
O SISTEMA NORTE-AMERICANO DO *PLEA BARGAINING* E O PROVÁVEL OCASO DO *TRIAL BY JURY*

THE NORTH AMERICAN PLEA BARGAINING SYSTEM AND THE PROBABLE DECLINE OF THE TRIAL BY JURY

Geovana Faza da Silveira Fernandes,
Universidade Estácio de Sá, Bolsista da
CAPES - Programa de Doutorado
Sanduíche (2022-2023), Brasil
geovanafaza@gmail.com

Received: 09/19/2022

Accepted: 09/25/2022

Published: 10/01/2022

Resumo: Visa-se, neste trabalho, refletir brevemente sobre o sistema norte-americano denominado *Plea Bargaining*, abordando algumas de suas características, levando-se em conta, principalmente, sua relação com o *Trial by Jury*, como direito constitucional assegurado pela Sexta Emenda Constitucional. Analisa-se, também, sua atual prevalência sobre o tribunal do júri, fato que é demonstrado por meio de pesquisas norte-americanas que levantaram o número de casos submetidos ao *Plea Bargaining* nos últimos tempos. E a questão que se coloca é que se a máquina do *Plea Bargaining* seria o provável ocaso do *Trial by Jury*, em referência a artigo de autoria de George Bisharat. Aborda-se, assim, questões referentes a custos com o *full trial*, em contraposição a alegados benefícios do acordo em matéria criminal e do *Plead of Guilty*. O presente trabalho parte de abordagem qualitativa, recorrendo-se a aportes teóricos sobre o tema e a pesquisa documental, sem a pretensão de responder ao questionamento proposto, mas com o objetivo de trazer reflexões sobre alguns problemas que a máquina da justiça consensual, tal como operada nos dias de hoje nos EUA, tem enfrentado, principalmente no que concerne ao perigo de punição de inocentes.

Palavras-chave: *Plea Bargaining*. *Trial by Jury*. Justiça penal consensual. Desequilíbrios de poder.

Abstract: The aim of this work is to briefly reflect on the North American system called *Plea Bargaining*, addressing some of its characteristics, taking into account, mainly, its relationship with the *Trial by Jury*, as a constitutional right guaranteed by the Sixth Constitutional Amendment. Its current prevalence over the jury trial is also analyzed, a fact that is demonstrated through North American research that raised the number of cases submitted to *Plea Bargaining* in recent times. And the question that arises is whether the *Plea Bargaining* machine would be the probable downfall of the *Trial by Jury*, in reference to an article by George Bisharat. Thus, issues related to the costs of the full trial are addressed, as opposed to the alleged benefits of the agreement in criminal matters and the *Plead of Guilty*. The present work starts from a qualitative approach, resorting to theoretical contributions on the subject and documental research, without the intention of answering the proposed question, but with the objective of bringing reflections on some problems that the machine of consensual justice, such as operated today in the USA, has faced, mainly with regard to the danger of punishing the innocent.

Key-words: *Plea Bargaining* System. *Trial by Jury*. Consensual criminal justice. Power imbalances.

1. INTRODUÇÃO

O conhecido sistema norte-americano denominado *Plea Bargaining*, exposto aqui em poucas linhas, se insere no contexto mais amplo da chamada justiça penal negociada, ou consensual. Sua origem remonta ao sistema do *Common Law* e aos ideais liberais da autonomia da vontade, com a finalidade de conferir maior eficiência e menor custo à justiça criminal. O sistema penal norte-americano é marcadamente adversarial, sendo caracterizado pela adoção constitucional do “*Trial by Jury*” para o julgamento de condutas tipificadas como crime, não obstante, esse componente adversarial tenha convivido proximamente com amplos mecanismos de consenso e barganha, conforme reflete George Bisharat (2014). Em verdade, o que se observa na atualidade é a prevalência do *Plea Bargaining* em detrimento do *Trial by Jury*.

