas os novos códigos criminais estaduais, era de que “a punição é atenuada com misericórdia, mas ao mesmo tempo, graduada pela grandeza do crime”.³⁰⁶ Na realidade havia uma total discricionariedade ao juiz na punição, onde a partir da graduação nas previsões criminais o *plea bargaining* entrou definitivamente em cena, com se apresentará a frente.

³⁰³ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 33.

³⁰⁴ McCONVILLE, Mike and MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 35.

³⁰⁵ Como apresenta-se em um registro da persecução sobre John Collins por roubo de relógios e joias na loja de Joseph Burjeau, em 1819. Na condenação, o prefeito “protestou contra a prática da barganha entre o procurador e prisioneiro, que nunca seria tolerado por essa corte. Afirmando que seria o dever de quem teve sua propriedade roubada exercer a persecução do *felony* com a condenação; e nunca, por motivos de interesses ou compaixão, aturar que escape das mãos da justiça”. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 170-171.

³⁰⁶ “América, ainda em sua infância, em seu desenvolvimento que alcançou em seus códigos criminais, tinha todo o conhecimento, discricionariedade, e vigor dos mais maduros tempos. Seus códigos criminais tornaram-se modelo para muitos dos antigos Estados. América não somente experimentou, como experimenta a justiça atenuada por misericórdia: mas essa sensação tem sido espalhada sob sua influência e exemplo”. WHEELER, Jacob. *Nominative reporter*. (1816), p. 10. Apud: McCONVILLE, Mike and MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 175.

3.1. SÉC. XIX: AS ORIGENS POLÍTICOS-SOCIAIS E DESENVOLVIMENTO DE ANTIGAS FORMAS DE LENIÊNCIA AO *PLEA BARGAINING*.

Qualquer tentativa de linearidade sobre o início, meio e fim das práticas processuais que levaram ao *plea bargaining* somente podem ser confiáveis em um amplo espectro, pela forma irregular da formação jurídica norte-americana, tão característico do período, que iniciava a sua formação federal com enorme resistência dos Estados.³⁰⁷ As diferenças sociais, econômicas, e desse modo, jurídica entre norte e sul, que entrariam em Guerra Civil, na segunda metade do século; e um oeste que ainda não havia sido explorado e que apresentaria suas características próprias, apresentaria práticas díspares, ao mesmo tempo que demonstram enorme influência de algumas regiões sobre outras.

Mary Vogel em seu artigo *The Social Origins of Plea Bargaining* traz, sem dúvidas, inúmeras contribuições para a análise do instituto, que difere daqueles que focam “no procurador, na polícia, na complexidade do tribunal”³⁰⁸ e traz um olhar à “estrutura social sobre as origens da lei e ordem social, onde comumente são minimizados as agências humanas e destacados o Estado e os poderes de coerção”. Esse viés é de extrema riqueza para a análise profunda do instituto, onde a autora tira das sombras a maneira em que as “iniciativas da sociedade civil e os movimentos sociais formularam um tipo adjudicativo em uma sociedade que lei é o que as cortes fazem”.³⁰⁹

Sem dúvidas, é poderosa a linha de pensamento da autora, o qual muito pode-se retirar das características próprias americanas e o porquê o *plea bargaining* sistematizou-se nos Estados Unidos e não na Inglaterra. A formação cultural e jurídica autônoma apresentada no subcapítulo anterior, que possuía grandes lapsos de apropriações da *common law*, porém, mais pragmáticas às questões do problemas americanos, e o seu desenvolvimento durante o século, lento e gradual, trazem força à teorização de que realmente sua origem vem de uma

³⁰⁷ “A Declaração da Independência coloca: ‘Estas colônias unidas são, e por direito têm de ser, Estados livres e independentes’. Unidos, sim – mas como uma confederação de Estados independentes. John Adams continuou a pensar em Massachusetts como seu ‘país’, assim como Jefferson considerava a Virgínia o seu. Em certo momento, quando o general Washington pediu a alguns de seus recrutas de New Jersey que jurassem lealdade aos Estados Unidos, eles se recusaram. ‘Nosso país é New Jersey’”, protestaram. De fato, ‘estes Estados Unidos’ eram uma confederação muito similar à Organização das Nações Unidas de nossos dias”. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 92.

³⁰⁸ George Fisher rejeita as conclusões histórico-sociológicas de Mary Vogel, onde “geralmente trazer um amplo enfoque melhora a explicação da história. Eu acredito que esta não é uma dessas vezes. As provas fortemente sugerem que o *plea bargaining* foi o trabalho daqueles que laboraram nas cortes criminais e foi produto de seus interesses pessoais e lutas pelo poder”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 904.

³⁰⁹ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 162.

sociedade civil elitizada nesses condados, visando combater os problemas da expansão acelerada, imigração, pobreza, e a conseqüente criminalização. Esse impressionante crescimento americano que ocorre a partir do segundo terço do século é acompanhado pela sistematização do *plea bargaining*.³¹⁰

Esta história, sem dúvidas, perpassa pela movimentação política, social e cultural do contexto, onde era necessário assegurar tanto ordem social como um novo conceito pós-revolucionário de autoridade política, que encontra-se inserido no desenrolar dos acontecimentos históricos da Revolução Industrial-capitalista e Iluminista do período compreendido entre 1789-1840.³¹¹ A revolução industrial que se iniciou na Inglaterra décadas antes,³¹² apresentava-se de forma definitiva na região.

No período da maior migração dos povos da história,³¹³ a imigração massiva europeia iniciava-se sendo um dos principais combustíveis de efervescência social, dando um senso de mudança massiva, transformação social e crise. E isso em um contexto onde a constituição americana era relativamente nova, as instituições públicas avulsas e fragmentadas, e os partidos políticos virtualmente inexistentes. As “cortes e os coletores de tributos eram uma das poucas instituições públicas com agentes imprimindo ordem e moldando uma relação entre cidadãos e Estado”.³¹⁴

Na metade do século XIX, o mito do liberalismo econômico já se encontra em crise na tão sonhada terra americana onde as promessas de uma vida sem igual havia promovido sequenciais hordas de imigrantes europeus e asiáticos. Essa crise da autonomia, que não poderia por muito tempo mais sustentar-se, encontra na instrumentalização do direito, e neste caso, do processo, a sua derradeira forma de manter o controle social. A enorme riqueza

³¹⁰ Ver: HOBBSAWN, Eric. *A Era do Capital. 1848-1875*. Ed. Paz e Terra, 9ª Ed., 2002.

³¹¹ Eric Hobsbawm é enfático: “foi um trunfo não da indústria como tal, senão da indústria capitalista; não da liberdade e da igualdade em geral, senão da classe média ou sociedade burguesa e liberal; não da economia moderna, senão das economias e Estados em uma região geográfica particular do mundo (parte da Europa e algumas regiões da América do Norte), cujo o centro foram os Estados rivais da Grã-Bretanha e França [...] e propagado, em seguida, ao mundo todo”. HOBBSAWN, Eric. *La Era de la Revolución, 1789-1848*. 6ª Ed., Buenos Aires, 2009, p. 9.

³¹² “A Revolução Industrial significa que, entre 1780 e 1790, pela primeira vez na história humana, este se livrou de suas amarras ao poder produtivo das sociedades humanas, que desde então fez-se capaz de uma constante, rápida e até o presente, ilimitada multiplicação de homens, bens e serviços. Isto é o que agora se denomina tecnicamente pelos economistas ‘o *take-off* ao crescimento autossustentável’. Nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de destruir os obstáculos da estrutura social pré-industrial, uma ciência e uma técnica defeituosa, a paralização, a fome, e a morte impunham periodicamente a produção. [...] Em 1780, os índices estatísticos tomaram um súbito, intenso e quase vertical impulso ascendente que caracteriza o *take-off*. A economia empreendeu o voo”. HOBBSAWN, Eric. *La Era de la Revolución, 1789-1848*. 6ª Ed., Buenos Aires, 2009, p. 35-36.

³¹³ HOBBSAWN, Eric. *A Era do Capital. 1848-1875*. Ed. Paz e Terra, 9ª Ed., 2002, p. 271.

³¹⁴ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 164.

produzida não “generalizava o bem-estar”, pelo contrário, em contrapartida produzia a mesma imensidão de miseráveis.

Como perfeitamente coloca Massimo Pavarini, “a miséria deveria ser aceita como um feito social”, visto que “a desigual distribuição das riquezas não podia mais ser um acidente que se podia exorcizar com uma enunciação de fidelidade de que uma sociedade de iguais em que somente o mérito pessoal fazia a alguns poucos ricos e outros muitos pobres”.³¹⁵ Os problemas congênitos da produção da riqueza do industrialismo capitalista viriam com a instrumentalização do poder punitivo aos moldes mais eficientes possíveis em terras americanas.

Durante 1830 e 1840, Boston cresceu rapidamente e experimentou enormes mudanças estruturais. Com uma estrutura de base ocupacional e de classes feita para o comércio, seu crescimento e estratificação foram redesenhados pelo veloz desenvolvimento da economia industrial, onde perpassou os níveis britânicos de força laboral do trabalho de fábrica em 1840. O porto de Boston tornou-se um centro agitado de trocas e finanças, venda de embarcações e projetos de construção.³¹⁶

Enquanto a produção têxtil tornou-se lucrativa,³¹⁷ o processo transbordou para a cidade.³¹⁸ Banqueiros usaram esses recursos para garantir a sensacional ascensão da cidade para rivalizar com New York como capital financeira no período anterior à Guerra da Secessão. Em 1845, a estrutura ocupacional da cidade produzia crescente desigualdade – com pequenos comerciantes, artesãos, operários, e trabalhadores, assentados através de uma modesta subsistência enquanto as vastas empresas dos “príncipes do mercado” floresciam no transporte, permuta, finança e manufatura. Enquanto a prosperidade florescia, associações missionárias e reformadoras posicionavam-se para “conquistar” a crescente classe média e a trabalhadora. O movimento nacional de temperança juntava-se para incutir uma ética de

³¹⁵ PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. 1ª Ed, Buenos Aires XXI Editores Argentina, 2002, p. 40.

³¹⁶ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 197.

³¹⁷ O comércio colonial havia criado a indústria do algodão e continuava a nutrir. No século XVIII se desenvolveu no *hinterland*, dos maiores portos coloniais, como Bristol, Glasgow e especialmente Liverpool, o grande centro de comércio de escravos. Cada fase deste inumano, mas rapidamente próspero tráfico, parecia estimular aquela. De fato, a escravidão e o algodão marcharam juntos. As plantações das Índias Ocidentais, aonde os escravos eram levados, proporcionavam a quantidade de algodão bruto suficiente para a indústria britânica, e em compensação os plantadores compravam grandes quantidades de algodão elaborados em Manchester. Deste modo, a indústria do algodão foi lançada como uma planificadora pelo impulso do comércio colonial a qual estava ligado; um comércio que prometia não só uma grande, senão também uma rápida, e sobretudo, imprevisível expansão. HOBBSAWM, Eric. *La Era de la Revolución, 1789-1848*. 6ª Ed., Buenos Aires, 2009, p. 35-41.

³¹⁸ DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 128.

autodisciplina no trabalho promovendo a promessa de mobilidade social, o que era sumamente difícil observando-se a gigantesca concentração de riqueza da época.³¹⁹

Na década de 1830, a inquietação pública era palpável quando os trabalhadores começaram a usar a linguagem do republicanismo sob nova maneira abarcando os interesses da comunidade social.³²⁰ A diversidade étnica que os irlandeses representavam trouxe a percepção dos irlandeses como causadores da crise e insegurança. Mary Vogel cita que os dados da casa de correção, à primeira vista, suportam esse viés. Em 1834, os reclusos de origem irlandesa eram 35% do total – uma porção bem maior da proporção que formavam sobre a população da cidade. Ainda, houve um extraordinário medo público de crime – especialmente os violentos, onde o prefeito requereu e obteve fundos para estabelecer uma força policial profissional paga para a cidade.³²¹

Estas questões incutidas na abertura da cidadania tornaram obrigatório ao governo sintonizar e sustentar o consentimento popular que era crucial para a autonomia. Ao mesmo tempo, um novo foco consciente da política social sobre a lei tornou os juízes aptos a um ativismo que iam às raias de fazer política quando consideravam os casos sob a luz do consequencialismo. Ao fim do segundo mandato de Andrew Jackson, na segunda metade da década de 1830, a abertura do “sufrágio universal”, facilitando as restrições como os de propriedade e de imposto de votação, estenderam a cidadania em Massachusetts e outros Estados. Essa consolidada mudança desafiava cada vez mais a elite Federalista da cidade.³²²

³¹⁹ Boston assegurava pequenas chances de mobilidade a não ser se um possuísse as duas vantagens de “nascimento ou capital”. A população, apesar disso, expandiu, mas menos que outros grandes centros. Entre 1820 e 1840, os imigrantes chegaram, não tanto da Europa como de New England, até a grande corrente da Irlanda começar. Segundo Mary Vogel, os moradores de Boston de 1820 a 1830 viveram sob o mais acentuado crescimento permanente de desigualdade de condições na história americana. A distribuição da riqueza mantidos pela dezena de famílias, principalmente depois de 1820, subiu de 49,6% em 1774 para 73% em 1860. Dos 2.000 cidadãos mais ricos entre 1828 e 1848, 94% em Boston tinham nascido de eminentes famílias, enquanto 92% em Philadelphia e 95% em New York. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 198.

³²⁰ A autora aponta que estimulados por uma reviravolta democrática com a eleição de Andrew Jackson à presidência, uma erupção de greves do movimento dos trabalhadores varreu o Nordeste entre 1833 e 1836. Sua reivindicação era a jornada de 10 horas de trabalho por dia – objetivo que foi alcançado em 1836. Mas o discurso não aferreceu, onde os trabalhadores questionavam a galopante desigualdade. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 199.

³²¹ Mary Vogel aponta dois eventos que exemplificam essa violência ou percepção de violência disseminada. O incêndio de *Ursuline Convent* em Charlestown, em uma exaltação de sentimento anti-irlandês em 1834, e o famoso distúrbio de Broad Street em 1837. Em 1836 e 1837 a tensão agravou-se com uma severa recessão econômica, seguida de um pânico financeiro, posteriormente agitando o medo sobre a fragilidade da nova ordem. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 200.

³²² O temor dos acontecimentos e distúrbios na Grã-Bretanha e no continente europeu durante 1830, fizeram os políticos de Boston trabalharem fervorosamente para restaurar a ordem, reconsolidar a sua base partidária, e cimentar o comprometimento popular das instituições da República. Os “artesãos e trabalhadores agora podiam produzir assembleias mais representativas. Decisões cada vez mais requeriam um mínimo de consentimento da

A autora argumenta que os *Whigs* temiam ameaças não só a propriedade, mas à estabilidade cotidiana que requeriam os investimentos e o crescimento econômico. Temendo pelo futuro, esses líderes de Boston trabalharam para cultivar o consenso dos novos cidadãos a ambas as instituições, da autonomia e da administração do seu partido. Para essa finalidade, “eles abordaram o controle social não sobre outros meios coercivos, mas na forma que o partido ganhasse pontos por servir o povo”. Leia-se, “adotando linha de ação que estavam para além da reprovação aos olhos do público votante”.³²³

Dentro do movimento de codificação buscava-se a primazia do legislativo e a derrocada da *common law*, à luz das novas formas de política que, na verdade, buscavam enfatizar a soberania popular. Nessa contenda, formado por um lado, pelos juízes, que em sua grande maioria foram nomeados pelos *Whigs*, como os próprios líderes políticos que resistiam à perda de poder, e o outro lado, que era o legislativo dominado pelas classes média e baixa. Embora o movimento de codificação tenha falhado, assinalou um interesse público na redução da discricionariedade exercida pelos juízes e no movimento codificador.³²⁴

A legitimação das instituições públicas apresenta-se, nesse período, com a criação e a reforma das existentes, até então, sem precedentes na jovem república americana. Exemplo, o estabelecimento da *Boston Police Court*, em 1822, onde os juízes de tribunal substituíam o antigo sistema do *justices of peace*.³²⁵ Essa nova estruturação foi motivada para dirimir a desigualdade e uniformizar o fórum onde essas contendas eram dirimidas. As reformas seguiram sob outras novas instituições, incluindo prisões e reformatórios, a casa da indústria, e a construção da força policial.

Desse modo, a conciliação da discricionariedade judicial com política de apoio popular foram os ingredientes da “transformação da lei americana”, neste período entre a Independência à Guerra da Secessão. Em Massachusetts, todos os juízes eram nomeados pelo governador. E não somente isso. Desde que virtualmente todos os advogados do Estado eram inicialmente federalistas e depois *Whigs*, o comprometimento com a jornada por ordem social

base popular”. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 201.

³²³ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 203.

³²⁴ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 205.

³²⁵ O prefeito Josiah Quincy desvelou seus planos denunciando o potencial para conflitos sociais inerente ao sistema prévio. Quincy apontava que “qualquer confiança... nos tribunais menores, não há justiça... para o pobre, que não pode pagar para enviar seus casos para as altas cortes”. Tais injustas circunstâncias, ele dizia, corrompia a moralidade e o cometimento político dos cidadãos. As referências de Quincy eram para a anterior estrutura de taxas pelo qual os magistrados prosperavam mais quanto maior o número de casos ouvidos. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 203.

e estabilidade política, de um lado, e do outro, reconsolidar o poder de seus partidários em face da crescente contestação da política democrata, era virtualmente total. Como bem racionaliza Mary Vogel, “desconstruindo essas políticas, descobre-se os micromotivos e mecanismos que dirigiram o processo de mudança legal” em direção ao *plea bargaining*.³²⁶

Na verdade, a dominância política no poder judiciário era ainda maior. Como na maioria das grandes cidades americanas, formou-se um “patriarcado urbano” em Boston, conhecido como “*Boston Brahmins*”, que exerceu vasta influência na vida pública da cidade com um domínio político quase ininterrupto no século.³²⁷ O domínio político no ambiente jurídico possuía uma única posição ideológica, onde estes advogados moviam-se explicitamente entre as carreiras judiciárias e políticas, carregando este viés político único da elite Federalistas/Whig. Para os que não se encontravam resignados com tal ideologia, os cortes orçamentários poderiam ser efetivos, como era comum à época, onde em 1830, por exemplo, o Legislativo reduziu salários da corte em cerca de um terço – uma técnica poderosa para criar a resignação dos juízes ou forçar a renúncia destes. Numerosas iniciativas óbvias que teriam ampliado o controle político sobre as cortes seriam tentadas.³²⁸

McConville e Mirsky apontam pontos convergentes às de Mary Vogel, concernente ao que se encontra no amplo espectro político-social do *plea bargaining* em New York. A sistematização do *plea bargaining* em New York, ocorre também sobre uma explosão no crescimento estrutural da sociedade, que cresceu de um porto de troca comercial com população de 60.000 habitantes agrupados em Manhattan ao início do século, para a maior cidade americana com população de 371.000 habitantes em 40 anos, chegando a quase 700.000 habitantes em 1850. As ondas de imigração a transformaram completamente. Em

³²⁶ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 205-208.

³²⁷ O paralelo entre os *Boston Brahmins* e o estrato social mais superior da Índia é refletido tanto pela natureza desse grupo como *status* na comunidade e a ausência de oportunidades de mobilidade tanto dentro ou fora uma vez que “este círculo foi estabelecido em 1820”. Após o colapso do partido estatal Federalista em 1823, a elite de Boston transformou-se, brevemente, em Democrata-Republicano, na rota também Nacional-Republicano, e então no partido Whig. Dos 7 primeiros prefeitos de Boston que começou em 1822, 5 eram desse grupo de Elite. Dos 39 prefeitos entre 1822 a 1860, Federalistas, Nacionais-democratas, ou Whigs, foram eleitos em 29. Outros 3 mandatos foram de prefeitos que eram Republicanos, o partido de escolha dessa elite após o colapso dos Whigs’. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 209-212.

³²⁸ Houveram dezenas de incursões sobre a reorganização das cortes durante o período. O *County Courts of Common Pleas* assumiu a jurisdição criminal do *Courts of Sessions*, em 1804. Em 1811, o *Courts of the Common Pleas* foi substituído pelo *Circuit Courts of Common Pleas* e então em 1821 substituído de novo por um único *Court of Common Pleas* para todo o *Commonwealth*. As cortes recebiam regulares sessões em 1807 e 1808, sendo abolido em 1809, revivido em 1811, abolido de novo em 1814 em todos os condados menos três, reaparecendo novamente em 1819, e abolido novamente em Suffolk County em 1821. Em cada uma dessas ocorrências, novos juízes eram nomeados, mudando a ligação entre os juízes e os políticos locais demonstrando a natureza das nomeações no período. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 230.

1845, 36% da população era de nascidos no estrangeiro,³²⁹ e em 1855, 1 em cada 5 novaiorquinos era irlandês.³³⁰

Estes imigrantes desembarcavam em uma cidade com base econômica mercantil com extrema estratificação social, onde a maioria da população era composta de trabalhadores e artesãos, e no topo uma elite de comerciantes, financiadores e proprietários, que em 1828, eram apenas 4% da população e controlavam, ao menos, 90% dos bens da cidade. Na parte mais baixa, os escravos e a população negra liberta, que viviam em vizinhanças segregadas, que basicamente não encontravam emprego regular, dada a competição dos brancos e a atitude da elite de mercadores que os descreviam como “preguiçosos e ativos na criminalidade”.³³¹

Essa massa popular começou a se agrupar em construções subdivididas e multi-ocupadas que se transformaram nos cortiços. Estes mesmos lugares tornaram-se criminalizáveis, com suas casas de apostas, bordéis, tavernas, banheiros públicos, e um crescente número de batedores de carteira.³³² A elite mercantil dominava politicamente, até então, sem interrupções.³³³ O governo era estruturado no *Mayor's Court*, que tinha jurisdição legislativa (*Common Council*), civil (*Common Pleas*) e criminal (*General Sessions*). O prefeito, o *recorder*,³³⁴ e os *aldermans*, presidiam cada ramo das cortes, os quais tinham

³²⁹ ROSENWAIKE, I. *Population History of New York City*. (Syracuse, NY, Syracuse University Press, 1972). p. 39. Apud: McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 15.

³³⁰ O número maior de imigrantes vinha da Irlanda, onde uma praga havia infectado as batatas, causando ‘a Grande Fome’. As batatas eram uma parte importante da dieta irlandesa – às vezes, o único alimento que os pobres podiam pagar. “Quando as colheitas apodreceram nos campos, um milhão de pessoas morreram de fome. Outro milhão e meio fugiu do país”. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 192.

³³¹ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 17.

³³² De 1850-1865, enquanto crimes contra a propriedade crescia proporcionalmente em contraste aos crimes contra a pessoa, a natureza desses crimes contra a propriedade tendia a ser crimes de natureza oportunística. Crimes contra a propriedade “eram comumente cometidos por criados contra seu senhor, empregados contra seus empregadores, por pessoas que dormiam na mesma peça de suas vítimas, prostitutas roubando clientes”. Crimes contra a pessoa, proporcionalmente diminuíram em números. A grande maioria de crimes no *General Sessions* “eram de oportunidade ao invés de planejadas, simples ao invés de complexas, casual ao invés de sistemática”. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 220.

³³³ Qualificações através de bens não foram abolidas até 1843, que severamente limitaram aqueles elegíveis a votar a nível municipal. Ainda, somente eram poucos para serem eleitos: o prefeito, juízes, *chief constable*, procuradores distritais e delegados eram todos nomeados pelo governador, enquanto os votantes elegiam a assembleia legislativa e os *constables*. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 18.

³³⁴ O *Recorder* era um ofício público, que no caso de New York, foi nomeado de 1683 a 1907. Era juiz da *Court of General Sessions*, da *Court of Special Sessions*, e do *Common Pleas*; Vice-presidente da Comissão de Supervisores do condado de New York; Vice-presidente da Comissão de Vereadores; diretor do *Bank of Manhattan Company*; Comissário da polícia Metropolitana; e Comissário de outras organizações de caridade.

também poderes equivalentes aos juízes de paz (*special justices*).³³⁵ Segundo os autores, no *General Sessions* não menos de 65% dos casos eram crimes contra a propriedade, onde a grande maioria tratou-se de furtos em armazéns ou embarcações, como também, de inquilinos e criados.³³⁶ Basicamente, consistia em crimes cometidos pela massa de trabalhadores.

Neste período, todos os cargos públicos referente à justiça criminal tornaram-se elegíveis: em 1846, o cargo de procurador distrital; em 1848, os *special justices* tornaram-se *police magistrates* eleitos; e em 1850, o *Recorder*; os quais como aliados próximos dos partidos políticos, principalmente do *Tammany Hall*,³³⁷ partido opositor aos Federalistas que se consolidou com amplo apoio dos irlandeses e políticas de caridade, buscaram através das práticas discricionárias da administração da justiça, evitar o descontentamento da subclasse de imigrantes, que sob o movimento do sufrágio universal tornaram-se grande parte de seu eleitorado.³³⁸

O sufrágio havia sido estendido após o período de Andrew Jackson na presidência, formando o partido trabalhador e imigrante da cidade, o *Tammany Hall*, que inicialmente possuiu uma relação amistosa com a elite que mantinha esse novo partido dependente economicamente. Entretanto, em 1855, a divisão entre políticos eleitos conduziu as disputas sobre a conduta política e sobre aos interesses de quem estas serviriam,³³⁹ sendo vitorioso o *Tammany Hall*, que dominou o governo da cidade até 1934. Em síntese, podemos concluir que a enorme concentração de poder que o Executivo exercia sobre os outros poderes, bastante característico do período, desempenhou um papel essencial na formulação do *plea bargaining* com finalidades de fundo político.

³³⁵ Como os juízes de paz da Inglaterra, *special justices* tinham a autoridade de julgar procedimentos sumários por crimes menores (de qualidade de vida) como vadiagem, intoxicação pública, e podiam requerer posteriormente aos indivíduos a reconhecerem e se assegurarem contra as futuras violações da paz, contra os modos de vida ordeira e social com o prevalecimento de normas relacionadas ao trabalho, à indústria e a sobriedade. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 31.

³³⁶ A investigação dos autores sobre os crimes contra a propriedade mostra entre 1800-1845, que 92% dos acusados foram classificados como trabalhadores, enquanto 4% eram comerciantes, e os outros 4% eram escravos ou desempregados. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 23-24.

³³⁷ Formada no centro do Partido Democrata dos Estados Unidos em 1786, deixando de existir em 1960, representou em sua origem a oposição da classe média contra o partido Federalista. Recebia, inicialmente, apoio da classe média trabalhadora, pequenos comerciantes e famílias de imigrantes. Apoiavam políticas de pouca intervenção estatal na economia e desburocratização governamental. Ficou conhecido por agir como “quadrilha”, na corrupção e abuso de poder ao longo das décadas. *Britannica*. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Tammany-Hall>>. Acesso em 05 mai. 2021.

³³⁸ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 197-200.

³³⁹ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 195-196.

Como assinala Mary Vogel, o *plea bargaining* não é um instituto estranho aos povos de cultura inglesa, “não é exógeno ao repertório cultural da *common law*”, a exemplo do formulado no Cap. 2, e as diversas jurisdições como *manor*, *petty sessions*, ou as religiosas formam também uma enorme parcela na formação da *common law* durante o período histórico que ocorre desde a Idade Média ao início da era moderna. Nos Estados Unidos, não foi diferente.³⁴⁰

A autora aponta um outro vínculo onde a “tradição puritana de admoestação das cortes religiosas, concede um precedente do uso de leniência para seus propósitos, e o formato simbólico para o *plea bargaining*”. Para a autora, o que ocorre é que “os juízes começam a utilizar essas práticas de forma explícita e estruturada para deter o mal comportamento futuro pelo aumento de supervisão do Estado na vida dos ofensores”. Já na Inglaterra, desde os primeiros períodos com registros nas jurisdições de baixo encontram-se práticas para deter o mal comportamento através da vinculação. Conservando a discricionariedade, esses mecanismos reforçaram a habilidade do juiz de personalizar sentenças para inculcar caráter e a capacidade de reflexão nas consequências. Requerimentos sobre o comportamento foram cada vez mais especificados como condições para receber a leniência.³⁴¹

Segundo a autora, quando os *pardons* tomaram lugar nas colônias, eles cresceram controvertidas como nunca ocorrera na Inglaterra. Frequentemente *pardons* eram fonte de consternação nas forças policiais em Boston, New York e Philadelphia, entre 1830 e 1880. O *pardon* foi utilizado condicionalmente em Massachusetts em 1803 para assegurar bom comportamento futuro.³⁴² Embora utilizado para supervisionar, tinha a desvantagem de ser politicamente criticado.

Durante o mesmo período, o *plea of nolo contendere* e a *grants of immunity in exchange for testimony*, também começaram a ser usados de novas maneiras. A mudança chave era que ao invés do *plea* ser ingressado e o caso encerrado, eram negociados e os casos continuavam em aberto – eram suspensos - como forma de assegurar e deter a futura má

³⁴⁰ Em Massachusetts no séc. XVIII, há histórico de ocorrências da enorme informalidade nestas jurisdições. Isto inclui o débito ou execução de hipoteca autorizada por um “ato de confissão” de 1782, a disposição para resolução de certos casos criminais através do pagamento de uma negociada “satisfação” ao reclamante (*Revised Statutes of 1835, Commonwealth of Massachusetts*, part IV, ch. 126, sec. 27), previsão de redução de pena por confissão de fornicação onde a mulher engravidou, e a crescente aceitação da longa prática do *compounding* em crime onde houvesse ganho para a comunidade. Enquanto todos estes serviram a propósitos comunitários, eles eram infreqüentes e nunca alcançaram a aceitação rotineira que as recriadas *pardon*, *plea of nolo contendere*, *nolle prosequi*, *grant of immunity* e, especialmente, o *plea bargaining* alcançaram. VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 222.

³⁴¹ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation*, 1830-1860. *Law & Society Review*, vol. 33, n. 1, (1999), p. 222.

³⁴² Mass. Acts and Resolves, 1803, no. 117.

conduta. O efeito dissuasório de deixar um caso aberto era forte por conta que a *Commonwealth* promulgou leis contra criminosos habituais, que previam penas pesadas com a reabertura dos casos por conta de outra reclamação.

O *grants of immunity in exchange for testimony as a state witness* também transformou-se. Essa prática tornou-se melhor estabelecida com a decisão da corte federal em *United States v. Lee* em 1846, com a formalização das obrigações da corte para informantes. Com o compromisso de imunidade do procurador ser “expresso ou implícito”, normalmente uma promessa de imunidade resultava em *nolle prosequi* sendo ingressado. Em outros Estados casos envolvendo imunidade seguiam suspensos por um período até a concessão do *pardon*.³⁴³

O *nolle prosequi* ou a decisão do procurador não prosseguir no caso foi o elemento de discricionariedade final da “cultura legal de leniência” que foi transformada. Ao fim da década de 1830, como o *plea of nolo contendere*, estava sendo usado para negociação explícita de condições que deteriam ofensas futuras; assim como o *grants of immunity*, assegurava o bom comportamento por conta que o procurador podia reabrir o caso se novas reclamações fossem recebidas. Em suma, segundo a autora o que se observa em Boston, é que essas formas de leniência se canalizam sobre modelos mais explícitos e quase-contratuais, embora indeterminados, com a garantia do bom comportamento. Portanto, o que o *plea bargaining* mudou foi a “forma do acordo, tomando forma do modelo cultural da prática puritana de admoestação”.³⁴⁴

Esse processo de “admoestação”, segundo a autora, pode ter entrado nas cortes laicas pelo religiosismo puritano das cortes que ainda existia. Admoestação era um processo em que um acusado comparecia perante sua própria congregação para confessar publicamente e ser “admoestado” pelo grupo. Depois disso, “a comunidade geralmente concedia o perdão como sinal de leniência e recebia o pecador de volta ao seu seio”. Reconciliação, como restaurador do pecador, ritualmente afirmava a ‘comunidade’ o qual a confissão tinha sido oferecida. Enquanto essa prática é originária do período colonial, sua “entrada na esfera legal e laica pós-período revolucionário é demonstrada por anotações dos registros da corte (ex: dispensado com admoestação) e pelas vinhetas da corte de Thomas Gil em 1837”.³⁴⁵

³⁴³ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 225.

³⁴⁴ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 225.

³⁴⁵ Uma vinheta descrevia um caso apresentado contra um marido adúltero e sua amante por comportamento lascivo que foi dispensado com “admoestação para ir não mais pecar”. (Gil 1837:14). VOGEL, Mary E. *The*

Admoestação de culpa reconhecida, advertência pela comunidade através da condenação, reconciliação pela leniência. Não são poucos os sinais de pertencimento.

A evolução do *plea bargaining* através de mecanismos ascendentes similares podem ser observada da seguinte maneira, conforme Mary Vogel: 1) ingressar um *guilty plea* fechava o caso – eliminava qualquer supervisão intrusiva na vida do acusado pela corte no julgamento; 2) em relação ao amplamente utilizado *pardon*, o *plea bargain* movia a leniência de um evento pós-julgamento para um evento pré-julgamento, tornando-se parte do julgamento em si e introduzindo novos procedimentos de julgamento e sentenciamento; 3) o *plea bargain* era simples e podia ser ingressado por arguidos sem advogados, assim, mesmo com a manutenção da discricionariedade judicial, esse modelo prático e menos custoso era mais palatável aos cidadãos.³⁴⁶

Inserida na sentença, com o envolvimento de um compromisso explícito que encontra histórico na tradição de outras jurisdições da *common law*, mas que ao início do séc. XIX, revelam uma troca com um compromisso explícito de um quase-contrato para exigir o comportamento desejado, onde o acusado designava-se a uma maior supervisão e controle. Como perfeitamente define Mary Vogel, com sua aparência de justiça e leniência, com universalidade e equidade formal, tão vitais para a ideologia do ‘*rule of law*’, o “*plea bargaining* estabelece controle social de uma maneira que o previne da deslegitimação do uso abusivo da força”.³⁴⁷

Inclusive, a denominação do instituto, pode ser uma expressão relacionado à feroz disputa no âmbito do executivo federal que ganhou vida após manobras escusas que ocorreram na eleição de 1824, onde os quatro candidatos não conseguiram mais da metade dos votos no Colégio Eleitoral, assim o Congresso teria que escolher o vitorioso entre os três primeiros. Henry Clay que havia ficado de fora, reuniu-se em 9 de janeiro com John Quincy Adams, reunião que durou várias horas e ninguém sabe os detalhes. A seguir, ocorreu a vitória de John Quincy Adams, que inicialmente estava em segundo, atrás de Andrew Jackson.

A “*corrupt bargain*” entre Clay e Adams tornou-se de enorme polêmica após a nomeação de Clay à secretário de Estado. Menos de duas semanas depois da votação na Casa

Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 226.

³⁴⁶ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 223.

³⁴⁷ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 226-227.

dos Representantes, a frase “barganha corrupta” já havia tomado vida.³⁴⁸ Quatro anos depois, os partidários de Andrew Jackson, que havia ficado em 1º na votação popular, fincaram paus de castanheiro em campanários,³⁴⁹ distribuíram bengalas e vassouras feitas de castanheiro e votaram em peso em seu candidato. Portanto, um dos pontos era “os direitos do povo contra a corrupção e a barganha”. A acusação de corrupção, a impressão de frieza, o entusiasmo em abraçar os princípios federais, e a perceptível propensão a ignorar a vontade do povo sugeriam desordem de uma elite de incompetentes. Não faltavam alegações que mostravam a fissura que criou na política federal americana, onde “Adams e Clay eram piores do que apenas desonestos e incompetentes, eram incipientes tiranos”.³⁵⁰ As palavras ‘barganha corrupta’ capturara o imaginário popular.

Por último, por óbvio, não unicamente de leniência possui a racionalidade por trás da origem de um sistema de negociações. McConville e Mirsky trazem um elemento importante também sobre esse período de formação do sistema criminal americano e sua já intrincada relação com o *plea bargaining*, com características de controle social e supremacista. Os autores apontam que o “desaparecimento do júri” e a ascensão do *plea bargaining* são melhor compreendidos em termos de um “emergente interesse do Estado, com a capacidade de racionalizar e alcançar sua própria agenda política e social sobre novas formas legais e práticas, para estabelecer legitimidade através do discurso da criminologia positivista”.³⁵¹

A base de uma criminologia positivista é apontada por disposição de dados coletados pela *New York Secretary of State* em 1838 e publicada anualmente, começando em 1839. A ideia de prevenção criminal importada do governo inglês, era o projeto de reformadores que procuravam quantificar os casos criminais sobre os resultados e a classificação dos condenados em termos demográficos, sobre as características dos acusados e tipos de crimes. Assim, analisava-se o sucesso das perseguições (medidos pelas taxas de condenação); e a categoria de pessoas condenadas por gênero, raça, etnia, histórico educacional, alcoolismo e origem. Esses dados vieram “ao fim, legitimar a adoção do sistema de *guilty plea* que

³⁴⁸ HEIDLER, David S. & HEIDLER, Jeanne T. *The Rise of Andrew Jackson. Myth, Manipulation, and the Making of Modern Politics*. Basic Books, (2018), p. 231

³⁴⁹ “Durante a guerra de 1812, os soldados de Jackson o apelidaram de *Old Hickory* [‘Velho Castanheiro’], porque ele era duro e inflexível como a árvore. Em 1824, a maioria dos líderes políticos o desprezavam. Thomas Jefferson o achava um dos homens mais inadequados que conhecia para tornar-se presidente”. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 118.

³⁵⁰ HEIDLER, David S. & HEIDLER, Jeanne T. *The Rise of Andrew Jackson. Myth, Manipulation, e the Making of Modern Politics*. Basic Books, (2018), p. 251.

³⁵¹ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 337.

assegurava uma alta taxa de condenações, como também, a identificação da ‘classe perigosa’, para a justiça agregada”.³⁵²

Os relatórios anuais eram distintos entre os nascidos nos Estados Unidos, os estrangeiros e os negros. Em 1855, os funcionários do *General Sessions* relataram que os estrangeiros representavam 65% dos condenados, onde mais da metade destes eram irlandeses. Essas redefinições das preocupações do governo de justiça agregada e infusão de políticas dentro da corte procuravam identificar aqueles indivíduos processados no *General Sessions*, que pelos seus antecedentes, eram vistos mais do que como estatísticas, mas sim, se podiam ser considerados de merecimento de uma justiça individual, tanto por uma redução de pena no *plea*, ou pela rejeição de qualquer pena.³⁵³ São os primeiros vestígios da lógica atuarial infiltrados na lógica do sistema criminal americano.

3.2. O DESENVOLVIMENTO DO “CHARGE BARGAINING”.

Nesta conjunção vislumbra-se o poder de expansão do *plea bargaining*, o que durante o trabalho será amplamente demonstrado, onde como em cada etapa histórica, aumentou seu escopo, e que a inserção lenta e gradual que as jurisdições da *civil law* apostam estar inseridos pode-se anunciar perigosa. Na história do *plea bargaining* na América, cada nova urgência em reconstruir a natureza dos crimes e repensar o procedimento; cada nova etapa na agenda política e social; cada crise moral, dissidência política, controle imigratório, pandemia de drogas, etc.; sempre, esta foi instrumentalizada para alcançar os devidos fins visados de controle social.

Como na nossa contemporaneidade os elementos negociais tornaram-se a tábua de salvação, primeiro, para despenalizar e (des)procedimentalizar os crimes de menor gravidade, e agora, avançar no combate sobre os crimes financeiros e organizados, através da delação premiada; outras agendas se apresentarão futuramente para abrir seu escopo. Esta longa história do *plea bargaining* é justamente para demonstrar que não foi uma rápida ascensão. Esta sempre encontrou obstáculos, porém, todos transponíveis.

³⁵² Apresenta-se no *Report* a observação de Adolphe Quetelet, um dos mais importantes cientistas sociais na Europa, que “a raça ou origem da pessoa condenada é considerada um ingrediente essencial nas estatísticas do crime”. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 318.

³⁵³ Em algumas circunstâncias, o histórico identificado pelos agentes do *Prison Association* persuadia o Procurador Distrital a reduzir a acusação e a recomendar aos juízes leniência e misericórdia no sentenciamento. Por exemplo, os antecedentes e a motivação de uma pessoa, sob recomendação do *Prison Association*, podiam ser capazes de reduzir uma acusação de grande furto para pequeno furto, ou de falsificação de 2º grau para o de 4º grau. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 321-322.

O que seriam os registros mais antigos de *charge bargains* explícitos encontram-se sob um movimento reformista que iniciaria um trajeto que varreria os Estados Unidos, conseguindo uma façanha impensável no alvorecer do séc. XX, uma emenda à Constituição.

No período colonial, a desaprovação da liderança religiosa e comunitária inserida nas previsões penais mantiveram a questão do controle do consumo de álcool, pelo menos no que seria o consumo em lugares públicos. Mas em razão do aumento gigantesco do consumo de álcool, que durante as décadas posteriores à Revolução elevaram o consumo *per-capita* das bebidas altamente alcoólicas entre aqueles acima dos 15 anos, de uma média de 22 litros para mais de 26.5 litros, trouxeram a questão da proibição de maneira incisiva na vida dos americanos.³⁵⁴

A primeira era da reforma, do ativismo antiálcool ou proibicionismo, tornou-se um movimento de massa mais especificamente entre o período de 1820-1850. No âmbito do proibicionismo religioso, as igrejas Quakers, de New England, já ordenavam a seus membros a cortarem a bebida alcoólica, em 1784.³⁵⁵ Sendo legisladas do período colonial, são infrações, que se encontravam fora da escala do *felony*.

George Fisher demonstra que existem nos registros de Middlesex uma surpreendente alta porcentagem de casos que terminaram em alegações de culpa (*pleas of guilty*) ou sem contestação, na virada do século. Na corte de *General Sessions of the Peace*, o qual recebia os casos criminais antes da transferência à *Court of Commom Pleas* em 1804, 73% dos casos adjudicados em 1789-1790, terminaram em *plea of guilty*, e 66% em 1799-1800. Em 1809, a taxa diminui para 58% de casos adjudicados terminando em *pleas of guilty*. Embora Middlesex já possuísse enormes taxas sobre a assunção de culpa nos registros, dois casos seriam os registros mais antigos de explícitas negociações, onde o procurador, neste caso Samuel Dana, aponta uma concessão feita em troca pela alegação de culpa do arguido. E isso, somente um ano após a sua posse como o primeiro procurador do Condado.³⁵⁶

Em dezembro de 1808, na *Court of Commom Pleas*, encontra-se o registro dos termos do caso de Josiah Stevens de *Tyngsborough*, que foi acusado sob a lei de licença de venda de bebidas alcoólicas de 1787, que obrigava revendedores de álcool a serem licenciados. A acusação contra Stivens era o primeiro caso de Samuel Dana sobre a lei proibicionista e apenas o terceiro caso perante a *Court of Commom Pleas* em

³⁵⁴ A mudança nos hábitos dos americanos é ligada pelos historiadores aos desenvolvimentos social e de uma nova economia: a grande disponibilidade do *whiskey*, e a perda do controle tradicional da comunidade sobre os hábitos individuais. SLAVICEK, Louise Chipley. *The Prohibition Era. Temperance in the United States. Milestones in American History*, (2009), p. 8.

³⁵⁵ SLAVICEK, Louise Chipley. *The Prohibition Era. Temperance in the United States. Milestones in American History*, (2009), p. 12.

³⁵⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 871-872.

Middlesex County depois dessa corte ter começado a receber casos criminais em 1804. Samuel Dana alegou 4 infrações em sua acusação contra Stevens: a 1ª) alegando ser o acusado um “vendedor costumaz” de álcool; a 2ª) e 3ª) alegando vendas sem licença; e a 4ª) por permitir ao comprador de beber em suas instalações. O escrivão registrou em ata: “Josiah Stevens diz que não irá entrar em litígio com a *Commomwealth*. E Samuel Dana, advogado da *Commomwealth* em sua obrigação diz que em consequência das alegações, ele não irá seguir com a primeira, a terceira e a quarta infrações da acusação contra o arguido”. Samuel Dana e Josiah Stevens tinham selado um acordo: na troca da alegação de não contestar as acusações, Samuel Dana deixaria a persecução de 3 das 4 infrações. Da infração restante, Josiah Stevens pagou uma multa de \$6,67 dólares e \$47,12 de dólares pelas custas do processo.³⁵⁷

O outro caso foi em março de 1809, com quatro acusações contra Nathan Corey: a 1ª) de vendedor costumaz de álcool, somadas de mais 3 infrações de venda sem licença. O caso também terminou em acordo, retirando-se a primeira, segunda e quarta infrações, e com o *plea of no contest* para a terceira.³⁵⁸

Neste quadro encontra-se toda a natureza da negociação do *plea bargaining*: a posição ameaçadora perante o acusado com múltiplas penalidades e a recompensa ao *plea of no contest* com o abandono de três infrações. Dessa maneira, esse *plea of no contest* poupou a o ônus de comprovar a culpa do acusado enquanto deu poder de condenação e sentenciamento à corte. Para reduzir o excesso de infrações na acusação, Samuel Dana utilizou o *nolle prosequi*, o qual a *Supreme Judicial Court* havia recentemente declarado ser um dispositivo exclusivo dos procuradores.³⁵⁹

Dessa sorte, tal decisão produziu a “reação instantânea de dois ingredientes químicos”. Com total discricionariedade para o *nol pros*, produziu-se uma inovação processual que prontamente o procurador notou as vantagens que poderia obter: o poder de barganha do procurador público conferido pelo rígido esquema graduado de punição da lei seca.³⁶⁰ Sobrecarregando as infrações na acusação, seletivamente *nol pros* algumas delas, e manipulando os montantes de custos; os procuradores, na prática, poderiam ditar a sentença do acusado.

As previsões de pena dos crimes comuns nesse período em Massachusetts possuíam os traços rudimentares do período, com enorme discricionariedade judicial, fator que eliminava a possibilidade de manipulação da sentença pelo procurador. A previsão de pequeno furto era

³⁵⁷ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 871.

³⁵⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 872.

³⁵⁹ "A Corte nunca ingressa com um *nolle prosequi*, somente perante o assessor do Governo". *Commonwealth v. Andrews*, 2 Mass. (I Tyng) 408. 414 (1807).

³⁶⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 889.

de 0 a 1 ano ou uma multa de 0 a \$300 dólares; para grandes furtos era de 0 a 5 anos ou 0 a \$600 dólares; por invadir e furtar uma loja a noite, de 0 a 20 anos; por forjar uma conta bancária ou roubo sem arma, de 0 a prisão perpétua. Portanto, essa seria uma das primeiras descobertas para a formatação desse sistema: fora os casos de crimes que possuíam penas mandatórias perpétua ou capital, nenhum dos crimes típicos da *commom law* trazia a previsão de pena mínima.³⁶¹

Portanto, com a exceção dos *liquor cases*, o procurador não tinha um dispositivo certo para ameaçar com uma certa e abrupta punição ao acusado que desejava a ir a julgamento e perdesse, porque não possuía o limite mínimo que se tornaria a sua promessa de leniência. Não até 1938, onde tornou-se possível usar um parcial *nol pros* reduzindo uma acusação de grande furto para pequeno furto no caso em tela.³⁶²

Dos 40 *plea bargains* explícitos que George Fisher encontrou nos registros das jurisdições intermediárias, durante os anos entre 1789 a 1849, 33 ou dois terços, foram em *liquor cases*, tomando lugar em 24% das adjudicações nestes, mas somente em 3% nos casos restantes. George Fisher com razão aponta que “os dados revelam que a simples redução à exposição de pena máxima, mesmo que abaixe significativamente o máximo, não é suficiente para induzir à alegação da culpa”.³⁶³ Esses dados mostram também, que já havia uma certa penetração para outros casos, que saíam do âmbito das infrações de *liquor cases*, mesmo que fosse mínima a ocorrência.

Já em New York, as legislações de 1801 e 1813, possuía um esquema de penas criminais amplamente discricionário também, exemplo, “pessoas condenadas em qualquer forma de estupro, ou de roubo, ou de assalto, ou de atear fogo em casa ou celeiro são punidos com aprisionamento perpétuo”; ou “pessoas condenadas por qualquer outro *felony* abaixo do grau de pequeno furto é aprisionada por qualquer termo não maior de que 14 anos”.³⁶⁴

Não se formulava nenhum incentivo para alegar a culpa em New York. Um registro de 1816 é exemplar, envolvendo furto de itens de um navio, prevista a punição por até 14 anos

³⁶¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 874.

³⁶² Como a *Supreme Judicial Court* manifestou em 1838, “É perfeitamente claro que o *nolle prosequi* deve ser inserido conforme quer o procurador... A Corte não tem direito a interferir...”. *Commonwealth v. Tuck*, 37 Mass. (20 pick.) 356, 365 (1838).

³⁶³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 875-876.

³⁶⁴ Declaração dos crimes puníveis por morte ou aprisionamento na prisão estadual. *Act of Mar. 21, 1801, ch. 58, § 2. 1801 N.Y. Stat. 97. 97*; O Estatuto de penas de 1813 deixou intacto a maior parte do quadro de punição de 1801. A lei de 1813 trouxe maior rigor à pena por incêndio, estabelecendo a pena de morte por incendiar moradia habitada, § 3, 407. E aprisionamento por não mais de 14 anos como pena por incêndio de qualquer outra moradia, celeiro, edifício público, ou moinho. *Act of Mar. 19, 1813. ch. 29. § 3. 1813 N.Y. Stat. 407*; O estatuto de 1801 e de 1813 previam a pena perpétua para aqueles condenados pela segunda vez por qualquer *felony* acima do grau de pequeno furto, § 5, *1813 N.Y. Stat. at 409*; § 4, *1801 N.Y. Stat. at 97*.

de prisão. Eram 4 acusados, onde Manuel Bedis e George Spencer declararam-se inocentes e foram condenados após o julgamento; e Andrew Smith e George Collins, que alegaram a culpa. Não obstante os diferentes modos de disposição dos casos, todos os condenados foram sentenciados à prisão estadual pelo termo mínimo de 3 anos e um dia.³⁶⁵

Um novo Código foi promulgado em 1829, dividindo vários crimes em graus que traziam a pena correspondente para cada. Roubo de primeiro grau possuía pena mínima de 10 anos; em segundo grau, de 5 a 10 anos; em terceiro grau, máximo de 5 anos.³⁶⁶ Nesse período, o novo Código impedia a possibilidade dos procuradores de ingressarem com o *nolle prosequi* pela acusação inteira sem a permissão da corte, mas não proibiu a autoridade do *nol pros* a uma das acusações (a maior geralmente) se estas somavam-se. Porém, não ocorreu a indução dos procuradores aos acusados para renunciarem seu direito ao julgamento, o que segundo McConville e Mirsky traz consequências à importância particular que autores como George Fisher dão à criação do cargo de procurador público como fator da ascensão do *plea bargaining*,³⁶⁷ e denota a importância de motivações exteriores aos interesses dos atores jurídicos, desvencilhando-se de concepções puramente técnicas ou apolíticas sobre o procedimento.

Isahel Huntington em 1834, trouxe inovações para administrar a massa de *liquor cases* que crescia constantemente. No ano de sua posse acima, ele exerceu a persecução em 95 casos de todos os tipos de crime, mais do que dobrando seu predecessor Asahel Stearns, em 1929.³⁶⁸ Uma lei de 1832 dividiu o Estado em Distritos, então Isahel Huntington tomou título de Procurador distrital e assumiu uma maior região que incluía Essex County, e uma substancial parte de Middlesex. Em dois anos frente à procuradoria, Huntington formulou sua marca tecnológica do dispositivo *plea bargaining*: a forma pré-impressa e multi-acusatória.

³⁶⁵ Nas poucas persecuções onde diferentes sentenças eram impostas em acusados pelos mesmos crimes, não há evidências que o ingresso do *guilty plea* por um ou mais acusados foi a causa ligada à sentença. Outros fatores, registros criminais anteriores parecem ter sido de maior significância. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 158.

³⁶⁶ A lei designou um termo mínimo de aprisionamento aos graus mais altos de um crime – como também primeiro e segundo grau de assalto; primeiro e segundo grau de falsificação; primeiro, segundo e terceiro grau de homicídio; e primeiro, segundo e terceiro grau de incêndio. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1033.

³⁶⁷ Em 1846, 80% dos *guilty pleas* eram sobre a acusação mais grave. Durante o período, acusações simples somavam mais de 90% de todas as persecuções. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 155-156.

³⁶⁸ Este procurador ficou marcado por colocar em prática o que seria depois conhecido como *plea bargains* implícitos. Exemplo: em um caso com co-arguidos por assalto, Archibald McIntire, alegou culpa e o segundo, William Fletcher, foi a julgamento e perdeu, a corte os multou em \$5,00 dólares. Mas os custos judiciais foram determinados para McIntire em \$4,76 e Fletcher \$39,53 dólares. *Commonwealth v. William Fletcher & Archibald McIntire*, Middlesex Ct. C.P. R. Book 174 (Mar. 1814).

Esses documentos comprovam uma prática rotineira na prática de apontar múltiplas infrações nas *liquor cases* do período.³⁶⁹

Os que se arriscavam ao julgamento não havia leniência. Daniel McCrillis, em 1849, foi condenado por 4 infrações, multado em \$160 dólares, e pelos custos judiciais em \$88,05 dólares. Os arguidos que apresentavam o *plea* por uma ou mais infrações com multa de \$20 dólares, asseguravam o *nol pros* em pelo menos a primeira e mais expansiva acusação e pagavam custos moderados entre \$20 e \$40 dólares.³⁷⁰

Uma comissão foi formada para investigar os procedimentos de Isahel Huntington em setembro de 1842, na *Court of Common Pleas* no Condado de Essex, sobre 18 condenações em *liquor cases* sem julgamento. Huntington denegou as acusações de corrupção, e o comitê chegou à decisão que elas eram infundadas. Já pela acusação de má-prática em razão do *plea bargaining*, o procurador não só admitiu como requereu que “sob as leis da *Commonwealth*” pudesse continuar tal prática. Ao final, fora a primeira vitória do *plea bargaining*. Alegando a rotina de trabalho excruciante, esse procedimento era mais “propício aos interesses públicos”. Segundo o Comitê não havia nada de sorrateiro na prática do *plea bargaining*, “até porque era notório que esse caminho foi tomado aberta e publicamente... e imparcialmente aplicado a todos: era conhecido pelas Cortes, pela *Bar Association*, os comissários do Condado, e todas as pessoas que tem qualquer interesse na administração do departamento de justiça”.³⁷¹

Assim, apresentou a cartilha da forma pré-impressa e multi-acusatória para serem usadas nos *liquor cases*:

Sempre que um número de penalidades seja demandado sob diferentes infrações sob o mesmo tipo de acusação, e o acusado apresenta-se a uma proposta de acordo, o curso comum tem sido:

- 1- Requerer à parte a ingressar com o *no contest*.
- 2- Aceitar o acordo para abster-se de futuras vendas de bebidas alcoólicas sem licença.
- 3- Pagar pelo menos uma penalidade à *Commonwealth*, e todos os custos que se acumularem.
- 4- Que a acusação então permaneça para assegurar que o acusado irá cumprir seu acordo, e que possa ser processado no caso de continuar no curso de violação das leis.

³⁶⁹ Ver o documento pré-impresso como formulário para preencher os dados em: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 880.

³⁷⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 881.

³⁷¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 882.

Como observa-se, trata-se de um quase-contrato para a futura supervisão sobre o comportamento desejado contra o infrator, que caso infrinja novamente as leis sobre o proibicionismo, terá uma acusação já pendente a ser somada pela continuidade delitiva. Até então a única punição aplicada era o pagamento de multa e custas judiciais. Charles Russell Train, que assumiu o ofício em 1848, desenvolveu o modelo pré-impresso e multi-acusatório com impecável regularidade. Em 1849, Train apresentou múltiplas acusações em 89% dos *liquor cases* e resolveu 20 dos 56 casos adjudicados com *plea bargains* explícitos.³⁷²

O avanço das negociações sobre o *charge bargaining*, só poderiam ocorrer nos outros casos com algum avanço no poder de barganha do procurador. E esta veio através da decisão já citada da *Supreme Judicial Court - Commonwealth v. Tuck* (1838) - quando decidiu dando poder unilateral aos procuradores para não prosseguir com parte de uma acusação.³⁷³ Dessa forma, a possibilidade abriu-se para os procuradores em casos de homicídio, pela sua previsão penal prevista à época. A previsão para *murder* (homicídio intencional) era de pena mandatória de morte. Já para *manslaughter* (homicídio culposo) de 0 a 20 anos. Assim, a negociação pela acusação tomou forma de um parcial *nol pros*, onde havia a redução da acusação que simplesmente era uma decisão de vida ou morte ao acusado.³⁷⁴

Como bem aponta George Fisher, haveriam razões pelos quais a negociação sobre a alegação de culpa ter sido mais raro em casos de homicídio que nos casos da lei proibicionista. O mais óbvio é que os procuradores sentiam que tanto a justiça como a opinião pública “demandavam a medida completa de punição nos casos de homicídio”.³⁷⁵ Com a decisão, haveria sobremaneira uma proteção onde a discricionariedade do procurador não seria verificada pela corte, e assim obter vantagem pelo dispositivo.

Assim, os mais antigos registros de *plea bargains* explícitos encontrados sobre casos capitais tomaram forma em 1841, período do Procurador-Geral James Austin. No primeiro caso, Susan Boston acusada por matar um homem com uma faca, alegou ser culpada por *manslaughter*. Austin não prosseguiu com a acusação de *murder*, e a corte sentenciou Susan Boston a 3 anos à casa de correção.³⁷⁶ No segundo caso, acusado de estupro, o arguido alegou ser culpado por agressão com tentativa de estupro. Austin não prosseguiu com a “outra parte da acusação” – ou seja, não prosseguiu com a acusação de estupro.³⁷⁷ Estupro, como

³⁷² FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 884.

³⁷³ *Commonwealth v. Tuck*, 37 Mass. (20 pick.) 356, 365 (1838).

³⁷⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 890.

³⁷⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 889.

³⁷⁶ *Commonwealth v. Susan Boston*, Sup. Jud. Ct. R. Book 152 (Bristol. Apr. 1841).

³⁷⁷ *Commonwealth v. Michael Larry*, Sup. Jud. Ct. R. Book 363 (Suffolk, Nov. 1841).

homicídio, tinha previsão mandatória de pena de morte, enquanto agressão com intenção de estupro tinha a previsão de 0 até a prisão perpétua. Neste caso o réu foi condenado a 5 anos de prisão.³⁷⁸

Nos casos de homicídios a escalada iniciou-se: na década de 1840, há registros de quatro casos de homicídio, totalizando 10% dos casos adjudicados, pela charge *bargain*. Na década de 1850, 17% dos casos adjudicados; de 1860 há um aumento significativo, 25 de 53 dos casos adjudicados, ou 47%; baixando para 43% na década de 1870 e 35% na de 1880. A década de 1890 fechou o século com 61%. Em contraste, a taxa de *charge bargain* em todos os outros casos criminais nunca passou de 11%, e através de todos os anos parou em apenas 3%.³⁷⁹

Nos casos de homicídio podemos concluir que o *charge bargaining* tornou-se, logo, um instrumento que evitaria a pena de morte e, ao mesmo tempo, garantiria o cumprimento de pena retirando o risco das decisões errôneas pelo júri. O aumento significativo de *charge bargains* na década de 1860 é onde encontra-se o “subtrama” essencial que os crimes da lei proibicionista e de homicídio compartilharam na ascensão do *plea bargaining*.

Em 1858, o Legislativo separou o crime de *murder* em 1º grau e 2º grau.³⁸⁰ Essa alteração garantiu aos procuradores um controle mais preciso sobre o poder sentenciante do juiz, aumentando a versatilidade no quadro negocial. Apesar da enorme diferença que havia pela violação da lei proibicionista que possuía pena mandatória de multa de \$100 dólares, e a de homicídio com pena mandatória de morte, seria na “atribuição das penas mínimas mandatórias que dariam aos procuradores o exímio poder de negociar concessões em troca da alegação de culpa”.³⁸¹ Configurar as penas mínimas mandatórias seria no futuro o xeque na resistência do “opponente-acusado”.

Em New York apresenta-se a prática do *charge bargaining* somente próximo à metade do século XIX. O segundo fator que difere de Massachusetts, é quão cedo ficam elevadas as taxas de *guilty pleas* em New York. Há uma taxa negligente de *guilty pleas* de 1800 até 1830

³⁷⁸ Estupro em 1852 teria retirada a sua previsão de pena de morte tornando o homicídio o único crime com tal previsão. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 887.

³⁷⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 888.

³⁸⁰ O crime de murder de primeiro grau continuava com a pena mandatória de morte, e a de segundo grau com a pena mandatória de prisão perpétua.

³⁸¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 891.

e então uma elevação constante à altura de 75% até 1890.³⁸² As taxas passam de 75% em 1879, e nos Condados rurais ao fim de 1890.³⁸³

A explosão ocorre em um período em que o Legislativo de New York retirou dos procuradores distritais o poder de “entrar com um *nolle prosequi* sobre qualquer indiciamento, ou qualquer outra forma de não continuação do mesmo sem a permissão da corte”. Porém, não resultou em impedimento para o progresso do *charge bargain*. Para George Fisher, a explicação pode estar em que a lei não proibiu estritamente a prática, apontando que a *charge bargain* parcial não requer que o procurador ingresse a *nolle prosequi* sobre a acusação ou abandone o mesmo, mas meramente *nol pros* uma parte de uma acusação múltipla”. Dado que o poder do *nol pros* tradicionalmente encontrava-se nos poderes do procurador, as cortes podem ter sido relutantes de privá-los de um poder, sendo ausente um comando legislativo mais preciso.³⁸⁴

O banimento do *nol pros* dos procuradores não teve efeito, com os procuradores retendo o seu poder na prática. George Fisher aponta uma publicação em 1869 do *New York Times* sobre a prática, onde apresenta na primeira página um discurso com os males do sistema criminal de justiça estadual. Enquanto pontuava a perigosa concentração de poder nas mãos dos procuradores, “o autor afirmava que o procurador podia sem nenhum questionamento ingressar um *nolle prosequi* em qualquer caso onde a denúncia se encontre”.³⁸⁵

De qualquer forma, entre 1850 e 1880, com o *Graham Code* a proporção de casos terminando em *guilty pleas* alcançou e passou 75%. A maioria desses casos tomaram a forma de *charge bargaining*. Em 1881, o Legislativo promoveu alterações pontuais no Código proposto, incluindo o banimento do *nol pros*.³⁸⁶ Se o Legislativo tinha tentando realmente o fim do *charge bargain* em New York privando os procuradores do seu poder de *nol pros*, este falhou em sua missão mais uma vez. A taxa de *guilty pleas* em New York City, onde os *charge bargain* eram mais comuns, pouco diminuiu após a promulgação do Código e depois

³⁸² MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *The Rise of Guilty Pleas: New York. 1800-1865*. 22 J.L. & Soc'Y 443,466 (1995), p. 466.

³⁸³ MOLEY, Raymond. *The Vanishing Jury*. 2 S. CAL. L. REV. 97, 103 (1928), p. 108.

³⁸⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1035-1036.

³⁸⁵ “Ele pode ir mais longe e aceitar o *plea* de um prisioneiro culpado de uma ofensa vários graus abaixo da acusação perante o Grande Júri. [...] A moção do procurador distrital para permitir o *nolle prosequi* são garantidos pelas cortes quase invariavelmente”. *Concerning Crime, N.Y. TIMES, Feb. 12, 1869*. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1037.

³⁸⁶ *Act of June 14, 1881, ch. 504, §§ 671-672, 1881 N.Y. Laws 164. 164-65; People v. Willis, 52 N.Y.S. 808, 809 (Sup. CL 1898)*.

elevou-se a um novo patamar.³⁸⁷ George Fisher aponta que “sem dúvidas os juízes de New York, como seus pares de Massachusetts, abandonaram qualquer antipatia pelo *charge bargaining* após a ofensiva esmagadora dos litígios civis”.³⁸⁸

Até 1845, os *plea of guilty* encontravam-se entre 1% a 20%; em 1850, já em mais de 40%; em 1860, encontrando-se em 60%; baixando para 50% em 1870; crescendo novamente para 70%, em 1879. A transmissão de forma adjudicatória é notória de um sistema a outro, do júri à negociação da pena. Em 1839, os *guilty pleas* somavam menos de 15% do total de condenações do *General Sessions*; alcançando em 1865, o montante de 80% do total de condenações nesta corte. Outra importante análise, é a mudança enorme nos resultados dos julgamento por júri, sendo de mais de 60% de condenações em 1810, para 30% em 1870; de absolvição de pouco mais de 30% em 1810, para mais de 50% em 1870; e o mais importante, de condenação por um crime menos grave, de pouco mais de 2% em 1810, para quase 45% em 1856, e caindo para 15% em 1870.³⁸⁹

Estes números são resultados do Código de 1829, onde tornou-se mais amplo as categorias e graus de crimes, as acusações de maior seriedade predominavam até 1839, onde somente de 1846-1870 as absolvições e condenações por crimes menores começaram a predominar sobre o primeiro.³⁹⁰ Segundo McConville e Mirsky, o que se desenvolveu após a metade do século foi uma separação entre os fatos estabelecidos com suporte nas alegações e aqueles implícitos em um *plea* menos grave. Em contraste ao período anterior, onde a sincronização entre os fatos alegados e o *plea* apresentado demonstrava o caráter pessoal da justiça criminal, a ausência de uma base fatural firme por um *plea* por crime menos grave no período de 1856-1865 é prova da transformação para um sistema de justiça agregativa.³⁹¹

³⁸⁷ MOLEY, Raymond. *The Vanishing Jury*. 2 S. CAL. L. REV. 97, 103 (1928), p. 108.

³⁸⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1038.

³⁸⁹ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 200-201.

³⁹⁰ Até 1846, *pleas* por imputações de crimes menos graves e tentativas eram aproximadamente 20% de todos os *guilty pleas*. O dramático crescimento do *pleas* por crimes menos graves e tentativas ocorreu entre 1850 e 1855 quando a percentagem cresceu para 60%, e em 1865 para 70% de todos os *guilty pleas*. Em 1865, tentativas tornaram-se aproximadamente 30% de todas as condenações com particular domínio em *grand larceny* (grande furto) e *burglary* (invasão com a intenção de furto). McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 288-289

³⁹¹ “Claro, um esperaria que tal resultado, de concessão significativa sobre as acusações em relação aos fatos e circunstâncias do caso, fossem baseados em uma avaliação racional da suficiência e persuasão das provas e do caráter do acusado. Mas como nossos números mostram, a vasta maioria de casos pelo *guilty plea* no período transformativo, essa explicação não é eficaz. De grande força justificadora é a política dos *Ward-heeling* o qual impactou o papel do procurador distrital resultando na mudança das acusações e do *plea bargaining*. Tais práticas asseguraram a contínua eleição do procurador distrital, quem, como candidato do *Tammany Hall*, dependia dos constituintes de baixa classe, muitos dos quais eram engajados na atividade delitativa na cidade”. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 307.

Outro importante dado é a percentagem de disposições de casos em um ano. Em New York, no período de 1839, por ano menos de 10% eram *guilty pleas* e mais de 60% de julgamentos; em 1890, 60% das disposições por ano eram *guilty pleas*, e apenas 20% de julgamentos por júri.³⁹²

É possível observar que rapidamente a troca realizada através de um compromisso explícito de um quase-contrato para exigir o comportamento desejado transmuta-se dos casos da lei proibicionista, a partir da nova formulação de penas em graus e a garantia aos procuradores que sua discricionariedade não seria analisada com maior vigor, para os *felonies*, inclusive, as de maior seriedade, com previsões de penas perpétua e capital. Embora a “prática surja durante um período de reforma, não avançou como um plano unitário ou iniciativa formal”. Ao contrário, “emergiu com um acréscimo informal e pragmático de pequenas mudanças da prática costumeira das cortes, e depois, culturalmente codificado”.³⁹³ Foi um passo gigantesco onde é notório o descolamento com as práticas histórica formuladas na *common law*.

3.3. AS MUDANÇAS NA ESTRUTURAS DO PROCEDIMENTO E A ASCENSÃO DA LIBERDADE CONDICIONAL ATRAVÉS DO ARQUIVAMENTO.

Este período intermediário do século é de vital importância para compreender o instituto tendo em vista que uma melhor estruturação dos órgãos, inovações no procedimento criminal, como outras questões exógenas, desaguariam na completa estruturação do sistema *plea bargaining*. Como já apontado, nos registros da corte do condado de Middlesex, na passagem dos séculos XVIII ao XIX, possuem taxas incrivelmente altas de *guilty pleas*, chegando a 71% em 1789-1890. Esta cai bruscamente para 26%, em 1834. Surpreendente a alta taxa de alegações de culpa em parte pelos numerosos autores que apontaram ser o *plea bargaining* raro antes da metade do século XIX, e que principalmente, as cortes eram relutantes em aceitar sob quaisquer circunstâncias o *plea of guilty*, onde na verdade, a relutância, parecia apresentar-se mais especificamente aos casos em que a pena era capital.³⁹⁴

³⁹² McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 204.

³⁹³ VOGEL, Mary E. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860*. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999), p. 204.

³⁹⁴ “Na verdade, *guilty pleas* em casos capitais sem nenhuma redução a um crime não capital eram raros. Eu encontrei somente cinco através do século; Exemplo, a qual a manifestação em que ‘a *Supreme Judicial Court* rejeitou este argumento e retificou a sentença de morte do acusado, mas reconheceu que a corte recebeu a confissão de culpa no caso capital com grande relutância”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 968.

Se em 1789, pouquíssimos acusados compareciam à corte com advogados e após algumas décadas do novo século, uma crescente proporção começou a se apresentar representado, George Fisher aponta que somente este quadro poderia explicar tanto a alta taxa de *guilty pleas* no início e o abandono do *guilty pleas* no primeiro terço do século para todos os outros casos, diversos dos *liquor cases* e de homicídio. Porém, as evidências quanto a representação dos acusados somente é registrada com essa informação a partir de 1844.³⁹⁵

Em 1844, 51% dos acusados em Middlesex compareceram à corte com advogados, número que avançou modestamente para 61% em 1849. Após, houve variância na taxa de representação, não alcançando mais o ápice de 61% de 1849, e tendo a taxa mais baixa em 1880, de 41%.³⁹⁶ Nesses dados, o autor aponta que os advogados de fato exerceram grande influência entre ir a julgamento ou alegar a culpa, especialmente na metade do século onde arguidos com advogados preferiram ir a julgamento em maior proporção dos sem representação.

O primeiro fato adicional seria que os acusados que optaram por ir a julgamento tinham maior esperanças de vitória se possuíssem advogados.³⁹⁷ O segundo é que os arguidos representados paulatinamente tornaram-se mais aptos a conseguir *plea bargains* explícitos: a proporção aumenta exponencialmente em ambos, onde em 1844, conseguiam *plea bargains* explícitos, 18% com representação e 23% sem representação; já em 1900, conseguiam *plea bargains* explícitos, 55% com representação e 53% sem representação.³⁹⁸ Lawrence Friedman e Robert Percival também encontraram esse padrão algumas décadas após no Condado de Alameda. Acusados com representação eram bem mais difíceis de alegarem a culpa sem uma aparente concessão.³⁹⁹

Arguidos sem advogado viam pequenas chances de vencerem nesse período inicial. Sem o conhecimento para pressionar uma concessão pelo *plea*, estes simplesmente alegavam a culpa pelas próprias acusações que enfrentavam, esperando leniência por parte do juiz. Quando a representação cresce, estes começam a possuir maiores chances de vitória, em

³⁹⁵ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 970.

³⁹⁶ Ver as tabelas e taxa de representação em FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 971-975.

³⁹⁷ Exemplo em 1849, que a taxa de vitória em julgamento com representação era em 48% dos casos, e sem representação em 13% dos casos. Ver tabela em FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 973.

³⁹⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 973.

³⁹⁹ O estudo aponta que a maioria dos arguidos que alegaram a culpa na formulação da acusação abdicaram da representação por advogado. Como também citam uma pesquisa de reclusos na prisão de Folsom feita ao final da década de 1880 no qual 33,9% daqueles que alegaram ser culpados disseram que o fizeram porque não tinham 'nem dinheiro nem amigos', o que leva à "conclusão da falta de dinheiro para contratar um representante". FRIEDMAN, Lawrence & PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 135.

alguns casos com mais de 50% de chances. Esta variável sobre a derrota em um julgamento que consumiria tempo pode ter sido um enorme fator para os procuradores.⁴⁰⁰

A taxa de *guilty pleas* nos casos de homicídio permanece relativamente baixo por duas décadas, contando somente 10% dos casos de homicídio adjudicados em 1840 e 17% em 1850. Isto, segundo George Fisher, poderia ser pelo baixo recorde de vitórias em julgamento pelos procuradores nestas décadas, em que havia 3 vezes mais absolvições, e em 1840, quase o dobro.

Já a década de 1950 apresenta uma mudança drástica, resultado da legislação de 1858 em que traz a individualização do homicídio em graus, diminuindo o número de júri sem decisão ou condenações por *manslaughter*; como também há o desenvolvimento profissional da polícia – o *Boston Police Department* nomeou seus primeiros detetives em 1846 –, que sem dúvidas, resultou em uma melhoria na produção de provas. Como resultado, a proporção de *charge bargains* em casos de homicídio cresceu para 47% dos casos com alegação de culpa em 1860, baixando para 35% em 1880 e terminando o século com taxa de 61%.⁴⁰¹

McConville e Mirsky observam em New York a nova estruturação da força policial através da reorganização da polícia e conseqüentemente, no julgamento criminal, a partir de 1840. Entre 1840-1850, a polícia se tornaria uma força de período integral substituindo os *marshals*, *constables* e *watch*.⁴⁰² Porém, os autores rejeitam o que consideram um mito, a suposta alteração de um antigo sistema de vigilância a uma força policial totalmente nova, apontando que a literatura não sugere uma transição clara na metodologia entre o antigo e o novo, apresentando os mesmos problemas da falta de contingente, de nomeação, em matéria de profissionalismo ou de corrupção.⁴⁰³

O grande efeito também não ocorreu na forma da captura, o qual os números do período não mostram diferença significativa de captura proativa por policiais, mas sim a

⁴⁰⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 975.

⁴⁰¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 976.

⁴⁰² Essas medidas foram apropriadas da *Metropolitan Police of London*, que almejava em 1845 criar uma polícia 'preventiva', combinando patrulhas de dia e noite em uma força semi-militar de 800 homens com qualificações especiais. Cada *alderman* nomearia a polícia da região que representava. A ideia era que o trabalho de investigação e de detecção de crimes de uma força policial regular cobrisse toda a cidade e substituísse os variados *Police Offices* sob a tutela dos *Special Justices*. Essa nova força era para intensificar a visibilidade da polícia que estaria presente dia e noite, substituindo a presença mais esporádica do vigia noturno. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 224.

⁴⁰³ "A 'localização' de criminosos habituais, a vigilância dos agiotas e vendedores de drogas, o modo de revista de suspeitos nas ruas documentadas por William Bell, eram uma continuação da metodologia o qual é da linha observada do *Watch and Ward* e do ofício do *Special Justice*. O único avanço foi a institucionalização do *The Rogues Portrait Gallery* em novembro de 1857, com centenas de fotos de criminosos famosos". McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 226.

manutenção da captura reativa por alguma testemunha. O que cresceu no período foi o número de policiais associados aos casos dos procuradores distritais a quaisquer tipos de apreensão ou persecução, basicamente, havendo um comando desses casos individuais pela polícia, com o nome do oficial designado tanto como testemunha ou funcionário.⁴⁰⁴

Em 1850, com o advento do *Police Justice*, magistrados foram despojados de suas responsabilidades investigativas, e foram restritos a conduzir o *committal proceeding*. O *locus* da investigação criminal ficou sob o controle do *police captain*, isolando os *Police Justices* da atividade policial diária. Tal mudança adveio pela reforma estrutural que entendia que o propósito do interrogatório não podia “colocar os acusados em um contra interrogatório sob domínio do magistrado, que de acordo com os princípios da prática francesa, extrairia evidências de culpa pela sua ingenuidade”. Mas que deveria o interrogatório ser “no espírito humano e benigno da *common law*, para dar ao acusado uma oportunidade de uma voluntária explicação, para retirar qualquer existência de culpa sobre a acusação”.⁴⁰⁵ A partir de 1839, “praticamente 100% dos acusados começaram a ser informados de seus direitos”. Porém, a taxa de advogados de defesa no interrogatório era baixa, não passando de 17% no período.

Portanto, não somente a frequência de admissões caiu a partir da obrigação de informar os direitos do acusado, seguindo a lei de 1829. Como resultado a voz do acusado basicamente foi silenciada, dando apenas informações suplementares, ou unicamente declarando sua inocência. O magistrado e seu auxiliar cessaram de serem a principal testemunha no *General Sessions*, sobre as declarações e comportamento do acusado, como a *Police Court* tornou-se somente local do procedimento de audiência preliminar.

A natureza do procedimento de julgamento permaneceu sem grandes mudanças na primeira metade do século, exceto que advogados agora se apresentavam, embora infreqüentemente, na condução do interrogatório preliminar das testemunhas.⁴⁰⁶ A maioria

⁴⁰⁴ Ao início do século, a pesquisa mostra que tanto a acusação ou a reclamação não continham qualquer indicação de domínio da polícia no caso, de forma independente do *special justice*. Referências aos *watchmen* e *constables* ocorreriam somente no contexto do interrogatório perante o *special justice* das persecuções privadas. Em 1850, a capa da reclamação indicava o número de policiais associados, com todos os casos em número igual do grande número de testemunhas civis e reclamantes. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 230-232.

⁴⁰⁵ *Committee on Criminal Code*, 1855; Apud: McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 242-247.

⁴⁰⁶ Intervenção por advogados perante magistrados ocorriam somente naqueles casos onde o acusado ou sua família pudesse pagar os honorários do advogado, mas o relacionamento do advogado com a polícia, o carcereiro, e o auxiliar do juiz significava que somente alguns indivíduos que se apresentavam como advogados, iriam representar o acusado perante a *Police Justice*. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 253-254.

dos casos que se exercia perseguição, permaneciam sendo crimes contra a propriedade, com perseguições individuais e poucas testemunhas.⁴⁰⁷

Durante todo o período de 1800-1865, o atraso não era um fator e os casos moviam-se eficientemente, levando poucas vezes mais de um mês da apresentação inicial perante o juiz à adjudicação do caso, com os casos sendo julgados após 1 semana da acusação formal, não havendo maior complexidade nos casos.⁴⁰⁸ Nos registros apresentam-se pouca atuação dos advogados, sendo as moções restritas a pedidos de adiamento do julgamento no início do século, ou a absolvição sumária do acusado nos últimos anos.⁴⁰⁹

Assim, observando-se o nível de “adversarialidade” do procedimento no período, demonstradas pelo contra interrogatório em julgamento, apresenta-se que o advogado de defesa não trouxera uma mudança significativa em relação aos anos anteriores, através de um engajamento defensivo ostensivo e objetivo, que trariam uma ligação direta entre problemas de julgamento que pudessem surgir no período e os *guilty pleas*. Os autores, inclusive, apontam uma continuidade na prática, onde o contra interrogatório concedia à perseguição uma oportunidade de esclarecer e completar a narrativa da acusação. O advogado de defesa buscava evitar ataques descarados às testemunhas de acusação, com perguntas moderadas, e omitiam uma contestação frontal das provas da polícia e das testemunhas.⁴¹⁰

O tempo de deliberação do júri que poderia ser um termômetro sobre a complexidade dos casos, nos estudos apresentados pelos autores, mostram que os casos em que os vereditos apresentados sem o júri retirar-se para deliberação, enquanto em 1800 era de 90%, entre 1839-1860, a proporção permaneceu em 60%; enquanto em 1870 quase 80% eram retornados sem a necessidade de retirada para deliberação.⁴¹¹

⁴⁰⁷ “Os registros de acusações individuais e com apenas uma imputação somavam mais de 90% de todas as perseguições sobre o período inteiro de 1810-1870, com quase nenhuma mudança na distribuição de casos entre 1850 e 1870”. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 260.

⁴⁰⁸ O maior atraso para a disposição do caso (4 semanas ou mais) pré-datam o dramático crescimento dos *guilty pleas* e é a demonstração que não houve uma grande complexidade no período de 1850-1865, maior que os anos que antecederam o *guilty plea*. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 257.

⁴⁰⁹ A análise dos registros da corte sobre a frequência de moções registradas em todos os casos com advogado de defesa mostra que no período inteiro, 1810-1865, em mais de 80% dos casos, nenhuma moção foi registrada pelos escrivães. Quando as moções eram registradas, variações em sua frequência não correspondem ao aumento de disposições pelo *guilty pleas*, no período crítico de 1850-1865. Na verdade, houve grande percentagem de casos onde moções foram apresentadas em 1835, e 1839, 1856, 1862, e 1865, quando os *guilty pleas* vieram a predominar. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 254.

⁴¹⁰ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 285.

⁴¹¹ Os autores apresentam uma mudança significativa no número de julgamentos que se iniciavam e eram finalizados, porém, a queda de uma média de 150 casos por ano caiu para pouco mais de 70, em período de 20

Massachusetts em 1866, tornou-se o terceiro Estado a legislar sobre o direito do acusado ao depoimento judicial no exercício de seu próprio interesse ou como denominamos no exercício da auto defesa.⁴¹² Embora possa parecer à primeira vista inofensiva, tal lei trouxe duas inevitáveis opções que, sem dúvidas, colocavam alguns acusados entre a cruz e a espada já que a lei permitia a contestação sem limites das partes, sendo natural a contestação vir carregado de elementos de condenação(ões) por outro(s) crime(s): o acusado poderia optar por manter-se em silêncio e encarar uma inevitável condenação pelo seu silêncio; ou compelido a dar seu depoimento, quem possuísse registro criminal anterior acabava “destruído” no contra interrogatório.⁴¹³ A consequência da lei para os reincidentes era clara: ou eram condenados pelo seu silêncio ou pelos seus antecedentes criminais.

Atualmente a prática é proibida, as Cortes reconhecem que o testemunho do arguido que é confrontado pelos seus crimes passados sofre um prejuízo que não se compara às das testemunhas. A lei que se dizia pretender garantir aos arguidos um novo direito de defesa em tribunal, pelo contrário, privou aqueles arguidos com antecedentes criminais ao direito de qualquer julgamento significativo, os deixando com a única alternativa: buscar o melhor acordo que pudessem. A versatilidade da lei sobre o depoimento judicial do acusado não só alcançava o reincidente, embora este fosse o grande afetado. Havia ainda a possibilidade, desde então, do juiz punir por perjúrio o acusado pela perda de tempo da corte.⁴¹⁴

As regras sobre o depoimento judicial do acusado diminuíram as chances de vitória em julgamento o que alimentou o medo de penas mais severas, aperfeiçoando mais o regime do *plea bargaining*. Aqui a possibilidade de alegação de culpa de inocentes começa a ser um risco maior. E inserido a este risco, a grande transformação que viria a naturalizar-se cada vez mais, o acordo por uma pena em regime fechado.

anos antes da sistematização do *guilty pleas*. Segundo os autores, a implicação que os julgamentos sucumbiram ao volume de casos, em uma análise mais detalhada, demonstra que não há correlação entre julgamentos iniciados e completados e a taxa de *guilty pleas*. Isso porque no início do século quando o julgamento era o principal método de disposição dos casos, havia uma variação considerável no número de julgamentos em 30 dias sem nenhuma mudança significativa no número residual de *guilty pleas*. Em contraste, depois de 1850 quando houve uma mudança significativa no método de disposição e os *guilty pleas* largamente substituíram os julgamentos por júri, houve em comparação, bem pouco pela mudança, no número total de julgamentos por júri no mesmo período. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 265.

⁴¹² *Act of May 26, 1866, ch. 260, 1866 Mass. Acts 245.245*. Os dois primeiros Estados a legislares foram Maine e California.

⁴¹³ A *Supreme Judicial Court* nesse julgamento afirmou que “o arguido... se ofereceu como testemunha, e as regras sobre as provas afetas à competência ou credibilidade das testemunhas são aplicáveis a ele nesse caso”. *Commonwealth v. Bonner*, 97 Mass. 587 (1867). In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 979.

⁴¹⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 981-982.

No ano de 1852, houve o banimento legislativo do poder discricionário unilateral do procurador *nol pros* nos *liquor cases* (deveria ser aprovado pela corte) em Massachusetts. Três anos depois, uma nova lei endureceu ainda mais a proibição de venda de bebidas alcoólicas com a previsão de pena de prisão mandatória para cada ofensa da lei.⁴¹⁵ Porém, o deslocamento que era de ser esperada nos registros de julgamento – uma ampla conversão ao julgamento -, não ocorreu. Outro tipo de resolução de casos estava sendo posto em prática para evitar o julgamento por júri e as prisões.

