

OS ACORDOS PENAIS COMO EFEITO DA RETÓRICA DO CATASTROFISMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO *PLEA BARGAINING* ESTADUNIDENSE

*THE CRIMINAL AGREEMENTS AS AN EFFECT OF CATASTROPHISM RHETORIC:
AN ANALYSIS BASED ON US PLEA BARGAINING*

Michelle Gironde Cabrera

Doutora em Direito Socioeconômico e Desenvolvimento pela PUCPR, com pesquisa financiada pela CAPES. Professora de Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário Curitiba e na Faculdade de Pinhais. Professora do curso de Introdução ao Processo Penal do Introcim. Coordenadora do Grupo de Estudo Antipatriarcalismo do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

Advogada criminalista.

Link Lattes: [Lattes.cnpq.br/5337409618653312](https://lattes.cnpq.br/5337409618653312)

ORCID: 0000-0001-7301-6650

michellegironde@hotmail.com

Bárbara Feijó Ribeiro

Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo CEI e Introcim. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Estagiária de Pós-Graduação do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal (NUPEP) da Defensoria Pública do Paraná. Advogada Criminalista.

Associada ao IBCCRIM.

Link Lattes: [Lattes.cnpq.br/2351881602377784](https://lattes.cnpq.br/2351881602377784)

ORCID: 0000-0001-6517-7104

barbarafeijorio@hotmail.com

Resumo: As relações entre processo penal e justiça negocial tornaram-se bastante estreitas nas últimas décadas. Tal aproximação pode ser explicada pela penetração no Direito e, especialmente, no campo processual penal, de institutos que se relacionam com a ideia de “eficientismo”, o que pode levar, se não se realizarem as devidas reflexões críticas, a uma maximização das esferas mais perversas conexas à instrumentalidade do processo. O texto realiza uma análise crítica a respeito da atual tendência de abertura a um ambiente de negociação penal, crítica especialmente relevante quando se problematiza o atual “estado de coisas” do processo penal brasileiro, ainda longe de se adequar a um modelo acusatório. Tal esforço teórico justifica-se em razão, especialmente, da tentativa de se introduzir, com a Lei 13.964/2019, o instituto do *plea bargaining*, não tendo sido, contudo, aprovado.

Palavras-chave: *Plea bargaining* - Acordo penal - Justiça Negocial - “Lei Anticrime”.

Abstract: The relationship between criminal proceedings and negotiated justice has grown closer in recent decades. This approach can be explained when investigating the penetration in law and, especially, in the criminal procedural field, of institutes that are related to the idea of “efficiency”. Efficiency can lead, if the necessary critical reflections are not carried out, to the maximization of the most perverse spheres connected to the instrumentality of the process. The text seeks to carry out a critical analysis of the growing trend of proceedings to a negotiating environment, a criticism that is especially relevant when discussing the current “state of affairs” of the Brazilian criminal process, still far from being adequate to an accusatory/adversarial model. Such theoretical effort is justified, in particular, due to the attempt to introduce, with Law 13.964/2019 the institute of *plea bargaining*, having not, however, been approved in Brazil.

Keywords: *Plea bargaining* - Criminal agreement - Negotiated Justice - “Anti-crime Law”.

1. Introdução

É latente a demanda por uma expansão dos espaços de negociação no processo penal brasileiro. Nesse contexto, foi apresentada a proposta de implementação do *plea bargaining* a partir da inserção do art. 395-A ao CPP pelo Anteprojeto do chamado “Pacote Anticrime” (PL 882/2019 e 1.864/2019) e do art. 283, que ainda se estuda no PL 8.045/20103. Apesar de o *plea bargaining* não ter sido aprovado, entendeu-se por necessária a discussão central abordada por este texto, considerando que a implementação de acordos de barganha é uma tendência no Direito Processual Penal brasileiro. Um dos exemplos disso está no PL 8.045/2010, que busca implementar um novo CPP no país. Sustenta-se como hipótese de trabalho, que os reflexos por uma demanda para ampliação dos espaços de negociação no campo processual penal, sem as necessárias reflexões críticas a respeito do

sistema brasileiro, ainda profundamente desigual e de viés inquisitorial, pode levar a um completo “desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da ‘americanização’ à brasileira” promovida nos últimos anos” (COUTINHO, 2019).