Ressalte-se, aqui, que, ao contrário do sistema brasileiro, que é marcado profundamente pela lógica do contraditório, pautada no dissenso e na busca por uma verdade real, por meio, principalmente, da desqualificação da tese oposta à qual se procura defender, se reduzindo a uma série de arranjos legais, interessando ao juiz a verdade que ele vai adotar, sua versão em relação aos fatos, que replica a lógica estrutural da cultura jurídica brasileira, onde a controvérsia é vista como uma disputa de posicionamento que só encontrará pacificação pelo ato de vontade do juiz (decisão/ sentença) (DUARTE, 2010), o sistema norte-americano se “apresenta baseado no pressuposto da origem “local”, “popular” e “democrática” da lei e do seu sistema de produção de verdade e de resolução de conflitos por negociação e arbitragem” (KANT DE LIMA, 1999, p. 23). Essa característica faz com que o campo do Direito nos Estados Unidos tenha “no *trial by jury* e na *plea bargaining* sua principal instância de legitimação e consagração” (KANT DE LIMA, 1999, p. 23).

Visa-se, portanto, neste trabalho, refletir brevemente sobre o sistema norte-americano denominado *Plea Bargaining*, abordando algumas de suas características, levando-se em conta, principalmente, sua relação com o *Trial by Jury*, como direito constitucional assegurado pela Sexta Emenda Constitucional. Serão analisadas, também, em poucas linhas, sua atual prevalência sobre o tribunal do júri, fato que é demonstrado por meio de pesquisas norte-americanas que levantaram o número de casos submetidos ao *Plea Bargaining* nos últimos tempos. E a questão que se coloca é que se a máquina do *Plea Bargaining* seria o provável ocaso do *Trial by Jury*, em referência a artigo de autoria de George Bisharat. Ainda, serão abordadas questões referentes a

custos com o *full trial*, em contraposição a alegados benefícios do acordo em matéria criminal e do *Plead of Guilty*.

O presente trabalho parte de abordagem qualitativa, recorrendo-se a aportes teóricos sobre o tema e a pesquisa documental, sem a pretensão de responder ao questionamento proposto, mas com o objetivo de trazer reflexões sobre alguns problemas que a máquina da justiça consensual, tal como operada nos dias de hoje nos Estados Unidos, tem enfrentado, principalmente no que concerne ao perigo de punição de inocentes.

2. TRIAL BY JURY VERSUS PLEA BARGAINING SYSTEM

Nos Estados Unidos, o julgamento por seus pares é considerado um direito fundamental do acusado, garantido pela *Sixth Amendment* e, também, pelo Artigo III, Seção 2 da própria Constituição (“*The Trial of all Crimes, except in Casos of Impeachment, shall be by Jury*”). Todavia, a flexibilização do direito ao julgamento pelo júri, tido como “coração da liberdade”, segundo o próprio Thomas Jefferson,¹ deve observar um postulado fundamental de um Estado que se diz democrático de direito: o direito de punir do Estado deve estar submetido ao devido processo legal, ao direito de defesa, à presunção da inocência.

Esse julgamento pelos pares é considerado uma arena pública, conforme salienta Kant de Lima (1999, p. 23), uma arena na qual “as categorias legais são reproduzidas e disseminadas, de maneira universal, num processo contínuo e ritualizado, que tem por objetivo declarado a internalização, pelos indivíduos, do direito e das normas de convívio socialmente – ou “politicamente” – corretas”. Para reforçar o poder dessa ritualística do júri, Kant de Lima esclarece que o sistema legal norte-americano busca recriar um estado de *communitas*, que acaba por estabelecer uma “estrutura” que também procura promover “a identificação homogênea dos seus participantes, como se fossem todos ‘indivíduos’ dotados de uma genérica humanidade” (KANT DE LIMA, 1999, p. 23).

Todavia, não obstante a estatura do *Trial by Jury* como direito constitucional, ele sofre limitações à vista do entendimento de que nenhum direito constitucional é absoluto. Aqui, todavia, saliente-se que tem havido uma perseguição por instrumentos céleres e eficazes para combater a criminalidade (LOPES JR., 2006, p. 49) e para contornar os custos e a morosidade

1

do sistema criminal tradicional. Entretanto, a um alto custo: diminuindo as garantias processuais dos cidadãos, flexibilizando direitos e abreviando procedimentos pela previsão de acordos a portas fechadas, com a preocupação de, rapidamente, apurar e penalizar condutas, sem o devido respeito a direitos e garantias fundamentais. Ou seja, pela inversão da lógica essencial do processo penal, o Estado tem transferido, em muitos casos, a responsabilidade pela falência do sistema criminal para o próprio cidadão, conforme afirmam muitos processualistas (VASCONCELLOS, 2015, p. 163; VASCONCELLOS; LIPPEL, 2016, p. 1743).² Essas colocações se aplicam à realidade do sistema criminal norte-americano.