Em 1849, somente 18 de 78 casos foram a julgamento, contra 43 de 107 em 1859. Como o resultado não representa a exata correspondência com a nova lei em vigor, algum dispositivo diverso de evitar o julgamento estaria em prática. Pesquisando os registros da *Superior Court* e do *Court of Common Pleas*, George Fisher encontrou somente 66 *liquor cases* – 14 que foram julgados e 26 que terminaram com a alegação de culpa ou *nol pros*, ou ainda, rejeições das acusações. Porém, em vários dos registros encontrou um “tópico enigmático”: “A seguinte reclamação e acusação... o procurador da *Commonwealth* em suas atribuições, ordena o arquivamento”.⁴¹⁶

Em adição a esses 66 *liquor cases* de 1859, encontrou outros 41 que estavam somente nas atas dos escrivães, a maioria listada simplesmente com “L.L.” (*liquor law*) – e, em alguns, “*on file*”. Misturados com outros 122 casos criminais, similarmente colocados para arquivamento. O livro de ata não revela porque os casos terminaram arquivados, sendo ocasionalmente alguns com anotação de que a testemunha principal tinha ido “embora para o oeste”. Mas o Autor encontrou em 15 *liquor cases*, o detalhe processual importante – que antes de ser arquivado, houve a assunção de culpa.⁴¹⁷

Esse era o novo mecanismo, o arquivamento. Casos em que começaram a ser colocados “*on-file*” depois do acusado assumir a sua culpa ou não contestar. Estes não seriam os primeiros casos de *probation*, mas sem dúvidas, seria a origem de uma sistematização agregada ao *plea bargaining*. Frank Grinnell, em sua obra “*Probation as an Orthodox Common Law Practice in Massachusetts Prior to the Statutory System*”, assinala sua origem algumas décadas antes, em um caso contra Jerusha Chase em Boston em 1830, por roubo a

⁴¹⁵ *Act of Apr. 20, 1855, ch. 215, § 15, 1855 Mass. Acts 623, 630* (prevendo multa de \$10 dólares, e de 20 a 30 dias de prisão por venda ilegal, com acúmulo de penas mandatórias em caso de reincidência); *id. § 17, 1855 Mass. Acts at 631* (impondo multa de \$50 dólares e de 3 a 6 meses de prisão pela venda costumaz, com acúmulo de penas mandatórias por reincidência); *id. § 24, 1855 Mass. Acts at 635* (impondo a multa de \$10 dólares e 20 dias de prisão por possuir bebida alcoólica com a intenção de venda).

⁴¹⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 864.

⁴¹⁷ Em *Commonwealth v. Ann Donovan*, o escrivão anotou: “alegação inicial perante a corte retratada e agora alegou sua culpa. Arquivado”. *Middlesex Ct. C.P. Docket Book No. 789 (Feb. 1859)*.

uma residência. O juiz liberou Chase e nomeou como responsáveis e garantidores de seu bom comportamento sob o risco do confisco de \$200 dólares, a Benjamin Salmon e Daniel. O caso foi colocado “no arquivo” e ali ficaria enquanto Chase permanecesse em bom comportamento. Enquanto a condenação de Chase permanecia suspensa, o procurador tinha poder de exercer sua persecução novamente se houvesse qualquer fato novo.⁴¹⁸

O mecanismo do *on-file* já aparecem nos registros de atas de 1844, onde lista-se 76 casos os quais os acusados alegavam culpa ou não contestavam. Embora quase todos envolvessem *liquor cases* que possuíam ainda a pena mandatória de multa, nos registros não constam as multas, apenas que os casos prosseguiriam – e depois, prosseguiriam novamente. Eventualmente, o procurador distrital *nol pros* vários casos, assim, não aplicando as multas.⁴¹⁹

Portanto, quando em 1852, o Legislativo, basicamente, busca acabar com prática do *charge bargaining*, ao atribuir à corte a aprovação do *nol pros*, o mecanismo *on-file* já estava sendo aplicado. Colocando o processo no arquivo indefinidamente, o procurador não precisava mais exercer o banido poder do *nol pros*. E como os casos colocados no arquivo não eram tecnicamente rejeitados, o escrivão não registrava completamente nos livros oficiais. Colocar os casos *on-file* era basicamente o *probation*. Como esses procuradores tinham na maioria dos casos poder para arquivar os casos, eles converteram seu poder aos propósitos do *plea bargaining*.⁴²⁰ Portanto, a liberdade condicional após o início da sua prática cresceu em simbiose com o *plea bargaining*, e essa prática de colocar os casos “*on-file*” é a mesma que foi exportada ao mundo com o rótulo de *probation* por Massachusetts.

Em 1866, houve direta reclamação da atividade dos procuradores distritais em New York sobre a forma pelos quais vinham atuando, no exercício do *nol pros* em questão, exemplo o do *Prison Association Report on Common Jails*.⁴²¹ Em New York, a prática das

⁴¹⁸ “O acusado retira sua alegação inicial de inocente e alega sua culpa, reconhece pela soma de \$200 dólares com Benjamin Salmon, comerciante e Daniel Chase, sapateiro, a comparecer quando requerido e no momento manter a paz”. GRINNELL, Frank W. *Probation as an Orthodox Common Law Practice in Massachusetts Prior to the Statutory System*. MASS. L. Q. 591, (1917), p. 610. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 938.

⁴¹⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 939-940.

⁴²⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 941-942.

⁴²¹ “Sob as leis existentes o procurador distrital, e ninguém mais, possui o dever de colocar a máquina da lei em operação. Está em seu poder ser conivente com os crimes, e não obstante as acusações para o *grand jury*, reclamações, e as urgências da comunidade, se ele deseja proteger um criminoso, ele pode com a impunidade, e ninguém mais pode dizer como foi efetuado. O mais atento advogado com as melhores intenções comumente comete erros em uma apresentação da acusação, que são anulados; se o procurador distrital voluntariamente comete tais erros, quem pode dizer se foi intencional ou não? Quem pode com sucesso fixar a acusação de corrupção intencionada contra ele? Quão fácil é para ele deixar alguns pontos latentes não provados, os quais, quando detectados pelos olhos de lince do advogado, é fatal para a condenação! Ele pode alegar que em sua opinião as evidências em um dado caso são insuficientes para alcançar a condenação; não há ninguém para questionar a alegação, e a corte irá, sem hesitação, rapidamente introduzir o *nolle prosequi* ao caso”. GOULD,

acusações retornadas pelo *grand jury*, que depois nunca eram agendadas no *General Sessions*, ficaram bem conhecidas na figura de Oakley Hall, que em 14 anos como procurador distrital, exerceu a persecução em 12.000 acusações, mas usou da “brecha” em 10.000 acusações. Indo além dos *liquor cases* ou “casas de má-reputação” (*disorderly houses*), conhecidos por serem eleitores do *Tammany Hall*, para um espectro mais amplo de crimes.⁴²²

Em 1851, o legislativo da Califórnia aboliu o *nol pros*,⁴²³ e também eliminou o poder do *charge bargain* nos moldes dos *liquor cases* e de homicídios que ocorria em Massachusetts. No lugar do *nol pros*, o Legislativo estabeleceu o procedimento de poder de rejeição de acusações nas mãos da corte. Embora Friedman e Percival encontrem aquiescência quase total nos *charge bargains* sobre a alegação de culpa após um acordo entre as partes sobre uma ofensa de menor gravidade, a raridade de *guilty pleas* apontam que os procuradores temiam a submissão de acordos pela corte.⁴²⁴ O que leva à conclusão que havia resistência ao *plea bargaining* pelos juízes ainda.

George Fisher aponta três momentos nessa prática, que acompanham a lenta integração dos juízes no sistema. Anteriormente à década de 1860, os apontamentos na ata apontam a determinação do procurador para colocar o processo no arquivo.⁴²⁵ Entre 1860 a 1876, encontram-se mais divididos os apontamentos, o escrivão atribuindo ao procurador 17 vezes, e menos frequentemente à corte, 8 vezes. Mas a maioria das vezes era negligenciado quem ordenou o arquivamento. Então de 1877 em diante, o escrivão consistentemente listava os casos “por ordem da corte, colocados no arquivo”.⁴²⁶

Em 1865, ocorrem as audiências do *Act to Prevent Evasions*, o qual o autor destaca que não há registros se se estas audiências eram para restringir a prática dos procuradores

J.S. *Twenty First Annual Report of the Prison Association of New York*. (1866), p. 149. Apud: McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing, Oxford and Oregon, (2005), p. 313.

⁴²² McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing, Oxford and Oregon, (2005), p. 314.

⁴²³ “O procurador-geral ou o procurador distrital não devem daqui em diante descontinuar ou abandonar a persecução de uma ofensa pública, exceto como estabelecido na última sessão. A sessão anterior estabeleceu que a Corte deve, mesmo se por moção própria ou sob aplicação do procurador distrital, e no cumprimento da justiça, ordenar qualquer ação ou acusação a ser rejeitada; mas em tais casos as razões da rejeição devem ser apresentadas adiante no despacho, o qual deve ser apresentado”. *Act of May 1, 1851, ch. 29, § 598, 1851 Cal. Stat. 212, 279*.

⁴²⁴ FRIEDMAN, Lawrence; PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 177.

⁴²⁵ Alguns anos antes, em 1853, o escrivão apontava geralmente: “a seguinte reclamação e acusação, Charles R. Train, procurador da *Commonwealth* em suas atribuições, ordena que seja arquivado”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 944.

⁴²⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 944.

arquivarem casos.⁴²⁷ Porém, o livro de registros da *Middlesex Superior Court* demonstra uma interrupção do arquivamento nos *liquor cases*. Em registros dos *liquor cases* que o autor analisou em 1864, há 11 arquivamentos. Em 1870, somente 1. Em 1900, último ano de sua análise, somente 12 de 225 arquivamentos. Em outros lugares não houve essa ocorrência, exemplo em Suffolk City que os juízes deram seu consentimento aos procuradores para arquivar casos.⁴²⁸

Assim tomaria forma outra prática, que viria a se tornar o ponto de dissenso no âmbito judicial nas próximas décadas: “o importante não era quem arquivou o caso, mas quem obstou a sentença. A questão demonstra que a disputa por tal discricionariedade era vital para a negociação da alegação da culpa. Na decisão *Commonwealth v. Tuck* de 1838, sustentava-se que “depois que um veredito de culpa é concedido, o acusado deve ser sentenciado por moção do procurador-geral; e nós não temos dúvidas de sua autoridade para entrar como o *nolle prosequi* depois do veredito”.⁴²⁹ Já muitas décadas a frente, Robert Harris que era procurador distrital do sul de Massachusetts escreveu que “o procurador distrital tem grande discricionariedade judicial. Ele pode declinar de pedir a sentença, ou ele pode pedir, e até ele pedir que aquela sentença seja imposta, a corte nada pode fazer”.⁴³⁰

Em 1929, na decisão da *Supreme Judicial Court* no caso *Commonwealth v. Kossovan*, a corte puniu um juiz do tribunal por não passar ao sentenciamento mesmo com a lei de 1895 declarando que “na condenação de qualquer crime não punido por morte, a sentença deve ser imposta”.⁴³¹ No caso *Carver* de 1916 citado no julgado anterior, um júri condenou o arguido em duas acusações, uma alegando furto e outro falsificação. O juiz não passou ao sentenciamento do crime de falsificação, “presumivelmente é que... este caso foi arquivado”.⁴³²

⁴²⁷ “Eu deduzo que as audiências levaram ao *Act to Prevent Evasions* pela coincidência de dois documentos legislativos: o relatório do comitê que conduziu às audiências, com reclamações da prática de colocar os casos da lei proibicionista em arquivo, foi colocado no mesmo dia que o projeto para prevenir evasões foi reportada por um comitê separado”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 946.

⁴²⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 947.

⁴²⁹ *Commonwealth v. Tuck*, 37 Mass. (20 Pick.) 356, 366 (1838).

⁴³⁰ “Nós os procuradores distritais podemos ‘seguir para sentença’, arquivar, ou permitir a pessoa a seguir com o reconhecimento”. HARRIS, Robert O. *Report of the County Commissioners of the County of Plymouth*. 116 (Plymouth. Avery Printing 1899). p. 118. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 949.

⁴³¹ “Porque manifestamente o caso não foi arquivado ou a persecução suspensa. O caso de *Commonwealth v. Carver* não é pertinente”. *Commonwealth v. Kossovan*, 265 Mass. 436 (1929).

⁴³² “Aqui houve meramente a suspensão dos procedimentos ativos do caso, e ainda sem final disposição. A não ser e até que o procurador prossiga para a sentença não há ocasião de passar para o delito de falsificação”. *Commonwealth v. Carver*, 224 Mass. 42,44 (1916).

Portanto, mesmo havendo lei em 1895 exigindo aos juízes passarem à sentença sobre a condenação, a decisão no caso *Carver* em 1916, demonstram o conflito sob a questão que persistia. Uma coisa é certa, como aponta George Fisher, o poder dos procuradores de barrar a sentença pela sua omissão, de modo a conseguir acordos, era mais seguro antes de 1895.⁴³³ Neste período final de século, demonstra-se uma série de iniciativas legislativas buscando restringir qualquer inovação que os procuradores utilizavam para negociar.

Desse decurso histórico extrai-se os poderes inerentes dos procuradores para a negociação da assunção de culpa, com uma incorporação, lenta e gradual, dos juízes ao sistema do *plea bargaining*. Nos primeiros *liquor cases* e em casos envolvendo outras acusações, o poder do procurador era de total discricionariedade de ingressar ou não à sentença, os deixando nenhuma opção, a não ser o arquivamento do caso. Há evidências que aos procuradores começa-se a restringir o poder de *nol pros*, e posteriormente, de arquivar ou de não passar ao sentenciamento. Estas restrições não necessariamente induziam ao fim das negociações, pelo contrário, é um momento de transição.

Em Middlesex no ano de 1900, de 231 pessoas colocadas sobre *probation*, 225 declararam sua culpa, demonstrando a introdução definitiva dos juízes nas vantagens do *plea bargaining*.⁴³⁴ Em 1903, Na Califórnia, uma nova legislação deu poderes aos juízes de decidir quais acusados receberiam o *probation*, e este serviu como uma ferramenta do *plea bargaining* claramente aos moldes de Massachusetts. Lawrence Friedman e Robert Percival apontaram em seus estudos do Condado de Alameda na Califórnia, que 31 de 32 acusados que foram colocados sobre *probation*, alegaram sua culpa.⁴³⁵

3.4. A EXPLOSÃO NO VOLUME DE CASOS E A INTEGRAÇÃO DOS JUÍZES PELO SENTENCE BARGAINING.

Observa-se que sempre que fatores pressionaram as falhas estruturais do judiciário – que no período eram muitas – a ideia de eficiência do *plea bargaining* transpassou os obstáculos através de seu aprimoramento, mantendo assim, o ritmo de rápidas disposições. Mas dependendo do ritmo do aumento do volume de casos, somente um escancaramento maior de seu escopo poderia acompanhar tal crescimento.

⁴³³ *Act of June 4, 1895, ch. 469. § 1. 1895 Mass. Acts 532. 532* (discutindo o sentenciamento para certos crimes). In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 950.

⁴³⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 964.

⁴³⁵ FRIEDMAN, Lawrence & PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 225.

A Inglaterra havia experimentado um aumento vertiginoso de acusações entre os sécs. XVIII e XIX: o *Old Bailey* teve um aumento de quase 600% entre 1760 e 1830; Cheshire apresentou a taxa mais alta de 779%. A população também se elevava com espantosa rapidez em algumas regiões nestes 70 anos, como Manchester que cresceu quase 4.000%, de 17.101 para 700.000; e Liverpool de 10.446 para 165.175 habitantes.⁴³⁶ Nem todas as regiões o aumento populacional acompanhou o aumento de acusações, exemplo Cornwall que experimentou até um declínio. Entretanto, o aumento da população é apenas um fator que pode justificar parcialmente o crescimento da criminalidade.

Algumas décadas depois, os Estados Unidos experimentava o mesmo fenômeno. Os registros de Massachusetts encontram-se 42 casos em 1839, sendo que esse número mais do que duplica para 101, em 1843. Ao final da década, o volume processual já estava em 443. Embora ao final do século o volume tenha aumentado novamente, este seria o pico de casos do século.⁴³⁷ Nesse período 1831-1840, a taxa de perseguições criminais em Massachusetts cresceu de 169 a cada 100.000 habitantes para 277 a cada 100.00 habitantes em 1841-1850.⁴³⁸

Todos estes fatores, encontraram um grupo de procuradores com precárias condições para exercer a função. A maioria dos procuradores públicos dos Estados Unidos na primeira metade do séc. XIX, trabalhavam meio período, recebiam salários de meio período, e ainda possuíam mais de um emprego.⁴³⁹ Procuradores com um segundo emprego menos elevado sentiam ainda mais pressão para resolver os casos criminais rapidamente: eles aumentavam seus ganhos com a prática de casos civis, e porque a *Court of Common Pleas* ouvia casos civis e criminais na mesma sessão, esses procuradores não poderiam fazer seu trabalho civil até terem terminado seu trabalho no criminal.⁴⁴⁰ Outro fator determinante foi uma lei que cortou 30% do salário.⁴⁴¹

⁴³⁶ Segundo o autor, dois fatores influenciaram fortemente o padrão de acusações foram: guerra e escassez. A maioria daqueles acusados por crimes contra a propriedade foram durante o período de paz, como há uma forte correlação entre o custo de vida no período de paz e o número anual de pessoas acusadas por tais ofensas. WALLIS, John. *The Bloody Code in England and Wales. 1760-1830*. Palgrave Macmillan, Liverpool, 2018, p. 33-38, 64.

⁴³⁷ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 893.

⁴³⁸ HINDUS, Michael S. *Prison and Plantation: Crime, Justice and Authority in Massachusetts and South Carolina. 1767-1878*. University of North Carolina Press; 2012, p. 77. In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 895.

⁴³⁹ Samuel Dana, afirmava que não ganhava salário como procurador do condado, mas era presidente do Senado de Massachusetts durante os dois primeiros anos de posse. Asahel Stearns não somente serviu no Congresso enquanto era procurador do distrito, ele também passou 12 anos lecionando na *Harvard Law School*. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 896.

⁴⁴⁰ “A chamada para comparecimento perante o grande júri, interfere com meu engajamento nos casos civis, e consequentemente uma perda pecuniária para mim... [...] Eu me emprenho, para se possível, ter o grande júri liberado na manhã do segundo dia, e geralmente eu consigo. Para conseguir é necessário continuar a sessão do

O fator da pressão pelo aumento do volume de casos foi diferente no caso dos juízes. Eles trabalhavam e recebiam pelo trabalho integralmente, e nesse período de pico no volume processual da década de 1840, o Legislativo expandiu a *Court of Common Pleas* de 4 juízes para 7, entre 1843 e 1851.⁴⁴²

Outro enorme fator era o poder e a responsabilidade dos juízes, uma vez que escolhendo uma sentença entre 0 a 20 anos por *manslaughter*, nenhuma corte acima poderia retificar a sentença, nem poderia qualquer autoridade menor que o governador soltar o arguido. Portanto, é compreensível que o *plea bargaining*, qualquer que fosse sua forma, ofenderia, se não a todos, a uma enorme maioria, por deslocar o poder de sentenciar – ou de sentenciar sem um completo levantamento do crime, o histórico criminal, sobre qual crime foi perpetrado etc.⁴⁴³

Quanto ao caso de New York, o aumento de casos do período 1840-1865, no *General Sessions*, cresceu de 548 em 1840, para 1323 em 1865; a taxa de disposição de casos pelo *guilty pleas* aumentou de 8.4% em 1840 para 49.4% em 1865. Mas tal crescimento de *guilty pleas* não se explica unicamente pelo aumento de casos. Isto porque enquanto o número de casos caiu entre 1840 e 1845 em quase 8%, a taxa de *guilty pleas* aumentou quase o dobro no mesmo período.⁴⁴⁴

A adaptação da corte também sofreu drástica mudança. Primeiro, a corte expandiu o número de sessões por ano de 6 em 1800, para 12 em 1815. A seguir, a média de número de dias por sessão aumentou de 9 em 1800, para 12 em 1850. E entre 14 a 17, de aí em diante. Ainda, em 1850 a corte aumentou expandindo o número de magistrados para abordar o crescimento de casos.⁴⁴⁵ O *General Sessions* estava apto a qualquer aumento de casos sem abandonar os julgamentos por júri como método predominante de disposição de casos nesse período, o que não justifica, no caso de New York, o enorme crescimento do *guilty pleas* em razão da pressão pelo aumento do volume de casos.

grande júri até o final da tarde e à noite geralmente é gasta extraindo acusações". *S. DOC. No. 68, at 10, 12 (Mass. 1844)*; In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 897.

⁴⁴¹ Um procurador do distrito calculou que seu novo salário de \$700 seria o equivalente 0,88 centavos por caso. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 898.

⁴⁴² FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 912.

⁴⁴³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 913.

⁴⁴⁴ Enquanto disposições aumentaram entre 1845 e 1850 em 13%, a taxa de *guilty pleas* mais do que dobrou no período. Similarmente, enquanto o total de disposição aumentou entre 1850 e 1855 e entre 1860 e 1865, a taxa de *guilty plea* sobre esses períodos caiu. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 210.

⁴⁴⁵ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 216.

Em relação ao volume de casos aos procuradores públicos a situação basicamente não diverge. Enquanto o número de casos de perseguição pública crescia e o número de dias de corte expandia-se, o trabalho dos procuradores tornou-se de tempo integral. Em 1865, um terceiro procurador foi adicionado ao ofício público dos procuradores, onde o Procurador Distrital contratava advogados assistentes para os julgamentos criminais. Embora o impacto do volume de casos direcionando a um modo mais expedito de adjudicação revertendo liberando tempo para a prática lucrativa da responsabilidade civil seja bem fundamentado em Massachusetts, no caso de New York parece não ter exercido um impacto direto nos procuradores em *General Sessions*, que através de um aumento da corte, e com a expansão de dias de sessão retinham dias suficientes para a devoção exclusiva da prática civil.⁴⁴⁶

O número de casos criminais alcançou seu ápice em 1849 em Middlesex, recorde que não se repetiria no século XIX. O número de casos em média por juiz em 1839 era de 11, chegando a 74 por juiz, dez anos depois.⁴⁴⁷ Por óbvio este é um aspecto sobre o aumento do trabalho, mas não seu todo, por ordem de outras variantes. George Fisher tem como incorreta a argumentação de apelo ao “senso comum” de John Langbein no artigo *Torture and Plea Bargaining* que “o aumento da complexidade das regras de prova e a formalização do julgamento tornaram o procedimento por júri tão complicado e consumidor de tempo que o tornou impraticável à rotina da justiça, e assim o sistema focou no *plea bargaining*”.⁴⁴⁸

O autor aponta que o aumento da duração do julgamento nos casos de homicídio pode ter tido esse tipo de efeito, mas que “inexiste evidência de uma maior conexão entre duração do julgamento e *plea bargaining* que explique a antiga ascensão do *plea bargaining*”.⁴⁴⁹ Em outras palavras, são inúmeros fatores que levaram o *plea bargaining* ao centro do sistema criminal americano, onde uma simplificação de sua ocorrência unicamente poderia ser no sentido que sua eficiência – decorrente da não ocorrência do julgamento – é incomparável com qualquer outra alternativa. Sempre que se abriu a possibilidade, esta forma de adjudicação apoderou-se do procedimento.

George Fisher investiga tais considerações inicialmente pelos registros da *Supreme Judicial Court*, através dos relatórios anuais do procurador-geral, que se iniciaram em 1832 e continuaram com ocasionais interrupções através do século, geralmente com anotações dos dias consumidos por julgamento perante a alta corte. Apesar de haver um crescimento no

⁴⁴⁶ McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. *Jury Trials and Plea Bargaining: A True History*. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005), p. 217-219.

⁴⁴⁷ Segundo a tabela em FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 991.

⁴⁴⁸ LANGBEIN, John. *Torture and Plea Bargaining*. The University of Chicago Law Review. 46:3, 1978.

⁴⁴⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 992.

número de julgamentos na década de 1870 alcançando 77, quando até então o máximo tinha chegado a 53 na década de 1860, uma coisa apresenta-se claramente: a média da duração de julgamento somente cresce de maneira substancial na década de 1890, para 6,6 dias, quando a média era constante entre 3,0 a 4,1 dias.⁴⁵⁰

O autor assinala dois fatores importantes que surgem desses números. A primeira conclusão é a ausência de qualquer crescimento substancial na duração do julgamento entre 1830, onde nos casos de homicídio é a última década a qual os registros não revelam haver *charge bargaining*, e 1860 quando a maioria dos casos adjudicados por homicídio terminaram em *charge bargains*. O que prontamente derruba a simples conexão: aumento da duração do julgamento resulta em *plea bargaining*. Aliás, em 1860 a média de duração de julgamento caiu para seu ponto mais baixo. Ainda, quando a duração do julgamento subiu ligeiramente nas próximas duas décadas, a proporção de *charge bargains* caiu, demonstrando a complexidade de seu desenvolvimento.⁴⁵¹

Dessa forma, George Fisher buscou em sua pesquisa a força por trás do *plea bargaining* no “outro lado da corte”. Revelando esse cenário mais amplo, onde a pressão do “número de processos que é crucial não vem da corte criminal, mas da parte cível”.⁴⁵² Apresentando um quadro da carga de trabalho do juiz em dias de trabalho do juiz consumidos cada ano pelo trabalho cível e criminal das cortes intermediárias, houve uma depressão do número de casos no período da Guerra da Secessão na década de 1860, e teve seu ponto alto no final de 1840. A crescente diferença entre o volume de trabalho cível e o volume de trabalho criminal torna claro que os juízes mantiveram seu volume de trabalho devotando uma cada vez menor proporção de seu tempo ao trabalho criminal. O enorme crescimento da eficiência do trabalho diário do lado criminal – subindo de 3.3 casos por dia em 1859 para 12.4 casos por dia em 1900 - assim apresenta o crescimento da atenção dada para o volume de casos cíveis.⁴⁵³

Essa disparidade galopante encontra-se no período do *boom* econômico⁴⁵⁴ que trouxeram enormes transformações sociais aos Estados Unidos e que amplamente

⁴⁵⁰ Ver tabela em FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 992.

⁴⁵¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 992.

⁴⁵² FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 996.

⁴⁵³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 996.

⁴⁵⁴ A companhia ferroviária *Pennsylvania Railroad* listou 50.000 pessoas em sua folha de pagamento. A companhia siderúrgica *Homestead Steel Works*, ocupando sessenta acres produzia duzentas toneladas de trilhos de aço diariamente. As ferrovias os devoravam tão rápido quanto conseguiam obtê-los. O aço transformou também as cidades norte-americanas. Durante séculos, as igrejas foram os edifícios mais altos, com seus campanários se projetando em direção ao firmamento. Agora, as novas vigas de aço tornaram possível construir

transformou o Direito americano. Portanto, não era uma peculiaridade passageira, nem se tratava de um acontecimento isolado de Middlesex.⁴⁵⁵ Representa o crescimento populacional da Reconstrução, a massiva imigração, como também da mecanização da produção e dos transportes, como do massacre humano forjado pela massiva e primitiva maquinaria⁴⁵⁶ utilizada pelos industrialistas e barões ferroviários inclinados em extremo ao lucro mas não tanto nas regulações de segurança do governo.⁴⁵⁷

Entre 1880 a 1900, o número de casos civis por negligência em Boston saltou de aproximadamente 120 para 3300, período onde ilícitos civis por danos físicos pelas condições de trabalho começaram a deixar em segundo plano os litígios por não pagamento contratual, que até então eram a esmagadora maioria de casos nas cortes cíveis. Essas ações tinham uma forma intensa de litígio e uma maior complexidade, deslocando o rápido litígio dos tempos antigos a uma nova forma de procedimento.⁴⁵⁸ Apareciam também uma classe de advogados

edifícios com dez, vinte, até trinta andares. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 177.

⁴⁵⁵ “Michael Hindus em *The files of the Massachusetts Superior Court 1859-1959*, mostra um aumento de casos civis do Condado de Suffolk de 24,785 casos em 1860-1869 para 52,293 casos em 1890-1899, para 115,784 em 1920-1929. Por conta que, tanto os casos civis como criminais do Condado de Suffolk parecem ser várias vezes maiores de que de Middlesex, o qual aparentemente era seu mais próximo competidor, o que ocorreu em Suffolk provavelmente influenciou o comportamento de juízes mais do que eventos em outros lugares. Dois condados menores na verdade viram seus casos civis diminuir nesse período. No condado de Berkshire os casos civis caíram de 4374 para 2202 entre 1890-1899; e do Condado de Hampshire caiu de 1453 para 1400 depois crescendo para 3179 em 1870-1879. Embora eu não tenha visto estudo que meça o tempo consumido em casos civis em jurisdições fora de Massachusetts, vários estudos mediram o número de casos ingressados como em Massachusetts, e alguns ainda mostram declínios. Randolph Bergstrom em *Courting Danger: Injury and Law in New York City, 1870-1910*, mostra em suas bases um declínio em ingressos de casos civis na *New York City Supreme Court*, de 5110 em 1870 para 4740 em 1890, e então um crescimento para 6150 em 1910”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 998.

⁴⁵⁶ Mil guarda-freios por ano morriam em acidentes. E não só eles: engenheiros, foguistas, maquinistas, carpinteiros, engraxadores e sinaleiros, todos arriscavam a vida. Estes são alguns dos 198 ferimentos relatados em um único ano por uma companhia ferroviária, a *Chicago Burlington & Quincy*: peito do pé quebrado, crânio fraturado, mão e polegar esmagados, perna amputada, maxilar quebrado, pé esmagado, dedos decepados, perna e braços escaldados. Pelo menos estes sobreviveram. Outros trinta morreram naquele ano: foi atingido por trem, foi esmagado entre vagões, caiu do trem, caiu da escada, caiu da ponte, caiu da chaminé, foi morto quando os trens descarrilharam, foi esmagado entre vagão e plataforma, morreu afogado. DAVIDSON, James West. *Uma Breve História dos Estados Unidos*. Yale University Press, (2015), p. 182.

⁴⁵⁷ As caldeiras dos barcos a vapor causavam acidentes terríveis quando explodiam a bordo dos barcos. A explosão do *Sultana*, um barco de vapor de rio, em 27 de abril de 1865, causou a morte de mais de 1.700 pessoas. FRIEDMAN, Lawrence; PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 42; O Legislativo de Massachusetts criou ações por morte acidentais para as famílias dos trabalhadores ferroviários em 1881. *Act of Apr. 12, 1881, ch. 199, § 1, 1881 Mass. Acts 521, 521*; permitindo aos sobreviventes de seus empregadores de processar por danos físicos relativos ao trabalho sobre negligência em 1883. *Act of June 16, 1883, ch. 243, § 1, 1883 Mass. Acts 532, 532*; estendeu as ações contra mortes acidentais a todos os parentes sobreviventes em 1887. *Act of May 14, 1887, ch. 270, § 2. 1887 Mass. Acts 899, 900*. Não todo o aumento do trabalho da *Superior Court* cresceu diretamente da mudança tecnológica. O número de ações por negligência envolvendo a queda ou sobre objetos que caíam em Boston cresceu de 50 em 1880, para mais de 600 em 1900. In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 998.

⁴⁵⁸ Os delitos cíveis eram geralmente mais subjetivos, onde as nítidas notas promissórias e simples casos de dívidas haviam dominado os registros nas décadas anteriores. A partir de então, os processos por danos físicos

ávidos por enormes honorários, onde o ataque às firmas jurídicas que representavam a pavimentação estadual, ferrovias, estradas e fábricas têxteis tornaram-se um grande negócio. Tal belicismo jurídico trouxe uma multiplicação de advogados que, inclusive, superou à do crescimento populacional.⁴⁵⁹

Esses dados são de difícil refutação, a qual George Fisher teve o mérito de apontar como um fator decisivo para o regime do *plea bargaining*: a explosão dos casos cíveis em decorrência do *boom* econômico, produtivo e migracional da Reconstrução. De modo a aliviar um volume de trabalho que se tornou fora de controle por conta de demanda cível, produto de uma transformação social, econômica e tecnológica, o poder para induzir ou coagir ao *plea* no caso criminal foi um recurso, sem dúvidas, impossível de resistir. O volume de trabalho bem acima das transformações judiciárias que poderiam igualar demanda e oferta, finalmente levaram os juízes a uma inevitável aceitação do *plea bargaining*. Somente na área criminal da corte era possível tal ocorrência: era possível “fazer uma oferta difícil de se recusar”.

Outro fator demonstra que houve uma mudança estrutural no processo civil também. Os acordos civis começaram a crescer exponencialmente de 15,7% dos casos em 1865 a 28,4 em 1895 para 41,9% em 1905.⁴⁶⁰ O crescimento dos acordos cíveis aumentaria exponencialmente na década de 1930, sob uma reformulação do procedimento civil, que no final do séc. XX será amplamente debatido no âmbito do procedimento criminal.

Desse estado de coisas, George Fisher aponta uma série de evidências que demonstram a mudança gradual na posição dos juízes através dessa curva que começou a se acentuar em 1870. Das baixas taxas de *plea* do segundo terço do século XIX, há a partir da década de 1870, junto com outros fatores apontados, a prática sistematizada do *plea bargaining* implícito ou *sentence plea bargaining*.

O autor apresenta os dados de sentenciamento de quatro das mais frequentes persecuções criminais das últimas duas décadas do século. Somente nos casos de roubo os benefícios para aqueles que assumiram a culpa não foram dramáticos. Em casos de violação de propriedade e furto, os arguidos que foram a julgamento e perderam passaram em média o dobro de tempo na prisão daqueles que assumiram a culpa. Nos casos de lesão corporal, aqueles que perderam após o julgamento tinham quase 3 vezes mais chance de ir a prisão. E

eram em pelo menos, três quartos do tempo dos julgamentos por júri nas Cortes de Boston. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 998.

⁴⁵⁹ A população Americana cresceu 97% entre 1870 a 1900, enquanto a população de advogados cresceu 186%. FRIEDMAN, Lawrence & PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 56.

⁴⁶⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1000.

nos *liquor cases*, aqueles que perdiam após julgamento tinham 3 vezes mais chance de ir a prisão, como também pagavam mais em multas e custas judiciais.⁴⁶¹

Nos crimes de *breaking and entering* (arrombamento residencial para furto) a média de tempo de prisão era de 18.7 meses para quem alegava a culpa e de 38.5 meses para os condenados após o julgamento; para os casos de *simple thefts* (furto simples) com a alegação de culpa existia a possibilidade de aplicação de multa como pena em 11%; nos casos de *assault and battery* (agressão), a possibilidade de prisão para uma aplicação de multa diminuía em 79%; e nos *liquor cases*, somente 15% dos que alegaram a culpa foram a prisão, enquanto que 53% dos que foram a julgamento acabaram com a pena de prisão.⁴⁶²

Como apreende-se, a diferença entre quem optava por um julgamento e os que apresentam a alegação inicial de culpa encontrava disparidades enormes em relação ao regime prisional, ao tempo da pena imposta, na multa e nas custas judiciais. Essa forma de *plea bargaining* implícito denominado *sentence bargaining*, tornaram previsíveis as práticas dos juízes. Porém, havia ainda questões pendentes e que na virada do século XIX ao XX, um simples dispositivo iria trazer mais segurança para as partes.

Essa previsibilidade do sentenciamento dos juízes ao final do século XIX é demonstrada pelas altas taxas de *guilty pleas* em Massachusetts, em um período que o poder de discricionariedade unilateral dos procuradores não havia sido retomado após inovações legislativas. Mas embora essas últimas décadas sejam marcadas por altas taxas de *guilty pleas* por variadas categorias de crimes, não há padrões de sentenciamento no geral.⁴⁶³

Em 1900, 54 de 57 pessoas acusadas por *breaking and entering* alegaram sua culpa. As variações desse grupo variaram de arquivamento e *probation* em 30 casos; sentenças indeterminadas ao reformatório de Massachusetts ou escola reformatória em 11 casos; para a casa de correção com tempo em média de 12 meses, em 13 casos. Dos 3 acusados que perderam após julgamento, um teve o caso arquivado, um teve a sentença de termo indeterminado no reformatório de Massachusetts, e um recebeu pena de 12 meses na Casa de correção.⁴⁶⁴

O autor procurou algum dispositivo a mais para persuadir e garantir aos acusados uma mínima segurança ao alegarem a culpa. O padrão apresentado não torna explícito o dispositivo. Um terceiro mecanismo tinha que vir combinado às duas já bem conhecidas: do

⁴⁶¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 987.

⁴⁶² Ver tabela em FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 988.

⁴⁶³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1007.

⁴⁶⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1008.

juiz impor certa sentença mais leniente e a ameaça explícita de sentença mais alta se ir a julgamento e sair derrotado. E era a seguinte:

O procurador distrital e seus assistentes ligavam aos oficiais de polícia e testemunhas do governo e pegavam suas versões. O advogado do acusado era escutado, e então, a não ser que um julgamento fosse absolutamente inevitável, o crime é disposto por acordo entre as partes e o juiz é questionado se carimba o acordo com seu O.K. Se há a menor dúvida que ele irá, o caso sai para a lista aguardar para um juiz que não é tão independente... O juiz tem, claro, o poder de derrubar qualquer disposição de acordo que se apresenta perante ele e de fazer sua completa e independente investigação no caso e usar seu próprio julgamento, mas se o faz, ele usa muito tempo preciosa e embaraça o procurador distrital excessivamente. Qualquer juiz que tem tido experiência com a administração da lei criminal normalmente segue sem hesitação as recomendações do procurador distrital por acreditar em seus julgamentos.⁴⁶⁵

Para além da segurança que a negociação já estava tomando com a anuência anterior do juiz do caso, em 1889, Murat Hopkins publicou um artigo sobre o *plea-withdrawal* (retirada da alegação de culpa) no *Criminal Law Magazine*, descrevendo explicitamente a regra: se em razão de qualquer acordo com a procuradoria, um arguido sob acusação criminal ingressar com uma alegação de culpa, e uma sentença mais severa da que a indicada seja infligida, ao arguido deve ser permitido retirar sua alegação de culpa, e alegar-se inocente, se desejar”.⁴⁶⁶ George Fisher pesquisou sobre casos de *plea-withdrawal* do fim do século XIX, ao início do século XX, e encontrou decisões discutindo a questão do *plea-withdrawal* sob aspectos mais abstratos e amplos.⁴⁶⁷ E encontrou somente três casos que consideravam de maneira mais pragmática a questão: se um arguido que alega sua culpa por conta da promessa do procurador da recomendação de sentença, se teria o direito de retirar seu *plea* se o juiz excedesse a recomendação.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ GRINNELL, Frank W. *Legislative Problems in Regard to the Administration of the Criminal Law and Legislative Progress During the Session of 1923*. MASS. L.Q., May 1923, p. 8. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1010.

⁴⁶⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1014.

⁴⁶⁷ “A lei... irá permitir uma alegação de culpa de ser retirada se justamente aparecer que o arguido estava em situação de ignorância de seus direitos e das consequências de seus atos, ou foi indevidamente e inapropriadamente influenciado por esperança ou medo ao fazer”, *People v. Miller*, 114 Cal. 10, 16 (1896); “A retirada da alegação de culpa não deve ser negado em nenhum caso, quando há a menor evidência que as finalidades da justiça serão rebaixadas com a permissão de um inocente alega-lo em seu lugar”, *State v. Williams*, 14 So. 32, 32 (La. 1893); “Onde a pessoa acusada de crime pode, inadvertidamente ou desavisadamente, alegar a culpa à uma acusação, e depois requer o privilégio de retirar a alegação e alegar-se inocente, a retirada é comumente garantida...”, *People v. Joyce*, 4 N.Y. Crim. 341, 345 (Sup. CL 1886). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1015.

⁴⁶⁸ “As jurisdições de Kentucky, Illinois, e Georgia, dificilmente constituem um consenso americano, mas é notável ao menos que esses 3 endossaram a regra do *plea withdrawal* mais ou menos como Hopkins tinha definido”. *Griffin v. State*, 12 Ga. App. 615, 624-25, 630-31 (1913); *State v. Walker*, 250 Ill. 427, 432 (1911);

Nessa versão mais simples desenvolvida o juiz meramente adere à recomendação das partes sem “sujar-se” com a negociação. Por mais simplória que seja hoje em dia a questão, foi um enorme avanço ao *plea bargaining*, “justamente por sua brilhante simplicidade”. Primeiro, a negociação tomou forma longe da presença do juiz (este não suja as mãos com a negociação explícita); segundo, a sinalização deu aos acusados segurança para a particular sentença em troca de seus *pleas*, em relação ao *plea bargaining* implícito; terceiro, essa técnica manteve o poder dos juízes em sentenciar, mantendo o seu orgulho; e quarto, protegeu os procuradores de qualquer imprevisível decisão do juiz.⁴⁶⁹

Em 1880, o Legislativo da Califórnia estabeleceu a “audiência preliminar” o que se tornou um mecanismo de *charge bargain* alternativo ao grande júri, e os procuradores rapidamente abandonaram o procedimento do *grand jury*. Este “exame preliminar” deram ao procurador e ao advogado uma oportunidade para conhecer e avaliar as provas antes do procurador oferecer a acusação. Como os juízes ainda tinham limitados incentivos para o *plea bargain*,⁴⁷⁰ o acordo era feito em uma troca em que o procurador prosseguiria somente com certas imputações e o arguido prometia alegar a culpa em face à denúncia.

Como observa-se são mil e um detalhes que fizeram o *plea bargaining* irresistível. O que seria um detalhe mínimo, sem nenhuma importância, deslocou uma série de questões que eram intragáveis ao orgulho dos juízes e toda sua noção de função e de dever. Talvez até deu o subterfúgio de que o poder de sentença não seja compartilhado com os procuradores, porque, em tese, manteve intacto aos juízes, a completa discricionariedade de impor qualquer sentença autorizada por lei. Mas na verdade, o que se garantiu foi o poder de barganha aos procuradores. De poder prometer aos acusados que as concessões seriam asseguradas, e ao mesmo tempo “garantiu” ao juiz que ele teria a decisão final.

A questão começa a concentrar o ponto em que seria definitivo: os tipos de vantagens que o *plea bargaining* conferiria aos juízes. No momento do último quarto do século XIX encontram-se as razões pelos quais houve uma virada do interesse do magistrado ao regime. A eficiência do *plea bargaining* deve ter sido a opção lógica para os magistrados. Até então, as questões que se colocavam no centro da resistência do juiz, como orgulho, o senso de

Mounts v. Commonwealth, 89 Ky. 274. 277-78 (1889). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1015.

⁴⁶⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1011.

⁴⁷⁰ Entre 1880 e 1910, somente entre 8% dos casos procederam por uma acusação pelo grande júri. Entre 1880 e 1900, havia uma média de somente 17 ações privadas ingressadas por ano na *Alameda County Superior Court*; sendo que o aumento na proporção de *guilty pleas* ocorreu de maneira bem mais modesta que em Middlesex ou New York, sendo 22% em 1880 a 1889, para 25% em 1890-1899, e 26% em 1900 a 1910. FRIEDMAN, Lawrence; PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 43.

dever, a responsabilidade que repousava sobre seus ombros de responder publicamente com severidade e não passar da linha das injustiças. Isso cabia a ele e somente a ele.

Se em primeiro lugar, o procurador se beneficia do *plea bargaining* por assegurar uma vitória sobre o caso sem necessidade de provar para além da dúvida razoável, este não é o único a alcançar um desfecho positivo. Para o juiz, além de retirar uma porção do peso decisório, mas através de elementos informativos, como o oficial do *probation* ou a negociações com o assistente e o procurador, conferiria vantagens que pouco difeririam ao final, dos procuradores. Em um período onde começava ampliar-se o escopo de apelação no âmbito estadual, esta se tornaria uma óbvia barreira assegurando a reputação de uma revisão; “sem julgamento, o juiz não poderá cometer um erro de julgamento”.⁴⁷¹

Não é possível precisar o momento em que a preocupação dos juízes com a reversão de suas sentenças tornou-se mais acentuada. Mas ao início do século XIX, a taxa de recursos era baixíssima, portanto, não havia motivos para uma real preocupação com taxas de reversão até por conta da formação do sistema judiciário americano não ser centralizado.⁴⁷² Theodore Ferdinand reportou que entre 1814 e 1822, arguidos apelavam somente em 3% dos casos nas cortes municipais de Boston, número que caiu para 1% entre 1844 e 1850.⁴⁷³ A mudança foi mais do que drástica até o fim do século. As apelações criminais em Massachusetts aumentaram de 2200 no início da década de 1890 para 3500 em 1900.⁴⁷⁴

Em Friedman e Percival há uma evidência um pouco mais eloquente. Na Califórnia, os autores encontraram somente um ligeiro crescimento no total de apelações, entre 2% ou 3%, ao máximo chegando a 6%. Mas quando os autores mediram as apelações em proporção com as condenações após julgamento encontraram que as apelações mais que dobraram de 8,4%

⁴⁷¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1038-1039.

⁴⁷² O sistema recursal de apelação é como afirma Mirjan Damaska, uma “característica da maquinaria judicial continental desde suas origens”. O desenvolvimento deste sistema deu-se somente no período moderno, como se dá a seguir: “Na Inglaterra somente surgiram sob as reformas vitorianas tardias. No séc. XVI, Thomas Smith podia proclamar orgulhoso que no reino não existiam ‘apelações dilatórias’. Uma correção muito limitada das falhas era possível mediante um ‘mandato judicial de erro’ (*writ of error*), mas mesmo este mandato não foi considerado de pleno direito até o séc. XVIII. A resolução dos vereditos tinha muito da questão dos jurados, mas toda a maquinaria judicial era essencialmente uma série de tribunais de um só nível. Nos Estados Unidos, os tribunais de apelação se estabeleceram depois da Revolução; são comparativamente antigos para o *common law*, todavia, são bastante distintos de suas contrapartes continentais e se incorporam em um entorno hostil à hierarquização, sendo criaturas de legislação mais do que da *common law*. Até hoje, sem importar a gravidade do caso, o direito de apelar não se considera de estatura constitucional. [...] até muito pouco tempo, em quase todas as jurisdições norte americanas um acusado em juízo penal podia receber uma sentença ainda mais dura depois de recorrer à apelação”. DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Ed. Jurídica de Chile, 2000, p. 108.

⁴⁷³ FERDINAND, Theodore N. *Boston's Lower Criminal Courts, 1814-1850*. University of Delaware Press, (1992), p. 128.

⁴⁷⁴ BOLSTER, Wilfred. *Criminal Appeals*. Mass. L.Q., Aug. 1922, at 16, 16a. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1039.

em 1880 a 17,7% em 1890, onde caiu somente um pouco nas décadas seguintes.⁴⁷⁵ Ou seja, no julgamento por júri o recurso viria a tornar-se cada vez mais frequente, tornando-se mais um incentivo para o regime do *plea bargaining*.

Para além da segurança, há a certeza da sentença. Dessa limitação do volume do trabalho criminal surge a necessidade de proteção adicional a uma decisão que, pelo menos, deve aparentar ser uma decisão correta. Conferindo aos atores judiciais, como ao sistema como um todo, um veredito que a sociedade reconhece como verdadeiro ou definitivo: um encerramento. Protegendo o sistema de júri contra decisões errôneas, ou que o público sentiria como errônea: o *plea bargaining* protege a própria legitimidade do sistema.⁴⁷⁶

Dessa paradoxo criado – onde o *plea bargaining* protege a legitimidade do sistema -, Harry Kalven e Hans Zeisel em *The American Jury*, apontam que o *plea bargaining* promoveria a remoção do sistema de júri daqueles casos os quais o acusado encara as mais claras provas de culpa, e haveria uma total utilidade de divisão de trabalho entre *plea bargaining* e tribunal do júri, onde a barganha lidaria com os casos fáceis e o júri com os difíceis, buscando eliminar casos em que o risco de derrota é considerável. Não havendo uma cobrança pública pela pena de morte, e assim, pelo julgamento, o *plea bargaining* é imprescindível para uma vitória certa.⁴⁷⁷

Esta funcionalidade de condenar e evitar a possibilidade de absolvição total em uma decisão errônea do júri, ao modo tudo ou nada, encontra-se amplamente potencializado na contemporaneidade das vidas midiáticas das redes sociais e das notícias instantâneas que exercem um poder monstruoso sobre esses atores judiciais. O *plea bargaining* continua jogando sombra a essas questões, somente casos extremamente controversos adentram à sala do tribunal do júri. Mas durante as últimas décadas do séc. XX, cada vez esclarece-se mais que tipo de máquina é esta que opera na antessala e que acaba protegendo o sistema como um todo. Reputação, orgulho e controle do trabalho pela magistratura; diminuição da carga de trabalho, reputação política e eficiência ao promotor. O círculo tomava quase a forma perfeita ao fim do século XIX.

Porém, o óbvio paradoxo que se criaria com este sistema que se consolidava começava a se apresentar com a natural abertura recursiva. Neste último terço final do século XIX, após o enorme acontecimento da Guerra da Secessão, inicia-se as manifestações das cortes de apelação sobre o *charge bargain*, a qual Albert Alschuler apresenta como primeiro caso, em

⁴⁷⁵ FRIEDMAN, Lawrence & PERCIVAL, Robert. *Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910 (Studies in Legal History)*. University of North Carolina Press, (1981), p. 262.

⁴⁷⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1043.

⁴⁷⁷ KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. *The American Jury*. University of Chicago Press, (1971), p. 30-31.

Tennessee em 1865, onde o acusado alegou culpa sob duas acusações de jogatina. O caso apresenta a configuração de acusações dos *liquor cases*, onde outras oito acusações foram encerradas. O acusado foi, entre “outras coisas altamente impróprias, avisado pelo procurador-geral, que se ele não se submetesse iria à prisão, e que ele podia certamente provar sua culpa”. O “*plea of guilty* foi ingressado... enquanto o prisioneiro protestava contra a sua culpa”.⁴⁷⁸

Tratavam-se, portanto, de dois universos distantes: as cortes de jurisdição local (1º grau) e as cortes recursais. Albert Alschuler sinaliza decisões judiciais do fim do século XIX, nas cortes superiores dos Estados, apontando o entendimento esposado em *Warickshall*, onde “nenhum tipo de pressão pode ser permitido para levar a parte a renunciar seu direito. O direito não irá suportar o menor peso a ser colocado na balança contra ele”, ou “quando há motivos para acreditar que um *plea* foi ingressado através de inadvertência... e principalmente pela esperança que a punição será mitigada, a corte deve ser indulgente em permitir a retirada do *plea*”.⁴⁷⁹

Decisões como da corte de Wisconsin demonstram a preocupação com o sigilo e a confidencialidade das práticas que ocorriam nestas cortes, que se chocavam frontalmente com os princípios da *common law* e seu sistema republicano do julgamento pelo júri.

O emprego da lei não é de maneira indireta, de contornos, ou intriga... esta função profissional é exercida à vista do mundo... a preparação privativa nisto, é apenas na preparação da espada que irá à batalha. As armas profissionais são empunhadas somente em disputa pública. Nenhuma arma é profissional quando ataca nas sombras... Justiça irá produzir o litígio; litígio é... o teste mais seguro da justiça.⁴⁸⁰

A mesma corte de Wisconsin, no ano seguinte apresentou considerações preocupadas sobre a justificativa de conservação de recursos do condado e sua influência nos julgamentos criminais, apontando que “há perigo... onde procuradores, tanto para pouparem-se do trabalho, ou os recursos do Condado, submeterem os prisioneiros a alegarem a culpa assegurando a influência que possuem de diminuir a sentença”.⁴⁸¹ Portanto, observa-se esse período de contradição sistêmica do fim do séc. XIX, e que durará, pelo menos, até o primeiro terço do séc. XX. Uma ocorrência já vertiginosa de condenações por assunção de culpa, traziam demonstrações claras nas cortes superiores da invalidade de *guilty pleas* capciosos, de

⁴⁷⁸ *Swang v. State*, 42 Tenn. (2 Cold.) 212, 214-15 (1865). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 19.

⁴⁷⁹ *O'Hara v. People*, 41 Mich. 623, 624, 3 N.W. 161, 162 (1879); *People v. McCrory*, 41 Cal. 458, 462 (1871). In: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 20.

⁴⁸⁰ *Wight v. Rindskopf*, 43 Wis. 344, 354-55 (1877).

⁴⁸¹ *Edwards v. People*, 39 Mich. 760, 762 (1878).

submissões direcionadas, e que não seriam aceitas pelos mais altos princípios da justiça e da *common law*.

Um juiz da *Wisconsin Supreme Court* em 1877, escreveu que “*pleas*, dificilmente, se é que é possível, é distinguível em princípio, de uma venda direta de justiça”.⁴⁸² Dervan e Edkins afirmam que quando as cortes de apelação começaram a ver o influxo de tais barganhas no período posterior à guerra civil americana, a maioria destes magistrado “derrubou esses acordos como inconstitucionais”, sendo essa repreensão inicial da camada superior da magistratura, motivo pelo qual o *plea bargaining* “arrastou-se pelas sombras como uma ferramenta de corrupção”.⁴⁸³

Havia notáveis sinais que o *plea bargaining* ainda não era aceito pelos princípios constitucionais e da *common law*, onde a voluntariedade como requisito da assunção de culpa não aceitava o mínimo de infiltração de elementos coercitivos quando recebidos pelas cortes superiores. Para além disso, o que poderia ser o maior desafio do *plea bargaining* reinaria indiscutível a partir do fim deste século, a sentença indeterminada. Entretanto, no “século dos extremos” e as “guerras” contra variadas formas de criminalidade no plano interno tornariam o eficiente instrumento do *plea bargaining* legítimo e o centro do sistema criminal de justiça americano.

3.5. A SENTENÇA INDETERMINADA: A ASCENSÃO DO *PROBATION* E DO *PAROLE* NA FORMAÇÃO DO SISTEMA CORREICIONAL.

Essas evidências que demonstram uma mudança no comportamento dos juízes e uma suavização quanto a um ponto de vista já favorável e até entusiasta das práticas do *plea bargaining* deve ser observada com uma série de benefícios que o sistema do *plea bargaining* já demonstrava com sua superioridade. Para além do mais que devem ser fundamentais se quisermos compreender realmente os efeitos da introdução do *plea bargaining* a um sistema de justiça criminal. A partir de então, o seu *design* adaptaria formato e instrumentos que o tornasse elemento integrável ao poder do protagonista judicial: o juiz.

⁴⁸² Albert Alschuler traz inúmeras citações jurisprudenciais da época:

“A menor influência causando ao acusado a alegar sua culpa quando ele possui alguma defesa deve ser suficiente causa para permitir uma troca do *plea* de culpado para não culpado”.

[...]

“Nenhum tipo de pressão pode ser permitido para fazer a parte renunciar a qualquer direito ou vantagem, não importa quão leve. A lei não pode suportar o mínimo de peso a colocar contra o indivíduo”. ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. 79 COLUM. L. REV. 1, 19–24 (1979), p. 20.

⁴⁸³ DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 103, 1 (2013), p. 6.

Neste período, duas contribuições viriam a suavizar as objeções de princípios que alguns juízes poderiam apresentar, e que viriam a definir o *plea bargaining system*. O primeiro, tem origem nos casos da lei proibicionista do *on-file plea bargaining*, sendo o mesmo instituto, mas que ganhou o nome institucional em uma legislação de 1878 em Massachusetts.

A lei promulgada em 1878 que criou o oficial do *probation* em Massachusetts e foi aplicada no condado de Suffolk encarregou o oficial “do dever de fornecer às sessões da corte da jurisdição criminal para investigação dos casos das pessoas acusadas ou condenadas de *felonies* ou *misdemeanors* e recomendar a tais cortes se é caso de *probation*, como se seria razoável a expectativa de reforma sem punição”. Embora não haja uma especificação explícita sobre o momento da informação, logo percebeu-se que pouco teria a acrescentar se fosse feito depois do julgamento ou da alegação de culpa. Os oficiais do *probation* aparentemente revelavam as informações à corte no momento anterior, “informações que iriam bem mais longe do que apenas facilitar as dúvidas, aliviando as questões de consciência do juiz que achavam errado sentenciar com menos do que total informação”.⁴⁸⁴

O endurecimento contra os reincidentes manifestou-se também no *probation*. Em Massachusetts e em outros lugares, previa-se que poucos ou apenas primários conseguiriam o *probation*. Já algumas jurisdições barraram o *probation* para arguidos com passado criminal, legislando a proibição por lei.⁴⁸⁵

A outra prática é um pouco mais complexa. Mas a questão é que quando foi lentamente implementada, somente o foi através de uma contribuição na prática *plea bargaining*, acabando por também suavizar as objeções de princípios que os juízes nutriam

⁴⁸⁴ A Lei de 1880 estendeu a atuação dos oficiais do *probation* ao resto do Estado, requerendo a estes ‘cuidadosamente inquirir sobre o caráter e sobre o ilícito de cada pessoa presa’ e os designa ‘ao especial dever de informar à corte, o máximo possível, se a pessoa em julgamento foi anteriormente já condenada por outro crime. Nenhum desses estatutos deixou claro se os oficiais do *probation* deveriam fazer esses relatórios antes da condenação. §1, 1878 *Mass. Stat at 146-47*. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1003.

⁴⁸⁵ Quando New York promulgou a permissão para suspender sentenças (uma elaboração do procedimento do *probation*) em 1893, limitou a prática a pessoas não previamente condenadas por *felony*. *Act of Apr. 4, 1893, ch. 279, § 1, 1893 N.Y. Laws 559, 559*; De acordo com uma lei de 1905, abandonada em 1918, condenados por *felony* não poderiam receber a *probation*. *Act of May 6, 1918, ch. 457, § 1, 1918 N.Y. Laws 1339, 1339-40*; *Act of May 29, 1905, ch. 655, § 1, 1905 N.Y. Laws 1664, 1664*; A lei de 1894 sobre *probation* em Maryland limitava a prática para primários culpados por crimes não capitais. *Act of Apr. 6, 1894, ch. 402, § 1, 1894 Md. Stat. 583, 583-84*; em 1926, o Legislativo de Massachusetts declarou que “nenhuma pessoa condenada por *felony* por uma corte distrital pode ser colocado em *probation* de qualquer *felony*”. *Act of Apr. 23, 1926, ch. 271, § 1, 1926 Mass. Acts 267, 267*.

sobre o instituto: o *parole*.⁴⁸⁶ Em 1870 foi lançado o movimento da sentença indeterminada nos Estados Unidos, em uma proeminente reunião em Cincinnati.⁴⁸⁷

A sentença indeterminada começou a ser implementada no sistema americano de forma mitigada, pois, se mantida na sua forma verdadeira, muito obstaculizaria o *plea bargaining* que cada vez mais alçava suas taxas. Isso porque se o juiz não tivesse outro papel a não ser despachar o arguido à prisão e as outras autoridades determinassem a data da soltura, então a única concessão significativa para a negociação seria colocar o acusado no *probation* ao invés de enviá-lo à prisão.

Como a verdadeira sentença indeterminada caiu como um amontoado de pó na história, o conceito sobreviveu de forma corrupta, e seus fundamentos teóricos provaram-se mais duradouros que o instituto em si. Esses fundamentos eram bem simples: primeiro, punição deveria olhar para o futuro e não ao passado. Isto é, a preocupação crítica de chegada sendo que a sentença não era o que o arguido tinha feito, mas quando seria seguro de novo para liberá-lo na comunidade. O segundo fundamento seguido do primeiro: por conta que o juiz, mesmo após julgamento, sabe pouco mais sobre a capacidade do arguido de se reformar do que um pode aprender de um estudo de seu comportamento passado, o juiz era desqualificado para passar uma sentença fixa.⁴⁸⁸

Mesmo com esse ataque direto à capacidade dos juízes de fixar a sentença, as inovações legislativas seguiram em direção à sentença indeterminada, mas nunca chegando à sua forma mais radical. Desde 1857 e 1858, os Legislativos começaram a adotar para o “bom comportamento” uma redução fixa da sentença do juiz aos condenados “que o merecessem”.⁴⁸⁹ Em Massachusetts, em 1880, o Legislativo garantiu aos oficiais do *probation* o poder de recomendar a soltura de qualquer condenado por *misdemeanor* com menos de 6 meses restantes para servir e requerer ao procurador-geral para a aprovação da soltura de

⁴⁸⁶ Segundo Edward Lindsey, “apropriadamente falando, *parole* significa a liberação de uma pessoa, sentenciada e aprisionada por um crime, condicionada pela observação de certos requerimentos. Na Europa é conhecida como liberdade condicional e era chamada na Inglaterra por ‘bilhete de saída’. LINDSEY, Edward. *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 9.

⁴⁸⁷ O encontro em Cincinnati, conhecido com o Congresso Nacional sobre Penitenciária e Disciplina Reformatória, ajudou a colocar a sentença indeterminada na agenda política, mas não foi o primeiro encontro com o conceito. Bem antes em 1839, “George Combs, um filósofo escocês, articulou uma proposta para a verdadeira sentença indeterminada”. LINDSEY, Edward. *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (May 1925 to February 1926), p. 18.

⁴⁸⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1005.

⁴⁸⁹ Prisões e Casas de Correção. *Act of Mar. 24, 1858, ch. 77, 1858 Mass. Acts 58,58*; Prisão Estadual, embora New York e Tennessee instituíram reduções ao bom comportamento em 1817 e 1836. A Lei de 1856 de Ohio criou o conceito adotado nacionalmente; *Act of Apr. 15, 1817, ch. 269, §§ 5, 19, 1817 N.Y. Laws 310, 312, 316*; *Act of Apr. 8, 1856, § 17, 1856*; *Ohio Laws 126, 133-34*; *Act of Feb. 20, 1836, ch. 63, § 4, 1835-1836*; *Tenn. Pub. Acts 171, 171*.

qualquer pessoa sentenciada pela corte superior.⁴⁹⁰ Em 1886, o Legislativo regulamentou o que seria praticamente uma genuína sentença indeterminada, mas como deixou aos juízes a decisão facultativa de usar essa opção ou não, o saldo foi de ser pouco usado.⁴⁹¹

Pelas leis de 1894 e 1895, o Legislativo regulou o regime do *parole*, o qual requeria aos juízes os termos mínimo e máximo quando eles enviavam uma condenação à prisão do Estado, dando às autoridades prisionais o poder de decisão de soltura entre os limites estabelecidos.⁴⁹²

Embora ambos – *plea bargaining* e sentença indeterminada – representassem com gravidade, a perda do poder de sentenciamento do juiz na disposição final do caso, como na aplicação da pena, que requeria a observação de inúmeros parâmetros que sempre se encontraram justificados sob a figura do magistrado, o *plea bargaining* já era dominante no sistema criminal. A ameaça que a sentença indeterminada, ou os riscos de arbitrariedade que tal sistema possuía, não afastavam somente os poderes do magistrado. Procuradores perderiam a total possibilidade de administração de seu trabalho, como os acusados não poderiam ter qualquer interesse em um sistema que o liberasse somente quando se decidisse que este estaria apto a voltar à sociedade. Somente um sistema bastante flexibilizado da sentença indeterminada não violentaria os poderes desempenhados por todas as partes.

A origem na Europa desses ideais encontra-se na instituição da casa de correção, primeiramente, os quais Rusche e Kirchheimer atribuem a transformação não necessariamente a um método mais humano de repressão à vadiagem; mas na verdade, a uma nova política econômica, onde “seus baixos salários e o treinamento de trabalhadores não qualificados eram fatores importantes no crescimento da produção capitalista”.⁴⁹³

⁴⁹⁰ *Act of Mar. 22, 1880, ch. 129, § 6, 1880 Mass. Acts 87, 88.* In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1006.

⁴⁹¹ A lei previa que a sentença ao reformatório de Massachusetts “não fixe ou limite a duração” de confinamento, a não ser que exceda cinco anos, mas os juízes tinham a escolha de outras instituições, e as sentenças ao reformatório provaram-se mais exceção do que regra. Mesmo as sentenças ao reformatório a penas menores de cinco anos não eram genuinamente indeterminadas pela noção estrita do termo porque a lei limitava o confinamento de tais sentenças em dois ou cinco anos, dependendo do crime. *Act of June 24, 1886, ch. 323, § 1, 1886 Mass. Acts 296.* In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1006.

⁴⁹² *Act of June 5, 1895, ch. 504, §§ 1-2, 1895 Mass. Acts 624, 629.* Requerendo aos juízes de impor os termos mínimo e o máximo à prisão Estadual e provendo a libertação pelo *parole* a qualquer tempo após a expiração do termo mínimo; *Act of May 26, 1894, ch. 440, § 1, 1894 Mass. Acts 492, 492.* Prevendo a libertação sob *parole* da prisão Estadual pela expiração de dois terços da sentença do juiz.

⁴⁹³ Os autores trazem a publicação de um panfleto de uma instituição de Amsterdã que descrevia o sucesso da casa de correção. “O autor, um militante protestante, deu ao seu relato um caráter polêmico em relação ao catolicismo, e ridiculariza os milagres da Igreja comparando-os aos milagres ocorridos nas casas de correção. A serra de doze dentes para raspar a madeira aparece como São Raspado, e outras formas de trabalho duro aparecem como Santa Pena e São Trabalho. Juntos, esses três santos realizam milagres em seus pacientes, que os pagam com grande devoção. Os exemplos citados no panfleto revelam claramente a confiança nos métodos utilizados para os casos de algazarra, libertinagem e simulação de enfermidades, para o que a “Santa Pena”

Dentro do próprio sistema inglês de transportação surgiram elementos de *probation* e liberação, basicamente, atendendo anseios dos colonos australianos, que pressionavam politicamente pelo fim do sistema de colônia penal, em sua terra que já prosperava; introduzindo aspectos dissuasivos de um sistema de graduação, tendo em vista as maravilhas que circulavam sobre uma vida nova na Austrália.⁴⁹⁴ Outras variações de utilização da força de trabalho dos condenados apresentavam-se em outros países em expansão colonial; de prisão militarizada na Espanha em 1835,⁴⁹⁵ entre outros com similares ideais, exemplo o do Capitão Moconochie em 1837, nas Ilhas Norfolk na Oceania, onde a prática “de colocar o destino do prisioneiro em suas próprias mãos, de lhes dar uma forma de remuneração”, para lhe impor uma forma de taxaço pecuniária pelos crimes condenados, faze-lo “sentir o peso e obrigação de sua própria manutenção e o treinar, enquanto ainda em servidão, a aqueles hábitos de acumulação prudente o qual depois da quitação o irá melhor preservar de cair novamente”.⁴⁹⁶

Portanto, esse *ticket-of-leave* ou liberação condicional, ascendeu das experiencias no tratamento de condenados sob básica condição de servidão e foi desenvolvido por homens a cargo das prisões como um método prático de lidar com eles da experiencia prática. Já o da sentença indeterminada foi de origem de considerações teóricas, onde encontra-se a racionalidade da salvação espiritual ligadas à inocuização por medida de segurança, com liberação unicamente garantida pelo trabalho, onde “a esperança de alcançar algo desejado é

sempre tinha um remédio. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004, p. 81.

⁴⁹⁴ Após a Revolução Americana, a Austrália tornou-se o destino dos condenados. Em 1790 Commodore Philip, como Governador de New South Wales, estava dando o direito ao *pardon* condicional. Em 20 anos, 16.000 condenados foram transportados para a Austrália. Os condenados eram compelidos a laborar para os colonos, que pagavam o governo pelo labor destes sob um sistema de arrendamento, e com o tempo a relação dos libertos e populações condenadas tornou-se uma enorme questão. Foi investigado em 1837 pelo Parlamento e como resultado foi adotado o seguinte sistema: o condenado em sua chegada, era colocado no que foi denominado ‘turma do *probation*’ o qual era empregado em várias formas de trabalho público, trabalho acorrentado, e eram alojados em barracas. Por boa conduta o condenado subia através de dois ou três níveis o qual ele trabalhava para pessoas privadas que pagavam o governo pelo seu labor para a liberação condicional do ‘bilhete de saída’ como era chamado, qual ele se empregava a si, liberando-se do colono. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 11.

⁴⁹⁵ Uma outra maneira de utilização da força de trabalho de condenados era embarca-los para as colônias e destacamentos militares distantes. Espanha e Portugal faziam isto logo no início do séc. XV, mas abandonaram tal prática pois a força de trabalho foi necessária para as galés. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004, p. 81; Colonel Montesinos aplicou uma organização militar à prisão em Valência quando nomeado governador em 1835. Companhias eram organizadas com prisioneiros dos oficiais inferiores. Eles lecionados nos ofícios e faziam todo o trabalho da prisão. Uma escola era conduzida, aberto a todos, mas obrigatório somente para meninos abaixo de 20 anos. Por bom comportamento um condenado poderia reduzir o termo de sua sentença em um terço. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 11.

⁴⁹⁶ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 13.

um apelo ao interesse próprio mais eficaz do que o medo de que ocorra algo desprazeroso”, em outras palavras, a recompensa poderia ser mais efetivo do que punição.⁴⁹⁷

Esse ideal de gestão prisional, de princípio de comutação da sentença como uma recompensa pelo bom comportamento foi pela primeira vez trazido em um corpo de lei pelo Legislativo de New York em 1817, com a previsão dando aos inspetores prisionais o poder para libertar, quando servido três quartos da sentença, a qualquer condenado à prisão por não menos que cinco anos, através de um certificado demonstrando que o comportamento tem sido bom e que seu lucro líquido foi colocado de lado e investido para sua conta pessoal de não menos que 15 dólares por ano. Mas segundo o autor a lei foi apenas “letra morta”.⁴⁹⁸

Em 1856, uma lei em Ohio concedeu uma dedução de cinco dias em cada mês durante o qual o prisioneiro “não for culpado de violação de qualquer das regras da prisão e laborando com diligência e fidelidade”. Dessa lei de Ohio seguiram-se diversas leis com o mesmo padrão em outros Estados americanos.⁴⁹⁹

O *The New York Prison Association*, já havia reportado em 1864, a descrição do trabalho do Capitão Maconochie na Austrália, entre outros, onde foram designados representantes a visitar as prisões em vários Estados. O relatório de trabalho de 1867, concluía que “toda a questão das sentenças prisionais é em nosso julgamento um que requer uma cuidadosa revisão. Não são poucas das melhores mentes na Europa e na América que, por suas investigações e reflexões, alcançaram a conclusão que sentenças por tempo são erradas por princípio, de que deveriam ser abandonadas, onde a sentença por reforma deve substituí-lo”.⁵⁰⁰

Foram durante essas investigações que o sistema irlandês ganhou força, definido como um reformatório adulto, onde o objetivo é ensinar e treinar o prisioneiro de tal maneira que, em sua exoneração, ele possa estar apto a resistir à tentação e inclinado a uma conduta de vida valorosa, o que é feito “colocando o destino do prisioneiro, o máximo possível, em suas

⁴⁹⁷ O Arcebispo Richard Whately, um prolífico e combativo autor de variados tópicos, tinha dito em uma carta a Earl Grey, ainda em 1832: “Me parece inteiramente razoável que aqueles que se conduzem assim, torna-se necessário de os confinar em casa de correção e não deveriam ser liberados sobre à sociedade novamente até eles darem algum indicativo de que eles estão preparados a viver sem uma repetição de seus crimes”. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 14.

⁴⁹⁸ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 10.

⁴⁹⁹ Em 1857, Iowa e Massachusetts; em 1860, Oregon e Califórnia; em 1865, Missouri e Nevada; em 1866, Maine; em 1867, New Hampshire, Minnesota, Kansas e Alabama; em 1868, New Jersey, Vermont e Rhode Island. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 10

⁵⁰⁰ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 16.

próprias mãos, lhe dando apoio, através da indústria e bom comportamento, para se levantar, passo por passo, a uma posição menos restritiva”. Enquanto “ociosidade e má conduta, de outra mão, o mantinham em um estado de coerção e restrição”.⁵⁰¹ Os reformadores, em síntese defendiam uma separação: determinação da culpa confiada a um juiz competente, imposição da pena, a um “médico social”, onde o resultado lógico seria tanto “salvaguardar os interesses do indivíduo, quanto da sociedade”.⁵⁰²

Por alguns anos o *Prision Association* tinha advogado o estabelecimento de uma nova prisão. Em 1868, renovou-se a recomendação a essa nova prisão ao Legislativo indicando “que iria fornecer uma oportunidade para testar, em pequena escala e sob as mais favoráveis circunstâncias, o que é agora geralmente conhecido como o sistema irlandês de disciplina prisional”. Uma comissão foi nomeada pelo governador, com relatório em 1870 recomendando o local na cidade de Elmira, para a construção das instalações para quinhentos reclusos e o plano geral da instituição. A Comissão propôs que “a sentença ao reformatório deve ser, até a reforma, não excedendo 5 anos”. A sugestão não foi adotada, mas a instituição foi estabelecida por uma lei no mesmo ano e uma comissão de construção foi nomeada.⁵⁰³

A *Detroit House of Correction*, uma prisão municipal, em 1869 assegurou a promulgação junto ao Legislativo de Michigan do que se tornou conhecido como a lei dos “3 anos”, o qual é geralmente apontado como a primeira lei de sentença indeterminada, porém, era somente aplicada a “prostitutas” e previa que a mulher condenada por trabalhar regularmente como “prostituta” deveria ser sentenciada para a *Detroit House of Correction*, por um termo de três anos e que poderia ser liberada, absolutamente ou condicionalmente, pelo inspetor através da reforma ou por bom comportamento.⁵⁰⁴

O próximo avanço na prática da sentença indeterminada e o sistema de reformatório foi propriamente em Elmira, com detentos entre 16 a 30 anos, com previsão original de sentença indeterminada sem limitações mas aparentemente, como a opinião pública e política não aceitaria o projeto, foi alterado o limite do termo da sentença pelo máximo previsto em lei ao crime cominado, ato que foi promulgado em 1877. Os primeiros defensores da sentença indeterminada descartavam as teorias retributivas e de persuasão da punição e a justificavam

⁵⁰¹ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 17.

⁵⁰² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004, p. 200.

⁵⁰³ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 17.

⁵⁰⁴ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 18.

somente sob a proteção da sociedade pelo confinamento do criminoso até sua reforma.⁵⁰⁵ Embora descartadas na formação discursiva é indubitável que a previsão de “soltura quando apto à conviver em sociedade” somente podem ser formuladas tendo em vista uma óbvia incapacitação.

Seguindo o exemplo de Elmira, iniciou-se o processo de separação de detentos homens e mulheres, onde o *Massachusetts Reformatory* para homens foi aberto em 1884, sem a previsão da sentença indeterminada, primeiramente, somente prevendo a liberação pelo *parole*, fato que mudou em 1886 com a previsão da sentença indeterminada. A mesma lei previu que as pessoas sentenciadas por bebedeira, ou por serem bêbados regulares, “vagabundos, mendigos, vadios, desordeiros, manutenção no reformatório por não mais do que 5 anos a não ser que tenha sido sentenciado por um termo maior de 5 anos”.⁵⁰⁶

Logo vários Estados seguiram construindo seus reformatórios, Pennsylvania e Minnesota em 1887, New York em 1889, Illinois em 1891, Kansas e New Jersey em 1895 e Ohio em 1896. Em 1895, Massachusetts e Illinois previram para penitenciárias e prisões estaduais a determinação do mínimo e do máximo da sentença, mas com a discricionariedade à corte de aplicar a sentença indeterminada ou não.⁵⁰⁷ No entanto, o sistema do *parole* espalhou-se mais amplamente, incluindo prisões estaduais e penitenciárias, e aplicada não somente às sentenças indeterminadas, mas em geral.

Na prática, por exemplo, a Lei de 1886 de Massachusetts, previa que “quando um condenado é sentenciado ao Reformatório de Massachusetts, a corte ou o tribunal que impõe a sentença não deve limitar a duração”,⁵⁰⁸ porém, o instituto não era utilizado.⁵⁰⁹ George Fisher aponta que os registros da *Middlesex Superior Court* mostram que em 1890, juízes escolhiam

⁵⁰⁵ A sentença indeterminada e o sistema do *parole* foram concebidos como complementários do tratamento reformatório, essenciais para sua própria aplicação, mas subsidiário em seu principal elemento. “Esse sistema de tratamento prisional possui três elementos, restrição, reforma, condicional e então absoluta liberação”. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 21-23.

⁵⁰⁶ Sempre que um condenado é sentenciado ao reformatório de Massachusetts, a corte ou o tribunal imporá a sentença sem fixação ou limitação de duração, a menos que o termo dessa sentença deva ser maior que cinco anos, mas tal condenado deve ser meramente sentenciado ao reformatório de Massachusetts. *Acts of 1886, Chap. 323, Sec. 1*.

⁵⁰⁷ LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926), p. 30-38.

⁵⁰⁸ § 1, 1886 Mass. Acts at 296.

⁵⁰⁹ Em 1889, um editorial denominado ‘compromisso indeterminado’, no *Boston Evening* apresentou uma queixa que “uma mudança na correta direção foi feita pelo Legislativo de 4 anos atrás, mas a lei não vem sendo cumprida como esperado. Melhor dito que a reforma não vem sendo aplicado pelos juízes na extensão que era esperada...”. *Indefinite Commitments, Boston Evening Transcript*, Jan. 30, 1890, p. 4. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1046.

o reformatório para apenas 10% dos condenados, subindo para 20% em 1896 e decaindo para 18% em 1900 e somente 12%, em 1910.⁵¹⁰

Era o reformatório de Massachusetts provando-se útil à prática do *plea bargaining*. Apesar que eram incertas a duração dessas penas a cumprir em Elmira, ainda assim, alguns arguidos talvez preferissem tal opção porque tinham medo de piores condições em outros lugares.⁵¹¹ O autor aponta que a grande maioria de arguidos que receberam sentença neste reformatório alegaram culpa. Somente 13% destes que foram para o reformatório em 1890 foram após a perda em julgamento – número que subiu para 31% em 1896, mas logo diminuiu para 8% em 1900, e para 5% em 1910. Portanto, na prática o Legislativo simplesmente adicionou mais uma opção no qual os juízes, procuradores, e acusados pudessem negociar.

Disto podemos concluir três coisas: primeiro, por conta que as sentenças indeterminadas não eram atraentes aos arguidos, os juízes e procuradores raramente encontravam a opção do reformatório útil no processo do *plea bargaining*, e a grande maioria de condenados cumpriam pena em outro lugar. Segundo, quando os acusados preferiam uma sentença ao reformatório a outro em outra instituição, os juízes garantiam o acomodo nos interesses do *plea*. E terceiro, quando os acusados pelo contrário, se negavam a alegar sua culpa, e insistiam no seu direito ao julgamento e perdessem, juízes raramente os mandavam para o reformatório. Ao contrário, juízes geralmente puniam os acusados que perderam após o julgamento impondo uma sentença mais definida: eles os mandavam por um específico período para outra instituição.⁵¹²

Portanto, a sentença indeterminada com todo seu ideal de ‘reforma’ e de ‘periculosidade’ do indivíduo apenado, por retirar o poder de individualizar a pena das mãos dos juízes, poderia ter encerrado definitivamente o regime do *plea bargaining*, porém, tornou-se ao período, apenas mais uma opção negocial nas mãos das partes. Porém, o movimento continuava avançando.

O Legislativo tentou avançar o ideal de sentença indeterminada de outras maneiras – primeiro instituindo o *parole* para os prisioneiros estaduais em 1894 e determinando aos juízes para especificar na sentença os termos mínimos e máximos da prisão estadual em 1895. A lei de 1894 tornou os condenados elegíveis de liberdade pelo *parole* por ato discricionário

⁵¹⁰ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1046.

⁵¹¹ “Outros arguidos podem ter preferido por questões geográficas o reformatório de Elmira ou Concord, por ser mais próximo da família que a prisão estadual em Auburn ou Charlestown”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1047.

⁵¹² FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1048.

do *parole board* após servirem dois terços do termo máximo.⁵¹³ No ano de 1900, 20 Estados adotaram alguma forma de *parole*, mas somente 11 colocaram no lugar algo mais próximo da sentença indeterminada nas linhas Concord/Elmira.⁵¹⁴

A lei de 1895, previa que “a corte impondo a sentença (prisão estadual) não deve fixar um termo de aprisionamento, mas deve estabelecer um máximo e um mínimo termo pelo qual o condenado deve ser mantido na prisão.⁵¹⁵ Leis nesse modelo espalharam-se pela nação americana, tomando lugar em 23 Estados em 1925.⁵¹⁶

George Fisher aponta a variação nas taxas onde juízes de Middlesex impunham as sentenças à prisão estadual sob o novo regime do *parole* em conexão com o *plea bargaining*. Em 1890, antes da promulgação da nova lei 56% das sentenças à prisão estadual eram seguidas de *guilty pleas*. Em 1896, com a lei já em vigor caiu para 14%. Mas em 1900, a taxa de *guilty pleas* avançou vertiginosamente para 81% das sentenças à prisão estadual que seguiram de *guilty pleas*. A explicação segundo o autor encontra-se em 1898, onde três anos após o Legislativo ter determinado aos juízes para especificarem os termos mínimos e máximos das penas à prisão estadual, houve uma emenda na lei onde previa que “deveria ser emitido a liberação da prisão após a expiração do termo mínimo” se houvesse a observância das regras prisionais e nenhuma punição por má conduta.⁵¹⁷ Os resultados são previsíveis e imediatos: “como toda a indeterminação drenada do esquema de sentença à prisão estadual, o *plea bargaining* retorna e avança seu ritmo”. Tal esquema permitiu às partes “acordarem sobre a sentença que soaria longa o suficiente para satisfazer o público por duras penas, mas na realidade era curta o suficiente para atrair o arguido a alegar sua culpa”.⁵¹⁸

O desenvolvimento do *plea bargaining* dentro deste sistema que, em tese, pelos seus princípios trariam a ruína à estrutura dos acordos por conta da indeterminação da pena, que ficaria adstrita à uma comissão exterior aos poderes do juiz e dos procuradores, ocorreria de forma definitiva e sem maiores entraves no século XX. A indeterminação pelos seus ideais

⁵¹³ *Act of May 26, 1894, ch. 440, § 1, 1894 Mass. Acts 492, 492; e Act of June 5, 1895, ch. 504, § 1, 1895 Mass. Acts 624, 624.* In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1048.

⁵¹⁴ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1048.

⁵¹⁵ *Act of June 5, 1895, ch. 504, § 1, 1895 Mass. Acts 624, 624.*

⁵¹⁶ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1049.

⁵¹⁷ *Act of Apr. 25, 1898, ch. 371. 1898 Mass. Acts 312, 312.*

⁵¹⁸ Como Massachusetts, New Hampshire determinou a liberação automática ao fim do termo mínimo aos prisioneiros que não tiveram mal comportamento. A Lei de Pennsylvania sobre o *parole* não determinou diretamente a soltura ao fim do termo mínimo, mas determinou às autoridades a justificar qualquer decisão de não liberar “escrito...detalhadamente”. Em outros Estados, mesmo ausente tais determinações por lei, as decisões do conselho do *parole* ficaram bem fáceis de prever. Em New York, no ano de 1906, Arthur Train reportou que um condenado enviado à Elmira para cumprir supostamente uma sentença indeterminada “será solto em 14 meses se sua conduta justificar”, conduta que ele repetia. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1049-1051.

problemáticos não seria contestada, mas sempre seria restringida. E é dentro do período da sentença indeterminada mitigada, que o *plea bargaining* triunfaria definitivamente e sem reservas no sistema criminal americano de justiça.

PARTE III

4 SÉC. XX: RADICALIZAÇÃO NAS CONCESSÕES NA PANPENALIZAÇÃO⁵¹⁹ E NO *NATIONAL PROHIBITION* DAS PRIMEIRAS DÉCADAS.

Século XX adentro, o *plea bargaining* já havia dado passos largos na sua consolidação. Mas embora possamos apontar que os procuradores e os juízes de primeiro grau já estivessem mais do que convencidos da maravilhosa eficiência do sistema, para uma máquina que já era por demais volumosa e complexa, no turno de um século ao outro as jurisprudências das cortes de apelação demonstram que estes viam tal ocorrência como uma corrupção.

De maneira concomitante, encontram-se as práticas corruptas que operavam do *plea bargaining* nas cortes intermediária e de baixo, enquanto as cortes superiores ainda por algumas décadas prostraram-se contra essas operações, em observância à lei, como aos princípios da *common law*. Albert Alschuler traz exemplos notórios sobre a prática urbana no início do século, como os de 1914, em New York, em que “advogados na rua à frente da Corte negociavam sentenças na forma de: \$300 por dez dias; \$200 por 20 dias, e \$150 por trinta dias”.⁵²⁰ Ou a descrição de Albert Harno, que em 1928 apontava os “fixadores” que negociavam barganhas entre o governo e a defesa em Chicago, como um intermediário.⁵²¹

Além de atender interesses sociais como vistos no capítulo seguinte pela sua leniência, os movimentos da sentença indeterminada, que ganharam enorme força no período, foram inovações que sofreram mitigações na sua legislação, de modo que acabaram não afetando a prática que já estava consolidada. Pelo contrário, quando implementadas, acabaram sendo moldadas, ampliando as possibilidades de negociação. Além disso, o último e mais importante ator judicial que por muito tempo teve resistências com tal instituto em defesa de seu poder discricionário e seus sentimentos de dever e função, teve suas defesas abaixadas, principalmente, pela avalanche dos casos civis e do desenvolvimento do instrumento sendo retido em sua discricionariedade última, ao mesmo tempo que o tornou afastado do envolvimento com tal negociação.

