



O CASO LAFLER VS COOPER E A RECEPÇÃO DAS SOLUÇÕES NEGOCIADAS NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA¹

LAFLER VS COOPER AND THE RECEPTION OF SOLUTIONS NEGOTIATED IN BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE

*Matheus Guimarães Silva de Souza*²

RESUMO: O trabalho debate sobre a importação do sistema de *Plea Bargain* para a justiça criminal brasileira, trazendo questões enfrentadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos no que tange à aplicabilidade do instituto em apreço. Optou-se por analisar o caso *Lafler v. Cooper* por ser um julgado que dividiu a opinião dos *justices*, depois por ilustrar os riscos da introdução da barganha para o processo penal. No entanto, outros casos também integram esta pesquisa antecipando possíveis problemas que deverão ser enfrentados pelo Poder Judiciário do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *Plea Bargain*; soluções negociadas; justiça criminal brasileira; Suprema Corte dos EUA; Lei anticrime

ABSTRACT: The paper discusses the use of the *Plea Bargain* into the Brazilian criminal justice system, bringing up issues faced by the United States Supreme Court regarding the applicability of the institute. It was analyzed the *Lafler v. Case. Cooper* for being a case with dissenting votes and for illustrating the risks of the introduction of the bargain for the criminal process. However, other cases are also part of this research in anticipation of possible problems that should be faced by the Brazilian's Law-Court system when incorporated into the national legal system solutions similar to that which was in 2019.

KEYWORDS: *Plea Bargain*; negotiated solutions; brazilian criminal justice; US Supreme Court; Anti-crime law

¹ Artigo recebido em 18/04/2021 e aprovado em 01/11/2021.

² Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). São Gonçalo, RJ, Brasil. E-mail: matheusguimaraes@id.uff.br.



1. INTRODUÇÃO

A consolidação de um sistema criminal que possa promover efetivamente a justiça é o desejo de muitos estudiosos que, desde o iluminismo, almejam encontrar na racionalidade humana um modo civilizado de tratamento das condutas delitivas. Com o passar dos anos, o suplício público e a tortura foram sendo substituídos, até certa medida, por outros mecanismos de resposta à criminalidade, a fim de prestar obediência aos novos princípios basilares do direito, como é o caso da exigência de respeito ao devido processo legal para que o Estado venha a aplicar uma pena, seja ela qual for.

No Brasil, o desafio é o mesmo: promover maior segurança, evitando-se a impunidade através de um sistema de justiça criminal eficiente. No entanto, o cenário atual do país é caótico, não havendo qualquer outra palavra que descreva melhor a grave situação da violência existente no país. Na última década, mais de meio milhão de pessoas foram mortas e foram constatados mais de 60 mil homicídios somente durante o ano de 2016³. Embora tenha havido uma queda dos casos de assassinatos no ano de 2018⁴, os números ainda são alarmantes.

Para tentar reduzir esses índices, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, chefiado pelo ex-ministro Sérgio Moro, apresentou um anteprojeto de lei intitulado “anticrime” que alterava inúmeros diplomas legais importantes, tais como o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Organizações Criminosas⁵. Sem embargo, uma das medidas propostas foi a importação do sistema de *Plea Bargain*, típico da justiça criminal norte-americana, onde é possível a realização de acordos entre o Promotor e o acusado para que se possa evitar um julgamento e demais atos

³ As informações foram extraídas do Atlas da Violência 2018, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴ O Monitor da Violência, uma parceria do Portal G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aponta que houve uma redução de 7.539 vítimas em um ano. As informações completas podem ser encontradas na página eletrônica do jornal. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/02/27/queda-no-no-de-assassinatos-em-2018-e-a-maior-dos-ultimos-11-anos-da-serie-historica-do-fbsp.ghtml>. Consultado em 13 de abril de 2021.

⁵ A íntegra do anteprojeto pode ser encontrada na página eletrônica do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.



correlacionados. Como o Ministério da Justiça apostou em um sistema estrangeiro para aprimorar a eficiência do processo penal brasileiro, incontáveis dúvidas devem ser suscitadas, tais como a possibilidade efetiva de implementação dessa solução negociada e os possíveis problemas decorrentes dessa importação.