A defesa de instrumentos de justiça penal negocial é comumente fundamentada em uma ótica utilitarista, focada na eficiência, celeridade e na relação custo-benefício, herdeira do pragmatismo norte-americano. Aqui, é forçoso reconhecer que as bases filosóficas e de estruturação do próprio ordenamento jurídico e de administração da justiça que fundamentam a escolha por instrumentos negociais no sistema criminal norte-americano são diversas do contexto brasileiro.

O sistema norte-americano é fundamentalmente inspirado na busca pela garantia das liberdades negativas: liberdade dos cidadãos frente ao Estado, principalmente na liberdade de autodeterminação, na autonomia da vontade, não sendo coincidência que os EUA, há décadas, estimulam as práticas negociais de resolução de conflitos: negociações assistidas, mediação, arbitragem, justiça restaurativa e os acordos na seara criminal. A ênfase na defesa da autodeterminação, da voluntariedade e da autonomia individual é frequentemente utilizada como justificativa legitimadora do sistema de barganha criminal, sendo reconhecido, inclusive, o direito a renunciar a direitos fundamentais, como o caso do direito constitucional a ser submetido ao tribunal do júri (BISCHARAT, 2014).

A autonomia da vontade do cidadão, portanto, é pedra de toque do sistema constitucional estadunidense, sendo reconhecido, inclusive, o direito a renunciar a direitos fundamentais, como o caso do direito constitucional a ser submetido ao tribunal do júri, previsto

² Ainda nesse sentido, refletem Vasconcellos e Lippel: “O legislador, todavia, ao condicionar o procedimento sumário à resposta da sobrecarga do judiciário, aceita-a como uma realidade dada, e não como fruto de uma política criminal equivocada ou perversões inquisitoriais. Não se busca, nesse sentido, a transformação da realidade, adequando-se a ela, de forma que a eliminação da atividade probatória resulta na rapidez da prestação jurisdicional, transformando antigas prisões provisórias em execuções definitivas da pena, prescindindo-se de investigação preliminar e diminuindo o volume de trabalho das agências estatais atuantes na persecução penal (CASARA, 2011, p. 150). Consequentemente, aceita-se a realidade e as perversões inquisitoriais que a sustentam”. (VASCONCELLOS; LIPPEL, 2016, p. 1744).

na 14ª Emenda (BISCHARAT, 2014).

A maioria dos casos criminais que resultam em condenação – 97% nos grandes tribunais estaduais urbanos em 2009 e 90% no tribunal federal em 2014 – são julgados por meio de confissão de culpa. Destes, os pesquisadores estimam que mais de 90% são o resultado de *plea bargaining* – um processo informal e não regulamentado pelo qual promotores e advogados de defesa negociam concessões de acusações e sentenças em troca de confissões de culpa e renúncias a direitos de julgamento garantidos constitucionalmente.³

Outro fator que deve ser levado em conta no caso do *Plea Bargaining* é que, conforme salienta George E. Bisharat (2014), ele nasce de mãos dadas com o sistema do Tribunal do Júri, não podendo ser analisado apartado dele. Essa é uma peculiaridade do sistema norte-americano: embora adversarial e acusatório, sendo característica relevante a submissão dos julgamentos criminais a júri, mais de 90% dos casos criminais são resolvidos por meio de negociações cooperativas entre o órgão de acusação e a defesa, com ocasional participação do Poder Judiciário (BISCHARAT, 2014, p. 767). Nesse contexto, o *Trial by Jury* tem sofrido temperamentos em prol do *Plea Bargaining System*. Esse sistema nasceu de mãos dadas com o sistema do Tribunal do Júri, não podendo ser analisado apartado dele, conforme salienta Bisharat (2014).