2. A Autonomia da acusação no contexto norte-americano

O Direito estadunidense possui matriz de *common law* e cultura jurídica processual penal adversarial, apresentando um modelo de justiça criminal, contudo, que não está livre de críticas. No sistema adversarial, a iniciativa probatória encontra-se a cargo das partes, cabendo ao juiz o papel de assegurar a observância das regras processuais, com uma postura radicalmente limitada em relação à atuação de ofício. O acordo de barganha nos Estados Unidos teria começado de maneira sólida no início do século XIX e sua história pode ser dividida em duas

partes: a primeira, contemplando os primeiros três quartos do século XIX, quando, no estado de Massachusetts, os acusadores tinham o poder de negociar as acusações sem a participação do juiz. Tais acordos eram firmados, sobretudo, nos casos de homicídio e nos que envolviam a *liquor law* e permitiam a negociação da modalidade conhecida como *charge bargaining*. Posteriormente, deve-se atentar ao último quarto do século XIX, ocasião em que se ressalta como forma mais comum do *plea bargaining*, o *sentence bargaining* (FISHER, 2000). O reconhecimento do *plea bargaining* deu-se inicialmente, em 1970, pela Suprema Corte estadunidense no caso *Brady v. United States*, que decidiu que “apresentar uma confissão de culpa para evitar os riscos de uma condenação mais grave não torna esse acordo constitucionalmente inválido como um produto de coação” (UNITED STATES SUPREME COURT, 1970). Em suma, a decisão concluiu que, apesar da motivação da parte ao confessar fosse a de evitar uma condenação à pena de morte, a decisão do acusado em aceitar o acordo teria sido voluntária e estratégica. A Suprema Corte considerou que não havia evidência que apontasse que a confissão do acusado não fosse verdadeira e a aceitou.

A figura do acordo de barganha teria surgido em razão do elevado número de crimes e da sobrecarga do Poder Judiciário estadunidense, sendo essa uma resposta supostamente mais célere e mais econômica para a resolução de conflito penal. Atualmente, o *plea bargaining* é utilizado como forma de solucionar aproximadamente 95% (DEVERS, 2001) dos casos estaduais e federais naquele país.¹ O *plea bargaining* possui diversos formatos, por permitir várias formas de acordo entre as partes, sendo os mais comuns o *charge bargaining* e o *sentence bargaining*: no primeiro, as partes negociam a acusação feita ao réu, podendo ser reduzida para a imputação de um crime menos grave ou, havendo vários crimes, o *prosecutor* poderá abrir mão de o acusar dos demais crimes. Já o *sentence bargaining* é uma negociação da sentença, na qual a acusação concordaria com a recomendação ao magistrado que reduzisse a pena do réu, caso esse confessasse o crime que lhe foi imputado.

Com relação à formação estrutural do Ministério Público nos Estados Unidos, em nível federal, o país possui o Procurador-Geral da República (*The United States Attorney General*), que é indicado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado, tendo como função principal a de chefe do Departamento de Justiça e do *United States Attorney*, que formam um total de 94 acusadores, também escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. A nível estadual, o *State Attorney General* que, na maioria dos estados, é eleito por voto facultativo pelo período de quatro anos, representando assim o povo e agindo em nome dele, o que justificaria um poder maior aos membros da acusação. Esse Procurador-Geral do Estado teria a dupla função de defender os interesses do estado e promover o interesse público (SIMON, 1990, p. 13-28). Nota-se, portanto, que o sistema processual penal estadunidense dá à figura do *prosecutor* uma maior autonomia, permitindo inclusive que o *State Attorney General* defina as diretrizes e tarefas que serão cumpridas no âmbito do seu estado. Nesse sentido, as ideias do próprio *State Attorney* e daqueles cidadãos refletirão na política criminal, a partir dos crimes que serão priorizados pelos procuradores, quais delitos a procuradoria deixará de denunciar e quais desses crimes permitirão a oferta do *plea bargaining* ao acusado. Assim, é possível analisar que essa autonomia dada aos promotores acaba lhes concentrando o poder de decidir quais casos serão julgados pelo Judiciário, quais serão passíveis de acordos penais e permite até que “construam” sentenças nos acordos de *sentence bargaining* (FIONDA, 1995, p.1 *apud* KERCHÉ, 2018, p. 573).