⁵¹⁹ *Overcriminalization*. O termo *panpenalização*, no vernáculo brasileiro, é comumente utilizado por: LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2004. Pg. 127.

⁵²⁰ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. 79 COLUM. L. REV. 1, 19– 24 (1979), p. 24.

⁵²¹ “Este tipo de pessoa é uma abominação, é uma acusação contra nosso sistema de administração criminal que tal sanguessuga possa existir e ainda prosperar. [...] Como qualificações, não possui nenhuma, exceto que possa ser uma pessoa de alguma pequena influência política.” ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. 79 COLUM. L. REV. 1, 19– 24 (1979), p. 24.

Era apenas questão de tempo. Como bem sintetizou George Fisher, o “regime do *plea bargaining* sempre serviu aos interesses dos poderosos”. Mas o total domínio, que ocorreria durante o séc. XX, ocorreria, primeiro, através de um aprofundamento da diferença no sentenciamento entre quem alega a culpa e quem opta pelo julgamento, onde no primeiro terço do séc. XX, já apresentaria uma evolução tão grande que começaria a apresentar-se na literatura jurídica americana através do desaparecimento do julgamento criminal por júri.⁵²²

A ponte que asseguraria a supremacia do *plea bargaining* e que o tornaria uma necessidade, seria a recorrência histórica de ondas de *overcriminalization* que formularia a indispensabilidade de ajustes processuais em direção aos *guilty pleas* sobre as políticas criminais do momento. Embora vimos que o século passado trouxe uma explosão de casos civis – este também começaria a sofrer os caminhos do acordo para evitar o processo – que resultaram em grandes consequências para o domínio do *plea bargaining*, o período da proibição da lei seca nacional iniciaria um processo que tomaria enormes proporções a partir da conturbada década de 1960.

A passagem da 18ª Emenda e o advento da era do *national prohibition* em 1919 apresenta-se como um símbolo do que viria à frente: aprofundamento do sentenciamento e a relação entre o sistema de controle do crime⁵²³ e o *plea bargaining*. Segundo Albert Alschuler, em 1925 quase 90% de condenações criminais já eram resultado de alegações de culpa. Dervan e Etkins observam que no fim da era do *national prohibition*, o “*plea bargaining* começa a surgir das sombras do sistema criminal de justiça americano para tomar sua posição vigente, como uma indispensável solução para uma estrutura (sempre) sobrecarregada”.⁵²⁴

Embora as taxas de práticas de *plea bargaining* não deixem dúvidas sobre sua utilização massiva já no início do século XX, as cortes de apelação continuavam relutantes quanto a aprovação desses acordos em apelação. A jurisprudência destacada pelas cortes superiores em relação a confissão na *common law* durante todo o séc. XIX, continuava sendo o caso inglês do fim do séc. XVIII, *Rex v. Warickshall* e a inadmissibilidade das confissões

⁵²² O artigo de Raymond Moley, *The Vanishing Jury*, 2 S. CAL. L. REV. 97, 103 (1928), escrito em 1928, é um dos primeiros trabalhos expondo a prática do *plea bargaining*, mais especificamente, denunciando o desaparecimento do julgamento por júri em New York.

⁵²³ Utilizarei as categorias formuladas por Herbert Packer: “sistema de controle do crime” e sua antítese “sistema do devido processo”. Este assim analisou questões essenciais que se passavam sobre o sistema criminal de justiça americano na década de 1960, sob se tais entendimentos levavam a um sistema em maior conformidade constitucional ou levavam ao aprofundamento do controle social. PACKER, Herbert. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford University Press, (1968).

⁵²⁴ DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. 103 Journal of Criminal Law & Criminology 1 (2013), p. 10.

induzidas “por promessas de favor ou pela tortura do medo”; decisão que basicamente assinalou a voluntariedade, livre e desembaraçada de qualquer artifício exterior, como o elemento central; onde até uma taça de gin era uma “promessa de leniência capaz de coagir a confissão”.⁵²⁵

A jurisdição da Suprema Corte em casos criminais era extremamente limitada até 1889, quando o Congresso expandiu a sua competência, com a possibilidade de acusados poderem ingressar com *writs of error*, mas somente em casos capitais. Assim, a Suprema Corte em 1892, caso *Hallinger v. Davis*, declarou que o *guilty plea* de um acusado deve alcançar o alto *standard* de admissibilidade de confissões utilizado na Inglaterra. Neste caso, Hallinger teve a sua acusação aceita em um *grand jury* em New Jersey por homicídio. Logo em seguida, ele ingressou com um *guilty plea* pelas acusações. A corte de baixo encontrava-se tão desconfortável com a ideia de o acusado renunciar a seu direito a julgamento neste caso, que suspendeu o *plea* e requereu ao acusado a consultar com um advogado. Após a consulta Hallinger novamente alegou sua culpa. Depois da oitiva de testemunha em relação ao *plea* do acusado, a corte aceitou a confissão e sentenciou Hallinger à pena de morte, concluindo que o acusado “voluntariamente avaliou por si a opção de alegar a sua culpa e, enquanto bastante insensato, a decisão não violava qualquer previsão da Constituição”. Esta foi a primeira decisão da Suprema Corte, que ainda adotava a doutrina legal da voluntariedade, construída nas regras de confissão inglesa.⁵²⁶

Já no séc. XX, algumas decisões na Suprema Corte demonstram a continuidade com a construção legal de *Warickshall*. Em 1936, Jack Walker foi acusado de roubo armado. O procurador o ameaçou de buscar uma dura sentença se Walker não cooperasse, e o ofereceu uma alternativa de leniência em troca pelo seu *guilty plea*. Encarando a perspectiva de uma pena duas vezes maior se fosse condenado em julgamento, Jack Walker alegou sua culpa. Em apelação, a Suprema Corte decidiu que esta barganha era constitucionalmente inadmissível, observando que as ameaças e induzimentos através da benevolente leniência na pena fizeram involuntário o *plea* de Jack Walker.⁵²⁷

Uma questão que demonstra a força do *plea bargaining*, é que ele se consolidou de modo definitivo no período da sentença indeterminada. A sentença indeterminada, mais

⁵²⁵ DERVAN, Lucian E. *Bargained Justice: Plea Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve*. 2012 Utah L. Rev. 51 (2012), p. 66.

⁵²⁶ *Hallinger v. Davis*, 146 U.S. 314, 324 (1892).

⁵²⁷ “Walker foi ludibriado e coagido em alegar sua culpa quando seu verdadeiro desejo era de alegar-se inocente ou ao menos de ser aconselhado por um advogado. Se ele não voluntariamente renunciou seu direito a advogado, ou se ele foi ludibriado ou coagido pelo procurador a ingressar um *guilty plea*, ele foi privado de um direito constitucional”. *Walker v. Johnston*, 312 U.S. 275, 279–80 (1941).

precisamente o sistema do *parole*, adentraria ao século XX como a forma de sentenciamento definitiva dentro do sistema criminal, e isso não mudaria até o último terço do século XX. Entre as décadas de 1900 e 1910, os seguintes Estados promulgaram seus sistemas de sentença indeterminada e de *parole* em suas prisões estaduais e penitenciárias: Colorado, Iowa, Kansas, Kentucky, New Hampshire, New Mexico, Pennsylvania, Washington, West Virginia e Wyoming.

Com as comissões logo abandonando os princípios da sentença indeterminada, para um sistema de *parole* utilizando-se geralmente da prática de prazos de libertação, George Fisher aponta o “triunfo” que o *plea bargaining* sempre obtém perante os outros dispositivos processuais. Dentro de algumas décadas, a própria aplicação da sentença indeterminada, totalmente “descolada” com a sua base principiológica, seria alvo de intensas críticas e ruiria.

A sobrecarga logo exerceria pressão ao avanço de mais alguns passos ao *plea bargaining*. Um comitê de New York apontou que durante um período de 12 meses em 1917 e 1918, o comitê do *parole* do Estado encontrou-se 40 vezes para considerações de 1411 aplicações de *parole* – ou 35 aplicações por dia.⁵²⁸ Assim, a conclusão lógica é que os “comitês sentiram que a única maneira nas dadas circunstâncias era adotar um rígido sistema de datas para soltura. Outro fator, sem dúvidas, era o alto número de detentos”.⁵²⁹ Nem mesmo quando exames psiquiátricos começaram a ser realizados na década de 1920, adicionando mais um item à entrevista, apresentaram grande diferença no método de disposição, continuando como um procedimento de poucos minutos em que questões exteriores tinham maior influência.⁵³⁰

Sam Warner em 1920 encontrou a atividade de uma ampla discricionariedade para aplicar a data de soltura, onde a comissão do *parole* dava uma clara preferência aos condenados por *guilty plea* - “80% dos que garantiram *parole* eram reclusos que alegaram a

⁵²⁸ Com um quarto de hora por caso, o conselho não poderia fazer um julgamento individualizado sobre o cabimento de *parole* para cada prisioneiro. Os conselhos de *parole* em Massachusetts e Illinois e provavelmente tantos outros lugares encararam similares registros imensos. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1052.

⁵²⁹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1052.

⁵³⁰ Prevalencia, assim, a impressão do avaliador sobre a objetividade dos laudos e naturalmente a insegurança dos membros das *paroles boards* decorrente do precário contato com o condenado acabava por determinar, na maior parte dos casos, a denegação do *parole*, aumentando a quantidade de reclusos e fortalecendo a posição de uma ampla frente crítica, que não hesitava em denunciar a falência do modelo vigente. Exatamente onde deveria prevalecer uma rigorosa racionalidade técnica, predominava o mais grosseiro subjetivismo, apenas mascarado na maioria dos estados pela adoção oficial de parâmetros gerais de avaliação (*guidelines*). DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 61-62.

sua culpa”.⁵³¹ O que sugere claramente que o *guilty plea* recompensaria uma mais pronta libertação pelo *parole*.⁵³²

Outra evidência, de histórico mais moderno, sugere a queda da sentença indeterminada procedido diretamente dos juízes e procuradores. Por volta da virada do século XX, ao menos seis Estados incluindo a Califórnia, adotaram leis sobre o *parole* que tinham abordagem bem próxima da verdadeira sentença indeterminada, e que traria, portanto, um verdadeiro desafio ao *plea bargaining*.⁵³³ Em um certo número de casos, essas leis retiraram o poder do juiz de medir o tempo de confinamento da prisão estadual. Então, quando um juiz sentenciava, o conselho do *parole* unilateralmente determinava a data de soltura, dentro unicamente dos termos mínimos e máximos da lei. Assim, a prática do *plea bargaining* ficava afetada em seu centro, retirada a possibilidade de ameaçar o arguido com a condenação mais dura se optar por um julgamento.

Portanto, para conseguir o resultado sempre alcançado pelo *plea bargaining*, os juízes e procuradores teriam que persuadir os conselhos de *parole* a soltar condenados que alegaram sua culpa, nas datas previamente fixadas, e de penalizar para além das datas fixadas o que escolhessem o julgamento. Tal situação traz inúmeros problemas, pois coloca nas mãos de atores externos o cumprimento do acordo, e de conselhos que em tese, possui uma base de princípios reformadora desses condenados.

Apesar dos obstáculos, há evidências que os juízes da Califórnia, e advogados adaptaram suas táticas de *plea bargaining* para esse regime também. Lynn Mather fez um estudo das operações da corte de Los Angeles na década de 1970, mostrando que naquela época somente 6% dos condenados foram à prisão estadual. Em vez disso, a grande maioria de condenados originalmente acusados por *felonies* asseguraram uma condenação por *misdemeanor* ou receberam *probation*, ou serviram em alguma instituição menor.⁵³⁴

⁵³¹ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1053.

⁵³² Uma causa mais veemente de ligação entre *plea bargaining* e uma libertação mais rápida no *parole* surge de um relatório do sistema do conselho de *parole* de Illinois escrito por Dean Albert J. Harno da *Illinois Law School* em *The Workings of the Parole Board and Its Relation to the Court*, 67, 67 (1928). Estes encontraram em uma revisão sobre o comitê ‘que ocasionalmente sérios problemas surgiram entre a Comissão do *Parole* e os procuradores distritais e inclusive, sobre o juiz do tribunal em relação as representações feitas a um prisioneiro quando seu *plea of guilty* é assegurado’. Harno condena a prática de fazer “promessas ao arguido ou assegurar que se ele alegar sua culpa, ele será solto, ou poderá ser solto, depois de um específico período de confinamento”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1054.

⁵³³ *Act of May 18, 1917, ch. 527, § 1, 1917 Cal. Stat. 665, 665-66; Act of June 28, 1919, § 3, 1919 111. Laws 436,437; Act of Mar. 15, 1897, ch. 143. §§ 1.3. 5, 1897 Ind. Laws 219, 219-221; Act of Mar. 13, 1903, ch. 375, § 1, 1903 Kan. Sess. Laws 571. 571-75; Act of Mar. 3, 1911, ch. 169, § 1, 1911 S.D. Laws 209, 209; Act of Feb. 11, 1903, ch. 45, §46, 1903 W. Va. Acts 138, 149-50. In: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1055.*

⁵³⁴ Mather relata que quando o crime denunciado previa a pena mandatória de prisão estadual, o *plea bargaining* tomou forma de *charge bargain* persecutório, sem a moção do procurador, o juiz não poderia reduzir a acusação

Albert Alschuler encontrou outro meio de evasão às autoridades do *parole* da Califórnia de determinar a duração da sentença. Em 1960, quando Albert Alschuler observou os trabalhos das cortes de San Francisco, acusados frequentemente alegavam a culpa e eram sentenciados por um termo indeterminado na prisão estadual. Em vez de colocar a sentença para efeito, o juiz suspendia e impunha o *probation* durante o termo de suspensão. Então, como condição do *probation*, o juiz determinava um termo de prisão no Condado.⁵³⁵ Assim, graças a esse dispositivo engenhoso, no período a Califórnia oficialmente abandonou seu experimento com a sentença indeterminada.⁵³⁶

Portanto, a sentença indeterminada, uma das maiores ameaças ao regime do *plea bargaining*, quando aplicado, fora nas condições que tal regime já impunha a todos os institutos presentes no sistema criminal de justiça americano. A vitória não somente se apresenta como esmagadora, mas dá a tônica que tal eficiência é basicamente invencível e ilimitada nos seus efeitos corrosivos a qualquer base principiológica de procedimento na justiça criminal.

No âmbito estadual, as primeiras pesquisas sobre o *plea bargaining* apontavam que na década de 1920, os *guilty pleas* somavam taxas de 90% das condenações por *felony* em Minneapolis; 85% em Chicago; 84% em St. Louis; 81% em Los Angeles; 78% em Detroit; 76% em Denver; e 74% em Pittsburgh. Estudos sobre as condenações em vários Estados nos anos de 1960, encontraram as taxas em níveis similares.⁵³⁷

Foi nesta década de 1920 que as primeiras pesquisas sobre o sistema criminal de justiça apresentaram a maneira como o próprio funcionava. A de Cleveland em 1921, embora tendo apresentado que 77% de todas as condenações eram por *guilty pleas*, o foco primário das críticas sobre a operação do sistema eram as exonerações. Foram as pesquisas em Missouri, Illinois e New York, que trouxeram o foco para a prática em si que já dominava o sistema criminal, apontando seu rápido crescimento nos últimos anos. Em Virginia, de 1917 a 1927, subiram as taxas de *guilty pleas* de metade para três quartos das condenações. Nas cortes urbanas de *misdemeanor* na Geórgia, o número de *guilty pleas* entre 1916 e 1921

por um que permitisse uma menor pena. Mas quando o juiz tinha a discricionariedade de escolher entre impor e não impor a pena de prisão estadual, o *plea bargaining* tendia a tomar forma diretamente entre o juiz e a defesa por um processo conhecido como ‘gabinete’: o juiz e o advogado se dirigiam ao gabinete do juiz, onde o juiz poderia dar pista da sentença que importaria se o arguido alegasse a culpa. MATHER, Lynn M. *Plea Bargaining or Trial?* 32 (1979), p. 31-33. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1056.

⁵³⁵ ALSCHULER, Albert W. *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*. 36 U. CHI. L. REV. 50,59 n.31 (1968), p. 101-103.

⁵³⁶ CAL. PENAL CODE § 1168(a)(1), Act of Sept. 20, 1976, ch. 1139, § 272.5, 1976 Cal. Stat. 5140.

⁵³⁷ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 192.

aumentou, aproximadamente, 3 vezes o seu total de casos. New Haven, em 1888, 75% das condenações eram por *guilty pleas*; em 1921, encontrava-se já em 90% das condenações.⁵³⁸

O sistema de recompensas no centro do sistema condenatório, já na década de 1920 foram reportadas, como a *Missouri Crime Survey*, salientando que “uma alegação de culpa após o *arraignment* reduz as chances de uma sentença de cumprimento na penitenciária à metade”. E a da *Illinois Crime Survey*, apontando que “as chances de conseguir *probation* são aproximadamente 2 vezes maiores se alega-se a culpa”. A *New York Survey* indicava que as sentenças eram suspensas com frequência duas vezes maiores nos casos em que um *guilty plea* era ingressado em relação aos que eram condenados em julgamento.⁵³⁹

O período é marcado pela crítica do que aparenta ser a descoberta do tamanho do sistema negocial dentro do sistema de justiça criminal, por exemplo, as críticas de Roscoe Pound observando que “procuradores declaram publicamente as condenações aos milhares a cada ano. Porém, mais de 90% são por *pleas of guilty*, feitos em ‘dias de barganha’, buscando assegurar uma punição simbólica, como a forma de saída mais barata, o equivalente à uma licença para violar a lei”. Como também de Dean Justin Miller, onde “o pobre e desamparado é mais apto a torna-se um dos que dilatam o registro de condenações. A necessidade de apresentar um bom recorde pode resultar em procuradores omitindo os direitos dos pobres e ignorantes... que são induzidos a confessarem crimes através da esperança de recompensa ou medo de uma punição extrema”.⁵⁴⁰

Portanto, os problemas no interior desse sistema não são recentes. A ausência de uma investigação desenvolvida aos pormenores, como a ausência da própria adjudicação e julgamento, alimenta o desamparo e a falta de precisão sobre a culpabilidade do suposto crime. Esse sistema que foi naturalizado e normalizado lentamente, acaba sobrepondo a sua eficácia à fiabilidade do julgamento punitivo. Não à toa, historicamente, o sistema norte-americano – e claro, não somente ele - apresentou-se como criminalizador do pobre, do negro, do asiático, dos “vadios”. O julgamento público é o melhor remédio para os preconceitos, as convicções, e os medos de um sistema feito por pessoas falhas; ou supostamente neutras.

⁵³⁸ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 27.

⁵³⁹ *Missouri Assessment for Criminal Justice, Missouri Crime Survey* 149; *Illinois Assessment for Criminal Justice, The Illinois Crime Survey* 47 (1929), p. 84; *New York State Crime Commission, Report to the Commission of the Subcommittee On Statistics* 135 (1927). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 29.

⁵⁴⁰ POUND, Roscoe. *Criminal Justice in America*. 184 (1930); MILLER, Justin. *The Compromise of Criminal Cases*. 1 S. CAL. L. RaV. 1, 21-22 (1927). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 30.

Apresenta-se a intensificação nas concessões para o acordo nesse período. Em 1917, um acusado em Virginia que alegava a culpa era 2.3 vezes mais provável de ter a sentença suspensa do que o condenado em julgamento. Em 1927, essa probabilidade subiu para 6.3 vezes. Na Geórgia, 38% de todos os condenados em julgamento eram sentenciados à prisão e essa taxa permaneceu inalterado no período. Porém, a chance de receber uma sentença prisional seguido de um *guilty plea* declinou de 24 a cada 100 em 1916, para 13.5 a cada 100 em 1921.⁵⁴¹

Já na década de 1920 pode-se observar um período onde a profundidade entre quem confessa e quem “indevidamente insiste em um julgamento” foi agravada. Apresenta-se já neste período, exemplo a da *Illinois Crime Survey*, que “a tendência de alegar a culpa não é um gesto abjeto de confissão e renúncia; é um tipo de estratégia defensiva”. A de New York ressaltava também, que “o crescimento das taxas de *guilty pleas* é o desenvolvimento das táticas de defesa combinada com o crescimento de certas condições no maquinário da justiça”.⁵⁴² Como se vê, o resultado do aprofundamento é um claro reflexo das práticas da corte após os juízes aderirem à prática sistemática das negociações.

A década de 1920 é um marco do *plea bargaining*, onde através de dados apresenta-se por trás do sistema criminal de justiça um sistema de assunção de culpa, como houve uma alteração profunda na forma de controle social que amplamente mobilizaria os acusados, através da criação de mecanismos que induzam a renúncia ao julgamento pelos próprios acusados. É o que apreende-se da afirmação de Roscoe Pound que “das 100 mil pessoas detidas em Chicago em 1912, mais da metade eram por violações legais que não existiam há 25 anos atrás”.⁵⁴³ Os efeitos do proibicionismo nacional, considerado o “mais importante crime sem vítimas da história americana”, teve seus efeitos deletérios na administração da justiça criminal. Constituiria eterna a crise jurídico-administrativa, o qual o tornaria, para sempre, dependente do *plea bargaining*. De tal forma foram discutidos na *Wickersham Commission*, em 1931:

As perseguições federais sob a *Prohibition Act* concluídos em 1930 tornaram-se oito vezes maior de todas as perseguições em 1914. Em uma variedade de distritos urbanos as agencias de aplicação da lei sustentam que a única maneira praticável de encarar tal situação com o maquinário existente das cortes federais... é que os procuradores federais realizem barganhas com os acusados ou seus advogados pelo qual acusados

⁵⁴¹ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 31.

⁵⁴² *Illinois Assessment for Criminal Justice, The Illinois Crime Survey* 47 (1929), p. 310; *New York State Crime Commission, Report to the Commission of the Subcommittee On Statistics* 135 (1927), p. 129. Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 30.

⁵⁴³ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*. 79 COLUM. L. REV. 1, 19– 24 (1979), p. 27.

aleguem sua culpa por crimes menores e escapem com penas mais leves... Advogados por todos os lado lamentam, como um dos maiores efeitos da lei, a mudança na atitude geral em relação às cortes federais... o volume enorme de perseguições pela proibicionismo... tem afetado sua dignidade, reduzido sua eficiência, e ameaçado o bom respeito pelo qual um dia obtiveram.⁵⁴⁴

Neste período inicia-se o desenvolvimento de um papel mais preponderante do governo federal na área criminal. Para além do proibicionismo nacional que produziu uma avalanche de cidadãos atuando em alguma medida nesse novo mercado ilícito, há um novo foco contra a criminalidade de notórios bandidos - como John Dillinger, Bonnie e Clyde, a família Barker - que roubavam bancos em pequenas cidades enquanto moviam-se pelas estradas vicinais já exploradas por contrabandistas. O domínio desses corredores que incluíam os Estados de Kansas, Missouri e Oklahoma, como o centro de uma linha de crimes correndo de Texas até Minnesota, obrigaram uma intervenção nacional, onde a luta contra essa criminalidade encontrava-se para além da capacidade dos Estados atuarem sozinhos e sem conexão.⁵⁴⁵

As cortes federais não possuem registros de sua prática nos julgamentos da maior parte do séc. XIX, em razão de que as estatísticas sobre julgamentos a nível nacional somente tornaram-se realizáveis a partir de 1871, depois que o Congresso exigiu do Procurador-geral, o relatório anual.⁵⁴⁶ Esses relatórios apresentavam dados de condenações, absolvições, rejeições e julgamentos por júri, mas omitiam informação sobre *guilty pleas* até o relatório de 1908.

Albert Alschuler indica que nas cortes federais no início do século, em 1908, somente 50% das condenações eram por *guilty pleas*. Em 1916, as taxas subiram para 72%. Com o estabelecimento da *National Prohibition*, através de 18ª Emenda em 1919, os efeitos nos dados de 1925, já levaram as taxas de *guilty pleas* à quase 90%.⁵⁴⁷

Os *liquor cases* entre 1920 e 1933 já traziam o prelúdio do futuro procedimental nos Estados Unidos, onde o diferencial entre uma sentença imposta por um *guilty plea* e uma após o julgamento eram muito distintas. Os acusados nos *liquor cases* possuíam 28% de

⁵⁴⁴ *National Commission on Law Observance and Enforcement, Report on the Enforcement of the Prohibition Laws of the United States* 56 (1931). In: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 32.

⁵⁴⁵ SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 48-49.

⁵⁴⁶ *Act of June 22, 1870, ch. 150, § 12, 16 Stat. 162, 164.*

⁵⁴⁷ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 28.

probabilidade maiores de receberem uma sentença de prisão após julgamento, enquanto do restante dos casos criminais as chances subiam em apenas 7%.⁵⁴⁸

Através desse relatório anual retrata-se, que, no mínimo, explode o número de casos criminais no período do *National Prohibition Act*, indo de 26.476 casos federais em 1920, para 95.820 casos em 1932. Este número caiu para 38.667 casos, um ano após a queda da Emenda Constitucional sobre o proibicionismo.⁵⁴⁹ O número cai nas décadas de 1940 e 1950, resultado do declínio dos casos de imigração. Após um salto na década de 1970, e a partir de 1980, em quase todo os anos há crescimento da porcentagem até o momento presente.

Conforme aponta Ronald Wright, o número de *guilty pleas* ingressos na corte federal cresceu juntamente com o sistema, mas o total da proporção de *guilty pleas* foi dilatando nos últimos vinte e cinco anos. Usando como base todos os casos adjudicados, os *guilty pleas* tiveram a baixa nas taxas na década de 1950 à 1970, de 83% em 1957 para o nível mais baixo de 77% em 1981, começando a subir constantemente desde então chegando em 2002 apresentando a maior taxa histórica do sistema federal, 95,2% de casos adjudicados através do *guilty plea*.⁵⁵⁰ Embora as decisões de 1970 na Suprema Corte sejam o marco decisório onde o *plea bargaining* ganha sua legitimidade como centro do sistema judiciário criminal, observa-se que nos dois primeiros terços do século, o *standard* legal para a validade de uma confissão do *guilty plea*, já apresenta-se com baixas salvaguardas para a proteção suficiente dos acusados tanto no nível federal quanto no estadual.

Ronald Wright denomina com acerto “confissões baseadas em uma investigação de dimensão micro”, onde pergunta-se ao acusado se “conscientemente e voluntariamente” renuncia ao seu direito a julgamento por júri. Regras procedimentais configuradas para facilmente demonstrar a “consciência” da confissão: “o acusado deve saber algumas especificidades sobre as acusações feitas, os mais importantes direitos como o julgamento por júri, e pelo menos, algumas consequências da condenação”. Para os casos de maior seriedade deve possuir advogado em sua representação legal. Sobre a “voluntariedade”, que seria a

⁵⁴⁸ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 126-127.

⁵⁴⁹ Sustentou-se que o *National Prohibition Act* estava fora de vigência após a ratificação da 21ª emenda da Constituição Americana e que qualquer persecução ou apelação pendente seriam rejeitadas por ausência de jurisdição. *United States v. Chambers*, 291 U.S. 217, 222-26 (1931).

⁵⁵⁰ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 89-90.

segunda parte da fórmula, “a consciência em adição com uma declaração *pró-formula* que sua confissão não foi obtida coercitivamente, é o suficiente para o cumprimento do *standard*”.⁵⁵¹

Basta observar as taxas nos níveis estaduais e no federal para observar que a dimensão da análise da base fática era mínima, para não dizer quase inexistente. Talvez faltasse unicamente a oportunidade, que o ambiente sócio-político daria algumas décadas depois, da Suprema Corte afirmar a sua brutal dependência

4.11 OS DEFENSORES PÚBLICOS E O *BENCH TRIAL* COMO REFORMAS DO SISTEMA CRIMINAL.

A representação do indigente encontra neste período sua estruturação. Se a função pública do defensor público é reconhecida como um baluarte contra o atentado a dignidade da pessoa humana; nos Estados Unidos, a sua criação é bastante dúbia, e ao fim, com o parco financiamento, acaba por desempenhar um papel cada vez mais importante nas taxas de *guilty pleas*.

George Fisher aponta que no momento da sua fundação, os defensores públicos e outras organizações de defesa do pobre tinham uma dívida direta com o *plea bargaining*: os advogados que dirigiam estes institutos nos primeiros anos do século XX apostaram no fator que os defensores públicos seriam bons ao regime do *plea bargaining*. Se realmente desejavam encorajar mais acusados ao *guilty plea* é difícil ter absoluta certeza, mas de qualquer forma eles “emprestaram o prestígio do *plea bargain* nos escalões do poder legal para promover a causa de sua reforma”.⁵⁵²

Um dos mais eminentes defensores públicos, Mayer Goldman, em 1915, viu suas propostas sobre os defensores públicos falhar perante o legislativo de Nova York. Goldman apostava que um sistema com defensores públicos minimizaria os *guilty pleas*, mas desejava que diminuísse apenas dos inocentes, assegurando que os defensores deveriam empenhar-se pelos *guilty pleas* de culpados.⁵⁵³ Na mesma linha, com o objetivo de conseguir *guilty pleas*,

⁵⁵¹ FED. R. CRIM. P. 11(b) conduzindo as cortes, antes de aceitar o *guilty plea*, de assegurar que o acusado entende os direitos que renuncia, que o *plea* está sendo ingressado voluntariamente, e que há base fática para o *plea*. *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637, 645 (1976), sustentando que um *guilty plea* não é voluntário a não ser que o acusado receba “direto aviso da real natureza das acusações contra ele”; *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 (1969), requerendo que o acusado que ingresse com o *guilty plea* entenda que renuncia seu direito contra a auto-incriminação, seu direito ao julgamento pelo júri, e o direito a contra interrogar os acusadores. Apud: WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 92-93.

⁵⁵² FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1057.

⁵⁵³ “Sua função não seria vencer a justiça – mas a promover. Ele deve cooperar com o procurador distrital, sempre que não seja inconsistente com seu dever com o cliente, e sempre que possível, de modo a buscar um ideal de administração da justiça. Seu dever deve ser de proteger o inocente – não absolver o culpado. Ele deve

mas “somente dos culpados”, o relatório de um defensor público em 1918, publicado em Los Angeles, afirmava o fato de que não era seu dever opor-se ao promotor público, e sim, cooperar com o mesmo, para apresentar os fatos à corte e não para descer aos pormenores técnicos do caso.⁵⁵⁴

A *New York's Voluntary Defender's Committee*, relatava que “os objetivos primordiais da defesa de indigentes tem sido e permanece sendo em fazer a lei criminal mais efetivo para o controle da segurança social com o mínimo de despesas” – um objetivo alcançado “minimizando a advocacia adversarial, e assim, os custos da defesa criminal, impulsionando *guilty pleas* e outros dispositivos não-processuais”.⁵⁵⁵ Como observa-se, a defesa dos indigentes não tratava-se de uma defesa combativa, encontrava-se mais em uma legitimação do procedimento, através da figura do advogado constituído, com ênfase no controle do crime. Neste tipo de raciocínio, quem era tido como ‘culpado’ deveria ter, inclusive, na figura do advogado nomeado, a indução ao *guilty plea*.

George Fisher, destaca a figura de Clara Foltz, uma antiga defensora da advocacia pública, que diferia radicalmente dessa visão de “verdadeiro defensor”. Não aceitava sequer a pretensão de que um bom defensor encorajaria o *guilty plea*, lamentando que arguidos sem advogados e aqueles representados por advogados impróprios tinham poucas chances a não ser declararem-se culpados.⁵⁵⁶

Se era uma promessa estratégica e insincera para promover as suas causas, os números sobre o *plea bargaining* nas próximas décadas sugerem que o resultado foi exatamente este. George Fisher apresenta os números comparando o trabalho dos primeiros defensores

ver que o culpado é justamente punido – não super punido”. GOLDMAN, Mayer C. *The public Defender: a Necessary Factor in the Administration of Justice*. (1917), p. 35. Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1058.

⁵⁵⁴ “Nosso departamento tem tentado manter elevado a ideia que justiça pode ser feito e mesmo em casos criminais os advogados não devem tentar tirar o arguido fora independentemente do mérito do caso. Nós não requeremos por desnecessários adiamentos e não recorremos às technicalidades... Em casos em que não dúvidas da culpa do acusado, é a regra estabelecida do departamento que nenhum julgamento deve ser mantido, mas que *pleas of guilty* serem ingressados, assim poupando o Condado dos gastos e demora em julgamentos”. WOOD, Walton J. *The Annual Report of the Los Angeles County Public Defender*. 9 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 289, 289-90 (1918). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1059.

⁵⁵⁵ MCCONVILLE, Michael e MIRSKY, Chester L. *Criminal Defense of the Poor in New York City*. 15 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 581, 614, 617-18 (1986-1987).

⁵⁵⁶ “Inúmeros meninos e meninas inocentes, e homens e mulheres são levados a alegarem culpa e jogados na cadeia porque estão muito atordoados para compreenderem seus direitos e posição legal. Centenas de homens e mulheres alegam culpa porque são advertidos a fazer por cortes ou oficiais da polícia e o medo os fazem obedecer. Outros alegam culpa e sofrem punição porque é mais barato do que o advogado e eles podem suportar melhor a desgraça que a perda de dinheiro... advogados públicos designados, geralmente, são compelidos a irem a julgamento sem o adequado tempo para preparar-se tecnicamente, nem às testemunhas. O prudente curso para o pobre prisioneiro pego na malha do desentendimento ou das evidências circunstanciais é alegar a culpa, ganhar consideração por ‘poupar os gastos do Condado’, e jogar-se esperando ‘a misericórdia da corte’. FOLTZ, Clara. *Public Defenders*. 31 AM. L. REV. 393, 393 (1897). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1061.

públicos com os outros advogados criminais em Los Angeles, sendo raros estudos de outras cidades. Um defensor público relatou que seu escritório resolveu 70% dos casos pelo *guilty plea* – sendo 62% a média dos advogados dativos nomeados e 49% dos advogados privados. Alguns anos depois, tanto os defensores públicos de Los Angeles como o *New York Voluntary Defender's Committee*, registraram que persuadiram cada cliente que se confessou culpado ao defensor público, a também o fazerem na corte.⁵⁵⁷

A forma de financiamento sempre fora um problema central desde a origem da representação do indigente. Tanto as instituições públicas, como as de caridade, tinham que relatar suas operações e continuamente justificar seus fundos. Exibições de altas taxas de *guilty pleas* a baixo custo “constituía a peça central de sua estratégia de sobrevivência”. Para além do financiamento, como estes defensores trabalhavam em um único condado, a necessidade de manter boas relações é outro incentivo às negociações pela culpa.⁵⁵⁸

Portanto, “assegurar o suporte dos financiadores” e “aprovação dos procuradores e dos juízes em benefício do cliente”, se somaria mais um elemento conhecidíssimo, que atrai ao centro de gravidade do *plea bargaining*: o excesso de trabalho. Diferente dos advogados privados, não havia nenhum outro modo de moderar o volume de trabalho. Assim, “o imperativo de eficiência que moveu tanto procuradores e juízes a aceitar o *plea bargaining*, agora trabalhava para assegurar que uma mais larga proporção da defesa compartilhava da mesma causa”.⁵⁵⁹

Outra promissora solução aos problemas já enfrentados no início do séc. XX, era a proposta do *bench trial* (julgamento por juiz togado). Na organização judiciária de Massachusetts, nas baixas jurisdições, um magistrado podia julgar e sentenciar os casos de crimes menos graves. Outros Estados possuíam previsão mais ampla de julgamentos sem júri nos casos de *misdemeanor*.⁵⁶⁰ Mas somente neste período iniciou-se a previsão em alguns

⁵⁵⁷ “Se o comitê não tivesse tido tanto sucesso em conseguir disposições sem julgamentos, iria ser necessário julgar centenas de casos, a uma enorme despesa da comunidade”. *Legal Aid Society. 52d Annual Report, Voluntary Defenders' Committee* 70 (1927); “283 acusados alegaram a culpa em 1927 e o fazendo asseguraram vantagem material a si mesmo, e à comunidade foi poupado gastos enormes”. *Legal Aid Society, 53d Annual Report. Voluntary Defenders' Committee* 83 (1928). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1062.

⁵⁵⁸ “As suas razões não necessariamente eram egoístas. Se juízes se tornavam desafetos desses defensores públicos e recusassem a lhes nomear para a representação, também os clientes sofreriam. E boa relação com os procuradores também era positivo para os clientes. A alegação implícita é que a credibilidade que os defensores ganharam recomendando seus clientes culpados a alegarem a culpa provou-se útil quando advogavam para inocentes”. FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1063.

⁵⁵⁹ Os primeiros 14 anos de existência do *Defender's Committee* são marcados por um moderado aumento de funcionários e uma grande expansão de casos. MCCONVILLE, Michael. & MIRSKY, Chester L. *Criminal Defense of the Poor in New York City*, 15 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE (1986-1987), p. 627.

⁵⁶⁰ Entre 1846 e 1893, ao menos 12 Estados (não incluindo Massachusetts) previam em lei o julgamento sem júri nos casos de *misdemeanor*. TOWNE, Susan C. *The Historical Origins of Bench Trial for Serious Crime*. 26 AM.

Estados da possibilidade de dispensar o julgamento por júri e ser julgado por um juiz togado em casos de *felony*.

Neste período, anterior aos anos 60, a maioria das cortes e estudiosos tendiam a ignorar o *plea bargaining*, e quando o discutiam, geralmente, era visto sob um ponto crítico diferente. O *Crime Comissions* da década de 1920, por exemplo, descrevia o *plea bargaining* como uma preguiçosa forma de persecução que resultava com uma indevida leniência com os criminosos.⁵⁶¹ As decisões das cortes superiores, como visto, a viam como um procedimento corrompido.

A questão se a mudança nos Estados Unidos de um julgamento por júri a um sistema de julgamento por juiz togado traria resultados para uma diminuição das taxas de *guilty pleas* e o seu principal problema, que é a condenação de inocentes, é levantada por muitos autores.⁵⁶² George Fisher cita que há duas razões para esperar que dando aos arguidos a opção de escolher o julgamento sem júri poderia ter interrompido a jornada do *plea bargaining*.

A primeira questão seria sobre a qualidade do julgado. Por conta que este parece eliminar ou limitar os principais incentivos do *plea bargaining*; por ser relativamente rápido, faz as enormes vantagens do *plea bargaining* diminuir em comparação com o julgamento por júri; como os juízes são experientes e tecnicamente dotados, estes são mais aptos para analisar as provas, assim para os procuradores seria mais bem visto o julgamento dos casos; e porque dificulta a geração de erros reversíveis perante a varredura judicial, desse modo os juízes podem tornar-se menos temerosos de reversões e dos danos as suas reputações.⁵⁶³ Realmente era uma ótima tentativa. Colocar algo entre os extremos: *plea bargaining* ou *jury trial*.

A segunda seria em razão do atrito no balanço do poder entre procuradores e juízes, o qual Raymond Moley afirmou em 1928 que o julgamento sem júri poderia realocar o poder na corte e assim causar, novamente, um imediato declínio de *guilty pleas*.⁵⁶⁴ Como bem aponta George Fisher, a história provou serem equivocadas as esperanças de Raymond Moley. Uma década após as previsões do autor, muitos estados iniciaram a legislar sobre os julgamentos

J. LEGAL HIST. 123, 149 & n.131 (1982). Apud: FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1068.

⁵⁶¹ *Guilty Plea: Plea Bargaining. Evaluations of Plea Bargaining*. No site: Law Library – American Law and Legal Information. Disponível em <<https://law.jrank.org/pages/1289/Guilty-Plea-Plea-Bargaining-Evaluations-plea-bargaining.html>>. Acessado em 19 Jun. 2020.

⁵⁶² Por exemplo, John Langbein em um dos artigos mais conhecidos sobre o *plea bargaining*: LANGBEIN, John. *Torture and Plea Bargaining*. The University of Chicago Law Review. 46:3, 1978.

⁵⁶³ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1068.

⁵⁶⁴ Para o autor a maneira de restringir a discricionariedade dos procuradores era dando amplos poderes ao juiz. Julgamentos sem júri iria minar os poderes do procurador de negociar de uma maneira que nenhum ataque direto sobre a prática persecutória poderia – investindo aos juízes com poder de resolver casos eficientemente. MOLEY, Raymond. The Vanishing Jury, 2 S. CAL. L. REV. 97, 103 (1928), p. 127.

sem júri por *felony*; em 1960 cada Estado já o permitia.⁵⁶⁵ Historicamente, o *plea bargaining* seguiu e atualmente conta com maiores números que quando cada *felony* tinha que ser julgado por júri.⁵⁶⁶ O *Federal Bureau of the Census* registrou que em 1936, 77% de todas as condenações por *felonies* foram por *guilty pleas*. Em 1938, o número subiu para 80%, e em 1940, para 86%.⁵⁶⁷

Embora conhecendo historicamente os efeitos da retirada da discricionariedade dos procuradores, injetando o controle por parte dos juízes, as premissas do pensamento de Raymond Moley não pareciam levar em consideração questões que se sobrepunham e eram mais relevantes para não haver significativa mudança. A simples possibilidade de acordo antes de um desnecessário julgamento sobrevém à questão da discricionariedade.

Segundo Geroge Fisher, a análise de Raymond Moley se trata de uma “má interpretação da dinâmica do poder de barganha, acreditando que unicamente os procuradores dirigiam o processo do *plea bargaining* e que os juízes os restringiam-no na primeira oportunidade”, o que, historicamente, era uma conclusão equivocada.⁵⁶⁸ Tal previsão da possibilidade de ser julgado por juiz togado concedeu maiores poderes aos juízes, o que demonstrou que o *plea bargaining* não se desenvolveria unicamente por ordem dos interesses de procuradores. Pelo contrário, o amplo crescimento na virada de século é em razão da completa aceitação do *plea bargaining* pelos próprios magistrados.

As expectativas para com os *bench trials* realmente foram frustradas, e esta desempenha um papel bastante modesto nos julgamentos criminais norte-americanos. O *National Center for State Courts* estima que os *bench trials* formam somente algo em torno de 1% dos condenados por *felony* nos Estados Unidos. Embora alguns Estados conduzam mais *bench trials* que *jury trials*, outros Estados virtualmente não o possuem na condução dos casos de *felony*.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ KALVEN JR., Harry & ZEISEL, Hans. *The American Jury*. University of Chicago Press, (1971), p. 22.

⁵⁶⁶ Alschuler argumenta que o julgamento sem júri pode ter diminuído a proporção de *plea bargains*, embora só por um curto período. Ele alega que em 1936, após muitos Estados terem promulgado a permissão do julgamento sem júri, a proporção de *plea bargains* era menor que na década de 1920, mas logo subiu e recuperou qualquer perda na década de 1940. Como os números que ele utiliza refletem a prática estatal da corte, o fim da lei do *national prohibition* não pode conceder uma pronta alternativa para explicar para o declínio dos *pleas* entre 1920 e 1936. ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*, 79 COLUM. L. REV. 1, 6 (1979), p. 33.

⁵⁶⁷ U.S. Department of Commerce Bureau of the Census, *Judicial Criminal Statistics*. (published in separate pamphlets for each year from 1933 through 1945). Apud: ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and Its History*, 79 COLUM. L. REV. 1, 6 (1979), p. 33.

⁵⁶⁸ FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph*. 109 Yale L.J., 2000, p. 1070.

⁵⁶⁹ Kentucky registra ausência de *bench trials*. A Constituição de North Carolina proíbe *bench trials* em *felonies*. KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After GuiltyPlea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 969.

A análise realizada no artigo “*When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*”, organizado por Nancy King, traz a análise dos *bench trials* em Kansas, Maryland, Minnesota, Pennsylvania e Washington e a penalização através das suas respectivas *Guidelines*,⁵⁷⁰ em 2005. Maryland, por exemplo, de 7 dos 8 delitos analisados, todas mostram significativa diferença na sentença após um *bench trial*, como mais severas que resultantes de *guilty pleas*, mas menos severa que sentenças resultantes de *jury trials*.⁵⁷¹

Este artigo que traz uma importante contribuição para a compreensão da natureza do *plea bargaining*, fora dos quadros teóricos, mas de dentro da racionalidade prática dos envolvidos; esclarecendo que as sentenças restritivas de direitos e diversas da prisão ou programas de tratamento são para aqueles que admitem sua culpa instantaneamente, ou que estão dispostos a “aceitar a responsabilidade”. Nesse âmbito, as afirmações e racionalidades tornam-se mais simplórias e se manifestam diretamente, como “nós compensamos pessoas por tornar nossas vidas mais fáceis. Não compensaremos pessoas se elas não facilitarem nossas vidas”.⁵⁷²

A liberdade e discricionariedade é ampla, onde os procuradores sabem que somente em casos extremos os juízes não acatarão a sentença recomendada, pelo enfoque constante no volume de casos que pesa sobre seus ombros. Demonstrando o amplo poder discricionário que os procuradores possuem na manipulação do sistema atual, ofusca-se qualquer possibilidade ou tentativa de uniformização das penas.

O *bench trial* também é uma forma de poupar recursos do governo que é recompensado. A ausência de jurados como do peso da cobertura da imprensa traz a expectativa de uma pena menos severa, pois encontram-se “fora do radar do escrutínio público, deixando aos juízes o espaço político para uma sentença mais leniente”. Em Kansas, Minnesota e Washington, a maioria dos acusado que optam por essa forma de julgamento o fazem para preservar questões do pré-julgamento para apelação e não contestar os fatos trazidos pelo Estado, esperando o desconto da pena. Desse modo, com os fatos já estipulados

⁵⁷⁰ *Guidelines* são diretrizes sobre o sentenciamento que foram implementadas a partir da década de 1970, nos Estados e no sistema federal, estabelecendo uma política uniforme para a sentença de indivíduos e organizações condenadas por uma tábua de penas, que adiante abordaremos.

⁵⁷¹ A diferença mais exasperada são os casos de distribuição de heroína, onde um *jury trial* apresenta sentenças em média 350% mais longas que a sentença média após o *guilty plea*, e um *bench trial* apresenta sentenças médias 150% maiores que a sentença média após o *guilty plea*. KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After GuiltyPlea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 973.

⁵⁷² KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 977.

e não controvertidos,⁵⁷³ não há testemunhos inflamatórios e emocionais. Geralmente, renuncia-se a outros direitos em julgamento que produzem a longa duração deste, incluindo o direito a contra interrogar a testemunha ou o direito de testemunhar.⁵⁷⁴

Em Washington, aos infratores que falham ao programa de tratamento das cortes criminais de drogas, os procuradores oferecem 3 meses na prisão do condado sob as *guidelines*,⁵⁷⁵ ou se o acusado concorda com um *bench trial* com os fatos já estipulados, o juiz concede o *probation*, “porque não querem que o condado pague por mais tempo preso”.⁵⁷⁶

O verdadeiro padrão que apresenta a opção pelo *bench trial* é pelo tipo de crime a ser julgado. Geralmente os casos de violência sexual, drogas e de armas são os que possuem a maior porcentagem. Em Washington, mais de 6% das condenações por abuso de crianças são por *bench trials*, junto com quase 5% das condenações por tráfico de cocaína e heroína. Os advogados buscando evitar os efeitos do júri em relação às provas impactantes, vão ao *bench trial* para que a vítima testemunhe sem a presença de jurados. Na Pennsylvania, as condenações por estupro e de agressão agravada são consistentes com os de Washington.⁵⁷⁷

Pennsylvania e Maryland possuem *guidelines* que são facultativas, ao invés de mandatórias - o juiz pode afastar-se do estipulado nas diretrizes. Na Pennsylvania apresenta-se a desnecessidade de abandonar uma acusação, por conta do amplo espaço para negociar nos níveis da conduta classificada. Em adição, a possibilidade de *sentence bargaining*, ao invés do *charge bargaining*, permite ao Estado preservar o peso dos crimes para uma

⁵⁷³ Entrevista com D2-PA: “Nós temos vários *bench trials* todos os anos, mas eles são na verdade julgamentos com fatos determinados. Por exemplo, alguém se apresenta a corte de drogas e falha no programa de tratamento, eles estipulam todos os fatos e vão a julgamento pelo juiz... e há outros casos onde o acusado possui uma boa questão para preservar... como questões sobre a busca e apreensão, geralmente, nos casos de drogas”. KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 979.

⁵⁷⁴ Entrevista como D2-WA. “O *bench trial* não parece um julgamento e realmente parece o procedimento do *conditional plea*, envolvendo a renúncia escrita ao direito de contra interrogar, a chamar testemunhas, tudo relacionado ao julgamento exceto o ônus da prova, se bem que o acordo sobre a prova irá estar incluído no registro”. KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 979.

⁵⁷⁵ *Guidelines* são diretrizes sobre o sentenciamento que foram implementadas a partir da década de 1970, nos Estados e no sistema federal, estabelecendo uma política uniforme através de uma “tábua”, para a sentença de indivíduos e organizações condenadas, que adiante abordaremos.

⁵⁷⁶ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 984.

⁵⁷⁷ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 984.

necessidade futura sobre o histórico criminal,⁵⁷⁸ pois não há necessidade de abandonar acusações.

Washington possui *guidelines* mandatórias com graus estreitos sobre suas previsões criminais, assim apresentando predominância dos *charge concessions* sob as *guidelines*, ao invés do *sentence bargaining*. Como aponta a autora, “alcançando um acordo, as partes traçam o sentido inverso para buscar a sentença desejada e encontrar a acusação que o irá produzir”. Sobre as entrevistas um procurador afirma que “se o acusado escolhe o julgamento por júri fazemos o que chamamos ‘escola acusatória de direito’, e acusamos qualquer coisa que o fato possa provar. Caso contrário, eles recebem a primeira acusação”.⁵⁷⁹

Os juízes em quatro dos cinco Estados analisados por Nancy King são eleitos, onde a perspectiva de uma contestação eleitoral pode levar a um comportamento altamente punitivo. Esse é um dos pontos em que alguns dos advogados entrevistados apontaram como motivo pelo qual a opção pelo *bench trial* é relegado para poucos casos. Os juízes são menos propensos a absolver, e quanto menor o distrito, maior a cautela dos juízes quanto a reação da comunidade sob suas decisões. Outra questão apontada é que a grande maioria destes juízes são ex-procuradores, portanto, possuem um “viés menos propenso a questionar a culpa dos acusados”. Um terceiro motivo é a possibilidade de o procurador denegar a opção pelo *bench trial*, fazendo o acusado escolher entre as outras duas opções.⁵⁸⁰

Por último, o artigo traz o importante aspecto que nos Estados em que possuem *guidelines* mandatórias, - sendo Kansas, Washington e Minnesota – não há garantia que os que optarem pelo *bench trial* terão uma sentença mais leniente. Em um sistema em que a discussão sobre a melhor forma de adjudicação centra-se na premiação sobre a pena imposta, demonstra-se que o *bench trial* ficou restrito à questão de “não discutir os fatos, porém, com a possibilidade de preservar questões para uma futura apelação”. Dentro destas conclusões, aparecem os resultados importantíssimos para a análise do *plea bargaining*.

A ausência de uniformidade é significativa nestes Estados. Exemplo, cada Estado estudado neste artigo apresentou pelo menos um crime com desconto de pena não significativo entre aqueles que alegam a culpa e os que optam pelo *bench trial*. Ao mesmo

⁵⁷⁸ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 985.

⁵⁷⁹ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 986.

⁵⁸⁰ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 990.

tempo, no mesmo Estado, apresentam-se penalidades pela opção da forma de julgamento, entre os que renunciam e os que impõem seu direito a julgamento, em altíssimas variações sobre determinados crimes, onde há diversidade de 13% a 461% em Washington; de 58% a 349% em Maryland; e de 23% a 95% na Pennsylvania.⁵⁸¹ Portanto, o caminho pelo qual o *bench trial* pode ser uma opção viável é conformando através dos interesses dos juízes e procuradores, longe de assumir qualquer importância no sistema criminal de justiça.

Isso demonstra a enorme força do instituto estudado. Todo o desenvolvimento procedimental ou novidade acaba sendo utilizado conforme os impulsos e interesses adstritos ao *plea bargaining*, onde o ambiente da prática jurídica não deixa dúvidas: somente se julgará uma ínfima parte dos casos, o restante deverão ser “beneficiados”. E assim, perpassando instituto processual por instituto processual, com naturezas absolutamente diversas, em períodos históricos distantes, o entorno do que se discute continua nesse pequenino círculo que a tudo suga: é a análise *pleabargainiana* da sentença. Com uma simplicidade imatura e descomplexificada, a decidir de maneira instantânea, a liberdade ou a estigmatização e vigilância.

4.2. O EFEITO WARREN COURT E DUE PROCESS REVOLUTION EM DIREÇÃO AO PLEA BARGAINING SYSTEM.

Albert Alschuler assinala que entre 1950 e 1965, houve um maior aprofundamento na configuração do *plea bargaining* pelo qual o conhecemos atualmente. Nesse período, um estudo realizado pelo *President's Commission on Crime in the District of Columbia*, apontava que permaneceu em aproximadamente 74% as condenações por *guilty pleas*. Em 1950, 58% destes *guilty pleas* eram pelas acusações originalmente ingressadas pelo procurador, sem redução do número de delitos ou diminuição na seriedade da previsão. Já em 1965, somente 27% dos *guilty pleas* eram pelas acusações originalmente ingressadas.⁵⁸²

Esse mecanismo de redução da acusação foi amplamente desenvolvido neste período, que tornaria ainda mais apto a modulação do *plea bargaining* parece ser resultado de dois fatores: as “guerras” internas e de definição abstrata que os Estados Unidos formularia adiante: máfia, sindicatos, drogas, corrupção, crimes corporativos; e, inversamente, a

⁵⁸¹ KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 992.

⁵⁸² *Report of the President's Comm'n On Crime in the District of Columbia*, p. 243 (1966). Apuds: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979), p. 34.

complexificação do procedimento com maiores garantias aos acusados resultado do denominado *due process revolution* sob a égide da Suprema Corte americana.

Sob a análise das taxas de absolvições nesses períodos históricos formuladas por Ronald Wright demonstram que o volume de casos não é a variante maior sobre as taxas de absolvição. Durante as décadas de 1950 a 1970, as taxas de absolvição subiram ao seu ponto máximo, de 2,3% em 1951 para 5,5% em 1971. A queda vertiginosa, com poucos anos de estabilização, chegou ao nível mais inferior em 2002, 1%.

O espetacular fluxo de casos durante o proibicionismo nacional, produziu uma conexão entre aumento do trabalho e diminuição de absolvições, sem um aumento concomitante do *staff* do ofício. Esse é um efeito conhecido de que quando juízes possuem mais tempo para trabalhar os casos criminais, a taxa do *guilty plea* tende a cair e a taxa de absolvição tende a aumentar: o volume judicial federal caiu junto com a taxa de *guilty plea* de 1950 a 1970. O aumento do volume judicial federal desde 1981, trouxe um exponencial aumento nas taxas de *guilty plea* e considerável diminuição nas taxas de absolvição.⁵⁸³

Entretanto, nestes últimos 40 anos há uma total ausência de equivalência entre volume de trabalho do juiz e do procurador federal, em relação às taxas de *guilty pleas* e de absolvição. Exemplo, o ano de 1975, a média de casos por juiz foi de 128 casos, e aos procuradores, 33 casos. Em 2000, foram 123 casos por juiz, e 15 casos por procurador. Portanto, se no período do proibicionismo houve um aumento do volume sem nenhum aumento do *staff* para aliviar a sobrecarga excessiva, desde a década de 1950, a correlação de casos por juiz, e principalmente de casos por procurador mostra-se totalmente em descompasso com o aumento exponencial da taxa de *guilty pleas* e da diminuição da taxa de absolvição. Em tese, pode-se afirmar que o aumento da complexidade processual estaria por trás dos *guilty pleas* por acusações reduzidas das originalmente ingressadas observadas desde a década de 1950.⁵⁸⁴

O maior período sustentável do aumento de tempo dos julgamentos criminais federais ocorreu entre 1951 e 1971, exatamente o período em que a *Warren Court* reinterpreto alguns pontos sensíveis da Constituição em relação ao procedimento criminal, e concedeu aos acusados novas alegações a serem reivindicadas perante o tribunal, relativos à busca e

⁵⁸³ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 102, 119.

⁵⁸⁴ Em 1950, a média de duração dos julgamentos criminais no âmbito federal era de 2 dias. A média aumentou através dos anos para 3.8 dias em 1997, caindo ligeiramente nos últimos anos. WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 120-123.

apreensão, interrogatório e identificação. Essa queda de *guilty pleas* parece diretamente relacionada também, com a nova legislação autorizando e formando um fundo nacional de garantia ao pagamento aos advogados que eram nomeados aos indigentes.

Outro fator observado é o *Bail Reform Act* de 1966, o qual tornou mais fácil aos acusados serem liberados da detenção antes do julgamento. O acusado mantido em detenção antes do julgamento encontra-se em uma enorme ansiedade para resolver sua situação e comumente a alegação de culpa é a opção para o descompasso que se encontra. Portanto, essa mudança no sistema de pré-julgamento, com uma facilidade pela libertação, sem dúvidas, contribuiu para a diminuição dos *guilty pleas* e aumento da taxa de absolvições. De modo oposto, em busca por maior rigor na detenção *pretrial* sob nova lei de 1984, é um dos fatores de contribuição para o enorme aumento de *guilty pleas* desde então.⁵⁸⁵

Tendo em vista que mais de 40% das leis federais criminais foram promulgadas nos últimos 30 anos, a justiça criminal pode ser melhor medida não pelo alcance do código, mas pelo número e tipo de casos que são ingressados, a exemplo, a política de drogas, mas não que este enorme alcance, que somente cresce, não potencialize o efeito. A mudança nos tipos de crimes também ajudam a explicar os autos e baixos das taxas de *guilty pleas* e absolvições, onde certos crimes são mais fáceis e simples de provar, que em combinação com as agências investigatórias e sua eficiência em montar e recolher o material probatório, podem trazer efeitos nestas taxas.⁵⁸⁶

O que seria o novo proibicionismo, os casos de narcóticos aumentaram brutalmente na segunda metade do século XX, sextuplicando seu crescimento nos arquivos.⁵⁸⁷ Ronald Wright aponta que em 1951, por volta de 75% dos acusados nos crimes sobre drogas alegavam a culpa, comparado aos 83% do total dos outros crimes. Essa taxa escalou de 82% em 1992, para 94,2%, em 1999. As absolvições em 1950, possuíam taxa de 3,3% nos casos de narcóticos, contra 2,4% do total dos outros crimes. Em 2005, as taxas de absolvição são de 0.6% para os casos de narcóticos, e de 0.9%, sobre os demais. O que se aponta, é basicamente um “fenômeno de metástase dos *liquor cases* para os dos narcóticos como prioridade dos

⁵⁸⁵ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 125.

⁵⁸⁶ Há certas constantes nos tipos de crimes que se apresentam nas persecuções federais. Várias formas de fraude e furto tem permanecido basicamente nos arquivos federais, ocupando entre 20% a 35% dos casos nas últimas seis décadas. WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 126.

⁵⁸⁷ Esses crimes somavam 6% dos acusados nos registros federais em 1951, 12% em 1971 (após a passagem de uma nova lei antidrogas de 1970), 21% em 1973, 30% em 1988, e 37% em 2002. Narcóticos são amplamente a maior categoria de crime. Também, os casos de narcóticos deslocaram-se decisivamente com o tempo de posse para distribuição. WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 127.

procuradores federais”.⁵⁸⁸ Em anos recentes, a imigração e casos de armas cresceram, como ultimamente, os casos de roubo de veículos tem crescido.

Esse aprofundamento do *plea bargaining* que ocorreu entre os anos de 1950-1965, portanto, pode-se atribuir em boa parte às decisões da Suprema Corte. A *Warren Court* é, sem dúvidas, um dos marcos na história constitucional ocidental onde a busca em dar significado a valores constitucionais como igualdade, liberdade de expressão, liberdade religiosa, democracia e a um justo tratamento dos acusados de crimes, formaram um período notório do constitucionalismo norte-americano do período *welfare state*,⁵⁸⁹ que foram notórios para todo o mundo ocidental.

Nos Estados Unidos, no período em que assumiu como *Chief Justice*, Earl Warren, em 1951, as escolas distritais em dezessete Estados exigiam que crianças negras fossem a diferentes escolas (segregação escolar); em vinte e sete Estados, o casamento entre negros e brancos era ilegal; todos os Estado violavam o princípio do “uma pessoa, um voto” grotescamente; membros do partido comunista e outros dissidentes podiam ser perseguidos criminalmente pelos seus discursos; etc. Relativo à perseguição criminal, policia podiam interrogar suspeitos sem expor de forma clara seus direitos; os Estados basicamente não possuíam provisões contra as provas obtidas ilegalmente; e em grande parte dos Estados Unidos, acusados que não podiam pagar os honorários advocatícios não tinham direito a um defensor público.⁵⁹⁰

A *Warren Court*, que compreendeu o período de 1951-1969, mudou esse panorama constitucional através de enormes embates ideológicos e políticos, onde a ala conservadora a acusava, principalmente, de um ativismo sem precedentes na história constitucional. Mas na história desta instituição não somente há uma ampla tradição legal recheada de exemplos de ícones que mudaram a lei, - como John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo - como o papel que a Suprema Corte exerceu nesse período, além de encontrar-se na estrutura principiológica da Constituição americana, são decisões que alcançaram posições

⁵⁸⁸ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 128.

⁵⁸⁹ A expressão ‘*welfare*’ será utilizado no trabalho de acordo com a referência em David Garland, de um conjunto de intervenções sobre a “questão social” estruturadas no marco de uma transformação radical da forma de Estado produzida desde o fim do século XIX em diferentes contextos, com modalidades diversas, mas que se unificam em certos pontos básicos no “Estado de bem-estar”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 35.

⁵⁹⁰ STONE, Geoffrey; STRAUSS, David. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 11.

inquestionáveis e foram até aprofundadas, sendo símbolo jurisprudencial através de seus valores democráticos com o decorrer das décadas.⁵⁹¹

Os eventos formativos do que viria a tornar-se a *Warren Court* possuem origem no confronto entre o presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte, na década de 1930. Nesse primeiro terço do século a Suprema Corte derrubou inúmeros pontos do *New Deal*, nas leis regulatórias e do bem-estar social que o Congresso e os Estados legislavam em resposta à massiva mudança na sociedade e da economia americana, como: leis de salário mínimo e horas da jornada de trabalho; proibição do trabalho infantil; os acordos coletivos. A partir de 1937, cinco juízes que formariam a *Warren Court* seriam nomeados por Roosevelt.

Uma das tarefas centrais da *Warren Court* foi dismantelar a segregação do Jim Crow.⁵⁹² A decisão em *Brown vs. Board Education*,⁵⁹³ colocou a corte em um caminho inequívoco da igualdade racial, uma questão que o governo federal não tinha a coragem de enfrentar, e que enfim alinhou o movimento dos direitos civis com a autoridade da Corte Suprema. Finalmente, algumas conquistas estavam ao alcance na luta pela igualdade dos

⁵⁹¹ Figuras de liderança do movimento conservador adotaram uma abordagem da Constituição que chamavam de ‘*originalismo*’. O *originalismo* tinha muitas variações, mas a ideia essencial era que na interpretação da Constituição, os juízes deveriam aderir às decisões feitas pelo povo que adotaram a previsão constitucional em questão. O *originalismo* “transmite um senso de rigor, e a apropriação dos conservadores do *originalismo* era de que somente os conservadores aplicavam verdadeiramente o direito – que os juízes da *Warren Court* eram ‘ativistas’ sem princípios, que se engajavam em políticas ou aplicavam suas próprias preferências. Para ser claro, se *originalismo* significa aderir aos ideais que os autores da Constituição vislumbravam – governo pelo povo, dignidade individual, igualdade – ninguém pode objetar a corte pelo *originalismo*. A Corte Warren promoveu justamente essas ideias *originalistas* de uma maneira que nenhuma corte havia feito, antes ou até depois”. STONE, Geoffrey; STRAUSS, David. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 16.

⁵⁹² As *Jim Crow laws* foram leis estaduais e locais de imposição à segregação racial no Sul dos Estados Unidos, promulgadas ao fim do séc. XIX e início do séc. XX, e que foram aplicadas até 1965. Na prática, o que eram os Estados Confederados da América, exigiam instalações separadas para brancos e negros em todos os locais públicos, a partir da década de 1870. As leis de Jim Crow foram mantidas em 1896 no caso *Plessy vs. Ferguson*, no qual a Suprema Corte estabeleceu a doutrina do ‘separados, mas iguais’ para instalações para negros; a segregação das escolas públicas, locais públicos e transporte público; banheiros, restaurantes e bebedouros. As Forças Armadas foram segregadas. No seu corpo de leis o Jim Crow institucionalizou desvantagens econômicas, sociais e educacionais para afro-americanos que viviam no sul. O presidente Woodrow Wilson, um democrata do sul, iniciou a segregação das repartições públicas federais em 1913”. FREMON, David K. *The Jim Crow Laws and Racism in American History*. Berkeley Heights, NJ: Enslow Publishers, (2000).

⁵⁹³ Os casos que se tornaram *Brown vs. Board of Education* foram a culminação de décadas de litigância e campanha dos advogados associados ao *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)*. A Suprema Corte ouvia as primeiras manifestações no inverno de 1952, no período do antecessor de Earl Warren, Fred Vinson. A corte encontrava-se dividida e não havia posição majoritária em favor do fim da segregação. Com a substituição, a opinião do *Chief Justice* Earl Warren em *Brown* rejeitava diretamente a doutrina do ‘separados, mas iguais’. A opinião de Warren foi deliberadamente de ‘perfil baixo’ para evitar o antagonismo de pessoas os quais o modo de vida, a Corte iria desafiar. A opinião focava exclusivamente na educação e no mal que escolas segregadas infligiam às crianças negras. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 23.

direitos civis, mesmo que estas decisões continuassem desafiadas por autoridades locais. Avançaria em outras direções.

Dentre as inúmeras conquistas que ocorreriam no período da *Warren Court*, concentraremos sob a área de interesse do trabalho, que foi o *due process revolution*. As previsões do *Bill of Rights* que tratam especificamente dos direitos do acusado - exemplo, a 4ª Emenda com a garantia contra mandados de buscas e apreensões sem razoabilidade; a 5ª Emenda com a garantia contra a dupla penalização e o privilégio contra a autoincriminação, ou a 6ª Emenda com a garantia ao advogado e ao julgamento por júri – tinham mais peso teórico do que real. Ainda, a grande maioria das perseguições criminais ocorriam no âmbito estadual, e antes do período da *Warren Court*, as provisões do *Bill of Rights* aplicavam-se somente ao governo federal.⁵⁹⁴

Aplicando o que seria o “dispositivo para o ativismo constitucional”,⁵⁹⁵ a corte inicia um período onde explicitamente busca formular as proteções constitucionais no âmbito do procedimento criminal, por conta que “os acusados não podiam contar com o processo político para a proteção de seus direitos, assim como as minorias”. Ou como observou Herbert Packer, no período: “a experiencia dirige a *Warren Court* à lição que a aplicação da lei não controlada pela própria lei, é tirânica”.⁵⁹⁶ Com essa missão, uma série de casos formariam a revolução no âmbito da perseguição do sistema criminal.

4.2.1. *Mapp v. Ohio*

Uma das primeiras decisões simbólicas da *Warren Court* foi em relação à 4ª Emenda e a proibição de buscas e apreensões sem razoabilidade. Já haviam algumas decisões paradigmáticas sobre o tópico, como *Weeks v. United States*, de 1914, que por decisão unânime sustentou que as provas obtidas por autoridades federais em uma busca inconstitucional não poderiam ser usadas em corte contra indivíduos cujo os direitos foram violados, posto que iria abalar a fundamental integridade do judiciário. Em 1914, somente um

⁵⁹⁴ Os direitos dos acusados criminais estaduais eram protegidos pela 14ª emenda, uma garantia menos específica, do *due process of law*. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 35.

⁵⁹⁵ Em *United States vs. Carolene Products Co.* uma nota de rodapé escrita por *Chief Justice Harlan Fiske Stone*, esboçou o novo papel para a corte sobre questões da invalidação das leis regulatórias e do bem-estar social. A nota sugeria que a ‘legislação que restringe aqueles processos políticos os quais podem ser ordinariamente esperados por repelirem legislação indesejadas’ deveriam ‘ser submetidos a um maior escrutínio judicial’, e aquelas que ‘prejudicam uma insular minoria... devem ser objeto de maior investigação judicial’. Em outras palavras, quando um grupo historicamente prejudicado na sociedade carece do poder político, não se pode confiar no processo democrático para sua proteção, e isso justifica um papel mais assertivo da corte. *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁵⁹⁶ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 35.

Estado – Iowa – havia adotado a regra de exclusão da prova como questão de lei estadual, onde os 26 Estados que enfrentaram a questão haviam declarado a regra de exclusão como uma medida ineficaz para as buscas e apreensões.⁵⁹⁷

Em *Wolf v. Colorado* de 1949, foi abordada a questão se a 4ª Emenda era aplicável aos Estados, e se assim, se a regra de exclusão de provas ilegais era constitucionalmente requerida no âmbito estadual, como era no federal.⁵⁹⁸ Na opinião do *Justice* Felix Frankfurter, a primeira parte dos direitos previstos na 14ª Emenda, eram direitos “básicos a uma sociedade livre”, portanto, eram “aplicáveis contra o Estado”. Mas em relação à 4ª Emenda que proibia provas inconstitucionais nas cortes federais, entendia que não eram constitucionalmente aplicáveis aos Estados, tendo em vista que somente 16 Estados haviam adotado a regra de exclusão, enquanto 31 Estados o rejeitavam. Dessa forma, entendia que os “Estados devem ser livres para decidir como melhor aplicar as garantias da 4ª Emenda”, e que medidas alternativas previam “ações civis por danos pelas vítimas das buscas inconstitucionais e medidas disciplinares na polícia”.⁵⁹⁹

Foi somente em 1961, quando a *Warren Court* decidiu *Mapp v. Ohio*, que houve a mudança de entendimento das decisões anteriores, onde nas palavras do *Justice* Tom Clark “sem a regra de exclusão de provas ilegais, a 4ª Emenda ficará reduzida à mera forma de palavras”.⁶⁰⁰ Apontando que desde a decisão em *Wolf*, os Estados moveram-se em direção à adoção das regras de exclusão como uma medida necessária contras as buscas ilegais, visto que “outras medidas falharam completamente para assegurar o cumprimento das previsões constitucionais”. Através da completa futilidade das outras medidas, *Justice* Clark observou que “o propósito central das regras de exclusão são de dissuadir – de obrigar ao respeito das

⁵⁹⁷ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 37; *Weeks. United States*, 232 US 383 (1914).

⁵⁹⁸ Embora as garantias do *Bill of Rights* foram originariamente entendidas como aplicáveis somente ao governo federal, a adoção da 14ª Emenda após a Guerra Civil, que previu, entre outras coisas, que “nenhum Estado deve denegar para qualquer pessoa os privilégios e imunidades da cidadania”, nem “privar qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal”, levantou-se a questão se a 14ª Emenda estendia alguns ou todos os direitos garantidos no *Bill of Rights* aos Estados. Embora o congressista John Bingham, o principal arquiteto da 14ª Emenda, tomou a posição que a Emenda estendia o *Bill of Rights* aos Estados, a Suprema Corte inicialmente possuía posição mais cautelosa, mantendo que somente aqueles direitos essenciais à ‘liberdade’ deveriam ser aplicáveis aos Estados. Foi com esse pano de fundo que a *Vinson Court* considerou o tema em *Wolf*. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 38.

⁵⁹⁹ *Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949).

⁶⁰⁰ Em *Mapp*, policiais de Cleveland, atuando sem mandado, adentraram à casa de Dollree Mapp, uma mulher negra, e realizaram uma varredura, onde encontraram vários livros pornográficos. Baseado nessas provas, ocorreu sua perseguição e condenação por posse de material obsceno. As cortes de Ohio sustentaram que a polícia violou os direitos de Mapp sob a previsão da 4ª Emenda, mas, citando *Wolf*, recusaram a excluir a prova que os policiais obtiveram através de busca ilegal. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 40; *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

garantias constitucionais pela única medida efetiva – removendo o incentivo de ignorá-las”. Embora o gigantesco avanço realizado, na prática, as cortes conservadoras pós-*Warren Court*, ignoraram algumas preocupações que levaram a corte a adotar a regra de exclusão de provas, ou de assegurar uma atuação policial de acordo com a Constituição.⁶⁰¹ O que teria efeitos gigantescos ao sistema do *plea bargaining*.

4.2.2. *Gideon v. Wainwright*

Gideon v. Wainwright foi uma decisão no sentido de *Mapp v. Ohio*, ou seja, com o objetivo de reforma do sistema criminal estadual através da insistência das garantias do *Bill of Rights* serem aplicáveis aos Estados, através da 14ª Emenda. A *Warren Court* tinha como especial preocupação os abusos do sistema de justiça criminal sob uma supremacia branca, onde o historiador Lucas Powe, descreveu *Gideon* como “o último grande caso de procedimento criminal puramente sulista”.⁶⁰² Se o país dirigia o mundo através de um suposto exemplo de democracia, livre iniciativa, e pujança econômica, não conseguia em seu território ter a dinâmica política para dar fim ao horrendo *apartheid* que ocorria, principalmente, nos antigos Estados confederados.

Em 1932, na decisão sobre *Powell v. Alabama*, a Suprema Corte reverteu condenações em um caso claro de denegação à representação por advogado, com a violação da 14ª Emenda e do devido processo legal.⁶⁰³ Esta foi a primeira decisão da Suprema Corte que anulava uma condenação estadual por conta que o acusado não recebeu a representação adequada de um advogado. Em 1936, no caso *Johnson v. Zerbst*, em um caso não envolvendo a questão do Jim Crow, a corte decidiu que a Constituição garantia o direito à um advogado nomeado em todas

⁶⁰¹ Em *United States v. Calandra*, a *Burger Court* sustentou em 1974, que a regra de exclusão não requer a exclusão da prova em um procedimento de *grand jury*, mesmo se a prova foi apreendida em uma busca ilegal em um indivíduo que era alvo de investigação. Em *Stone v. Powell*, em 1976, a *Burger Court* sustentou que se um acusado foi condenado com base em prova obtida inconstitucionalmente que a corte estadual admitiu, as cortes federais não anulariam a condenação em procedimento de *habeas corpus* a não ser que o acusado tenha uma audiência de sua reclamação sobre a 4ª Emenda. Outras decisões flexibilizaram ainda mais a regra de exclusão, como: *Hudson v. Michigan*; *Herring v. United States*; *Davis v. United States*; *United States v. Leon*. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 41.

⁶⁰² POWE, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Harvard University Press, 2000, p. 386.

⁶⁰³ Originário do caso dos *Scottsboro Boys*, em 1931, onde nove meninos negros, de 13 a 20 anos, foram presos em Scottsboro, Alabama, por supostamente terem estuprado duas mulheres brancas em um trem de carga. Havia alguns advogados procurando os representar em julgamento, mas o juiz efetivamente denegou o acesso a estes advogados até, literalmente, momentos antes do julgamento. Como resultado, a qualidade da representação que receberam foi grotescamente inadequado. Ainda, apesar que nos registros do julgamento conterem substanciais evidências que os acusados eram inocentes, todos foram condenados, e oito dos nove acusados, foram sentenciados à pena de morte. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 59; *Powell v. Alabama*. 287 US 45 (1932).

as perseguições criminais federais. A corte baseou-se na 6ª emenda que previa “em todas as perseguições criminais o acusado possui o direito... a ter a assistência de advogado para sua defesa”.⁶⁰⁴ Mas como o *Bill of Rights*, aplicava-se unicamente contra o governo federal, não se estendia aos acusados estaduais. Em 1942, na decisão em *Betts v. Brady*, a corte recusou a aplicar a 6ª Emenda aos Estados, entendendo que o direito constitucional a nomeação de um advogado aplica-se somente sob o aspecto de um resultado injusto para o acusado em julgamento.⁶⁰⁵

Embora a maioria dos Estados já nomeasse advogado aos acusados indigentes, alguns poucos Estados do Sul ainda não atendiam a esse direito constitucionalmente previsto. A corte, em uma jogada inteligente, escolheu o caso *Gideon* por tratar-se de um homem branco de 51 anos, da Flórida, que possuía um histórico de alguns crimes, porém, nenhum violento.⁶⁰⁶ Neste caso, arrombou um salão de jogos, e em julgamento teve denegado seu pedido a um advogado nomeado, por conta que no Estado da Flórida, a lei somente previa a nomeação de advogados pelo Estado aos casos capitais. O acusado foi condenado a 5 anos de prisão. A *Warren Court* unanimemente apresentou a decisão superando *Betts v. Brady*, rejeitando a abordagem “caso a caso em respeito aos ideais da fundamental justiça” e decidiu que o direito previsto pela 6ª Emenda estava incorporado na 14ª Emenda. Ou seja, os Estados, em igualdade com o governo federal, tinham o dever de nomear advogado para qualquer acusado que não pudesse arcar com os custos.⁶⁰⁷

4.2.3 *Miranda v. Arizona*

⁶⁰⁴ *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

⁶⁰⁵ O arguido em *Betts* foi acusado por roubo. Ele não podia arcar com as despesas do advogado, e requereu à corte para nomear um para o assistir. O juiz recusou, e o acusado teve que fazer sua própria defesa em julgamento. Foi condenado e sentenciado a oito anos de prisão. A corte sustentou que a recusa do Estado a nomear advogado para a representação de *Betts* não violou seus direitos sob o devido processo legal da 14ª Emenda. A corte apontou que “a 14ª Emenda proíbe a condenação e encarceramento daqueles que o julgamento é ofensivo... aos ideais fundamentais de justiça e direito, enquanto em *Powell*, o pedido de representação no caso particular pode resultar em uma condenação que carece de uma fundamental justiça, não podemos dizer que é o caso em *Betts*”. *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

⁶⁰⁶ *Carnley v. Cochran* foi apresentado à corte um ano antes de *Gideon* e poderia ser o caso paradigmático. Porém, neste caso, a acusação era sobre um ataque sexual contra uma criança. A corte nomeou Abe Fortas, um dos mais proeminentes advogados da nação, que depois foi um dos Justices da *Warren Court*, para defender *Gideon*, e instruir as partes e abordar a questão da superação do entendimento em *Betts*. Extraordinariamente, 22 Estados ingressaram como *amicus curiae* em suporte ao caso *Gideon*, e pedindo pela superação do entendimento. Somente dois Estados – Alabama e North Carolina – apoiaram o caso de Flórida. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 62.

⁶⁰⁷ SILVA, Lahny. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2222; *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963).

O caso mais controverso sobre os direitos dos acusados e o desenvolvimento do *due process of law* protagonizado pela *Warren Court*, sem dúvidas, foi *Miranda v. Arizona*. A 5ª Emenda prevê que “nenhuma pessoa... será compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si próprio”. Quanto a seu desenvolvimento já vimos que se encontra na formação do julgamento adversarial inglês, do séc. XVIII. Mas aqui, a decisão tinha como objetivo a rotina policial, do questionamento de suspeitos que estão presos e acusados de um crime, em lugar fechado sem observadores presentes. Onde o acusado não se encontra livre para ir embora, e mesmo que não possa sofrer violência física, o procedimento é apto para colocar uma enorme carga de pressão psicológica para o acusado falar. Portanto, a questão central é que o “risco de confissões falsas no interrogatório na delegacia é exponencialmente maior que o risco de que ocorra em corte aberta. Se o oficial da polícia consegue uma confissão, poderá simplesmente apresentar tal confissão à corte”.⁶⁰⁸

A decisão em *Miranda* também mirava os abusos do sistema criminal do *Jim Crow* sulista, especialmente das décadas de 1930 e 1940, onde muitas ocorrências de tortura contra negros resultaram em confissões, e conseqüentemente, na pena de morte. Muitos desses casos precisaram da intervenção da Suprema Corte para terem anuladas as execuções.

Em *Brown v. Mississippi*, por exemplo, a polícia pendurou um homem negro, um agricultor rendeiro, em uma árvore e o chicoteou até que concordasse a confessar o assassinato de um agricultor branco. Em *Chambers v. Florida*, a polícia manteve um homem negro suspeito em custódia por cinco dias, o isolando e o colocando a interrogatório por toda a noite, em alguns casos, por até dez oficiais da polícia. Em *Ashcraft v. Tennessee*, o acusado em um caso de assassinato foi mantido incomunicável pela polícia em uma sala de interrogatório por 36 horas e questionado sem pausas, sem dormir ou descansar, por um time de investigadores, até finalmente confessar. Em *Harris v. South Carolina*, a polícia manteve um homem negro analfabeto suspeito em isolamento em uma sala pequena e quente, por vários dias, o interrogando dia e noite, e ameaçando a sua mãe se este não confessasse. Em *Payne v. Arkansas*, um garoto negro de 17 anos com escolaridade até à 5ª série, confessou ter cometido um homicídio após a polícia o ameaçar que se não admitisse a culpa, iria deixar a multidão o linchar. Em *Brooks v. Florida*, o acusado foi deixado pelado em uma pequena cela por duas semanas com uma porção diária de poucas gramas de sopa, até finalmente confessar. Em cada um desses casos, a Suprema Corte sustentou

⁶⁰⁸ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 103.

que a confissão foi “involuntária” e, portanto, não poderia ser usada contra o acusado.⁶⁰⁹

Conforme Stone e Strauss, as decisões acima sobre a coerção empregada para tais confissões, seguiam a análise de uma articulação da “voluntariedade” que era determinada ou produzida. A questão em cada caso era se a “vontade do acusado foi subjugada/dominada” no momento da confissão, que “dependiam da totalidade das circunstâncias do momento”. Portanto, analisava-se o uso de violência física ou ameaças, tempo de interrogatório, local, e intensidade, maturidade do suspeito, condição física e mental, entre outros fatores, no procedimento policial. O teste da “voluntariedade” era bastante difícil na prática. O interrogatório era conduzido em segredo, onde a corte tinha as naturais dificuldades para recriar os fatos, e o *standard* de “voluntariedade”, por óbvio, bastante vago. Tendo em consideração que o trabalho da polícia é de pressão nessa situação, questionava-se “em que momento isso se torna inconstitucional?”; e a Suprema Corte encontrava o obstáculo de falta de efetividade com as cortes de baixo, se efetivamente aplicariam e analisariam a totalidade das circunstâncias.⁶¹⁰

A solução que mitigaria os efeitos da coerção para a confissão seria a presença do advogado no processo de interrogatório, que em *Escobedo v. Illinois* obteve-se uma análise parcial, em um caso onde a detenção por suspeita de homicídio, sob interrogatório onde o acusado perguntava por seu advogado, que encontrava-se no prédio mas que não conseguia acesso ao local do acusado, acabou formulando declarações que foram usadas contra ele em julgamento. O caso na *Warren Court* foi considerado como uma denegação à assistência do advogado previsto pela 6ª Emenda, mas como percebe-se, ficou adstrito a acusados que pediam pela presença do advogado.⁶¹¹

Há uma declaração do *Justice* Arthur Goldberg, claramente demonstrando a preocupação com a atividade policial nessas confissões. Segundo o *Justice* Goldberg, “nós aprendemos as lições da história, antiga e moderna, que um sistema de justiça criminal que vem a depender da ‘confissão’ irá, no caminho, ser menor confiável e mais objeto de abuso que um sistema que depende em provas extrínsecas independentemente asseguradas através de hábil investigação”.⁶¹² Estava em mira a prática de tortura na confissão, principalmente em

⁶⁰⁹ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 104.

⁶¹⁰ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 104.

⁶¹¹ *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478.

⁶¹² STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 105; *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

homicídios, que continuava sendo uma prática corriqueira nas instituições policiais, o qual os Estados do sul, protagonizavam práticas policiais bárbaras contra a população negra.

Em *Miranda v. Arizona*, de 1966, o acusado Ernesto Miranda foi condenado de estupro e sequestro baseado em uma confissão feita a policiais após vastas horas de interrogatório ininterruptos, onde não foi informado de seu direito a constituir advogado; do direito à permanecer em silêncio; e de ser alertado de que qualquer coisa que disse-se poderia ser usado contra ele em julgamento. A Corte Suprema do Arizona admitiu a prova, porque, diferentemente de *Escobedo*, Miranda não havia, expressamente, requerido advogado.⁶¹³ Elementar...

De modo à assegurar que o direito fundamental previsto na 5ª Emenda não se transformasse em “meras palavras”, a corte decidiu que, em qualquer lugar que a polícia quisesse questionar ou interrogar alguém sob custódia, eles devem “avisar-lhe que ele tem direito a permanecer em silêncio; que qualquer declaração que fizer pode ser usado como prova contra ele em julgamento; e que ele tem o direito a um advogado”. Inclusive, prevendo já a decisão de *Gideon*, a corte enfatizou que a polícia tem o dever de informar que “se não tiver condições, um advogado será nomeado para o representar”.⁶¹⁴ Se alguma declaração contrária fosse obtida em violação desses requisitos, não poderia a corte utilizá-la como prova, o que se tornou o famoso *Miranda warnings*.

A análise desta voluntariedade é imprescindível para refletir o sistema do *plea bargaining* após as *guidelines*, onde não há mais necessidade de baixar às raias da tortura para as confissões. Tornando-se um procedimento aprimorado, não contaminado pela violência explícita, mas irresistível pela produção da própria “voluntariedade”, a violência psicológica encontra-se em todos os pontos da persecução criminal: na formulação do sentenciamento, na fase policial, nas negociações com os procuradores; na corte...