A ênfase na resolução consensual de questões criminais, nos EUA, tem buscado sua fundamentação na defesa do “*due process of law*” como um direito constitucional que pode ser disposto pelo acusado, ou seja, é uma opção do acusado, que pode decidir se adere à via consensual ou, então, perseguir seu direito a ser julgado por seus pares, por meio de um *full trial*.

Esse sistema consensual pode ser entendido como sendo um processo informal e não regulamentado pelo qual promotores e advogados de defesa negociam concessões de acusações e sentenças em troca de confissões de culpa e renúncias ao direito de julgamento garantido constitucionalmente. Trata-se de um procedimento estratégico, tanto para a acusação quanto para a defesa, calcado em avaliações de custo x benefício quanto às decisões, quanto à negociação dos termos de uma confissão, objetivando não levar o caso a julgamento (BISCHARAT, 2014, p. 782).

Durante o procedimento do *Plea Bargaining*, a promotoria oferece a dispensa, o

³ No original: “Most criminal cases that result in conviction—97 percent in large urban state courts in 2009, and 90 percent in federal court in 2014—are adjudicated through guilty pleas. Of these, researchers estimate that more than 90 percent are the result of plea bargaining—an informal and unregulated process by which prosecutors and defense counsel negotiate charging and sentencing concessions in exchange for guilty pleas and waivers of constitutionally guaranteed trial rights” (BISCHARAT, 2014, p. 767).

abrandamento das acusações ou a imposição de uma pena menos grave em troca do investigado se considerar culpado (“*Plead Guilty*”) e renunciar a seu direito a um julgamento por seus pares. A promotoria, inclusive, pode oferecer a recomendação de uma sentença particular, ou, então, a concordância em não se opor ao pedido do réu por determinada sentença. Esse procedimento informal não possui regulamentação específica, sendo uma construção consuetudinária e jurisprudencial das Cortes e dos próprios atores jurídicos, e que, mesmo assim, há muito tem suplantado o número de casos julgados pelo *Trial by Jury*.

Segundo relatórios de duas pesquisas recentes - *In the Shadows: A Review of Research on Plea Bargaining* (SUBRAMANIAN; et. al., 2020), e “*The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on The Verge of Extinction and How to Save It*”, de iniciativa da *National Association of Criminal Defense Lawyers* (NACDL) (2018), a maioria dos casos criminais que resultam em condenação - 97% nos tribunais estaduais em 2009 e 90% no tribunal federal em 2014 - são julgados por meio de confissão de culpa. Destes, os pesquisadores estimam que mais de 90% são o resultado de *Plea Bargaining*.

Esse cenário denuncia que, de fato, os tribunais do júri têm se tornado cada vez mais raros no Estados Unidos. Isso é, aparentemente, um paradoxo, eis que o sistema que constitucionalmente se funda no *Trial By Jury* acabou se tornando uma “máquina de barganha”, conforme reflete Bisharat (2014). O desenvolvimento e o crescimento da justiça penal consensual no contexto do *Trial by Jury* possui algumas justificativas, sendo a principal delas os altos custos para se levar um caso a julgamento. O complexo funcionamento dos júris, desde a formação da convicção, com a coleta de provas visando à caracterização do que se entende por “*beyond a reasonable doubt*”, passando pela escolha dos jurados, pelas audiências preliminares, até a sentença, envolve significantes custos emocionais (principalmente para o acusado e seus familiares), financeiros e sociais que, conforme alerta Bischarat (2014, p. 781), dificilmente a sociedade norte-americana estaria disposta a pagar. Ademais, essa complexidade e as consequências de um *full trial* não se coadunariam com a necessidade de se conferir celeridade, eficiência e economicidade à justiça.

Com esse sistema, muitos casos criminais são resolvidos por atacado, sem atentar para as particularidades de cada um, considerando que, em regra, a promotoria propõe os acordos baseados em parâmetros já fixados para casos semelhantes, como “standards”, que levam em conta o tipo de crime, a força probatória e os antecedentes do acusado.

