

## LIMITE PENAL

# Por que os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do *plea bargaining*?

15 de fevereiro de 2019, 8h07

Por Dylan Walsh

*Excepcionalmente nesta semana, apresentaremos na coluna "Limite Penal" a tradução de um breve artigo, mas bastante ilustrativo, sobre a crise do plea bargaining nos Estados Unidos. Com isso damos início à análise das medidas contidas no projeto "anticrime" do governo federal, exatamente pela mais grave e problemática delas, na nossa visão. Na próxima semana seguiremos tratando da negociação sobre a pena e demais propostas.*

\*\*\*

Shondel Church foi preso em Kansas City, Missouri, em julho de 2017, acusado de roubar um gerador e uma caixa de ferramentas de sua madrasta. Ele ficou preso em Lafayette County Jail por seis semanas até ter sua primeira conversa com um defensor público, Matthew Gass. Gass tinha esperança de que poderia ganhar o caso no julgamento, mas explicou que, em razão da carga de trabalho, precisaria de seis meses para se preparar — seis meses durante os quais Church permaneceria preso. Como pai de quatro filhos e principal provedor de sua família, Church sentiu que não poderia esperar tanto tempo e [se declarou culpado](#) de um crime de menor gravidade (contravenção). Ele recebeu dois anos de liberdade vigiada e uma conta de US\$ 2,6 mil para pagar por causa de sua "estadia" em prisão preventiva.

97% dos [casos federais](#) são resolvidos da mesma maneira de Church, por negociação/barganha. [Dados em nível estadual](#) sugerem números semelhantes em todo o país. Embora o acesso a um julgamento público esteja consagrado na Sexta Emenda, aceitar uma negociação exclui essa possibilidade. “Esse direito constitucional, para a maioria, é um mito”, [escreveu](#) o juiz federal John Kane, em 2014 — uma voz entre um coro de juristas, defensores e acadêmicos que pedem por reformas. Alguns querem ajustes para



regulamentação e controle das negociações; outros pedem uma revisão mais ambiciosa do modo como os procedimentos são conduzidos, agilizando o processo para torná-lo acessível a um maior número de pessoas.

Barganhas eram quase desconhecidas antes da Guerra Civil. Somente depois dela, à medida em que as ondas de americanos e imigrantes se deslocavam e chegavam às cidades e as taxas de criminalidade aumentavam, os tribunais de apelação [começaram a documentar](#) negociações que se assemelham à prática moderna. O acordo tornou-se uma válvula de escape para a resolução de casos. Os tribunais de apelação “condenaram isso como chocante e terrível” na época, disse Albert Alschuler, um professor aposentado de Direito que estuda o *plea bargaining* há cinco décadas. Os tribunais levantaram uma série de objeções a esses primeiros acordos, do sigilo do processo à probabilidade de coagir réus inocentes. Acordos, escreveu o Supremo Tribunal de Wisconsin em 1877, são “difícilmente, se é que são, distinguíveis em princípio de uma venda direta de justiça”.

A prática, no entanto, continuou e, na virada do século, um pequeno balcão de negócios havia se instalado nessa órbita. “Intermediadores” poderiam ser contratados para providenciar alternativas a uma sentença de prisão. A polícia regularmente visitava as cadeias para “negociar” com os presos. Um advogado de defesa da cidade de Nova York e amigo de magistrados locais perambulou na frente do plantão noturno vendendo 10 dias de prisão por US\$ 300, 20 dias por US\$ 200 e 30 dias por US\$ 150. Na década de 1920, quando os crimes federais de violação da "lei seca" inundaram os fóruns criminais, 88% dos casos na cidade de Nova York e 85% em Chicago foram resolvidos por meio de *plea bargaining*. Quando a Suprema Corte, em 1969, finalmente se manifestou sobre a legalidade da questão, [decidiu por unanimidade](#) que as negociações e acordos são constitucionalmente aceitáveis. Eles são “inerentes à administração da Justiça criminal”, declarou a corte.