Roberts (2020) analisou os fatores que tornam o *plea bargaining* tão atraente aos imputados, a ponto de abrirem mão de diversos direitos constitucionais para aceitar a proposta. A autora observou que, mesmo quando o imputado é inocente, os riscos que o processo penal estadunidense apresenta a ele são grandes, tornando, assim, ainda mais propício aceitar um acordo que oferece uma sentença penal relativamente certa e que pode potencialmente diminuir os prejuízos da perda de um julgamento. Vale ressaltar que os riscos do processo penal estadunidense conseguem ser ainda mais graves, pois o risco de ser condenado pode levar a uma pena de prisão perpétua ou até a uma pena de morte, a depender do estado.

Grande parte da literatura penal estadunidense critica o modelo negocial do *plea bargaining*, sendo a principal dessas críticas a de que os acordos levam à condenação de inúmeros réus inocentes e que as partes não conseguem realizar um acordo de maneira equânime diante da visível disparidade de armas entre as partes, gerando, assim, uma coação ao imputado, passível de comparação com as práticas medievais de tortura, conforme aponta Langbein (1978, p. 12, tradução livre): “certamente, nossos meios são muito mais polidos; não utilizamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar suas pernas”. Porém, não restam muitas dúvidas de que a utilização do *plea bargaining* torna “extremamente custoso para um acusado reivindicar seu direito à salvaguarda constitucional do julgamento” e que “esse diferencial da sentença, é o que torna o *plea bargaining* coercitivo” (LANGBEIN, 1978, p. 12, tradução livre). O autor, utilizando a analogia do instituto em análise com a tortura medieval, sem que tal comparativo produzisse algum anacronismo, ressalta que o *plea bargaining*, como a tortura, é coercitivo:

como os europeus medievais, os americanos agora estão operando um sistema processual que envolve condenação sem adjudicação. A máxima dos Glosadores medievais, agora descreve apropriadamente o direito americano: *confessio est regina probationum*, a confissão é a rainha da prova (LANGBEIN, 1978, p. 13-14, tradução livre).

Caso se recorra à Constituição Americana em busca de fundamento para o *plea bargaining*, a procura será em vão: “ao invés disso, encontrará – em um lugar não menos consagrado do que a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) – uma garantia oposta, a garantia ao julgamento” (LANGBEIN, 1978, p. 9, tradução livre). Ao contrário do que ocorre no *plea bargaining*, a Sexta Emenda estabelece que “em todos os processos criminais, o acusado terá o direito de ...julgamento... por um júri imparcial” (LANGBEIN, 1978, p. 9, tradução livre). Em que pese o texto de Langbein seja do ano de 1978, sua análise segue sendo atual, na medida em que grande parte da doutrina crítica norte-americana considera que o instituto do *plea bargaining* permanece com as mesmas falhas apontadas pelo autor em sua época, mantendo-se como um instituto utilizado como meio de coagir os acusados.

É necessário, porém, reconhecer que o processo penal estadunidense apresenta diversas garantias para o imputado, considerando que as regras processuais daquele país permitem que as partes firmem o acordo em qualquer fase da *persecutio* até o momento da sentença penal, admitindo, assim, que, dependendo das provas produzidas nos autos, a acusação apresente nova proposta de acordo com maiores benefícios ao réu. Essa garantia é necessária, tendo em conta que, se a negociação fosse permitida somente em momento anterior ao início da instrução probatória do processo, esta ocorreria de forma precária e prejudicaria a defesa que, surpreendida com a acusação feita ao réu e com um prazo menor do que o que a acusação teve para realizar as investigações, não teria como produzir ou analisar possíveis provas que inocentassem o réu.