Diante desse quadro, este artigo se propõe a analisar a conveniência do *Plea Bargain* para a justiça criminal brasileira, observando as controvérsias jurídicas enfrentadas pela Suprema Corte dos EUA por causa desse sistema. Para alcançar esse objetivo foi selecionado o caso *Lafler v. Cooper* (2012) em virtude de este ter dividido a Suprema Corte norte-americana e, ainda, por ilustrar o enfraquecimento do processo penal perante a preponderância da barganha. No entanto, importa ressaltar que não serão desconsiderados outros processos importantes que integram a memória da justiça estadunidense e que servem para antecipar algumas questões que poderão ser enfrentadas pelos juízes e pelos tribunais brasileiros caso o sistema *Plea Bargain* seja incorporado ao ordenamento jurídico do país.

A primeira parte deste trabalho consiste, então, em uma apresentação dos principais pontos do anteprojeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça, porém com enfoque maior nas alterações legais que pretendem incluir as soluções negociadas no processo penal. Nesse momento é relevante elucidar a definição do *Plea Bargain*, o seu funcionamento nos EUA e as expectativas em torno deste instituto caso seja incorporado no Brasil a fim de que tais contornos possam auxiliar a compreensão dos problemas que giram em torno do instituto.

Em um segundo momento o artigo sintetiza as principais críticas de diversos juristas brasileiros a esse sistema, contrapondo essas opiniões com a experiência da jurisdição norte-americana através de alguns casos que foram decididos pela Suprema Corte dos EUA. Essa análise comparativa inicial é fundamental para a realização de um levantamento das controvérsias mais importantes que podem implicar na inconveniência da adoção da barganha no Brasil.

Por fim, o artigo se debruça sobre o caso *Lafler v. Cooper* para compreender de que modo a promessa de eficiência presente na barganha pode se converter em uma ferramenta mais importante do que o processo penal em si. Não que este último seja perfeito, mas apesar de todas as suas falhas, o processo penal é um avanço do mundo civilizado e se constitui como uma garantia fundamental do acusado e de toda a sociedade a um processo justo e em



conformidade com os ditames legais. Qualquer proposta que prejudique esses pressupostos elementares da processualística penal se torna incompatível com um Estado Democrático de Direito.

2. LEI ANTICRIME E A ADOÇÃO DO PLEA BARGAIN

O Ministério da Justiça e Segurança Pública, órgão da União responsável pela elaboração de políticas relacionadas a gestão da criminalidade no Brasil, anunciou, no início do ano de 2019, um anteprojeto de lei que trata de forma conjunta três temas de grande repercussão no direito penal brasileiro: corrupção, organizações criminosas e crimes violentos. Para lidar com todos esses temas a proposta pretendia alterar diversas legislações de direito material e processual, como o Código Penal e o Código de Processo Penal.

Em entrevista para a mídia⁶, o ex-ministro da Justiça, Sérgio Moro, declarou que a correlação existente entre os três tópicos abordados em seu pacote consiste no fato de que o crime organizado prospera por causa da impunidade decorrente da corrupção e que os crimes violentos estão relacionados com as guerras pelo controle do tráfico e cobrança de dívidas de usuários de drogas. Tratava-se, portanto, de políticas públicas de extrema relevância para o contexto atual de intensa violência e insegurança existente no país.

Sem embargo, o “pacote do Moro” englobava diversos pontos controversos que tangenciam esses três grandes problemas atacados pelo Governo. Para combater a corrupção, por exemplo, foi proposto a criminalização do “Caixa 2” e a separação do processo quando o juiz se depara com um réu que tenha foro privilegiado. Quanto ao enfrentamento das organizações criminosas foi sugerido o início da pena para líderes desses grupos em estabelecimento de segurança máxima e a impossibilidade da progressão de regime de membros de organizações criminosas.

Em que pese a importância de todas as medidas incluídas no anteprojeto, apenas três delas atingiram considerável repercussão, a saber, a legalização da execução provisória da pena, as mudanças quanto ao excesso na legítima defesa e a implementação de soluções

⁶ A íntegra dessa entrevista pode ser encontrada em canais do Youtube como o “Brasil Agora”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NfW-gP3ji-w..> Acesso em: 25 set. 2019.



negociadas no processo penal, especialmente o *plea bargain*. Esses temas são demasiadamente sensíveis, tendo em vista que a relativização da presunção de inocência presente na execução provisória da pena é considerada por muitos juristas como inconstitucional⁷ e que as alterações sugeridas no instituto da legítima defesa poderia implicar em uma “licença para matar” ao alargar as hipóteses de reconhecimento dessa excludente de ilicitude. Apesar de ser elementar o debate sobre esses e muitos outros pontos do “pacote do Moro” que não foi integralmente aprovado pelos parlamentares, apenas o *plea bargain* segue para uma análise pormenorizada neste trabalho.