Algumas justificativas são usadas para explicar o uso generalizado dos acordos. Nos casos que envolvem o crime organizado, os promotores podem usar os acordos para alavancar o caso, extraindo informações de infratores de menor importância na estrutura criminosa para alcançar os níveis mais altos da hierarquia. Os acordos também podem oferecer vantagens realmente boas para pessoas que estão condenadas a longas penas de prisão. O pensamento econômico e os fundamentos da economia justificam a negociação. Julgamentos são caros e demorados. Racionalmente, duas partes podem chegar a um bom resultado de forma mais rápida e barata por meio de barganhas: o promotor oferece uma acusação mais leve se o réu abrir mão do processo (completo) e admitir a culpa.

Esse raciocínio final levanta questões morais difíceis, que talvez tenham sido melhor articuladas pelo presidente da Suprema Corte Warren Burger em 1971: "Uma sociedade próspera não deve ser miserável no apoio à justiça, pois a economia não é um objetivo do sistema", [escreveu](#). O tribunal, em outras palavras, deve priorizar sua imensa responsabilidade de separar os culpados dos inocentes, pelo eficiente julgamento de réus criminais. ("Avareza" pode ser como Church descreveria as relações do Estado com ele no Missouri. Agora ele está envolvido em uma ação coletiva que argumenta que, por falta de pessoal, a Defensoria Pública não fornece aconselhamento legal suficiente.)

Mas há também uma preocupação prática central que os reformadores querem mitigar: que a falta de controle e supervisão investe os promotores de poderes amplos e obscuros. Juízes normalmente não participam da realização dos acordos e os registros escritos de um acordo quase nunca são exigidos. Embora os julgamentos por júri exijam prova de culpa além de uma dúvida razoável, os acordos não seguem nenhum padrão de evidência ou prova; o promotor oferece uma suspensão do processo em troca de uma confissão de culpa, e o réu decide se aceita ou não o acordo sem conhecer o mérito de seu caso [\[1\]](#).

De fato, a única restrição à barganha imposta aos promotores é que eles não podem usar ameaças ilegais para garantir o acordo. "Então, se um promotor disser: 'Vou atirar em você se você não se declarar culpado', esse acordo será inválido", explicou Alschuler. "Mas se ele ameaçar acusar alguém por crime punível com pena de morte e o réu se declarar culpado, então o acordo é legal." Supondo que eles tenham uma causa provável [\[2\]](#), os promotores podem até ameaçar acusar a família de um acusado para extrair um acordo. Por exemplo, se o cônjuge ou irmão de um réu é cúmplice no tráfico de drogas — talvez eles tenham recebido uma ligação relacionada ao caso — um promotor pode oferecer reduzir ou descartar acusações contra o membro da família se o réu se declarar culpado.

Essa dinâmica, combinada com as tendências nacionais, tem produzido mais *mandatory sentences* [\[3\]](#) nos últimos 30 anos e deu aos promotores uma imensa vantagem. Se um réu decidir ir a julgamento, um promotor pode fazer uma acusação mais grave, pedindo a prisão perpétua. O acordo pode levar a uma pena de 8 ou 10 anos, "ou outro número", disse Matt Sotorosen, advogado sênior do Gabinete do Defensor Público de São Francisco. "Mesmo que você tenha um cliente inocente, a maioria não quer correr esse risco. Eles preferem o acordo de oito anos. O que pode acontecer se o julgamento for ruim?" Os resultados desse cálculo desequilibrado são evidentes nos dados do Projeto National Registry of Exonerations [\[4\]](#): de 2.006 casos revisados desde que o projeto começou em 1989, [362 deles](#) (ou seja, 18%), foram baseados em admissões de culpa (*guilty pleas*).

Em teoria, abolir o uso de barganhas não exigiria muito: os promotores simplesmente parariam de oferecer acordos. Isso aconteceria, embora o grande fluxo de julgamentos prejudicasse os tribunais. (Michelle Alexander, autora de *The New Jim Crow*, sugeriu que os réus fossem deliberadamente para julgamento e “quebrassem as cortes” como uma forma de resistência ao encarceramento em massa.) Mas ambos os lados do debate concordam que as chances de isso acontecer são mínimas. Até mesmo Alschuler, que ao longo de sua carreira se manteve como um dos mais ferrenhos críticos da barganha, admitiu [em 2013](#) que “o tempo de uma cruzada” (contra a *plea bargaining*) havia passado. Em vez disso, ele sugeriu que as pessoas trabalhassem para tornar o sistema de Justiça criminal “menos horrível”.