A decisão em *Miranda*, como era de se esperar, produziu uma estrondosa oposição, principalmente, provocando revolta dentro das forças policiais. Somente dois anos após a

⁶¹³ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁶¹⁴ Warren citou manuais policiais amplamente utilizados e outras fontes demonstrando que oficiais da polícia eram comumente treinados no uso da coerção psicológica para induzir pessoas à confissão no interrogatório. Por exemplo, “o investigador deve interrogar constantemente e sem abrandamento, deixando no sujeito nenhuma perspectiva de fim. Ele deve dominar seu objeto e o subjugar com seu inexorável desejo de saber a verdade. Ele deve o interrogar por várias horas, por dias, sem descanso na atmosfera de dominação”. Apontou variados exemplos de técnicas psicológicas usadas pela polícia para induzir suspeitos a confessar, inclusive, o ‘*good cop, bad cop*’, e a utilização de falsas alegações sobre provas contra o suspeito para induzir a confissão, onde “mesmo não aplicando-se a brutalidade, o interrogatório em custódia é um violento instrumento contra a liberdade individual, e trabalha com as fraquezas dos indivíduos”. STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 107.

decisão, o Congresso, em direta resistência à decisão, promulgou o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, que expressamente declarava que a “voluntariedade” seria o único teste de admissibilidade das confissões em perseguições federais.⁶¹⁵ De acordo com Stone e Strauss, “*Miranda* galvanizou a oposição à *Warren Court* em uma potente força política, em um período de aumento das taxas de criminalidade. Também gerou uma onda de opinião pública apoiando a campanha Richard Nixon/68, que afirmava deliberadamente que a *Warren Court* preferia as ‘forças criminais’ do que as ‘forças da paz’”.⁶¹⁶ Jonathan Simon aponta a referida lei como o paradigma a partir de onde a idealização política da vitimização, traz uma ligação direta entre o povo e seus representantes, onde o crime é a principal influência do processo legislativo e seus mandantes.⁶¹⁷

Se uma virada política que denunciava os avanços da *Warren Court* podem ser, de forma genérica, alinhavadas à virada conservadora republicana sob o mandato de Richard Nixon, e o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, os democratas rapidamente tomaram a promulgação dessas questões essenciais ao programa administrativo, “não permitindo a Nixon a capitalização do combate ao crime para si”.⁶¹⁸ As propostas sobre o “ingresso sem batida na porta” ou “detenção preventiva” do Distrito de Columbia são exemplos, que a reversão de qualquer avanço sobre o constitucionalismo em matéria de repressão criminal não seria obra única de nenhum partido. Era o início da retração da *Warren Court* ou do judiciário como promotores das políticas sociais.

Da aposentadoria de Earl Warren como *Chief Justice* da Suprema Corte, a *Burger Court* rapidamente moveu-se no sentido de diminuir o impacto da decisão em *Miranda*. Em

⁶¹⁵ O Congresso adicionou ao 18 U.S.C. § 3501, com a clara intenção de reverter a decisão da corte, dirigindo aos juízes para admitir declarações de acusados se foram feitos “voluntariamente”, sem consideração se este recebeu o *Miranda warnings*. Os critérios indicados para declarações voluntárias dependiam: 1) do tempo entre detenção e acusação; 2) se o acusado sabia do crime pelo qual foi detido; 3) se lhe foi dito que ele não precisava falar à polícia e qualquer declaração poderia ser usado contra ele; 4) se o acusado sabia antes do questionamento que tinha o direito à assistência do advogado; 5) se ele possuía a assistência do advogado durante o interrogatório. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 90

⁶¹⁶ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 110.

⁶¹⁷ SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 8.

⁶¹⁸ Segundo o autor, Richard Scammon e Ben J. Wattenberg, publicaram *The Real Majority* em 1969, somente 1 ano após a lei e a tomada republicana da Casa Branca. O livro usou o crime como exemplo central de como o partido democrata estava em perigo real de perder sua maioria de duas gerações por ignorar um profundo deslocamento de seus apoiadores tradicionais no acolhimento de ‘questões sociais’, incluindo o problema racial, aborto, valores familiares, entre outros. Democratas, em suas visões, deveriam rapidamente mudar e parar de falar sobre as raízes do crime, e ao contrário, apoiar medidas duras de aplicação da lei para reprimir os criminosos existentes, mesmo que isto agredisse as preocupações sobre os direitos civis. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 99.

Harris v. New York, decidiu que as declarações feitas por um suspeito no curso do interrogatório sob custódia poderiam ser usadas para desacreditar a credibilidade do acusado se este optasse por depor em sua própria defesa, mesmo se as declarações fossem feitas sem os *Miranda warnings*.⁶¹⁹ Em *Oregon v. Hass*, em 1975, decidiu que, mesmo se a polícia recusasse o pedido do suspeito de consultar um advogado, as declarações feitas depois pelo suspeito poderiam ser usadas para desacreditar seu testemunho em julgamento.⁶²⁰

Como se observa, a *Warren Court* adotando uma abordagem de “Constituição viva” nas suas interpretações encarou os desafios à democracia que se encontravam latentes no país, sem qualquer perspectiva de mudança pela constrição política que sofrem as minorias galvanizadas em sua impotência. Identificando as mais fundamentais liberdades em termos gerais e abstratos, como: “igualdade”, “busca e apreensão”, “liberdade de expressão”, “devido processo legal”, sustentaram que os elaboradores da Constituição “entendiam que estavam confiando para as futuras gerações com a responsabilidade de valer-se de suas próprias experiências, em um mundo que constantemente mudava, para dar significado a esses amplos princípios com o passar do tempo”.⁶²¹

Talvez seja eloquente o fato de que a *Warren Court* não atacou direta e frontalmente o *plea bargaining*. Como se observou, não havia atacado diretamente a supremacia branca no Sul. Sob uma estratégia que visava o ataque colateral, buscando pelas bordas enquadrar as práticas resultantes das graves injustiças do país, logo sofreram recuos pela próxima geração, mostrando a enorme potencialidade dessas práticas. Este é o período em que o aumento do tempo de julgamento cresceu exponencialmente,⁶²² onde o resultado dos incríveis avanços constitucionais da corte acabou na intensificação do *plea negotiation* e uma maior dependência pública da barganha.⁶²³ Ademais, o ambiente político encontrava-se indo na

⁶¹⁹ *Harris v. New York*, 401 U.S. 222, 91 S. Ct. 643 (1971).

⁶²⁰ *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975).

⁶²¹ STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. *Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court*. Oxford University Press, (2020), p. 129.

⁶²² No Distrito de Columbia, a duração média de um julgamento por júri cresceu de 1.9 dias em 1950 para 2.8 dias em 1965; e em Los Angeles a duração média do julgamento por júri aumentou de 3.5 dias em 1964 para 7.2 dias em 1968. *Report of the President's Commission on Crime in the District of Columbia* 263 (1966); *San Francisco Committee on Crime, A Report on the Criminal Courts of San Francisco, Part I: The Superior Court Backlog-Consequences and Remedies* 1 (1970). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. 79 *Columbia Law Review* 1 (1979), p. 38.

⁶²³ Nas palavras de um defensor público de Oakland, “direitos são ferramentas para se trabalhar, e ao invés de insistir em uma audiência sob moção para suprimir prova obtida ilegalmente, um advogado provavelmente reivindicaria a ilegalidade para extrair concessões da persecução no *plea bargaining*”. Entrevista com John D. Nunes, em Oakland, Cal. (Feb. 13, 1968). Um advogado de New York explicou, “quando o acusado ganha mais direitos, sua posição na barganha torna-se mais forte. Isto é simples questão econômica”. Entrevista com Stanley Arkin, em New York City (jan. 11, 1968). Um assistente do Procurador-Geral em Massachusetts apontou, “se os *guilty pleas* são mais baratos hoje, é simplesmente porque as decisões da Suprema Corte têm

direção oposta, e um maior desenvolvimento de garantias para acusados chocava-se frontalmente com um sistema de *crime control*.

Fato é que na década de 1960 a Suprema Corte teve inúmeras oportunidades para considerar a legalidade do *plea negotiation*, onde não as usou.⁶²⁴ Segundo Albert Alschuler, durante o período do *due process revolution* a corte parecia entender que a polícia seria a questão central do procedimento criminal, o que para o autor era uma má compreensão do regime, no qual “as pressões para a autoincriminação já eram ordinariamente maiores na corte que na delegacia, ignorando o poder que os procuradores exerciam sob os acusados na corte”.⁶²⁵

Durvan e Edkins apresentam uma explicação para o fato do *plea bargaining* não ter sido diretamente decidido no período da *Warren Court*. Os autores citam que a decisão em *Brady* tem citações direta de *Shelton v. United States*, sendo inclusive, a mesma proposta de voluntariedade, que ocorreu 13 anos antes. Este caso *Shelton*, em 1958, “quase subiu para a Suprema Corte para uma revisão da constitucionalidade do *plea bargaining* mas foi sub-repticiamente retirado para argumentos, onde depois o governo admitiu que o *guilty plea* tinha sido inapropriadamente obtido”. Albert Alschuler assinalou que “há provas que indicam que o governo eventualmente confessou seu erro por medo que a Suprema Corte finalmente deliberaria decisivamente que todas as formas de *plea bargaining* eram inconstitucionais”.⁶²⁶

O juiz Richard Rives declarou em juízo na decisão de piso que, “justiça e liberdade não são sujeitas à barganha e permuta”. O caso subiu à Suprema Corte e a decisão seria sobre uma questão apenas: se um *guilty plea* era involuntário simplesmente porque o procurador o

dado aos advogados excelentes oportunidades para nos vencer”. Entrevista com Donald Con, em Boston, Mass. (jan. 12, 1968). Apud: ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. 79 *Columbia Law Review* 1 (1979), p. 38.

⁶²⁴ *Carlino v. United States*, 400 F.2d 56 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 1013 (1969); *Cooper v. Holman*, 356 F.2d 82 (5th Cir.), cert. denied, 385 U.S. 855 (1966); *Pinedo v. United States*, 347 F.2d 142 (9th Cir. 1965), cert. denied, 382 U.S. 976 (1966); *People v. Darrah*, 33 Ill. 2d 175, 210 N.E.2d 478 (1965), cert. denied, 383 U.S. 919 (1966); *Green v. State*, 327 P.2d 704 (Okla. Crim. App.), cert. denied, 358 U.S. 905 (1958); *Bailey v. MacDougall*, 247 S.C. 1, 145 S.E.2d 425 (1965), cert. denied, 384 U.S. 962 (1966). ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. 79 *Columbia Law Review* 1 (1979), p. 37.

⁶²⁵ ALSCHULER, Albert. *Plea Bargaining and Its History*. 79 *Columbia Law Review* 1 (1979), p. 37.

⁶²⁶ Sob a luz dos méritos duvidosos da confissão de erro em *Shelton*, parece possível que essa confissão ocultou preocupações estratégicas do Departamento de Justiça. o “*Solicitor General* pode ter previsto os prováveis votos individuais dos ministros, pode ter sentido a substancial probabilidade que a corte iria tornar a prática ilegal, e pode ter procurado impedir essa decisão através de uma confissão de erro sob base limitada e dissimulada”. DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. 103 *J. Crim. L. & Criminology* 1 (2013), p. 13;

induziu pela promessa de leniência na pena. Assim, em 1958, o *Solicitor General* confessou erro em uma questão tangencial, e a corte aceitou sua confissão de erro.⁶²⁷

Diante da possibilidade de que a *Warren Court* poderia ter decidido a sorte do *plea bargaining* ou não, a questão parece ser irrelevante, ou que se o decidisse, seria uma decisão que irromperia para fora do âmbito do judiciário e seria, ao fim, definido no âmbito político. As próximas décadas já se encontravam condicionadas ao enorme avanço de uma política criminal significativamente mais repressiva, e a construção de uma massa populacional negra aprisionada era questão explícita dentro da Casa Branca.⁶²⁸

4.3. A RATIFICAÇÃO DO PLEA BARGAINING NA U.S. SUPREME COURT AO INÍCIO DA DÉCADA DE 1970.

Já devidamente reconhecido e avaliado, em 1967, tanto o *American Bar Association* e o *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice* aprovavam o conceito do *plea bargaining*. Essas instituições de âmbito nacional, como virtualmente todas as cortes americanas, já tendiam à aprovação da prática do *plea negotiation*, buscando a resolução de muitos casos sem julgamento, o que era necessário dado que o sistema “carecia de recursos”. O relatório do *American Bar Association*, indicava “o uso limitado do julgamento para aqueles casos nos quais os acusados tem base para contestar a questão da culpa em apoio à preservação substancial da presunção de inocência”.⁶²⁹ Uma exceção ao padrão foi o relatório do *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and*

⁶²⁷ A confissão de erro do governo foi peculiar. Enquanto refere-se a todas as circunstâncias do caso, enfatiza que a corte falhou em conduzir uma adequada investigação quando aceitou o *guilty plea* do acusado. A confissão de erro, entretanto, falhou até em advertir à decisão do 5º Circuito nessa questão. O 5º Circuito sustentou com unanimidade que um inadequado questionamento não autorizaria o acusado a retirar seu *plea* mas iria requerer somente uma audiência sobre a validade do *plea*. ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 705.

⁶²⁸ Jason Stanley apresenta uma passagem que a autora Elizabeth Hinton aborda em seu livro “*From the War on Poverty to the War on Crime: The Making of Mass Incarceration in America*”. O autor assim coloca a questão, usando anotações do diário do chefe do gabinete de Nixon, H. R. Haldeman: “Temos de encarar o fato de que todo o problema se resume aos negros”, disse Nixon, segundo Halderman, numa nota de abril de 1969. “O segredo é divisar um sistema que reconheça isso, embora sem parecer fazê-lo”. De uma maneira direta e sistemática, “Nixon reconheceu que a política de controle do crime poderia efetivamente ocultar a intenção racista por trás dos programas domésticos de sua administração. A retórica de Nixon de ‘lei e ordem’ que se seguiu a essa conversa foi usada para ocultar uma pauta política racista, totalmente explícita dentro dos muros da Casa Branca”. STANLEY, Jason. *Como Funciona o Facismo. A Política do “Nós” e “Eles”*. Ed. L&PM, 5ª Ed., 2020, p. 37-38.

⁶²⁹ *American Bar Association, Project on Minimum Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Pleas of Guilty*. 2 (Tentative Draft 1967); *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, The Challenge of Crime in a Free Society*. 134-37 (1967).

Goals, de 1973, o qual recomendou a abolição de todas as formas de *plea bargaining* no prazo de 5 anos.⁶³⁰

Porém entre estes posicionamentos favoráveis e o abolicionista do *plea bargaining*, houve uma série de decisões na Suprema Corte, no período em que marca o fim da *Warren Court* e o período inicial da *Burger Court* com nomeações de perfil conservador, das administrações Nixon-Ford, que definiriam o futuro.

Inicialmente, a decisão em *United States v. Jackson*, ainda no período da *Warren Court*, veio a decidir a constitucionalidade da *Federal Kidnapping Act*.⁶³¹ Em 1966, a corte distrital de Connecticut decidiu que uma acusação sob a *Federal Kidnapping Act*, era inconstitucional porque tornava o risco de morte o preço a ser pago pela invocação do direito constitucional do julgamento por júri.

Na Suprema Corte, a decisão foi entregue pelo *Justice Stewart*, onde a corte parcialmente concordou com a *District Court*. A Suprema corte via objeção ao fato de que a lei previa que o acusado “deveria ser punido por morte”, e que o juiz era obrigado a sentenciar à pena capital se assim “o júri recomendasse”. A transferência do sentenciamento da discricionariedade dos juízes ao júri, foi entendido que em tal previsão o Congresso havia ultrapassado seus limites quando deu tal poder exclusivamente ao júri.

Outro ponto de entendimento entre a Suprema Corte e a Corte Distrital, é de que a lei punia o acusado que impusesse seu direito a julgamento por júri. Isto porque o acusado que alegasse sua culpa não podia ser sentenciado à morte, pelo fato que assim, o júri não teria a possibilidade de recomendar a pena capital. A maioria da corte vislumbrou que “o inevitável efeito é, sem dúvidas, desencorajar a reivindicação da 5ª Emenda, de alegar a inocência e de dissuadir o exercício da 6ª Emenda, de um julgamento por júri”.⁶³²

Entretanto, a maioria discordou com a declaração da Corte Distrital que o *Federal Kidnapping Act* falhava integralmente por conta da sua previsão de pena. A corte determinou que a punição podia ser dissociada do resto da lei. A decisão da Corte Distrital foi revertida e

⁶³⁰ *Guilty Plea: Plea Bargaining. Evaluations of Plea Bargaining*. No site: Law Library – American Law and Legal Information. Disponível em <<https://law.jrank.org/pages/1289/Guilty-Plea-Plea-Bargaining-Evaluations-plea-bargaining.html>>. Acesso em 19 Jun. 2020.

⁶³¹ A *Federal Kidnapping Act*, 18 U.S.C. § 1201, de 1932, comumente conhecida como “a lei do pequeno Lindbergh”, por conta do sequestro e morte do filho do aviador Charles Lindbergh, que ocasionou um dos “grandes julgamentos do século” e a pena de morte de um imigrante carpinteiro alemão chamado Richard Hauptmann, primeiramente visava que autoridades federais possuíssem a autoridade no cerco de sequestros, por serem mais efetivos que as autoridades locais. A lei previa que qualquer um que de maneira consciente transportasse qualquer pessoa, que foi de maneira ilegal sequestrada, e mantida para resgate sob pagamento, deveria ser punida por morte, se a pessoa sequestrada não é liberada ilesa e o júri recomendar.

⁶³² *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

devolvida a seguir novos procedimentos.⁶³³ Na esfera da decisão da Corte, o *plea bargaining* poderia ser analisado sob o aspecto mais radical, a decisão do acusado de seguir a julgamento quando tal opção é o preço de sua vida. Mas o que se apresenta centralmente é o avanço sob a discricionariedade judicial no sentenciamento sendo atacada pela legislação.

A miríade de decisões que são o ponto de viragem até a manifesta decisão de que o *plea bargaining* é parte elementar do sistema criminal de justiça americano (já que, supostamente, é quem possibilita o próprio sistema criminal de estar em efetiva atividade), inicia-se prontamente após o fim da *Warren Court*, que traz um novo balanço no posicionamento da corte, com nomeações da ala conservadora após uma série de vitórias republicanas no pleito federal.

A mais importante e que aborda o *plea bargaining* de modo mais contundente, é *Brady v. United States*, onde a Suprema Corte denegou o entendimento que amplos descontos no sentenciamento e a ameaça da pena de morte eram suficientes evidências de coerção. Neste ponto, observa-se a total conversão à direção oposta das decisões de quatro décadas antes. No caso, Robert Brady foi acusado por sequestro em 1959, onde o refém foi libertado tendo sofrido violência física, o qual sob a *18 U.S.C. § 1201(a)*, da *Federal Kidnapping Act*, impunha a pena máxima capital se o júri recomendasse. Quando descobriu que seu cúmplice havia confessado o crime e concordado em testemunhar contra ele, Brady mudou seu *plea* de não culpado para culpado. O juiz o questionou duas vezes se o *plea* era voluntário. Este foi condenado a 50 anos de prisão, depois reduzido a 30 anos.⁶³⁴

Após a decisão em *United States v Jackson*, Brady viu uma base para um pedido de revisão em apelação sob a alegação da natureza coercitiva do disposto no *18 U.S.C. §1201(a)*, que foi considerado inconstitucional no ponto da imposição da pena de morte pelo júri. Brady alegou que cada *guilty plea* ingressado sob o *§1201(a)* era inválido quando o medo da morte se apresenta-se como fator. O *Justice White* apresentou a opinião unânime da Corte. Ele citou que em *United States v. Jackson*, “o fato que a *Federal Kidnapping Act* tende a desencorajar acusados em alegarem a inocência e demandarem um julgamento por júri, dificilmente implica que todo o acusado que ingressa com o *guilty plea* por uma acusação prevista pela lei seja involuntária”. Que tal forma de decisão iria “roubar do procedimento criminal muito de

⁶³³ O *Justice White* apresentou voto dissidente, com o *Justice Black* acompanhando. Enquanto ele concordava que alguns acusados seriam coagidos pela lei, *Justice White* argumentou que como não todos os acusados seriam coagidos, esta não deveria ter a inconstitucionalidade determinada. Ele apontou que os *pleas of guilty* deveriam ser cuidadosamente examinados antes de serem aceitos, para averiguar a certeza que não houve coação pela ameaça da pena capital. *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

⁶³⁴ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

sua flexibilidade”. A corte decidiu que Brady não foi coagido pelo §1201(a). Que este ingressou com um *guilty plea* com total conhecimento e determinação.⁶³⁵

Outra decisão importante na Suprema Corte ocorreu em *Santobello v. New York*. Neste caso, após negociações com o procurador, o acusado retirou seu prévio *plea of not guilty* em duas acusações de *felonies* e ingressou com um *plea of guilty* a uma menor ofensa, com o procurador acordando em não fazer nenhuma recomendação na sentença. No sentenciamento alguns meses depois, um novo procurador atuando no caso recomendou a sentença máxima, o qual o juiz, que confirmou ter seguido a recomendação, impôs. O acusado tentou retirar sem sucesso seu *guilty plea*, e sua condenação foi confirmada em apelação.⁶³⁶

O *Chief Justice* Burger apresentou a decisão da Corte, no sentido de que os interesses da justiça e do próprio reconhecimento dos deveres dos procuradores em relação às promessas feitas em conexão com o *plea bargaining* requeriam que o julgamento fosse suspenso e que o caso fosse devolvido às cortes estaduais para novas considerações, “como as circunstâncias requerem, deliberando somente sob a performance específica do acordo do *plea* (no caso em que o acusado deve ter novo sentenciamento por um juiz diferente), ou ao acusado deve ser concedido a isenção que procura de retirar seu *guilty plea*”.⁶³⁷ Como observa-se, a reforma da decisão vem unicamente por conta que tal possibilidade ataca a segurança dos acordos entre procurador e acusado, e não na inconstitucionalidade do acordo sob uma voluntariedade produzida. Portanto, é uma decisão para dar segurança jurídica às negociações.

O ultimo caso da miríade de decisões que definitivamente decidem sobre a constitucionalidade do *plea bargaining*, em uma direção totalmente contrária ao entendimento esposado na formação da *common law* e das decisões sobre a constitucionalidade sobre confissões voluntárias até então defendidas, é o da possibilidade de confessar mesmo alegando inocência, algo que mesmo nos exemplos clássicos da Inquisição medieval europeia seria caracterizado pela involuntariedade.

Como se observa, a ameaça de morte ou uma vida na prisão já não eram coercitivos. Neste ponto, a constante manifestação de inocência no ingresso do *plea*, seria irrelevante. Determinando o futuro do sistema de justiça criminal americano que aprofundaria este momento de assunção de culpa do acusado, onde nenhuma destas questões teriam mais valor.

⁶³⁵ “É claro, os agentes do Estado não devem produzir um *plea* através da tortura ou da ameaça física ou pela coerção mental dominando o acusado. Mas nada deste tipo é alegado neste caso; nem há provas que Brady encontrava-se dominado pelo medo da pena de morte ou de esperança por leniência em que ele não, ou não poderia com a ajuda de advogado, racionalmente sopesar as vantagens de ir a julgamento contra as vantagens de alegar a sua culpa”. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

⁶³⁶ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

⁶³⁷ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

Este dispositivo de adjudicação altamente administrativo, possui lógica tensão com o sistema recursal, onde a abertura de qualquer fresta, pela obviedade de um sistema de justiça criminal que sustenta-se na confissão ou assunção de culpa - inclusive sob risco de morte ou da vida sem liberdade -, simplesmente possibilita a revisão de um sem número de casos graves e de “criminosos perigosos”, sob a base do próprio elemento que o fundamenta: sua voluntariedade. A sua capacidade administrativa de não julgamento de centenas de casos em rápida performance, torna arriscado, qualquer decisão contrária ao próprio sistema pela sua própria natureza administrativa, ou seja, baseado em mínimos fundamentos para as condenações.

A base de sustentação do *plea bargaining* torna obrigatório para a Suprema Corte observar os efeitos em cadeia que decidir pela inconstitucionalidade de algum requerimento do *plea bargaining* pode desencadear. Torna-se necessário a defesa do instituto, fundamentada sob as mais absurdas bases, que não se substanciam dos próprios princípios que a Suprema Corte tem o dever de defender: as emendas constitucionais.

Portanto, a razão que possibilita sua existência – a voluntariedade -, aberta esta porta, demonstraria que não são exatamente voluntárias estas confissões. O que é justamente o *alford guilty plea*, nome dado à “confissão com ressalvas de inocência” sob a decisão que a Suprema Corte determinou no caso *North Carolina v. Alford*, em 1970.⁶³⁸ No caso, Henry Alford foi acusado por homicídio em primeiro grau em 1963. Entre as provas do caso, incluía-se uma testemunha que afirmava que Alford o havia contado, após a morte da vítima, “que ele o havia matado”. Esta testemunha revelou que Alford e a vítima tinham discutido na casa da própria vítima. Na sequência, Alford teria ido embora da residência, e mais tarde a vítima teria sido ferida por um disparo de arma de fogo ao abrir a porta da sua casa.

Se Alford ingressasse com um *plea of not guilty*, fosse condenado e o júri não recomendasse a prisão perpétua, este poderia ser sentenciado à pena de morte por homicídio em primeiro grau. Alford ingressou com o *plea of guilty* em homicídio de segundo grau, apresentando a consideração que somente o fazia para evitar a morte, e foi sentenciado a 30 anos de prisão após o juiz aceitar o *plea bargain* e observar que o acusado foi adequadamente aconselhado por advogado. A *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, entendeu que o *plea* de Alford não foi voluntário, pois foi feito através do medo da pena capital, onde o peticionante

⁶³⁸ Em West Virginia é denominado *Kennedy plea*. O *Alford plea* é permitido legalmente em quase todas as cortes americanas, exceto nas Cortes Estaduais de Indiana, Michigan e New Jersey, ou nas cortes das Forças Armadas Americanas.

apresentou em suas razões que “eu somente aleguei minha culpa porque disseram que seu eu não o fizesse, eles iriam me colocar na câmara de gás”.⁶³⁹

Na Suprema Corte, o *Justice Byron White* apresentou a decisão majoritária, no qual sustentou que para o *plea* ser aceito, o acusado deve ser aconselhado por competente advogado que seja capaz de informar ao indivíduo que sua melhor decisão no caso seria ingressar com o *guilty plea*. A corte determinou que o acusado pode ingressar com tal *plea* “quando chega à conclusão que seus interesses requerem o *guilty plea* e o relatório substancialmente indica a culpa”. A Corte permitiu o *guilty plea* com o simultâneo protesto de inocência “somente porque havia suficiente material probatório para demonstrar que a persecução possuía um caso bem estruturado para a condenação e o acusado estava ingressando com tal *plea* para evitar uma sentença previsível”. Em resumo, entendeu que haviam provas que suportariam a condenação de Alford, a Suprema Corte manteve que seu *guilty plea* era admissível mesmo que este mantivesse que não era culpado.⁶⁴⁰

Como observa-se foram decisões em casos extremos que desafiavam as lógicas frágeis do *plea bargaining*, formulados neste início da década de 1970, que não deixaram dúvidas sob até que ponto de coercibilidade, de ameaça sobre a vida ou a morte, seria o *plea bargaining* justificado. O histórico da pena de morte nos Estados Unidos, traz uma situação inusitada e amplamente justificante: o *guilty plea* como um benefício para aquele que enfrenta um definitivo risco da punição capital, através da assunção de culpa.

Nessas decisões apresenta-se todo o poder do *plea bargaining*, mesmo perante todas as refutações, de princípios constitucionais ou da própria justiça em si, ele possibilita o que é desejado para um sistema criminal: um sistema econômico e dinâmico de operar. Utiliza a resolução mais barata maximizando condenações; reduzindo os recursos da investigação e dos procuradores necessários para construir casos fortes; e principalmente, com sua rápida adjudicação, tem seu poder de persuasão dinamizada na aplicação firme da lei sem a conhecida letargia sistêmica que tão bem conhecemos. Até salva culpados dos crimes mais hediondos a salvarem suas próprias vidas.

Embora a *Warren Court* tivesse desempenhado inúmeros avanços importantes no âmbito constitucional do procedimento criminal, concomitante dentro dos campos da criminologia, sociologia e filosofia, ocorria uma enorme fissura com o *welfare state*, que reprisariam velhos elementos na sanção criminal, e formariam o arsenal do controle criminal

⁶³⁹ *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

⁶⁴⁰ *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

do fim do século XX, onde o *plea bargaining* desempenha um papel fundamental na inocuização em massa.

4.4. A EROSÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO E DA SENTENÇA INDETERMINADA AO FIM DO WELFARISMO PENAL.

Neste subcapítulo teremos que retornar um pouco e perpassar em como a questão criminal estava sendo repensada apesar dos avanços realizados pela *Warren Court*. Se por algumas décadas houve um período de estabilidade tanto sobre os rumos econômicos do Estado de bem-estar social, os quais os oponentes foram colocados na radicalização do pensamento após as duas grandes guerras, o mesmo ocorria com os princípios da punição criminal nos Estados Unidos, onde as instituições como o *parole* e sentença indeterminada possuíam alguns opositores, porém, suas bases sólidas não permitiam qualquer erosão radical de suas premissas.

Para o âmbito do que é apresentado neste trabalho, a crise da ressocialização e da pena indeterminada - que nunca foram implementadas de maneira integral em seus princípios - veio engendrando-se desde de posições mais radicais como do abolicionismo das penas, até novos discursos sobre o fundamento ou finalidade das penas, como expressões de racionalidade do castigo, com pressupostos próprios sobre o delito, o delinquente, o papel da sociedade e a resposta estatal. Portanto, está vinculada com as racionalidades políticas mais amplas que entram em crise na metade de 1970,⁶⁴¹ e a ascensão de uma racionalidade conservadora e neoliberal na década de 1980.⁶⁴²

O movimento que advogou a reforma individual pela instrução, pelo trabalho industrial e pela reflexão que possuíam no seu cerne os institutos da pena indeterminada e do *parole*, difundiu-se pelo mundo através do modelo reformatório que encontrava-se em consonância com o estilo dos governos, principalmente o americano e o inglês da

⁶⁴¹ “Depois da revolução cultural veio a crise econômica, [...] a história dos vinte anos após 1973, é a de um mundo que perdeu seu esteio e entrou gradualmente em instabilidade e crise”. YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Ed. Revan, 2002, p. 22.

⁶⁴² No começo dos anos 1970, muitos votantes estavam reconsiderando suas próprias inclinações políticas. Inclusive, antes da recessão de 1973, setores da população trabalhadora na Grã-Bretanha e EUA haviam experimentado uma mudança de situação econômica que os fez mudar a respeito do Estado de Bem-estar e sua relação com ele. Votantes que haviam dado forte apoio aos partidos socialdemocratas adotavam cada vez mais a ideia de que o Estado de Bem-estar já não os beneficiava. Questões sociais como aumento do delito, deterioração das relações raciais, debilitamento da família, crescimento da lista dos beneficiários do *welfare* e o declínio dos ‘valores tradicionais’ – junto a preocupações em torno dos impostos elevados, inflação, e queda do crescimento econômico – criaram uma crescente ansiedade que os políticos conservadores começaram a aproveitar e expressar. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 169.

socialdemocracia pós-guerra,⁶⁴³ mas que no seio popular não encontrava uma aceitação tão sólida, quanto no *ethos* governamental.

Na década de 1960, as críticas ao processo penal, à ideologia ressocializadora e seus institutos, como ao cárcere, foram consolidando-se, questionando com firmeza, inclusive desde “posições políticas tão antagônicas como o liberalismo-radicalismo de esquerda e o conservadorismo de direita”.⁶⁴⁴ A sintetização do pensamento que se formaram nas décadas de 1960 e início de 1970, encontram-se nos abusos perpetrados em nome da ressocialização, assentados nas terapias intrusivas ou no encarceramento excessivamente prolongado sob uma determinação da pena fundada em considerações ressocializadoras,⁶⁴⁵ em demandas de castigos mais severos; e a alegada falta de efetividade dos programas ressocializadores.⁶⁴⁶

Em 1974, a conclusão que “nada funciona” já seria sintetizada em um trabalho muito aclamado de Robert Martinson, chamado “*What Works in Prison Reform?*”, que a partir da análise de 231 avaliações entre os períodos compreendidos de 1945 a 1967, apresentou a devastadora conclusão que “apenas em excepcionais ocasiões, os esforços pela reabilitação apresentaram um efeito apreciável sobre a reincidência”.⁶⁴⁷

A *new penology* apresentava-se em obras como paternalismo hipócrita, como os métodos positivistas da criminologia ortodoxa, de modo que se colocou em “completo questionamento o consolidado pressuposto de que a violação da lei penal era sintoma de uma

⁶⁴³ As instituições penais *welfaristas* se formaram em um momento histórico particular em resposta a um específico problema de ordem. Em sua forma desenvolvida “estas instituições estiveram associadas com um tipo de política social-democrata e uma narrativa cívica da inclusão que baseavam sua força nas relações de classe e da memória coletiva que dominavam o período imediatamente posterior da Segunda Guerra Mundial na Grã-Bretanha e Estados Unidos. Também encarnavam a combinação distintiva de motivações humanitárias e utilitárias que caracterizaram as relações entre os grupos governantes e as classes subordinadas durante o desenvolvimento da democracia de massas”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 102-103.

⁶⁴⁴ O feito de criticar a reabilitação unia a esquerda, a direita, o centro, aos liberais, radicais e conservadores. Foi “uma espécie de catarse dirigida contra um novo *establishment* que havia se construído em um largo período e que havia erigido uma frente a dúvidas profundas e interesses contraditórios”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 102-103.

⁶⁴⁵ Apesar do constante conflito com boa parte da opinião pública, o sistema de *parole* nunca foi tão favorável aos apenados. Ao administrativizar a Execução Penal, o sistema diminuía o acesso do preso a sua família, à jurisdição dificultando a garantia de seus direitos após a condenação. Inclusive, antes de 1972, o judiciário norte-americano não reconhecia a incidência do devido processo legal nos procedimentos para concessão ou revogação do *parole*. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 60.

⁶⁴⁶ Críticas que iam realmente ao ponto central do welfarismo penal: I- Se o delito é um problema social, então as respostas individualizadas inevitavelmente fracassariam na busca de suas causas profundas; II- Intervém depois que o dano foi produzido, respondendo a consequências mais do que a causas, focando em indivíduos já constituídos e não passíveis de correção. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 89.

⁶⁴⁷ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 114.

patologia delitiva e a concepção de que os costumes da classe média branca eram o padrão de normalidade e saúde social”. Questionava-se o poder penal discricionário mascarado no tratamento ressocializador e a possibilidade de prever os comportamentos individuais e sustentar o tempo final da prisão com base nisso. Como consequência lógica considerou-se que “este impressionante poder estatal, incontrolável por natureza, havia sido utilizado sistematicamente de maneira discriminatória para perseguir objetivos repressivos que respondiam às necessidades de controle social das instituições e aos interesses políticos das classes dominantes”.⁶⁴⁸

Estava implodido as vigas que sustentaram o sistema ressocializador, o caminho era um sistema de penas uniformes e proporcionais que se relacionassem com a conduta delitiva e não com as características dos sujeitos condenados. Como formulava Marvin Frankel, era necessário uma mudança estrutural e o colapso do correccionalismo; imposição de controles legais à discricionariedade na determinação das sentenças, e colocar “um fim na justiça sem lei”.⁶⁴⁹

Sob a racionalidade neoliberal, o ideal era o corte de elementos que se apresentavam improdutivos. Dessa forma, uma nova posição estava sendo construída explicitamente flertando com o retribucionismo. Surgia uma nova doutrina do castigo que preferiu se identificar com a ideia de “merecimento” ou “justo merecido”. Zysman Quirós assinala que o *just deserts* tentou concentrar-se ao redor de uma ideia muito simples, e em princípio, facilmente aceitável, mas que levava a aprofundar outras considerações teóricas: “a severidade do castigo deve ser medida com a severidade do dano”.⁶⁵⁰

Nessa esteira, David Garland assentara que o “*Doing Justice* expressamente sustenta uma filosofia retribucionista do castigo, remarcando a superioridade moral dos castigos proporcionais do passado, no ‘justo merecido’, sob os perigos imorais e autoritários das medidas penais fundamentadas em predições de criminalidade futura ou na evolução do caráter individual e modo de vida”.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 115.

⁶⁴⁹ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 115.

⁶⁵⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 34.

⁶⁵¹ Resgataram-se e debateram-se formulações kantianas e parte do penalismo de Beccaria e Bentham dedicado à retribuição, à proporcionalidade e a prevenção geral. Esse ressurgimento do pensamento filosófico penal não utilitarista (não consequencialista) e a influência que logrou em pouco tempo, foi muito significativo na década de 70. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 37.

Von Hirsch além de distanciar-se das referências da retribuição e da proporcionalidade que apareciam como justificações passionais, não científicas, e severamente punitivas, utilizou a imagem de merecimento relacionando-se com os direitos individuais, com a busca de uma pena que se dirigisse ao “culpado pelo que fez e não uma que utilizasse seu castigo para a utilidade da comunidade”. O indivíduo castigado é um agente moral de compreensão e não um sujeito com anormalidade, ao castigar uma conduta com maior severidade que outras, de modo coerente, o castigo expressa a mensagem sobre as quais são as condutas mais reprováveis. Esta teoria do merecimento baseada na censura não pretendeu o arrependimento do infrator, mais especificamente, “para essa posição a severidade (a dor do castigo) resulta um elemento necessário”.⁶⁵²

E assim formulou o que seriam os dois aspectos da justificação do castigo: um primeiro aspecto relacionado com a justificação geral da sua existência; e um segundo aspecto que permitisse analisar a justificação da determinação (concreta) da pena, isto é, que pudesse resolver o *quantum* do castigo ou qual seria a severidade da resposta que deveria sofrer um condenado pelo delito que cometeu. Esta seria a conexão necessária sobre o problema da discricionariedade judicial e a disparidade de penas, assentando os critérios da sentença determinada.

Primeiro, a proporcionalidade “ordinal” que expressa que aqueles que cometem delitos semelhantes devem receber castigos semelhantes onde as penas graduam-se sobre a base de um critério similar, sem cair em percepções subjetivas. Assim, quanto mais importante os interesses afetados, mais severa deveria ser a pena. E, o segundo critério, aquele relacionado com a proporcionalidade “cardinal” parte da assunção não relativa, “pensada para limitar tanto a possibilidade de que esta escala chegue a penas inadequadamente severas que vulgarizem a afetação dos interesses vitais das pessoas castigadas, como para que não sejam tão insignificantes como para borrar o reproche”. Portanto, a “conjunção de ambos princípios e o arco de penalidades no qual se determine qual será a pena mínima prevista na legislação para o delito menos censurável e qual será a mais severa”.⁶⁵³

As bases filosóficas do novo sentenciamento estavam sendo construídas sob a total remoção de elementos sociais e humanos da análise, sob critérios perfeitamente formulados, porém, onde o ambiente social e político somente justificaria, daí em diante, a movimentação política em direção a uma maior punição, que cristalizava a ansiedade de todas as diferentes

⁶⁵² ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 40.

⁶⁵³ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 42-43.

bases sociais. Na prática, “o desejo de um justo e merecido castigo morreu em pouco tempo e as políticas de lei e ordem ocuparam seu lugar”.⁶⁵⁴

Outro campo acadêmico também é de notória influência a partir da década de 1960, onde desenvolveu-se nos Estados Unidos um corpo de metodologia unitária denominada *Law and Economics*, liderado pela Escola de Chicago, que obteve grande recepção de suas formulações no campo acadêmico, como nos tribunais federais e estaduais, inclusive, com nomeações de alguns de seus mais conhecidos representantes na *United States Sentencing Commission* e na magistratura estadunidense. Richard Posner, um dos seus expoentes, é um dos exemplos da decisiva influência deste movimento nas reformas penais dos Estados Unidos, que se estenderam “ao desenho das *Federal Sentencing Guidelines*”.⁶⁵⁵

As temáticas do movimento seguiram os ensinamentos dos economistas neoliberais como Frederick Hayek e Milton Friedman, analisando a conduta delitiva e o castigo como ferramentas da economia, como faria com qualquer outra conduta humana, e observando sob o mesmo olhar os custos e os benefícios do sistema de justiça criminal. Nutridos em excesso pelo individualismo, o princípio da escassez e o utilitarismo movem-se no terreno absurdamente instrumental em comparação com qualquer outra abordagem da questão do delito.⁶⁵⁶

Na análise econômica, há essa dissociação entre a atividade delitiva das suas patologias e motivações das conclusões positivistas, e tudo seria colocado sob as lentes racionais: preferências individuais, oportunidades, os custos e benefícios. Assim, “uma pessoa comete um delito porque os benefícios que espera deste excedem os custos esperados”.⁶⁵⁷ Mesmo sob a questão de que os custos não são tangíveis e pecuniários em casos como de crimes passionais, Gary Becker sustentou que “uma teoria útil do comportamento criminal

⁶⁵⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 34.

⁶⁵⁵ Richard Posner foi nomeado juiz do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos, juntos com outros colegas como Frank Easterbrook, Guido Calabresi, Douglas Ginsburg, Robert Bork e Alex Kozinski. Stephen Breyer depois de integrar a primeira *U.S. Federal Sentencing Commission* (1985-89), foi eleito em 1994, para a Suprema Corte dos E.U.A. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 48.

⁶⁵⁶ O autor aponta essa despreocupada ruptura com o “sentido comum” da questão criminal de nossos dias. “Becker começou seu artigo afirmando que, em algum ponto, o custo social de erradicar o delito seria superior ao custo social gerado por ele. Como base nesse ponto de partida (que tinha especial afinidade com um sistema jurídico penal no qual as agências estatais tinham ampla discricionariedade para perseguir ou não o fato), se perguntava com rigor: Quantos recursos e quanto castigo deveriam usar-se para aplicar diferentes tipos de legislação? Quantos delitos deveriam ser permitidos e quantos delinquentes deveriam escapar impunes?”. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 51.

⁶⁵⁷ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York, Aspen Law & Business, 1998, p. 242. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 51.

pode dispensar as teorias especiais da anomia, as inadequações psicológicas, ou herança de qualidades especiais, e simplesmente estender a análise econômica usual da eleição”.⁶⁵⁸ Desse modo, fica bastante clara a pretensão reducionista, de rechaço completo do campo penal no terreno da vida social, como das formulações analíticas do direito penal material.

Michel Foucault, ao fim da década de 1970, já havia manifestado esse enfoque do neoliberalismo norte-americano que pretende utilizar a economia de mercado a suas análises para interpretar fenômenos que não são propriamente econômicos, permitindo criar uma “grade de inteligibilidade” para se decifrar economicamente os comportamento individuais e sociais, e assim criar crítica política/mercantil das ações.⁶⁵⁹ Uma total racionalização da punição: baixo custo da transação e eliminação de subjetividade.

A eficiência nessa disciplina costuma ser utilizado em diferentes sentidos: a noção de eficiência mais estendida com aquela que se mantém no campo da racionalidade instrumental ou de meios e fins: quando: I- com os meios que se dispõe se satisfaz a máxima quantidade de fins, restringindo os meios e maximizando os fins ou, alternativamente, quando; II- se obtém um ou uns fins com o menor custo possível.⁶⁶⁰ A dissuasão, nesse aspecto, satisfaz-se da mesma maneira quando se aumenta a certeza da condenação, como quando se incrementa a magnitude punitiva, onde, contemporaneamente, isso não leva necessariamente a questionar a imposição irracional da severidade punitiva, onde muitos trabalhos justificam elevar os máximos punitivos argumentando que “a modificação legislativa comporta, em termos de custos sociais, muito menos que o que implica um reforçamento nas agências de justiça”,⁶⁶¹ ou mais especificamente, mais polícia ou o maior aparelhamento judiciário.

Outra referência que se destacou no ultimo terço do século XX, nos Estados Unidos foi a incapacitação, orientada pela prevenção especial negativa, por meios prolongados de encerramento em cárcere, mas também mediante prisões domiciliares ou sistemas de vigilância eletrônica. James Q. Wilson, foi um dos expoentes com sua obra de 1975, “*Thinking About Crime*”, onde, para além de outras questões, desestimulava os intentos de

⁶⁵⁸ BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. Journal of Political Economy, vol. 76, 2. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 51.

⁶⁵⁹ “Essa grande preocupação pela lei, o princípio invocado sem parar de que, para que um sistema penal funcione bem, é necessário e, em última instância, quase suficiente uma boa lei, não era outra coisa que uma sorte de vontade de buscar o que chamaríamos, justamente em termos econômicos, o baixo custo da transação (evitar a negociação constante). A lei é a solução mais econômica para castigar bem a gente e para que o castigo seja eficaz”. FOUCAULT, Michel. *Nascimento de la Biopolítica. Curso em el College de France (1978-1979)*. F.C.E., 2007, p. 329.

⁶⁶⁰ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Análisis Económico del Derecho y Política Criminal*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Extra 2, UNED 2004, p. 933.

⁶⁶¹ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 55.

reduzir o delito através de programas sociais de redistribuição econômica. Não necessariamente defendendo a “pena justa”, defendia a imposição de castigos dissuasivos, suficientemente duros para atuarem como desincentivos reais aos potenciais delinquentes somado de mais ações policiais/controlar e castigos mais duros/dissuasão. Além destes fatores, a sua proposta previa aos delinquentes “perigosos” ou reincidentes, a submissão a sentenças extraordinariamente largas, ou incapacitantes, e em alguns casos, a pena de morte.⁶⁶²

Neste período, o ingresso de investigações estatísticas sobre a incapacitação seletiva contra adultos “criminosos de carreira” e em busca da racionalização das políticas públicas apresentam-se de modo contundente em diversos estudos a partir da década 1980. A obra coletiva de Mark Peterson e Harriet Braiker publicado em 1981, “*Who Commits Crimes*”, sob um estudo de duas classes de criminosos entre “eventuais” e “habituais”, apresentava as conclusões que os “habituais”, em cerca de 8% dos mais ativos do grupo, eram responsáveis por aproximadamente 60% do total de crimes.⁶⁶³

Há o exemplo do estudo de Reuel e Shlomo Shinnar, na tentativa de produzir modelos satisfatórios para calcular os efeitos da incapacitação e orientar políticas penais, analisaram os custos e os benefício da incapacitação geral e estimaram que a imposição de cinco anos de prisão para todos os condenados a delitos violentos acompanharia uma redução de 80% da taxa de delitos. Ou da variável “lambda” que expressava o número de delitos que um indivíduo determinado podia cometer durante um ano. E ainda, o método teórico de “carreira criminal” ou “vida útil delitiva”, que permitia calcular a incidência que a prisão imprimia na vida de uma pessoa dedicada ao delito, que autores como Blemstein e Cohen se dedicaram.⁶⁶⁴

Nessa racionalidade de erigir um sistema que formula uma prognose de risco dos indivíduos, surgem dois “inconvenientes personagens” que seriam para Maurício Dieter, o próprio calcanhar de Aquiles da política criminal atuarial: de um lado, os falso-positivos, isto é, as pessoas que são equivocadamente rotuladas como de alto risco ou perigosas, embora não representem nenhuma ameaça real à sociedade; de outro, os falso-negativos, como são chamados os reincidentes crônicos e violentos erroneamente perfilados por instrumentos atuariais como de baixo risco. As estratégias de castigo desenvolveram-se para uma

⁶⁶² WILSON, James Q. *Thinking About Crime*. Basic Books, New York, Revised Edition, 2013.

⁶⁶³ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 102.

⁶⁶⁴ BLACKMORE, John e WELSH, Jane. *Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk*. In: *Crime & Delinquency*. Oct. 1983, p. 507-508. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 61.

“incapacitação seletiva”, a qual o tempo traria o seu gradual aperfeiçoamento e reduziria a “margem de erro”.⁶⁶⁵

O trabalho de Peter Greenwood em 1982, buscou identificar e classificar os delinquentes mais perigosos com a finalidade de incapacitá-los por um tempo significativo.

De acordo com seu cálculo, sem a utilização de orientação estatística no sentenciamento seria necessário o encarceramento de 10% dos assaltantes para produzir um decréscimo de 5% no número total de roubos. Em contraste, uma prática mais seletiva que adotasse sua tabela de 7 fatores e aumentasse a incapacitação dos condenados com perfil de alto risco em 25%, redundaria na diminuição dos roubos em 5%, com correspondente aumento da população carcerária em apenas 3%. Por fim, argumentava, caso seu método fosse utilizado como parâmetro das sentenças contra todos os acusados, seria viável a quase milagrosa redução de 5% dos crimes com simultânea diminuição em 10% do número de encarcerados.⁶⁶⁶

Como “único caminho fiscal viável”, a formulação de um ideal de “prender bem” e relegar aos demais para o “controle panóptico (des)institucionalizado”, a incapacitação seletiva apontava a nova direção que estariam tomando os sistemas penais nos últimos tempos. A palavra “risco” alargou-se na teoria social apresentando-se “a sociedade de risco como aquela que se organiza em forma significativa em torno do conceito e que crescentemente governa seus problemas em termos de discursos e tecnologias de risco”.⁶⁶⁷ O atuarialismo se propagará substituindo a descrição moral ou clínica por uma linguagem de cálculos probabilísticos e estatísticos aplicadas nas populações perigosas em lugar de indivíduos.⁶⁶⁸

Feeley e Simon concluem perfeitamente de como “sua amorfia contribui ao seu poder”, o qual “é poderosa justamente porque não é necessariamente uma ideologia bem articulada, envolve práticas, mas não é reduzível a uma tecnologia específica ou a um conjunto de comportamentos”.⁶⁶⁹ Este seria o novo paradigma penal de justiça atuarial: igual

⁶⁶⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 216.

⁶⁶⁶ GREENWOOD, Peter W. *Sentencing*, p. 1-7. In: DUTILE, Fernand e FOUST, Cleon (Orgs.). *The Prediction of Criminal Violence*. Springfield: Charles C. Thomas, 1987. Apud: DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 105.

⁶⁶⁷ O'MALLEY, Pat. *Risk, Power and Crime Prevention*. Economy Society, vol. 21, 1992.

⁶⁶⁸ YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Ed. Revan, 2002, p. 76.

⁶⁶⁹ FEELEY, Malcom. *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*. In: NELKEN, David (org.). *The Futures of Criminology*. London, Sage Publications, 1994. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 68.

acontece nos seguros, “sua preocupação está orientada às técnicas de identificação, classificação e manejo de grupos populacionais, segundo os níveis assinalados e periculosidade”. Considera, de antemão, a existência do delito como algo que deve se dar por certo e supõe o desvio como um ato normal, suas intervenções não se dirigem à vida individual, não questionam moralmente ou causalmente (não é etiológica), mas sim “tão somente procuram regular grupos humanos perigosos para otimizar o manejo ou gerência de riscos”.⁶⁷⁰

Como já desenvolvido neste trabalho, em New York houve uso da ciência estatística com a coleção de dados na busca de quantificar casos criminais e qualificar a demografia pelo crime e os tipos de crime em 1839, porém, nesse período não houve uma aplicação sistemática destas técnicas dentro dos sistemas criminais de justiça. De acordo com Maurício Dieter, sua vocação como diretriz mais geral de ações para o controle social, aconteceu no campo do *parole board*, como aperfeiçoamento do processo de individualização segundo o cálculo do risco de reincidência nas primeiras décadas do séc. XX. Os desenvolvimentos de Sam Warner, Hornell Hart e posteriormente, Ernest Burgess são pontos de origem desse deslocamento específico.⁶⁷¹

Anterior a um atuarialismo individualizado, existiu um atuarialismo social no qual se estudava o risco e as estimativas de probabilidade dos acidentes industriais, a enfermidade, a velhice e o desemprego, mas fora do sistema penal, que tinha sustento nas preocupações das ciências do homem para responder às contingências da sociedade *welfarista*. Conforme Pat O’Malley, “foi quando começou o desmantelamento do Estado de bem-estar e a diminuição

⁶⁷⁰ Estes autores sustentam que a justiça atuarial encontra suas origens ou condições de possibilidades em tecnologias desenvolvidas fora do sistema penal e que podem achar-se no direito de danos, nas investigações sobre análises de sistemas e no auge do movimento do *Law and Economics*. O direito de danos foi o primeiro que desenvolveu uma linguagem de utilidade social e gerenciamento diante do tradicional da responsabilidade individual. A análise de sistemas desenvolveu-se nas práticas das matemáticas, da física e da engenharia elétrica e desde aí, concebida como uma nova forma de racionalizar as decisões, saltou às práticas da Secretaria de Defesa dos Estados Unidos na década de sessenta, de onde o passo ao sistema de justiça criminal era obrigatório. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 68.

⁶⁷¹ Hart utilizou as mesmas tabelas de Warner para construir prognósticos de risco de reincidência conforme a pontuação de cada jovem em relação a 30 quesitos, entre os quais: a) tabagismo; b) falta de ocupação lícita; c) prática de religião não-cristã; d) uso de drogas; e) alcoolismo na família; f) uso de fraude no crime; g) 6 ou mais sanções disciplinares no reformatório juvenil; h) situação marital dos pais como regular, ruim ou problemática; i) pais com antecedentes criminais; j) reincidência. [...] Burgess identificou 22 variáveis associadas à maior probabilidade de sucesso, entre elas 1) existência de antecedentes criminais; 2) nacionalidade da ascendência; 3) natureza das relações familiares; 4) tipo social e; 5) personalidade. [...] A triunfante parametrização de Burgess redundou na enfática recomendação de que a Comissão passasse a adotar métodos estatísticos para decidir sobre o *parole*. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 55, 58.

das ciências humanas, que as técnicas atuárias foram consideradas para cumprir um rol central na justiça penal”.⁶⁷²

Inserido desde o período *welfarista* penal, estes instrumentos atuariais já atuavam dentro da perspectiva da Execução Penal, exemplo o trabalho do casal Glueck antecipando a derrota da reabilitação com os estarecedores dados que indicavam 80% de reincidência no Reformatório de Massachusetts, entre 1911 e 1922, uma das melhores instituições americanas. O que ocorreu foi uma infiltração nas demais áreas após a Segunda Guerra mundial.⁶⁷³

No sistema federal, Zysman Quirós cita as investigações de Don Gottfredson e Leslie Wilkins que trabalhando junto com o *United States Board of Parole* vinham desenvolvendo tábuas de previsões em torno da liberdade condicional de condenados por distintos delitos e a compilação dos casos anteriores para aplicar a penalidade uniforme. Depois, alguns estados como Oregon, Washington e Minnesota experimentaram desde o final da década de 1960, as primeiras *guidelines* para controlar a execução das penas em razão dos critérios de liberdade.⁶⁷⁴

Desse modo, para além das ideias criminológicas e dos reformadores do sentenciamento, essas novas tecnologias do poder apresentavam-se como soluções destes problemas, o que modelou todo um novo campo do controle do delito e da justiça penal adaptada às novas condições político-sociais, como afirma David Garland.⁶⁷⁵ As décadas de

⁶⁷² O'MALLEY, Pat. *Risk, Power and Crime Prevention*. Economy Society, vol. 21, 1992, p. 47.

⁶⁷³ O autor afirma que no início da década de 1950, tal sucesso autorizava Burgess, na linha do que já havia proposto o casal Glueck, vinte anos antes, a defender abertamente que “a utilização de prognósticos de risco não deveria ficar restrita a este momento da Execução Penal, mas permear diversos outros campos do sistema de justiça criminal, com vistas a aumentar sua eficácia preventiva”. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 70.

⁶⁷⁴ Edward Relley em *History of the Federal Parole System* aponta que “a *U.S. Parole Commission* experimentou desde a década de 1970 formas de estruturar a discricionariedade e unificar as decisões com distintos instrumentos. O instrumento mais qualificado que se desenhou nos E.U.A. foi o *Salient Factor Store* (SFS), com o qual trabalhou de maneira provisória em 1972, e adotá-lo ao sistema federal a partir do final de 1973. Desde então se reestruturaram e se atualizaram suas variáveis como consequência da análise de suas experiências de liberdade. Em 1994, mais da metade das agências de *parole* ainda em existência informavam estar utilizando algumas formas de pautar a liberdade com base em fatores de risco”. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 102.

⁶⁷⁵ O autor sustenta que as estruturas e ideologias do controle moderno do delito se colapsaram não somente pela crítica intelectual, ou pelo fracasso penalógico, senão “devido a que perderam suas raízes nos modos de vida que lhe davam sustento. Os novos programas (1980-1990) e estratégias de controle de delito respondiam ao suposto fracasso do estado de justiça penal em seu modo de bem-estar penal e ocupou espaço institucional criado pelo assalto contra o correccionalismo. Mas também, se adaptaram às novas condições sociais, políticas e culturais da sociedade moderna tardia e as novas relações de classe e raciais às quais deram nascimento”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 136.

1980 e 1990 apresentariam a abrupta reversão das antigas políticas com uma reformulação de todo o campo do controle do crime, justificadas pelo incremento rápido e contínuo das taxas de criminalidade que se deram nas nações industrializadas ocidentais.⁶⁷⁶

Se a prisão no sistema *penal-welfare* funcionava como última instância do setor correcional, ou último recurso do tratamento, na sequência atual pós-moderna ou neoliberal, se concebe explicitamente como elementar mecanismo de exclusão e controle.⁶⁷⁷ Neste ínterim, o *plea bargaining* como modelo de disposição de casos torna-se central e aprofunda o problema, pela sua dinamicidade e rapidez. Se apresenta como um sistema que supostamente desenvolve uma segunda opção autônoma, onde o indivíduo opta pela convergência ou pelo acordo de uma pena mitigada, mas os resultados na ordem social são da explosão do aprisionamento e da punição. Em síntese, diante destas mudanças estruturais apresentadas do *welfarismo* a uma cultura do controle neoliberal, o *plea bargaining* é o dinâmico modo de disposição de casos para o encarceramento rápido dos crimes graves e a estigmatização das pequenas ofensas que caracterizam o sistema americano atual.

Em um período que ele já estaria definitivamente “julgado” pela Suprema Corte, e ninguém discutiria sua ampla utilidade e eficiência, o espectro do sistema criminal de justiça se expandiria pelo *law and order* que muito refletiriam no sistema da *misdemeanors*, como da feroz “guerra” contra as drogas, simbolizada pela “pandemia” do *crack*, como dos “predadores”, que deveriam ser neutralizados pelos novos dispositivos.

Assim, a ética punitiva da ressocialização implodiu diante do ‘bem punir’, ao modo da necroética.⁶⁷⁸ Uma vez que nas mentes fica imposto que toda a ética ressocializadora, por mais bem-intencionada que for em seus fundamentos, não funciona, dispensa-se qualquer discussão de fundo e avaliações morais. Sendo a mera incapacitação “mais eficiente”, a discussão remeteu-se a argúcias técnicas de estatísticos, desviando-se o olhar da realidade humana que esta produz. Reproduz-se uma doutrina da incapacitação através da objetificação:

⁶⁷⁶ “Enquanto que os governos do pós-guerra assumiram como sua responsabilidade garantir o pleno emprego e a prosperidade generalizada, estes governos da Nova Direita rapidamente abandonaram estas. Sustentando que o desemprego, como a prosperidade, era um fenômeno gerado pelo mercado que refletia a saúde subjacente da economia – no lugar do resultado de uma política de Estado-nação -, estes governos se abstiveram de intervir e permitiram que as forças do mercado operassem em grande medida sem controles, impondo ao mesmo tempo grandes recortes ao gasto público. O resultado previsível foi o rápido colapso da produção industrial e a reaparição do desemprego estrutural a escala massiva, como não se via desde 1930. Ambos fenômenos foram utilizados politicamente quando os governos de Reagan e Thatcher deram passos para debilitar aos sindicatos, devolver poderes aos gerentes e ao capital, desregular a vida econômica, reverter a ‘revolução dos direitos’ e ‘retroceder’ com o Estado de bem-estar”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 171.

⁶⁷⁷ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 291.

⁶⁷⁸ CHAMAYOU, Grégoire. *Teoria do Drone*. Coleção Exit, Cosacnaify, 2015, p. 137.

desencarnar a existência dos criminosos. O único dispositivo capaz de verificar as absurdas injustiças que um sistema mecanizado produz, o olhar humano, seria inutilizado.

4.5. UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES E A ERA DO APRISIONAMENTO EM MASSA.⁶⁷⁹

O desenvolvimento do que viria a tornar-se as *United States Sentencing Guidelines* (Diretrizes de Sentenciamento dos Estados Unidos) foi resultado de décadas de trabalho crítico com o anseio de frear o arbítrio judicial, e principalmente, “mover a penalização a um sistema com fins mais pragmáticos, uniformizando, acelerando e simplificando as decisões de caráter penal, reduzindo a sobrecarga do sistema”.⁶⁸⁰ A crítica ao sistema do período era que o poder do juiz era sem limitações, tanto pelas regras legislativas, como pela revisão de apelação que era criticada por ser *post hoc*. O sistema antigo “relegava o Congresso, os procuradores, as cortes de apelação, e acusados, qualquer poder na sentença”.⁶⁸¹

Cem anos após a primeira implementação da sentença indeterminada, o Estado da Califórnia sancionou a primeira lei de pena determinada em 1976 – a *Determinative Sentencing Act* – de forma a trazer uma nova realidade à discricionariedade e as disparidades de penas. A essa primeira ruptura da política de sentenças indeterminadas seguiram reformas legislativas nos Estados de Maine e Indiana em 1977, e Illinois em 1978.⁶⁸²

A lei californiana especificava seu objetivo de eliminar a disparidade obtendo uniformidade das condenações, adotando expressamente a concepção retributiva do castigo em lugar da ressocialização, orientando aos juízes através da fixação de três categorias de penalidades para os delitos – alta, média e baixa –, estabelecendo que deveria se impor a penalidade média, salvo se existissem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Determinou-se a permissão de apelação sobre as penas impostas a um tribunal superior para evitar disparidades e aboliu as *parole boards*, disso decorrendo que as condenações seriam

⁶⁷⁹ Segundo o autor, se a tendência continuar, aproximadamente 1 a cada 15 americanos nascidos em 2001 irá servir algum tempo de prisão durante sua vida (6.6% desse corte por nascimento); 1 em cada 3 negros, 1 em cada 7 hispânicos, e 1 em cada 17 brancos irão para a prisão durante suas vidas. Ainda, “as probabilidades de um homem negro ir a prisão atualmente são maiores que as probabilidades de ir à universidade, casar ou tornar-se militar”. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press. 2007. p. 141.

⁶⁸⁰ TEXEIRA, Adriano. Apresentação da obra de ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 7.

⁶⁸¹ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 244.

⁶⁸² Este último assessorado pelo próprio juiz Marvin Frankel. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 70.

cumpridas em sua totalidade, salvo previsão de redução por boa conduta em porcentagem que as leis estabeleciam expressamente.⁶⁸³

As bases do sistema de determinação de pena que se propagaria até os dias atuais foi lançado em 1978, no Estado de Minnesota, diferindo do experimento californiano apresentando uma verdadeira tábua onde a discricionariedade praticamente desaparece. Eliminou o *parole board*, tornando voluntário os programas de tratamento carcerário que até então eram coativos. E assim, criou o *Sentencing Guidelines Commission*, destinada a implementar regras numéricas, orientadoras, para as condenações de prisão por *felonies*.⁶⁸⁴

No início da década de 1980, a *Minnesota Sentencing Guidelines Commission* pôs em vigor um jogo de diretrizes centradas em torno de uma tábua de setenta compartimentos. Os dois eixos maiores da tábua eram representados, um pela gravidade do delito (o vertical), classificado de 1 a 10, e o outro (horizontal) pela pontuação da história delitiva (antecedentes). Este último eixo partia do nível 0 (sem antecedentes) e chegava a um nível máximo de 6. A pontuação desta escala resultava em medir se ele ou os delitos anteriores eram *felonies* ou *misdemeanors*, constatar se eram antecedentes juvenis e comprovar se o condenado se encontrava em liberdade vigiada por uma condenação a *probation* no momento de delinquir.⁶⁸⁵

Os juízes podiam afastar-se destas recomendações das *guidelines* em situações atípicas, ou seja, quando excediam as provisões do legislador. Portanto, havia previsão de quando não seriam mandatórias as *guidelines* para os juízes.⁶⁸⁶ Quanto ao tempo de cumprimento efetivo da pena de prisão podia-se reduzir até um terço do total por boa conduta,

⁶⁸³ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 100.

⁶⁸⁴ Estipulava-se que esta comissão seria um corpo permanente, composto por um total de onze integrantes entre os quais haviam juízes, promotores e advogados defensores, funcionários correccionais de outras áreas do sistema penal e simples cidadãos. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 102.

⁶⁸⁵ Por sua vez, os compartimentos dividiam-se por uma linha demarcatória zigzagueante chamada “linha de disposição” ou linha de “dentro/fora”. Sobre essa linha, as guias recomendavam que se cumprisse a condenação a prisão. Cada quadro possuía um estreito nível sugerido, expressado em meses de prisão, que posteriormente agregou-se também a recomendação de uma melhor penalidade. Por baixo da linha referida das *guidelines* recomendavam que, em caso de eleição da prisão, estas não fossem de cumprimento efetivo. Em caso de que se concedesse *probation*, esta podia ser acompanhada de severas condições, que iam desde o fechamento em um cárcere local por um ano até a participação em programas de tratamento, supervisões de distintos tipo de parte de um oficial de *probation*, horas de serviço à comunidade, restituições à vítima ou pagamento de uma multa. Sua revogação continha que se executasse a pena de prisão”. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 103.

⁶⁸⁶ Em tal caso, o juiz devia motivar por escrito as razões que o havia levado a se afastar delas (*departure*), demonstrando o motivo pelo qual a pena imposta no caso era mais apropriada ou justa que a indicada pela diretriz. Com isso também de dava lugar a uma particularidade em um sistema jurídico como o estadunidense, já que tanto a defesa como a acusação (e isso é o atípico) podiam recorrer dessa sentença. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 104.

acompanhado de um período de supervisão (*supervised release*) similar ao da *parole*, tempo no qual os condenados deviam submeter-se a exames de drogas, entre outros.⁶⁸⁷ Ainda, a *Minnesota Sentencing Guidelines* apresenta ao Congresso emendas anuais que usualmente começam a reger no primeiro dia de agosto, tentando responder às mudanças legislativas e a jurisprudência.

Alguns pontos trazem as diferenças entre a *determinate sentencing* da Califórnia das *sentencing guidelines* que se seguiram implementando após Minnesota. Primeiro, não é o órgão legislativo que estabelece (ao menos diretamente) os marcos penais, são as *sentencing commissions*; o nível de especificidade no sentenciamento estabelecido sobre gravidade, antecedentes e delitos múltiplos é muito maior; e as *sentencing commission* além de produzirem investigações e constante análise da dinâmica da determinação da pena, atualiza-se de maneira sensivelmente mais dinâmica que os legislativos.

Durante os anos oitenta houve a difusão das *sentencing guidelines*, primeiro em Pennsylvania em 1982; em Washington, em 1984; em Oregon, Tennessee e Louisiana em 1987. Em 1988, New México sancionou uma lei estabelecendo uma *Sentencing Guidelines Commission*, assim como em South Carolina, New York, Connecticut e Maine. Na década seguinte as *sentencing guidelines* surgiram em Louisiana em 1992, Kansas em 1993, Arkansas e Michigan em 1994, e North Carolina em 1995. Em 2004, pelo menos dezoito estados e o distrito de Columbia haviam incorporado *sentencing guidelines* nas suas legislações.

No âmbito federal, em 1984, o Congresso dos Estados Unidos sancionou a *Crime Control Act*, por meio da qual modificou a codificação federal (*United States Code*),⁶⁸⁸ consolidando todas as leis gerais e presentes em vigor nos Estados Unidos, para incorporar

⁶⁸⁷ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 104.

⁶⁸⁸ Segundo o *Task Force on Federalization of Criminal Law*, da *American Bar Association*, ao iniciar o século XIX somente existiam um total de dezessete leis que sancionavam delitos federais. Em todo o século existiram muito poucas destas leis, até que na última parte daquele século o número de delitos federais cresceu consideravelmente, tendência que se manteve durante o século XX. A partir de 1934, o Congresso sancionou as leis conhecidas como *Crime Control Acts*, destinadas a regular o castigo de homicídios e agressões de funcionários federais, extorsão, transporte de pessoas sequestradas e voos interestaduais, bem como os delitos relacionados à administração federal das prisões e contra os bancos que operavam sob as leis nacionais. A federalização cresceu durante o século XX e a partir da *Crime Control Act* de 1973, a intenção principal do governo federal foi promover fundos e outros benefícios das agências que lutaram contra o delito no âmbito local e estatal. Sem embargo, apesar desta crescente transformação na legislação criminal federal, desde o princípio do ano 1900 até os anos oitenta não havia uma revisão articulada de todas estas leis. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 126.

novas disposições sobre delitos de violência, regulações da atividades antiterroristas, delitos econômicos, controle de substâncias ilícitas, entre outros.

Nesse caso, no capítulo do segundo *Comprehensive Crime Control Act (Sentencing Reform Act)* ajustou-se o principal marco legislativo da reforma penal em questão. A *Sentencing Reform Act* criou a *United States Sentencing Commission*. A *Sentencing Reform Act* também estabeleceu o âmbito de aplicação das *sentencing guidelines* que formularia a Comissão e fixou a política penal geral a qual essa comissão se regeria.

Os objetivos fundamentais da reforma seriam a partir de três metas: a) criar ‘honestidade’ no sentenciamento, mediante penas de cumprimento total e reduções pré-estabelecidas que deixassem de lado a prática usual do sistema de ‘sentença indeterminada’, na qual os condenados somente cumpriam uma parte da pena nominalmente fixada pelos juízes; b) criar ‘uniformidade’ no sentenciamento, estreitando a extensa disparidade de sentenças que impusessem por diferentes tribunais federais em atenção as infrações similares e condutas delitivas equivalentes; c) criar ‘proporcionalidade’ no sentenciamento, mediante um sistema em que se impuseram, de modo apropriado, penas distintas diante de delitos de distinta gravidade.⁶⁸⁹

No âmbito da justiça federal, pela legislação caótica e totalmente sem uma organização prévia, reconheceu-se a necessidade de contar com um corpo de *experts* que formulassem regras racionais para aplicação coerente e mais severa da determinação da pena. Também, a experiência de outros Estados indicava que as primeiras regras seriam imperfeitas e requereriam estudo e constante modificação no tempo e que a criação daquelas não somente necessitaria de uma “gestão profissional que permaneceria isolada das frequentes pressões existentes na arena política”.⁶⁹⁰

A *United States Sentencing Commission* não estabeleceu-se tão somente como um órgão de consulta, foi-lhe encomendado auxiliar o Congresso e o Poder Executivo no desenvolvimento de uma política criminal efetiva e eficiente, lhe concedendo um orçamento milionário e autorização para coletar, investigar e distribuir um grande acúmulo de informações sobre delitos federais e prática dos tribunais sobre a determinação da pena. Seu principal objetivo para racionalizar a determinação da pena seria promulgar detalhadas pautas, guias ou diretrizes que prescrevessem as penas apropriadas para cada delito e declarações políticas gerais relacionadas com a aplicação daquelas ou implementação das disposições

⁶⁸⁹ *United States Sentencing Commission, 1988, Federal Sentencing Guidelines Manual. Ch. I, Cap. I, Original Introduction.*

⁶⁹⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 133.

pertinentes ao *United States Code*. Também facultou a organização de categorias de delitos e de infratores, assim, as tradicionais distinções entre *felonies* e *midemeanors* foram dívidas em distintas categorias de delitos (exemplo, *felony* classe D).⁶⁹¹

A *U.S. Sentencing Guidelines* entrou em vigor em 1987, onde a tábua de penas é um quadro de dupla abertura, no que se mede a gravidade do delito em um eixo vertical e a história delitiva do acusado, em um eixo horizontal. A finalidade dessa grade é permitir determinar a interseção entre o delito e o histórico delitivo. Embora não seja a primeira, a tábua federal é a única em seu detalhe e complexidade, possui 43 níveis de delito, 6 categorias de histórico delitivo e um total de 258 compartimentos nos quais se expressam distintas categorias de penas de modo escalonado. Embora continue virtualmente a mesma desde as primeiras diretrizes, as regras para aplicar esta tábua duplicaram em extensão desde 1987.⁶⁹²

Neste novo sistema, os juízes perderam seu poder plenário sobre o início-fim do sentenciamento, mas mantiveram uma eventual discricionariedade através do poder de sentenciar dentro das variações da *guidelines* sem restrições,⁶⁹³ através do poder do decréscimo da pena base de impor sentença fora das linhas,⁶⁹⁴ e através da oculta discricionariedade *de facto* para sentenciar os fatos. Cortes recursivas ganharam um papel sem precedentes através da função de revisão.⁶⁹⁵

A *U.S. Sentencing Guidelines* aboliu definitivamente o centenário instituto do *parole* no nível federal, erradicando totalmente a discricionariedade executória na matéria. Esse movimento de reforma que era considerado, particularmente em seu início, expressão da erradicação da arbitrariedade nas penas mediante condenações retributivas, proporcionais e

⁶⁹¹ Exigiu-se que a Comissão enviasse ao Congresso a primeira versão das *sentencing guidelines* no ano de 1987. A Comissão apresentou tal versão baseada em “considerações jurídicas e investigações empíricas realizadas por ela própria nesses dois anos, nas quais avaliaram mais de dez mil informes destinados à determinação judicial da pena e quarenta mil condenações impostas, entrevistas com pessoal chave e comentários institucionais”.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 134, 137.

Estas pautas estão acompanhadas de comentários oficiais efetuados pela Comissão, que estritamente não formam parte de cada uma das diretrizes. Apesar disso, possuem muita importância, são reconhecidos pela jurisprudência do máximo tribunal estadunidense e estão destinados a relacionar aquelas com as disposições legais que proíbem o delito e permite sua correta interpretação e aplicação. Afastar-se dos comentários pode levar a uma aplicação incorreta das diretrizes, dando motivo para uma possível apelação. Também os comentários podem oferecer informação sobre os motivos das diretrizes ou sugerir outras razões para se afastar delas, nos termos previstos na lei. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 138.

⁶⁹³ A sentença encontra-se em conformidade com as *guidelines* para o aprisionamento se está dentro do mínimo e máximo termo da aplicação da extensão das *guidelines*. *U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5cl.1(A) (2004)*.

⁶⁹⁴ Detalhando a base de aprovação para aumento ou decréscimo da pena base. *U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5k (2005)*.

⁶⁹⁵ Antes do sistema das *guidelines*, uma sentença criminal federal dentro dos limites previstos em lei era, por todos os propósitos práticos, não revista sob apelação. *Koon v. United States*, 518 U.S. 81, 96 (1996). Com o 18 U.S.C. § 3742 (2005), criou-se o direito à apelação de uma sentença das *guidelines* para o acusado como para o governo.

inalteráveis, minuciosamente definidas *ex ante* pelo poder legislativo, ao “exemplo da mais categórica codificação de penas fixas: o Código Penal francês de 1791, fruto das ideias da Revolução Francesa”.⁶⁹⁶ Porém, a experiência até o momento apresentam resultados bastante diversos dos pretendidos; se não, anunciados. Pelo contrário, prontamente apresentou a sua face oculta.

Todas as críticas dirigidas às *guidelines* apresentam as consequências que ela trouxe ao sistema criminal de justiça americano, e as contradições entre o discurso de sua implementação e estes resultados. Difícil é argumentar que estes resultados não são desejáveis politicamente.⁶⁹⁷ Isto porque a partir de 1994, o Congresso através da prática de pressão orçamentária, iniciou o processo de uniformização da utilização das tábuas, do *truth-in-sentencing*, e outras políticas criminais, condicionadas ao repasse de bilhões aos Estados.⁶⁹⁸

Sem dúvidas, como aborda Maurício Dieter, é o estágio final da realização da “eficiente prevenção” com a racionalização dos meios. Onde a missão da “gestão eficiente” que enfrentava dificuldade, justamente nos funcionários públicos que operavam com liberdade de ação, reduzindo a previsibilidade do sistema, encontra essa plena realização da política criminal atuarial, de subordinação formal da execução penal, do direito, e do processo, “mediante o esvaziamento da disciplina normativa e o fim da discricionariedade dos agentes da repressão, como forma de evitar a contaminação do projeto por fatores externos”.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 18.

⁶⁹⁷ Se o propósito não era prender mais, mas prender melhor, “só uma resposta era possível: a incapacitação não era assim tão seletiva quanto se anunciava. O motivo seria aquele defeito originário e bem conhecido do projeto, mas para o qual não fora dada tanta importância: a produção indesejada de falso-positivos. Em outras palavras, os instrumentos atuariais utilizados estavam a classificar joio como trigo com uma frequência muito maior do que a esperada; seriam as tais falhas no ‘targeting’ da repressão responsáveis por determinar, ao contrário do esperado, o aumento sem precedentes de gastos com segurança interna e a ‘sobrevitimização’ na execução penal”. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 224.

⁶⁹⁸ Em 1994 o Congresso dos Estados Unidos condicionou o repasse de bilhões de dólares aos Estados à estandardização das sentenças criminais, eliminação do *parole* e obrigação de cumprimento de 85% da pena pelos condenados sem qualquer forma de benefício, afetando profundamente a autonomia legislativa e jurisdicional em matéria penal. O sucesso dessa primeira intervenção mediante estímulo financeiro encorajou novas tentativas e as atuais limitações impostas via pressão orçamentária incluem definição de mínimo legal, reconhecimento obrigatório de certas agravantes – por exemplo, uso de armas em crimes violentos ou tráfico de drogas – e adoção de leis específicas contra reincidentes. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 184.

⁶⁹⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 116.

A outra enorme questão é a sanha legislativa, onde desde o Código Penal Modelo, formulado na década de 1960, buscando uma melhor uniformização das legislações criminais estaduais com a federal, a multiplicação de provisões no nível federal cresceu exponencialmente. Ronald Gainer atribui que há 3.300 provisões criminais somente no Título 18, do Código Criminal Federal.⁷⁰⁰ Stanley Arkin afirma que aproximadamente 300.000 regulações federais são executáveis através de sanções criminais ou cíveis pelas ações combinadas de 200 agências diferentes.⁷⁰¹ Embora não seja esta a razão pelo aprisionamento em massa,⁷⁰² torna compreensível o constante avanço que vem ocorrendo sobre a multiplicação de provisões penais, inclusive, sobre áreas que não deveria.

Mas não se trata de algo inofensivo, muito pelo contrário. A ocorrência dessa explosão legislativa de criminalização produz efeito pela expansão da conduta sujeita à responsabilidade.⁷⁰³ E esse efeito encontra enorme ressonância em um sistema criminal que não julga, onde a simples constatação das consequências de um processo são dramáticas o suficiente. O sistema de *guidelines* com sentenças mínimas mandatórias constantemente aumentadas aos níveis de aprisionamento, esquematizadas sem a retirada do *plea bargaining* como forma adjudicatória da quase totalidade de casos, são, em grande parte, fundamentais para as consequências hoje obtidas. No centro encontra-se a política de sentenciamento sob um escopo constantemente ampliado que o *plea bargaining* eficientiza.

A imprecisão e a amplitude sobre distintas concepções da pena muito dizem sobre os seus resultados exorbitantes, os “quais cada fundamento e fim da pena vem a exigir sua parcela de apenar”. Na sua sanha de elidir a ressocialização, uma série de características pessoais imprescindíveis para a individuação da pena ficam fora, como idade, educação,

⁷⁰⁰ A lei federal atualmente encontra-se agrupada nos 50 títulos do *United States Code*. [...] Nestas 27.000 páginas, aparecem aproximadamente 3.300 provisões separadas que trazem sanções criminais por suas violações. Mais de 1.200 dessas provisões são encontradas misturadas no Título 18, tratando-se do Código Criminal Federal. GAINER, Ronald. *Federal Criminal Code Reform. Past and Future*. 2 Buffalo Criminal Law Review 45, 53, 1998. Apud: HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 9.

⁷⁰¹ A estimativa é atribuída a Stanley Arkin pelo autor. COFFEE, John. *Does ‘Unlawful’ Mean ‘Criminal’? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*. 71 Boston University Law Review 193, 216, 94, (1991). Apud: HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 10.

⁷⁰² O mais notório exemplo de *overcriminalization* no século passado exigiu poucas palavras. O infame “princípio da analogia” na União Soviética de Stalin, previa “que qualquer ato socialmente perigoso não esteja previsto diretamente pelo presente Código, o fundamento e os limites da responsabilidade devem ser determinados pela aplicação dos artigos que preveem crimes similares em sua natureza”. Conforme essa lei, qualquer “ato socialmente perigoso” se tornou crime. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 11.

⁷⁰³ “Talvez, mais de 70% dos adultos americanos cometeram algum tipo de ofensa aprisionável em algum ponto da vida. Stuntz alega que estamos constantemente em movimento ‘a um mundo no qual a lei nos Códigos torna a todos um criminoso’”. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 24.

habilidades pessoais, condições emocionais, mentais ou físicas (abuso de álcool ou drogas), histórico profissional, laços familiares e comunitários, raça, sexo, origem, crença, religião e *status* socioeconômico.⁷⁰⁴

No tocante ao *plea bargaining*, a enorme reforma que se projetou pela *Sentencing Reform Act* apresentava uma oportunidade de rever, modificar, ou até abolir o instituto. A Comissão recebeu diversos argumentos prós e contra sua regulação, mas na sua primeira formulação decidiu que as guias iniciais não realizariam mudanças significativas nas práticas, mas que os dados iniciais relativo aos tribunais e suas análises possibilitavam regulá-lo no futuro mais apropriadamente. O que nunca ocorreu. E acredito que neste ponto do trabalho já se compreende seu posto intocável e definitivo no sistema criminal de justiça, inclusive pelas finalidades que se buscava com a gigantesca reestruturação do sistema criminal, que não perpassaria pela eliminação de seu elemento mais eficiente: a solução disforme de adjudicar. O *mantra* da reforma das falhas desse sistema *plea bargaining* começaria, então, a serem recorrências justificadoras para a sua manutenção.

A própria Comissão, como uma parte da doutrina entendeu que as diretrizes teriam um bom impacto na prática, afinal de contas, primeiro, “as partes não trabalhariam mais na obscuridade”, e segundo, os juízes estariam, a partir de então, certos das penas correspondentes, e assim poderiam denegar acordos que apresentavam-se inadmissíveis.

Quanto a questão de critérios que seriam utilizados para a imposição judicial de uma pena e justifica-lo racionalmente, sendo: basear-se nos fatos realmente ocorridos (*real offense*), e por outro lado, basear-se com respeito aos fatos acusados (*charge offense*), a Comissão considerou que, primeiro, o amplo poder de realizar negociações entre o promotor e o imputado e a possibilidade do promotor manipular as obrigações em diferentes acusações, faz impossível eliminar a disparidade entre as condenações se o sistema se ajusta meramente aos fatos tais como são acusados. Como também, expressava que a jurisprudência histórica estadunidense reconhecia que os juízes tinham autoridade para investigar mais além do fato condenado “e que sempre tinham feito isso”.⁷⁰⁵ Embora seja amplamente reconhecido que é baixíssima a taxa dessa ocorrência. Portanto, outro elemento central para qualquer mudança foi legado intocado.

⁷⁰⁴ O Congresso foi muito específico neste ponto: “Requer que a comissão assegure que as pautas e as ligações de políticas que ditem, reflitam a impropriedade de considerar a educação, preparação profissional, antecedentes laborais, laços e responsabilidades, familiares ou de comunidade, do acusado ao determinar se deve ditar uma condenação de encarceramento ou o prazo de encarceramento”. CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 328.

⁷⁰⁵ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 157.

No ano de 1994, em resposta à análise do sistema de sentenciamento mostrou que 58,9% dos magistrados dos tribunais de apelação e 68,5% dos juízes de julgamento, estavam decididamente ou moderadamente opostos as *guidelines* e que 40% dos juízes de apelação e 50% dos juízes de julgamento queriam diretamente a eliminação do sistema.⁷⁰⁶ O problema consistia basicamente que “os juízes deixaram de ser os principais encarregados de determinar as penas federais de prisão. No individual, as diretrizes põem os juízes em uma situação (para muitos deles, humilhante) pela qual são obrigados a impor penas cujo tiveram maior intervenção até de advogados e oficiais do *probation*”.⁷⁰⁷

Anteriormente à *Sentencing Reform Act* considerava-se que os tribunais condenavam com demasiada alta porcentagem à *probation* certos tipos de delitos, como as fraudes, furtos ou evasões, entre outros. A diretriz classificou estes delitos como fatos graves, e desse modo, foram cominadas penas de prisão, de modo que essas curtas condenações atuariam como dissuasão de muitos delitos da mesma natureza. A Comissão refinou um importante número de condições recomendadas, como ordem ao acusado de permanecer em detenção durante as noites, nos finais de semana, submissão e registros a qualquer hora dos funcionários do *probation*.⁷⁰⁸

Ao fim, Nils Chistie define que são os políticos, em um extremo de justiça representativa, que passaram a controlar completamente a sentença, onde o juiz é impotente para considerar as peculiaridades do caso, somente podendo decidir os fatos que são concretos no julgamento. Assim, “as autoridades centrais representadas pela Comissão tomam as decisões e já não faz falta a balança”. De maneira óbvia, se realiza mais rapidamente; “esse é um ponto a favor da modernidade. [...] hoje é mais fácil que nunca usar a espada. Uma espada guiada por uma tábua”.⁷⁰⁹

Se nas discussões das *sentencing guidelines* levantou-se a “sutil” questão do efeito que *plea bargaining* traria ao apenamento, não impressiona ter encontrado “ouvidos moucos”. Ambos os sistemas se perfectibilizam fundidos com os ideais da “lei e ordem”, onde o “sistema de *plea bargaining* garante as confissões rápidas e os manuais de determinação da pena garantem decisões rápidas e determinadas sobre as penas. Criando ilimitadas

⁷⁰⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 210.