Alguns fatores que a promotoria e a defesa levam em conta durante o processo de barganha, e que cada ator pesa na hora de decidir sobre como proceder com o “*plea agreement*” são: 1) a quantidade e qualidade das provas contra o réu; 2) potenciais defesas às acusações; 3) a quantidade de tempo que um julgamento levará; 4) o tempo que o réu cumprirá na prisão e 4); o efeito do caso sobre a vítima. O *Plea Bargaining* termina quando o acordo de confissão é alcançado (BANKS, 2018).

Esse contrato entre a acusação e a defesa, em regra, ocorre somente entre o promotor e o advogado de defesa, sem a participação presencial do acusado (BISHARAT, 2014). O acordo final, então, é apresentado ao tribunal. Dependendo da jurisdição, ele deverá ser submetido ao juiz da Corte para referendar os termos do acordo, podendo o Tribunal ter alguma discricionariedade em sua avaliação e aceitação (NATIONAL CRIME VICTIM LAW INSTITUTE, 2012). Esse procedimento, frisa-se, serve para contornar os custos e a morosidade do sistema criminal tradicional. Entretanto, com um grave inconveniente: diminuindo as garantias processuais dos cidadãos, flexibilizando direitos e abreviando procedimentos pela previsão de acordos a portas fechadas, com a preocupação de, rapidamente, penalizar condutas, sem apurar a verdade dos fatos.

3. EXPANSÃO DOS TERRITÓRIOS CONSENSUAIS NA JUSTIÇA CRIMINAL

O fenômeno da expansão dos espaços de consenso na justiça criminal é de ordem mundial. O *plea bargaining* norte-americano escora-se nas alegações de conveniência, pragmatismo, celeridade e efetividade, em detrimento das garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência. Seus críticos são muitos. A opção política de se adotar meios consensuais no âmbito criminal parece ser irreversível, ante o colapso do sistema punitivo e a conclusão de que a privação da liberdade não reabilita, excluindo ao invés de tratar, e ainda agrava o problema de superlotação carcerária, sem contar outros tantos malefícios da segregação. Hermes Dutra de Moraes (2018, p. 1) pondera que o fenômeno da expansão dos espaços de consenso na Justiça criminal é de ordem mundial, sendo relevante observar que “a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2014, no caso *Togonidze v. Georgia*, já teve oportunidade de manifestar que acordos criminais não ofendem as garantias ao contraditório e ao devido processo legal. E nos EUA, a Suprema Corte reconheceu, no caso *Brady v. USA*, em 1970, a

constitucionalidade do *plea bargaining* quando o tribunal estipulou algumas condições para que o acordo fosse válido.

Assim, o modelo norte-americano tem sido exportado para diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, tratando-se de uma opção de política criminal, calcada na retórica de legitimação utilitarista, herdeira do pragmatismo norte-americano, segundo a qual é válida a decisão do investigado em não se submeter a uma ação penal e cumprir uma pena antecipada.⁴ Esse argumento, no fundo, esconde um discurso que traduz a seletividade e o autoritarismo do direito penal, uma vez que esse modelo de acordo mascara o fato de que ele será imposto a portas fechadas ao acusado ou investigado, ou que acentuará a hipervulnerabilização dos cidadãos mais carentes, vítimas de processos de exclusão social (COSTA; CARVALHO, 2019, p. 139-140).

Nessa esteira, são várias as críticas lançadas contra o *Plea Bargaining*, dentre elas a não transparência, a possibilidade de “*overcharged*” por parte da acusação (como estratégia para fazer o acusado aceitar o acordo, ao tipificar o fato em conduta mais grave ou em várias condutas delitivas, aumentando a pena em abstrato e, por conseguinte, seu poder de barganha); o desequilíbrio de poder entre os atores, a usurpação das funções decisórias Judiciário, a afronta a garantias fundamentais do devido processo legal.

Não obstante, há dois pontos centrais para os quais as críticas ao *Plea Bargaining* têm se convertido: (i) a forma de atuação de órgãos das promotorias nos procedimentos de *Plea Bargaining* tem levado ao surgimento de um fenômeno chamado “*Trial Penalty*”, que seria uma forma de retaliação ao réu que recusa o *Plea Agreement*; (ii) a grande quantidade de casos nos quais o investigado ou acusado assume a culpa para evitar o júri mesmo que não tenha cometido o crime, o que leva à condenação de inocentes.