Em síntese apertada, o *plea bargain* é um sistema de negociação jurídico-penal tipicamente estadunidense e que consiste em um acordo realizado entre o Promotor e o acusado para que este último confesse a prática do crime em troca de benefícios como a redução da pena ou a não imputação de um determinado crime. Perante o juízo, o réu pode se declarar inocente (*not guilty plea*), culpado (*guilty plea*) ou optar por não se manifestar sobre a acusação (*nolo contendere plea*), o que não implica em confissão de culpa. Importa ressaltar que apenas na hipótese da declaração de inocência é que o processo não se extingue de imediato com a aplicação da pena, havendo a necessidade de julgamento. Contudo, estima-se que menos de 10% dos processos vão à julgamento, pois o *guilty plea* ocorre na maioria esmagadora dos casos em virtude dos acordos que são realizados entre a acusação e a defesa (*plea bargain*) e, posteriormente, homologados pelo juiz⁸. Em 2018, por exemplo, 9 em cada 10 réus foram condenados, sendo que apenas 2% dos casos foram avaliados perante o Júri⁹.

No entanto, esses acordos nem sempre foram tão populares assim como são hoje nos EUA. As primeiras menções a negociações semelhantes às que existem atualmente surgem

⁷ A Revista Conjur publicou um resumo da opinião de dez renomados constitucionalistas brasileiros que são contrários à relativização da presunção de inocência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. Revista de Processo RDP N° 4 - Out-Nov/2000, p. 7. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_05.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁹ Na pesquisa foram analisados 78.996 casos relacionados com questões migratórias, armas e drogas. A pesquisa completa pode ser encontrada na página eletrônica do Departamento de Justiça americano. Federal Justice Statistics, 2017-2018, abril 2021. Disponível em: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs1718.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.



após a Guerra Civil e teriam decorrido do aumento da criminalidade nas cidades norte-americanas pois houve maior deslocamento de americanos e imigrantes para os centros urbanos após a abolição da escravatura¹⁰. Embora condenadas pelos tribunais de apelação da época, a prática continuou até ser considerada como constitucional pela Suprema Corte dos EUA em 1970 no caso *Brady v. United States*, onde se discutia a validade de uma confissão de culpa realizada apenas para se evitar a pena morte¹¹. Na ocasião, a corte declarou que os acordos são inerentes ao funcionamento da Justiça Criminal¹².

Na jurisprudência brasileira houve uma pequena discussão no STF sobre o *plea bargain* norte-americano em um embargo de declaração oposto pelo Ministério Público Federal. O pedido, rejeitado em 2001 pela Corte, pleiteava a revogação de um *Habeas Corpus* concedido pelo plenário em virtude de não ter sido considerada uma causa interruptiva da prescrição. Na ocasião, o relator Ministro Ilmar Galvão traçava algumas considerações sobre o instituto norte-americano, destacando o fato de não haver correspondência com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a exigência do direito pátrio de que a causa seja apreciada pelo juiz:

[...] o *plea bargain* pode ser entendido como uma transação entre acusação e defesa, na qual o réu, na expectativa de que receberá alguma benesse em troca, admite a sua culpa, confessando a veracidade das acusações (*guilty plea*), tornando-se desnecessário o julgamento pelo tribunal (*Trial Juri*). Cuida-se, portanto, de procedimento singular, sem correspondência no Direito brasileiro, que, como se sabe, exige que a condenação seja proveniente de um juízo de valoração do magistrado acerca da participação de cada acusado nos eventos criminosos, em um processo no qual é realizada uma instrução probatória com o fim primeiro de buscar-se a verdade real, independente da confissão dos réus, assegurando-se, dessa forma, um julgamento com todas as garantias inerentes ao devido processo legal.¹³

¹⁰ WALSH, Dylan. *Porque os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining?*. Artigo publicado originalmente na revista The Atlantic em 02/05/2017. Tradução de Aury Lopes Júnior. Revista Eletrônica Conjur, coluna “Limite Penal” 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹¹ Idem

¹² Mais informações sobre o caso podem ser encontradas no site americano Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1969/270>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³ STF. Embargos Declaratórios no Habeas Corpus nº 80.828-0. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ: 20/09/02, p. 416 - 417. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=366062>. Acesso em: 13 abr. 2021.