⁷⁰⁷ SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press. 2007. P. 181.

⁷⁰⁸ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 162.

⁷⁰⁹ CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 357-358.

possibilidades de processar casos”.⁷¹⁰ É o poder executivo como guardião da sociedade contra o crime, representado pelo procurador e sua ilimitada discricionariedade na formulação da pena. Uma ocorrência única de tamanho poder concedido a um ator judicial fora da órbita da magistratura.

Não é desmerecida a pecha de “a mais controvertida e renegada reforma no que respeita ao *sentencing* na história americana” sobre a *U.S. Sentencing Guidelines*. Primeiramente, a reforma legislativa teve como propósito alcançar uma severidade desconhecida até então. Representou um perfil submisso frente as variadas leis federais que consagram penas obrigatórias (*mandatory penalties*), ocorrendo uma nivelção “por cima”, no incremento da severidade das penas. Assim, a imposição da pena de prisão tornou-se mais frequente e sua extensão quase triplicou.⁷¹¹ É nesse sentido que Marc Mauer define o crescimento sem precedentes da população carcerária nos Estados Unidos (de 1998 a 2003 ocorreu a triplicação da população penal nas prisões federais): um complexo agrupamento de desenvolvimentos políticos, a “guerra” contra as drogas, e a constante mudança na determinação das penas.⁷¹²

A maior e mais devastadora campanha antidroga da história americana iniciada pelo cínico “*just say no*” da primeira-dama Nancy Reagan, foi a mais desacertada cruzada de terror contra o *crack*, que uniu republicanos e democratas, e principalmente uma ampla parcela da população negra, lideradas pelos pastores e pelas ordens religiosas, e uma sociedade chocada pela violência das ruas, que tornou-se tema obrigatório e um “paraíso” para os políticos angariando simpatizantes. Originada em uma das leis mais rapidamente formuladas, como igualmente absurda, dos Estados Unidos em 1986, o *Anti-Drug Abuse Act*, com a disparidade no sentenciamento de 100:1, entre cocaína e *crack*; legislou-se o que inicialmente se aplicaria unicamente aos traficantes.

⁷¹⁰ “Na área legal, o sistema da lei e ordem está se adaptando silenciosa, porém, eficientemente à modernidade; se está adaptando para converter-se em fruto da industrialização. Os valores centrais são agora a definição dos objetivos, o controle de produção, a redução de custos, a racionalidade e a divisão de trabalho; tudo coordenado por um nível de poder mais alto. Estamos de volta com Max Weber e um sistema de total eficiência para alcançar estes objetivos claramente definidos”. CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 364-366.

⁷¹¹ Um dos exemplos mais claros são as penas dos delitos relacionados com a imigração, sujeitos a emendas durante as décadas de oitenta e noventa, enquanto o outro é o tráfico e posse ilegal de armas, que também elevaram suas penas ao dobro. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, Florianópolis, 2017, p. 208-209.

⁷¹² Os Estados Unidos possuem uma população carcerária de mais de 2,1 milhões de presos, com 655 presos a cada 100.000 habitantes, segundo estimativa de 2020 do *International Centre for Prison Studies* do *World Prison Brief*. Disponível em <<https://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>>. Acesso em Abril de 2020; MAUER, Marc. *The Causes and Consequences of Prison Growth in the United States*. *Punishment & Society*, vol. 3, n.1, 2001, p. 172.

Após a morte de dois atletas nacionalmente famosos pelo abuso de drogas, sob um pânico auto imposto e constantemente retroalimentado, em 1988, através de uma emenda, a punição dirigiu-se a qualquer um que possuísse estas drogas; logo, a preocupação com uma “epidemia” ou “praga” tornou-se a ordem de aprisionamento em massa da população negra. Isso porque apesar de que dois terços dos usuários de *crack* eram brancos, entre a lei *anti-abuse drug* de 1988 e a *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*⁷¹³ do mandato Bill Clinton de 1994, nenhum homem branco foi condenado por delito federal de drogas em Los Angeles. A população carcerária negra, por outro lado, cresceu incríveis 707%, onde em 1985 era de 16.600, saltando em 1995, para 134.000 reclusos em razão dos crimes de drogas.⁷¹⁴

Neste horizonte procedimental é impossível não fazer um paralelo entre o que Nils Christie apontou sobre a depersonificação dos condenados, através do escanteamento de circunstâncias individuais, tornando-se um “produto para ser depositado por seu desvalor”, onde o delinquente fica em grande parte excluído como ser humano com uma história, em que “mede-se sua dor através de uma interseção automatizada, e aplicada por um botão como no holocausto ou por uma régua sem luto”. A vitória da eficiência administrativa, pelo “simples fato de que é muito simples, se converte em uma teoria muito útil para agilizar a justiça e despersonalizar ao acusado”.⁷¹⁵

Através das *guidelines* o *plea bargaining* tornou-se amplamente projetado e desenvolvido nos últimos quarenta anos. Jonathan Simon descreve o procedimento do *plea bargaining* nas cortes criminais urbanas da década de 1960, como altamente burocrática. Segundo o autor, as práticas do *plea bargaining* e do vínculo da fiança (*bail bond*) incorporavam uma “abordagem profissional, de trabalho em equipe para processar casos, cumprido por procuradores, advogados de defesa, e juízes, em igualdade”. Sobrou somente a “dura justiça”, onde os incentivos são de “transcender a perspectiva tradicional de seu papel

⁷¹³ O *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994, é a maior legislação sobre crime na história americana. Disponibilizou 100.000 novos oficiais policiais, \$ 9.7 bilhões de fundo orçamentário para novas prisões e \$6.1 bilhões para programas preventivos. Representou uma legítima “guerra civil” contra as drogas. Disponível em <<https://www.washingtonpost.com/politics/2019/05/16/joe-bidens-defense-crime-bills-role-incarceration-trend/>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁷¹⁴ Informação retirada do documentário: *Crack: Cocaine, Corruption and Conspiracy*. Direção de Stanley Nelson. Netflix, 2021.

⁷¹⁵ Segundo o autor, “nesse sistema não tem sentido conhecer o entorno social, a infância, os sonhos, as derrotas, a vida social, todos os pequenos ‘detalhes’ que são essenciais para perceber o outro como ser humano”. Com o Manual e a Tábua, o delito “normaliza-se nos Níveis de Delito e a vida da pessoa na Contagem dos Antecedentes Criminais e as decisões sobre a repartição da dor se reduz a encontrar o ponto onde coincidam duas linhas. A dor se converte em unidade monetária”. CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 144.

em um procedimento adversarial, para uma perspectiva mais compatível com a daqueles políticos executivos eleitos”.⁷¹⁶

Portanto, o grande efeito da racionalização do sentenciamento não foi restringir a discricionariedade, mas a retirar das mãos do juiz e a transferir aos procuradores. A total ausência de restrições de negociar configurada com uma nova severidade nas penas formou esse “paraíso dos promotores de justiça”, ou mais apropriadamente, camufla a posição da *sentencing commission* na aplicação da pena através do incontrolável poder de coerção do procurador.⁷¹⁷ A garantia que se formulou não é de uma pena estandardizada, mas a da quase inescapável aplicação de alguma pena.

Como bem aponta Frank Bowman III, concedeu-se uma panóplia de opções aos procuradores que permite manipular a pena enormemente, a partir dos poderes de: a) seleção inicial das imputações, particularmente as que podem levar a uma pena mínima obrigatória; b) a seleção das agravantes da pena; c) a possibilidade de uma mudança de imputação após a acusação no *grand jury*; d) a apresentação de uma moção de assistência substancial na investigação; e) a apresentação de uma moção para redução de pena, por aceitação de responsabilidade; f) a possibilidade de fixar a prova e as circunstâncias, e de negociar com o acusado a aplicação de agravante e atenuantes das diretrizes ou aplicação de um afastamento por uma assistência não substancial.⁷¹⁸ Como se vê, há a formulação cada vez mais minuciosa de um legítimo tabuleiro negociável, que concomitantemente reduz a possibilidade do acusado ingressar com a sua constitucional alegação de inocência.

O desenvolvimento das *guidelines* realmente foi um passo para além da formulação democrática, liberal e republicana desde as concepções de Estado e divisão dos poderes do liberalismo-democrático. Não sem razão as conclusões de Zysman Quirós: “criar uma comissão para sancionar diretrizes, com a determinação de emendá-las periodicamente, com

⁷¹⁶ Juízes tinham poder real sobre quem iria à prisão e sobre a duração da prisão. Na sua decisão de sentenciamento, juízes podiam decidir sob a ajuda dos oficiais do *probation* treinados no estilo de análise de casos dos trabalhos sociais. Seus relatórios iriam tipicamente providenciar uma biografia detalhada do acusado que abordava a família, escola, vida laboral e registros criminais. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 40-41, 128.

⁷¹⁷ Não há na Constituição restrições na discricionariedade do procurador sobre qual acusações ingressar, adicionar, ou arquivar no curso das negociações. Portanto, os procuradores são livres para acusar A, oferece uma barganha no qual endossa uma sentença Y, e se o acusado se recusa, adiciona acusação B, o qual pode tornar a sentença pós-julgamento dobrada ou triplicada. ALSCHULER, Albert. *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea For Less Aggregation*. University of Chicago Law Review. 1991, p. 926.

⁷¹⁸ BOWMAN III, Frank O. *The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis*. Columbia Law Review. Vol. 105, 2005, p. 1339.

caráter permanente e alheio ao Legislativo, [...] não tinha um precedente parecido no país, na tradição jurídica inglesa, ou em qualquer lugar do mundo”.⁷¹⁹

Nesta configuração, esta encontra-se para além de uma atuação rápida da justiça, da prestação de contas à sociedade, ou da mensagem aos delinquentes. Nils Christie assinala que é justamente um sistema que permite ser controlado com extrema facilidade por autoridades centrais, sendo a Comissão neste caso, “que a seu turno está abaixo do controle dos representantes eleitos... equivalem a uma perfeita adaptação à modernidade”.⁷²⁰ A sua posição notoriamente transgride os fundamentos e a formação do Estado e da divisão dos poderes na Ciência Política.

Ao formular o que seria o castigo merecido através do *just deserts*, que pode ser justo em um sentido na sua formulação, é extremamente injusto ao dar mais valor a alguns valores do que a outros, “dado que estes outros valores favoreciam aos desfavorecidos; as limitações do castigo merecido – em sua totalidade – criam um sistema extremamente injusto”.⁷²¹ Não encontro abertura para qualquer conclusão diferente deste sistema ultra-racionalizado, nutrido por valores econômicos, atuariais e retribucionistas, de um programa de utilitarismo máximo para a punição da massa-população.

Como a prisão não funciona como um mecanismo de reforma e reabilitação, satisfaz a demanda da política popular de retribuição e segurança pública.⁷²² Foi o fim de qualquer ideologia moderadamente solidária da punição, onde a formação do *gulag* americano, nas palavras de Zygmunt Bauman representa uma “solução totalitária sem Estado totalitário”.⁷²³ Como observa-se, o modelo adjudicatório sem julgamento desempenha um papel essencial para essas finalidades. Inclusive, a sua abolição parece ser o único meio apto a frear tamanho avanço no controle de massa através da criminalização. O procedimento de julgamento, seja qual for sua cultura jurídica, vislumbra-se mais fundamental do que nunca nesta perspectiva contemporânea.

⁷¹⁹ O autor classifica a algo próximo à *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1768, promulgada na Áustria e Bohemia, é marcada pelo enorme espírito racionalista e legalista à sua época, prescrevendo de forma minuciosa as formas de aplicação de tortura mediante quarenta e oito tábuas ilustradas, tratando de tirar assim toda a criatividade dos juízes e submete-os a vontade onipotente do legislador, plasmada soberanamente na lei”. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 224.

⁷²⁰ CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 366.

⁷²¹ CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 336.

⁷²² GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 51.

⁷²³ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas em Fragmentos. Sobre a Ética Pós-Moderna*. Zahar, 2010, p. 205.

PARTE IV

5. SÉC. XXI. RETROCESSOS SOBRE PENAS MÍNIMAS MANDATÓRIAS E AUMENTOS AUTOMÁTICO NO SENTENCIAMENTO DOS ESTADOS.

A crise da pena indeterminada não apenas é marcada pela ascensão das diretrizes das *guidelines*. A maior reforma penal do século XX, veio acompanhada do renascimento das penas obrigatórias ou *mandatory penalties*, que é um instrumento com mais de duzentos anos que consiste em penas mínimas altas restringindo a discricionariedade dos juízes, que também não se apresentava no movimento original da *just deserts*. É notoriamente um instrumento amplamente utilizado politicamente no estilo punitivo da “lei e ordem”, onde a transferência do modelo para as penas fixas deu nascimento às comissões que frequentemente estabelecem penas mínimas obrigatórias e níveis mais altos de encarceramento.⁷²⁴

Esta encontrava-se rejeitada pela óbvia ascensão das penas indeterminadas, sendo que anteriormente à década de setenta era rechaçada por tribunais, legislaturas e as organizações no âmbito do controle do castigo, sendo inclusive objetada pelo Código Penal Modelo, do *American Law Institute* em 1962. Consta em um informe da *U.S. House of Representatives* que o rechaço até 1970 das *mandatory penalties*, era por conta da severidade das penas existentes, que levou promotores em consideráveis casos a contrariar perseguir certas violações, nas hipóteses em que as penas pareciam estar fora de linha com a gravidade dos delitos, as circunstâncias individuais e que tratavam os delinquentes não habituais tão severamente que tendiam a fazer a condenação mais difícil de se obter.⁷²⁵

Essa notória transformação do ambiente político, encontra-se na retórica generalizada nas campanhas de prefeitos, governadores, e procuradores, da “guerra contra o crime” e das promessas de maior efetividade dos procuradores, que trazem o panorama de punições mais severas, restrição de regras procedimentais que seriam “vantajosas à defesa”, e propriamente, a pena de morte. As características da transformação observada é a enorme expansão de poder dos procuradores sobre juízes, autoridades do *parole*, e advogados. No dilema do quanto de punição um acusado irá sofrer se condenado, o “procurador angariou tanto poder e controle sobre o acusado, que na realidade, mesmo o papel do juiz e do júri como determinantes dos fatos foram anulados”. As manipulações das acusações sobre majorantes no sistema de

⁷²⁴ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 119.

⁷²⁵ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 112.

sentença mandatória de prisão ou sobre a jurisdição de julgamento dos menores, são apenas alguns aspectos do verdadeiro condutor da pena e do apenado.⁷²⁶

Entre o meio da década de 1970 e o meio da década de 1980, cada Estado norte-americano sancionou, ao menos, uma lei que contemplava penas obrigatórias; em 1984, o Congresso Federal seguiu a tendência, sendo que em 1991, mais de 60 leis federais definiam mais de 100 delitos sujeitos a penas obrigatórias.⁷²⁷ Todos os Estados seguiam a corrente, onde a maioria orientava-se ao homicídio ou estupro agravado, delitos de drogas, armas de fogo, ou seja, a pressões políticas da ‘lei e ordem’ ou ligada às práticas políticas apaziguadoras às exigências da cidadania. Somente o legislativo californiano produziu mais de 400 fragmentos legislativos aumentando as penas criminais entre 1980 e 1990.⁷²⁸

Nessa entoada a manifestação mais representativa do “*tough on crime*” é a californiana “*three strikes*”, onde nos últimos anos mais de 25 Estados norte-americanos, ao lado da legislação Federal, sancionaram leis desenvolvidas sob o slogan “*three strikes you’re out*” - expressão do beisebol onde ao erro da terceira tacada o rebatedor é eliminado - sobre os “delinquentes habituais” a receberem a pena mais alta possível: prisão perpétua, sem a possibilidade de redução para liberdade condicional ou *parole*.

Sob nítida influência da *Washington State’s Persistent Offender Accountability Act*, o Legislativo californiano aprovou a modificação da Seção 667, do Código Penal da Califórnia ao estabelecer que indivíduos com prévia condenação por crimes mais graves devem ter como pena mínima o dobro do previsto para o tipo legal, e em seguida, que qualquer pessoa com duas ou mais condenações por crimes da mesma natureza – equivalente a dois ou mais episódios de reincidência específica – deve ter a pena do novo crime multiplicada por três, dentro do mínimo de 25 anos e a prisão perpétua, e sem direito ao benefício do *probation*.⁷²⁹

⁷²⁶ Se acusados menores serão mantidos em corte juvenil, onde recebem sanções reabilitativas e relativamente menores sentenças de prisão, ou vão a cortes regulares, onde enfrentarão sentenças de prisão extremamente longas, é determinado na maioria dos Estados por procuradores. Na medida em que essas decisões são questões de discricionariedade ao invés de uma questão prevista em lei, “pode ser perguntando com razão se a lei criminal ensinada nas Universidades de Direito nos Estados Unidos, ainda tem sentido”. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 35-36.

⁷²⁷ Ver, por exemplo, as disposições do 18 U.S. § 924 (c) que preveem penas adicionais de 5 a 30 anos de prisão, segundo o caso, por delitos de posse ou uso de armas, quando são utilizadas nos delitos de tráfico de drogas ou delitos violentos. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 112.

⁷²⁸ SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press. 2007. p. 157.

⁷²⁹ Incluem-se os ‘*violent*’ ou ‘*serious felonies*’ que equivalem na cultura da *common law* ao homicídio doloso, estupro, roubo e extorsão mediante sequestro. No caso californiano, existem mais de 40 hipóteses de ‘*felonies*’ incluídas, conforme previsão da letra “c” da Seção 667.5 (‘*violent*’) e letra “c” da Seção 1192.7 (‘*serious*’), do Título 8 (‘Julgamento e Execução’) da Parte 2 (‘Processo Criminal’). Na seção 667 que foi modificada pela

Em 1994 votou-se sem discussão a primeira lei federal sobre a matéria, como também em dezenas de Estados.⁷³⁰ Em 1997, vinte e quatro Estados sancionaram as leis dos “*three strikes*”. As diferenças apresentavam-se apenas nas definições do que constituía o primeiro *strike*. A grande maioria incluía nas suas listas os delitos violentos de gravidade como homicídio, estupro, agressão sexual, roubo e incêndio intencional. Outros, como Indiana, Louisiana e Califórnia também consideravam delitos não violentos como os relacionados a drogas. Em Washington, os delitos de traição, e na Carolina do Sul as malversações e corrupção. Variações dos números de *strikes* necessários para impor a sanção assinalada também surgiram, como Arkansas, Califórnia, Geórgia, Kansas, Montana, Pennsylvania, Carolina do Sul e Tennessee, com dois *strikes* a condenação já seria agravada, onde Califórnia se permitiu contar qualquer *felony* anterior como “*strike*”.⁷³¹

Na prática, concluiu-se que essa novidade legislativa foi mais “uma campanha simbólica que teve pouco ou nenhum efeito no sistema de justiça criminal ou na segurança pública”, de forte conteúdo publicitário e político, sendo que em 1998, o *Federal Bureau of Prisons* informava que no âmbito federal nenhum dos presos existentes havia sido condenado em virtude da lei. Porém, na Califórnia, foi bem diferente. Em quatro anos de vigência da lei californiana mais de 40.000, ou 94% da totalidade das proferidas nos Estados Unidos, foram produzidas e com exemplos gritantes de desproporcionalidade.⁷³²

‘*Three strikes*’ podem ser computados os antecedentes praticados na adolescência. Interessante notar, em todo caso, que antes da alteração o Código já previa que, em caso de reincidência, além daquilo que fosse aplicado no caso sob julgamento, mais 5 anos de pena deveriam ser cumpridos para cada crime anteriormente registrado. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 90.

⁷³⁰ A proposta contou com um interessante suporte logístico da *National Rifle Association*, instituição emblema da direita estadunidense por seu papel na indústria de armamentos e o livre porte de armas pelos cidadãos (não delinquentes). Naquele momento (janeiro de 1994) existia um clima político agitado em volta do delito, onde as pesquisas de opinião pública mostravam que 31% dos americanos considerava o delito como um dos problemas mais importantes do país, comparado com apenas 5% do ano anterior, sendo inclusive debatido em *talk shows* televisivos. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 113.

⁷³¹ As diferenciações apresentam-se também em relação à sanção a impor uma vez constatados os três *strikes*. Geórgia, Indiana, Louisiana, Maryland, Montana, New Jersey, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Tennessee, Virginia, Washington e Wisconsin apresentavam uma condenação obrigatória a pena de morte, sem possibilidade de parole. Em outros Estados como Califórnia, New México, e Colorado, depois de um extenso período retorna-se à possibilidade de parole. sendo períodos de 25, 30 e 40 anos de cumprimento efetivo. Outros Estados como Connecticut, Kansas, Arkansas e Nevada sancionaram leis para casos especiais de delitos graves, ainda quando deixavam maiores discricionariedade aos tribunais para imposição. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 114.

⁷³² Por exemplo, em prejuízo de Jerry Williams, condenado em 1995 por toda a vida por delitos como roubar uma porção de pizzas. Gary Ewing, condenado a 25 anos por roubo de três tacos de golfe ou Leandro Andrade, por cinco fitas de vídeo. ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Empório do Direito, 2017, p. 116.

As penas mandatórias, as sentenças mínimas mandatórias, os aumentos automáticos de sentença, as leis contra criminosos habituais, requerem que as cortes imponham termos fixos de encarceramento para certos crimes federais e estaduais a partir de que certos critérios definidos por lei são preenchidos. Os critérios podem incluir o tipo ou nível da ofensa, condenações anteriores por *felony*, o uso de arma de fogo, a proximidade de escolas, a quantidade e tipo de droga. Se o procurador acusa sob tais circunstâncias legais e o acusado é condenado, juízes são frequentemente barrados de considerar as circunstâncias ou a mitigação dos fatos na imposição da sentença, criados rigidamente para serem observados.

Nas décadas de 1980 e 1990, as sentenças mandatórias tornaram-se um sucesso midiático-político, como “uma das mais efetivas armas no combate ao crime” – e particularmente na “guerra às drogas”, encapsulada na crença que sentenças mais severas e mais longas iriam maximizar a dissuasão, a retribuição, e o objetivo da incapacitação. Porém, as últimas décadas, demonstram que o impacto de tais políticas é limitado nas taxas criminais e a um custo gigantesco. Como apontam Delaney e Subramanian, mais de 4 a cada 10 adultos retornam à prisão dentro de 3 anos, e em alguns Estados o número é de 6 a cada 10.⁷³³

Um histórico da situação alcançada em 2000, sobre as penas mandatórias podem ser observadas pelo desenvolvimento legislativo, para além de outras já citadas no decorrer do trabalho: em 1973, *New York Rockefeller Drug Laws*, estabelece sentenças mínimas mandatórias para os casos de drogas; em 1978, Minnesota e Pennsylvania tornam-se os primeiros Estados com *Sentencing Comissions*; em 1984, o *Comprehensive Criminal Control Act* estabelece a *Sentencing Comission* federal, e Washington promulga a primeira lei de “*truth-in-sentencing*” que requer que condenados em crimes violentos cumpram a maior parte de suas sentenças na prisão; em 1986, a *Anti-Drug Abuse Act* estabelecendo mínimos mandatórios no âmbito federal que institui a *ratio* 100:1 no sentenciamento entre *crack* e cocaína; em 1987, além das *guidelines* federais serem adotadas, 5 Estados já possuíam *sentencing guidelines*; em 1994, a Califórnia promulga a proposição 184 (*three strikes law*) aumentando penas mandatórias para casos de 3ª condenação por *felony*. A promulgação dos *Violent Crime Control e Law Enforcement Act*, introduzindo o *three strikes* federal, e restringindo o financiamento federal para construção de prisões que promulgam as leis de *truth-in-sentencing*. Ainda, os *Violent Crime Control e Law Enforcement Act*, que criam as

⁷³³ De acordo com um estudo de 2011 da USSC, condenados por crimes relativo às drogas soltos de acordo com a aplicação retroativa da mudança no sentenciamento das *guidelines* de 2007, não foram mais susceptíveis à reincidência do que se tivessem cumprido as sentenças completas, demonstrando que curtas sentenças não possuem impacto significativo na segurança pública. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 5-8.

primeiras previsões “válvulas de segurança” que permitem aos juízes a sentenciar certos crimes não-violentos abaixo do mandatório mínimo em certas circunstâncias; em 1995, 11 Estados promulgam leis de *truth-in-sentencing*; em 1999, 24 Estados já possuem leis do *three strikes*, 17 Estados possuem *guidelines*, e 29 possuem leis *truth-in-sentencing*; em 2000, 16 Estados já tinham abolido o *parole*.⁷³⁴

Em 2000, inicia-se o que seriam as reformas no sentido reverso, onde verifica-se que em New York elimina-se mínimos mandatórios em casos de drogas de pouca monta e reduz as penas mínimas mandatórias sob alguns aspectos dos casos de drogas, em 2009; Califórnia revisa a lei do *three strikes*, limitando a imposição à sentença perpétua a casos nos quais a terceira condenação por *felony* seja por crime violento ou de seriedade considerável; ao menos 17 Estados e o governo federal parcialmente repelem ou diminuem a severidade das sentenças mandatórias, em 2012; e ao menos 13 Estados diminuíram os aumentos de sentença, em 2013.⁷³⁵

Em 2014, 29 Estados já haviam recuado no uso de suas sentenças mandatórias, onde a maior parte das legislações afetavam os crimes não violentos e a vasta maioria de provisões eram relacionadas às drogas. São três abordagens na reforma das penas mandatórias observadas: a primeira é o aumento da discricionariedade judicial criando a chamada “válvula de escape” que mantém as penas mandatórias mínimas, mas permite ao juiz a sentença abaixo do previsto se considera inapropriada, e se certos critérios são satisfeitos. A segunda abordagem é limitar o escopo de aumento de sentenças automáticas, em condições especiais como delito em local próximo à escola, ou prévias condenações por *felony*. A terceira abordagem é repelir as leis de mínimos mandatórios, particularmente em relação a crimes de drogas, no primeiro ou segundo delito.⁷³⁶

Esta pesquisa do *VERA Institute Of Justice*, encontrou que pelo menos 18 Estados promulgaram legislação aumentando a discricionariedade judicial desde 2000: entre elas,

⁷³⁴ DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 7; “A emergência do *truth in sentencing*, um movimento político construído sobre o descrédito nos programas de ressocialização dos condenados e medo social resultante da ampla divulgação midiática dos altos índices de reincidência entre os beneficiados com *parole*”. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 7.

⁷³⁵ DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 7.

⁷³⁶ DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 8.

encontram-se *Connecticut SB 1160 (2001)*;⁷³⁷ *New Jersey SB 1866 (2009)*;⁷³⁸ *Louisiana HB 1068 (2012)*;⁷³⁹ *Georgia HB 349 (2013)*.⁷⁴⁰

Outro instrumento é o aumento automático de sentenças que prevê certas condições por lei ou limites para cumprimento, como excesso de velocidade em local de construção, cometimento de crime na presença de menor de idade, uso de arma de fogo no cometimento de crime, ou possuir certo número de condenações prévias. Desde 2000, ao menos 13 Estados promulgaram leis ajustando ou limitando esses aumentos de sentença, exemplos: *Nevada HB 239 (2009)*;⁷⁴¹ *Louisiana HB 191 (2010)*;⁷⁴² *Kentucky HB 463 (2011)*;⁷⁴³ *Colorado S 96 (2011)*.⁷⁴⁴

⁷³⁷ Esta lei permite juízes afastar das sentenças mínimas mandatórias por certos crimes não violentos em casos de drogas, onde o acusado não tentou ou ameaçou o uso da força física; estava desarmado; e não sugeriu a posse de arma letal ou instrumento que pudesse causar a morte. O juiz deve declarar em audiência de sentenciamento suas razões pela imposição da sentença e afastamento do mínimo mandatório. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 9.

⁷³⁸ Esta lei permite aos juízes a renunciar ou reduzir o termo mínimo da inelegibilidade do *parole* por sentenciamento de certos crimes de distribuição de drogas dentro de 1.000 pés da escola. Juízes podem também colocar uma pessoa em *probation*, enquanto a pessoa cumprir primeiro um termo de prisão de não mais de 1 ano. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 9.

⁷³⁹ Esta lei permite o afastamento de sentenças mínimas mandatórias em dois pontos do procedimento criminal. Os juízes podem afastar a mínima mandatória se o procurador e acusado concordam com a alegação de culpa com uma sentença abaixo do termo mínimo; e no procedimento de sentenciamento pós-condenação, se o procurador e o acusado concordam em modificar a sentença abaixo do mínimo mandatório. A lei prevê três tipos de afastamento. Primeiro, juízes podem reduzir o mínimo mandatório baixando o termo de aprisionamento. Segundo, juízes podem reduzir o montante de dólares de uma multa que pode ser imposta. Finalmente, juízes podem reduzir uma sentença incluindo como parte um termo de *parole*, *probation* ou suspensão de sentença. Crimes violentos e sexuais estão excluídos. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 9.

⁷⁴⁰ A lei permite os juízes a afastarem-se do mínimo mandatório por alguns crimes de drogas se o acusado não era o líder, não possuía arma durante o crime, não causou morte ou séria lesão corporal, não tiver previa condenação por *felony*, e que sirva ao interesse da justiça o afastamento. Os delitos que inclui a lei são o tráfico e manufatura de cocaína, ecstasy, maconha ou metanfetamina, venda ou cultivo de grande quantidade de maconha. Juízes devem especificar o afastamento. O procurador e o acusado têm de concordar a modificação da sentença. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 9.

⁷⁴¹ Houve limitação na definição do *status* de criminoso habitual, os quais preveem sentença mínima mandatória de 5 anos em uma terceira condenação e mínimo mandatório de 10 anos em uma quarta condenação.

Previamente, condenação por pequeno furto ou condenações por *misdemeanor* envolvendo fraude poderia servir de base para o *status* de criminoso habitual. Agora, somente condenações por *felony* pode causar estes aumentos. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 10.

⁷⁴² Sob esta lei, delinquência juvenil por crime violento ou crimes de drogas não podem mais serem usados para aumentar condenações por *felony* em adultos. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 10.

⁷⁴³ Reduz o tamanho da zona de colégio, de 1.000 jardas para 1.000 pés, no qual o tráfico de drogas é um *felony* de classe D, que aciona a sentença mandatória de 1 a 5 anos. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 10.

⁷⁴⁴ Esta lei exclui *felony* classe D por posse de drogas que aciona o aumento de sentença por criminoso habitual que previamente iria quadruplicar a base da sentença. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 10.

O Procurador-Geral dos Estados Unidos em discurso perante a ABA, em agosto de 2013, instruiu os procuradores a absterem-se de usar “sentenças mandatórias mínimas draconianas”, em resposta aos crimes menores e crimes sem violência sobre drogas. Essa diretriz representa um deslocamento gigantesco em posição sobre as penas mandatórias, a “peça central da política de controle criminal dos Estados Unidos nas ultimas 4 décadas”. Tratam-se das conclusões do relatório de 2011 da *United States Sentencing Commission* (USSC) que finalmente constatou que “certas provisões de mínimos mandatórios são aplicados genericamente e fixadas muito alto; levando à arbitrariedades, severidades excessivas, e sentenças desproporcionais; pode levar a indesejadas disparidades entre condenados similarmente situados; impactar racialmente minorias; e são um dos principais condutores da população carcerária e seus custos”.⁷⁴⁵

Essa mudança na política criminal federal apresenta-se em outras legislações, exemplo *Fair Sentencing Act*, de 2010;⁷⁴⁶ que basicamente retira o poder discricionário de uma coação sistêmica sem precedentes para os usuários, vendedores, mulas e traficantes de *crack*; e de projetos de lei que ainda estão em trâmite, *Justice Safety Valve Act* e *the Smarter Sentencing Act*, que irão permitir maior discricionariedade no sentenciamento quando certos mínimos mandatórios são aplicáveis, expandindo retroativamente a aplicação de sentenças já revisadas sob as *guidelines*, e aumentam o número de crimes elegíveis com provisões de “válvulas de escape” – mantendo a pena mínima mandatória, mas permitindo aos juízes de sentenciar abaixo do mínimo se certos fatores são preenchidos.⁷⁴⁷

O escrutínio das sentenças mínimas mandatórias já vem ocorrendo há alguns anos. Por ordem da preocupação que gera no nível estadual, o crescimento da população carcerária e de seu enorme custo, um número crescente de legislações estaduais, de Texas a New York, vem limitando o uso de penas mandatórias, geralmente em relação a crimes não violentos, primariedade, e crimes relacionados a drogas. Defendida por democratas e republicanos, grupos liberais e conservadores, a excessividade deliberada das penas mandatórias resultaram em um consenso sobre o grave erro na sua formulação e nas consequências fiscais que trazem para administrar.

⁷⁴⁵ DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 4.

⁷⁴⁶ Reduzindo a controversa *ratio* sobre o peso do montante de *crack* e cocaína, necessárias para causar a sentença mandatória de 100:1 para 18:1, e eliminar o mínimo mandatório de 5 anos pela posse de craque aos primários. Sob a antiga estrutura sentencial, por exemplo, acusados com 5 gramas de *crack* eram passíveis à mesma pena daqueles com 500 gramas de cocaína. *Fair Sentencing Act of 2010, Pub. L. 111-220, 124 Stat. 2372*.

⁷⁴⁷ *Smarter Sentencing Act of 2013, S. 1410, H.R. 3382, 113th Cong., 1st sess.; Justice Safety Valve Act of 2013, S. 619, H.R. 1695, 113th Cong., 1st sess.*

Há alguns indícios que Estados que revisaram ou eliminaram mínimos mandatórios, e aplicaram essas mudanças retroativamente para aqueles já cumprindo sentenças mínimas mandatórias, tiveram reduções imediatas e observáveis reduções na população prisional e em suas despesas.⁷⁴⁸ Enquanto as reduções prospectivas na duração da sentença podem ter uma demora para impactar o sistema, o escopo restritivo e a aplicação dessas recentes reformas – incluindo limitados critérios para elegibilidade e a natureza discricionária das políticas de sentenciamento revisadas – sugerem que o impacto será limitado.

Delaney e Subramanian apontam, por exemplo, que se os procuradores aplicassem a nova diretiva de acusação do Procurador-Geral Holder, às 15.509 pessoas encarceradas no ano fiscal de 2012, sob a lei federal de mínimo mandatório de drogas, dadas os critérios de exclusão (papel agravante, uso de ameaça ou violência, ligado à organização criminal, e significativo histórico criminal), somente 530 desses acusados receberiam sentenças diminuídas. Também a regularidade com que os procuradores concordarão com a proposição de afastamento de uma sentença mandatória é de difícil previsão; ou com qual frequência os juízes irão permitir através de sua discricionariedade, mesmo quando todos os requisitos são cumpridos.⁷⁴⁹

Ainda mais, algumas reformas vieram acompanhadas com aumento em penas mandatórias para certos crimes – a maioria em crimes sexuais ou violentos – resultando que os esforços pela reforma podem ser prejudicados por mudanças paralelas que incrementam o risco do aumento de número de condenados servirem longas sentenças em prisão.⁷⁵⁰ Portanto, embora há uma tendência de diminuição dessas regras de sentenciamento que é possível vislumbrar desde a década de 2000, por outro lado, há o agravamento de uma série de outros

⁷⁴⁸ Michigan, uma das que possui as leis mais duras de mínimos mandatórios do país, promulgou *Public Acts 665, 666, 670* em 2002, no qual eliminou sentenças mandatórias para maioria dos crimes de drogas e colocou esses crimes dentro das previsões das *guidelines* estadual. Aplicado retroativamente, cerca de 1.200 reclusos tornaram-se elegíveis à liberdade. Devido a isso e outras reformas de reentrada e *parole*, Michigan é um conhecido caso de sucesso entre os Estados procurando reduzir sua confiança no encarceramento. Entre 2002 a 2010, o Estado fechou 20 prisões e diminuiu as despesas em 8.9%. entre 2003 e 2012, onde os crimes violentos e de propriedade caiu para 13% e 24%, respectivamente. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 14.

⁷⁴⁹ A pesquisa do impacto do *New York Rockefeller Drug Law* encontrou que o uso da nova discricionariedade judicial adquirida para redirecionar infratores da prisão aos programas de tratamento variam significativamente entre os distritos judiciais em 2010, sugerindo que as jurisdições foram divididas, onde e quando o redirecionamento era necessário ou inapropriado. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute Of Justice. Policy Report, (2014), p. 12.

⁷⁵⁰ Por exemplo, enquanto *Massachusetts H 3818 (2012)* reduz as sentenças mínimas mandatórias por alguns crimes de drogas, e reduz a área considerada de zona escolar, a lei expande o tipo de acusados que são expostos a aumentos automáticos de sentença sob o *status* de criminoso habitual. Em adição, cria uma “nova” categoria de criminoso habitual ligado a mais de 50 *felonies* qualificados que rendem a inelegibilidade para o *parole*, reduções de sentença por bom comportamento, ou liberação para o trabalho. DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. *Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences*. Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014), p. 13.

tipos penais, através do sentenciamento. Portanto, próxima à nossa eterna condição de cultuadores de um “inquisitório eterno”, o mote de reformas nos Estados Unidos apresenta-se também unicamente no sentido de ‘manter tudo como está’, ou um “*undying bargain system*” (imortal sistema de barganha).

Neste ponto, por exemplo, que são desacreditadas as reformas que visam uma remodelação da procuradoria. Para além das reformas éticas que acredito não valerem a pena perpassar, Maximo Langer apresenta um conjunto de reformas que poderiam trazer melhores resultados, mas por óbvio, não atacariam o coração do problema. A primeira indicação não se apresenta realizável.

Por exemplo, no nível federal, o gabinete do *U.S. Attorney* compete por orçamento e outros recursos, mantendo sua taxa de condenações altas. No nível estadual e local, os procuradores eleitos possuem incentivos para obter o máximo de condenações possíveis como capital político nas campanhas eleitorais. O autor propõe que o Departamento de Justiça elimine o número de condenações como critério para designar recursos, como também, a eliminação de eleição para procuradores, mudando para um sistema de nomeações.⁷⁵¹ Se a primeira proposta somente irá tornar o procedimento menos transparente, porque o governo não deixará de usar dados para impor sua política, a segunda parece, no mínimo, bastante improvável tendo em vista ser um sistema arraigado desde o séc. XIX, e que terá sua democraticidade amplamente questionada.

Outras apresentam melhores resultados, mas não ao ponto de serem passíveis de trazerem notórias soluções. Estabelecer a divisão de trabalho nos gabinetes da procuradoria, onde diferentes procuradores seriam encarregados para o trabalho da investigação, da adjudicação e dos julgamentos, em três diferentes unidades. Dessa forma, “os gabinetes poderiam oferecer treinamento, um sistema de incentivo, de organização ética na investigação, acusação e julgamento, diminuindo os fortes incentivos de atuação como parte”.⁷⁵² Sem dúvidas, essa é uma boa proposta que apresenta uma melhoria no trabalho dos

⁷⁵¹ LANGER, Maximo. *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*. Am. J. Crim. L., Vol. 33:3, (2006), p. 295.

⁷⁵² “Em cada uma dessas diferentes funções, o gabinete deve enfatizar o papel do procurador como um oficial que deve buscar a justiça. Por exemplo, procuradores investigativos têm de olhar ambos, provas inculpatória e exculpatória, evitar a sobre-acusação, e apresentar à defesa todas as provas disponíveis. [...] Essa proposta não é irrealista. Na verdade, alguns gabinetes já usam a persecução horizontal. E mesmo quando há casos, no qual a administração vertical seja aconselhável, os gabinetes e os decisores políticos podem estabelecer a administração vertical adotado para casos de terrorismo, crime organizado, e outras circunstâncias excepcionais”. LANGER, Maximo. *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*. Am. J. Crim. L., Vol. 33:3, (2006), p. 296.

promotores. Mas seu alcance é bastante restrito frente aos enormes incentivos à utilização da barganha que se mantêm intactos, para evitar ao máximo os julgamentos dos casos criminais.

5.1. O “LITÍGIO” PELA DISCRICIONARIEDADE NO SENTENCIAMENTO: FEENEY AMENDMENT DE 2003 E UNITED STATES V. BOOKER DE 2005.

Se o caminho após a virada do milênio entre os Estados fora a diminuição do escopo dos mínimos mandatórios e aumento automático de sentenças, de modo a restringir a disparidade de sentenças injustificadas, e conseqüentemente, diminuir a massa carcerária, no âmbito federal o caminho trilhado é reverso. O sistema das *guidelines* falhou para Frank Bowman III, porque o poder de sentenciamento federal tornou-se um “caminho de uma via só, para o aumento, no qual as sentenças nominalmente requeridas pelas *guidelines* sobem fácil e comumente, e decrescem somente raramente”.⁷⁵³

Isso porque um sistema onde a severidade do delito pode ser subdivido em 258 formas, “e a *Sentencing Comission* que permite remendos legislativos sem fim, em resposta ao crime do dia” são propulsores diretos de um sistema que não possui gravidade. Outra questão é que o Departamento de Justiça encontra sua razão na busca por maiores sentenças nas *guidelines* não necessariamente com base que os acusados merecem maior punição, mas simplesmente porque a ameaça de sentenças cada vez maiores fornece maior induzimento à cooperação do acusado.⁷⁵⁴ Portanto, o “crime do dia” configura a movimentação política necessária sempre a pedir por “maior punição”, que ao fim, resulta não em maior punição exatamente, mas em maior poder discricionário para o procurador ameaçar com uma maior pena caso o acusado ouse ir a julgamento.

Antes das *guidelines*, procuradores poderiam exercer algum controle direto sobre a sentença do acusado através da acusação e do *plea bargaining*. Entretanto, o resultado da condenação tanto pelo julgamento como pelo *guilty plea*, possuía uma extensão, no qual o juiz tinha virtualmente autoridade ilimitada. Tratam-se de dois sistemas extremamente diferentes, o qual o sistema do *plea bargaining pré-guidelines* era também bastante operante porque ocorriam em condições em que os juízes achavam aceitável. No sistema antigo o procurador não possuía meios efetivos de impor suas preferencias à corte. Atualmente, o

⁷⁵³ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 246.

⁷⁵⁴ Naqueles casos em que o ímpeto pelo aumento das sentenças apresenta-se no Congresso, o Departamento aceita os aumentos por ordem a aumentar a influência com o governo, como também o Departamento sabe que possui discricionariedade sem restrições para não invocar a sentença mais alta em casos onde os procuradores considerem injustas ou inapropriadas. BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 252.

poder que o procurador possui com o manejo das *guidelines*, traz o sentimento de frustração aos juízes pela usurpação do que seria a sua função.

Sob o sistema colocado em operação em 1987, procuradores tem a opção de acumular múltiplas acusações envolvendo uma única conduta mas que preveem penas diferentes,⁷⁵⁵ denunciar ou não uma variedade de provisões de sentença mandatórias baseado em fatores com quantidade de droga, posse de arma,⁷⁵⁶ *status* de reincidente,⁷⁵⁷ e a provar ou abster-se de provar uma lista cada vez maior de fatos agravantes ou de mitigações especificadas nas *guidelines*.

A combinação da complexa *guidelines* sobreposta sob um sistema de leis que preveem mínimos mandatórios e agravantes baseado em fatos, tornou os procuradores em “os primeiros órgãos de decisão, os quais suas decisões podem, em uma extensão muito maior do que existiu em qualquer período, unilateralmente restringir a discricionariedade do juiz”.⁷⁵⁸ É, basicamente, um deslocamento de um órgão que advogava uma sentença para o legítimo órgão decisor.

No *Protect Act* de 2003, o Congresso concedeu, inclusive, autoridade regulatória de criar “programas de disposição antecipada” em distritos selecionados com alto volume de casos. Tal programa permite descontos maiores de sentença por *plea* antecipados, concedendo ao Procurador-Geral “o poder de mudar as regras federais de sentenciamento com base em regulação regional”. Este é o famoso *fast-track plea bargaining* que permite regimes diferenciados com enormes descontos de pena perante a mais antecipada confissão, onde é possibilitado a oferta de acordo “*fast-track*”, partindo de 4 níveis abaixo nas *guidelines* para os casos de reingresso ilegal em imigração, sob moção do procurador. É o *plea bargaining* aprofundando-se na racionalidade da liquidação, onde “quem aproveita a oferta do dia leva o melhor negócio”.⁷⁵⁹

Somente uma possível competição orçamentária com outras agências estatais com predominância social poderia ser um freio ao impulso das sentenças que crescem

⁷⁵⁵ Por exemplo, um acusado de fraude envolvendo mais de um acusado pode ser denunciado baseado na mesma conduta por fraude eletrônica, 18 U.S.C. § 1343 (2005), o qual agora possui a previsão máxima de 30 anos, ou conspiração para a fraude eletrônica, 18 U.S.C. § 371 (2005), que prevê a pena máxima de somente 5 anos. BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 247.

⁷⁵⁶ 18 U.S.C. § 924(c) (2005), impõe pena mínima mandatória por posse de arma de fogo em conexão com condutas criminosas designadas.

⁷⁵⁷ 21 U.S.C. § 851(b) (2005), garante aos procuradores federais a autoridade de ingressar informação que cause a aplicabilidade de aumento de pena sob acusados por drogas reincidentes.

⁷⁵⁸ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 247-248.

⁷⁵⁹ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 249.

constantemente por ordem da política contemporânea federal. Porém, nem o Departamento de Justiça, muito menos o Congresso, parecem considerar o custo das altas sentenças. Essa negligência não se encontra no âmbito dos Estados, os quais muitas legislaturas vêm respondendo ao alto custo do encarceramento em massa, moderando suas políticas de sentenciamento.

A diferença entre os Estados e o governo federal é explicado por duas restrições que as legislações estaduais possuem e o Congresso, não. Primeiro, os Estados são obrigados por lei a equilibrar o orçamento. Em segundo lugar, a proporção que os orçamentos estaduais devotam à aplicação da lei e correções de despesas é bem maior que a proporção relativa do orçamento federal devotada a essas funções.⁷⁶⁰ Portanto, o Congresso pode aumentar indefinidamente sem encontrar os obstáculos orçamentários que os Estados possuem.

Outra questão preponderante é a composição da *Sentencing Commission*. Esta que não é um ramo do poder executivo, é distinta das outras agências independentes pela ausência de significativos grupos de interesses contrários para atender as expectativas do lado oposto em disputa, a exemplo da *Federal Trade Commission* e a *Securities and Exchange Commission* que possuem poderosos constituintes em ambos os lados para as decisões. Encontram-se poderosas vozes ecoando uma maior punição, mas uma ausência marcante de vozes influentes apontando a severidade excessiva. Inclusive, há a famosa denominação do *Justice Scalia*, de tratar-se de um “Congresso Universitário Junior”. Embora tenha atribuição legislativa, o poder não é conferido por eleições, tornando-se uma criatura do Congresso, incapaz de exercer decisões independentes.⁷⁶¹

Se na sua formação seria um corpo técnico de *experts*, mas após ter sido designado o sistema de sentenciamento, nenhuma expertise é cobrada para a ocupação do cargo. Inclusive, a complexidade do sistema positivamente atrai os remendos de não-especialistas, e a aliança Congresso-Departamento de Justiça vem a remendando avidamente a cada ano. A Comissão não possui qualquer meio efetivo de neutralizar essa aliança. O seu distanciamento do poder judiciário, que seria seu natural aliado, começou com a reação judiciária às *guidelines* como inconstitucionais, posteriormente, a disputa sobre sua aplicabilidade mandatória ou

⁷⁶⁰ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 250-252.

⁷⁶¹ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 255.

facultativa. Esta combinação fatal configurou um sistema complicado e poderoso, na qual “suas engrenagens movem-se somente em uma direção: lenta e constantemente, para cima”.⁷⁶²

Em 2003, inserindo um adendo ao já mencionado *Protect Act*, o congresso produziu uma alteração nas leis sobre sentenciamento, o que foi chamado de *Feeney Amendment*,⁷⁶³ concentrando mais ainda o controle da penalidade sobre o julgamento nas mãos dos procuradores, restringindo o poder dos juízes de afastarem-se da presumida sentença previstas pelas *guidelines*, exceto nos casos onde o procurador recomenda o desconto. A mesma lei deu controle absoluto aos procuradores sobre uma parte do desconto da sentença pela aceitação de responsabilidade.⁷⁶⁴

A emenda original buscava eliminar todos os afastamentos para a minoração da pena-base das *guidelines* não enumeradas, como todos os afastamentos para a minoração por vínculos, como: capacidade reduzida, comportamento aberrante, habilidades educacionais ou vocacionais, condições mentais ou emocionais, histórico de trabalho, entre outros. A emenda reduzia ainda mais a possibilidade de interferência subjetiva dos juízes, fomentando uma “desumanização ainda maior do sistema, no sentido em que a aplicação da lógica atuarial para a racionalização do sistema”, cada vez mais aprofundando a redução da interferência ou discricionariedade do juiz – especialmente para descriminalizar – subordinando as decisões aos resultados objetivos dos instrumentos atuariais.⁷⁶⁵ Um avanço sem precedentes de controle político na atividade jurisdicional. É a eterna luta contra a *Warren Court*.

Um grupo de advogados, o presidente da *American Bar Association*, membros da *Sentencing Commission*, o *Chief Justice* da Suprema Corte Rehnquist, entre outros, escreveram ao Congresso uma oposição à emenda. Desse modo, o projeto foi promulgado limitando as

⁷⁶² BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 256.

⁷⁶³ Em 10 de abril de 2003, o Congresso enviou o Projeto de Lei *Protect*, o qual criava um sistema de notificação nacional de sequestro de crianças. Em 26 de março, enquanto o projeto estava pendente, a *House of Representatives* enviou o *Feeney Amendment* ao projeto. Essa emenda original era uma tentativa sem precedentes do Congresso de reescrever a *Sentence Guidelines* sem a contribuição da *Sentence Commission*. Com o Senado enviando ao *Sentence Commission* para as alterações, o resultado foi a diminuição de possibilidades de afastamento das *guidelines*, menos discricionariedade judicial e maior controle dos procuradores. BIBAS, Stephanos. *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain*. 94 J. Crim. L. & Criminology 295 (2003-2004), p. 295.

⁷⁶⁴ Um feito chave do sistema de sentenciamento das *guidelines* foi fazer os descontos pelo *plea* mais previsíveis. Por exemplo, acusados tipicamente precisam alegar a culpa para receber o desconto de sentença de 2 a 3 níveis por ‘aceitação da responsabilidade’; por volta de 94% dos acusados que alegam culpa recebem o desconto, enquanto somente 8% que vão a julgamento, recebem o desconto. WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 131.

⁷⁶⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 170.

alterações previstas somente aos crimes envolvendo pornografia, abuso sexual, abuso de menores, como sequestro de menores, com o aumento da previsão de pena para os crimes de pornografia e abuso sexual infantil.⁷⁶⁶ Porém, o alcance do *Feeney Amendment* foi bem maior ao final.

A emenda revisada revogava *Koon v. United States*. Tal decisão é fruto de um dos registros em vídeo de violência racial mais emblemáticas do séc. XX, onde os recorrentes Stacey Koon e Laurence Powell, oficiais da polícia de Los Angeles, foram absolvidos das acusações estaduais de agressão e uso excessivo da força no espancamento de Rodney King, durante uma detenção. Porém, sob uma subsequente perseguição no âmbito federal foram condenados sob a *18 U. S. C. Section 242*, por violação aos direitos constitucionais da vítima por sua cor.

Embora sob a *guidelines* aplicável, *1992 USSG Section 2H1.4*, indicasse que estes deveriam ficar aprisionados entre 70 a 87 meses, a Corte Distrital garantiu aos acusados dois afastamentos com minoração na escala. A primeira foi baseada sob a má-conduta da vítima, o qual significativamente contribuiu para provocar o crime; o segundo foi baseado em uma combinação de fatores: a) que os recorrentes eram excepcionalmente suscetíveis ao abuso na prisão; b) que os recorrentes iriam perder seus empregos e serem proibidos de serem empregados em órgãos de aplicação da lei; c) que os recorrentes foram objeto de sucessivas perseguições no âmbito do Estado e Federal; d) que os recorrentes possuíam um baixo nível de reincidência. A extensão da sentença após os afastamentos com minoração era de 30 a 37 meses, e a corte sentenciou cada recorrente a 30 meses. A corte de apelação revisou os afastamentos utilizando o *de novo standard* e rejeitou todos.⁷⁶⁷

Na Suprema Corte, em entendimento esposado pelo *Justice Anthony Kennedy*, a corte sustentou que a *Court of Appeals* não deveria através do *review de novo* reverter a decisão de afastamento da extensão de sentenciamento das *guidelines*, e sim, deveria questionar se a corte sentenciante abusou de sua discricionariedade. Além do mais, por conta que a *Court of Appeals* errou em rejeitar certos fatores dos afastamentos para mitigação decididos pelo juiz distrital, parte da decisão da corte de apelação foi revertida.⁷⁶⁸

Visando substituir o *de novo appellate review* esposado pelo entendimento em *Koon* do *standard* do abuso de discricionariedade, a *Feeney Amendment* também barrava as cortes distritais, os quais os afastamentos da *guidelines* tinham sido revertidas em apelação de

⁷⁶⁶ BIBAS, Stephanos. *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain*. 94 J. Crim. L. & Criminology 295 (2003-2004), p. 296.

⁷⁶⁷ *Koon v. United States*, 518 US 81 (1996).

⁷⁶⁸ *Koon v. United States*, 518 US 81 (1996).

apresentar novas razões para partir no sentenciamento dos pontos inferiores da previsão. A *Feeney Amendment* tornava a moção da persecução um pré-requisito inafastável para uma redução em três níveis pela “aceitação da responsabilidade”. Como se apreende, não eram triviais as alterações, havendo significativa diminuição na discricionariedade dos juízes na possibilidade de minoração de sentenças, ficando adstritos à manifestação do procurador.

Buscando uma “substancial redução da frequência do sentenciamento partindo dos pontos inferiores da *guidelines*”, o Congresso buscava uma “reforma de uma enorme quantidade de previsões abaixo da pena-base”, comparando que no ano de 2001, somente 64% dos acusados foram sentenciados na faixa aplicável pelas *guidelines*, que 17,1% receberam diminuições na base da pena por substancial assistência, e 18,3% receberam os outros tipos de diminuição previstos. Em contraste, somente 0,6% receberam aumento previsto nas *guidelines*.⁷⁶⁹

Mas como aponta Stephanos Bibas, se o Congresso realmente tivesse a preocupação de seriamente fiscalizar uma suposta sistematização enviesada à leniência, teria direcionado sua atenção ao tipo mais comumente utilizado que possibilita o decréscimo da pena base: a assistência substancial ao governo sob a seção 5K1.1. Estas somam quase metade de todas os decréscimos da pena base, e ocorre em mais de um sexto de todas as sentenças, por conta que se trata de um poderoso instrumento para superar o código de silêncio das organizações criminais. O que produz o próprio problema que visam combater: redução da punição “merecida”, produção de desigualdade e disparidades nas penas.⁷⁷⁰ As previsões de decréscimo tratadas na emenda, portanto, encontram-se de maneira marginal aos problemas que, em tese, visa combater.

O que ocorreu, na verdade, foi a transferência das previsões de decréscimo na pena base das mãos dos juízes às mãos dos procuradores em busca de barganha. Portanto, na ocorrência de dificuldade em acertar termos razoáveis com o procurador, foi retirada a possibilidade de alegação de culpa sem um acordo com um procurador, através do

⁷⁶⁹ A emenda requeria a restrição de da pena-base com diminuição nas *guidelines* para as previstas de comportamento aberrante, responsabilidade familiar, laços comunitários, e capacidade diminuída, todas que serviriam somente para mitigar as sentenças. Sendo que o capítulo 3 das *guidelines* contem uma série de ajustamentos gerais nos níveis do delito. O capítulo contem somente 2 ajustamentos de diminuição, que são a redução por um papel menor e a aceitação da responsabilidade. Em outras palavras, muitos fatores agravantes são deixados para o processo da base de onde pena irá partir. Esse capítulo possui ajustamentos para cima por vítima vulnerável, crimes de ódio, crimes contra oficiais, retenção da vítima, terrorismo, papel importante no crime, uso de menores no crime, obstrução da justiça, pôr em perigo por imprudência em um voo. BIBAS, Stephanos. *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain*. 94 J. Crim. L. & Criminology 295 (2003-2004), p. 298.

⁷⁷⁰ BIBAS, Stephanos. *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain*. 94 J. Crim. L. & Criminology 295 (2003-2004), p. 299.

assinalamento do juiz sobre uma sentença moderada. Fechou-se o cerco para que a oferta da procuradoria seja a única possível solução na negociação. Desse modo, a racionalidade por trás da alteração é “aumentar o preço mínimo” da pena base oferecida pelos procuradores, com uma maior punição para os que aceitam o acordo, e a garantia que este não poderá ser frustrado pelo juiz sentenciante.

Além do problema do sistema criado pela reforma de 1984, da falta de balanço institucional que tornou o processo legislativo uma via de mão única, sempre crescendo, um segundo e maior problema era como um sistema novo e substancialmente melhorado poderia ser promulgado quando o problema é justamente o enorme poder das esferas políticas do governo, o qual necessitaria ser justamente o suporte necessário para a promulgação de um novo regime.⁷⁷¹ Um novo deslocamento da discricionariedade viria da Suprema Corte.

Primeiro, no caso *Blakely v. Washington*, Blakely alegou a sua culpa pelo sequestro de sua ex-esposa, onde os fatos admitidos no *plea* suportavam um máximo de 53 meses de sentença. O Estado de Washington permite a um juiz impor uma sentença acima do *standard* se encontrar “razões substanciais” que não estão computadas nos níveis do *standard*. Blakely apelou argumentando que o procedimento de sentenciamento o privou ao seu direito previsto na 6ª Emenda, direito a um júri determinar para além da dúvida razoável todos os fatos legalmente essenciais à sua sentença. O acusado não conseguiu reverter na corte de apelação muito menos na Suprema Corte.⁷⁷² Mas a questão tomou força.

Em 2005, uma decisão demoveria o controle de volta para uma posição mais equilibrada entre procuradores e juízes. A Suprema Corte em *United States v. Booker*, determinou que um juiz sentenciante não podia aumentar a extensão da previsão da *guidelines* aplicável a não ser que um júri decida, com base nos fatos, o devido aumento da sentença. A corte, dessa forma, declarou que a solução seria que as *guidelines* não fossem vinculantes para todos os casos, assim, abriu-se a possibilidade aos juízes de impor a sentença fora do imposto pelas *guidelines* se essas melhores se adequarem. A sentença que o juiz impor ainda será objeto de revisão através de apelação, e pode ser anulada se não for razoável.⁷⁷³

A decisão foi no sentido de que aos juízes federais ainda é exigido computar a apropriada sentença dentro dos níveis das *guidelines*, mas que outros fatores deverão ser considerados na sentença imposta, em específico as previstas no 18 U.S.C. §3553(a), que

⁷⁷¹ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 256.

⁷⁷² *Blakely v. Washington*, 542 US 296 (2004).

⁷⁷³ WRIGHT, Ronald. *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice*. University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005), p. 152.

incluem: a natureza e a seriedade do delito; as características pessoais do acusado; restituição às vítimas; e a eliminação de disparidades de sentenças injustificadas.⁷⁷⁴

A confiança no sistema das *guidelines* de forma facultativa é a de realocar a autoridade do sentenciamento ao juiz e retirar um pouco do controle do procurador sobre a aplicação da pena, portanto, realocar a discricionariedade que a *Feeney Amendment* havia retirado dos juízes na possibilidade de diminuir as sentenças que encontrar sem razoabilidade.

Embora importante a decisão, um sistema de *guidelines* não vinculantes ou consultivas, mantém todas as características indesejadas do velho sistema intactas. As *guidelines* e as leis de sentenciamento continuam “muito complexas, continuam concedendo inúmeras alavancas para o controle do procurador no resultado da sentença, e ainda proporciona os mesmos incentivos e mecanismos para a microgestão do Congresso”.⁷⁷⁵ A diferença somente é que pós-*Booker*, os juízes agora possuem um montante, ainda indefinido, de discricionariedade adicional para diferir das *guidelines*, e o governo experimentou uma modesta redução no controle do resultado das sentenças.

A questão preocupante é que a decisão em *Booker* parece politicamente insustentável, onde o Procurador-Geral, expressando sua insatisfação, pessoalmente endossou a proposta de tornar os níveis mínimos das *guidelines* aplicáveis, enquanto fossem não vinculantes aos níveis máximos.⁷⁷⁶ O que seria o retorno ao sistema anterior a *Booker* e posterior à *Feeney Amendment*.

Do ponto de vista do governo, a vantagem das *guidelines* original é que enquadra a discricionariedade judicial através do baixo custo do procedimento – os fatos que geram os níveis das *guidelines* são estipulados ou por juízes em audiências caracterizadas pelo *standard* da preponderância da evidência, pequena ou total ausência de *discovery*, e a mitigação das regras de prova. No período de *Blakely* e *Booker*, o Departamento de Justiça confrontou a possibilidade que todos os fatos relacionados às *guidelines* teriam que ser pleiteadas no *indictment*, e se contestadas, provadas para além da dúvida razoável pelos jurados.⁷⁷⁷ Tal

⁷⁷⁴ ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry. *Era of Post- 'Booker' Sentencing: Whither the Guidelines*. New York Law Journal, vol. 246, n. 85, 2011. Disponível em <<https://www.srz.com/images/content/6/7/v2/67934/New-York-Law-Journal-Era-of-Post-Booker-Sentencing-Whither-the-G.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2021.

⁷⁷⁵ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 257.

⁷⁷⁶ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 257-258.

⁷⁷⁷ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 260.

reforma seria um enorme golpe à discricionariedade dos procuradores e um enorme retrocesso no seu poder de barganha.

A proposta de tornar os níveis mínimos das *guidelines* aplicáveis de maneira mandatória, como eram antes de *Blakely* e *Booker*, enquanto fossem não vinculatórias aos níveis máximos, são da ordem da decisão em *Harris v. United States*, de 2012. Tal decisão definiria a legislação desejada pelo Departamento de Justiça.⁷⁷⁸ A decisão em *Booker*, determinou que o direito ao julgamento por júri da 6ª Emenda exige que a sentença do acusado seja baseada somente em fatos admitidos pelo acusado ou determinados pelo júri, sob o *standard* do *beyond a reasonable doubt*. Desse modo, um retorno ao sistema mandatório das *guidelines* necessitaria confiar em um sistema que dirigiria ao júri a questão de determinar e sopesar os fatores agravantes e mitigantes.⁷⁷⁹

Blakely e *Booker* no mérito apontam as posições majoritárias, que não é o juiz quem deve definir os fatos que aumentem a presumível sentença máxima. A opinião de medida corretiva em *Booker* emenda a *Sentencing Reform Act* para criar um sistema “facultativo”, ou não vinculativo, no qual os juízes podem encontrar fatos que liguem aos níveis das *guidelines* os quais justificados, baseado no caso pós-*Booker*, de ter algo parecido como um “efeito presumido”. De acordo com Frank Bowman III, no mínimo, *Booker* deixa bastante confuso os limites entre esses fatos que devem ser definidos pelos jurados e aqueles que devem ser definidos pelos juízes.

Isso porque sustentando que os juízes devem ter uma substancial discricionariedade para desviarem-se das barreiras do sentenciamento “definindo os fatos”, este entendimento, segundo Frank Bowman III, poderia ter três consequências: I- a curto prazo, tanto o Congresso como o Departamento de Justiça ficarão mais insatisfeitos como o regime facultativo do pós-*Booker*, porque possibilitará substancial margem para os afastamentos das *guidelines* na mitigação da pena; II- se o Departamento de Justiça desejar maior rigor no sentenciamento, terá de conduzir a alternativa que confia mais pesadamente no júri “determinando os fatos”, que gera a pressão para um sistema mais simples que minimize o número de fatos que poderiam ser confessados e determinados pelo júri; III- um novo sistema com poucos limites para o júri determinar os fatos deve incorporar *guidelines* adicionais, mas

⁷⁷⁸ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 *Stan. L. Rev.* 235, (2005), p. 261.

⁷⁷⁹ ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry. *Era of Post-‘Booker’ Sentencing: Whither the Guidelines*. *New York Law Journal*, vol. 246, n. 85, 2011. Disponível em <<https://www.srz.com/images/content/6/7/v2/67934/New-York-Law-Journal-Era-of-Post-Booker-Sentencing-Whither-the-G.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2021.

o requerimento de uma significativa discricionariedade judicial para desviar dos limites das *guidelines* iria ajudar a assegurar uma relativa flexibilidade em um novo sistema.⁷⁸⁰

Implícito na medida em *Booker*, está a ideia que os fatos definidos podem restringir a discricionariedade judicial somente até se esses fatos foram entregues ao domínio do júri. A questão não respondida “é quanto pode-se restringir a discricionariedade judicial sem desencadear o direito ao julgamento por júri”. Portanto, vislumbra-se a possibilidade para além do pós-*Booker*, de transformar as *guidelines* em um sistema de sentenças mínimas mandatórias, mas na sua forma mais onerosa agora: requerendo o *pleading* e a definição por um júri, de todas as questões de fato contestadas relacionadas às *guidelines*.⁷⁸¹

Os números pós-*booker* revelam que a porcentagem de sentenças impostas dentro dos limites das previsões das *guidelines* decaiu desde a decisão. Em 2004, o ano precedente, 72.1% de todas as sentenças impostas encontravam-se em consonância com a escala das *guidelines*; em 2010, a taxa caiu para 55.5%, a menor taxa em 15 anos.⁷⁸² O *mantra* do “*tough on crime*” no âmbito de sentenciamento encontra-se em uma encruzilhada para manter um sistema mais punitivo, no ponto em que para tornar o sistema mandatório como antes de *booker*, através de uma vitória política, precisa conceder a definição dos fatos a um júri; assim, a busca por uma maior punição encontra-se justamente em um procedimento, significativamente, mais lento e burocrático, para restringir a discricionariedade judicial.

5.2. OS EXTREMOS: SISTEMA ADMINISTRATIVO E O DEVIDO PROCESSO NEGOCIAL NOS *WHITE-COLLAR CRIMES*.

Até aqui demonstramos como o *plea bargaining* é o instrumento processual mais eficaz para que qualquer tipo de política criminal alcance os objetivos a que dispõe todo o seu aparato de prática punitiva. Não há o que debater quanto a sua desenvolvida funcionalidade. Em todos os aspectos, sua eficácia subsumirá o procedimento moroso, que envolve trabalho de um aparato pesado que envolve inúmeras partes. Trabalho o qual, sempre apresenta um

⁷⁸⁰ BOWMAN III, Frank O. *Mr. Madison Meets a Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform*. 58 Stan. L. Rev. 235, (2005), p. 262.

⁷⁸¹ Em voto dissidente em *Blakely v. Washington*, o Justice O'Connor astutamente caracterizou o requerimento de um julgamento por júri para os fatos que aumentem a exposição máxima da sentença como uma ‘taxa constitucional’ no desenvolvimento do sistema estruturado de sentenciamento. Em outras palavras, a decisão em *Blakely* possibilitam os Estados e o governo federal a continuar a utilização do complexo regramento baseado em fatos no sentenciamento para enquadrar a discricionariedade judicial, mas requer ao governo a suportar a carga processual de um completo julgamento por júri em fatos, legalmente necessário para aumentar as sentenças máximas. *Blakely v. Washington*, 542 US 296 (2004).

⁷⁸² ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry. *Era of Post-‘Booker’ Sentencing: Whither the Guidelines*. New York Law Journal, vol. 246, n. 85, 2011. Disponível em <<https://www.srz.com/images/content/6/7/v2/67934/New-York-Law-Journal-Era-of-Post-Booker-Sentencing-Whither-the-G.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2021.

custo. Este custo há poucas décadas, seria o custo mínimo de uma sociedade democrática, mas na pós-modernidade, o custo tornou-se ineficiência e sinônimo de corrupção. Eis o incrível paradoxo. O que se iniciou como “corrupção procedimental”, acabou tornando-se o remédio contra governos que não punem e são complacentes com as “forças do mal”.

O que é o *plea bargaining* em sua essência, sempre prevalecerá em qualquer tipo de análise processual que possa existir, não importa quão diferentes sejam as estruturas de instrumentos, a cultura procedimental. Funcionou na busca por confissões na Idade Média europeia, e funcionará em boa parte do mundo no futuro. Mas claro, sem a busca incessante de uma verdade, através da confissão e a sua sonda intrapsíquica. Na nossa “modernidade”, formula-se os descontos de pena sob condição de aceitar a pena imposta, restituir o dinheiro subtraído ou cumprir uma pena prisional ou restritiva de direitos; tudo negociável de acordo com as provas, a classe social, e o crime perpetrado, de modo a não adjudicar uma massa de processos que somente cresce e emperra a máquina judiciária.

Mas não é somente no “controle das massas” que o *plea bargaining* manifesta-se amplamente superior. Obviamente em um período de expansão do livre mercado do neoliberalismo desde a segunda metade do século XX, com o enorme fortalecimento de um poderio econômico conglomerado de mercado global, este apresenta-se como única solução para o combate dos crimes financeiros dos poderosos e suas redes criminosas complexas. Por óbvio, isso envolve em troca o atendimento aos interesses destes na sua própria punição.

Há uma transmutação conhecida no âmbito do *plea bargaining*, onde as práticas características da investigação criminal federal do *white-collar* envolvendo acusados suntuosos e importantes, revelam um sistema distante do *plea bargaining* comum; mais próximo do que seria uma “justiça administrativa”; ou o que seria, o *plea bargaining* idealizado pelos teóricos que analisam o *plea bargaining* através da teoria contratual,⁷⁸³ que

⁷⁸³ Utiliza-se técnicas de análise de decisão moderna que possuem dois pontos-chaves: partes barganham sobre a atribuição da punição criminal de modo a reatribuir e assim reduzir os riscos de um futuro incerto. Clarificar o processo requer uma boa dose de abstração em ordem de isolar as mais importantes variáveis. Inicia-se com algumas simples e artificiais suposições. Primeiro, presume-se que as partes podem somente negociar nos pontos T1 e T2. T1 sendo após a decisão da denúncia e T2 após a conclusão do julgamento, antes do veredito. Baseados em diferentes cargas de informação cada lado gerará uma estimativa da probabilidade que D (acusado) será condenado se for a julgamento. Essa estimativa determina o preço que cada um insistirá como condição a alcançar uma barganha em T1. A probabilidade de condenação seria a função de dois fatores: 1) a força do caso de P (procurador), o qual D conhece incompletamente; e 2) a probabilidade que D é de fato inocente, o qual D sabe mas P não; O *plea bargaining* em T1, como uma fixação de preço ordinária em um contrato executório, troca esses riscos. Fixando o preço em T1 significa que P não se arrependerá se o preço cair em T2. Arrependimento é agora acionado se o caso do governo é mais forte em T2, do que acreditou em T1. Agora ele suporta o risco de que o preço cairá, e terá um melhor acordo se esperar. Portanto, alterando os riscos de mudança de preço, esses riscos serão reduzidos, e ambas as partes podem compartilhar os resultados benéficos. SCOTT, Robert; STUNTZ, William J. *Plea Bargaining as Contract*. Yale Law Journal, v. 101, article 8, 1992, p. 1936-1938.

encontra total dissonância na prática comum e cotidiana. Em suma, apresentam-se dois procedimentos diferentes conforme a “classe” do acusado.

Os acusados na investigação criminal federal do *white-collar* possuem amplos recursos financeiros para servirem-se de uma efetiva defesa técnica e investigatória. Não se tratam de indivíduos perigosos, embora seja até difícil quantificar o quanto suas ações afetam as vidas, a educação, a saúde, a alimentação, o bem-estar da esmagadora maioria, sem contar, os danos ecológicos que produzem as formas predatórias de exploração natural e animal.

Os procuradores são, a princípio, relutantes em apresentar casos contra estes acusados, pela posição de respeito e proeminência que ocupam. Desde as primeiras etapas da investigação, os acusados já buscam influenciar as conclusões do procurador, porque o material que os procuradores precisam para determinar os fatos – tipicamente, documentos financeiros e de negócios – geralmente são obtidos com o conhecimento dos investigados, desde que devem ser produzidos em resposta à uma intimação ou um mandado de busca e apreensão.⁷⁸⁴

Durante os estágios preliminares, os contatos informais entre advogados e procurador irão ser realizados para encontrar a natureza das alegações sob investigação e a identidade dos alvos, com a elaboração formal sobre a impropriedade através da insuficiência das provas, ou qual particular *plea* ou sentença seriam uma disposição justa. Assim, discute-se a negociação dos termos de cumprimento da intimação, o agendamento das entrevistas das testemunhas, o tratamento do material apreendidos através da busca e apreensão, e a recepção de outras decisões investigativas de prerrogativa dos procuradores que entra na ronda do negociável.⁷⁸⁵

Na conclusão investigativa, o advogado apresentará uma extensiva argumentação formal aos procuradores sobre a apropriada disposição final, analisando as informações e materiais probatórios, argumentando o mérito do caso, e questões relevantes à discricionariedade persecutória. Estas não estão limitadas aos procuradores em atividade. Se estes rejeitam determinantemente os pontos controvertidos pelos advogados, estes podem procurar uma “revisão de apelação” aos procuradores do escalão acima, alcançando determinações do *United States Attorney* ou até do *Department of Justice* em Washington.⁷⁸⁶

Como observa-se, é um procedimento totalmente informal, mas bastante distinto. Embora tanto advogados como procuradores devem operar com um olho em um eventual processo que pode resultar do procedimento que ainda se encontra no âmbito interno. Os

⁷⁸⁴ LYNCH, Gerard. *Our Administrative System of Criminal Justice*. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998), p. 2126.

⁷⁸⁵ LYNCH, Gerard. *Our Administrative System of Criminal Justice*. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998), p. 2126.

⁷⁸⁶ LYNCH, Gerard. *Our Administrative System of Criminal Justice*. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998), p. 2126.

procuradores buscam determinar se as provas realmente podem ser provadas para além da dúvida razoável, caso houver a necessidade de prosseguir ao julgamento por júri. Mas os julgamentos são, como é de se esperar, uma exceção.

Cabe razão a Gerard Lynch, que denomina a função do procurador nestes casos como uma função “quase” judicial, onde basicamente determina o culpado e o inocente, e a medida adequada de punição. Pois, esta é a única adjudicação que muitos acusados recebem, sendo o “verdadeiro” julgamento pelo qual a sociedade adjudica o caso, na forma “inquisitorial e administrativo, caracterizado pela informalidade e a flexibilidade de procedimento *ad hoc*”. Neste sistema, o julgamento por júri adversarial serve como um tipo de revisão judicial, no qual o acusado não satisfeito com a adjudicação administrativa do procurador tem o “direito ao *de novo review* da decisão em outro fórum”.⁷⁸⁷

O autor apresenta a formulação de que os procuradores não devem ser vistos pelo viés adversarial na negociação, que me parece simplesmente alucinatório. Não há possibilidade real da defesa ver e tratar como a um juiz imparcial à outra parte que é incumbida da função de exercer a persecução criminal em nome do Estado. O autor segue afirmando que, “a justiça seria melhor atendida quando os procuradores na determinação se acusam ou fazem ofertas pelo *plea*, se vejam como adjudicadores quase-judiciais, obrigados a alcançar o resultado mais justo possível, ao invés de negociadores partidários tentando tirar o máximo de vantagem”.⁷⁸⁸

A prática de condutas éticas deveria ser disseminada nas procuradorias há muito tempo, mas acredito ser apenas um componente lógico de uma função que possui uma gama de poder que leva ao abuso recorrentemente. Qualquer análise aprofundada nas atividades destes funcionários do Estado, demonstrariam que as práticas abusivas e ilegítimas fazem parte do cotidiano, como apresentam todas as outras funções públicas. Mas trata-las como uma reforma séria não é possível. Parece apenas uma ótima forma para “deixar tudo como está”.

Tais reformas éticas da conduta dos procuradores, a exemplo da leitura de Rubens Casara no âmbito brasileiro, somente pode ser creditada sobre o processo de de figuras míticas. O autor aponta que são diversos mitos que estruturam o processo penal brasileiro de veia autoritária, como o mito da neutralidade do julgador, da imparcialidade do Ministério Público, o da verdade real, do livre convencimento, do consenso no processo penal, a

⁷⁸⁷ LYNCH, Gerard. *Our Administrative System of Criminal Justice*. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998), p. 2129, 2135.

⁷⁸⁸ LYNCH, Gerard. *Our Administrative System of Criminal Justice*. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998), p. 2136.

concepção do processo penal como instrumento de pacificação social ou de segurança pública.⁷⁸⁹

Assim, estruturar o *plea bargaining* como um relação contratual igualitária, onde pode-se formular uma teoria justa que justifique os reais interesses das partes, velando a coercibilidade extremamente aprofundada pelas *guidelines*, os aumento dos mínimos mandatórios, as reformas da *feeney Amendment*, entre outros; e assim, formular sobre tudo isso, uma atuação mais ética dos promotores, como reforma, é uma piada. Somente em um mundo cnicamente abstratizado tal formulação teria um mínimo de sentido.

O professor Aury Lopes Jr., apresenta em seus trabalhos a dificuldade que existe no cumprimento por parte do Ministério Público em atender requisitos de parcialidade, ao qual é realmente difícil ver possibilidade de “parcialidade na mente persecutória”,⁷⁹⁰ onde apresenta-se em nosso período de maneira bastante contundente que o Ministério Público, por todos os incentivos e interesses que possui no exercício da sua função, possui um forte viés de combate à criminalidade e de bom retrospecto em condenações. Como bem salienta na esteira de Jose Guarnieri, “é confiar ao lobo a melhor defesa do cordeiro”.⁷⁹¹

Tais restrições ao que considero resoluções simplistas contra incentivos poderosos e significativos que os procuradores encontram no *plea bargaining*, encontram eco nas reformas legislativas que encontraram obstáculos para sua concreção justamente no poder discricionário e os incentivos que os procuradores possuem atualmente.

A Enron Corporation foi uma gigante da companhia de energia americana, localizada em Houston, que empregava cerca de 21.000 pessoas e era uma das líderes no mundo em distribuição de energia e comunicações. Em 2001, esta empresa colapsou por conta de fraude corporativa.⁷⁹² No mesmo período, uma série de outras empresas tiveram o mesmo caminho, como: Worldcom, Adelphia, Symbol Technologies, Dynegy, HealthSouth.

⁷⁸⁹ CASARA, Rubens. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144-217.

⁷⁹⁰ “[...] não existe investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 76. Citando JAMES GOLDSCHMIDT, afirma que “o problema de exigir imparcialidade de uma parte acusadora significa cair no mesmo erro psicológico que fez desacreditar o processo inquisitivo, qual seja, o de crer que uma mesma pessoa possa exercer duas funções tão antagônicas como acusar e julgar”. Idem, p. 66.

⁷⁹¹ LOPES JR., Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista*. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informação e Privatização da Justiça Penal*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 122.

⁷⁹² Alvo de diversas denúncias de fraudes contábeis e fiscais e com uma dívida de 13 bilhões de dólares, o grupo pediu concordata em dezembro de 2001. Na época, as investigações revelaram que a Enron havia manipulado seus balanços, com a ajuda de empresas e bancos, e escondera dívidas que amontavam 25 bilhões de dólares por dois anos consecutivos, tendo inflado artificialmente os seus lucros. A Enron foi também processada pelas pessoas lesadas. De acordo com os investigadores, os executivos e contadores, assim como instituições financeiras e escritórios de advocacia, que à época trabalhavam para a companhia, foram, de alguma forma e em

Destes escândalos, anunciou-se mais uma “guerra” nos Estados Unidos, agora contra a corrupção e os crimes financeiros. Em 2002, o Presidente George W. Bush criou o *Corporate Fraud Task Force*, formado para “investigar e processar significativos crimes financeiros, e assegurar uma justa e efetiva punição. A força tarefa funcionará como uma equipe da SWAT, supervisionando a investigação de abusadores corporativos e os trazendo para sua responsabilização”.⁷⁹³ Não muito diferente do pai que prometia em rede nacional que acabaria com a “epidemia das drogas”.

O avanço deu-se no Congresso com a *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* de 2002, que trazia novas provisões para os crimes de *white-collar* em todos os níveis, regulamentando substanciais aumentos nas penas pelos crimes mais comumente acusados por procuradores federais na fraude corporativa e os casos de obstrução de justiça; incluía diretivas específicas e gerais ao *United States Sentencing Commission* para o implemento de emendas para as *guidelines* em resposta à estas mudanças, e concedeu autoridade de emenda emergencial para uma imediata ação contra as fraudes.⁷⁹⁴ Com o objetivo de aumentar persecuções e as sentenças prisionais, a primeira reforma impôs um aumento de 4 vezes na previsão de pena máxima das fraudes postal e eletrônica, passando de 5 anos de máxima para 20 anos. Criou um código criminal para a fraude securitária, além de aumentar uma série de outras previsões criminais e aumentar os tipos de ofensas nas *guidelines*, de maneira desenfreada.

Com o *Feeney Amendment* do *Protect Act* de 2003, vieram diretivas instruindo procuradores federais ao cumprimento dos novos procedimentos para assegurar conformidade com o objetivo de severidade, requerendo a oposição pelos procuradores das ações das cortes que fossem inconsistentes com a *Feeney Amendment*, ou seja, restringir a possibilidade dos acusados receberem decréscimos das penas. Em 2003 ainda, o Procurador-Geral John Ashcroft enviou um memorando a todos os procuradores dos Estados Unidos, direcionando que “os procuradores federais deveriam exercer persecução dos crimes mais sérios conforme as provas que possam suportar os fatos do caso, que geram a sentença mais substancial sob as *guidelines*, a não ser que uma sentença mínima mandatória gere uma sentença mais longa”.⁷⁹⁵

diferentes graus, responsáveis pelo colapso da empresa. QUARTZO. Disponível em <<https://quartzoinvestments.com/2017/10/21/a-quebra-da-enron/>>. Acesso em 12 Dez. 2020.

⁷⁹³ President George W. Bush, *Remarks on Corporate Responsibility in New York City*, 2 PUB. PAPERS 1194, 1196 (July 9, 2002), disponível em <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getpage.cgi?position=all&page=1196&dbname=2002_public_papers_vol2_misc>. Acesso em 30 Set. 2020.

⁷⁹⁴ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 15 & 18 U.S.C.).

⁷⁹⁵ DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 457.

Para além de criar novas provisões e a emenda das sentenças máximas das já existentes, a *Sarbanes-Oxley Act* determinou à *Sentencing Commission* para revisar e emendar as *guidelines* dentro de 180 dias, demonstrando com a quadriplicação da pena máxima sobre fraude postal e eletrônica, qual era a direção a ser seguida. Tal diretiva resultou no aumento da base aplicável sob o nível do delito de todos os casos de fraude de 6 para 7 níveis. Isto gerou um efeito já bastante conhecido a esta altura, que pode parecer insignificante, mas aumentou o alcance do sentenciamento à prisão, na previsão mínima, em aproximadamente 10%, limitando a escolha do tipo de sentença do juiz em 4 de cada 10 casos por fraude nas cortes federais.⁷⁹⁶

Embora fosse claro os resultados que o Presidente, o Congresso, o Departamento de Justiça, e a *Sentencing Commission*, buscavam na severidade dos crimes financeiros, uma questão se apresentaria no caminho, e que neste ponto, já não pode ser nenhuma surpresa. Lucian Dervan apresenta um estudo sobre os efeitos e conseqüências desta cruzada contra a fraude, e os números não apresentam uma enorme mudança na estrutura da punição para os casos de fraude, e inclusive, apresentam uma redução dos casos de *white-collar non-fraud*, que incluem peculato, falsificação, suborno, lavagem de dinheiro e evasão fiscal, do período de 1995 a 2006. Houve um aumento mais significativo em 2003 dos casos de fraude em uma diferença de 760 casos dos quase 7.000 casos em 2001, mas que são pouco para os objetivos estipulados politicamente na cruzada contra tais crimes.⁷⁹⁷

O aumento das sentenças prisionais também não surtiu o efeito esperado. Em 2001, a sentença média por fraude era 14 meses. Somente em 2005, a média alcançou 15 meses, que é o período pós-*Booker*. O que aparenta, segundo Lucian Dervan, que a decisão em *Booker* teve mais impacto imediato nas sentenças que as reformas pós-Enron. Os crimes mais comuns de fraude, a fraude eletrônica e postal, apresentam de 2001 a 2003, um aumento, principalmente a postal, de 10 meses na média.⁷⁹⁸ Porém, esse crescimento não aparece nos outros crimes financeiros, o que torna o crescimento no caso da fraude postal de difícil atribuição exclusiva às reformas.