Com relação ao *Trial Penalty*, ele pode ser entendido como a grande disparidade entre a sentença de prisão oferecida como parte de um *Plea Bargaining Process* e uma sentença bem mais longa imposta se a pessoa for considerada culpada em um tribunal do júri. Essa disparidade chega a formar um abismo tão grande entre a oferta da promotoria e a estimativa da pena caso haja condenação no júri que o acusado, muitas vezes por medo, acaba aceitando a proposta e se

⁴ No caso do sistema criminal brasileiro, frisa-se que a adoção de instrumentos consensuais no âmbito do processo penal se deu por transplante, descontextualizado, de ferramentas (adaptadas) do sistema acusatorial e adversarial norte-americano, expressão do *Common Law*. Entretanto, conforme salientam Coutinho e Azevedo, “o problema [...] é que o Brasil não aderiu ao sistema acusatório, assim, fez-se – é verdadeiro – uma *americanização*; mas ela é, neste diapasão, uma *americanização à brasileira*” (COUTINHO; AZEVEDO, 2018, p. 228, grifos dos autores).

declarando culpado. Conforme Andersson e Robinson, esse sistema leva a um cenário perigoso: se você tenta exercer o direito de defesa e de optar pelo julgamento no Tribunal do Júri, o “governo pode e irá te punir. Todos os dias o governo ameaça retirar a liberdade das pessoas e o dinheiro somente por tentarem exercer esses direitos. E a ameaça funciona”. Esse é um sistema de justiça criminal governado pelo “*Trial Penalty*” e pela “*Lawyer Penalty*” (ANDERSSON; ROBINSON, 2019, p. 222).

O “*Trial Penalty*” transforma o direito ao *Trial by Jury* em uma ficção para uma grande maioria de acusados. O julgamento, nesse contexto, se apresenta como um procedimento raramente utilizado no sistema criminal. A justiça acaba sofrendo com o resultado, e a sociedade pagando um alto preço por esse declínio. O próprio conceito de justiça é pervertido quando os promotores punem as pessoas por fazê-los realizar o trabalho de ir a julgamento e provar seu caso além de qualquer dúvida razoável (SUBRAMANIAN; *et. al.*, 2020).

Emma Andersson e Jeffrey Robinson (2019, p. 222), nesse ponto, esclarecem que se trata de um fenômeno de fácil entendimento: se o réu se declarar culpado, será condenado a menos tempo; se for a julgamento, ganhará uma pena muito maior se for condenado. Essa simplicidade, para os autores, é uma das razões pelas quais o *Plea Bargaining* funciona tão bem, sendo um cenário comum, quando um acusado se encontra com seu advogado, o seguinte diálogo:

Você está atualmente acusado de _____. Se você se declarar culpado, o promotor concordará com uma sentença de X. Se você quiser um julgamento, e for condenado, o promotor pedirá uma sentença muito mais longa do que X (geralmente 2 ou 3X, ou ocasionalmente até mais”). (ANDERSSON; ROBINSON, 2019, p. 222, tradução livre).⁵

São desvios do sistema, que teria o potencial de possuir mais pontos favoráveis do que desfavoráveis se bem conduzido, eis que guarda em si a possibilidade de construir espaços de consenso, de esclarecimento, de assunção de responsabilidade, oferecendo ao investigado a oportunidade de decidir se quer se submeter a um julgamento ou se prefere sua abreviação, com o cumprimento de penas mais leves. Por esse prisma, seria outorgada aos indivíduos a escolha

⁵ No original: “You are currently charged with _____. If you plead guilty the prosecutor will agree to a sentence of X. If you want a trial and you’re convicted, the prosecutor will ask for a sentence much longer than X (often 2 or 3X, or occasionally even more)”. (ANDERSON; ROBINSON, 2019, p. 222).

realmente livre e informada entre continuar a defender-se ou abrir mão desse direito em prol de uma solução mais rápida, econômica e menos gravosa.