Em consonância com isso, os reformadores estão explorando duas maneiras de tornar as negociações judiciais mais responsáveis ou menos comuns: o processo poderia ser alterado para dar aos réus mais proteção, ou o julgamento do júri poderia ser simplificado para garantir que mais pessoas tirassem proveito desse direito.

"A barganha nos Estados Unidos é menos regulada do que em outros países", disse Jenia Turner, professora de Direito da Southern Methodist University, que escreveu um livro comparando os processos de acordo em várias jurisdições internacionais e dos Estados Unidos. Como resultado, os estados estão adotando de forma independente medidas para tornar o processo mais transparente, mais justo. Em Connecticut, [por exemplo](#), os juízes frequentemente participam das negociações, opinando sobre o mérito de uma oferta. No Texas e na Carolina do Norte, juntamente com alguns outros estados, ambos os lados compartilham evidências antes do acordo [\[5\]](#).

Turner sugere que a reprodução de algumas dessas práticas para além das fronteiras estaduais, ou a padronização do processo de negociação em âmbito nacional, poderia ser uma boa maneira de equilibrar o poder entre réus e promotores. Ela também [argumenta](#) que os acordos devem ser registrados por escrito e que as reduções da pena por se declarar culpado devem ser inegociáveis [\[6\]](#). No Reino Unido, por exemplo, as reduções de pena em troca de uma confissão de culpa seguem cronogramas rigorosos, com base no momento em que o pedido é formulado.

Não há receita óbvia para fomentar esse tipo de reforma. Os condutores da negociação variam “muito de uma jurisdição para outra”, disse Turner. Mas ela admitiu uma linha comum que une as jurisdições investidas na mudança do processo de negociação: elas devem ser motivadas por alguns valores abrangentes além da eficiência, “como buscar a justiça”, disse, “da maneira como ela for entendida”.

A alternativa para melhorar as negociações é ter mais julgamentos. Um passo nessa direção tem sido praticado há muito tempo na Filadélfia, onde julgamentos perante um juiz, e não no júri, são comuns. Evitando o processo de seleção do júri, conhecido como *voir dire*, há uma redução dramática na duração do processo, ainda que a culpa de um acusado deva ser provada além de qualquer dúvida razoável. Em 2015, excluindo os casos que foram denegados/não admitidos, [apenas 72%](#) dos réus criminais na Filadélfia se declararam culpados, em contraste com 97% dos julgamentos federais; e 15% optaram por serem julgados por um juiz (e não o júri).

“A solução na Filadélfia é muito boa, dadas as alternativas”, disse Keir Bradford-Gray, o principal defensor público da cidade. “Acreditamos firmemente em trazer as provas para o debate e litigar. Este programa permite muito mais julgamentos do que vemos em outras jurisdições.”

John Rappaport, professor de Direito da Universidade de Chicago, propõe uma [solução mais radical](#): se a negociação pré-julgamento com o promotor vai acontecer, deve abranger mais do que a troca básica de culpa por clemência. Os réus devem poder negociar em todo o processo, oferecendo simplificação/abreviação no julgamento em troca de uma pena menor. E se um réu concordasse com um julgamento por apenas seis ou três jurados, em vez de 12? Ou se os padrões de evidência fossem rebaixados, de uma dúvida razoável a uma preponderância da evidência?

É tudo bastante simples e não exigiria qualquer mudança na estrutura administrativa, disse Rappaport. “Se um advogado de defesa se aproximasse de um promotor e dissesse: 'Ei, vamos acabar com o *voir dire* e pegar os 12 primeiros jurados que entrarem na sala', o promotor seria surpreendido.”