A resposta na falha em alcançar os objetivos postos da “guerra aos crimes financeiros” encontra-se no *plea bargaining* e a configuração processual que se desenvolveu através do

⁷⁹⁶ BOWMAN III, Frank O. *Pour Encourager Les Autres?: The Curious History and Distressing Implications of the Criminal Provisions of the Sarbanes-Oxley Act and the Sentencing Guidelines Amendments that Followed*. 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 373, 435 (2004). P. 433.

⁷⁹⁷ DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 469.

⁷⁹⁸ DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 473-474.

mote de endurecer as penas. A percentagem de acusados alegando a culpa por fraude remanesceu acima dos 95% em todos os anos desde 1999, exceto pós-*Booker*, em 2005.

A percentagem de casos resultante em *plea bargains* foi maior depois de 2001, o que era exatamente o objetivo oposto. As forças que impactaram o *plea bargaining* no âmbito federal são o que impactaram todo o sistema negocial federal, seguindo exatamente a mesma tendência; ocorrendo a queda da taxa de *guilty pleas* de aproximadamente 97% para os casos de fraudes, como de todos os outros casos, em 2002; para próximo de 96% em casos de fraude, e de próximo a 95% para os casos restantes, em 2003, período da *Feeney Amendment*. Em 2004, também, os casos somavam aproximadamente 96% de *guilty pleas* nos casos de fraude e dos restantes, caindo para 94,5% nos casos de fraude, e próximo a 93% para os casos restantes, período após a decisão em *Booker*.⁷⁹⁹

Isto, claro, como bem aponta o autor, é resultado do fato que os procuradores não utilizaram (e não utilizarão) a maior discricionariedade e agravamento das previsões de penas máximas e mínimas mandatórias, para utilizar na “guerra” contra a fraude financeira, mas sim no manejo dessas ferramentas para dissuadir os acusados a aceitar os acordos oferecidos.⁸⁰⁰ A busca por uma maior severidade somente pode ser considerada pelo procurador fora da possibilidade do *plea bargaining*, que acaba absorvendo todas as necessidades pré-existentes. O resultado é mais do mesmo.

Não à toa a grande questão do sentenciamento tornou-se disputa entre a *Feeney Amendment* e a decisão em *Booker*. Aumenta-se o poder do procurador, restringe-se do juiz, e espera-se que a Política Criminal aplicada ocorra conforme as reformas. Mas ao fim, os poderes dos procuradores não são controláveis pela ética, pelo memorando do procurador-geral, pelas novas e mais duras previsões legislativas. Através desta configuração, no plano maior, não apresenta maior efeito as exigências; como não adiantará esperar “civilidade penal”⁸⁰¹ destes na persecução dos crimes comuns, justamente pela sua superposição. Esta “civilidade” não existe no procedimento com uma parte explorando e submetendo totalmente a outra, frente a um juiz distante e que não quer julgar o caso.

⁷⁹⁹ Ver a tabela em DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 477.

⁸⁰⁰ DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 477.

⁸⁰¹ Referência a Jacinto Miranda Coutinho sobre a igualdade entre as posições do Ministério Público e a defesa no pensamento de Francesco Carnelutti em “*Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – Ed Anche il Giudice*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, DE PAULA, Leonardo Costa, e SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (orgs.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil 1-2. Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália*. Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2019, p. 18.

Ao fim, o *plea bargaining* não consegue escapar do seu ciclo vicioso, resolvendo as crises ou tendo como efeito, mais *plea bargaining*, ao exemplo do capitalismo através de mais capitalismo.⁸⁰² Isso reflete-se na linguagem e no discurso redundante sobre o procedimento. De extrema pobreza, porque a sua ideia de procedimento assim o é; não se trata de um acidente, mas uma limitação autoimposta, “consequência necessária da atrofia de seu mundo”.⁸⁰³ Sua lógica e linguagem é tão coerente com a lógica geral da punição que elas se tornam preponderantes e fáceis de entender por pessoas competentes e incompetentes. A dura lógica do poder gerencial pode exibir todo seu poder prático, como também sua ausência de limites para sua aplicação.

5.2.1. OS EXTREMOS: O UNIVERSO *MISDEMEANOR* E A PRISÃO POR DÍVIDA.

A análise do *plea bargaining* pela literatura jurídica quase em sua totalidade ocupa-se dos *felonies*, sendo o *misdemeanor* área sempre subestimada e de importância reduzida, o qual também é imprescindível para vislumbrar a forma que sob o *plea bargaining* avançou-se agressivamente no controle social. O mundo do *misdemeanor*⁸⁰⁴ da “punição sem o crime”,⁸⁰⁵ demonstra claramente a outra modalidade que David Garland denomina como de “expressão punitiva da atualidade (a primeira e mais clara sendo a segregação): a da estigmatização criminal”.⁸⁰⁶

Inicialmente, a relação da *common law* com os pequenos delitos sempre foi alvo de crítica por sua “informalidade desconhecida no continente”, presididas por juízes de paz no

⁸⁰² Os autores apresentam nesta obra o modo como o capitalismo “produziu uma fenda na Idade Média”, com uma homogeneização intelectual do *modus operandi* de cada indivíduo, onde Estados e mercados ajudaram na propagação da homogeneização intelectual dos indivíduos por adquirir características ‘capitalistas’. Esse “capitalismo como metafísica”, eles justificam: “Isso é o que chamamos de metafísica. Tal metafísica substitui todas as formas similares ou estruturas de pensamento análogos, ou o sistema não funcionaria como um todo. Em outras palavras, ele substitui o antigo potencial, como também a atual diversidade de estruturas de pensamento com sua geral, penetrante e ‘científica’ metodologia”. MICOCCHI, Andrea; DI MARIO, Flavia. *The Fascist Nature of Neoliberalism*. Routledge Focus, New York, 2018, p. 6-7.

⁸⁰³ SOUZA, Ricardo Timm de. *Crítica da Razão Idolátrica. Tentação de Thanatos, Necroética e Sobrevivência*. Ed. Zouk, 2020, p. 40.

⁸⁰⁴ Podem ser denominados de diversas formas nas diferentes jurisdições, como “*minor*”, “*low-level*”, “*petty*”, “*infracção*”, “*violation*”. Em 25 Estados, excesso de velocidade é um *misdemeanor*. Vadiagem, cuspir, conduta desordeira, *jaywalking* (caminhar pela rua sem cuidado perturbando o trânsito) pertencem a um largo grupo de ofensas chamadas “mantenedoras da ordem” ou de “qualidade de vida”, e criminalizam um número de coisas que as pessoas fazem o tempo todo. Em contraste, outros são atos mais sérios, como dirigir embriagado e violência doméstica.

⁸⁰⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 14.

⁸⁰⁶ “O novo ideal penal é que se proteja o público e que se expressem seus sentimentos. A segregação punitiva – largos períodos de privação da liberdade em ‘cárceres sem comodidades’ e uma existência vigiada e estigmatizada para aqueles que eventualmente estão livres – é, cada vez mais, a estratégia penal escolhida”. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 240.

período inglês, onde os direitos civis fundamentais “eram negados aos pobres, principalmente por meio do abuso das leis contra a vadiagem”.⁸⁰⁷

Seriam três fases que podem ser resumidamente aceitos quanto a utilização do *misdeemeanor* no controle social americano. O primeiro período corresponderia de 1865, fim da guerra civil americana e promulgação da 13ª Emenda que aboliu a escravidão, porém, não definitivamente. Havia um “pequeno detalhe” no texto da emenda que a proibia, “exceto como punição por crime”, onde a exploração humana perpassaria pelo poder punitivo.⁸⁰⁸

Dessa forma, os negros eram condenados por delitos como jogatina, embriaguez, obscenidade e vadiagem, com imposição de altas multas. Na óbvia constatação da impossibilidade de pagamento, vendia-se o acusado para fazendas, fábricas, minas, e outras empresas, como punição, onde os delegados eram recompensados por cada “condenado” que fosse preso e transportado às companhias.⁸⁰⁹ Este sistema foi em grande parte do período da Reconstrução americana, o instrumento onde os Estados sulistas subjugarão esses “homens livres” à velha condição, onde “ao invés de ondas de crimes pelos negros, os registros originais das cadeias dos condados indicam milhares de detenções por acusações inconsequentes ou violações de leis que eram feitas especificamente para intimidar a população negra”.⁸¹⁰

Douglas Blackmon assinala que as práticas da nova escravidão somente terminaram com a 2ª Guerra Mundial, através da pressão para alistar soldados negros. Isso porque, em 1905, a Suprema Corte sustentou que a “peonagem” – trabalho forçado em troca pelo pagamento de uma dívida – era um crime federal, porém o governo nunca aplicou de maneira efetiva a lei contra os interesses sulistas. Ao fim da década de 1870, o governo federal possuía

⁸⁰⁷ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Ed. Revan, 2ª Ed., 2004, p. 118.

⁸⁰⁸ Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. *Our Documents*. Disponível em <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=40>>. Acesso em 17 Mai. 2021.

⁸⁰⁹ Green Cottenham, por exemplo, um rapaz de 22 anos do Alabama, procurando trabalho nas docas de cargas em Shelby City, foi detido e acusado de viajar sem *ticket*. Na verdade, ele não havia feito nada do tipo, dessa forma a acusação foi desqualificada a vadiagem, o crime por não dispor prova de emprego. Cottenham passou três dias preso antes que um juiz local determinasse sua culpa e o sentenciou a 30 dias de trabalho obrigatório e \$38,40 em multa e taxa, quase \$1.000 na cotação atual. Como Cottenham não podia pagar, sua sentença por trabalho obrigatório estendeu-se para 6 meses. Ao dia seguinte, um representante da *Tennessee Coal, Iron & Railroad Co.* concordou em pagar \$12 por mês pela dívida de Cottenham. Em troca, a corte entregou Cottenham para a companhia, onde foi colocado em correntes e enviado para a mina de carvão em Slope n. 12. Prisioneiros negros como Cottenham trabalhavam todo o dia no subterrâneo, na escuridão, com armas apontadas, sujeitos ao chicote e acorrentados às suas camas pela noite. 4 meses depois, Green Cottenham morreu na mina com tuberculose e ausência de cuidado médico. Era 1908, 43 anos após o presidente Abraham Lincoln assinar a proclamação da emancipação. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 186.

⁸¹⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 187.

uma abordagem “*laissez-faire*” dos direitos civis, e as vitórias conquistadas pelos negros logo já se viram revertidas.⁸¹¹ Somente com o advento da guerra e da necessidade, não da força de trabalho, mas de soldados, reverteriam a prática da nova escravidão no sul.

O segundo período são as *vagrancy laws* que persistiram durante a década de 1960, onde a polícia utilizava-se destas previsões para armar o cerco contra desempregados, membros da comunidade LGBT, negros, protestantes políticos, e uma ampla gama de indivíduos desprovidos. A prática ocorreu de maneira sistemática no Oeste também, onde as *vagrancy laws* foram utilizados pelos colonizadores para despojar os índios de suas terras e utilizarem sua força de trabalho. A utilização dessas leis aumentou seu escopo, exemplo o estatuto de Flórida que claramente criminalizava um sem número de pessoas.⁸¹²

Com a previsão até de banimento em algumas cidades, a Suprema Corte declarou tais estatutos inconstitucionais em 1972. Com o ativismo de advogados e indivíduos mobilizados pelos direitos civis, liberdade sexual, pobreza e a guerra do Vietnã, geraram centenas de decisões judiciais e a eliminação legal desses estatutos, que traziam uma “convenção social e política”.⁸¹³ A luta pelos direitos civis e as 29 detenções de Martin Luther King são exemplos da instrumentalidade que estas forneciam contra os movimentos político-sociais.⁸¹⁴

O terceiro período, surge da política do *broken windows* e da utilização dos delitos de manutenção da ordem, que revelam o perene conflito através do *misdemeanor* sobre raça, capacidade econômica, e controle social. A teoria do *Broken Windows* nada mais é, como afirma Alexandra Natapoff, que uma “racionalidade de aplicação pesada da lei sobre o *misdemeanor*”. Essa política de zero tolerância com desocupados, *grafitti*, lixo nas ruas e

⁸¹¹ BLACKMON, Douglas A. *Slavery by Another Name. The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II*. Anchor Books (2008), p. 377-378; *Clyatt v. United States*, 197, U.S. 207 (1905).

⁸¹² O estatuto de Flórida criminalizava uma extensa classe de pessoas, incluindo: desonestos e vagabundos, ou pessoas dissolutas que mendigam, apostadores comuns, pessoas que usam malabarismo ou jogos ilegais, bêbados habituais, andarilhos habituais, furtadores ou batedores de carteira, negociantes de coisas roubadas, pessoas obscenas, proprietários de lugares de aposta, arruaceiros, vadios habituais, pessoas desordeiras, lugares onde bebidas alcoólicas são vendidas, pessoas aptas ao trabalho mas vivendo às expensas de suas esposas ou filhos. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 190.

⁸¹³ *Justice* Douglas apresentou a decisão unânime da corte onde sustentava que esses delitos de vadiagem conferiam discricionariedade muito vaga e sem restrições à polícia, permitindo-os de impor suas arbitrariedades em milhões de pessoas. Em uma passagem aponta-se que “o império da lei implica igualdade e justiça em sua aplicação. As leis de vadiagem... demonstram que a balança da justiça é tão inclinada que a imparcial administração da lei não é possível. O império da lei, uniformemente aplicada às minorias como às maiorias, ao pobre como aos ricos, é a mucilagem que mantém a sociedade em conjunto”. *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405, U.S. 156, 158 (1972).

⁸¹⁴ O pastor e grande ativista pelos direitos civis Martin Luther King teve uma condenação por dirigir sem licença da Geórgia, posto que possuía apenas uma licença do Alabama, em 1960. Foi sentenciado a uma multa de \$25 dólares e a 12 meses de sentença suspensa. Alguns meses depois, detido por invasão durante uma das manifestações do *sit-in* em Atlanta, aplicou-se a violação de seu *probation*, e foi sentenciado a 4 meses de prisão. CARSON, Clayborne (org.). *A Autobiografia de Martin Luther King*. Zahar, 2014, p. 165, 174.

ingestão de bebidas alcoólicas em locais públicos, em sua forma mais agressiva é intencionalmente pensada para aplicar as pequenas ofensas como ameaça aos mesmos grupos ou vizinhanças, com o objetivo de diminuir os crimes sérios.

A sua aplicação em larga escala em New York, sob o comando do prefeito Rudolph Giuliani, duplicou as detenções por *misdemeanors* de 125.000 em 1993, para 250.000 em 2010.⁸¹⁵ As quedas nas taxas de crimes caíram no mesmo período, o que é atribuído à esta política, mas que apresentam controvérsias, como as apresentadas por Bernard Harcourt, em “*Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*”, que atribui a queda nas taxas de crimes em todo o país no mesmo período, em inúmeras cidades que não adotaram tais políticas.⁸¹⁶

O mundo atual do *misdemeanor* é gigantesco e violento, o que difere em muito ao nosso sistema de contravenções. Alexandra Natapoff assinala que somente em 2015, 13 milhões de *misdemeanors* formaram mais de 80% dos registros criminais no país, e isto porque desde 2008, as taxas de *misdemeanors* devem ter caído em conformidade com as taxas de detenções. E isto não incluindo os casos de excesso de velocidade, onde o total de *misdemeanors* no país ficaria próximo aos 33 milhões. Há uma política por trás de cada Estado através do *misdemeanor*. Os Estados que apresentam as menores taxas encontram-se Wisconsin, Oregon e Kansas, onde cada um ingressa com menos de 1.300 *misdemeanors* a cada 100.000 habitantes. Os que apresentam as maiores taxas são Delaware, Arkansas e West Virginia, que estão acima de 12.000 *misdemeanors* a cada 100.000 habitantes.⁸¹⁷

No plano social o sistema do *misdemeanor* traz enormes consequências para vidas comuns. Atingindo de forma silenciosa, informal e brutal “a liberdade, dinheiro, saúde, trabalho, moradia, crédito, *status* de imigrante e benefícios governamentais destas pessoas”.⁸¹⁸ E isto ocorre através de um procedimento rápido e sem obstáculos, que é denominado como *McJustice* ou “pastoreio de gado”. Na Flórida, a maioria dos casos de *misdemeanor* são decididos por *guilty plea* em três minutos. Em Arkansas, a média é menor, 2 minutos.

⁸¹⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 191.

⁸¹⁶ HARCOURT, Bernard E. *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Police*. Harvard University Press, (2001), p. 8-11, 59-61.

⁸¹⁷ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 48.

⁸¹⁸ Pessoas com detenção e condenação por *misdemeanor* geralmente perdem seus trabalhos e sofrem para conseguir outro. Multas e taxas levam ao encarceramento daqueles que são muito pobres para pagar. Estudantes humildes e idosos podem perder auxílios governamentais. Para imigrantes, um *misdemeanor* pode causar a deportação. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 8.

Algumas cortes municipais de St. Louis resolvem mais de 500 casos em uma única sessão noturna, onde a média é de menos de 1 minuto por caso.⁸¹⁹

Nesse universo do *misdemeanor* os acusados geralmente não possuem assistência jurídica; juízes rotineiramente instruem os acusados para discutir seus casos diretamente com os promotores; as vezes, não há promotor, onde oficiais da polícia mesmo exercem a persecução; e até casos onde os juízes não são juristas. Os acusados que conseguem um defensor público encontram-se no ponto que a má-representação atinge seu máximo, onde em cidades como Atlanta, Chicago e Miami, os procuradores públicos possuem mais de 2.000 casos por ano – cinco vezes o volume que é recomendado pela *American Bar Association*.⁸²⁰

A média de *guilty pleas* neste sistema encontra-se por volta de 97%, onde geralmente os acusados aceitam um acordo sem serem totalmente informados de seus direitos e opções, sem entender as consequências reais desta opção, sem uma análise das provas sobre a culpabilidade. Muitos inocentes alegam a culpa porque são muito pobres para pagar a fiança, permanecendo presos por semanas ou até meses até ser determinado o cumprimento. Do outro lado, alegar a culpa é basicamente a opção para poder se ver livre. Basicamente, este sistema do *misdemeanor* nos Estados Unidos gera evidentes violações básicas aos princípios de justiça e equidade.⁸²¹

O sistema aprofunda o abismo social entre os pobres e ricos, com uma punição severa à classe trabalhadora em grande escala. Como denota Alexandra Natapoff, “tornando crime questões que pessoas pobres não podem evitar de fazer, exemplo: falta de pagamento de taxas, multas por excesso de velocidade, ou registro do carro”. Dessa forma, despoja trabalhadores de recursos essenciais como licença para dirigir, moradia, e crédito, anulando, inclusive, sua capacidade laboral.⁸²² Em sua grande maioria, essas prisões são de

⁸¹⁹ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 10.

⁸²⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 10.

⁸²¹ “Em uma corte de *misdemeanor* em Maryland, um juiz inventou uma regra sobre provas para ajudar a persecução. Quando o advogado reclamou, ele o ameaçou de prendê-lo por desacato”. [...]

“Nas cortes de baixo em Florence, South Carolina, não há procuradores. Ao invés, policiais atuam simultaneamente como persecução e testemunha. As pessoas devem exercer sua própria defesa contra, ou negociar um acordo, com o mesmo oficial que fez sua detenção”. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 12.

⁸²² As condenações por *misdemeanor* ou qualquer violação das condições do *probation* podem desqualificar uma pessoa de uma ampla extensão de benefícios sociais e de oportunidades, onde sob a lei federal desqualifica o indivíduo aos benefícios de bem-estar, incluindo a *Temporary Assistance to Needy Families*, cupons de alimentação, de moradia, a Renda Securitária Suplementar, para os idosos e deficientes. Alexandra Natapoff apresenta que o *Council of State Governments* mantém uma base de dados que contam com 8.958 diferentes leis

trabalhadores humildes e sem teto que se encontram presos por não terem capacidade econômica para pagar as multas e taxas, o que a autora define como a nova “prisão por dívida”.⁸²³

Os incentivos econômicos sobre esse sistema levam a situação somente a uma crescente punição sobre a sociedade. A autora destaca que “cortes, municipalidades, e departamentos de polícia pelo país dependem da arrecadação pelos *misdemeanor* como fundo de suas operações”, onde pequenas cidades e cortes locais levantam milhões de dólares pelos *misdemeanors* e delitos de trânsito. Cidades como Port Arthur, uma das mais pobres cidades do Texas, criou uma “unidade especial de infrações” que levanta \$1.5 milhões ao ano.⁸²⁴

Os incentivos pelo seu crescimento são alimentados pelas numerosas instituições que estão no centro do sistema *misdemeanor*: cortes, prisões municipais, polícia, oficiais do *probation*, procuradores e defensores públicos, e os municípios. No Alabama, as cortes estaduais coletaram \$25 milhões de dólares, mais do que coletado em multas por *felony*. Há o caso de Ferguson, que gerou uma investigação pelo Departamento de Justiça, onde levantou-se que um quinto do orçamento anual, acima dos \$2 milhões de dólares, eram resultado de multas e taxas gerados pela corte municipal, onde a política praticada era de pressão sobre o Departamento de polícia a realizar cada vez mais detenções e citações para aumentar a receita.⁸²⁵

previstas pelo país que desqualificam as pessoas com condenações por *misdemeanors* em ocupações profissionais, oportunidades de moradia, programas educacionais, e outros benefícios. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 38.

⁸²³ Trazendo o caso de Donyelle Hall, de 2014, que foi parada dirigindo a 38 mph em uma zona de 25mph, e no exame de alcoolemia apontou .09, quando o limite legal em Maryland é de .07. Neste caso, mesmo sem histórico criminal, esta foi sentenciada a 18 meses em *probation*. As condições incluíam \$105 dólares por mês em taxas por supervisão, 26 semanas de sessões de tratamento sobre alcoolismo por \$280 dólares ao mês, e \$252 em custos judiciais, fora 3 encontros nos Alcoólicos Anônimos. Também devia \$2.000 dólares ao *bail bondsman* e \$1,500 dólares em honorários advocatícios. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 15.

⁸²⁴ Em Sherwood, Arkansas, o condado impõe taxa de \$25 dólares pela persecução, \$50 dólares de taxa por mandado, e duas taxas de \$20 dólares de prisão para cada caso de cheque sem fundo. Essas multas são coletadas no momento em que ocorre a detenção. De forma clara, o sistema condensa punição e financiamento dos condados. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 16.

⁸²⁵ Os administradores da cidade rotineiramente incitavam o *Police Chief* Jackson para gerar mais receita através da polícia. Em março de 2010, o diretor financeiro da cidade escreveu ao *Chief* que “a não ser que as multas aumentem significativamente antes do fim do ano, será difícil aumentar as arrecadações no próximo ano”. Como resultado, “muitos oficiais pareciam ver os residentes, especialmente aqueles que viviam em vizinhanças predominantemente de negros, não como cidadãos que deviam ser protegidos, mas como potenciais delinquentes que aumentariam a receita”. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 145.

A desnecessidade de todo o procedimento adversarial encontra-se nas decisões da Suprema Corte de reter os direitos constitucionais para os acusados por *misdemeanor*. As decisões são no sentido de que pessoas que são julgadas por fatos criminais que não preveem mais de 6 meses de prisão não possuem o direito a um julgamento por júri. Como, se não são passíveis de aprisionamento, não possuem direito à assistência de um advogado.⁸²⁶ Somente em casos onde a violação do *probation* pode levar à prisão, este deve receber a assistência de advogado.⁸²⁷

Em um sistema amplamente rotativo, Alexandra Natapoff assinala que há 11 milhões de admissões às 3.000 prisões municipais por ano. Em média, aproximadamente um terço destes, serão por *misdemeanor*, mas em algumas cidades representam a metade desta população, o que a autora conclui: “quase meio milhão de pessoas estão encarceradas provisoriamente” por uma ofensa de potencial mínimo. Alguns permanecem apenas uma única noite após a detenção, mas 18% da população das prisões municipais permanece mais de 6 meses. Mais da metade desses reclusos não condenados permanece 1 mês, e um quarto permanecerá entre 2 a 6 meses.⁸²⁸

A *Federal Bureau of Justice Statistics* registra que aproximadamente 4 milhões de americanos estão em alguma forma de supervisão por *probation*, aproximadamente metade destes por *misdemeanors*. Estes períodos do *probation* geralmente requerem testes de drogas periódicos, visitas dos oficiais do *probation*, monitoramento eletrônico, aconselhamento, multas. Neste período, qualquer violação das condições, inclusive, o não pagamento das multas e taxas, podem levar ao encarceramento. Dois terços dos agraciados pelo *probation* conseguem completar o período. Em Rhode Island, 18% de todos os encarceramentos são por dívida; em Huron County, Ohio, 20% dos presos em cadeias municipais são pelo não pagamento de multa e taxas.⁸²⁹

Este panorama gera o que o Legislativo de Louisiana registrou sobre a preocupação de municipalidades estarem engajadas em altas arrecadações sob multas de trânsito através de coletores de velocidade, exemplo o de Woodworth que perpassaram 61% do orçamento

⁸²⁶ A abordagem legal moderna define um *misdemeanor* como uma ofensa pelo qual a pessoa não pode ser sentenciada a mais de 1 ano de encarceramento. Alguns Estados possuem *misdemeanor* que preveem sentenças de 2 ou até 3 anos. As leis federais definem a ‘pequena ofensa’ como um crime que prevê não mais de 6 meses de sentença, um ‘*class B misdemeanor*. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979).

⁸²⁷ *Alabama v. Shelton*, 535 U.S. 654 (2002).

⁸²⁸ A média que um detido em *pretrial* pode esperar ficar encarcerado pelo menos é de um mês, sem ainda ser julgado. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 28.

⁸²⁹ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 30.

municipal. Califórnia possui \$10 bilhões de dólares em dívidas pendentes por multas de trânsito. Dos que não possuem dinheiro para arcar com os custos, o encarceramento torna-se um modo de pagar suas dívidas: alguns Estados oferecem crédito de \$50 a \$100 dólares para cada dia de prisão em cadeias municipais.⁸³⁰

A prática de prisão por dívida encontra variantes, onde em alguns casos a prisão piora o débito do acusado, onde “cobram taxa diária de prisão, taxa de alimentação, taxa de registro, e taxa médica. Outras jurisdições mantem um sistema de “pagar ou ficar” o qual os acusados podem pagar sua dívida com a prisão, previsto por lei ou pelo *plea*. Na Califórnia, um dia preso vale pelo menos \$30 de abatimento da dívida; em Ohio, \$50; em Missouri vale \$10.⁸³¹

A rede que se forma encontra nos mandados uma maior possibilidade de invasão da privacidade dos indivíduos. O caso de Edward Strieff, em 2016, teve pela Suprema Corte uma decisão que traz enormes reflexos para a questão dos milhões de mandados em aberto.⁸³² A Suprema Corte sustentou que a detenção e a busca por conta de um mandado pendente por infração menor de trânsito tornavam uma parada para detenção legal admissível, portanto, prova lícita independente do que for encontrado em sua posse. Embora o caso encontre-se no âmbito de ponto de venda de drogas e de movimentação de usuários, traz enormes consequências para a ampliação da abordagem policial.

A *Justice* Sonia Sotomayor, em voto dissidente, abordou a dimensão da questão, “quando uma pessoa com multa de trânsito não recolhe um dos pagamentos ou apresentação à corte, esta irá determinar um mandado. Quando uma pessoa se encontra em *probation* e insere bebida alcoólica ou quebra o toque de recolher, a corte determina um mandado. Os Estados e o governo Federal mantem uma base de dados com mais de 7.8 milhões de mandados pendentes, a vasta maioria os quais parecem ser sobre ofensas menores”.⁸³³

⁸³⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 32.

⁸³¹ A cadeia de Elko County, Nevada, cobra dos detentos \$6 o dia por alimentação, \$10 a cada visita ao médico, e \$5 por taxa de registro. *Sheriff Jim Pitts* explica, ‘Nós não somos o Hilton’. Ao menos 43 Estados autorizam a taxa em *jails*, e ao menos 35, autorizam as taxas médicas. 90% dos *jails* cobram dos detentos alguma forma de taxa. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 141.

⁸³² O Detetive de Utah Douglas Fackrell recebeu uma pista anônima sobre vendas de drogas em uma residência em Salt Lake City, o qual realizou a vigilância por uns dias e observou a possibilidade da atividade de venda de drogas no local. Edward Joseph Strieff visto saindo de tal de residência foi abordado, e durante esta o detetive encontrou um mandado pendente de Strieff por conta de uma infração leve de trânsito. Assim, o detetive Fackrell realizou sua detenção e na procura pessoal encontraram metanfetamina e um cachimbo. *Utah v. Strieff*, 579 US (2016).

⁸³³ *Utah v. Strieff*, 579 US (2016).

A cidade de El Paso, no Texas, emite 87.000 mandados por ano em uma cidade com 680.000 habitantes. A pequena cidade de Pine Lawn, no condado de St. Louis, possuía 23.457 mandados pendentes em 2013, ou mais de 7 por habitante. Somente a cidade de New York perpassa 1.2 milhões de mandados pendentes; Pennsylvania, 1.4 milhões; Califórnia, 2.5 milhões.⁸³⁴ Após a decisão da Suprema Corte, todas possibilitam que estes mandados justifiquem a detenção de qualquer um, a qualquer tempo.

Os efeitos apresentam-se nos registros criminais, onde mais de 65 milhões de americanos possuem, e em sua grande maioria por *misdemeanors*. Um dos principais efeitos, fora dos processuais através das *guidelines*, é a crescente impossibilidade de encontrar emprego, onde a maioria das empresas usam de checagens sobre o passado criminal e algumas empresas de seguro utilizam essas checagens como condição para a cobertura do seguro. Base de dados *online* permitem acesso facilitado à essas informações.⁸³⁵

Se alguns *misdemeanors* previstos neste código tratam-se de condutas relevantes como violência doméstica e dirigir sob a influência de álcool, outras qualificadas como “mantenedoras de ordem”, proíbem situações que não podem ser classificadas como nocivas ou prejudiciais, onde os exemplos são amplos de condutas que não afastam-se de uma normalidade: o estatuto de New York, inclui uma ofensa de fazer “barulho não razoável”; ou o ordenamento de Ferguson, sobre “andar fora da faixa”. Tais instrumentos foram e são utilizados para remover pessoas desfavorecidas de certos locais. Não se tratam de pequenos delitos para indivíduos que produzem danos às pessoas ou a bens.⁸³⁶

Alexandra Natapoff assinala que em Baltimore, uma investigação do Departamento de Justiça encontrou ampla disparidade racial nas práticas de detenção: “embora os negros sejam

⁸³⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 33.

⁸³⁵ A *National Taskforce on the Commercial Sale of Criminal Justice Record Information* conclui que registros criminais são de grande importância. “Hoje, a checagem do histórico – por motivos de emprego, para servir como voluntário, para a análise de inquilinato, e tantos outros – tornou-se um necessário rito de passagem para quase todo americano adulto. Como um registro médico, um registro bancário ou de crédito, tornou-se uma parte da informação sobre a identidade do americano”. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 36.

⁸³⁶ Estas seriam o coração da política urbana e do sistema criminal de controle social. Em 2015, o FBI registrou 386.078 detenções por conduta desordeira; 405.880 por embriaguez; 25.151 por vadiagem; 44.802 por descumprimento do toque de recolher; e, bastante curioso, 1.389 por ‘suspeita’, o qual, por definição, não é nenhum crime. A categoria ‘todas as outras ofensas’ inclui 3 milhões de detenções adicionais, muitos deles prováveis delitos ‘mantenedoras da ordem’. O FBI não concede dados nacionais sobre detenções por invasão de propriedade, mas em 2016 aproximadamente 1.000 acusações foram ingressadas no *Seattle Municipal Court*. Em 2015, Kentucky teve mais de 7.000 perseguições por invasão; Connecticut mais de 5.000 casos de invasão, como mais de 15.000 casos de conduta desordeira. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 58.

63% da população de Baltimore, estes somam 87% das 3.400 acusações de resistência à detenção; 89% das 1.350 acusações por falso declaração à um oficial; 84% das 4.000 acusações por não obediência a uma ordem; 86% dos mais de 1.000 acusações de obstrução; 83% das 6.500 detenções por conduta desordeira; e 88% das 3.500 detenções por invasão de propriedade”.⁸³⁷

A concentração do policiamento em áreas residenciais de comunidades pobres, e principalmente, dos negros e latinos traz uma exposição muito maior para esta população ingressar na máquina. Em Brownsville, New York, a polícia fez aproximadamente 13.000 paradas para fiscalização em um ano em uma área com 14.000 habitantes. Newark, New Jersey, uma das cidades mais pobres do país, a polícia realizou 50.000 paradas com fiscalização em pedestres em um período de 4 anos, aproximadamente um quarto da população adulta.⁸³⁸

O sistema *misdemeanor* é uma poderosa ferramenta que acaba trazendo uma maior estratificação social e racial. Basicamente, é o instituto onde nos Estados Unidos é administrada a pobreza; o qual o sistema criminal e o sistema de *welfare* são entrelaçados, porque “pobreza e crime são inextricáveis”.⁸³⁹ A partir do primeiro passo em falso, qualquer erro seguinte torna-se uma “garantia” que o Estado possui para exasperar a punição do estigmatizado.⁸⁴⁰ Ao fim, um sistema que empobrece, marginaliza, discrimina, e por cima, lucra sobre os vulneráveis e indesejáveis.

5.3. AS REFORMAS DO PLEA BARGAINING SYSTEM: OS PROBLEMAS SOBRE A “REPRESENTAÇÃO EFETIVA” DOS INDIGENTES.

⁸³⁷ Em San Jose, Califórnia, uma investigação de um jornal encontrou que 70% das detenções por distúrbio da paz, 57% por intoxicação pública, e 57% por resistência eram de latinos, quando o grupo perfaz aproximadamente só 30% dos residentes da cidade. Em New York no período dos litígios por invasão, 80% das pessoas paradas para revista eram negros ou latinos: a maioria destas inconstitucionais acusações de invasão eram impostas em pessoas de cor. NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 117.

⁸³⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 133.

⁸³⁹ NATAPOFF, Alexandra. *Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal*. Basic Books, (2018), p. 211.

⁸⁴⁰ Entrevista com D3-MN: “O que eu faço é concordar com o que chamamos de 2705, *diversion* (pena diversa). Então ele alega a culpa pelo delito, e ele tem um período de 5 anos para se comportar. Se ele viola, o *plea* já está ali, ele vai direto a prisão. Fazemos isso por três razões. Primeiro, salva tempo. Segundo, o recompensa por cooperar. Terceiro, há chances que ele irá violar, e nós o pegaremos facilmente a partir de então”. KING, Nancy, SOULE, David, STEEN, Sara e WEIDNER, Robert. *When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States*. 105 Columbia Law Review. 959 (2005), p. 976.

A lógica pela qual movimenta-se a jurisprudência criminal americana desde as decisões da Suprema Corte dando aval ao *plea bargaining*, foram no sentido de que “se não era possível ter um sistema de devido processo adversarial, era necessário dirigir-se à formalização do sistema para uma conformação com os princípios constitucionais”. Até a década de 1980, a Suprema Corte expandiu o direito à assistência de advogado no sentido de sua aplicação em outras fases da persecução criminal, incluindo o direito à apelação,⁸⁴¹ audiência sobre o sentenciamento,⁸⁴² no procedimento de reconhecimento,⁸⁴³ à audiência preliminar,⁸⁴⁴ e alguns casos de *misdemeanors* onde o acusado será preso se alegar a culpa.⁸⁴⁵

Em 1984, na decisão sobre *Strickland v. Washington*, houve a extensão de *Gideon* onde estabeleceu-se que a 6ª Emenda, do direito à assistência do advogado, incluía o direito à uma assistência efetiva do advogado. Porém, tal decisão elaborou parâmetros de avaliação das alegações de assistência inefetiva dos acusados de alcance quase inacessível em suas reclamações.

O caso ocorreu em 1976, onde David Washington foi acusado pelo Estado da Florida por sequestro seguido de morte. Representado por um advogado experiente que o foi designado, este recusou o aconselhamento do advogado, e alegou sua culpa por três homicídios, além de renunciar ao julgamento e ao *advisory jury*⁸⁴⁶ na audiência de sentenciamento capital. Pela atitude de desconsideração e de falta de esperança de Washington, o advogado conduziu minimamente a investigação e a preparação para a audiência de sentenciamento.

Em pedido de revisão, a corte elaborou a orientação de inefetividade, onde “se a conduta do advogado muito compromete o funcionamento apropriado do processo adversarial que o julgamento não pode ser confiável que produziu um resultado justo”. Em um primeiro momento, as cortes conduzem uma avaliação da performance do advogado, onde requer-se “que a parte mostre que a representação do advogado caiu abaixo de um *standard* objetivo de razoabilidade”. Em *Strickland*, a corte observou *standards* da ABA com o específico foco na “função da defesa”, e se a conduta do advogado esteve abaixo da escala “da razoabilidade

⁸⁴¹ *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

⁸⁴² *Mempa v. Rhay*, 389 U.S. 128 (1967).

⁸⁴³ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).

⁸⁴⁴ *Coleman v. Alabama*, 399 US 1 (1970).

⁸⁴⁵ *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

⁸⁴⁶ Um *advisory jury* é um grupo criado pelo juiz para lhe dar uma opinião durante o julgamento. Diferente do júri normal, a opinião do júri consultivo não é vinculante, e o juiz permanece o “arbitro final dos fatos e do direito”. No *United States Federal Court*, um caso pode ser julgado por um *advisory jury* no caso que for “uma medida não julgável por direito por um júri”. Quando um caso nas cortes distritais federais é julgado com um *advisory jury* a corte deve determinar os fatos especialmente e declarar suas conclusões de direito separadamente. *Federal Rules of Civil Procedure* – Rule 39 and 52. Cornell University Law School.

profissional”. Em um segundo momento do teste, requer-se às cortes a determinar se a performance do advogado prejudicou o acusado, onde este deve demonstrar uma “razoável probabilidade que, pelo erro profissional do advogado, o resultado do procedimento seria diferente”.⁸⁴⁷

No voto dissidente do *Justice Marshall* já se encontrava o ponto em que o *plea bargaining* manifestadamente não consegue equilibrar a sua livre ocorrência em confluência com as garantias constitucionalmente previstas, tornando-se de maneira translúcida, uma decisão sobre ter um sistema de acordos que não poderá garantir a salvaguarda de todos os cidadãos. Porque uma maior abertura às garantias constitucionais que serão levantadas, abre o expediente para analisar uma enorme gama de acordos através da previsão da 6ª Emenda; ou a opção viável, é deixar uma estreita possibilidade para os casos grotescos.

O magistrado apontou sob a questão da performance, que o “*standard* da corte seria extremamente maleável ou aplicável com tamanha variação que tornará impossível ter uma compreensão segura da 6ª Emenda”, onde “as variáveis de fatos que mudariam o resultado de um julgamento são enormes”.⁸⁴⁸ Embora posta a questão, o teste de *Strickland* faria pouco para validar alegações meritórias de assistência inefetiva. Tanto que a corte não encontraria uma explícita violação constitucional da 6ª Emenda, da inefetiva assistência, até o ano de 2000.⁸⁴⁹

Como se observa, a questão acima encontrou-se no momento da audiência de sentenciamento. Em *Hill v. Lockhart*, um ano após a decisão em *Strickland*, a corte determinou que aplicava-se os termos de *Strickland* nas negociações pelo *plea*, seguindo um compromisso jurisprudencial entre as garantias do devido processo dentro dos *guilty pleas* e o direito à efetiva assistência do advogado durante o *plea process*.⁸⁵⁰ Portanto, a análise deveria determinar se a deficiência na representação do advogado afetou o resultado do *plea process*.

As decisões, à qual Lahny Silva denomina de *plea bargaining trilogy*, encontram-se as características críticas e problemáticas do atual sistema criminal de justiça americano, à qual é mimetizado pela “vergonhosa inadequação da estrutura de defesa dos indigentes” ou a

⁸⁴⁷ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

⁸⁴⁸ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

⁸⁴⁹ SILVA, Lahny R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2225.

⁸⁵⁰ O Requerente alegou culpa por homicídio de primeiro grau e furto. Dois anos após seu *plea*, ele ingressou com um *habeas corpus* alegando que seu advogado prestou uma assistência inefetiva. O centro de sua alegação era que seu *plea* foi ‘involuntário’ porque o advogado falhou ao aconselhar pontualmente sobre quando este seria elegível para o *parole*. A corte determinou que embora o aconselhamento pode ter sido errôneo, certamente não foi prejudicial. *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52 (1985).

“metodologia do *meet'em and plead'em*” (conheça-os e assumam a culpa),⁸⁵¹ que é uma das marcas da era do encarceramento em massa nos Estados Unidos.⁸⁵²

A ABA já declarou que o financiamento do programa para a defesa dos indigentes é “vergonhosamente inadequado”. O *Bureau of Justice Statistics* estimava em 2002, que os Estados Unidos gastava em torno de \$146 bilhões de dólares anualmente na administração da justiça criminal. Enquanto a polícia e os procuradores recebiam mais do que a metade desses fundos, a defesa dos indigentes recebia em torno de 4,3% dos fundos federais e 2% dos fundos totais do Estado e Federal gastos.⁸⁵³ A outra questão é o velho problema do imenso volume de casos, onde o defensor público estadual teve a estimativa de atuar em 1.600 casos em um ano. Nessa situação, há jurisdições onde o *staff* da defensoria pública permaneceu com o mesmo número de funcionários desde 1980, apesar do enorme crescimento do volume de casos dos últimos 40 anos.⁸⁵⁴

Embora os esforços das decisões posteriores de *Gideon* ao que não possui condições financeiras para arcar com a despesa de um advogado, tal desenvolvimento foi totalmente neutralizado por outros meios. Como aponta Lahny Silva, “o pobre sistema de defesa do indigente, o sistema do *plea bargaining* e as políticas penais draconianas, em conjunto apontam que a situação atual é igual ou ainda pior que o período da decisão de *Gideon*”. O resultado é quase sempre o mesmo: o acusado barganha, provavelmente a um período de prisão, com a assistência de advogado que se encontra sobrecarregado de trabalho e extremamente mal remunerado, que é agraciado quanto antes acabe o processo.

Os próximos casos são uma natural extensão da jurisprudência sobre o direito à assistência de advogado, construída em consonância com *Strickland*, como medida para a análise de violações da 6ª Emenda durante o procedimento do *plea bargaining*. A primeira

⁸⁵¹ “É importante entender que milhares de cortes pelo país servem simplesmente como fábricas de *pleas* que produzem lucro para o condado ou municípios onde a corte está situada. Dos *misdemeanors* aos *felonies*, juízes conduzem audiências e tomam os *pleas* sem os acusados sequer uma vez consultarem ou serem representados por um advogado. Muitos alegam sua culpa sob o aconselhamento de um advogado o qual conheceram somente a poucos minutos”. SILVA, Lahni R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2232.

⁸⁵² A taxa de encarceramento nos Estados Unidos quadruplicou desde 1960, em que 126 a cada 100.000 habitantes estavam encarcerados, passou em 2008, para 504 para cada 100.000 habitantes. As taxas sobre aprisionamento de negros são significativamente mais severas. Em 1960, a taxa era de 660 a cada 100.000 habitantes. Em 2010, a taxa encontrava-se em 3.074 a cada 100.000 habitantes. SILVA, Lahni R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2233; No período compreendido entre 1973 e 1997, a quantidade de presos nos Estados Unidos subiu mais de 500%. GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 51.

⁸⁵³ *Bureau of Justice Statistics, U.S. Dep't Of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics 2002*. (ano fiscal de 1999).

⁸⁵⁴ SILVA, Lahni R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2231.

decisão veio em 2010, *Padilla v. Kentucky*, onde Padilla alegou sua culpa sobre acusações de transporte de grande quantidade de maconha em Kentucky. Ele alegou que durante as discussões com o advogado lhe foi assegurado que a condenação não resultaria em deportação. Padilla era residente americano há mais de 40 anos. Apontando que jamais aceitaria alegar a culpa sabendo que a deportação seria a consequência mandatória da condenação, ele alegou a violação da 6ª Emenda. O voto majoritário foi sobre a deficiência da performance do advogado, porém a questão do prejuízo foi devolvida para a corte de baixo decidir.

Mas duas questões importante foram definidas neste caso. A primeira, a Suprema Corte expressamente decidiu que as negociações sobre o *plea* são uma fase crítica da persecução criminal, onde o advogado é indispensável. E segundo, a corte estabeleceu um dever aos advogados de alertar os clientes sobre as consequências de deportação na condenação, reconhecendo que os acusados encarando a deportação são tipicamente “aqueles menos aptos a representarem a sua própria defesa”.⁸⁵⁵

A segunda decisão veio em *Missouri v. Frye*, em 2012, expandindo o direito a efetiva assistência do advogado durante o *plea bargaining*, requerendo aos advogados notificar os acusados de qualquer *plea offer*. Galin Frye foi acusado do *felony* de dirigir com licença expirada. O procurador enviou à defesa de Frye duas ofertas por escrito em troca do *plea*, que expiraram sem a resposta do advogado. Frye alegou sua culpa em um *class D felony* sem uma negociação sobre o *plea* entre ele e o Estado. O juiz sentenciou Frye a três anos de prisão. O acusado apelou alegando que seu advogado falhou em lhe informar sobre as ofertas, o negando uma efetiva assistência à representação técnica. A Suprema Corte acolheu a tese de Frye, decidindo que o advogado tem a obrigação de informar todas as ofertas de *plea* ao seu cliente por força da 6ª Emenda.⁸⁵⁶

A corte afirmou nesta decisão sob a questão da performance que basta o advogado não notificar o acusado para estar satisfeito o requisito. Entretanto, na questão do prejuízo a corte teve que modificar o requisito exposto em *Strickland* para acomodar ao procedimento do *plea bargaining*. A parte tem de demonstrar uma razoável probabilidade que aceitaria a oferta, que a oferta não seria retirada pelo procurador, e que seria ao final, aceita pelo corte.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).

⁸⁵⁶ *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct 1399, 1404 (2012).

⁸⁵⁷ Importante que a corte reconheceu que o *plea bargaining* é “central para a administração da justiça”. A falha em reconhecer essa realidade iria extirpar inteiramente o propósito da 6ª Emenda porque “o sistema é em sua grande parte, um sistema de *plea*, não um sistema de julgamento”. Em ordem de manter-se leal ao imperativo constitucional da 6ª Emenda, a Corte reconheceu a proeminência do *plea bargaining* em nosso sistema e a

A terceira seria *Lafler v. Cooper*, em 2012. Em *Lafler*, o acusado foi acusado por uma série de *felonies*, incluindo lesão corporal com intenção de matar. Ao invés de alegar a culpa sob uma oferta de 51 a 86 meses de prisão, o acusado alegou sua inocência por conselho de seu advogado, afirmando que por este não ter alvejado a cabeça da vítima e sim abaixo da cintura, o procurador não conseguiria provar a intenção de matar. O acusado foi condenado por agressão com a intenção de matar e foi sentenciado a uma pena mínima mandatória de 185 a 360 meses de prisão.⁸⁵⁸

No caso a Corte procurou conceder uma medida ao prejuízo de acusados que seguiram o aconselhamento do advogado e rejeitaram a oferta pelo *plea*, ocorrendo a condenação após julgamento. A corte formulou duas alternativas para a exclusiva discricionariedade dos juízes. Para a corte, a medida apropriada requer que a persecução ofereça novamente o *plea*. Assim, o juiz irá determinar se suspende a condenação e se aceita o *plea* ou permite que a condenação permaneça. Isso permitiria que a corte reavaliasse o prejuízo sofrido pelo acusado e em troca, permitiria à corte avaliar o caso sobre se era apropriada a previsão das *guidelines*.⁸⁵⁹

Para Albert Alschuler, que analisa esses casos com pouco alarde (não atoa o nome do artigo sugere “dois *band-aids* em um ferimento que deteriora-se”), cita que no caso *Lafler*, os votos dissidentes é o que chocam: “quatro *Justices* da Corte Suprema permitiriam que a incompetência de seu advogado te matasse”. O autor observa que pelo entendimento do *Justice* Scalia, “não importa o que o sistema criminal americano considera normal para acusados como este”, como também, que a Constituição americana preveja a assistência de advogado, “foi o próprio advogado que o colocou naquela situação. No sistema americano de justiça, ele recebeu o tratamento de ouro”.⁸⁶⁰

Estas decisões trazem o interior do sistema à luz, pois, a discussão da assistência efetiva neste caso basicamente leva à conclusão que era melhor não ter assistência de advogado. “Serão nesses que você poderá confiar”, em advogados licenciados pelo Estado,

necessidade de efetiva assistência de advogados durante o processo de barganha. SILVA, Lahni R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2236.

⁸⁵⁸ *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. 156 (2012).

⁸⁵⁹ SILVA, Lahni R. *Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues*. Iowa Law Review, Vol. 99:2219, p. 2237.

⁸⁶⁰ O *Justice* Scalia declarou ao acusado no seu voto: “você recebeu o exorbitante *standard* dourado da justiça americana – a indumentária completa de um julgamento criminal”. ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 674.

sem nenhuma experiência na área negocial/criminal. Que sem ele, o “procurador teria realizado a oferta diretamente ao acusado” e não se encontraria em tamanho problema.⁸⁶¹

Essas decisões foram enormemente comemoradas como revolucionárias⁸⁶² - o *Justice* Scalia, em voto dissidente, alarmou, “a Corte hoje abre uma nova área de procedimento criminal constitucional: *the plea bargaining law*” – pelo fato de que até *Lafler* e *Frye*, a Corte não considerava a alegação de que uma performance deficiente do advogado produzia, não um mal aconselhado *guilty plea*, mas uma pena pós-julgamento evitável. Anteriormente, 11 das 12 cortes federais de apelação já haviam considerado tal alegação, onde a representação deficiente do advogado causou a perda de um acordo “benéfico”.⁸⁶³ Mas para Albert Alschuler, essas decisões não descansam inteiramente sobre a preocupação pelos direitos constitucional dos acusados, na verdade, “assegurando que os advogados transmitam com precisão o poder coercitivo da oferta ajuda a manter o rio de *guilty pleas* fluindo”.⁸⁶⁴

O autor aponta três observações do sistema de justiça criminal americano que havia feito há 27 anos da publicação do artigo que demonstram a clara impossibilidade de melhorias do sistema: 1) o sistema dominado pelo *plea bargaining* torna o tipo de justiça que o acusado recebe mais dependente da qualidade do seu advogado do que qualquer outro sistema no mundo; 2) esse sistema sujeitam os advogados a sérias tentações para desconsiderarem os interesses de seus clientes; 3) esse sistema torna impossível determinar se os acusados receberam efetiva assistência do advogado.⁸⁶⁵ Para o autor as decisões *Lafler* e *Frye* não

⁸⁶¹ ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 674.

⁸⁶² “Wesley Oliver, por exemplo, disse ao *New York Times*, ‘As decisões da Suprema Corte nestes dois casos constituem únicas para revolucionar o processo criminal desde *Gideon v. Wainwright* concedendo o direito ao advogado aos indigentes’. Stephanos Bibas escreveu, ‘Após quatro décadas de *laissez-faire plea bargaining* negligente, a Suprema Corte trouxe a lei para o obscuro bazar do *plea bargaining*’. Ronald Wright disse ao *Times*, ‘Eu não consigo pensar em outra decisão que tem um impacto maior do que este dois terão sobre os próximos três anos’”. ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 678.

⁸⁶³ *United States v. Rodriguez*, 929 F.2d 747, 752 (1st Cir. 1991); *Boria v. Keene*, 99 F.3d 492, 496-99 (2d Cir. 1996); *United States v. Day*, 969 F.2d 39, 44 (3d Cir. 1992); *United States v. Brannon*, 48 Fed. Appx. 51, 53, 2002 U.S. App. LEXIS 20969 (4th Cir. 2002); *United States v. Herrera*, 412 F.3d 577, 581 (5th Cir. 2005); *Cooper v. Lafler*, 376 Fed. App’x 563, 573, 2010 U.S. App. LEXIS 95899 (6th Cir. 2010); *Julian v. Bartley*, 495 F.3d 487, 499 (7th Cir. 2007); *Nunes v. Mueller*, 350 F.3d 1045, 1054 (9th Cir. 2003); *Williams v. Jones*, 571 F.3d 1086, 1091 (10th Cir. 2009); *Oliver v. United States*, 292 Fed. App’x 886, 887, 2008 U.S. App. LEXIS 19743 (11th Cir. 2008); *United States v. Mouling*, 557 F.3d 658, 669 (D.C. Cir. 2009). ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 680.

⁸⁶⁴ ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 681.

⁸⁶⁵ “Aconselhar um cliente a alegar a culpa é quase sempre o caminho mais seguro, confiável, confortável e lucrativo. Tudo em nosso sistema de justiça criminal avança nessa direção.” ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 683.

podem garantir a efetiva representação legal, e as observações acima tornam isso mais do que óbvio.

Nas decisões acima, o *Justice* Scalia e os dissidentes entendem o *plea bargaining* como uma forma de o acusado “cumprir menos tempo do que a lei diz que ele merece”. O *Justice* Kennedy e o grupo majoritário responderam que as sentenças impostas após a condenação em julgamento geralmente são imerecidas, porque muitas dessas sentenças são mais severas até, “que o Congresso e o procurador possam entender apropriados, porque as disparidades de sentença existem nos códigos em grande parte para os propósitos do *plea bargaining*”.⁸⁶⁶ Albert Alschuler questiona sobre essa questão: “Você imagina que foi criado um regime no qual o crime compensa para 95% dos criminosos? Ou parece mais provável que os juízes sentenciam os criminosos à punição necessária para dissuadir o crime enquanto impõe-se uma punição adicional a uma pequena minoria para conservar os custos do julgamento?”⁸⁶⁷

Embora exista sim discordância se a diferença sentencial é um “problema do *plea bargaining*”, não há como ocultar o cenário. Desde a década de 1980, o Congresso cria novos crimes ou aumenta as sentenças previstas, onde não trata sobre a justiça e a proporcionalidade no sentenciamento,⁸⁶⁸ simplesmente aumenta o arsenal do procurador. O sistema – simbiose de *plea bargaining*, *guidelines* e aumento das penas mínimas mandatórias – é formada por um Legislativo, fazendo o papel do *bad cop*, ameaçando o acusado com a severidade da lei, enquanto o procurador faz o trabalho do *good cop*, suprido com as ferramentas suficientes para produzir a voluntariedade do acusado de evitar o julgamento sob a promessa de uma “pena reduzida”.

Em 1996, cerca de 80% dos acusados eram indigentes e eram representados por defensores públicos ou outros advogados nomeados.⁸⁶⁹ Portanto, a própria teoria contratual

⁸⁶⁶ *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1398, (2012). (Scalia, J., dissidente).

⁸⁶⁷ “[...] Até a formação do grupo majoritário em *Lafler* e *Frye* reconhecesse que a sentença pós-julgamento comumente eram aumentados para encorajar o *guilty pleas*, a história oficial parecia ser que 95% dos 2.292.132 de americanos presos tinham sido recompensados pelos seus *pleas of guilty* e assim, sentenciados menos severamente do que mereciam”. ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 696-698.

⁸⁶⁸ “Na lei federal há a previsão que todas as sentenças devem ‘cumprir com’ uma lista de aprovação dos propósitos da punição. Estes propósitos incluem aplicar uma punição justa para o crime. Eles não incluem a redução das despesas da corte ou assegurar a condenação em casos duvidosos”. ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 702; 18 U.S.C. § 3553(a) (2006).

⁸⁶⁹ Relatório da porcentagem de acusados por *felony* com advogados nomeados nos 75 maiores condados da América. SMITH, Steven e DEFRANCES, Carol. *Bureau of Justice Statistics Selected Findings: Indigent Defense*. 4 (1996), available at < <http://bjs.gov/content/pub/pdf/id.pdf>>.

que dá tanto peso aos custos do processo na tomada de decisão, tem suas formulações totalmente questionáveis em 8 a cada 10 casos

Para finalizar este ponto é central a crítica de Stephen Schulhofer ao modelo *plea bargaining* contratual de Scott/Stuntz,⁸⁷⁰ e a representação efetiva dos agentes nessa teoria. Segundo Stephen Schulhofer, este negligencia um pré-requisito essencial para a eficiência de transações voluntárias, que é a chamada “ausência de externalidades”. Neste requisito os acordos contratuais voluntários são presumivelmente eficientes somente quando as partes internalizam totalmente os custos sociais e os benefícios de suas transações. Contudo, como bem aponta o autor, tempo de julgamento, condenação e punição são bens públicos, “quintessências com efeitos externos imediatos ao acordo de transação”. Scott e Stuntz presumem que o *plea bargain* não imporá custos para aqueles que não são partes do acordo.⁸⁷¹ Porém, obviamente a condenação de inocentes produz serias externalidades negativas, questão que já foi manifestada pela própria Suprema Corte.⁸⁷²

O modelo Scott/Stuntz além de “descolada” da realidade, por omitir a complexidade da relação, denega um ponto que Stephen Schulhofer traz à luz e que possui efeitos multiplamente relevantes no acordo, onde as verdadeiras partes, o público/comunidade e o acusado, são representados por agentes cujo os objetivos estão longe de serem congruentes com os seus. O que seria um potencial para conflitos de interesses, ou na linguagem econômica, um problema de ‘custos de representação’.⁸⁷³

⁸⁷⁰ Formulando o *plea bargaining* pela teoria contratual, os autores Scott e Stuntz problematizam a questão chave: sobre a larga diferença entre sentenças pré-julgamento e pós-julgamento onde cria-se um ambiente coercivo no qual o arguido não possui real alternativa a não ser alegar a culpa. Segundo Scott e Stuntz, primeiro, o argumento sobre o tamanho da diferença de sentenciamento reduz-se à reivindicação que a escolha de alegar a culpa é muito generosa ao arguido, o que seria “uma estranha reivindicação já que se aponta que o sistema ameaça o arguido injustamente”. Justificam que essa é uma reclamação sobre o fundo de sentenciamento, não do *plea bargaining*, e que somente implicaria no *plea bargaining* na medida que sugere manipulação estratégica pelos procuradores. E que, o argumento não compreende a doutrina de coerção econômica, exemplificado pelo caso do ‘único posto de gás no meio do deserto’ que cobraria 100 dólares por um galão de gasolina. Segundo os autores, as regras contratuais decididamente rejeitam o argumento de coerção ao comprador em tal caso, sob a sensível base que a ação do vendedor não produz restrição às escolhas do comprador (um tanque vazio no meio do deserto), e que também o comprador fica em melhor situação com a oferta do que sem ela. Assim, “os elementos coercivos do ambiente do *plea bargaining* não corrompe a voluntariedade do acordo do *plea*. Uma larga diferença sentencial não implica coerção *a priori*”. SCOTT, Robert E. e STUNTZ, William J. *Plea Bargaining as Contract*. Yale Law Journal, v. 101, article 8, 1992, p. 1920.

⁸⁷¹ Internalizar os custos neste modelo hipotético compreenderia uma enorme dose de hipocrisia: “em um modelo hipotético econômico, um pode postular que o procurador internaliza os custos sociais da condenação de inocentes. Mas Scott e Stuntz não tomam essa abordagem, e o fazer renderia uma função objetiva indeterminada ao procurador”. SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1985.

⁸⁷² “É crítico que a força moral do direito criminal não dilua em um *standard* de prova (ou um procedimento de condenação) que deixe as pessoas em dúvida se homens inocentes estão sendo condenados. Também é importante na nossa livre sociedade que cada indivíduo em seus afazeres ordinários tenha confiança que seu governo não pode os julgar culpados por um crime sem apresentar uma absoluta análise de certeza do crime”. *In re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (1970).

⁸⁷³ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1987.

Segundo o autor, tanto o procurador chefe e seus assistentes têm numerosos incentivos para perseguir interesses que divergem do interesse público em otimizar a persuasão. O procurador distrital é geralmente um oficial eleito ou nomeado, seu objetivo é de aprimorar sua reputação e sua posição política. Embora uma efetiva estratégia de controle de crimes pode contribuir para os objetivos, diversos outros fatores como alta taxa de condenações, uma boa relação com influentes advogados, ausência de perfil de derrotas em julgamento, contribuem mais diretamente à suas aspirações políticas. Portanto, o procurador chefe tem poderosas razões para aceitar acordos diferentes daqueles que poderiam ser do interesse público. Ainda, os procuradores de primeira linha, que são os que efetivamente estão nas negociações do acordo podem ou não compartilhar das aspirações do procurador chefe. Portanto, mais uma camada adicional ao que é denominado pelo autor como ‘problemas de entidade’.⁸⁷⁴

Tais problemas são ainda mais profundos para a defesa. Os incentivos variam com a particular forma de relação entre advogado-cliente, mas o efeito de rede é quase sempre o mesmo, “uma acentuada divergência entre os interesses econômicos do advogado e do cliente, juntos com fortes incentivos financeiros para o advogado acordar o mais rápido possível”.⁸⁷⁵ Trazendo efeitos nos interesses reais do representado e representante, sobre optar pelo julgamento quando um acordo seria a melhor escolha, e principalmente o inverso.

Mas é no sistema de representação para indigentes onde os conflitos de interesses, não raramente, deslocam-se ao ponto da má-representação, pelo fato que os incentivos podem divergir a tal ponto que leva à total deturpação da representação. Dependendo da jurisdição esses advogados são recrutados de uma lista dos que são admitidos no *American Bar Association*, e podem ser requeridos a servir sem nenhuma compensação. Geralmente, são

⁸⁷⁴ “Se os assistentes podem evadir-se do monitoramento de seu superior, e se eles estão comprometidos com o controle do crime, eles podem buscar melhores sentenças mesmo contra as chances de reeleição de seu chefe. Mas o imediato objetivo dos assistentes não é necessariamente encontrar a melhor estratégia para o controle do crime ou para a reeleição de seu superior. Mas sim, seu objetivo (em um modelo econômico) é maximizar seu próprio bem-estar, o qual é definido por uma combinação de promoção de carreira, satisfação no trabalho, e lazer. Os procuradores de primeira linha podem ganhar tentando um caso onde o interesse público possa requerer que seja negociado. Por outro lado, este procurador irá normalmente ter poderosas razões pessoais e profissionais de evitar casos que seriam inconvenientes ou potencialmente arriscados para suas carreiras”. SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1988.

⁸⁷⁵ Advogados compensados com base em horas geralmente não são pressionados financeiramente para minimizar o tempo em um caso, então não possuem incentivo pessoal para acordar rapidamente. Mas advogados criminais quase nunca são pagos dessa maneira. Somente uma minoria de advogados criminais (tão pouco quanto 20% em muitas jurisdições), a grande maioria são pagos em uma taxa fixa adiantada. SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1989.

advogados sem experiência no direito criminal.⁸⁷⁶ Como bem define o autor, não é necessário ser PhD em economia para entender o impacto no incentivo ao acordo.

Mesmo para os defensores públicos que não possuem um imediato incentivo financeiro para evitar os julgamentos, essas organizações dos defensores são dirigidas como agências do Estado, que possuem as necessidades próprias da instituição e tendem a desenvolver prioridades para mover seu volume de trabalho. Portanto, a pressão organizacional resultante para o não-julgamento e otimizar o volume de trabalho somado os incentivos pessoais do procurador, também levam a uma aguda divergência entre os interesses do procurador e cliente, sobre aceitar o acordo ou não.⁸⁷⁷

Portanto, problemas de representação geram inadequada persuasão na maioria dos casos e prejudicam acusados, especialmente os inocentes. Mesmo sob a perspectiva agregada da teoria econômica, o autor retrata claramente que não há razões para acreditar que contratar sob essas condições é “eficiente ou maximiza o bem-estar das partes”.

Além do mais, os representados indigentes sequer têm o direito de selecionar seus advogados, sendo apontados por oficiais da corte, onde há claros incentivos de favorecer advogados cooperativos. De todas os problemas de custos de representação abordados, Stephen Schulhofer com mérito aponta que qualquer esforço para retificar as ineficiências e injustiças do *plea bargaining* deveriam focar primariamente nessas falhas centrais.⁸⁷⁸ Este seria no entendimento do *Justice Scalia*, o *gold standard* do processo criminal americano.

5.3.1. AS REFORMAS DO PLEA BARGAINING SYSTEM: PRETRIAL DISCOVERY E A NEGOCIAÇÃO DE OUTRAS GARANTIAS PROCEDIMENTAIS.

Se a história do desaparecimento do julgamento criminal por júri é verdadeira há mais de 100 anos, e motivou Raymond Moley a publicar o artigo “*The Vanishing Jury*” em 1928, tal desaparecimento não ocorreu unicamente para os casos criminais. De setembro de 2014 a setembro de 2015, somente 1,1% dos casos civis federais ingressados foram adjudicados em julgamento por júri.⁸⁷⁹ Fora as clássicas respostas sobre o constante desaparecimento do

⁸⁷⁶ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1990.

⁸⁷⁷ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1990.

⁸⁷⁸ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1991.

⁸⁷⁹ Em 2015, somente 2,6% dos acusados de crimes federais foram adjudicados através do julgamento. Dos registros de julgamento por júri em jurisdições gerais nos Estados, 19 alcançaram taxas de julgamento por júri abaixo de 3%, 14 alcançaram taxas abaixo de 2% e 6 estavam abaixo de 1%. 11 alcançaram taxas de *bench trials* abaixo de 1%, 16 com taxas abaixo de 2% e 19 taxas abaixo de 3%. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 155. Há variações nas taxas atuais, mas encontram-se com pequenas variações totais. Os dados completos sobre as taxas

juízo por júri, Darryl Brown apresenta um ponto fundamental sobre as atuais discussões do aperfeiçoamento do sistema *plea bargaining*: a transformação e o aumento da apresentação das provas pelas partes na fase *pretrial*. E isto, advém de um avanço no litígio civil sobre as regras do *discovery* (revelação), que começaram a permear o âmbito do procedimento penal.

A importância das provas pré-juízo para o definitivo desaparecimento dos julgamentos inicia-se com o reconhecimento que o “*fact-finding*” (investigação dos fatos) – questão central dos julgamentos da *common law* – implicam em dois distintos aspectos. Com a abertura do *discovery* nesta fase prévia, o primeiro aspecto é a possibilidade do avanço investigativo, onde as partes obtêm fatos que eram previamente desconhecidos, e desse modo podem buscar outras fontes probatórias para tais fatos novos. E a segunda função é o *fact-finding* em juízo, que é o procedimento de resolver disputas fatuais elaborando conclusões da prova disponível.

Atualmente, o levantamento das provas ocorre quase inteiramente no estágio do *pretrial*, sendo um raro evento a aparição de uma prova que é desconhecida de ambas as partes em juízo. Em tese, as partes geralmente concluem que “há pouca disputa sobre os fatos e abre-se o caminho do acordo”. O que seria em parte, uma ocorrência similar nas fases de rejeição da ação ou do juízo sumário civil: conclusões sobre os fatos relevantes baseados no *pretrial evidence*, seguido de uma decisão judicial que define o caso antes do juízo.⁸⁸⁰

Esse desenvolvimento é a marca do procedimento civil nos Estados Unidos. Com a reforma do *Federal Rules of Civil Procedure* em 1938, deslocou-se o litígio civil antigo para um sistema com poderosos instrumentos de investigação dos fatos no *pretrial*. A nova legislação disponibilizava às partes no âmbito civil, em momento bem inicial, o poder de depor litigantes e testemunhas sob juramento, compelir respostas escritas às suas questões, e compelir acesso a documentos e a praticamente qualquer prova relevante. Essa é a razão pelo qual atribui-se o declínio da proporção de casos civis resolvidos através do juízo, de 20% em 1930, para menos de 2%, em 2000.⁸⁸¹

das cortes americanas encontram-se no *site Court Statistics Project*, disponível em <<http://www.courtstatistics.org/court-statistics/interactive-caseload-data-displays>>. Acessado em 18 ago. 2020.

⁸⁸⁰ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 156.

⁸⁸¹ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 156.

O caminho no âmbito criminal foi diferente. A reforma do *Federal Rules of Criminal Procedure* em 1940, rejeitou o novo modelo civil do *discovery*, mantendo a tradição da *common law*, retendo um regime de limitação do *pretrial discovery*. Porém, nas últimas décadas, cresce o número de Estados que abandonaram o modelo federal e adotaram regras mais amplas sobre o *pretrial discovery*, embora não cheguem aos poderosos instrumentos concedidos no âmbito civil.⁸⁸² Trata-se de uma mudança ideológica que ocorria concomitantemente no período, pela manifesta constitucionalização do *plea bargaining* a partir da década de 1970.

Resolver disputas sem julgamento é definido, já a algumas décadas, como um sucesso, porque resulta em benefícios múltiplos. Julgamentos, em contraste, é visto como uma falha custosa para um cenário que somente pode ser satisfatório através da negociação. Essa situação acompanha um deslocamento nas práticas institucionais, como das circunstâncias. Essa nova estruturação procedimental acompanha o deslocamento para o “juiz administrador”, onde os juízes tornaram-se responsáveis de assegurar um eficiente processamento dos seus casos. Essa ocorrência, nos Estados Unidos, ocorreu tanto no âmbito federal, quanto no estadual. O advento de *software* para a gestão dos casos aumentou ainda mais a responsabilidade dos juízes, onde tiveram que aceitar um papel expandido, “como solucionadores de problemas e gestores”.⁸⁸³

Essa mudança estrutural, que se iniciou no âmbito civil a partir da legislação federal em 1938, com o deslocamento de compelir a produção de provas, da fase de julgamento para o momento anterior, o *pretrial*, tem sua razão de ser na indução ao acordo, e a evitação de um longo processo. Embora seja um dispositivo que traz óbvias vantagens para a defesa, a racionalidade por trás do instituto não é nesse sentido; é mais um dispositivo para sumariamente definir o caso. Logo, a maioria dos Estados seguiu o modelo civil federal. Porém, no âmbito criminal o desenvolvimento foi lento nos últimos 70 anos, desde a reforma de 1946.

⁸⁸² Somente 5 Estados autorizam às partes no âmbito criminal a depor potenciais testemunhas sem uma excepcional justificativa. E enquanto muitos procuradores oferecem o *discovery* em “*open file*” (arquivo aberto) como uma política, poucos Estados dispõem sobre regras de apresentação em “*open file*” entre as partes no âmbito criminal. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 157.

⁸⁸³ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 161.

Exemplo, atualmente no sistema federal e em muito Estados, procuradores e acusados não são obrigados a revelar os nomes das testemunhas antes do julgamento,⁸⁸⁴ e procuradores federais podem reter as declarações das testemunhas até depois de testemunharem.⁸⁸⁵ O interrogatório entre as partes é praticamente não existente. A Constituição americana exige aos procuradores disponibilizar as provas de inocência do acusado ao tempo do julgamento, não antes,⁸⁸⁶ e agora todas as jurisdições atribuem acesso na fase *pretrial*, às provas físicas, as análises científicas, a notificação de testemunhas *experts*, como de pontos que indicam a inocência do acusado como *alibi* e insanidade.

No âmbito estadual, um número considerável de Estados requerem notificação pré-julgamento das identidades das testemunhas.⁸⁸⁷ Cinco Estados autorizam a deposição de testemunhas em casos criminais, quase a par com o litígio civil,⁸⁸⁸ onde a maioria permite deposições com grandes limitações ou para certas testemunhas, aquelas que a parte contrária tem a intenção de utilizar em julgamento ou pessoas que não concordam com uma entrevista informal.⁸⁸⁹ Embora tenham ocorrido avanços para uma aproximação, a diferença nos procedimentos é, ainda, gigantesco.

Segundo Darryl Brown, o *discovery* caracteriza-se por dois tipos de prerrogativas a título de levantamento sobre os casos. O primeiro é a revelação de informação entre as partes: partes tem o direito de demandar a apresentação das provas que a outra parte possui e tem a obrigação de apresentar as provas em sua posse. O outro tipo é a autoridade para buscar novas provas: de investigar os fatos e revelar fontes de prova que nenhuma das partes ainda havia conseguido. Nesse ponto, o *civil discovery* estende-se nessas prerrogativas, com a instrumentalização de compelir não somente a outra parte, como terceiros à sua produção de

⁸⁸⁴ FED. R. CRIM. P. 16; ALA. R. CRIM. P. 16.1–.5; LA. CODE CRIM. PROC. ART. 716–29.7; N.Y. CRIM. PROC. LAW §§ 240.60–.90, 250.10–.40; UTAH R. CRIM. P. 16.

⁸⁸⁵ 18 U.S.C. § 3500 (2012); FED. R. CRIM. P. 26.2.

⁸⁸⁶ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963); Estabelecendo que o direito de apresentar as provas de *Brady* não se aplica até o julgamento. *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002).

⁸⁸⁷ ARK. R. CRIM. P. 17.1–19.7; CONN. SUP. CT. R. CRIM. P. §§ 40-1 to -43; MASS. R. CRIM. P. 14; NEB. REV. STAT. §§ 29-1912 to -1927 (2012); NEV. REV. STAT. §§ 171.1965, 174.233–.235 (2016); PA. R. CRIM. P. 567–73; W. VA. R. CRIM. P. 12.1–.2, 16.

⁸⁸⁸ FLA. R. CRIM. P. 3.220(h); IND. CODE § 35-37-4-3 (2016); IND. R. TRIAL P. 30; IOWA R. CRIM. P. 2.13; MO. SUP. CT. R. CRIM. P. 25.12, .15; VT. R. CRIM. P. 15. Cada Estado permite deposições para as testemunhas potenciais, com menores exceções e restrições.

⁸⁸⁹ ARIZ. R. CRIM. P. 15.3(a)(2) (permitindo a deposição de testemunhas que não concordam com uma entrevista); IOWA R. CRIM. P. 2.13 (permitindo aos acusados a depor testemunhas listadas pelo Estado, sujeito a exceções); N.D. CRIM. P. R. 15(a) (A qualquer tempo depois do acusado comparecer, qualquer parte pode tomar testemunho de qualquer pessoa por deposição,” mas “depois do tempo apontado pela corte somente com a permissão da corte). In: BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 166.

prova.⁸⁹⁰ O *criminal discovery* é procedimento entre as partes, e basicamente está confinado à informação já conhecida por ambos.

Sob o procedimento federal criminal, procuradores possuem o poder de deposição para além do limite autorizado para ambas as partes no procedimento do “*discovery and inspection*”. Através do *grand jury*, procuradores podem realizar a intimação e compelir a produção de registros ou de provas físicas sem apresentar as razões. Concedendo imunidade criminal às testemunhas, os procuradores federais podem compelir o testemunho daqueles que, de outra maneira, poderiam alegar o privilégio contra a autoincriminação.⁸⁹¹ Neste caso o governo possui um poderoso instrumento para conseguir provas sem julgamento, e um poder assimétrico: a defesa não possui um instrumento equivalente, onde em muitas jurisdições, o procedimento do *disclosure* pós-acusação não garante aos acusados acesso à essas provas antes do julgamento.

A ausência de uma maior paridade, ou o procedimento federal e o sistema de alguns Estados, ainda rejeitam parcialmente a importação do modelo contemporâneo de procedimento civil, que transfere a produção de provas ao estágio do *pretrial discovery*, porque o seu poder investigatório encontra-se em outro lugar. A investigação policial possui autoridade não concedida às partes, mas unicamente ao Estado, e a sua capacidade de produzir provas nas últimas décadas, vem aumentando drasticamente.

As autoridades policiais tem especial autoridade para fazerem busca e apreensões de provas, a exercerem detenções, interrogarem suspeitos e testemunhas materiais. Na prática, o exercem da maneira quase ilimitada. Como afirma o autor, “a investigação foi a primeira fonte de provas pré-julgamento, e como no *grand jury*, ela é unilateral”, e é feita inteiramente pela polícia. A 4ª Emenda limita esses poderes investigatórios do Estado, mas os três poderes em conjunto desenvolveram uma grande margem onde o poder investigatório desenvolve seu trabalho para a captura de provas. O Legislativo outorgou um corpo de leis que autorizam uma gama de táticas investigativas e definições dos critérios para busca e apreensões e mandados de detenção. O financiamento governamental para a infraestrutura dos órgãos de

⁸⁹⁰ As partes no litígio civil podem, por exemplo, “a deposição de qualquer pessoa, incluindo a outra parte, sem a permissão da corte” e utilizar-se do poder de intimações para compelir o comparecimento do depoente, como a produção de documentos ou outras provas. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 167.

⁸⁹¹ Diferente do poder civil de deposição, esse poder do *grand jury* aplica-se somente antes das acusações serem ingressadas. Sob os restritos parâmetros do *Federal Rule of Criminal Procedure* 16, nem procuradores ou acusados possuem poderes dos litigantes civis de deposição de testemunha durante a fase do *post-indictment discovery*. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 168.

aplicação da lei com tecnologias de vigilância, como de laboratórios para desenvolver provas criminais, vem em ritmo constante de crescimento.⁸⁹²

Desse modo, a vigilância de suspeitos e suas atividades, câmeras de vigilância, provas na cena do crime, depoimento de testemunhas, análises forenses, interrogatório de suspeitos, registro de atividade nos celulares, placas de veículos, entre outros,⁸⁹³ mesmo em que a autorização de busca e apreensão seja mais restrita que o poder de intimação do *grand jury*,⁸⁹⁴ a linha entre a fase pré e pós-acusação não fazem diferença para a polícia. Assim, a capacidade especial investigativa dos órgãos de aplicação da lei torna extremamente eficiente a capacidade de produzir provas sem a necessidade do procedimento de *discovery*, ou antes da acusação ser ingressada. A efetividade cada vez mais maior da produção de provas reflete na maior efetividade nas táticas de interrogatórios e entrevistas pela polícia, que produz informação mais apurada e assim, dependeria menos da obtenção de falsas confissões.

Importante tal raciocínio sobre o desenvolvimento sem precedentes de técnicas investigativas que levariam à possibilidade de que as provas produzidas através da tecnologia serem de natureza, muitas vezes, “irrefutáveis” ou definitivas na aparência de culpabilidade. Importantes tais conclusões, porque na prática o resultado destes fatores traz uma realidade diferente. A máquina do *plea bargaining* mais coercitivo se aprofunda, onde nesse ponto sim, “irrefutável” do ótimo caso que a procuradoria tem em mãos para apresentar a um júri, frente à diferença de pena sob o acordo e a perda pós-julgamento. Seria definitiva e irrefutável de uma culpabilidade que não passa pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

O desenvolvimento dessa capacidade de atestar o que a previsão penal define como crime, através do desenvolvimento forense do DNA, das impressões digitais, desenvolveu-se também em instrumentos mais prosaicos que estimam a quantidade de álcool no sangue, ou de identificação de uso de tóxicos, que constituem aproximadamente um terço dos casos de *felony* federais e estaduais.⁸⁹⁵ Nesse ponto, os crimes de direção sobre influencia de álcool, os

⁸⁹² BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 169-170.

⁸⁹³ Do desenvolvimento inicial da polícia americana na década de 1830, que focava na prevenção do crime, ao invés de detecção e investigação, somente na virada do século XX, na era da profissionalização, a polícia especializou-se em técnicas investigativas. Esse desenvolvimento foi impulsionado pelas ciências forenses, pela fé nas ciências, e pelo aumento securitário do governo na ordem social. Inicialmente, os laboratórios foram desenvolvidos, vieram as câmeras de vigilância, base de dados de mandados, DNA e impressões digitais; vigilância de câmera em celulares e rastreamento GPS. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 172.

⁸⁹⁴ Com exceções, a maioria das buscas e apreensões requerem que o oficial tenha um mandado ou causa provável de suspeita de conduta criminal; as intimações do *grand jury* não. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 170.

⁸⁹⁵ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 174.

casos relacionados à drogas, ou de imigração, os julgamentos são raros por conta que as provas colhidas no pré-julgamento são substanciais e claras, embora sua precisão possa ser discutida, apontam uma direção do desenvolvimento de investigação e da vigilância na sociedade atual que tornam sua irrefutabilidade quase uma “certeza”.

Nos casos de drogas no âmbito federal, a complexidade é neutralizada por táticas investigativas, com o convencimento de um membro da organização para a cooperação na apreensão, onde entre os anos de 2010-2014, 11% dos acusados receberam descontos de pena por assistência substancial.⁸⁹⁶

Os casos os quais as provas são mais difíceis de colher antes do julgamento, continuam com esse *status* mesmo em julgamento: homicídio e estupro. Em comparação com as médias totais de *felonies*, estas possuem “altas” taxas de julgamento – 16% nas cortes federais.⁸⁹⁷ Nesses casos, a testemunha continua sendo o elemento chave da persecução.

Todos esses instrumentos de coleta probatória inconcebíveis no passado, encontram-se nas mãos do governo antes da acusação formal. Imagens termais, drones, *bugs*, vigilância privada, radares de velocidade,⁸⁹⁸ registros do cartão de crédito, e-mails, atividades na *web*,⁸⁹⁹ fotos digitais que continuam com registros mesmo depois de apagadas do celular, redes sociais, enfim, uma infinidade de informações que estão à disposição do governo, a partir do momento que o indivíduo se torna um alvo investigatório. Estima-se que o uso de base de dados é ainda modesto, onde a polícia utiliza “materiais para laboratórios em menos de 1 em cada 5 casos, e o laboratório analisa provas em menos de 1 a cada 10; que o grampo tem

⁸⁹⁶ U.S. SENTENCING COMMISSION, *THE USE OF FEDERAL RULE OF CRIMINAL PROCEDURE 35(B) 8* (2016), Disponível em: <<https://www.usc.gov/sites/default/files/pdf/research-andpublications/research-publications/2016/Rule35b.pdf>>. Acesso em 19 Ago. 2020.

⁸⁹⁷ Nas cortes federais em 2008-2009, 3,2% de todos os casos foram a julgamento, mas ocorreram julgamento em 14,9% em casos de agressão sexual e 16% dos casos de homicídio. BROWN, Darryl K. *Hot to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 185.

⁸⁹⁸ A ascensão dos automóveis levou à criação de uma miríade de delitos de trânsito, os quais agora são a maior parte de *misdemeanor* e limitado às jurisdições das cortes municipais. Os veículos automotores desencadearam a expansão do poder da polícia para institucionalizar patrulhas de tráfego. Com o tempo, táticas policiais como coletores escondidos de velocidade e *blitz* de inspeção de condutores intoxicados ou outras violações envolvem maneiras não somente de detectar e interditar estas primeiras violações, mas também, de melhorar a qualidade de provas que a polícia gera. Dado que a doutrina da 4ª Emenda permite pretextuais paradas de trânsito, policiais podem usar essas barreiras para investigar crimes não relacionados ao trânsito, como transporte de drogas. Utilizar as rodovias públicas, e tanto o número de identificação do veículo e as placas licenciadas, ligados à identidade do proprietário, são compilados em base de dados facilmente acessíveis. Cada vez mais, veículos são monitorados por sistemas automatizados de reconhecimento de placas licenciadas. Coletivamente, essas fontes de provas potencializaram as provas do *pretrial* de muitos crimes e conseqüentemente reduziram a necessidade de julgamento para revelar provas ou definir fatos incertos. BROWN, Darryl K. *Hot to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 178.

⁸⁹⁹ Sobre o avanço na investigação tecnológica criminal ler: MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Tecnoinvestigação Criminal. Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software*. Ed. Juspodivm, 2020.

desempenho material probatório em apenas uma pequena porção de casos, onde o mesmo ocorre com o rastreamento por GPS, imagem térmica e análise de localização por celular”.⁹⁰⁰

Pelo percorrido, vislumbra-se que tanto o litígio civil como o sistema criminal de justiça foram levados para uma forma, denominada por Darryl Brown, de adjudicação *non-trial* (sem julgamento). Explica o autor que, com o *discovery* buscando igualmente informar as partes dá a estas conhecimento virtual de praticamente a totalidade de provas sem julgamento, que embora não possua o escrutínio público do julgamento, é objeto de escrutínio adversarial que ocorreria em um julgamento. Portanto, atenderia o público interesse sobre a confiabilidade da prova.⁹⁰¹

Porém, não parece uma assertiva verdadeira para o âmbito criminal. A polícia investigativa reúne o material probatório, o que segundo o autor não é um problema, porque a procuradoria deverá arcar com o ônus probatório. A assimetria problemática advém sobre o material probatório colhido que é dado limitado conhecimento aos acusados sobre o que será apresentado em julgamento. E o pior, como os julgamentos são raridade, o grau de ‘adversariedade’, de escrutínio público sobre a prova são relegados nesse sistema, que vai totalmente em contra o instituto que é símbolo da *common law*: o julgamento perante seus pares.