4. PLEA BARGAINING E A RENÚNCIA AO TRIAL BY JURY: ALERTA DE PERIGO

Mas não é isso que tem ocorrido, conforme aponta a pesquisa “*The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It*” (2018). Muitos inocentes que não podem suportar os altos custos de um júri acabam se declarando culpados para se livrarem de seus encargos. Esses inocentes assumem uma culpa inexistente justamente em razão dos custos, mas também devido a pressões exercidas pela acusação, que incentiva a assunção da culpa pelo acusado. E quem mais se declara culpado sendo inocente? Os mais vulneráveis (economicamente, socialmente), os excluídos. Trata-se, pois, de uma máquina de “*Plead Guilty*”, ou como Bisharat (2014) denomina “*Plea Bargaining Machine*”.

Conforme diversos relatórios têm reportado, e também a própria *National Association of Criminal Defense Lawyers* (NACDL), o sistema do *Plea Bargaining* e os incentivos para que os acusados se declarem culpados, sem que haja um julgamento, têm levado à extinção do direito constitucional ao *Trial by Jury*. Assim, para muitos, diante desse cenário, o direito a um julgamento tem sido apenas um direito formal, no nome e no lócus de previsão – Constituição, uma vez que estudos empíricos têm revelado que as pressões que os réus enfrentam no processo de barganha são tão fortes que até mesmo pessoas inocentes podem ser convencidas, e têm sido convencidas, a se declararem culpadas por crimes que não cometeram (JONES; *et. al.*, 2018). O Sistema, então, tal como tem sido utilizado, pode se tornar o responsável pelo fim – de fato – do *Trial by Jury*.

Com efeito, pode-se concluir que as alegações de culpa têm substituído os julgamentos por uma razão muito simples: os indivíduos que optam por exercer seu direito de julgamento enfrentam sentenças exponencialmente mais altas quando invocam o direito de julgamento e perdem. Diante desse fato, os indivíduos quase em sua totalidade renunciam ao direito ao julgamento em vez de insistir em se defender das acusações; os advogados de defesa passam a maior parte do tempo negociando confissões de culpa em vez de garantir que a polícia e o governo respeitem os limites da lei; e os juízes dedicam seu tempo a administrar as alegações e avaliar os

acordos em vez de fiscalizar os aspectos constitucionais e legais do caso, da atuação da promotoria e da conduta policial. Igualmente importante, o público raramente exerce a função de supervisão inerente ao serviço de júri. Ainda mais, a pressão para declarar-se culpado é muitas vezes acompanhada por uma exigência de que os acusados renunciem a outros direitos valiosos, incluindo o direito de contestar provas obtidas ilegalmente e o direito de recorrer de questões que têm impacto não apenas em seu caso, mas também na sociedade (JONES; *et. al.*, 2018; SUBRAMANIAN; *et. al.*, 2020).

A pesquisa “*The Trial Penalty*” (JONES; *et. al.*, 2018) pontua: essa virtual eliminação da opção de levar um caso a julgamento tem inclinado tão fortemente a balança da justiça contra os acusados que o perigo de exagero do governo está sempre presente. E,

em um nível humano, para o advogado de defesa não há tarefa mais dolorosa do que explicar ao cliente, que muito provavelmente pode ser inocente, que ele deve considerar seriamente se declarar culpado ou arriscar a devastação total do resto de sua vida com impactos incalculáveis em sua família. (JONES; *et. al.*, 2018).

CONCLUSÕES

Pretendeu-se trazer aqui, em poucas linhas, algumas características do sistema do *Plea Bargaining* norte-americano, e sua relação próxima com o próprio sistema do *Trial by Jury*, de forma a possibilitar reflexões sobre questões que devem ser ponderadas ao se fortalecer e defender o sistema consensual no campo criminal.

Ressaltou-se a problemática do desequilíbrio de poder nas negociações em casos criminais, principalmente envolvendo pessoas vulneráveis, e, também, a possibilidade de utilização de instrumentos por parte da acusação, como a técnica do *overcharge*, de modo a estimular o encerramento de processos criminais por meio de acordos negociados a portas fechadas.