Ele sugere que a reforma do sistema de negociação, para incorporar mais julgamentos, exporia outros problemas. “Os julgamentos são uma janela importante para o funcionamento do sistema — eles são uma forma de auditoria”, disse Rappaport. Eles dão visibilidade, transparência do procedimento investigatório e da acusação e dão publicidade. Se a polícia se comporta mal, isso permanece enterrado quando os réus fazem um acordo. A este respeito, até mesmo um julgamento abreviado é mais favorável do que não ter nenhum julgamento. E tal processo de barganha não existiria sem limites. “O resultado do julgamento ainda tem que se originar da aplicação de princípios legais gerais àquele caso individual”, disse. Um réu não poderia concordar com um lançamento de moeda, por exemplo, para decidir sobre sua culpa.

Embora a barganha tenha começado de forma obscura — intermediários, policiais torcendo os braços dos detentos —, ela se tornou, desde então, um costume judicial. É o pão diário

de todos os tribunais penais em todas as jurisdições do país e praticamente todos a serviço da eficiência/economia. "Nós montamos o sistema de julgamento mais pesado e caro que o mundo já viu, e então decidimos que não podemos proporcionar isso para todos, exceto para uma minúscula porção de pessoas", disse Alschuler. Ele pegou uma metáfora que utilizou pela primeira vez há quase um quarto de século, em [um artigo](#) que buscava alternativas para os acordos. Sua frustração segue inalterada com o tempo: "É como tentar resolver o problema de transporte fornecendo Cadillac's para 2% da população, e fazendo todo o restante andar a pé".

\*Artigo [originariamente publicado](#) na revista The Atlantic em 2/5/2017.

\*\*Tradução: Aury Lopes Jr. (advogado, doutor em Direito Processual Penal, professor titular da PUCRS e colunista da **ConJur**).

\*\*\*Recomendamos o confronto com o texto original em caso de dúvida, para máxima fidelidade ao texto do autor. Foram inseridas algumas notas do tradutor (NT) para esclarecer termos técnicos de difícil tradução e adotamos o termo "negociação" para aludir às diferentes formas de plea, bem como empregamos "julgamento" como simplificação do termo trial. De qualquer forma, fica a sugestão de consulta ao original em caso de dúvida, discordância ou mesmo citação em trabalhos acadêmicos. A tradução foi devidamente autorizada pelo autor.

---

[1] NT: Na verdade o problema é que a defesa precisa decidir se aceita ou não o acordo sem conhecer todas as provas que o Ministério Público tem (ou não tem) contra o réu.

[2] NT: Ou seja, justa causa, enquanto elementos probatórios suficientes para acusar alguém e levar o caso penal a julgamento.

[3] NT: No sistema americano existem crimes (graves) em que se limita o poder do juiz de definir a pena, na medida em que a lei já determina. É o que ocorre, por exemplo, com os crimes apenados com prisão perpétua ou pena de morte.

[4] NT: É um projeto da [Faculdade de Direito](#) da [Universidade de Michigan](#), da [Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Michigan](#) e do Centro Newkirk de Ciência e Sociedade da [Universidade da Califórnia Irvine](#), e se dedica a revisar casos criminais para apurar condenações errôneas. Sobre o tema:

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/mission.aspx>

[5] NT: Um procedimento muito importante que pode e deve ser adotado nas negociações é o compartilhamento de provas entre acusação e defesa, para que a defesa possa decidir sobre fazer ou não o acordo a partir de uma análise de viabilidade ou não da acusação. Isso é uma exigência de boa-fé e transparência que não só deve pautar o agir do Estado, mas também como uma forma de evitar "blefes" e acordos abusivos. Se a "estratégia" e a "malícia" podem ser utilizadas nos negócios privados, não o devem quando se trata de um

agente público.

[6] NT: Entendemos que a autora está se referindo ao estabelecimento de limites de redução da pena, que devem ser respeitados e, portanto, inegociáveis, ao contrário do que existe hoje.

Dylan Walsh é escritor e jornalista em Chicago (EUA). Atualmente, dedica-se a analisar o sistema de Justiça criminal norte-americano.

Revista **Consultor Jurídico**, 15 de fevereiro de 2019, 8h07