Para além de tudo isso, é necessário reconhecer no *plea bargaining* estadunidense a obrigação do Ministério Público de apresentar à defesa todas as provas produzidas que possam ser favoráveis ao acusado (*full disclosure*), podendo, inclusive, a ocultação de provas gerar a nulidade do julgamento.² Essa garantia foi reconhecida no caso *Brady vs. Maryland*, momento em que a Suprema Corte decidiu que a retenção pelo Governo de evidências relevantes para o curso do processo viola o direito constitucional do acusado ao devido processo legal.

Outra análise relevante da literatura estadunidense traz a expressão “*Mc Justice*” que, em suma, considera que os acordos de barganha seriam uma forma rápida de justiça penal. Bohm (2006, p.129) faz uma analogia entre o instituto do *plea bargaining* e a experiência de ir a um restaurante da rede mundial de *fast food* McDonald's, dando o seguinte exemplo: quando se pede um *Big Mac* (o lanche mais

tradicional), o pedido demorará alguns instantes para ser feito, porque esse hambúrguer é feito de maneira uniforme. Porém, quando o cliente solicita a preparação de algo diferente do padrão – como retirar um dos ingredientes – o atendente solicita que se aguarde ao lado do balcão, porque seu pedido demorará mais alguns minutos para ficar pronto. Assim, **Bohm** verifica que esse “pedido especial” acaba atrasando a linha de produção e diminuindo a eficiência do *fast food*, entendendo que a mesma coisa acontece com o sistema de justiça criminal quando o réu pede algo “diferente do normal”, como um julgamento. Por ser uma forma de justiça mais célere, e com promessas de causar menos riscos ao imputado, ele acaba optando pela barganha e essa, na visão do autor, seria a justificativa para o acordo ser o método de resolução de aproximadamente 95% dos casos penais no país. **Bohm** também analisa que a “McDonaldização” do sistema de justiça diminui os custos governamentais com o processo e torna o sistema extremamente uniforme, sem surpresas.

O *plea bargaining*, apesar das críticas, segue sendo perpetrado no Direito estadunidense há muitos anos. Ainda, a criação da barganha se justificaria pela superlotação do sistema Judiciário, pela necessidade de um método de resolução de conflito mais célere e por se mostrar mais econômico. Porém, ao longo de anos de existência, não parece que a barganha pôde resolver nos Estados Unidos todos esses problemas. Além disso, verifica-se que o sistema de justiça estadunidense mantém a maior população carcerária do mundo – o que claramente acarreta uma despesa econômica extremamente significativa. Considerando que a barganha é a forma de resolução da maioria dos conflitos penais no país, pode-se concluir que esse instituto é um dos principais responsáveis pelo encarceramento em massa e que a celeridade proposta pelo *plea bargaining* acarreta um sistema processual penal artificial, evitando a fase de julgamentos e tornando o processo uma “linha de produção padrão” (BOHM, 2006, p. 129), contribuindo para a manutenção de estruturas de significação primordiais de categorias processuais penais autoritárias, pois avessa às garantias constitucionais do réu.

3. Os Mitos Que Envolvem Os Acordos Penais

O instituto da barganha é repleto de mitos, sendo esta uma característica extremamente marcante do sistema inquisitório, que sempre se utilizou de mitos, ídolos e culto ao herói como signos de representação de uma suposta segurança, especialmente através da construção de verdades absolutas e dogmas – portanto, afirmações irrefutáveis (BAQUEIRO, 2019, p. 420). Dentro do sistema penal, a

figura edificada do ídolo é desempenhada pelo juiz e por vezes pelo promotor, que seriam capazes de “vencer o ‘mal’” (BAQUEIRO, 2019, p. 423), sendo esse “mal” representado pelo réu e sua defesa.