Portanto, são apenas medidas paliativas. A adjudicação criminal *pretrial* carece de dois componentes essenciais ao julgamento adversarial: um adjudicador neutro e um exame da prova adversarial. Esse escopo reduzido sobre o escrutínio da prova leva ao resultado que esses *pleas* se baseiam em avaliações medíocres sobre a prova. Isto leva a inúmeros resultados. Se alguns procuradores voluntariamente garantem o acesso de um quadro integro sobre as provas, o *plea bargaining*, neste caso, levará uma imagem informal e igualitária parecida a do litígio civil (na medida do possível). Mas quando se trata de uma discricionariedade do procurador o *disclosure*, a forte resistência de uma ampla apresentação de provas por parte do governo atendendo a políticas criminais, leva a uma restrita disponibilização de provas quando estes não possuem um bom caso. Justamente os casos onde o escrutínio público e adversarial deveriam ser a salvaguarda.

O que se denota é que as práticas coercivas do *plea bargaining* contemporâneo encontram-se em consonância com um *disclosure* discricionário, para que este o utilize quando e como quiser. O *disclosure* aumentam custos e a inconveniência do desperdício de

⁹⁰⁰ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 176-177.

⁹⁰¹ BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. American Criminal Law Review, Vol. 55:155, p. 188.

tempo. Toda a “inconveniência” de um maior aprofundamento no *disclosure*, encontra-se na racionalidade esposada na decisão da Suprema Corte em *United States v. Ruiz*, com o chancelamento da política do *fast-track plea bargaining* federal.

Neste caso, a acusada recusou um *plea bargain* onde requeria-se que ela renunciasse a seu direito a uma prova que potencialmente poderia desacreditar uma testemunha. O governo retirou sua oferta. A acusada posteriormente acabou alegando a culpa por um delito relacionado a drogas, sem um acordo. No sentenciamento a acusada pediu pela mesma diminuição de pena que o governo recomendaria se ela tivesse aceitado o acordo “*fast-track*”, mas a Corte Distrital denegou o pedido, impondo a sentença *standard* das *guidelines*. A acusada alegou que sem o *disclosure* de potencial prova que desacreditasse a testemunha, sua alegação de culpa sob o acordo proposto não seria com o devido conhecimento e inteligência. O governo alegou que concedendo tal informação ao acusado iria resultar em um prematuro *disclosure* no caso, o que não era constitucionalmente previsto.

Já alcançando a Suprema Corte, sustentou-se que a Constituição não prevê que o governo apresente prova material anteriormente a um acordo com o acusado. De acordo com a corte, o governo não era obrigado a apresentar seu potencial caso e, portanto, o valor da prova que desacreditasse a testemunha do Estado era desconhecido. Assim, a alegação de culpa do acusado sobre o acordo, acompanhado de sua renúncia a direitos constitucionais, poderia ser aceito como com conhecimento e voluntariedade.⁹⁰²

A questão, portanto, é que a Suprema Corte nunca sustentou que as provas dos procuradores devem ser divulgadas ao acusado antes do *plea bargaining*, somente que as provas absolutórias devem ser divulgadas em algum período antes do julgamento (para evitar o dispêndio de gastos públicos, óbvio!). As legislaturas estaduais adotaram, cada um, seu próprio regime e práticas no *pré-plea discovery*. Algumas jurisdições possuem um modelo “*open-file*” (arquivo aberto) e impõem uma relativamente ampla obrigação de divulgação de provas aos procuradores já em momentos iniciais do procedimento criminal; já outros seguem um modo restritivo “*closed-file*” (arquivo fechado), que permite aos procuradores prevenir a divulgação das informações e provas, inteiramente ou até momento bem próximo do julgamento.⁹⁰³

Enquanto há essa variância de Estado para Estado, a tendência recente tem sido em direção à divulgação pelo *discovery* no pré-julgamento – tanto logo após o *indictment* ou

⁹⁰² *United States v. Ruiz*. 536 U.S. 622, 122 S. Ct. 2450 (2002).

⁹⁰³ TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 287-288.

arraignment, ou em qualquer ponto antes do *plea bargaining* – virtualmente de toda a prova relevante ao caso. As questões pelos quais os Estados buscam essa tendência à um sistema mais aberto, geralmente encontram-se justificadas por razões similares.

Primeiro, muitos estudiosos apontam que o fator chave que contribui para as condenações errôneas é a retenção de provas absolutórias, onde as medidas de publicação em alguns Estados aplicam-se de maneira inefetiva, induzindo inocentes a alegarem a culpa. O segundo fator é a alegação de eficiência, como de economia, onde os advogados não precisam mais solicitar itens específicos das provas, e as disputas sobre qual prova deve ser divulgada acaba reduzida. Ainda, com uma melhor compreensão global do caso, este pode ser resolvido mais rapidamente, ganhando unidade, previsibilidade e consistência da prática entre os condados e os procuradores.⁹⁰⁴

Mas não todos concordam com os benefícios que tal sistema pode trazer. Há preocupações referentes à apresentação inicial de reportes da polícia; onde nome, endereço e declarações de testemunhas, podem colocar estas em risco, havendo o efeito de desencorajamento ao testemunho, e de comprometimento à integridade da investigação em curso. Há alegações que tais mudanças trazem maior encargo aos procuradores na revisão das provas, em momento ainda inicial do procedimento, aumentando atribuições, como redigir informações sensíveis e aplicar medidas protetivas. Surgindo a questão de que estes não possuem autoridade legal sobre as agências policiais, motivo pelo qual as investigações e documentações nem sempre estão em seu poder neste momento pré-julgamento.⁹⁰⁵

O artigo de Turner e Redlich, “*Two Models of Pre-plea Discovery in Criminal Cases*”, realiza um estudo no período de setembro de 2014 a janeiro de 2015, com procuradores e advogados da Virginia e North Carolina, sobre suas práticas no *pré-plea discovery*. North Carolina definiu um sistema *open-file discovery* já em momento inicial do procedimento criminal. Virginia, em contraste, exige uma menor divulgação, visando a proteção de reportes de policiais, nomes e declarações de testemunhas, a não ser que sejam provas absolutórias, os quais devem apresentar antes do julgamento.⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 291.

⁹⁰⁵ TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 292.

⁹⁰⁶ A pesquisa nestes dois Estados se justifica pelo fato de serem adjacentes, demográfica e geograficamente similares, mas que possuem notáveis diferenças nas regras de *discovery*. TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 292.

A base das regras do *discovery* foram formuladas em *Brady v. Maryland*, onde a Suprema Corte sustentou que a cláusula do devido processo na Constituição americana requer que procuradores apresentem provas que possam absolver ou mitigar as sentenças dos acusados.⁹⁰⁷ Subsequentemente, a corte afirmou que os procuradores devem revelar provas que desacreditem ou que tendem a minar a credibilidade de uma testemunha do Estado. Estendendo essa obrigação não somente às provas em seu poder, mas às da que estão em posse das instituições policiais.

Mas mesmo a estrutura do *Brady* tem encontrado inúmeros problemas. Primeiro, proporciona uma medida contra violações do *discovery* somente quando é razoavelmente provável que a detenção do material probatório levaria um diferente resultado do julgamento. Segundo, *Brady* aborda primeiramente à perseguição, mas comumente é a polícia quem falha de registrar a prova absolutória. Em *Kyles v. Whitley*, a Suprema Corte abordou a questão apontando que “os procuradores tem a obrigação de descobrir qualquer prova favorável descoberta pelos outros atores que atuam em nome do governo no caso, incluindo a polícia”.⁹⁰⁸ Porém, na prática procuradores não possuem autoridade de supervisão ao trabalho da polícia, não podendo, confiavelmente, assegurar que a polícia transmite os documentos absolutórios.

Ainda, a abordagem em *Brady* pouco reduz o que seria o maior problema no *disclosure*: a falha dos procuradores em reconhecer provas absolutórias. Segundo Jenia Turner, muito já foi documentado que tais omissões ocorrem inadvertidamente, onde é preciso também observar que as “omissões sobre o material probatório pode ocorrer por: treinamento insuficiente, falta de tempo e recursos para revisar as provas com cuidado, ou viés cognitivo que o previnem de apreciar que certas provas podem minar seus casos”. Segundo a autora, o principal ponto é que as sanções por tais omissões trazem poucos incentivos aos departamentos de polícia e aos procuradores para uma melhor auditoria para prevenir tais erros.⁹⁰⁹

Ou simplesmente o *plea bargaining* traz vantagens à tais omissões, até porque o *standard* para revisão sob a alegação de que houve o prejuízo ao conhecimento e inteligência da alegação de culpa, é colocada em uma posição em que poucos acusado poderão “provar” seu prejuízo na confissão. Sem uma sanção legítima, que neste caso seria a nulidade, não há avanço vislumbrável.

⁹⁰⁷ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963).

⁹⁰⁸ *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (1995).

⁹⁰⁹ TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 301.

No âmbito federal, adotou-se o regramento que ordena a apresentação de certos tipos específicos de provas: como documentos, reportes de *experts*, e as declarações do acusado. Nos Estados há enormes variações, onde podem-se distinguir dois modelos que exemplificam cada ponta do espectro. Em uma ponta estão os Estados como Virgínia e New York, os quais amplamente seguem as regras federais do procedimento criminal e determinam um limitado campo de materiais a serem apresentados, denominadas “jurisdições restritivas” que não ordenam o *disclosure* de nomes de testemunhas, as suas declarações, ou reportes policiais. Frequentemente, estas jurisdições vinculam o *disclosure* à data do julgamento e não asseguram que ocorra antes do *guilty plea*. Estes são os modelos *closed-file*.⁹¹⁰

Estados como North Carolina e Texas são os modelos *open-file*, onde geralmente exige-se da persecução a apresentação completa de seu caso ou um amplo conjunto do material probatório, em algum ponto após o *arraignment*. O ponto chave é que requer a apresentação de nome de testemunhas, suas declarações e reportes da polícia. Estes Estados geralmente promulgam medidas para proteger as testemunhas e a integridade das investigações, onde a corte pode emitir ordens protetivas permitindo a não publicação. Embora estes Estados ainda sejam minoria, os autores identificaram 17 Estados em 2016, e a tendência nos últimos anos tem sido na direção de ampliação do *discovery*.⁹¹¹

A tendência pela ampliação do *discovery* largamente elimina a necessidade de avaliação dos itens específicos como provas qualificadas com material previsto em *Brady* das mãos da polícia e dos procuradores, retirando o problema da ‘falha de identificação’ destes. Como é apresentada em momento inicial da persecução, assegura uma mais justa e informada alegação de culpa. Traz efeitos na defesa dos indigentes, onde os advogados carecem de tempo e recursos para uma investigação independente. Inclusive, aponta-se o *feedback* que traz aos procuradores sobre as falhas que seus casos podem apresentar. Todas as vantagens, levam à resolução mais rápida e eficiente dos casos, sendo este um ponto fundamental das reformas.⁹¹²

⁹¹⁰ TURNER, Jenia; REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 303.

⁹¹¹ TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 305.

⁹¹² Para além da maior eficiência na resolução rápida dos casos, a regra mandatória do *open-file* traz também práticas mais consistentes e de tratamento igualitário. Procuradores em Estados *closed-files* voluntariamente já ampliam suas práticas no *discovery*, o que pode levar a prática a apenas alguns tipos de crimes no mesmo Estado, trazendo divergências entre práticas por procuradores, trazendo riscos de favoritismo e discriminação; relação entre o procurador e advogados, etc. TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 307.

Entre os pontos negativos há a preocupação que a apresentação da informação do nome da testemunha desencorajaria os cidadãos a cooperarem com os órgãos do sistema penal e comprometeria a integridade das investigações; a questão sobre os custos de um sistema eletrônico em que os procuradores teriam que alimentar, com a necessidade de criar um registro de documentos apresentados à defesa para evitar as alegações de não apresentação; e de que as violações do *Brady* “são raras, portanto, não são necessários para assegurar a conduta dos procuradores”.⁹¹³

O estudo comparativo realizado por Turner e Redlich, apontam que o sistema mandatório *open-file discovery* resulta em maior divulgação de todos os tipos de provas, onde a diferença em níveis de divulgação é significativa em todas, menos em três tipos de provas: as declarações do acusado, o registro criminal do acusado, e as declarações de *experts* que testemunharão. As que dizem respeito às declarações de co-acusados, nome de testemunhas, declarações de testemunhas, declarações de *experts* que não testemunharão, depoimentos juramentados, materiais relacionados a procedimento de reconhecimento, e reportes policiais, são significativas a diferença.⁹¹⁴

O trabalho demonstra que as provas definidas em *Brady* são apresentadas de modo mais significativo em North Carolina de modelo *open-file*, do que em Virginia, de modelo *close-file*, em todos os tipos de provas, exceto os registros anteriores da testemunha de acusação.⁹¹⁵

O *plea bargaining* e o *discovery* no âmbito federal, em New York e em Texas, apresentam negociação sobre a renúncia do *discovery*, onde o fato de possuírem regras restritivas de *discovery*, traz o posicionamento dos procuradores de entenderem custoso o cargo administrativo de responder as moções de *discovery* levantadas pela defesa, como a preocupação de violação do *Brady* faz as jurisdições restritivas mais adequadas à negociação sobre a renúncia a esse direito. Ainda é identificada a possibilidade que possuam tão imensa vantagem nas negociações que se tornam um simples bônus para a oferta do “*pegar ou cair fora*” oferecida à defesa. Tornando-se a renúncia ao *discovery* um uso na medida em que

⁹¹³ TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 310-312.

⁹¹⁴ Alguns fatores explicam porque estes apresentam taxas similares entre North Carolina e Virginia. Primeiro, as regras nos dois Estados requerem a apresentação dessas provas, embora em estágios diferentes do procedimento. Segundo, nenhum destes itens levanta preocupações sobre a segurança das testemunhas ou integridade da investigação. Terceiro, dois destes itens, as declarações do acusado e o recorde criminal tendem a já estarem disponíveis à persecução no *pre-plea*. TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 325-326.

⁹¹⁵ TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 346.

“custa pouco” em termos de concessão de sentenciamento ou acusação.⁹¹⁶ Portanto, é uma ótima moeda de troca.

O que importa notar é que através da tendência ao *open-file discovery* a busca é por um procedimento mais justo e preciso do *plea bargaining*, atacando diretamente a questão do *knowledge* sobre todas as informações necessárias ao acusado, em direção a um *guilty plea* que não reclame ser uma decisão feita sem análise completa, profunda e inteligente, que somente é possível através de todas as informações obtidas pelo governo. Mas claro, isso dentro da perspectiva de evitar o processo.

Porém, como observa-se extensamente na pesquisa de Turner e Redlich, uma solução para a incompletude do arquivo disponibilizado pela persecução, por motivos até de que o material ainda não se encontre neste momento inicial em sua posse, seria “o reforço dos requerimentos e treinamento dos oficiais da polícia para registrar e transmitir as provas absolutórias à persecução em tempo”. Porém, dentro do espectro do *plea bargaining system* é difícil confiar inteiramente nesses motes reformistas no interior da polícia ou da procuradoria.

Dentro do âmbito do deslocamento do poder jurisdicional aos procuradores no ultimo terço deste século, Jonathan Simon com acerto assinala o que seria uma “disposição histórica e sem precedentes por parte dos procuradores contemporâneos de violar as regras de conduta profissional”, dentro do espectro político que lhes pressiona a serem “vingadores do crime”. Os casos de exoneração ocorrem em taxas alarmantes para serem omitidos nestas ponderações, onde a rotineira e sistemática violações das apresentações de provas exculpatórias são notórias. Como o autor observa, não há nenhum estudo que possa trazer um senso compreensível da intensidade da má-conduta persecutória, mas já é fato comum e rotineiro (principalmente em comparação ao passado) que a “guerra” contra o crime moldou uma racionalidade, no sentido da metáfora da guerra, de vitória a qualquer custo e em circunstâncias extraordinárias contra o “mal”.⁹¹⁷

Ainda, não há limites muito bem delimitados para o que pode ser negociável no procedimento criminal americano. John Rappaport, no artigo “*Unbundling Criminal Trials Rights*”, avança neste tema defendendo que acusados “já desagregam seus direitos ao

⁹¹⁶ Somente alguns poucos advogados de Virginia apontam que os objetos de tais renúncias seriam provas absolutórias e que minem a credibilidade, normalmente menciona-se a renúncia a provas não absolutórias e outros tipos de provas, como a identidade sigilosas de informantes. O mais comum é a prática informal de renúncia, onde um *plea* favorável é oferecido condicionado a renúncia do *discovery*, buscando otimizar o tempo e não gastar os recursos da persecução. TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. *Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison*. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016), p. 347-348.

⁹¹⁷ SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 44.

juízo por júri e negociam sua fragmentação, consentindo em otimizar o procedimento para reduzir sua exposição no sentenciamento”. Descrevendo ser uma ilusão que o *plea bargaining* ocorra em uma estrutura de “tudo ou nada”, aponta que o *guilty plea* e o julgamento por júri não devem ser tratados como uma opção binária, mas sim como “pontos finais de um espectro de procedimentos adjudicativos dispostos pela complexidade”.⁹¹⁸

A justificativa de John Rappaport realmente não se encontra mal arrazoada, que desconsidera qualquer possibilidade de abolicionismo, sendo as suas considerações sobre a maior abertura negociável do procedimento, “uma escolha pragmática, não uma escolha normativa”, onde a realidade crua é - citando Albert Alschuler - que “o tempo para uma cruzada para proibir o *plea bargaining* já passou. E que os esforços dos acadêmicos são melhor dispendidos na busca por formas de tornar o sistema criminal de justiça menos desastroso”.⁹¹⁹

Se não há limites delimitados para o que pode ser negociável no procedimento criminal americano, por consequência, as ocasiões de políticas coercitivas jurisdicionais também se apresentam desenfreadas em inúmeros casos. Em *Goss v. State*, um juiz de Mississippi assinalou ao acusado e a seu advogado de que, se qualquer moção fosse apresentada à corte na fase pré-julgamento, nenhum acordo sobre o *plea* seria aceito.⁹²⁰ Evitando as moções do *discovery* - que poderiam revelar cruciais informações para o acordo do acusado - evitava-se a “perda de tempo” com audiências e de elementos investigativos, através da supressão das mais básicas garantias do acusado.

Portanto, uma infinidade de pontos negociáveis abre-se, em exemplos que não encontram para o autor, nenhuma barreira procedimental: leniência na sentença por consentir a julgamento por júri com 6 jurados; permutar a cláusula de confrontação de testemunhas ou reduzindo o contra interrogatório;⁹²¹ arbitramento privado, reduzindo os gastos judiciais; a redução do ônus da prova da persecução, do para além de qualquer dúvida razoável para a

⁹¹⁸ RAPPAPORT, John. *Unbundling Criminal Trial Rights*. 82 The University of Chicago Law Review, 181 (2015), p. 181.

⁹¹⁹ RAPPAPORT, John. *Unbundling Criminal Trial Rights*. 82 The University of Chicago Law Review, 181 (2015), p. 183; ALSCHULER, Albert. *Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound*. University of Chicago Public Law & Legal Theory, No. 430, (2013), p. 706.

⁹²⁰ *Goss v. State*, 730 So. 2d 568 (Miss. 1998).

⁹²¹ A recente linha de decisões da Suprema Corte começou com *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, aumentando o valor desse direito para muitos acusados. Quando a “persecução deseja introduzir uma reporte forense que certifica resultados de testes incriminadores – exemplo, o pó encontrado no carro do acusado é cocaína – deve trazer à corte o técnico de laboratório que realizou o teste. Procuradores vinham reclamando a carga que essa regra inflige. Um acusado que não deseja contestar os resultados de laboratório – talvez sua melhor defesa é que ele não sabia que aquele pó estivesse em seu carro – pode oferecer de desobrigar o Estado de produzir a prova através do analista em troca por concessões na acusação ou sentenciamento”. RAPPAPORT, John. *Unbundling Criminal Trial Rights*. 82 The University of Chicago Law Review, 181 (2015), p. 189.

preponderância da prova ou de veredito não-unânime; a renúncia à condução pelo advogado do *voir dire*; as partes simplificarem as regras de provas eliminando certas justificações para objeções.⁹²² Correto o autor, os limites procedimentais são exatamente o que são destruídos por um sistema *plea bargaining*, onde não raramente alguns autores americanos levantam que o procedimento mais parece um bazar.

Concluindo, John Rappaport aponta que a objeção à possibilidade de negociação sobre alguns direitos apontados, seria a de que poderia gerar externalidades negativas significativas, exemplo, “alguns direitos de procedimento criminal são de benefício a outros indivíduos, não ao acusado”, onde a transação desses direitos ameaça prejudicar a essas terceiras partes: os indivíduos da sociedade. Porém, o autor indica que a trajetória da doutrina da Suprema Corte direciona-se em sentido contrário à essa concepção coletivista, e “que esses direitos existem para beneficiar os acusados, portanto, podem ser renunciados no sentido de um direito de o acusado controlar sua própria defesa”.⁹²³

A extrema maleabilidade do procedimento criminal americano não é uma obra reflexionada e formada para esta finalidade que alcançou. Isto é obra do *plea bargaining*, que segue no seu curso histórico derrubando todo o formato de procedimento criminal que levante barreiras à sua eficiência em dar cabo aos processos, o mais rapidamente possível. Neste ponto, o signo se inverte: garantias constitucionais como quintessências públicas de justiça – portanto, que reduzam ao máximo a exposição e a punição de inocentes -, tornam-se em prerrogativas renunciáveis pela produção do interesse do acusado no ‘controle de sua própria punição’ (punição porque é uma impropriedade enorme denominar ‘própria defesa’).

O importante é isto refletir, o engodo que tal forma de raciocínio na punição levanta. Sempre que a penalização colocar o quanto, o como, e a diferença punitiva, em conformidade com a ação defensiva do acusado, à frente da análise da culpabilidade sobre o fato delitivo e a norma, o resultado será uma opção política de dizimação de todas as barreiras para o poder punitivo ser espalhado pelo espaço social, em nome do “direito que o acusado possui” em ser punido com leniência. E claro, como este sistema não necessariamente exclui a outra forma de procedimento criminal - que corre normalmente, e pasmem, até desenvolve-se ao ponto de ser um modelo exemplar ao mundo todo -, este fica em estado de espera aos que ousarem “tentar a sorte” de uma absolvição. Ao fundo, “organização bárbara”, transvestida de liberal, igualitária e autônoma.

⁹²² RAPPAPORT, John. *Unbundling Criminal Trial Rights*. 82 The University of Chicago Law Review, 181 (2015), p. 189-190.

⁹²³ RAPPAPORT, John. *Unbundling Criminal Trial Rights*. 82 The University of Chicago Law Review, 181 (2015), p. 194.

5.4 O *PLEA BARGAINING* COMO UM DISPOSITIVO DE COERÇÃO E DE DENEGAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO.

É necessário ingressar no interior deste sistema e observar o estado geral do devido processo legal e a coerção para a autoincriminação. Durante todo este trabalho inúmeros exemplos retirados dos registros jurisprudenciais americanos são utilizados para retratar o cenário e a atuação dos atores judiciais nessa forma de adjudicação e aplicação da pena, perante a previsão constitucional do devido processo.⁹²⁴ Basicamente, estes possuem o sentido de análise sobre o elemento fundamental nesta prática: se há ou não a ocorrência de coerção na aceitação dessa pena leniente.

A Suprema Corte em *Brown v. Mississippi* em 1936, sustentou que a cláusula do devido processo da 14ª Emenda proíbe os Estados de empregar confissões coercitivas contra os indivíduos,⁹²⁵ e em *Malloy v. Hogan*, em 1964, declarou que a 5ª Emenda - o privilegio contra a autoincriminação - é um pilar fundamental do sistema de persecução americano e que a 14ª Emenda, protege o privilégio de autoincriminação de qualquer forma de “diminuição” pelos Estados.⁹²⁶ Entretanto, não declarar-se culpado obrigatoriamente torna o julgamento por júri uma necessidade, onde a pena sob as duas circunstâncias – acordo ou julgamento – apresentam uma enorme disparidade. Portanto, a princípio como seria possível não qualificar esse sistema como coercivo?

Não existe um *standard* específico e palpável da recomendação do *American Law Institute*, para a “causa razoável”, onde o *plea* não deve ser aceito se não apresentam-se evidências suficientes para suportar o veredito de culpa.⁹²⁷ Um estudo do *National Institute of Justice*, de 1985, encontrou que a base fática comumente utilizada pelas cortes é “simplesmente perguntar ao acusado se este cometeu o crime”. Previsivelmente, o estudo apresenta que os juízes rejeitam os *guilty pleas* em somente 2% dos casos.⁹²⁸ Sendo, a assunção do crime a condição para a pena substancialmente menor, inclusive, podendo-se

⁹²⁴ O devido processo formal, o qual é exigido ao governo federal pela 5ª Emenda e aos governos locais e aos Estados pela 14ª Emenda, prevê um conjunto similar de proteções processuais nos casos de privação de liberdade e propriedade. O devido processo formal prevê, ao menos, o direito à intimação, à audiência, um órgão decisor imparcial, advogado, separação das funções, registro exclusivo, e a declaração de razões. LANGER, Maximo. *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*. Am. J. Crim. L., Vol. 33:3, (2006), p. 258.

⁹²⁵ *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 286 (1936).

⁹²⁶ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1, 6 (1964).

⁹²⁷ *Model Code of Pre-Arrest Procedure*, § 350.4(3).

⁹²⁸ MCDONALD, William. *U.S. Department of Justice, Plea Bargaining: Critical Issues and Common Practices*. National Institute of Justice Office of Justice Programs. 31. (1985). Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1398.

apresentar a consideração de inocência mas requerer formalmente a alegação de culpa, pode-se concluir, sem entretantes, a inexistência de *standard*.

Entretanto, como encontramos-nos já na parte final do trabalho, é necessário ir a fundo, nas partes mais obscenas – ou por trás da cena - do cotidiano judiciário, para desvelar qualquer posição negacionista, seja de que o *plea bargaining* seria um contrato entre iguais; e, assim, acreditar no engodo de melhorias éticas como razoável e possível solução para a melhoria do *plea bargaining system*.

É necessário apresentr o quadro de ocorrências pelas cortes americanas onde, para quem ainda possui dúvidas, demonstre a utilização do *plea bargaining* como um dispositivo intransigente de confissão através da coerção. São nas grandes cidades americanas onde os juízes mais falham em cumprir com os mandamentos éticos no exercício da função que juram cumprir.⁹²⁹

O aprofundamento experimentado pela experiencia do *plea bargaining*, já há muito é denunciado de aplicação de pena “sob contornos não especificados, confusos, velados; uma desumanidade pasteurizada”. Um relatório do *New York State Special Comission on Attica*, já retratava a situação pessoal dos apenados: “o que torna os reclusos mais cínicos sobre suas experiencias anteriores à prisão é o sistema *plea bargaining*. Quase 90% dos detentos entrevistados foram ‘solicitados’ a ingressar um *plea bargain*... A maioria estava amargurada”.⁹³⁰ Observa-se que esse aprofundamento da coerção se encontrava no sentenciamento em tempos anteriores às *guidelines*, e outras mudanças estruturais comumente identificados como da década de 1980, em diante.

Há o caso extremo de 1998, em New York, onde um *Justice* do *New York State Supreme Court*, oferecia um acordo “*for today only*” (somente para hoje), de 3 a 6 anos, que o acusado não era obrigado a aceitar, mas que caso optasse pelo julgamento e fosse condenado, seria sentenciado ao máximo previsto em lei. O acusado disse ao juiz: “eu tenho 19 anos, excelência... Isso é terrível...”. Logo, o acusado virou-se à sua mãe, que estava sentada na sala da corte chorando, e disse: “mãe, eu não posso fazer isso”, e pulou para a morte certa de uma janela do 16^a andar do prédio.⁹³¹

⁹²⁹ KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1350.

⁹³⁰ A comissão foi formada para examinar as causas do motim na Prisão Estadual de Ática em 1971. *REPORT OF THE NEW YORK STATE SPECIAL COMMISSION ON ATTICA*. 30-31 (1972). Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1350.

⁹³¹ A previsão máxima de pena prevista para o seu caso de drogas era de 9 anos. O advogado nomeado para o garoto chamado Derrick Smith, Frank Bari disse em reportagem para o *New York Times*, “há 10 anos atrás, eu o

O descomedimento ocorre também sobre a representação dos advogados nos interesses do cliente, se isto for atrapalhar o ritmo de rápidas disposições de casos. O caso *People v. Jorge Delgado*, onde a advogada que era empregada pelo grupo de representação *Legal Aid Society of the City of New York*, foi imediatamente chamada para a sala da corte enquanto discutia questões com outro cliente. Ao adentrar a sala, o juiz não a concedeu tempo para discutir a oferta, “o tempo acabou. Ele aceita ou não aceita o acordo?”, ao que a advogada respondeu que “não, Excelência. Como eu não tenho o tempo para completar a discussão com meu cliente, ele não aceita o acordo hoje”. O juiz ordenou a advogada, “deixe a corte assim que terminarmos, não volte”. O juiz nomeou um advogado pela corte que era cooperativo aos acordos, porque “não perderia o tempo da corte desnecessariamente”.⁹³²

Como se vê, há explícita violação à observação estabelecida em *United States ex rel. Elksnis v. Gilligan*, que o devido processo legal é violado se o *plea* não representa “uma considerada escolha do acusado”.⁹³³ Buscam-se acordos, não há muito o que refletir ou “gastar” indevidamente o tempo do juiz, tendo em vista que o sistema já se encarregou de que sempre o acordo será a opção racional.

Quanto à apelação arrazoada sobre a alegação de um sentenciamento excessivamente severo onde a avaliação inicial de punição apropriada, ou a oferta, foi dez vezes menor à sentença imposta após a condenação por julgamento, foi entendido que não se encontraria dentro de qualquer marco de desproporcionalidade.⁹³⁴ O exemplo do *New Jersey Supreme Court* é o exemplo da prática majoritária, onde a corte adotou o entendimento em *State v. Pennington*, que ao permitir ao acusado comparar a oferta pelo *plea* anterior ao julgamento com a sentença pós-julgamento, iria “injustamente comprometer os *plea negotiations*, uma ferramenta essencial na administração da justiça criminal”.⁹³⁵ Portanto, não importa quantos fundamentos do direito penal ou constitucional viola-se, a sobreposição ou centralização do *plea bargaining* é imperiosa, posto pela óbvia constatação de que se estes princípios irradiam-

conseguiria uma sentença alternativa. [...] tratava-se de um delito não violento”. *New York Times*. Disponível em < <https://www.nytimes.com/1998/10/31/nyregion/prisoner-leapt-to-death-despite-plea-for-suicide-watch.html>>. Acesso em 26 Nov. 2020; *People v. Derrick Smith (N.Y. Sup. Ct. 1998)* (Indictment No. 7996-98), Official Court Transcript at 4.

⁹³² KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1352-1353.

⁹³³ *United States ex rel. Elksnis v. Gilligan*, 256 F. Supp. 244 (S.D.N.Y. 1966).

⁹³⁴ “Se você tivesse vindo aqui, como você deveria ter feito na primeira instância, para poupar o Estado o trabalho de chamar um júri, eu teria provavelmente sentenciado você a 1 ano à prisão perpétua na penitenciária. Te custará 9 anos adicionais, porque a sentença agora é de 10 à prisão perpétua na penitenciária”. *People v. Moriarty*, 185 N.E.2d 688, 689 (Ill. 1962).

⁹³⁵ A *New Jersey Supreme Court* estabeleceu uma regra absoluta que “a política pública... proíbe o uso das ofertas pelo *plea* rejeitadas” para determinar se a sentença do juiz foi excessiva em relação ao crime cometido. *State v. Pennington*, 712A.2d 1133(N.J. 1998).

se nas disposições de casos, restaria restringir o *plea bargaining* até sua “ineficiência”. Assim, estas justificativas e fundamentações do sistema até aqui apresentadas são suficientes, mesmo que embasadas em algo não proveniente da formação democrática do *rule of law*.

Inclusive, a defesa deste entendimento encontra-se no fato que tal sentença não deve ser medida por uma oferta pré-julgamento denegada, com base na aplicação pela corte da teoria do contrato ao contexto do *plea bargaining*. Nesse mesmo julgado em *State v. Pennington*, a corte determinou que “consistente com os princípios contratuais... um *plea* rejeitado não deve ter impacto no sentenciamento seguido do julgamento”. Decidindo que a rejeição pelo acusado da “sentença considerada apropriada” durante *plea negotiations* invalida aquela oferta “para todos os propósitos”, assim, a sentença imposta depois do julgamento pode ser multiplicadas vezes maior que a oferta anterior.⁹³⁶

Formular a teoria do contrato em uma situação onde um todo-poderoso procurador ou juiz negociam com um impotente acusado, sobre quanto tempo lhe será aplicado de prisão, é, por óbvio, absurdamente inapropriado. Assinalando a necessidade de que o processo de negociação implique em posições relativamente comparáveis de poder, Richard Klein utiliza-se da ‘indevida influência’ em um modo que é certamente aplicável ao *plea bargaining*: “Indevida influência é a injusta persuasão de uma parte que está sob dominação da pessoa exercendo a persuasão ou quem por virtude da relação entre si é justificado assumir que a pessoa poderá agir de maneira inconsistente com seu bem-estar”.⁹³⁷

Em 1975, no caso *People v. Dennis*, a oferta anterior ao julgamento era de 2 a 6 anos de prisão, enquanto a sentença pós-julgamento foi de 40 a 80 anos. A Corte de Apelação de Illinois determinou que punir o acusado por exercer seu direito ao julgamento pelo aumento da pena em 20 vezes era inconstitucional, mas 3 vezes não era. A sentença foi reduzida para 6 a 18 anos.⁹³⁸ Em 1992, no caso *People v. Carroll* apresentou-se o a manutenção do entendimento esposado em *Dennis*, onde não se entendeu a decisão de sentenciamento

⁹³⁶ *State v. Pennington*, 712A.2d 1133(N.J. 1998).

⁹³⁷ A lei de New York define indevida influência “onde um relacionamento de controle existe entre as partes contratantes, e a parte mais forte influência a mais fraca de um modo que destrói a vontade livre da mais fraca e substitui pela sua vontade”. *Rayon Corp. v. Comm'r of Internal Revenue*, 12 F.3d 583, 589 (6th Cir. 1993); “Excelência, como eu originalmente não aceitei um *plea bargain* no corredor, eu posso honestamente dizer que se você não me chamasse ao seu gabinete, eu não teria nunca alegado culpa. Eu estando no gabinete de um poderoso juiz, erodiu minha capacidade de tomar uma decisão por mim mesmo”. *State v. Williams*, 666 N.W.2d 58 (Wis. 2003). KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1402.

⁹³⁸ *People v. Dennis*, 328 N.E.2d 135 (Ill. 1975).

inapropriada porque “a sentença imposta era somente 2 vezes e meia da qual foi oferecida antes do julgamento”.⁹³⁹

Como de praxe, nos Estados Unidos, o *Model Code of Judicial Conduct* descreve a importância de o judiciário agir com honorabilidade e integridade, onde a função judicial é um “alto e visível símbolo do governo”. Prevê em seu cânone 2º, que “o juiz deve atuar a todo tempo de modo que promova confiança pública na integridade do judiciário”, o alertando que “deve esperar ser sujeito a constante escrutínio público”.⁹⁴⁰

O *Standards for Criminal Justice* em 1984, em seu cap. 14 – *Guilty Pleas*, já apresentava a necessidade de elaborar *standards* éticos para os juízes, promotores e advogados em relação ao *plea bargaining*.⁹⁴¹ Em 1999, com uma nova edição, houve a exclusão de provisões que estabeleciam a permissão da participação judicial no *plea bargaining*, prevendo que “o juiz não deve ordinariamente participar em discussões do *plea negotiations* entre as partes”, seguido de que “o juiz não deve através de uma palavra ou conduta, tanto diretamente ou indiretamente, comunicar ao acusado ou advogado que o *plea agreement* deve ser aceito ou que o *guilty plea* deve ser ingressado”.⁹⁴² A conclusão é que o simples envolvimento judicial na discussão do *plea* com as partes é coercivo. Como se vê, códigos éticos não tem nenhum efeito na atividade dos juízes, e por óbvio dos procuradores também, sendo atos inofensivos como reformadores dos profundos problemas do *plea bargaining system* e sua restrição à conduta coerciva-agressiva.

Mas é claro, sempre há formas de “driblar” tais provisões. Questão interessante é a utilização de familiares para exercer pressão sob o acusado. Um juiz em Ohio solicitou à mãe e à irmã do acusado para encontra-lo sem a presença tanto do acusado quanto de seu advogado. Como tratava-se de um jovem negro, o juiz disse à família que se o acusado insistisse no julgamento por júri, este enfrentaria um júri predominantemente branco, e que se ocorresse a condenação, a sentença seria capital. Assim, pediu à família para o convencerem a assinar uma declaração indicando que iria alegar a culpa. Sem a presença do advogado, mas na presença do procurador, o *plea bargain* foi realizado no gabinete do juiz.⁹⁴³

⁹³⁹ *People v. Carroll*, 631 N.E.2d 1155 (Ill. 1992).

⁹⁴⁰ *MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT*. (5th ed. 2000). Canon 2 cmt. Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1360.

⁹⁴¹ *Standards for Criminal Justice, Chapter 14 - Pleas of Guilty* (2d ed. 1986). Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1360.

⁹⁴² *Pleas of Guilty, Standard 14-3.3(d); Standard 14-3.3(c)*.

⁹⁴³ *State v. Byrd*, 407 N.E.2d 1384, 1385-86 (Ohio 1980); O *plea bargain* foi invalidado por conta da intensa pressão que o juiz colocou no acusado. Entretanto, a corte em sua decisão retrocedeu em sua sustentação anterior

Em uma variação da “oferta somente para hoje”, um caso no *New York Supreme Court*, o juiz Harold Rothwax nomeou um defensor para um acusado sob um caso de *burglary* (invasão e furto), onde este era o único que não tinha representação. Assim que o recém nomeado advogado se aproximou da bancada do juiz foi informado por este que a oferta de acordo era uma sentença de termo mínimo de 2 anos de prisão à máxima de 4 anos. A partir de então, o juiz apresenta sua ameaça graduada: “depois de hoje é 3 a 6 anos; depois é 4 a 8 anos. Se eles irão em algum momento alegar a culpa, hoje é o dia para fazê-lo”.⁹⁴⁴

A Corte Suprema havia decidido em 1969, que mesmo ameaças sutis invalidavam o *plea* subsequente.⁹⁴⁵ Outra violação clara das determinações da Suprema Corte é sob a decisão em *Chandler v. Warden Fretag*, onde a decisão sustentou que ao acusado deve ser concedido uma oportunidade suficiente de consulta com seu advogado, “caso contrário, o direito a ser ouvido pelo advogado será de pouco valor”.⁹⁴⁶ Não sem razão é o entendimento, pois se o envolvimento do magistrado não se apresenta de forma explícita, muitas vezes, ocorre de maneira velada.⁹⁴⁷

Como observa-se desses casos, a presença do advogado, é unicamente no sentido de preencher o papel e cumprir a formalidade legal, em que sua função é unicamente assistir na rápida montagem artificial, de legitimidade aparente ou meramente estética do procedimento. E assim cria-se esse estado de coisas onde o devido processo legal é patentemente violado, onde o desrespeito aos direitos constitucionais é justificado pela obsessão por disposições instantâneas, indiferente à justiça do resultado. A decisão da Suprema Corte de 1985, em *Hill v. Lockhart*, e as seguintes, determinam o *standard* adicional do ‘prejuízo’ para os acusados que buscam contestar a validade de seus *guilty pleas* sob base da assistência inefetiva do

em *State v. Griffey* que sob nenhuma circunstância deve o juiz participar nas negociações do *plea*. A regra de *Byrd* adotada pela corte requeria escrutínio cuidadoso, e condenação somente em algumas circunstâncias, de participação judicial no *plea bargaining*. Teoricamente, pressão dos membros da família sobre o acusado a alegar a culpa não tornará um *plea* involuntário ou coercitivo, exemplo *Kent v. United States*, 272 F.2d 795, 798 (1959). Entretanto, o caso em questão, a fonte da ameaça ao acusado foi facilmente rastreável em direção à corte. KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1377.

⁹⁴⁴ ROBERTS, Sam. *For One Zealous Judge, Hard Bargaining Pushes Cases Through the Courts*, *New York Times*, Apr. 29, 1985, at B1. Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1362-1363.

⁹⁴⁵ *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 242-43 (1969).

⁹⁴⁶ *Chandler v. Warden Fretag*, 348 U.S. 3 (1954).

⁹⁴⁷ Considere o juiz em *United States ex rel. McGrath v. LaVallee*, *New York*, 319 F.2d 308 (2d Cir. 1963). O juiz disse ao acusado: 1) que a oferta era “muito, muito justa”; 2) que a chance de absolvição em julgamento “não era muito boa”; 3) que ele não seria autorizado de qualquer consideração favorável se ele fosse condenado; 4) que o juiz “deverá te prender pro resto da sua vida”. Mas, o juiz acrescentou arrogantemente, “eu enfatizo que não estou te dizendo o que fazer, filho”.

advogado, mas somente casos grotescos conseguem alcançar o *standard*, servindo na realidade, ao fundamental interesse dos *guilty pleas*.⁹⁴⁸

A preocupação não é a assistência inefetiva, mas sim o verniz de legitimidade de *guilty pleas* coagidos. Toda a base principiológica herdada pelo *Bill of Rights* inglês, imprimida em uma Constituição que é uma das mais celebradas na história da cultura ocidental, evaporaram com a presença deste elemento confessional, no período de dois séculos. A simples presença deste elemento, é condição para tornar mais volátil as garantias historicamente construídas e conquistadas para represar o excesso punitivo. É claro que isto ocorre em um cenário do poder punitivo mais amplo que o ambiente processual, mas processualmente, este dispositivo detalhadamente configurado, tem de ser nossa preocupação por ser a última barreira à aplicação da pena.

O caso de *Parrish v. Beto* é um predecessor de *Alford v. North Carolina*. O acusado, um jovem sem nenhuma educação formal, encarcerado há 6 meses sob uma acusação capital, foi ameaçado pelo procurador distrital de ser “torrado” pela cadeira elétrica se escolhesse ir a julgamento, e seu advogado o pressionou a alegar sua culpa a uma sentença de 99 anos. O 5º Circuito da *United States Court of Appeals* entendeu que mesmo com a ameaça ao acusado sobre o que poderia ocorrer se este não alegasse sua culpa, considerou o *plea* voluntário.⁹⁴⁹

Não são poucos os exemplos em que ameaças claras de morte, se o acusado optar pelo julgamento, são consideradas uma decisão voluntária, com conhecimento e inteligência. Não à toa, o *plea bargaining* é extremamente problemático para os casos extremos, pena capital e perpétua. Mas em contrapartida, elimina a possibilidade do erro do júri em absolver em casos onde as provas levam inelutavelmente à culpa do acusado, como oferece-se como uma alternativa, nada irrelevante, para o acusado (se lhe for ofertado um acordo), manter-se vivo.

Mesmo com a busca por um sistema *plea bargaining* com representação de advogado para todos, inclusive, nas fases *pretrial*, com uma crescente ampliação do *discovery* durante as últimas décadas, os exemplos apresentados são notórios que na prática, juízes e procuradores, obstaculizam as investigações dos fatos, eliminando as possibilidade de desenvolver inteligentemente as informações e representar os interesses do acusado, pelo mais vantajoso acordo possível. A rápida disposição é a regra. Ou seja, os acordos que são mal

⁹⁴⁸ *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52, 59 (1985).

⁹⁴⁹ *Parrish v. Beto*, 414 F.2d 770 (5th Cir. 1969) (*per curiam*).

informados, que não são investigados de maneira adequada, são a regra. Sem contar os inúmeros casos de omissão das informações necessárias sobre as penas acessórias.⁹⁵⁰

Em *Mcman v. Richardson*, a Suprema Corte explicitamente enfatiza a responsabilidade do juiz para o acusado em um caso criminal, como uma função, inclusive, perante a representação deficiente: “Se o direito à representação garantida pela Constituição é para servir seu propósito, acusados não podem ser abandonados à misericórdia de um representante incompetente. Juízes devem empenharem-se para manter *standards* apropriados de performance dos advogados que representam os acusados em casos criminais”.⁹⁵¹ O *American Bar Association* em sua publicação “*ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice: Special Functions of The Trial Judge*”, manifestou a impropriedade sobre as rápidas disposições.⁹⁵²

Nada mais são do que total cinismo as manifestações judiciais em que o acusado que exercita seu direito ao julgamento não é sentenciado com mais severidade,⁹⁵³ embora exista casos que a punição é explicitamente aplicada.⁹⁵⁴ Apresentam-se também manifestações de que estes que alegam a culpa estão reconhecendo seu erro e assim, mais próximos da reabilitação,⁹⁵⁵ mesmo quando óbvio que trata-se de uma simples análise de custo-benefício que cerca esta decisão desde quando existiu sua possibilidade.

Um estudo da “*Association of the Bar of the City of New York*” concluiu que a “performance judicial é medida pela capacidade de movimentar casos, e a intensa pressão nos juízes de manter a velocidade com o volume leva, às vezes, à injustiças”. Uma análise das

⁹⁵⁰ Pode ser requerido o registro como criminoso sexual; pode estar sujeito a testes mandatórios de substâncias ilícitas; que ele(a) e sua família podem ter denegados o acesso a benefícios governamentais tais como assistência pública; a impossibilidade de ser admitido a viver em habitações sociais; e na maioria dos Estados como um condenado convicto, irá perder o seu direito ao voto. A perda do *status* de imigrante, encarando a possibilidade de deportação. KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1370.

⁹⁵¹ *Mcman v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970); “Sobre o juiz encontra-se o dever de observar que o julgamento está sendo conduzido com solicitude aos direitos essenciais do acusado”. *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60 (1942).

⁹⁵² “O juiz deve exigir que cada procedimento perante ele(a) seja conduzido sem pressa e quieta dignidade...”. *ABA Standards Relating to the Administration of Criminal Justice: Special Functions of The Trial Judge* (3d ed. 2000). Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1372.

⁹⁵³ Isto é ilustrado pela observação do juiz em *In Re Lewallen*: “Eu quero enfatizar que não há razão em ter o esforço do Procurador Distrital para negociar se depois de o acusado recusar a negociação ele conseguir a mesma sentença que teria se aceitasse a negociação. É a perda de tempo de todos, e o que ele teria a perder. E até onde sei, se um acusado quer um julgamento por júri e é condenado, ele não será punido por isso, mas por outro lado, ele não terá a consideração que teria se tivesse um *plea*”. *In Re Lewallen*, 590 P.2d 383 (Cal. 1979).

⁹⁵⁴ “Nós temos a polícia e o procurador sentados aqui por 3 dias para te condenar e formar este júri e julgar, e por isso você será punido”. *State v. Scalf*, 710 N.E.2d 1206 (Ohio Ct. App. 1998).

⁹⁵⁵ “*Guilty pleas* são reconhecidos como um significativo passo para a reabilitação”. *Hooten v. State*, 442 S.E.2d 836 (Ga. Ct. App. 1994); “O acusado que alega a culpa, desta forma, não é, de acordo com o 9º Circuito em *United States v. Stockwell*, ‘um intransigente e irredutível criminoso’, 472 F.2d 1186 (9th Cir. 1973)”.

cortes criminais da Califórnia revelou que o juiz administrador iria repreender qualquer juiz de corte criminal “que não estivesse processando seu calendário rápido o suficiente”. Embora seja uma natural necessidade o controle sobre os juízes e sua necessária efetividade na função, tais reprimendas resultam no direcionamento às rápidas disposições com o afastamento de garantias básicas dos acusados. Ao final, esse método de avaliação sob o trabalho do juiz, leva à necessidade de “mover o seu calendário pela ameaça de impor a sentença máxima”. Este juiz é muito bem avaliado por sua “capacidade de rápida disposição de casos”.⁹⁵⁶

Como apresentou-se até aqui, a alegação de que o sistema *plea bargaining* não é coercivo é definitivamente insustentável. John Langbein denomina de “condição inconstitucional” quando o governo “estrutura uma escolha individual de tal maneira que ele irá voluntariamente renunciar um ou mais direitos constitucionais em ordem de manter um benefício diferente garantido pelo Estado”. Essa doutrina, segundo o autor, significa que “seja o que uma expressa provisão constitucional proíba o governo de fazer diretamente, igualmente o proíbe de fazer indiretamente”.⁹⁵⁷

Utilizando-se de casos constitucionais diversos que tratam sobre a questão da voluntariedade da renúncia às garantias previstas, mas que apresentam entendimento bastante diverso, em comparação as decisões constitucionais na esfera criminal. Em *Speiser v. Randall*, em 1958, a corte entendeu inconstitucional a denegação de isenções tributárias a veteranos que se recusavam a assinar o juramento. A corte deliberou que “denegar uma exceção para requerentes que se engajam em outras formas de discurso sob a forma de penaliza-los por tal discurso, possui o mesmo efeito de dissuasão que se o Estado o multa-se pelo seu discurso”.⁹⁵⁸

Em *Shelton v. Tucker*, em 1960, a Corte sustentou que o Estado não pode retirar o emprego de professores que recusavam-se a listar cada organização pelo qual eles pertenceram nos últimos cinco anos.⁹⁵⁹ Em 1967, *Garrity v. New Jersey*, a corte sustentou que oficiais da polícia sob investigação não poderiam ser ameaçados com a perda de seus empregos por recusarem a testemunhar durante uma investigação sob seus atos. A corte

⁹⁵⁶ *Criminal Courts Commission of the Association of the Bar of The City of New York, Saving the Criminal Code: A Report on the Caseload Crisis and Absence of Trial Capacity in the Criminal Court of the City of New York 2 (1983)*. Apud: KLEIN, Richard. *Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process*. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004), p. 1413-1415.

⁹⁵⁷ LANGBEIN, John. *Constitutional Alternatives to Plea Bargaining: A New Waive*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132:327, (1984), p. 331.

⁹⁵⁸ *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513 (1958).

⁹⁵⁹ *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479, 490 (1960).

afirmou que a coerção “era inerente nesse esquema de questionamento, e que as declarações não poderiam ser tidas como voluntárias”.⁹⁶⁰

Em suma, a condição inconstitucional desses casos da Suprema Corte fundamentava-se pelo princípio de que privar os benefícios do governo – dinheiro, trabalho, ou a prática de um direito – de tal maneira que um indivíduo se sente compelido a renunciar seu direito constitucional, é tão inconstitucional quanto revogar diretamente esses direitos constitucionais.⁹⁶¹

A diferença da Suprema Corte quando trata-se de coerção no sistema criminal é notável, por exemplo, em *Corbitt v. New Jersey*, onde a corte afirmou que “não todo o ônus no exercício de um direito constitucional é inválido”.⁹⁶² Até os entendimentos extremos com a validação do *plea bargaining* coercivo, os casos *Brady* e *Bordenkircher*, onde a corte alegou que o sistema *plea bargaining* era vantajoso para os acusados, denegando qualquer possibilidade que ocorressem falsas autocondenações.⁹⁶³

Porém, é a decisão em *Santobello*, seguido de um pronunciamento do *Chief Justice* Warren Burger que destaca-se e enfatiza a necessidade da manutenção das altíssimas taxas de *guilty pleas* para o funcionamento da justiça criminal americana.

É elementar, historicamente e estatisticamente, que os sistemas de cortes – o número de juízes, procuradores e cortes – foram baseados na premissa que aproximadamente 90% de todos os acusados iriam alegar a culpa, deixando somente 10%, mais ou menos, para serem julgados... a consequência do que pode ser visto como uma pequena porcentagem na variação da taxa de *guilty pleas* pode ser tremenda. A redução de 90%, para 80% em *guilty pleas* requer a designação do dobro de equipe e instalações judiciais – juízes, auxiliares, oficiais de justiça, etc. A redução para 70%, triplica essa demanda.⁹⁶⁴

⁹⁶⁰ “Onde a escolha é ‘entre a cruz ou a espada’, a pressão é implícita sob decidir a ‘renunciar’ um ou o outro”. *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493 (1967).

⁹⁶¹ LANGBEIN, John. *Constitutional Alternatives to Plea Bargaining: A New Waive*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132:327, (1984), p. 333.

⁹⁶² Sob a previsão de homicídio em *New Jersey*, prisão perpétua é a pena mandatória para acusados condenados por um júri de homicídio de 1º grau, enquanto um termo de não mais de 30 anos é a punição para o homicídio de 2º grau. *Guilty pleas* não eram permitidos em casos de homicídio, mas um *plea of non vult (nolo contendere)* era permitido. Se tal *plea* é aceito, o juiz não precisa decidir se é homicídio de 1º ou 2º grau, mas a punição pode ser tanto a prisão perpétua como a prevista para o homicídio de 2º grau. O apelante, depois de alegar a inocência à acusação, foi condenado por um júri por homicídio de 1º grau e sentenciado à prisão perpétua. A *New Jersey Supreme Court* afirmou, rejeitando a alegação do apelante de que a possibilidade de uma sentença menor de 30 anos sob o *plea of non vult*, combinado com a ausência de possibilidade similar quando condenado por homicídio de 1º grau por um júri, era um ônus inconstitucional de seus direitos previstos na 5ª, 6ª, e 14ª Emenda. *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212 (1978).

⁹⁶³ *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 757–58 (1970); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 361–62 (1978).

⁹⁶⁴ BURGER, Warren. *The State of the Judiciary-1970*. 56 A.B.A. J. 929, 931 (1970) (texto do discurso dado ao American Bar Association, August 1970). Apud: LANGBEIN, John. *Constitutional Alternatives to Plea Bargaining: A New Waive*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132:327, (1984), p. 341.

Para além das garantias constitucionais, o interesse do governo na disposição dos casos criminais sem o julgamento por júri, obriga a jogar sombra sobre a precisão das condenações e os casos dos inocentes. Após essa decisão, a corte aceitou que é constitucionalmente legítimo a realidade que o interesse do procurador na barganha é de persuadir o acusado a renunciar ao seu direito de declarar-se inocente e ir a julgamento por júri.

Após este longo trajeto, de toda a explícita sobreposição do *plea bargaining* em relação aos direitos constitucionais, principalmente sobre o devido processo legal, demonstre-se que a constatação de George Fisher realmente é mais do que correta: o *plea bargaining* derrotou todos os adversários que colocaram-se em seu caminho, e não há nada que ameace sua posição central no sistema criminal de justiça americano.

5.4.1 O PROBLEMA DA INOCÊNCIA E A EXTENSÃO DA CULPABILIDADE DOS REINCIDENTES.

Last but not least, há o questionamento se tal sistema induz à autocondenação de inocentes, o ponto final e de capital importância para a (i) legitimidade do procedimento. Começando por casos extremos, um caso notório pode ajudar a exemplificar como a autocondenação, de repente, apresenta-se também como a “única solução”, em casos onde novas provas surgem no decorrer dos anos sob uma condenação errônea. A decisão em *Alford* é a princípio tratado como algo inconcebível para as mentes da cultura jurídica oriundos da *civil law*. E não poderia deixar de ser, a alegação de culpa com um protesto de inocência, dilui qualquer limite e lógica. Somente compreendendo as proporções do *plea bargaining*, pode-se conceber sua formulação.

Um exemplo é o famoso caso dos *West Memphis 3*,⁹⁶⁵ onde a confissão veio por parte de Jessie Lloyd Misskelley Jr., um menino de 17 anos à época, sujeito a 12 horas ininterruptas

⁹⁶⁵ O Trio de West Memphis são três homens que, quando adolescentes, em 1994, foram julgados e condenados pelos assassinatos de três meninos em West Memphis, Arkansas, em 1993. Damien Echols foi condenado à morte, Jessie Misskelley, Jr. a prisão perpétua mais duas sentenças de 20 anos, e Jason Baldwin a prisão perpétua. Durante o julgamento, a promotoria afirmou que as crianças foram mortas como parte de um ritual satânico. Em julho de 2007, novas evidências forenses foram apresentadas no caso. Um relatório emitido conjuntamente pelo estado e pela equipe de defesa declarou: "Embora a maior parte do material genético recuperado da cena seja atribuível às vítimas das ofensas, algumas delas não podem ser atribuídas às vítimas ou aos réus". DNA extraído de cabelo correspondia ao padrasto de uma das vítimas Tery Hobbs, que alegou em julgamento não ter visto as vítimas no dia desaparecimento e que foi desmentido por testemunhas. Em 29 de outubro de 2007, a defesa interpôs um segundo *habeas corpus*, descrevendo as novas evidências. Após uma decisão de 2010 da Suprema Corte do Arkansas a respeito de provas de DNA recém-produzidas e de conduta imprópria de jurados, o trio de West Memphis negociou um acordo judicial com os promotores. Em 19 de agosto de 2011, eles entraram em pedidos de *Alford*, o que lhes permitiu afirmar sua inocência, reconhecendo que os promotores têm provas suficientes para condená-los. O juiz David Laser aceitou os fundamentos e condenou os

de interrogatório. Após mais de 18 anos de cumprimento de pena, e uma série de provas contundentes de inocência, a possibilidade do *Alford* devolveu a liberdade destes sem um novo julgamento, a melhor saída tendo em vista que esta poderia resultar em uma nova condenação. Em casos de extrema complexidade, muitos afirmam que o *Alford* equilibra os interesses de acusados quando se encontram na situação onde uma decisão justa está fora de alcance.

Basicamente, o *Alford Plea* é uma consequência direta da abertura manifesta de um sistema à condenação de inocentes – por ordem do *plea bargaining* -, ou diminuir o escopo da capacidade do sistema criminal de justiça de matar inocentes, onde o Estado deixa uma última possibilidade ao acusado evitar o pior desfecho possível.

Além do negacionismo de alguns autores sobre a possibilidade que exista esta estrutura que convença inocentes a alegar a culpa, a própria Suprema Corte em uma das decisões paradigmáticas sob o regime do *plea bargaining*, caso *Brady*, apresentou as convicções que negavam a crença na possibilidade da indução a confissões de inocentes.⁹⁶⁶

Dessa forma, Dervan e Etkins desenvolveram uma instigante investigação sobre o dilema dos inocentes na estrutura do *plea bargaining*, com estudantes de uma pequena Universidade técnica do sudeste dos Estados Unidos. Os participantes assinaram o que acreditavam ser uma investigação psicológica sobre performance de resolução de problemas em grupo *versus* individual. Quando estes participantes compareciam encontravam um colega que atuava como um participante também, onde na verdade era um infiltrado da pesquisa. Estes dois eram levados por um assistente a uma sala privada e explicava os procedimentos técnicos sobre performance em problemas lógicos, onde: os dois estudantes seriam deixados a sós para resolver as questões lógicas como um time, e depois quando completadas, receberiam três problemas adicionais que deveriam ser resolvidas individualmente.

Enquanto o participante e o ajudante da pesquisa resolviam as questões lógicas individuais, aconteceria dois tipos de ocorrências. Em metade dos casos, o infiltrado iria começar a requerer ajuda para responder as questões, em clara violação à pesquisa. Estes

três a tempo de serviço. Eles foram libertados com sentenças suspensas de 10 anos, tendo cumprido 18 anos e 78 dias de prisão. Disponível em <<https://innocenceproject.org/west-memphis-three-go-free/>>. Acesso em 03 Mai. 2021.

⁹⁶⁶ “Temos sérias dúvidas sobre o encorajamento de *guilty pleas* pelas ofertas de leniência se aumentariam a probabilidade que acusados, aconselhados por competentes advogados, iriam falsamente condenarem a si mesmos. Nossa visão é o contrário, e é baseada em nossas expectativas que as cortes irão assegurar que as alegações de culpa são voluntárias e inteligentemente feitas por acusados competentes com adequado aconselhamento de advogado e que não há nada a questionar a exatidão e a confiabilidade da admissão dos acusados que estes cometeram os crimes pelos quais são acusados”. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 757–58 (1970).

participantes que ofereceram assistência foram colocados na condição de ‘culpados’. A outra metade dos casos, o infiltrado não requeria assistência, e eram colocados na condição de ‘inocentes’. Após o término dos testes, o assistente apresentava o problema: os dois estudantes haviam errado a segunda e a terceira questão juntos, e por conta das mínimas chances de isto ocorrer, deveria ser reportado ao professor tal ocorrência o qual seria considerado desonestidade acadêmica.⁹⁶⁷

A seguir, o assistente alegava que estas ocorrências já haviam ocorrido antes, e assim afirmava que possuía autoridade para oferecer duas alternativas. A primeira alternativa é a oferta de um “*plea*” no qual o participante seria requerido a admitir que trapaceou e, como punição, perderia a compensação por participar do teste. Esta oferta foi feita a todos os participantes, simulando a oferta por *probation*. Caso a oferta pelo *plea* fosse rejeitada, duas opções alternativas eram oferecidas. Na metade dos casos (simulando uma longa sentença), informava-se que se a oferta não fosse aceita, o professor do experimento levaria a questão à *Academic Review Board (ARB)*,⁹⁶⁸ onde se fosse “condenada”, pelo ARB: perderia a compensação, seu conselheiro docente seria notificado, e seria matriculado a um curso ético que encontra-se por 3 horas a cada semana durante o semestre, livre de custas mas com presença obrigatória através de um artigo e com aprovação ou reprovação em exame final. Para a outra metade o desfecho diferia (sentença leve): perda de compensação, notificação do conselheiro docente, e a submissão a 9 horas de treinamento ético na forma de três seminários de três horas. Livre de custas, mas com presença obrigatória e a conclusão com um exame final.

Os autores enfatizam que a ansiedade sob a pena criminal seja obviamente mais intensa, mas a formulação das questões encontra-se dentro da estrutura racional do que é o *plea bargaining*, trazendo o dilema para inocentes e o tipo de decisão mental que os acusados encontram no sistema criminal de justiça. E o resultado é que tanto os estudantes ‘culpados’ e ‘inocentes’ aceitaram o *plea bargain* e confessaram a conduta. No total, quase 9 de cada 10

⁹⁶⁷ Foi determinado que os participantes não entendessem que possuir as mesmas respostas erradas indicassem trapaça. Como resultado, ocorreria a percepção que não havia uma prova de culpa. Desta forma, o participante era informado que estatisticamente, havia somente 4% de chances que estes coincidentemente respondessem errado as mesmas questões. Assim, “essa explicação da lógica por trás certamente não significava culpa. Pelo contrário, o assistente apresentava que havia 4% de chances que não era trapaça”. DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013), p. 30.

⁹⁶⁸ Para fazer o ARB soar similar a um júri, era explicado que era uma decisão de 12 membros, sendo um fórum onde o estudante teria o direito de contar sua versão dos fatos, apresentar provas. Para aumentar a semelhança com o sistema criminal, o assistente também informava ao estudante que a “maioria dos estudantes, entre 80% a 90% eram considerados culpados”. DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013), p. 32.

‘culpados’ aceitaram o acordo, e que 6 de cada 10 ‘inocentes’ tomaram o mesmo caminho. Os sujeitos ao encarar condições duras de sentenciamento, indiferente se ‘culpado’ ou ‘inocente’, aceitaram o acordo em taxa 10% maior dos que foram sujeitos às condições mais lenientes de sentença. Os resultados se aproximam da pesquisa de Russell Covey, em “*Mass Exoneration and the Causes of Wrongful Convictions*”, em que os 89% dos ‘culpados’ aceitaram a oferta, e 77% dos ‘inocentes’ também.⁹⁶⁹

Além do *plea bargaining* não afetar somente poucos inocentes, a conclusão mais importante para os autores é de que mais da metade dos participantes, independente se tratava-se de condições lenientes ou duras de penas empregadas, encontraram-se dispostos a falsamente admitir a culpa em troca de uma pena reduzida. Colocados em posições de decisão, e reconhecendo a mísera probabilidade de sucesso nas estatísticas de condenação, os inocentes apresentam alta aversão ao risco. Os resultados podem ser resumidos em que: os participantes evitaram o processo do ARB e moveram-se para a punição direta; e os participantes buscaram a punição que não determinaria “privação direta na liberdade dos seus futuros interesses”. O que seria similar a optar pelo *probation* e buscar a soltura imediata, ao invés de arriscar futuro “encarceramento” através da participação forçada em cursos éticos e seminários, o que em essência era que “os estudantes só queriam ir pra casa”.⁹⁷⁰

Para além destas conclusões, há obviamente as questões de técnicas de interrogatório que são um elemento central e podem aumentar consideravelmente as confissões na vida real, que aprofundam ainda mais o dilema dos inocentes no sistema *plea bargaining* de justiça, onde não me prolongarei. Mas a questão pode ser resumida em uma passagem de Nils Christie, quando questionado porque estes acusados que possuem o direito constitucional a um julgamento por júri se declaram culpados? “Porque não podem correr o risco de declararem-se inocentes”.⁹⁷¹

Essas experiências demonstram justamente que a “confiança na capacidade de indivíduos fazerem valer seu direito a julgamento em face de escolhas dramáticas” não é suficiente, e que “mais da metade dos participantes da investigação desejaram abdicar da

⁹⁶⁹ DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013), p. 34-36.

⁹⁷⁰ DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013), p. 37-38.

⁹⁷¹ CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?* Ed. Del Puerto, 1993, p. 337.

oportunidade de alegar sua inocência e, pelo contrário, falsamente se condenaram em troca de um benefício proporcionado”.⁹⁷² Por mais falso que seja esse benefício construído.

Isso pode ser amplamente observado na teoria contratual. No artigo de Stephen Schulhofer, “*Plea Bargaining as Disaster*”, uma ampla crítica do artigo de Scott e Stuntz “*Plea Bargaining as Contract*”, que em síntese, “para os autores o problema da inocência são as barreiras para a efetiva contratação,⁹⁷³ onde os procuradores somente podem fazer imperfeitas estimativas das probabilidades de condenação em julgamento”. Assim, através das melhorias, se pudessem com precisão identificar os inocentes, procuradores concluiriam que a condenação, de impossível a menos provável, poderia dar azo a oferecer uma menor sentença em troca pelo *plea*. Mas, sem o sinal confiável de inocência, “este possui o incentivo de oferecer ao inocente o mesmo acordo que ofereceria ao culpado”, sem inferior ajuste. Como resultado “uma porcentagem de inocentes que aceitaria uma oferta de baixo-preço irá recusar o acordo e tentar uma absolvição após o julgamento”.⁹⁷⁴ Um mercado altamente desregulado e inefetivo, como percebe-se.

Problemático, mas parece que não pelas conclusões lógicas que apresentam Scott e Stuntz. No tópico ‘o problema da inocência’, parte das objeções dos autores é de que os acusados recebem propostas não atrativas, e assim ao invés de aceitarem uma oferta menor e mais “justa”, são obrigados a ir a julgamento, porque não conseguiram sinalizar sua inocência, ou que pelo menos, “poderiam ser inocentes”, em razão das barreiras informacionais do *plea bargaining*, e são obrigados assim, a ganhar sua absolvição em um ‘tudo ou nada’.

Frise-se, o problema que se amontoa para os autores não é que o sistema de justiça criminal condena inocentes, mas que apresenta ao inocente e ao culpado ofertas similares e então, condena menos inocentes que um ‘eficiente’ sistema faria. Onde a estrutura da

⁹⁷² DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013), p. 48.

⁹⁷³ Segundo Scott/Stuntz, em um mundo de “informação total”, procuradores teriam um forte incentivo para diferir os preços que eles cobram. Pois P, não está competindo com outros procuradores por clientes, está tentando gerar otimização dos números de *pleas* entre os acusados que lhe foram atribuídos. Então deveria oferecer diferentes preços a acusados que possuem a probabilidade de absolvição em julgamento, quanto aos acusados que são certas a condenação. Essa diferença de preços “iria então induzir os inocentes a revelar a informação privada chave que determina o valor da barganha”. Aos culpados que iriam buscar tomar vantagem à diferença de preço, tentando copiar o sinal (o de ser inocente), “P poderia facilmente prevenir este tipo de comportamento simplesmente punindo a má representação. O inocente e o culpado serão perfeitamente separados no processo de barganha”. SCOTT, Robert E. e STUNTZ, William J. *Plea Bargaining as Contract*. *Yale Law Journal*, v. 101, article 8, 1992, p. 1941.

⁹⁷⁴ SCOTT, Robert E. e STUNTZ, William J. *Plea Bargaining as Contract*. *Yale Law Journal*, v. 101, article 8, 1992, p. 1956.

barganha falha em totalmente realizar “o potencial de redução de riscos do conhecimento privado do acusado”, e que o inocente está no processo pior do que estaria sem as barreira de informação porque assim é forçado a sofrer os riscos da condenação e a uma alta sentença depois do julgamento, quando “ele poderia possuir a opção pela oferta de um *plea* menor”.⁹⁷⁵ Uma preocupação teórica que não deve surpreender nos estudos deste instituto, pois a imagem das “lágrimas de crocodilo” – que só as derrama para melhor devorar sua presa - encontra-se permeado em toda sua extensão.

Mas há uma outra dimensão mais profunda na condenação de inocentes. As táticas de barganha severas muito se aprofundaram após as *guidelines*, do aumento dos mínimos mandatórios e das legislações sobre “criminosos habituais”, trazendo uma nova severidade da pena após a condenação em julgamento. *Bordenkircher* foi um dos casos paradigmáticos - 5 anos ou prisão perpétua, onde o acusado possuía um histórico de condenação em 2 *felonies*, mas que não justificavam sobremaneira a imposição de uma pena perpétua –, porém, que retratam táticas rotineiramente empregadas, por mais certo que não podem ser empregados à maioria dos casos.⁹⁷⁶ Porém, não se trata de uma pequena porcentagem.

Darryl Brown traz uma especulação em que não passariam de 10% a 20% das perseguições. O que de modo algum, seria uma pequena porcentagem, até pelo contrário, levando-se em consideração o número de casos criminais por ano e em consideração o fluxo de casos de natureza probatória considerada simples, tratando-se da tecnologia de apuração destes crimes, trata-se de um universo de casos com parca força probatória que necessitaria da adjudicação criminal para uma correta aplicação do castigo. Basicamente, como bem infere o autor, é a diferença das taxas de *guilty plea* anteriores à década de 1970, de 75% a 85%, que se tornaram acima de 95% nas últimas décadas.⁹⁷⁷

Russel Covey em artigo formula o trabalho que o *plea bargaining* realiza para “identificar criminosos habituais” e a minoração do *standard probatório* para estes quando são novamente acusados, tornando um sistema que determina uma “culpa longitudinal”. O autor expõe que quando a dinâmica do *plea bargaining* toma a adjudicação do caso, ajusta o

⁹⁷⁵ SCHULHOFER, Stephen J. *Plea Bargaining as Disaster*. 101 YALE L. J., 1992, p. 1982.

⁹⁷⁶ Documento contendo táticas de *plea bargainings* coercivos. *Human Rights Watch, An Offer You Can't Refuse: How Us Federal Prosecutors Force Drug Defendants to Plead Guilty (2013)*. Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213_ForUpload_0_0_0.pdf>. Acesso em 11 Dez. 2020.

⁹⁷⁷ “Enquanto essas considerações não implicam que os termos do *plea bargaining* na maioria dos casos tenha se tornado mais severo, implicam em sua perspicácia, em seu aprimoramento nas táticas de barganhas coercitivas, que se tornaram mais comuns nas décadas recentes. Nenhum estudo diretamente confirma essa mudança, mas o número de progressos fortemente suporta a inferência”. BROWN, Darryl K. *How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery*. *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 197.

standard de prova para os reincidentes abaixo do *beyond any reasonable doubt*, e talvez, somente um pouco acima do *mere probable cause* (mera causa provável).⁹⁷⁸

Primeiro, o fator de graduação do esquema de sentenciamento que aumenta a punição é, sob um ponto, o do histórico criminal. O sistema de sentenciamento das *guidelines* aumenta a orientação na sentença, com as previsões de mínimos mandatórios que não permitem o afastamento, com altas sentenças sob condenação para certos crimes ou para acusados com histórico criminal. As leis sob “carreira criminal” criam penas draconianas e fixas para os que se encaixam nas provisões.

Logo, os procuradores não tem a preocupação em maximizar o tempo de prisão a não ser em alguns casos específicos. A maioria quer conseguir a condenação, assim fica mais fácil oferecer uma pena com enorme diferencial da pena pós-julgamento, e eliminar qualquer possibilidade de absolvição em julgamento. Como o custo do julgamento é alto, procuradores que se recusam ao *plea bargain* irão, no agregado, condenar e punir bem menos daqueles procuradores que barganham. Esses dois fatores, o esquema de punição dos reincidentes que possuem previsão de pena bem mais severa após o julgamento que os primários, e a preferência por condenações certas do que a maximização da punição pelos procuradores, formulam uma difícil escapatória a não ser alegar a culpa e aceitar a menor punição.⁹⁷⁹

A partir da primeira condenação, os riscos multiplicam-se em qualquer estágio do sistema criminal de justiça, e o efeito “espiral criminoso” inicia-se. A investigação da polícia trabalha, geralmente, com “velhos conhecidos”, portanto, os reincidentes tem maior probabilidade de serem colocados em atos de reconhecimento, como em seleções de fotos, ter suas digitais e DNA analisadas por amostras recolhidas em cenas de crimes, como serão mais

⁹⁷⁸ A maioria dos teóricos que escreveram sobre o *standard* de prova em casos criminais pressupõem que o *beyond any reasonable doubt* requer que os determinadores do fato estejam bastante certos da culpa do acusado antes de retornarem o veredito de culpado. Aqueles “propensos a pensar quantitativamente sugeriram que o *standard* representa algo em torno de 90%-95%, de probabilidade de culpa”. CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 432, 435.

⁹⁷⁹ O autor traz uma ilustração do diferencial: dois criminosos, Iniciante e Velha-Guarda, são ambos pegos na posse de cocaína e são acusados por um crime do âmbito das drogas. Os procuradores entendem que ambos são culpados, mas por conta de algumas fraquezas nos casos (a prova é baseada em uma testemunha não confiável), uma avaliação objetiva da probabilidade de condenação nos dois casos é de 50%. Como trata-se da primeira condenação de Iniciante, se condenado prevê-se uma pena de 2 anos. Velha-Guarda, em contraste, tem algumas condenações por *felony*. Prevê-se uma sentença de 4 anos, se condenado. O procurador está autorizado a uma oferta de 1 ano de prisão a ambos. Agora compare o valor da oferta da perspectiva dos dois. Para Velha-Guarda, por conta que 50% de chances de pegar de 4 anos é igual a 100% de 2 anos, a oferta do procurador de 1 ano corta a expectativa de tempo de prisão de Velha-Guarda pela metade. Se for racional, irá aceitar o acordo. Já para Iniciante, o cálculo é diferente. O 1 ano oferecido é meramente igual ao valor que espera em julgamento, o tornado, ao menos, indiferente à oferta em termos de tempo de prisão. CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 432, 435.

propícios a serem chamados para questionamentos junto a Delegacia de Polícia. Em uma segunda acusação terão maiores probabilidades de terem denegados a fiança ou se obterem, por um valor inacessível. Há estudos que apontam que a prisão pré-julgamento aumenta substancialmente a chance de condenação.⁹⁸⁰

Para além da configuração do *plea bargaining*, surge um arsenal de dificuldades processuais ao preso que jogam contra a sua absolvição: dificuldade de comunicação com o advogado; de localizar testemunhas; a percepção negativa de um elemento perigoso que os jurados possuem por ver o acusado algemado; ainda, apresentam-se oportunidades de produção de novas provas incriminadoras pelo Estado com informantes do sistema prisional sobre confissões, ligações, conversações no parlatório. Em julgamento, por mais que existam regras que não permitam que provas sobre o histórico criminal sejam utilizadas para estabelecer o mal caráter, elas podem ser admissíveis para “mostrar motivação, oportunidade, intento, preparação, plano, conhecimento, ou ausência de engano ou acidente”.⁹⁸¹ Para o propósito de desacreditar ou contestar, o histórico criminal quase sempre é admissível, por isso a escolha por testemunhar torna-se um enorme ônus para o reincidente. Todos esses elementos tornam o julgamento por júri um caminho bastante difícil.

No sentenciamento em casos capitais, os jurados são propensos a impor a pena de morte naqueles com histórico criminal. Nos julgamentos por *felony*, para os reincidentes, o *standard* da preponderância da prova poderá satisfazer os jurados. A variância no *standard* de prova é defendida por Larry Laudan, onde aponta a adoção de *standards* de prova menores para os reincidentes.⁹⁸²

Como se apreende, o foco é “resolver crimes”, através da “identificação de criminosos”. O ponto crítico é este, o *plea bargain* permite – ou induz? – acusados a alegarem sua culpa em casos onde as provas são fracas, e ainda em período investigativo, sem o desenvolvimento da defesa, onde na maioria dos casos trabalha unicamente com o relatório da polícia. Portanto, o risco de imprecisão da culpabilidade é substancialmente alto nestes casos. Michel Foucault abordando sobre a tortura medieval e a produção da confissão em *Vigiar e Punir*, em que o sistema que busca uma vitória sobre o acusado, e “que o criminoso tome

⁹⁸⁰ CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 444, 445; Sobre o Brasil, ver: GLOECKNER, Ricardo. *Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal*. RBCCRIM Vol. 117, (2015).

⁹⁸¹ FED. R. EVID. 404(b).

⁹⁸² LAUDAN, Larry. *Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof, or Different Strokes for Serial Folks*. 1 (July 8, 2009) (unpublished working paper). Apud: CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 449.

sobre si o próprio crime e ele mesmo assine o que foi sábia e obscuramente construído pela informação”,⁹⁸³ seria facilmente colocado no contexto do *plea bargaining* contemporâneo. Há o compartilhamento de elementos nestes sistemas.

Se o acusado se encontra no futuro acusado novamente, a suspeição sobre ele cai no sistema criminal com a confirmação de seu “caráter delituoso”. Mesmo com um caso fraco, dado os registros criminais, o procurador já não mais precisa de um caso com provas substanciais. A formação da disparidade entre a oferta do procurador e da previsão de pena após julgamento para um *repeat offender* farão o trabalho de torná-la “*an offer he can't refuse*” (uma oferta irrecusável). Como aponta Russell Covey, “o que um acordo não revela, um registro criminal de condenação prova: o acusado é um criminoso para além da dúvida razoável”. Qualquer pena é razoável sem qualquer preocupação sobre a investigação ou erro de julgamento por conta do “alto risco de reincidência que o acusado apresenta”.⁹⁸⁴

Os motes de reformas que buscam “melhorar” o sistema do *plea bargaining*, são mais do mesmo: no centro, a preservação de um sistema altamente econômico e de “controle do crime”.⁹⁸⁵ Esse sistema de “culpa longitudinal” usa a resolução tática do *plea bargaining* para obter a maioria das condenações. Da forma mais econômica possível, com uma redução na investigação e nos recursos da procuradoria que seriam necessários para construir casos adequadamente para formar a culpa.

A reboque, o aumento do efeito de persuasão na aplicação da lei é amplamente exercido. Quando o acusado retorna reincidente ao sistema criminal de justiça, a precisão em “identificar os criminosos” é realizada, tornando tal sistema não somente econômico, mas “eficiente”. Essa “culpa longitudinal”, segundo Russel Covey, é “predicado da nova penologia, construído sobre a forma atuarial de administração de riscos aplicado ao controle do crime”.⁹⁸⁶ Um sistema que se retroalimenta constantemente, longe dos princípios jurídico-constitucionais do *rule of law*, que demonstram que até a justiça como limite, não encontram

⁹⁸³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*. Ed. Vozes, 2014, p. 40-41.

⁹⁸⁴ CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 451-452.

⁹⁸⁵ “Em tempos de domínio neoliberal (leia-se: do pensamento economicista) e deslizamentos imaginários de pouca consistência simbólica, a tendência é se evitar o confronto e, assim, achar-se soluções domesticadas (inconscientes?) que se perfazem tão só no giro linguístico. Novas teorias – não raro com muita imaginação – prestam-se como luvas para tal finalidade. Por si sós, porém, não resolvem nada, justo porque o problema do sistema diz com seu(s) fundamento(s); e disso elas não tratam porque se não quer, propositadamente, tratar”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise. Interlocuções a Partir da Literatura*. Tirant lo Blanch, 2ª Ed., 2018, p. 138.

⁹⁸⁶ CONVEY, Russell. *Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof*. Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013), p. 453.

eco nas consciências seguras por um aparato eficiente de controle do crime.⁹⁸⁷ Um sistema apto a condenar em casos fracos, e que torna-se, ao fim, “quase perfeito” para condenar reincidentes, mesmo se inocentes.

É no diferencial do castigo que se inicia o elemento torturador apontado por John Langbein, na década de 1970. Em algum ponto, a diferença torna-se tão extrema que rejeitar um acordo torna-se irracional independente da inocência ou da culpa.⁹⁸⁸ Uma coisa é notória, os mais de 94% que alegam a culpa no sistema americano, e que comprazem mais de 2 milhões de detentos cumprindo pena, não foram “beneficiários do sistema de barganha”. Pelo contrário, paulatinamente, tornou-os desesperadamente dependentes em razão do desenvolvimento violento da configuração do sentenciamento desde o último terço do século XX.

Como bem observa Albert Alschuler, os defensores do *plea bargaining*, a bem da verdade, defendem que em vez de aumentar a quantidade agregada de punição infligida aos inocentes, a barganha da probabilidade simplesmente a distribui diferentemente, assim “se dez acusados inocentes fossem a julgamento, um poderia ser erroneamente condenado e sentenciado a 10 anos”, mas com o *plea bargaining*, como a análise é individual sobre uma condenação errônea, o sistema é melhor porque possibilita, mesmo que de maneira velada, a condenação dos dez, mas que cada um pode servir apenas 1 ano. Assim, formula-se o “melhor cenário possível ao inocente”.⁹⁸⁹

Aury Lopes Jr. assinala em artigo que o *plea bargaining* poderá ser mortal dependendo da dose.⁹⁹⁰ Na questão sobre a importação do instrumento negocial, realmente o Brasil ainda se encontra em posição bastante limitada no comparativo internacional. Porém, a óbvia constatação da erosão do constitucionalismo e da radicalização do controle social são movimentos que encontram na ampliação da “dose” do *plea bargaining* uma ampla eficiência econômica. Será possível resistir? Historicamente conhecemos a “transição lenta, gradual e segura” pelo qual ingressamos em novos períodos (não tão novos), onde o ambiente jurídico atual já se encontra alvoroçado com a sua abertura, manuseio.⁹⁹¹ A fiscalização sobre este

⁹⁸⁷ AMARAL, Augusto Jobim. *Política da Criminologia*. Tirant lo Blanch, 2020, p. 178.

⁹⁸⁸ DERVAN, Lucian E. *Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World*. 60 OKLA. L. REV. 451 (2007), p. 482.

⁹⁸⁹ ALSCHULER, Albert. *Um Sistema Quase Perfeito para Condenar os Inocentes*. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo Blanch, 1ª Ed, 2019, p. 130.

⁹⁹⁰ LOPES JR., Aury e PACZEK, Vitor. *O Plea Bargaining no Projeto “Anticrime”: Remédio ou Veneno?* In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, São Paulo, 2019.

⁹⁹¹ Vide os projetos 10 Medidas Contra a Corrupção e o Projeto “Anticrime” dos confabuladores Daltan Dallagnol e Sérgio Moro, que visavam um aprofundamento do sistema negocial brasileiro.

magnífico instrumento processual teria de ser mais do que redobrado, como o trabalho busca retribuir repassando historicamente, e isso, sabemos que será um problema grave no Brasil.

Neste ponto, o que me parecia equivocado a princípio, torna-se uma necessidade. Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, manifestam-se sobre a necessidade da construção de uma “teoria geral dos negócios jurídicos criminais”,⁹⁹² o que observada a movimentação política, através da mitologia de uns e da implacabilidade contra a corrupção de outros no imaginário brasileiro, faz urgente uma construção sólida, fruto de uma frente de ampla discussão jurídica nacional, que seja obstáculo sólido contra o aprofundamento e erosão do processo e das garantias constitucionais. E a discussão invariavelmente empobrecerá como observado em terra americana, de uma doutrina processual para o embate sobre quem possui a discricionariedade final entre juiz e procurador.

O triunfo do *plea bargaining* marcha contra o constitucionalismo. Foi regional, em crimes de menor importância, e de maneira oculta nas jurisdições de 1º grau. Tornou-se nacional através de um *overcriminalization* na virada do século XIX para o XX. No último terço do século XX, iniciou sua lenta marcha pelo mundo, sobre os mesmos crimes menores e em condições pré-estabelecidas, através de um rigoroso controle de diferencial de pena - pré e pós-julgamento.

O que observa-se dessa história, com o “fim da *rule of law*” no poder punitivo, é o que Luigi Ferrajoli alerta sobre “os poderes, livres de limites e controles, tendem a concentrar-se e acumular-se em formas absolutas: a converterem-se, na falta de regras, em poderes selvagens”.⁹⁹³ A lenta transformação que o instituto percorreu nestes dois séculos, com notório avanço e mínimos retrocessos no caminho, para uma exportação de contornos globais a partir da década de 1970, com a radicalização do direito penal, são um sinal de alerta para o futuro.

⁹⁹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Colaboração Premiada: Natureza, Dilemas Éticos e Consequências*. In: BENETTI, Giovana; CORREA, André R.; FERNANDES, Marcia; NITSCHKE, Guilherme; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Direito, Cultura, Método: Leituras da Obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019; e WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção Premial Diferenciada” após o Pacote “Anticrime”. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>>. Acesso em 02 fev. 2021.