São essas algumas questões que devem ser ponderadas, examinadas à exaustão, sob pena de perpetuar-se desequilíbrios de poder, e, pior, de permitir-se o encarceramento de pessoas inocentes, ao pretexto de racionalidade, operacionalidade e redução dos custos dos julgamentos. É a lógica utilitarista, em um lado da balança, pautada na ênfase à autodeterminação e à automia, e, de outro lado, o próprio direito à liberdade, à dignidade e à presunção de inocência.

O que se observa, portanto, é um desvirtuamento do sistema do *Plea Bargaining* ao

permitir-se a exploração dos desequilíbrios de armas e da vulnerabilidade dos acusados para forçar acordos e renúncias de direitos.

No entanto, essa lógica negocial, ao invés de permitir esses desvios e excessos, que acaba levando ao encarceramento de muitos inocentes, deveria ser capaz de se fortalecer como oportunidade de acesso substancial à justiça, de reconhecimento da autodeterminação e liberdade de escolha dos indivíduos, sem a imposição de um consenso perverso e de uma harmonia coerciva pautada na barganha distributiva, na flexibilização de garantias e na disparidade de poder. Para os defensores do *Trial by Jury*, se esses desvios não forem enfrentados, o *Plea Bargaining* “enterrará”, na prática, o direito ao julgamento pelos pares, que passará a ser uma previsão vazia na Constituição norte-americana, relegada a livros de história.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Emma; ROBINSON, Jeffrey. The Insidious Injustice of The Trial Penalty: “It s not the intensity but the duration of pain that breaks the will to resist. In: **Federal Sentencing Report**. Vol. 31, n. 4-5. April/June 2019. Disponível em: www.ucpress.edu/journals/reprints-permissions. Acesso em: 16 fev. 2022.

BANKS, Brian. **Innocence Project**. 2018. [On line]. [S.I.]. Disponível em: <https://witnessla.com/wp-content/uploads/2018/07/Brian-Banks-innocence-project.jpg>. Acesso em: 05 fev. 2022.

BISHARAT, George E.. The Plea Bargain Machine. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**. Vol. 7, n. 3. Jul/Set. 2014, pp. 767-795.

CASARA, Rubens R. R. O Acordo para Aplicação da Pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo Processo Penal à luz da Constituição**. Análise crítica do projeto de Lei no 156/2009, do Senado Federal. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; CARVALHO, Victor Fernando Alves. **Que consenso é esse?** Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/no85g2cd/mi05dpxn/6jp22jRj69ykeoDe.pdf>. 2019, p. 137-155. Acesso em: 9 jan. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei no 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo; MA- DURO, Flavio Mirza (org.).In: **Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da constituição de 1988**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). **Direito Processual em debate**: Niterói: Editora da UFF, 2010, pp. 91-108.

JONES, Rick; *et. al.* **The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It**. Washington: National Association of Criminal Defense Lawyers, 2018. Disponível em: <https://www.nacdl.org/Document/TrialPenaltySixthAmendmentRighttoTrialNearExtinct>. Acesso em: 20 jan. 2022.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração dos conflitos no espaço público. **Revista de Sociologia e Política**, n. 13. Curitiba, nov. 1999, p. 23-38.

MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal**: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual? 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

NATIONAL CRIME VICTIM LAW INSTITUTE. What is the difference between “plea bargaining” and a “plea agreement”. December 10, 2012. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/news/19792-what-is-the-difference-between-plea-bargaining-and>. Acesso em: 9 fev. 2022.

SUBRAMANIAN, Ram; *et. al.*. **In the Shadows**: A Review of the Research on Plea Bargaining. New York: Vera Institute of Justice, 2020. Disponível em: www.vera.org/in-the-shadows. Acesso em: 07 fev. 2022.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de.; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. Críticas à barganha no processo penal: inconsistência do modelo proposto no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009). **Quaestio Iuris**, vol. 09, no.3, Rio de Janeiro, 2016, p. 1737-1758. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjut-qZi7_5AhWvrZUCHW9mAGkQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Fquaestioiuris%2Farticle%2Fdownload%2F20135%2F17956&usg=AOvVaw3XyF891VTs-tHUG93c5pfH. Acesso em: 25 jul. 2022.