O *plea bargaining*, assim, traria “a doce ilusão da ‘verdade’ alcançada”, visto que a confissão do sujeito busca o conforto de que o culpado foi punido (BAQUEIRO, 2019, p. 423). Nos acordos de barganha, a figura do herói é representada pelo Ministério Público, “o homem dotado de superpoderes, capaz de grandes feitos, vindo de uma raça superior, pois extrai dos inimigos a ‘verdade’ que ele tanto buscava ocultar” (BAQUEIRO, 2019, p. 423). **Gloeckner** (2018), ao analisar o autoritarismo no processo penal brasileiro e elencar diversos estudos sobre o tema, aponta as classificações de **Ricardo Silva** (2004, *apud* GLOECKNER, 2018, p. 102-103), entre elas a de que a narrativa autoritária brasileira parte da ideia do “catastrofismo”, sendo esse o pensamento de “uma crise permanente que assolaria a sociedade brasileira” e que “a urgência de respostas e soluções não permitiria grandes reflexões”, o que autoriza medidas urgentes. Com relação a tais medidas, **Gloeckner** (2018, p. 102-103) aponta que “a emergência se constitui como uma estrutura que sempre está presente nos discursos penais, seja como legitimador externo de políticas criminais, seja como encaminhador de demandas que almejam reconhecer a ineficiência do sistema de justiça criminal”. Assim, a ideia da urgência seria “legitimatória de novas demandas autoritárias” ou, no limite, “internamente deslegitimante (pela insuficiência) do sistema penal em garantir a segurança de bens, pessoas ou da própria estabilidade política” e que “a ideia de catástrofe convoca o aparecimento da emergência” (GLOECKNER, 2018, p. 102-103).

4. Considerações Finais

Se o discurso que sustenta a justiça negocial é justamente o de vivermos em um estado de crise institucional do sistema de justiça penal, a solução colocada como medida urgente (dentre outras, o *plea bargaining*), merece atenção – e reflexão crítica. Em razão dessa suposta urgência, sustentam-se discursos superficiais para implementação da barganha, que não levam em consideração dificuldades estruturais do modelo processual penal brasileiro e, especialmente, sua discrepância em relação ao modelo acusatório – que serviria de base para implementação do instituto. O texto buscou demonstrar que a justificativa de um estado de urgência para implementação de um instituto negocial como esse, sem as devidas reflexões críticas, mostra-se uma clara medida eficientista, compreendida, em última análise, como medida de cunho autoritário, uma vez que exacerba as desigualdades entre as partes.

Notas

¹ Sobre a elevada quantidade de casos resolvidos a partir do *plea bargaining*, ver United States Courts (2019).

² Sobre a nulidade do julgamento pela retenção de provas, ver Ozório de Melo (2012).

Referências

- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. Verdades, dúvida e (in)certezas: a necessidade da edificação dos mitos no autoritarismo e as ilusões oriundas do *plea bargain*. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.); COSTA DE PAULA, Leonardo (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal No Brasil*: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- BOHM, Robert M. “Mc Justice”: on the McDonaldization of criminal justice. *Justice Quarterly*, v. 23, n. 1, p. 127-146, mar. 2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining no Projeto Anticrime*: crônica de um desastre anunciado. *Boletim IBCCRIM – Especial Pacote Anticrime*, n. 317, abr. 2019.
- DEVERS, Lindsey. Research Summary: plea and charge bargaining. Bureau of Justice Assistance. *U.S. Department of Justice*, Arlington, jan. 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*. *Yale Law Journal*, v. 109, p. 857-1086, 2000.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, v. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- KERCHE, Fábio. Independência, Poder Judiciário e Ministério Público. *Cad. CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 567-580, dez. 2018.

- LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*, The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, 1978. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543/. Acesso em: 08 jun. 2021.
- OZÓRIO DE MELO, João. Promotoria esconde provas e condenação é revertida. *Conjur*, 11 jan. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jan-11/eua-condenacao-revertida-promotoria-esconder-evidencias>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- ROBERTS, Anna. Convictions As Guilt. *Fordham Law Review*, Forthcoming, v. 88, n. 6, p. 2501-2550, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3389597>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público Norte-Americano. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, p. 13-28, 1990.
- UNITED STATES COURTS. *U.S.D.C.* – U.S. District Courts. Criminal Defendants Disposed of, by Type of Disposition and Offense, During the 12-Month Period Ending September 30, 2019, USC, 2019. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/data_tables/jb_d4_0930.2019.pdf. Acesso em: 08 jun. 2020.
- UNITED STATES SUPREME COURT. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970). Justia. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 08 jun. 2021.