⁹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*. Mínima Trotta, 2011, p. 24.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa é extensa no intuito de obliterar simplificações, evitar saltos em direção a conclusões, ou utilizar de um único critério monoexplicativo. O que veio a tornar-se o *plea bargaining* perpassa a história dos sistemas jurídicos, e apresenta-se nesta quadra do séc. XXI, mais forte do que nunca. Com esmero, Nilo Batista já sintetizava que, “não é raro que o saber jurídico-penal tenda a se degenerar em uma técnica prática, feita na medida para as burocracias penais”;⁹⁹⁴ portanto, importante se faz no momento observar sob uma perspectiva histórica, como referência crítica para as mais baixas elaborações.

Ao fim, é dedicado a criticar este sistema de adjudicação criminal, descrevendo sua funcionalidade na punição seletiva, racista e classicista, seu grau de corrupção procedimental, seu elemento produtor de voluntariedade não através da tortura física, mas psíquica, como sua inegável funcionalidade para os atores judiciais, e uma política criminal visando o controle social através do encarceramento e da estigmatização. Se a “confissão, modesta filha da tortura” reinou durante séculos através do influxo do direito canônico, no baixo medievo tornando-se a “rainha das provas”,⁹⁹⁵ seu deslocamento sistemático a estes sistemas da *common law*, justamente em período de reforma continental, lhe dão quase o estatuto de vitalidade *ad eternum* no poder punitivo.

Uma das questões centrais a serem pesquisadas neste trabalho era sobre a análise da voluntariedade e o fluxo de coercibilidade adstrita a sua captura. Existiria uma variação histórica no entendimento do que seria a voluntariedade na autoincriminação? Por óbvio que sim. A erosão de uma voluntariedade manifestada sem equívocos, distorções ou truques é inequívoca na sua formulação jurisprudencial do sistema *common law*, o caso *Warickshall* de 1783, e em momentos anteriores à formação do sistema adversarial inglês, onde “qualquer promessa de favor, ou ameaça pelo medo”; como qualquer artifício exterior, inclusive, o oferecimento de uma taça de gin, eram uma “promessa de leniência” e apresentaria ao acusado a possibilidade de retirar seu *guilty plea* para seguir a julgamento. Os juízes possuíam um dever oriundo da sua notória função, de ouvir o acusado sobre os fatos, e de sua graça concedia-se o *pardon*.

Esta análise de voluntariedade continuou dominante no período da sistematização do *plea bargaining* nos Estados Unidos do séc. XIX. Estas, por óbvio, somente poderiam vir manifestar-se na cortes recursais, e o entendimento nas cortes estaduais a partir da décadas de

⁹⁹⁴ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000, p. 13.

⁹⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000, p. 110.

1860, representam na íntegra o entendimento esposado em *Warickshall*, como após a abertura de sua possibilidade recursiva perante a máxima corte em 1889, onde as decisões da Suprema Corte manifestaram-se pelo mesmo entendimento nas primeiras décadas do séc. XX.

Muitos casos na década de 1930 e 1940 alcançaram a Suprema Corte reclamando a confissão com base na tortura, em especial o período do *Jim Crow* sulista. Estes casos somente com a intervenção da Suprema Corte resultavam na reversão da pena de morte. Este “velho problema” do racismo praticado violentamente, principalmente no Sul, foram uma das batalhas escolhidas pela *Warren Court*: o desmantelamento da brutalidade do *apartheid* americano. A análise em cada caso era se a “vontade do acusado foi subjugada/dominada” no momento da confissão, que “dependiam da totalidade das circunstâncias do momento”. Portanto, ingressava no uso de violência física ou ameaças, tempo de interrogatório, seu local e intensidade, maturidade do suspeito, condição física e mental, entre outros fatores, do procedimento policial. O teste da “voluntariedade” já se encontra complexificado. Porém, como se observa, a análise é sobre a voluntariedade no âmbito policial, não existindo ainda o discernimento ou o entendimento que a coerção ocorria na própria corte.

A decisão em *Miranda v. Arizona*, a mais controvertida decisão da *Warren Court* no âmbito do procedimento criminal, galvanizou uma oposição que viria a marcar a virada republicana no cenário político federal, onde com a *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, expressamente declarava que a manifestação da “voluntariedade” seria o único teste de admissibilidade das confissões em perseguições federais, dizimando a formulação do *Miranda warnings*, como da representação por advogados para a validade das confissões. Consequentemente, a procedente *Burger Court* apresenta os entendimentos sobre validade da voluntariedade de uma confissão em casos onde a pena de morte apresentava-se caso o acusado se arriscasse ao julgamento por júri, onde demarca a total reversão daquele antigo entendimento em *Warickshall*,⁹⁹⁶ - pois não se trata de qualquer ameaça, ou uma taça de gin, mas a perda da própria vida - até a decisão paradigmática do *Alford plea*, onde o protesto por inocência torna-se uma formalidade; a confissão é “válida e voluntária”.

Através da pavorosa constatação reprisada no “*there is no alternative*” sob a ameaça do colapso do sistema de julgamento, restou sua ulterior conformação constitucional, que nada mais é do que uma deturpação da própria Constituição. Efeitos de um sistema criminal

⁹⁹⁶ “É claro, os agentes do Estado não devem produzir um *plea* através da tortura ou da ameaça física ou pela coerção mental dominando o acusado. Mas nada deste tipo é alegado neste caso; nem há provas que Brady encontrava-se dominado pelo medo da pena de morte ou de esperança por leniência em que ele não, ou não poderia com a ajuda de advogado, racionalmente sopesar as vantagens de ir a julgamento contra as vantagens de alegar a sua culpa”. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

que pune instantaneamente, e quando “estouram” os casos de condenações errôneas, tem na figura da Corte Suprema, o guardião e o advogado do próprio. O sistema não pode parar...

A análise da voluntariedade é imprescindível para refletir o sistema após as *guidelines*; o aumento constante dos mínimos mandatórios; das previsões de prisão obrigatória; formuladas com “um olho” no *plea bargaining system*, como um potente arsenal ao procurador, onde qualquer necessidade de baixar às raias da violência para obter confissões seria uma irracionalidade obsoleta, arcaica.⁹⁹⁷ Tornando-se um procedimento aprimorado, não contaminado pela violência explícita, mas pela irresistível benesse de uma “pena prêmio” contra uma pena que pode multiplicar-se indeterminadas vezes, ou como formulado no medievo – uma alternativa piedosa e suave ou a aterrorização do julgamento –; basta a procuradoria manipular toda a gama de possibilidades “que os fatos são aptos a comprovar”.

Basicamente, o *design* das tábuas foi formulado e constantemente aprimorado com o *know-how* da prática das cortes: um diferencial de pena suficiente para tornar irresistível ao acusado avançar ao julgamento. Isto já era amplamente aplicado no período da sentença indeterminada, inclusive com uma desvantagem sob quem era condenado após julgamento: a possibilidade de conseguir a liberação pelo *parole* era menor para estes quando alcançavam o termo mínimo de aprisionamento. Para os que alegavam a culpa, a sentença não era tão indeterminada.

Se os exemplares medievais da legislação europeia sobre aplicação da tortura e dos tormentos constituem o “ponto nevrálgico” do direito processual penal, organizando dogmaticamente o terror ou uma “ciência infernal” como denominou Pierre Legendre, o *plea bargaining* não se constitui em algo distante. Sua eficiência, diga-se de passagem, equivalente à dos tormentos,⁹⁹⁸ denota seu ulterior desenvolvimento pós-moderno, onde a produção de submissão psicológica através da combinação de punição com elementos econômicos e atuariais provocam uma hecatombe condenatória. A distância é tecnológica.

⁹⁹⁷ “Para Tomás de Aquino, o confessor devia ser ‘*dulcis, affabilis atque suavis, prudens, discretus, mitis, pius atque benignus*’; inúmeros autores assinalavam que lhe tocava um tríplice papel de pai, médico e juiz. [...] Guy de Montrocher, cura da hispânica Teruel, escreve em 1330 o *Manipulus curatorum*, proclamando ser o confessor um ‘médico espiritual que acolhe um doente da alma’; a exemplo dos médicos dos corpos, deve ele aproximar-se do doente ‘tocando-o levemente [...] com frases piedosas, doces e suaves’, procurando ganhar sua confiança; contudo, havendo relutância à confissão, cabe ‘apresentar-lhe os terrores do julgamento, as penas do inferno’”. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000, p. 197.

⁹⁹⁸ As taxas de 97% de condenação chegam próximos à esta passagem em obra de Nilo Batista: “Não pode causar surpresa que um jurista do séc. XIII, recordado por Malinverni, tenha passado a vida inteira em assuntos criminais e não conseguisse se lembrar de algum réu absolvido”. BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000, p. 234.

A regra de sentenciamento para produzir no acusado a “voluntariedade” possui ancestralidade em 1184, no período da Terceira Cruzada, do decreto *Ad Abolendam*, com o intuito de sobrepor o poder eclesiástico ao poder secular, posto que por longos séculos a manifestação de soberania se encontraria nessa disputa pela jurisdição; encontra vestígios na *common law* do período renascentista, no esquema de caça ilegal de 1485, onde o acusado ao assumir o crime era condenado por um pequeno delito, e ao declarar-se *not guilty*, permitia-se a perseguição por *felony*; adiante, apresenta-se sob um pequeno avanço nos procuradores/*solicitors* dos bancos em crimes de falsificação retirando uma das acusações, através da abertura das opções da pena e a aplicação da pena de deportação ultramarina, como também do *sentence bargaining* em Manchester, e as primeiras casa de correção na Inglaterra; até a sistematização destas formas: *approvment*, *testimony of crown witness*, *compounding*, entre outros, condensados em um único instrumento, que com a apropriação do sistema gradual de pena, do arquivamento, e do *probation*, vão iniciar o seu processo de “tomada” do procedimento criminal americano.

Esse sistema que seria de uma eficiência lógica, pois poderia burocracias sem sentido, de perda de recursos e tempo com o procedimento, apresenta-se, utilizando-me de Zygmunt Bauman, dentro de um processo “civilizador”,⁹⁹⁹ e como o mais moderno para os nossos últimos problemas. Quando todos os setores da justiça criminal são invadidos pelo gerencialismo eficiente, onde o estudo sobre os Estados Unidos facilita esse vislumbre,¹⁰⁰⁰ o sistema “torna-se insustentável em seus moldes tradicionais, por ser excessivamente anacrônico, lento, caro e até mesmo burlesco, com seus formalismos, adágios latinos, togas”.¹⁰⁰¹ Assim criou-se esse ‘benefício dramático’.

⁹⁹⁹ Sobre o potencial alternativo e destrutivo do processo civilizador que, entre outras coisas, um processo de despojar a avaliação moral do uso e exibição da violência e emancipar os anseios de racionalidade da interferência de normas éticas e inibições morais: “O mundo dos campos da morte e a sociedade que engendra revelam o lado progressivamente mais obscuro da civilização judaico-cristã. Civilização significa escravidão, guerras, exploração e campos da morte. Também significa higiene médica, elevadas ideias religiosas, belas artes e requintada música. É um erro imaginar que civilização e crueldade selvagem sejam antíteses...”.

RUBENSTEIN, Richard. *The Cunning of History*. New York, Harper, 1978, p. 91. Apud: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Ed. Zahar, 1998, p. 28, 48.

¹⁰⁰⁰ Autores como David Garland, Jock Young, Raúl Eugenio Zaffaroni, Maurício Dieter, entre tantos outros, apresentam essas mesmas conclusões de que a análise dos Estados Unidos pode ser um referente para a análise da política criminal de qualquer outro país. Exemplo esta passagem de Zaffaroni: “Simon bate na tecla certa: a chave é governar valendo-se da centralização do medo em um objeto. Nesse sentido, sua contribuição, ao descrever como e porque isso é feito na atualidade nos Estados Unidos, é fundamental para nós, porque a partir daí se globaliza ou planetariza essa técnica de governo. Investigações análogas à de Simon fazem falta em nossos países. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *A Questão Criminal*. Ed. Revan, 2013, p. 162.

¹⁰⁰¹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 185.

Todo um procedimento de adjudicação criminal dentro do paradigma da racionalidade burocrática, “quase tudo foi feito para alcançar o máximo resultado com o mínimo de esforço e custos. Quase tudo (no reino do possível) foi feito para usar as habilidades e recursos de todos os envolvidos, incluindo aqueles que se tornariam as vítimas da operação bem-sucedida. Quase todas as pressões irrelevantes ou adversas ao propósito da operação foram neutralizadas ou colocadas inteiramente fora de ação”.¹⁰⁰²

As similaridades apresentam-se no centro dessa administração científica, em que o *plea bargaining* surge com uma não tão surpreendente similaridade ao maior processo de vitimização da história ocidental. Aparadas as arestas do crime humanitário que cada um produz, no cerne encontram-se convergências e similaridades. Os resultados americanos são caracterizados por um “aumento exponencial da população carcerária para um pequeno decréscimo nos índices gerais da criminalidade”.¹⁰⁰³ Entretanto, no plano de administração do volume de processos é um sucesso absoluto há quase 200 anos.

Se este é a estrada inevitável para o futuro próximo, caberá a eterna vigilância deste sistema sob franca oposição, sendo contracorrente à sua radicalização ou sua disfuncionalidade no poder.¹⁰⁰⁴ Por isso, possuem toda a razão os professores Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich: é urgente uma teoria geral.

A fórmula *guidelines* é bastante simples, mas os resultados que apresenta é sinônimo máximo de custo/benefício do “bom gestor” em um mundo atuarial, onde, segundo Maurício Dieter, asseguraram-se a diminuição dos custos (as de exercer a persecução), sem deixar de combater o risco “que a existência social de certos indivíduos representa” (boa gestão para

¹⁰⁰² “Em todos os estágios do Holocausto, portanto, apresentou-se à vítimas uma opção (pelo menos subjetivamente – mesmo quando a opção já não existia, substituída pela secreta decisão da destruição física). Elas não podiam escolher entre uma situação boa e outra ruim, mas podiam pelo menos optar por um mal maior ou menor. O mais importante é que podiam desviar alguns golpes afirmando e manifestando seu direito a uma isenção ou a um tratamento especial. Para tornar previsível o comportamento das vítimas, e portanto, manipulável e controlável, os nazistas tinham que induzi-lo a agir de ‘modo racional’; para obter esse efeito, tinham que fazer as vítimas acreditarem que havia de fato alguma coisa a salvar e que existiam regras claras sobre como salvá-las. Para acreditar nisso, as vítimas tinham que ser convencidas de que o tratamento do grupo como um todo não seria uniforme, e que cada indivíduo teria sorte diferente, de acordo com o mérito. As vítimas tinham que pensar que sua conduta importava e que poderia ser influenciada pelo que fariam”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Ed. Zahar, 1998, p. 156, 176.

¹⁰⁰³ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 8.

¹⁰⁰⁴ “Os juristas costumam desculpar-se, argumentando que nada podem fazer frente o poder punitivo, e que é melhor buscar refúgio no pragmático. Essa objeção subestima o poder do discurso, que é precisamente o ponto em que os juristas não devem ceder. O poder se exerce com o discurso, o que os ditadores sempre souberam, pois de outro modo as censuras nunca teriam existido. Embora não seja o mesmo poder de que as agencias executivas do sistema penal dispõem, o certo é que estas, sem o discurso, ficam deslegitimadas e o poder sem discurso, embora possa causar grave dando antes de ser derrubado, definitivamente, não se sustenta muito tempo”. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *A Questão Criminal*. Ed. Revan, 2013, p. 264.

“prender bem”). A fórmula basicamente consiste em: I) aumentar o gradiente das penas cominadas para tornar o risco de condenação uma opção muito ruim após breve cálculo utilitário pelo imputado (as reformas legislativas padronizaram o sentenciamento e aumentaram o período de reclusão para a maior parte dos crimes); e II) autonomia aos promotores para negociar a antecipação da pena, retirando o poder discricionário que havia do juiz no sistema.¹⁰⁰⁵ Desde a *Feeney Amendment* busca-se incessantemente eliminar a discricionariedade dos juízes de afastarem-se das *guidelines* e dos mínimos mandatórios, onde a Suprema Corte tem refreado as tentativas do governo.

Se o processo de modernização, como nas palavras de David Garland, “nem as leituras mais criativas de Foucault, Marx, Durkheim e Elias sobre o castigo poderiam ter previstos estes desenvolvimentos recentes”,¹⁰⁰⁶ o *plea bargaining* e a delação premiada, apresentam justamente a face processual deste desenvolvimento, que ao fundo, somente pode-se deixar seduzir pela hipocrisia. Utilizando-me de Ricardo Timm de Souza, sua razão artilosa “sabe exatamente em que consiste e a que veio; mas sua subsistência depende de sua simultânea habilidade em escamotear tanto suas razões reais quanto suas reais finalidades”.¹⁰⁰⁷ Sua violência, “seu *modus operandi* circular, consiste em dispensar a moral em nome da técnica”, onde “no jogo de poder, finge-se oferta de conciliação” mas na “estratégia de violência, mimetiza-se de ‘sutileza intelectual’”.¹⁰⁰⁸ *A priori*, é um instrumento útil para desafogar o judiciário e uma via sumária para casos em que o próprio réu não visa uma defesa, e assim teria a opção de uma pena mitigada.

Mas por outro lado, é um instrumento sumaríssimo de culpabilização que se encontra justificado pelos interesses da sociedade que busca reduzir os riscos de violência da vida urbana. Pende para a obviedade a solução que esta apresentará, eliminando os “problemas” atuais que enfrentam o sistema criminal de justiça como um todo: a presunção de inocência e a discussão da prisão em segunda instância; limitação do sistema recursal; rapidez no julgamento, a exigência social da punição rápida; etc. O fim da enorme morosidade, dos casos com mais de 15 anos sem resolução através do acusado que poderá aceita renunciar a todo o

¹⁰⁰⁵ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História*. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 179.

¹⁰⁰⁶ GARLAND, David. *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Ed. Gedisa, 2005, p. 34.

¹⁰⁰⁷ SOUZA, Ricardo Timm de. *O Nervo Exposto. Por uma Crítica da Razão Artilosa desde a Racionalidade Ética*. Em *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio – Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 59.

¹⁰⁰⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Crítica da Razão Idolátrica. Tentações de Thanatos, Necroética e Sobrevivência*. Ed. Zouk, 2020, p. 14.

trato humano que a Constituição oferece em “demasia” e aceite, por “escolha e deliberação sua”, a pena mitigada.

Como também traz uma enorme solução de legitimidade ao próprio sistema judiciário, como bem afirma Eugenio Zaffaroni, “as taxas de prisão latino-americanas não variam segundo as penas previstas nos códigos penais, e sim segundo as disposições processuais que ampliam ou limitam a prisão preventiva”.¹⁰⁰⁹ A ampliação do espectro dos acordos penais pode vir finalmente resolver essa questão imemorial, pois não se tratará mais da tão problemática e sempre criticada prisão preventiva, como da antecipação de pena, que teve recentemente no Brasil sua análise constitucional estendida, distorcida e aviltada, por razões que nunca faltaram. O amplamente atacado sistema recursal brasileiro, através de dados, números e fatos que foram amplamente midiaticizados nos últimos anos, poderá, enfim, descansar de tantos “atos meramente protelatórios”.

Alguém poderá afirmar que este instrumento aumentando seu alcance terá uma conformação democrática e constitucional no Brasil?

A preocupação de Ricardo Gloeckner é de enorme precisão. Estaremos à deriva punitiva baixo um sistema que atua sob a exceção – que é uma variação histórica da fórmula canônica para justificar a legislação de emergência sob a suspeição contra os heréticos, as bruxas, o judaísmo, o comunismo internacional, o liberal, a inferioridade racial, os usuários de drogas¹⁰¹⁰ -, que é produto de uma codificação fascista que concede enormes poderes ao magistrado, introduzindo um sistema negocial que somente pode alcançar seus resultados mais positivos com a potencialização da discricionariedade do procurador e de uma configuração de penas que lhes dê margem para inculcar no acusado o “racional” caminho da autocondenação.¹⁰¹¹ Esse “pior dos dois mundos: a gestão probatória nas mãos dos juízes e os amplos poderes negociais nas mãos dos procuradores”, apresenta-se através do melhor dos

¹⁰⁰⁹ “Nós escondemos a pena sem condenação como medida cautelar”. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *A Questão Criminal*. Ed. Revan, 2013, p. 285.

¹⁰¹⁰ MEREU, Ítalo. *Storia Dell’Intolleranza in Europa. Sospettare e Punire: L’Inquisizione come Modello di Violenza Legale*. Ed. Tascabili Bompiani, 1988, Milano, p. 329, 354; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Nascimento da Criminologia Crítica*. Tirant lo blanch, 2020, p. 153.

¹⁰¹¹ Com acerto Nereu Giacomolli já declarava sobre o consenso no processo penal em 2006: “os mecanismos de consenso encontram conformidade constitucional e se harmonizam com as garantias constitucionais quando inseridos dentro do exercício da ampla defesa; [...] Manter a aplicação das alternativas penalógicas, consensuais ou não, no âmbito do discricionário do órgão acusador, ofende o princípio acusatório (acusador assume funções típicas do órgão julgador), a imparcialidade (interesse do acusador na condenação) e a tutela jurisdicional efetiva (a função de apenar é exclusiva do juiz). [...] O consenso obtido fora do processo conduzido por um terceiro imparcial, também ofende o direito a uma tutela judicial efetiva, por não se revestir da transparência e publicidade necessárias à legitimidade do Estado de Direito. GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal. Na perspectiva das Garantias Constitucionais. Alemanha-Espanha-Itália-Portugal-Brasil*. Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

dois mundos do poder punitivo: “punir os pobres e evitar condenações criminais em casos de crimes corporativos”.¹⁰¹²

Se até hoje se buscou sem sucesso a relação democrática triangular do processo do sistema acusatório,¹⁰¹³ nos rebaixaremos a uma relação linear e com uma bifurcação de duas linhas em negrito na parte superior. Esse novo capítulo de um liberalismo – que sempre teve sua *persona* maligna, tosca e ultrassofisticada¹⁰¹⁴ - autoritário com o velho espírito da “ordem e progresso”, poderá apresentar um sistema repaginado do milenar *actum trium personarum*, porém, agora com dois superpoderes, na luta contra os crimes dessa imensa população, onde 48% não possui saneamento básico,¹⁰¹⁵ 14,6% estão desempregados,¹⁰¹⁶ 6,6% são analfabetos,¹⁰¹⁷ 3,3% vivem em situação de extrema pobreza, como 10 milhões alimentam-se abaixo da quantidade suficiente.¹⁰¹⁸ Se tudo lhes é denegado e explorado, agora poderão ter, pelo menos, a certeza de uma pena mitigada para não gastar tempo e recursos públicos.

Embora os índices médios de *guilty pleas* nos sistemas com a tradição inquisitória não se encontrarem, todavia, como as médias americanas, não há perspectiva histórica para qualquer conclusão que a tradição inquisitória não produzirá o avanço para esses níveis “quase” totalitários. Inclusive, Ricardo Gloeckner apresenta a meteórica ascensão do *juicio*

¹⁰¹² GLOECKNER, Ricardo. *Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?* In: GLOECKNER, Ricardo. *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, 2019, p. 187-188.

¹⁰¹³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Lumen Juris, 3ª Ed., Rio de Janeiro, 2005, p. 71.

¹⁰¹⁴ “[...] aparecerão estranhas contradições, como J. Locke, liberal e inspiração constante dos liberais, mas que defendia a tortura, a escravidão e a morte aos inimigos da nova ordem do mundo: Segue Hinkelammert, ‘essa dupla metafísica – a da ordem burguesa e a do caos de qualquer alternativa da ordem burguesa – esta na raiz do caráter sumamente violento do pensamento burguês. Aberta ou ocultamente, o pensamento burguês encerra em si mesmo uma justificação ilimitada da violência e da violação dos direitos humanos frente a qualquer grupo capaz de substituir a sociedade burguesa. [...] Basta fixar-se nos tipos de tratamento que Locke recomenda para os opositores da sociedade burguesa. São especialmente três: a tortura, a escravidão e a morte. Isso explica por que na história humana não existiu uma legitimação tão descarada da escravidão como a do pensamento liberal de John Locke, nem uma afirmação tão grosseira de violação dos direitos humanos em todos os âmbitos como precisamente neste autor’”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Crítica da Razão Idolátrica. Tentação de Thanatos, Necroética e Sobrevivência*. Ed. Zouk, 2020, p. 121-122.

¹⁰¹⁵ SENADO FEDERAL. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>>. Acesso em 05 fev. 2021.

¹⁰¹⁶ GLOBO. <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/11/27/desemprego-no-brasil-atinge-146percent-no-trimestre-encerrado-em-setembro.ghtml>>. Acesso em 05 fev. 2021.

¹⁰¹⁷ Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>>. Acesso em 05 fev. 2021.

¹⁰¹⁸ BBCNEWS. “Uma pesquisa da FGV divulgada em julho mostrou que a faixa da população que vive em extrema pobreza caiu de 4,2% para 3,3% da população, a menor taxa dos últimos 40 anos no Brasil. ‘É triste dizer isso, mas o Brasil tem uma renda média de R\$ 480. De repente, quando 65 milhões de pessoas receberam R\$ 600 na sua conta, o Brasil diminuiu incrivelmente, durante este período dos recursos emergenciais, o número de pessoas abaixo da linha da pobreza’, diz Daniel Balaban, do Centro de Excelência contra a Fome do Programa Mundial de Alimentos da ONU”. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54288952>>. Acesso em 05 fev. 2021.

abreviado no Uruguai e no Chile.¹⁰¹⁹ A tal abordagem sistêmica, onde advogados, juristas, professores, promotores, defensores públicos, e juízes poderiam atuar na transparência da administração da justiça, através de controles aleatórios de casos, apresenta-se como uma medida de ampla ineficácia para o tamanho do problema a adquirir.¹⁰²⁰

Como não é de surpreender, o *plea bargaining*, na esteira de Boaventura de Souza, é a versão ‘processual’ mais anti-social do capitalismo em fase neoliberal.¹⁰²¹ A demanda social por mais proteção refletindo-se em exigência de mais punição, como bem observa Silva Sánchez, é uma tendência expansiva sobre uma cristalização do consenso punitivo – a direita e a esquerda punitivas¹⁰²² - e este é um sinal alarmante para quem defende uma utilização “segura” do instituto com o decorrer do tempo. Pode parecer uma visão escatológica do processo, mas ao fim não estamos falando do que justamente garante as liberdades individuais e civis perante a instrumentalização burocrática do poder punitivo com potencial de aplicação de castigo em massa?

Friedrich Spee, no séc. XVI já alertava em sua Questão XII, sobre a diferenciação entre “um processo justo, submissos aos termos da lei, sem risco de responsabilizar inocentes, e um processo perverso, conduzido com maldade, de forma a representar perigo de vida aos inocentes”.¹⁰²³ O alerta por cautela é a-histórico e nunca deve ser ignorado um sistema que relega a uma questão secundária a condenação de inocentes.

A conclusão que o sistema americano construiu um sistema que utilizava-se de uma erosão da culpa voluntária em pequenos delitos, perpassando pelo desvio do devido processo aos *felonies*, chegando ao ponto do fim do *rule of law* na aplicação da pena, é justificado: os

¹⁰¹⁹ “[...] em apenas seis meses de implementação do Novo Código de Processo Penal do Uruguai, 77,8% dos casos já estavam sendo resolvidos através do *juicio abreviado* e de outras formas de resolução de conflito. [...] Em síntese, 83% dos casos criminais no Uruguai, após um ano de vigência do novo código de processo penal, se decidem através de soluções negociadas e de forma três vezes mais rápida”. No Chile, “entre os anos de 2000 e 2009, a quantidade de presos quase duplicou, passando de 33.050 para 50.923, devendo ser condicionante também o conjunto legislativo que tornou mais simples o ingresso de pessoas no sistema carcerário”. GLOECKNER, Ricardo. *Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?* In: GLOECKNER, Ricardo. *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, 2019, p. 175.

¹⁰²⁰ Segundo Langer, é importante também adotar uma perspectiva sistêmica sobre o tema. Advogados, juristas, professores, tem a tendência de pensar o processo penal como um caso individual. Mas o problema é que pensar sobre este tema somente nesta perspectiva, é muito difícil lograr certos controles. Exemplo: questões de transparência na administração da justiça. Tanto promotores, defensoria pública, como juízes deveriam fazer controles aleatórios de casos. Tomar 5% dos casos por ano e ver como estão sendo trabalhados os acordos. Esta é uma das chaves do futuro, se temos um fenômeno de administrativização da justiça penal, pensar sistematicamente e sobre controles sistemáticos visará não acabar, mas diminuir os erros. (informação verbal). Aula do Prof. Dr. Máximo Langer, na aula inaugural da faculdade de Direito da UFGRS (2019/2), em Porto Alegre, em 26 de agosto de 2019.

¹⁰²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Almedina, Coimbra, 2020, p. 24.

¹⁰²² Ver SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰²³ TAVARES, Juarez. *Introdução*. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Nascimento da Criminologia Crítica*. Tirant lo blanch, 2020, p. 20.

procuradores são “os reais legisladores do sistema criminal de justiça”.¹⁰²⁴ Douglas Husek aponta que o sistema americano amplamente funciona de forma em que as leis não são o fator dominante onde se explica quem será ou não será incorrido sob responsabilidade criminal.¹⁰²⁵ Tamanha discricionariedade na atuação é totalmente incompatível com o ‘império da lei’; constitui-se na supressão aguda do direito penal material e seus fundamentos. Essa deriva punitiva encontra-se verdadeiramente tão distante de nossa realidade ou uma legislação qualquer de urgência realiza isto em menos de meia dúzia de artigos?

No Brasil, concordando com Máximo Langer, não adentramos ao que seria especificamente o *plea bargaining*. O ANPP é um mecanismo que melhor se compararia com o *diversion* nos Estados Unidos. E, sem dúvidas, os avanços brasileiros neste tipo de arranjo processual ainda são bastante tímidos em comparação ao plano internacional.

A legitimação apresenta-se, *a priori*, na utilização principalmente para os crimes financeiros, cartel, e de corrupção na delação premiada e eliminar uma grande proporção dos julgamentos não complexos e não violentos. Mas qualquer avanço mínimo para além destes limites, pode trazer o que Simon define como o “dilema da política”, onde o interesse por trás de uma definição omissa é o de as garantias falharem repetidamente.¹⁰²⁶

Uma confiança sob diques contra o avanço parece muito sustentaram-se sob a cultura jurídica continental que por ser tão centralizada no juiz desde a herança eclesiástica ou inquisitória greco-romana, apresentam obstáculos sólidos à um avanço do *plea bargaining* aos moldes da cultura jurídica da *common law*. Não encontro essa resposta suficiente. A própria discussão em torno da delação premiada e o combate aos crimes organizados já apresenta um horizonte futuro: exemplo, a formulação de diferenciações entre o que seria “sanção premial” e “pena criminal” para a delação premiada,¹⁰²⁷ que ao fim, reduzem-se ao embate sobre os limites de discricionariedade da procuradoria sobre as concessões ou maior atuação do magistrado no acordo. Ou seja, os avanços neste instrumento, que historicamente vem

¹⁰²⁴ STUNTZ, William. *The Pathological Politics of Criminal Law*. 100 Michigan Law Review 506, 515, (2001).

¹⁰²⁵ “A combinação desse fenômeno – discricionariedade sem contenção somada da total abrangência de previsões criminais – é destrutivo ao primado do direito”. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, 2008, p. 27-31.

¹⁰²⁶ “O dilema da política: A lei tem uma tendência de definir seus objetivos para resolver problemas sociais que, por conta que estes encontram-se em profundamente incorporados em circunstâncias sociais variáveis, são amplamente irresolvíveis através das que o governo possui. Tais leis são formuladas para falhar repetidamente”. SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press, New York, 2007, p. 159.

¹⁰²⁷ WUNDERLICH, Alexandre. “Sanção Premial diferenciada” após o pacote “anticrime”. Artigo no Consultor Jurídico. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>>. Acesso em 15 outubro 2020.

entrelaçado com o *plea bargaining*, serão um sinal de como se pensará o processo para os casos comuns da maneira mais “funcional”.¹⁰²⁸

Alguém se surpreenderia com as maravilhas que todo o espectro político-social, em sentido amplo, vislumbraria na eficácia de uma punição com contornos quase imediatos? A negociação sob uma pena privativa de liberdade está na antessala. É apenas um pequeno passo, que abre inúmeras possibilidades para o futuro. Como bem sintetiza Ricardo Gloeckner, “em tempos de racionalidade neoliberal, nosso processo penal de cunho fascista se torna demasiadamente protetivo”, sendo o “*plea bargain* a principal estrutura neste novo capítulo do autoritarismo processual brasileiro”.¹⁰²⁹ Não são poucas manifestações nas adjacências do poder no sentido de que o “excesso de devido processo legal é doença”¹⁰³⁰ ou “o problema é o processo”.¹⁰³¹

O período onde o processo seja um “operador da mudança assumindo uma faceta tão impopular quanto imprescindível”, onde “pedem-lhe sangue e ele oferecer contraditório”,¹⁰³² como Rui Cunha Martins perfeitamente formulou, certamente encontra-se suspenso por hora. Pelo contrário, iniciando-se pelo Mensalão em 2005, vivemos o período de maior convulsão política canalizada através do Poder Judiciário, amplamente midiaticizada e debatida as “garantias” dos corruptores e corrompidos, sintetizando, pateticamente, que as garantias democráticas são o motivo por que há tanta delinquência no âmbito empresarial-político. A degeneração política e privada elevou a níveis estratosféricos a expectativa por punição da classe política pela população; formalidades não deveriam ensejar qualquer efeito sobre o julgamento dada a irrefutabilidade da culpa de todos. Impulsionada por promotores e juízes que se elevaram através da manipulação midiática a “cavaleiros apocalípticos do mundo

¹⁰²⁸ “Quando estava à frente da Operação ‘Lava-Jato’, o atual Ministro Moro fez exatamente isso: aplicou penas exemplares, muitas vezes desproporcionais, para quem não aceitou negociar. Não se pode desconectar ainda a ‘obra do autor’ da análise do ‘autor da obra’: Sergio Moro protagonizou na operação ‘Lava-Jato’ o maior número de acordos de delação premiada jamais visto e, principalmente, teve o ‘mérito’ de criar mais uma função para a pena privativa de liberdade: a prevenção negocial. Todos aqueles acusados que não ‘negociaram’ se prejudicaram imensamente. O recado foi claramente dado: quem não delatou foi condenado a penas altíssimas, exatamente para cumprir a função de prevenção negocial e sinalizar: negociem ou sofram penas duríssimas”. LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. *O Plea Bargaining no Projeto “Anticrime”: Remédio ou Veneno?* In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, São Paulo, 2019, p. 169.

¹⁰²⁹ GLOECKNER, Ricardo. *Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?* In: GLOECKNER, Ricardo. *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, 2019, p. 190.

¹⁰³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Devido Processo Legal é doença, Diz Professor Anfitrião de Deltan*. Consultor Jurídico, 2021, disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/senso-incomum-devido-processo-legal-doenca-professor-anfitriao-deltan>>. Acesso 05 fev. 2021.

¹⁰³¹ MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antonio Cesar. *O Problema é o Processo*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 29.03.2015, p. 2. Apud: GLOECKNER, Ricardo. *Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?* In: GLOECKNER, Ricardo. *Plea Bargaining*. Tirant lo blanch, 2019, p. 190.

¹⁰³² CUNHA MARTINS, Rui. *A Hora dos Cadáveres Adiados. Corrupção, Expectativa e Processo Penal*. Ed. Atlas, São Paulo, 2013, p. 100.

corrompido”, a exigência por uma reforma punitivista encontra-se sob primeira ordem para elevar “pessoas do bem” ao cume.

As “10 Medidas contra a Corrupção” e o Pacote “Anticrime” são manifestações claras e inequívocas de um avanço contra as liberdades individuais manifestada nos últimos anos, que chegou aos cumes de ampliar a área de atuação mortal da polícia através da “legítima defesa policial”; da limitação da progressão de regime, *plea bargaining*, etc. O avanço de uma política de introdução do *plea bargaining* não é nenhum absurdo, e é manifesta a ressonância popular – através de um sentimento de humilhação nacional e ressentimento altamente apto a ser mobilizado - que encontra-se no âmbito político-social dominado por *Fake News* e do discurso ideologizado.

Sob vestes de um combate à corrupção que é dirigida contra os políticos adversários e às maiores instituições do país, mas ampliando os poderes do Ministério Público; glorificação de juízes e promotores punitivistas que não respeitam as regras processuais e utilizam a mídia como elemento de pressão popular; redução de formalismos e do sistema processual, etc... Através destas boas intenções soterra-se qualquer formato de processo penal com aspirações democráticas. O termômetro de James Golsdchmidt que se utiliza da estrutura do processo penal como medidor dos elementos autoritários de uma nação está prestes a explodir.¹⁰³³

O fim da busca pela legitimidade¹⁰³⁴ e o triunfo da eficiência sobre todos os valores se manifestará nessa forma não-processual, pena-lógica – uma busca pela inescapabilidade da punição -, pela razão óbvia que sua sistematização é a da lógica de resultar na assunção de culpa. Utilizando-me de Arnold van Gennep, o sentimento de viver um forte período de “liminaridade”, no sentido antropológico, de período de passagem, intermediário, entre o “dentro e o fora”, onde “sabe-se que há um esgotamento do paradigma passado, mas ainda não se pode perceber com clareza o modelo que começa a surgir”,¹⁰³⁵ um terceiro milênio que experimenta, ao mesmo tempo, a expansão e a crise do sistema punitivo,¹⁰³⁶ abate-se sobre as luzes de soluções que mais cegam do que trazem a visão.

¹⁰³³ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Barcelona: Labor, 1936, p. 67.

¹⁰³⁴ “Com efeito, entrar no que se chama a modernidade é tomar noção de que a legitimidade afinal se funda apenas sobre si mesma. [...] Nesse sentido, a invenção dos deuses primeiro, de um Deus único depois, terá sido, portanto, uma invenção prodigiosa, pois conseguiu fazer com que todos arregaçassem as mangas: a transcendência religiosa terá sido o ponto de apoio que permitiu que sociedades se sustentassem no vazio durante séculos. Mas, hoje, a ficção está nua.” LEBRUN, Jean-Pierre. *A Perversão Comum. Viver Juntos sem o Outro*. Ed. Companhia de Freud. Rio de Janeiro, 2008, p. 25-26.

¹⁰³⁵ D’AVILA, Fábio Roberto. *Liberdade e Segurança em Direito Penal. O Problema da Expansão da Intervenção Penal*. Apud: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha (orgs.). *Crime e Interdisciplinaridade. Estudo em Homenagem à Ruth M. Chittó Gauer*. EdIPUCRS, Porto Alegre, 2012, p. 273.

¹⁰³⁶ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000, p. 13.

De repente, surge como o único remédio que a modernidade tardia “precisa” para uma busca cega de segurança e combate à criminalidade em uma sociedade de exploração máxima de capitalismo doente.¹⁰³⁷ Cumpre, portanto, sempre revisitar a máxima de Adorno e Horkheimer, onde “só há uma expressão para a verdade: o pensamento que nega a injustiça”,¹⁰³⁸ não renunciando, como ilustra Ricardo Timm de Souza, “a uma eminência ética: a capacidade de não ceder, em nenhuma hipótese, à tentação de relegar o ato de exercer algo diferente de uma consciência capaz de antever o máximo de consequências que desse ato advém ou podem advir”.¹⁰³⁹ Não haverá espaço para ingenuidades, como alertava Martin Luther King; nada em todo mundo será mais perigoso que a “ignorância sincera e a estupidez consciente”.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁷ “O que nos propõe hoje o poder hegemônico mundial senão voltar ao culto do ídolo punitivo? Estamos em um mundo em que um terço consome o que não necessita e os dois terços restantes não tem o que necessitam para viver dignamente e até para sobreviver. A cada dia inventam-se mais necessidades para o terço que não as precisa às custas da contaminação total do meio ambiente, com riscos para nossa sobrevivência como espécie no planeta. Os dois terços tornam-se perigosos, irritantes, cruzam os mares e desertos, invadem os jardins ordenados do terço consumidor. Vamos queimá-los? Alguns parecem propor isso, apesar de não serem tão sinceros quantos os inquisidores. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Nascimento da Criminologia Crítica*. Tirant lo blanch, 2020, p. 154.

¹⁰³⁸ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Zahar, Rio de Janeiro, 1985. Apud: DE SOUZA, Ricardo Timm. *Crítica da Razão Idolátrica. Tentações de Thanatos, Necroética e Sobrevivência*. Ed. Zouk, 2020, p. 275.

¹⁰³⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Crítica da Razão Idolátrica. Tentações de Thanatos, Necroética e Sobrevivência*. Ed. Zouk, 2020, p. 274-275.

¹⁰⁴⁰ CARSON, Clayborne (org.). *A Autobiografia de Martin Luther King*. Zahar, 2014.

JURISPRUDÊNCIA INGLESA

- 1 Leach at 464, 168 Eng. Rep. at 334.
- Anne Wilson*, OBSP (Apr. 1746, #191), at 137.
- Benjamin March*, OBSP (Feb. 1764, # 155), at 110
- Catherine Bougle*, July 1734, #27, at 152-155.
- Christopher Layer*, 16 St. Tr. 93 (K. B. 1722).
- Daniel Macginniss*, OBSP (Jan. 1783, #85), p. 111, 118-119.
- Edward Hill and John Hill*, OBSP (Dec. 1744, #24-25), at 8-9.
- Eleanor Eddacres*, OBSP (July 1757, #285), at 263, 269.
- Elizabeth Tracey and Ann Knight*, OBSP (July 1734, 21-22), at 149-152.
- Francis Cuff*, OBSP (July 1770, #494), at 314-315.
- George Mason*, OBSP (Dec. 1731), at 13, 14.
- George Sutton and William Simonds*, OBSP (June 1733, ##46-47), at 191, 193.
- George White*, OBSP (Sept. 1740, #380), at 218, 219.
- Harris v. New York*, 401 U.S. 222, 91 S. Ct. 643 (1971).
- Henry Simms*, OBSP (May, 1745, #241_ at 172-174.
- James Atwood and Thomas Robbins*, 1 Leach 464, 168 Eng. Rep. 334 (1788).
- James M'Locklin*, OBSP (Sept. 1761, #258), at 331.
- James Leekey and William Robinson*, OBSP (Dec. 1744, ##26-27) at 9, 10.
- Jane Holms et al.*, OBSP (Aug.-Sept. 1726), at 2-4.
- James Ruggles et al.*, OBSP (Dec. 1744, ##93-95) at 48, 49.
- James Scate*, SAP (Summer 1743), at 12, 13.
- John Flint*, OBSP (Feb.-Mar. 1765, #186), at 107.
- John Higginson*, OBSP (Apr. 1783, #314), at 491, 499.
- John Matthews*, 15 St. Tr. 1323 (O. B. 1719).
- John Maxworth*, OBSP (July 1736, #15), at 155.
- John Rann et al.*, OBSP (Dec. 1773, ##1-4), at 3.
- Joseph Bull*, OBSP (Jan. 1776, #191), at 132, 140.
- Joseph Dunbar*, OBSP (May 1784, #656), at 836.
- Joseph Isaacs*, OBSP (Jan. 1744) at 50, 51.

Joseph Trout, OBSP (Dec. 1766 #23) at 11, 12.

Laurence Balfe and Edward McQuirk, OBSP (Jan. 1769, ## 108-109), at 66.

Lord George Gordon, 21 St. Tr. 485 (O.B. 1781).

Margaret Wilson, OBSP (Jan. 1722), at 5.

Mary Haycock and Ann Haycock, OBSP (July 1734 ##19-20), at 147-149.

Mary Wade and Jane Whiting, OBSP (Jan. 1789, #155), at 168, 172

Mercy Hornby, OBSP (Apr. 1734, #22), at 108, 109.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Oregon v. Hass, 420 U.S. 714 (1975).

Peter Buck, OBSP (Sept. 1732, #53), at. 210.

R. v. Brazier, 1 Leach 199, 168 Eng. Rep. 262 (1779).

R. v. John Hampden, 9 St. Tr. 1053, 1103 (K.B. 1684).

R. v. Lyon Lyons, 1 Leach 185, 186, 168 Eng. Rep. 195, 196 (O.B. 1778).

R. v. Margaret Caroline Rudd, 1 Leach 115, 118 Eng. Rep. 234 (O.B. 1783).

Rachel Poole, OBSP (Apr. 1740, #200), at 107, 108.

Regina v. Jeremiah Stamford, OBSP, (Feb. 23, 1780, No. 3, Pt. 3).

Regina v. Sarah Jackson, OBSP, (Jan. 14-17, 1715).

Rex v. Rudd, 1 Cow p. 331, 334, 98 Eng. Rep. 1114, 1116 (K.B. 1775).

Rex v. Warickshall, 1 Leach 263; (1783) 168 ER 234.

Richard Hitchins, OBSP (Feb. 1764, #182), p. 133, 134.

Richard Noble et. Al. 15 St. Tr., 731 (Surrey Assizes 1713).

Richard Welch, OBSP (Sept. 1740, #391) at 226.

Sarah Malcolm, OBSP (Feb. 1733), at 90-91.

Thomas Dempsey et al., OBSP (Apr. 1776, ##367-372), at 231-235.

Thomas Bambridge, OBSP (Jan. 1744, #119), at 53, 54.

Thomas Talbot and Patrick Gaffney, OBSP (Jan. 1744 #104-105, at 43-44; and Joseph Isaacs, OBSP (Jan. 1744, #116), at 50-52.

William Askew, OBSP (Apr. 1746, #167), at 118, 120.

William Chatwin and John Davis, OBSP (June 1788, #429) at 561, 562.

William Macnamara, OBSP (Sept. 1783, #641), at 857-858.

William Woodcock, OBSP (Jan. 1789, #98) at 95.

JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

- Alabama v. Shelton*, 535 U.S. 654 (2002).
- Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).
- Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143 (1944).
- Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).
- Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 (1969).
- Brooks v. Florida*, 376 U.S. 187 (1964) 376 U.S. 187.
- Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).
- Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).
- Burt v. Titlow*, 134 S. Ct. 10, 13 (2013).
- Camron v. State*, 32 Tex. Crim. 180, 22 S.W. 682 (Crim. App. 1893).
- Clyatt v. United States*, 197, U.S. 207 (1905).
- Commonwealth v. Carver*, 224 Mass. 42,44 (1916).
- Commonwealth v. Andrews*, 2 Mass. (I Tyng) 408. 414 (1807).
- Commonwealth v. Battis*, 1 Mass. 95 (1804).
- Commonwealth v. Kossovan*, 265 Mass. 436 (1929).
- Commonwealth v. McGovern*, 183 Mass. 238, 239 (1903).
- Commonwealth v. Susan Boston*, Sup. Jud. Ct. R. Book 152 (Bristol. Apr. 1841).
- Commonwealth v. Tuck*, 37 Mass. (20 pick.) 356, 365 (1838).
- Commonwealth v. William Fletcher & Archibald McIntire*, Middlesex Ct. C.P. R. Book 174 (Mar. 1814).
- Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).
- Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).
- Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963).
- Goss v. State*, 730 So. 2d 568 (Miss. 1998).
- Griffin v. State*, 12 Ga. App. 615, 624-25, 630-31 (1913).
- Guardians of the Poor v. Greene*, 5 Binney 554 (Pa 1813).
- Harris v. South Carolina*, 338 U.S. 68 (1949).
- Harris v. United States*, 536 US 545 (2002).

Henderson v. Morgan, 426 U.S. 637, 645 (1976).

Hill v. Lockhart, 474 U.S. 52, 59 (1985).

Hooten v. State, 442 S.E.2d 836 (Ga. Ct. App. 1994).

Huskey v. State, 688 S.W.2d 417 (Tenn. 1985).

In Re Lewallen, 590 P.2d 383 (Cal. 1979).

In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970).

Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

Kercheval v. United States, 274 U.S. 220, 223 (1927).

Koon v. United States, 518 U.S. 81, 96 (1996).

Kyles v. Whitley, 514 U.S. 419 (1995).

Lafler v. Cooper, 566 U.S. 156 (2012).

MacKenzie v. Hillsborough County, 288 So. 2d 200 (Fla. 1973).

Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961).

Mcmann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

Mempa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967).

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

Missouri v. Frye, 132 S. Ct 1399, 1404 (2012).

Mounts v. Commonwealth, 89 Ky. 274. 277-78 (1889).

North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970).

O'Hara v. People, 41 Mich. 623, 624, 3 N.W. 161, 162 (1879).

Padilla v. Kentucky, 559 U.S. 356 (2010).

Papachristou v. City of Jacksonville, 405, U.S. 156, 158 (1972).

Parrish v. Beto, 414 F.2d 770 (5th Cir. 1969).

Payne v. Arkansas, 356 U.S. 560 (1958).

People v. Carroll, 631 N.E.2d 1155 (Il. 1992).

People v. Dennis, 328 N.E.2d 135 (Ill. 1975).

People v. Derrick Smith (N.Y. Sup. Ct. 1998) (Indictment No. 7996-98), Official Court Transcript at 4.

People v. Joyce, 4 N.Y. Crim. 341, 345 (Sup. CL 1886).

People v. McCrory, 41 Cal. 458, 462 (1871).

People v. Miller, 114 Cal. 10, 16 (1896).

People v. Moriarty, 185 N.E.2d 688, 689 (Ill. 1962).

People v. Whipple, 9 Cow. 707, 711 (N.Y. 0. & T. 1827).

People v. Willis, 52 N.Y.S. 808, 809 (Sup. CL 1898).

Powell v. Alabama. 287 US 45 (1932).

Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971).

Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

Sheldon v. United States, 246 F.2d 571 (5th Cir. 1957), 356 U.S. 26 (1958).

State v. Byrd, 407 N.E.2d 1384, 1385-86 (Ohio 1980).

State v. Pennington, 712A.2d 1133(N.J. 1998).

State v. Scalf, 710 N.E.2d 1206 (Ohio Ct. App. 1998).

State v. Walker, 250 Ill. 427, 432 (1911).

State v. Williams, 14 So. 32. 32 (La. 1893).

State v. Williams, 666 N.W.2d 58 (Wis. 2003).

Swang v. State, 42 Tenn. (2 Cold.) 212, 214-15 (1865).

United States ex rel. Elksnis v. Gilligan, 256 F. Supp. 244 (S.D.N.Y. 1966).

United States ex rel. McGrath v. LaVallee, New York, 319 F.2d 308 (2d Cir. 1963).

United States v. Chambers, 291 U.S. 217, 222-26 (1931).

United States v. Dixon, 1 D.C. (1 Cranch) 414 (1807).

United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).

United States v. Lee, 26 F. Cas. 910 (C.C.D. Il. 1846) (No. 15,588).

United States v. Stockwell, 472 F.2d 1186 (9th Cir. 1973).

United States v. Ruiz, 536 U.S. 622 (2002).

Utah v. Strieff, 579 US (2016).

The Whiskey Cases, 99 U.S. 594, 603 (1878).

Walker v. Johnston, 312 U.S. 275, 279–80 (1941).

Weeks. United States, 232 US 383 (1914).

Wight v. Rindskopf, 43 Wis. 344, 348 (1877).

Wolf v. Colorado, 338 US 25 (1949).

REFERÊNCIAS

1 **Select Trials at the Sessions-House in the Old Bailey**, 158, 161 (London 1742 edn.). In: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

1 STEPHEN. **History** 350. Em LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

2 Hawkins, PC 400-2. In: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 10-11.

3 Wigmore, **Evidence**, § 819, p. 238. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

8 **Gentleman's Magazine** 659 (Dec. 1738) (entry for 6 Dec. 1738). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 21.

ABRAMOWITZ, Elkan; BOHRER, Barry. **Era of Post-‘Booker’ Sentencing: Whither the Guidelines**. *New York Law Journal*, vol. 246, n. 85, 2011. Disponível em <<https://www.srz.com/images/content/6/7/v2/67934/New-York-Law-Journal-Era-of-Post-Booker-Sentencing-Whither-the-G.pdf>>. Acesso em 29 jan. 2021.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Zahar, Rio de Janeiro, 1985. Apud: DE SOUZA, Ricardo Timm. **Crítica da Razão Idolátrica. Tentação de Thanatos, Necroética e Sobrevivência**. Ed. Zouk, 2020.

ALSCHULER, Albert. **Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound**. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, No. 430, (2013).

ALSCHULER, Albert. **Law Without Values**. The University of Chicago Press, 2000, p. 95.

ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and Its History**. 79 *COLUM. L. REV.* 1, 19–24 (1979).

ALSCHULER, Albert. **The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea Por Less Aggregation**. *University of Chicago Law Review*. 1991.

ALSCHULER, Albert W. **The Prosecutor's Role in Plea Bargaining**. 36 *U. CHI. L. REV.* 50,59 n.31 (1968). In: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 *Yale L.J.*, 2000.

ALSCHULER, Albert. **Lafler and Frye: Two Small Band-Aids for a Festering Wound**. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, No. 430, (2013).

ALSCHULER, Albert. **Um Sistema Quase Perfeito para Condenar os Inocentes**. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea Bargaining**. Tirant lo Blanch, 1ª Ed, 2019.

AMARAL, Augusto Jobim. **Política da Criminologia**. Tirant lo Blanch, 2020.

American Bar Association, Project on Minimum Standards for Criminal Justice, Standards Relating to Pleas of Guilty. 2 (Tentative Draft 1967); In: DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. **The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem.** *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013).

Anon. **Directions for Prosecuting Thieves without the Help of Those False Guides. The Newgate Solicitors.** (London 1728) (Oxford Univ., Bodlein Law Libr. Shelfmark L. Eng. B.62.e.93). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

ARCHBOLD, John Frederick. **Pleading and Evidence in Criminal Cases.** 73 (1st Am. ed. 1824). In: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** *Columbia Law Review*, I, vol. 79 (1979).

Aula do Prof. Dr. Máximo Langer, na aula inaugural da faculdade de Direito da UFGRS (2019/2), em Porto Alegre, em 26 de agosto de 2019.

BARLOW, Theodore. **The Justice of Peace: A Treatise Containing the Power and Duty of that Magistrate.** 190 (London 1745). In: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003, p. 42.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I.** Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto.** Ed. Zahar, 1998, p. 48.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas em Fragmentos. Sobre a Ética Pós-Moderna.** Zahar, 2010.

BEATTIE, John. **Crime 341.** Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BEATTIE, John. **Policing and Punishment in London, 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror.** Oxford University Press, (2001). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BEATTIE, John M. **Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries.** 9 *Law and History Rev.* 221, 223 (1991). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BEATTIE, John. **The Cabinet and the Management of Death at Tyburn after the Revolution of 1688-1689.** Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BEATTIE, John. **The Criminal Trial in England, in The Age of William III.** 89, 90, (1989), p. 377. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BBCNEWS. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54288952>>. Acesso em 05 fev. 2021.

BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An Economic Approach.** *Journal of Political Economy*, vol. 76, 2. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines.** *Empório do Direito*, 2017.

BIBAS, Stephanos. **The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain.** 94 *J. Crim. L. & Criminology* 295 (2003-2004).

BLACKMON, Douglas A. **Slavery by Another Name. The Re-Enslavement of Black Americans from the Civil War to World War II.** Anchor Books (2008).

BLACKMORE, John e WELSH, Jane. **Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk.** In: **Crime & Delinquency.** Oct. 1983, p. 507-508. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines.** *Empório do Direito*, 2017.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England.** facsimile edition with introductions by Stanley N. Katz. (Univ. Chicago, 1979). 4 vols. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

BOLSTER, Wilfred. **Criminal Appeals.** *Mass. L.Q.*, Aug. 1922, at 16, 16a. Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph.** 109 *Yale L.J.*, 2000.

BOWMAN III, Frank O. **Mr. Madison Meets A Time Machine: The Political Science of Federal Sentencing Reform.** 58 *Stan. L. Rev.* 235, (2005).

BOWMAN III, Frank O. **Pour Encourager Les Autres?: The Curious History and Distressing Implications of the Criminal Provisions of the Sarbanes-Oxley Act and the Sentencing Guidelines Amendments that Followed.** 1 *OHIO ST. J. CRIM. L.* 373, 435 (2004).

BOWMAN III, Frank O. **The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis.** *Columbia Law Review.* Vol. 105, 2005.

BREWER, John e STYLES, John. **An Ungovernable People, The English and their Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries.** Rutgers University Press, (1980).

Britannica. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Tammany-Hall>>. Acesso em 05 mai. 2021.

BROWN, Darryl K. **How to Make Criminal Trials Disappear Without Pretrial Discovery.** *American Criminal Law Review*, Vol. 55:155, p. 169-170.

Bureau of Justice Statistics, U.S. Dep't Of Justice, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* 2002. (ano fiscal de 1999). Apud: SILVA, Lahni R. **Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues.** *Iowa Law Review*, Vol. 99:2219.

BURGER, Warren. **The State of the Judiciary-1970**. 56 A.B.A. J. 929, 931 (1970) (texto do discurso dado ao American Bar Association, August 1970).

BURN, Richard. **The Justice of the Peace and Parish Officer**. (London, 1766; 10th edn), p. Apud: KING, Peter. *Crime and Law in England, 1750-1840. Remaking Justice from the Margins*. Cambridge University Press, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Algumas Razones Político-Criminales para la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. *Revista de Derecho Penal Económico*. 2019.

CAIRNS. **Advocacy**. 34, 1 *Law Review* 79 (1845). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

CASARA, Rubens. **Bolsonaro o Mito e o Sintoma**. Ed. Contracorrente, São Paulo, 2020.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático. Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis**. Ed. Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARSON, Clayborne (org.). **A Autobiografia de Martin Luther King**. Zahar, 2014.

CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Coleção Exit, Cosacnaify, 2015.

CHRISTIE, Nils. **La Industria del Control del Delito. La Nueva Forma de Holocausto?** Ed. Del Puerto, 1993.

CHURCHILL, Wiston S. **História dos Povos de Língua Inglesa**. Ibrasa, São Paulo, 2005.

COCKBURN, “**Introduction**”, 109. Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003.

COKE, Edward. **The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning, High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes**. 137, (London 1644). Apud: LANGBEIN, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press. 2003.

COFFEE, John. **Does ‘Unlawful’ Mean ‘Criminal’?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law**. 71 *Boston University Law Review* 193, 216, 94, (1991). Apud: HUSAK, Douglas. **Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law**. Oxford University Press, 2008.

Committee on Criminal Code, 1855; Apud: McCONVILLE, Mike e MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History**. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

Concerning Crime, *N.Y. TIMES*, Feb. 12, 1869. Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 *Yale L.J.*, 2000, p. 1037.

Constitutional Alternatives to Plea Bargaining: A New Waive. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132:327, (1984).

CONVEY, Russell. **Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof.** Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013).

Crack: Cocaine, Corruption and Conspiracy. Direção de Stanley Nelson. Netflix, 2021.

COTTU, Charles. **De l'administration de la justice criminelle en angleterre, et de l'esprit du gouvernement anglaise.** (1822), p. 105. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

Court Statistics Project, disponível em <<http://www.courtstatistics.org/court-statistics/interactive-caseload-data-displays>>. Acessado em 18 Ago. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise. Interloquções a Partir da Literatura.** Tirant lo Blanch, 2ª Ed., 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – Ed Anche il Giudice.** In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, DE PAULA, Leonardo Costa, e SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (orgs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil 1-2. Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália.** Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2019.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Liberdade e Segurança em Direito Penal. O Problema da Expansão da Intervenção Penal.** In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila e ÁVILA, Gustavo Noronha (orgs.). **Crime e Interdisciplinaridade. Estudo em Homenagem à Ruth M. Chittó Gauer.** EdiPUCRS, Porto Alegre, 2012.

DAMASKA, Mirjan. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal.** Ed. Jurídica de Chile, 2000.

DAVIDSON, James West. **Uma Breve História dos Estados Unidos.** Yale University Press, (2015).

DELANEY, Ruth e SUBRAMANIAN, Ram. **Playbook for Change? States Reconsider Mandatory Sentences.** Vera Institute of Justice. Policy Report, (2014).

DERRETT, Duncan. **Review of: Presecuting Crime in the Reinassance: England, Germany, France.** The University of Chicago Law Review, 42:224.

DERVAN, Lucian E. **Bargained Justice: Plea Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve.** 2012 Utah L. Rev. 51 (2012).

DERVAN, Lucian E. e EDKINS, Vanessa A. **The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem.** Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 103, 1 (2013).

DERVAN, Lucian E. **Plea Bargaining's Survival: Financial Crimes Plea Bargaining, a Continued Triumph in a Post-Enron World.** 60 OKLA. L. REV. 451 (2007).

DICKENSON, William e TALFOURD, T. N. **A Practical Guide to the Quarter Sessions and Other Sessions of the Peace**. 350, 63 (3rd. edn. London 1829). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História**. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Universidade de Brasília, 1993.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa. Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. Ed. Elefante, 2017.

FEELEY, Malcom. **Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law**. In: NELKEN, David (org.). **The Futures of Criminology**. London, Sage Publications, 1994. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines**. Empório do Direito, 2017.

FEELEY, Malcolm. **Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process**. Journal of Justice Systems 73, (1982), p. 190-345.

FERDINAND, Theodore N. **Boston's Lower Criminal Courts, 1814-1850**. University of Delaware Press, (1992).

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional**. Minima Trotta, 2011, p. 24.

FIELDING, **Enquiry**. p. 281-285. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

FISHER, George. **Making Sense of English Law Enforcement in the Eighteenth Century: A Response**. The University of Chicago Law, vol. 2, Art. 8.

FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

FISHER, George. **The Birth of the Prison Retold**, 104 YALE L.J. 1235, 1252 n.62 tbl.5, (1995).

FOLTZ, Clara. **Public Defenders**. 31 AM. L. REV. 393, 393 (1897). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e Escritos IV. Estratégia, Poder-Saber**. 2ª ed, Ed. Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I. A Vontade de Saber**. 13ª Ed, Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento de la Biopolítica. Curso em el College de France (1978-1979)**. F.C.E., 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Nascimento da Prisão. Ed. Vozes, 2014.

FREMON, David K. **The Jim Crow Laws and Racism in American History**. Berkeley Heights, NJ: Enslow Publishers, (2000).

FRIEDMAN, Lawrence. **Breve Historia del Derecho Estadounidense**. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

FRIEDMAN, Lawrence M.; PERCIVAL, Robert V. **The Roots of Justice: Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910**. Chapel Hill: University of North Carolina Press, (1981), 67.

GAINER, Ronald. **Federal Criminal Code Reform. Past and Future**. 2 Buffalo Criminal Law Review 45, 53, 1998. Apud: HUSAK, Douglas. **Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law**. Oxford University Press, 2008.

GARLAND, David. **La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea**. Ed. Gedisa, 2005.

GARRETT, Brandon. **Por que Plea Bargains Não São Confissões**. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea Bargaining**. Tirant lo Blanch, 1ª Ed., 2019.

Gazeta do Povo. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/pcc-atuacao-paraguai/>>. Acesso em 02 fev. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal. Na perspectiva das Garantias Constitucionais. Alemanha-Espanha-Itália-Portugal-Brasil**. Livraria do Advogado, 2006.

GLOBO. <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/11/27/desemprego-no-brasil-atinge-146percent-no-trimestre-encerrado-em-setembro.ghtml>>. Acesso em 05 fev. 2021.

Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>>. Acesso em 05 fev. 2021.

GLOECKNER, Ricardo. Prisões Cautelares, **Confirmation Bias e o Direito Fundamental à Devida Cognição no Processo Penal**. RBCCRIM Vol. 117, (2015).

GLOECKNER, Ricardo. **Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?** In: GLOECKNER, Ricardo. **Plea Bargaining**. Tirant lo blanch, 2019.

GOLDMAN, Mayer C. **The public Defender: a Necessary Factor in the Administration of Justice**. (1917). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Barcelona: Labor, 1936.

GOULD, J.S. **Twenty First Annual Report of the Prison Association of New York**. (1866). Apud: McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History**. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

GREENWOOD, Peter W. **Sentencing**, In: DUTILE, Fernand e FOUST, Cleon (Orgs.). **The Prediction of Criminal Violence**. Springfield: Charles C. Thomas, 1987. Apud: DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial. A Criminologia do Fim da História**. Tese de Doutorado defendido na Universidade Federal do Paraná no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012.

GRINNELL, Frank W. **Legislative Problems in Regard to the Administration of the Criminal Law and Legislative Progress During the Session of 1923**. MASS. L.Q., May 1923. Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

GRINNELL, Frank W. **Probation as an Orthodox Common Law Practice in Massachusetts Prior to the Statutory System**. MASS. L. Q. 591, (1917). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

Guilty Plea: Plea Bargaining. Evaluations of Plea Bargaining. No site: Law Library – American Law and Legal Information. Disponível em <<https://law.jrank.org/pages/1289/Guilty-Plea-Plea-Bargaining-Evaluations-plea-bargaining.html>>. Acesso em: 19 Jun. 2020.

HALE, Matthew. **History of The Pleas of The Crown**. 225 (S. Emlyn ed. London 1736). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

HALE, Matthew. **The History of the Common Law of England**. ed. Charles M. Gray, Chicago UP, 1971, p. 30. Apud: SHARPE, J. A. **Crime in Early Modern England. 1550-1750**. Routledge, 2. Ed., London, 1999.

HARCOURT, Bernard E. **Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Police**. Harvard University Press, (2001).

HARRIS, Robert O. **Report of the County Commissioners of the County of Plymouth**. 116 (Plymouth. Avery Printing 1899). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

HAWKINS, John. **The Life of Samuel Johnson**. LL.D. 462 (Dublin 1787). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

HAWLES, John. **Remarks on Fitzharris's Trial**. 32. In: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

HAY, Douglas. **Property, Authority and the Criminal Law**. In: HAY, Douglas (org.). **Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England**. New York, Pantheon Books, 1975.

HEIDLER, David S.; HEIDLER, Jeanne T. **The Rise of Andrew Jackson. Myth, Manipulation, and the Making of Modern Politics**. Basic Books, (2018).

HILL, Christopher. **O Eleito de Deus. Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa**. Companhia das Letras, 1970.

HILL, L. M. **The Two-Witness Rule in English Treason Trials: Some Comments on the Emergence of Procedural Law.** 12 American J. Legal History, 95, (1968). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

HINDUS, Michael S. **Prison and Plantation: Crime, Justice and Authority in Massachusetts and South Carolina. 1767-1878.** University of North Carolina Press; 2012. Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph.** 109 Yale L.J., 2000.

HIRSCHMAN, Albert. **The Political Economy of Latin American Development: Seven Exercises in Retrospection.** Centro de Estudos EUA-México, Universidade da Califórnia, San Diego, dez. 1986. Apud: HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Impérios. 1875-1914.** Ed. Paz e Terra, 2017.

HOBBSAWM, Eric. **La Era de la Revolución, 1789-1848.** 6ª Ed., Buenos Aires, 2009.

Human Rights Watch, An Offer You Can't Refuse: How Us Federal Prosecutors Force Drug Defendants to Plead Guilty (2013). Disponível em <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/us1213_ForUpload_0_0_0.pdf>. Acesso em 11 Dez. 2020.

HUSAK, Douglas. **Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law.** Oxford University Press, 2008.

Illinois Assessment for Criminal Justice, The Illinois Crime Survey 47 (1929). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

Indefinite Commitments, Boston Evening Transcript, Jan. 30, 1890. Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph.** 109 Yale L.J., 2000.

International Centre for Prison Studies do World Prison Brief. Disponível em <<https://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>>. Acesso em Abril de 2020.

KALVEN JR., Harry; ZEISEL, Hans. **The American Jury.** University of Chicago Press, (1971).

KEETON, G.W. **Lord Chancellor Jeffreys and the Stuart Case.** 329 (1965). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal. Para Além da Ambição Inquisitorial.** Ed. Letramento, 2ª Ed., 2016.

KING, Nancy; SOULE, David; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. **When Process Affects Punishment: Differences in Sentences After GuiltyPlea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States.** 105 Columbia Law Review. 959 (2005).

KING, Peter. **Crime and Law in England, 1750–1840: Remaking Justice from the Margins.** Cambridge: Cambridge University Press. (2006).

KLARMAN, Michael. **From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality.** Oxford University Press, 2004. Apud: STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. **Democracy and Equality. The Enduring Constitutional Vision of the Warren Court.** Oxford University Press, (2020).

KLEIN, Richard. **Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process.** Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004).

KONIG, David Thomas. **Law and Society in Puritan Massachusetts, Essex County, 1629-1892.** The University of North Carolina Press, (1979).

KRASITY, Kenneth. **The Role of the Judge in Jury Trials: The Elimination of Judicial Evaluation of Fact in American State Courts from 1795 to 1913.** 62 Univ. Detroit L. Rev. (1985). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

LANGBEIN, John. **Constitutional Alternatives to Plea Bargaining: A New Waive.** University of Pennsylvania Law Review, Vol. 132:327, (1984).

LANGBEIN, John. **Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France.** 70 (1974).

LANGBEIN, John H. **Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources.** University of Chicago Law Review: Vol. 50: Iss. 1, Article 2, (1983).

LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

LANGBEIN, John. **Torture and Plea Bargaining.** The University of Chicago Law Review. 46:3, 1978.

LANGER, Maximo. **Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure.** Am. J. Crim. L., Vol. 33:3, (2006).

LAUDAN, Larry. **Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof, or Different Strokes for Serial Folks.** 1 (July 8, 2009) (unpublished working paper). Apud: CONVEY, Russell. **Longitudinal Guilt: Repeat Offenders, Plea Bargaining, and the Variable Standard of Proof.** Florida Law Review, Vol. 63, Issue 2, (2013).

LANDAU, Norma. **Indictment for Fun and Profit: A Prosecutor's Reward at Eighteenth-Century Quarter Sessions.** 17 L. & HIST. REv. 507 (1999).

LEBRUN, Jean-Pierre. **A Perversão Comum. Viver Juntos sem o Outro.** Ed. Companhia de Freud. Rio de Janeiro, 2008.

Legal Aid Society, 52d Annual Report. Voluntary Defenders' Committee 70 (1927).
Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

Legal Aid Society, 53d Annual Report. Voluntary Defenders' Committee 83 (1928).
Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do Censor. Ensaio sobre a Ordem Dogmática**. Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1983.

LEMMINGS, David. **Independence of the Judiciary in Eighteenth-Century England**.
Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

LINDSEY, **Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System**. 16 J. Am. Inst. Crim. L. & Criminology 9 (1926).

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista**. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal. Teses e Antíteses sobre os Processos de Informação e Privatização da Justiça Penal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

LOPES JR., Aury e PACZEK, Vitor. **O Plea Bargaining no Projeto “Anticrime”: Remédio ou Veneno?** In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea Bargaining**. Tirant lo blanch, São Paulo, 2019.

LYNCH, Gerard. **Our Administrative System of Criminal Justice**. 66 Fordham L. Rev. 2117 (1998).

MATHER, Lynn M. **Plea Bargaining or Trial?** 32 (1979). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

MAUER, Marc. **The Causes and Consequences of Prison Growth in the United States**. *Punishment & Society*, vol. 3, n.1, 2001, p. 172.

MAY, Allyson. **Thesis**. 91, 171, 303, 12 & 16. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

MCCONVILLE, Michael; MIRSKY, Chester L. **Criminal Defense of the Poor in New York City**. 15 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 581, 614, 617-18 (1986-1987).

McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History**. Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester. **The Rise of Guilty Pleas: New York. 1800-1865**. 22 J.L. & Soc'Y 443,466 (1995).

MCDONALD, William. **U.S. Department of Justice, Plea Bargaining: Critical Issues**

and Common Practices. National Institute of Justice Office of Justice Programs. 31. (1985). Apud: KLEIN, Richard. **Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process.** Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004).

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. **Tecnoinvestigação Criminal. Entre a Proteção de Dados e a Infiltração por Software.** Ed. Juspodivm, 2020.

MEREU, Ítalo. **Storia Dell’Intoleranza in Europa. Sospettare e Punire: L’Inquisizione come Modello di Violenza Legale.** Ed. Tascabili Bompiani, 1988, Milano.

Middlesex Ct. C.P. Docket Book No. 789 (Feb. 1859).

MILES, Michael. **Eminent Attorneys: Some Aspects of West Riding Attorneyship c. 1750-1800.** University of Birmingham. (1982). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

MILLER, Justin. **The Compromise of Criminal Cases.** 1 S. CAL. L. RaV. 1, 21-22 (1927). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

Missouri Assessment for Criminal Justice, Missouri Crime Survey 149. Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

MODEL CODE OF JUDICIAL CONDUCT. (5th ed. 2000). Canon 2 cmt. Apud: KLEIN, Richard. **Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process.** Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004).

MOLEY, Raymond. **The Vanishing Jury.** 2 S. CAL. L. REV. 97, 103 (1928).

MORO, Sergio Fernando; BOCHENEK, Antonio Cesar. **O Problema é o Processo.** O Estado de São Paulo. São Paulo, 29.03.2015. Apud: GLOECKNER, Ricardo. **Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário?** In: GLOECKNER, Ricardo. **Plea Bargaining.** Tirant lo blanch, 2019.

MICOCCI, Andrea; DI MARIO, Flavia. **The Fascist Nature of Neoliberalism.** Routledge Focus, New York, 2018.

MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History.** Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

NATAPOFF, Alexandra. **Punishment Without Crime. How Our Massive Misdemeanor System Traps the Innocent and Makes America More Unequal.** Basic Books, (2018).

National Advisory Commission On Criminal Justice Standards & Goals, Report on Courts 46 (1973).

National Center for State Courts, Examining the Work of State Courts. 2003, at 44 (2003). Apud: KING, Nancy. SOULE, David. STEEN, Sara; WEIDNER, Robert. **When**

Process Affects Punishment: Differences in Sentences After GuiltyPlea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States. 105 Columbia Law Review. 959 (2005).

National Commission on Law Observance and Enforcement, Report on the Enforcement of the Prohibition Laws of the United States 56 (1931). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979)

New York State Crime Commission, Report to the Commission of the Subcommittee On Statistics 135 (1927). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

New York Times. Disponível em < <https://www.nytimes.com/1998/10/31/nyregion/prisoner-leapt-to-death-despite-plea-for-suicide-watch.html>>. Acesso em 26 Nov. 2020;

O'MALLEY, Pat. **Risk, Power and Crime Prevention.** *Economy Society*. vol. 21, 1992.

OLDHAM, J. **The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century.** University of North Carolina Press, vol. I, 1992.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **Análisis Económico del Derecho y Política Criminal.** Revista de Derecho Penal y Criminología, Extra 2, UNED 2004.

Our Documents. Disponível em <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=40>>. Acesso em 17 Mai. 2021.

PACKER, Herbert. **The Limits of the Criminal Sanction.** Stanford University Press, (1968).

PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. **História Constitucional Inglesa e Norte-Americana.** UnB-Finatec, Brasília, 2008, p. 27-28.

PALEY, Ruth. **Thieftakers in London in the Age of the MacDaniel Gang, c. 1745-1754.** Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico.** 1ª Ed, Buenos Aires XXI Editores Argentina, 2002.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic. **The History of English Law.** 2nd Edition 1898, p. 624-5. Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial.** Oxford University Press. 2003.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** New York, Aspen Law & Business, 1998. Apud: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines.** Empório do Direito, 2017.

POUND, Roscoe. **Criminal Justice in America.** 184 (1930). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

POWE, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Harvard University Press, 2000.

POWELL, Thomas. **The Attorney Academy: Or, The Manner and Forme of Proceeding Practically**. 135 (1623). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 112.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Lumen Juris, 3ª Ed., Rio de Janeiro, 2005.

President George W. Bush, **Remarks on Corporate Responsibility in New York City**, 2 PUB. PAPERS 1194, 1196 (July 9, 2002), disponível em <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getpage.cgi?position=all&page=1196&dbname=2002_public_papers_vol2_misc>. Acesso em 30 Set. 2020.

President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, The Challenge of Crime in a Free Society. 134-37 (1967). Apud: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem**. *Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 103, 1 (2013).

PULTON, Ferdinando. **De Pace Regis et Regni**. 184 (London 1609). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 10-11.

QUARTZO. Disponível em <<https://quartzoinvestments.com/2017/10/21/a-quebra-da-enron/>>. Acesso em 12 Dez. 2020.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. Boitempo, 2014.

RAPPAPORT, John. **Unbundling Criminal Trial Rights**. 82 *The University of Chicago Law Review*, 181 (2015).

REALE JÚNIOR, Miguel. **Colaboração Premiada: Natureza, Dilemas Éticos e Consequências**. In: BENETTI, Giovana; CORREA, André R.; FERNANDES, Marcia; NITSCHKE, Guilherme; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.). **Direito, Cultura, Método: Leituras da Obra de Judith Martins-Costa**. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

Remarks of Horace Twiss. 15 *Parliamentary Debates* 610 (1826). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

Report from the Select Committee to Consider of so Much of the Criminal Law as Relates to Capital Punishment in Felonies. (London 1819) (8 *Parliamentary Papers*). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

Report of the President's Comm'n On Crime in the District of Columbia. (1966). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. *Columbia Law Review*, I, vol. 79 (1979).

ROBERTS, Sam. **For One Zealous Judge, Hard Bargaining Pushes Cases Through the Courts.** New York Times, Apr. 29, 1985, at B1. Apud: KLEIN, Richard. **Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process.** Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004).

ROSENWAIKE, I. **Population History of New York City.** (Syracuse, NY, Syracuse University Press, 1972). p. 39. Apud: McCONVILLE, Mike and MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History.** Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

RUBENSTEIN, Richard. **The Cunning of History.** New York, Harper, 1978, p. 91. Apud: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto.** Ed. Zahar, 1998.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social.** Ed. Revan, 2ª Ed., 2004.

S. DOC. No. 68, at 10, 12 (Mass. 1844); Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph.** 109 Yale L.J., 2000.

San Francisco Committee on Crime, A Report on the Criminal Courts of San Francisco, Part I: The Superior Court Backlog-Consequences and Remedies 1 (1970).

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Cruel Pedagogia do Vírus.** Almedina, Coimbra, 2020.

SCHULHOFER, Stephen J. **Is Plea Bargaining Inevitable?** 97 HARV. L. REV. 1037, 1106 (1984), p. 1051.

SCHULHOFER, Stephen J. **Plea Bargaining as Disaster.** 101 YALE L. J., 1992, p. 1981.

SCHULHOFER, Stephen J. **No Job Too Small: Justice without Bargaining in the Lower Criminal Courts.** Am. B. Found. Res. J. 519 (1985).

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea Bargaining as Contract.** Yale Law Journal, v. 101, article 8, 1992.

SENADO FEDERAL. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>>. Acesso em 05 fev. 2021.

SÉROUSSI, Roland. **Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano.** Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 81.

SHARPE, J. A. **Crime in Early Modern England. 1550-1750.** Routledge, 2. Ed., London, 1999.

SHINN, Charles Howard. **Mining Camps: A Study in American Frontier Government.** Em <<https://truewestmagazine.com/whats-the-difference-between-an-old-west-marshal-and-a-sheriff/>>. Acesso em 21 jul. 2020.

SILVA, Lahny. **Right to Counsel and Plea Bargaining: Gideon's Legacy Continues**. Iowa Law Review, Vol. 99:2219.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear**. Oxford University Press, New York, 2007.

SLAVICEK, Louise Chipley. **The Prohibition Era. Temperance in the United States**. Milestones in American History, (2009).

SMITH, Steven e DEFRANCES, Carol. **Bureau of Justice Statistics Selected Findings: Indigent Defense**. 4 (1996), available at < <http://bjs.gov/content/pub/pdf/id.pdf>>.

SMITH, Thomas. **De Republica Anglorum**. (1982) (1st edn. 1583, written c. 1565). Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003, p. 13.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Crítica da Razão Idolátrica. Tentação de Thanatos, Necroética e Sobrevivência**. Ed. Zouk, 2020.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus Termos. Dignidade Humana, Dignidade do Mundo**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

Standards for Criminal Justice, Chapter 14 - Pleas of Guilty (2d ed. 1986). Apud: KLEIN, Richard. **Due Process Denied: Judicial Coercion in the Plea Bargaining Process**. Hofstra Law Review, vol. 32, Iss. 4, (2004).

STANLEY, Jason. **Como Funciona o Facismo. A Política do “Nós” e “Eles”**. Ed. L&PM, 5ª Ed., 2020.

STAUNDFORDE, W. **Staundforde's Pleas of the Crown**. (London 1560). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History**. Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

STEPHEN, James. **A General View of the Criminal Law of England**. 194-5 (London 1863); Apud: LANGBEIN, John. **The Origins of Adversary Criminal Trial**. Oxford University Press. 2003.

STONE, Geoffrey R. e STRAUSS, David A. **Democracy and Equality. The Enduring Constitucional Vision of the Warren Court**. Oxford University Press, (2020).

STORY, Joseph. **Value and Importance of Legal Studies**. (1829). Apud: ALSCHULER, Albert. **Law Without Values**. The Univerity of Chicago Press, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Devido Processo Legal é doença, Diz Professor Anfitrião de Deltan**. Consultor Jurídico, 2021, disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/senso-incomum-devido-processo-legal-doenca-professor-anfitriao-deltan>>. Acesso 05 fev. 2021.

STUNTZ, William. **The Pathological Politics of Criminal Law**. 100 Michigan Law Review 506, 515, (2001).

STUNTZ, William. **The Substantive Origins of Criminal Procedure**. 105, Yale L.J. 393, 417 (1995).

SWIFT, Zephaniah. **A System of the Laws of the State of Connecticut**. 365-66 (1796). Apud: HORWITZ, Morton. **The Transformation of American Law 1780-1860**. Harvard University Press, Cambridge, 1977.

TAVARES, Juarez. **Introdução**. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Nascimento da Criminologia Crítica**. Tirant lo blanch, 2020.

The Federalist No. 14 at 72 (James Madison) Michael Lloyd Chadwick ed., Global Affairs, 1987. Apud: ALSCHULER, Albert. **Law Without Values**. The University of Chicago Press, 2000.

The Proceedings of the Sessions of the Peace, and Oyer And Terminer, for the City of London, & County of Middlesex. [hereinafter OBSP] (London. Joseph Gurney 1758) (1715; Apr. & Sept. 1774). I Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph**. 109 Yale L.J., 2000.

THOMAS, Roger. **The Seven Bishops and Their Petition**. 18 May 1688. 12 J. Ecclesiastical History 56, (1961).

TURNER, Jenia e REDLICH, Allison. **Two Models of Pre-Plea Discovery in Criminal Cases: An Empirical Comparison**. George Mason University, 73 Wash. & Lee L. Rev. 285 (2016).

U.S. Department of Commerce Bureau of the Census, Judicial Criminal Statistics. (published in separate pamphlets for each year from 1933 through 1945). Apud: ALSCHULER, Albert W. **Plea Bargaining and Its History**. 79 COLUM. L. REV. 1, 6 (1979).

U.S. SENTENCING COMMISSION, THE USE OF FEDERAL RULE OF CRIMINAL PROCEDURE 35(B) 8 (2016), Disponível em: <<https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-andpublications/research-publications/2016/Rule35b.pdf>>. Acesso em 19 Ago. 2020.

United States Sentencing Commission, 1988, Federal Sentencing Guidelines Manual. Ch. I, Cap. I, Original Introduction.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**. Ibccrim, São Paulo, 2015.

VOGEL, Mary E. **The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-1860**. Law & Society Review, vol. 33, n. 1, (1999).

WALLIS, John. **The Bloody Code in England and Wales. 1760-1830.** Palgrave Macmillan, Liverpool, 2018.

WHARTON, Francis. **Law of Evidence in Criminal Issues.** § 638 (8th ed. 1880). Apud: ALSCHULER, Albert. **Plea Bargaining and Its History.** Columbia Law Review, I, vol. 79 (1979).

WHEELER, Jacob. **Nominative reporter** (1816). Apud: McCONVILLE, Mike and MIRSKY, Chester. **Jury Trials and Plea Bargaining: A True History.** Hart Publishing. Oxford and Oregon, (2005).

WILSON, James Q. **Thinking About Crime.** Basic Books, New York, Revised Edition, 2013.

WINSLOW, Cal. **Sussex Smugglers;** RULE, John. **Wrecking ans Coastal Plunder.** In: HAY, Douglas (org.). **Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England.** New York, Pantheon Books, 1975, p. 119.

WOOD, Walton J. **The Annual Report of the Los Angeles County Public Defender.** 9 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 289, 289-90 (1918). Apud: FISHER, George. **Plea Bargaining's Triumph.** 109 Yale L.J., 2000.

WRIGHT, Ronald. **Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice.** University of Pennsylvania Law Review. Vol.154:79, (2005).

WUNDERLICH, Alexandre. **“Sanção Premial Diferenciada” após o Pacote “Anticrime”.** Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-09/wunderlich-sancao-premial-diferenciada-pacote-anticrime>>. Acesso em 02 fev. 2021.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente.** Ed. Revan, 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **A Questão Criminal.** Ed. Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Nascimento da Criminologia Crítica.** Tirant lo blanch, 2020.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A. Um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines.** Empório do Direito, Florianópolis, 2017.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br