Ainda sobre esse julgado supramencionado, o voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence enfrentou uma questão elegante de direito penal internacional. Em seu voto, o magistrado reconheceu que a decisão que homologa o *plea bargaining* realizado entre o réu e a acusação não é semelhante a uma sentença condenatória, ao menos para ensejar a interrupção da prescrição prevista no art. 117, §1º do Código Penal¹⁴. Essa questão ilustra apenas um dos incontáveis choques que a introdução de um instituto estrangeiro pode acarretar.

No Brasil, o mecanismo que mais se aproxima do sistema de acordo norte-americano é a transação penal, prevista na Constituição apenas para as infrações de menor potencial ofensivo que devem tramitar nos juizados especiais, conforme dispõe o art. 98, inciso I da Lei Maior. A definição do que seriam essas infrações de menor potencial ofensivo decorre do art. 61 da Lei nº 9.099/95, também conhecida como Lei dos Juizados Especiais, onde fica estabelecido que são as contravenções e os crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Contudo, existem ainda algumas limitações para que haja a transação penal, como é o caso da súmula nº 536 do STJ que impõe a inaplicabilidade desse instituto quando o delito se enquadrar no rito da Lei Maria da Penha.

Nessas hipóteses bastante específicas é possível que o Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) ou o querelante (nos crimes de ação penal privada), possam celebrar um acordo com o autor da infração penal, aplicando-se imediatamente a pena restritiva de direito ou as multas, não sendo instaurado o processo penal. Para que tudo ocorra regularmente é necessário que o autor da infração aceite o acordo e o juiz homologue a transação. Porém, cabe ressaltar que o magistrado não é obrigado a homologar o acordo, pois pode rejeitá-lo caso encontre alguma ilegalidade¹⁵.

Com o pacote anticrime a lógica negocial contida na transação penal seria extremamente ampliada, fazendo com que a barganha no processo penal não mais se constituísse com uma exceção que se limita aos casos do juizado especial penal, conforme previsão na Constituição Federal. Portanto, essa expansão dos acordos contida no

¹⁴ *Ibidem*, p. 428.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Bahia: Ed. JUSPODIVM, 2019, p. 1501.



anteprojeto de Moro é considerada como inconstitucional por alguns processualistas, vez que “trata-se de limitação pactuada de direitos, sem exame acurado de provas”¹⁶, implicando na redução drástica das garantias processuais previstas no ordenamento jurídico.

Importante frisar que o autor de um delito que aceita a transação penal somente poderá ser submetido a penas restritivas de direito e multas. Contudo, se tivesse sido adotado o *plea bargain* previsto no anteprojeto, seria possível a aplicação imediata de pena privativa de liberdade sem processo, o que esbarra com a matriz brasileira da *civil law* que não se coaduna com essa exacerbada ampliação de imposição de sanções penais, conforme se depreende do seguinte trecho:

A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que nosso sistema jurídico (*civil law*) impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla e ilimitada no que se refere à quantidade de pena — como a proposta pelo projeto “anticrime” do governo federal — que se assemelha ao *plea bargaining* norte-americano (*common law*). Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a “aplicação de pena privativa de liberdade sem processo”.¹⁷

A lógica negocial também está presente no acordo de não-persecução penal previsto no art. 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Segundo a normativa, o *parquet* pode oferecer ao investigado um acordo para não o denunciar, desde que ele confesse formalmente a prática da infração penal e cumpra algumas condições como reparar o dano, renunciar a bens e direitos, prestar serviço à comunidade, pagar prestação pecuniária e cumprir outras condições estipuladas pela acusação. Sem embargo, esse acordo é possível de ser realizado quando se tratar de crimes sem violência ou grave ameaça, a pena mínima cominada ao delito for inferior a 4 anos e que não seja cabível a transação penal. Caso o investigado cumpra esses requisitos, aceite o acordo e o cumpra integralmente, o Ministério Público procederá com o arquivamento da investigação.

¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de Lei Anticrime*. Bahia: Ed. JUSPODIVM, 2019, p. 24.

¹⁷ A íntegra do texto publicado pelo professor Aury Lopes Jr. pode ser encontrada no sítio eletrônico do Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>. Acesso em: 13 abr. 2021.



Esse acordo de não-persecução previsto na resolução do CNMP foi introduzido no Código de Processo Penal através da Lei 13.964/2019, chancelando a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal, haja vista que o Ministério Público pode decidir entre oferecer ou não a denúncia, mas caso não ofereça, não pode prever no acordo a submissão do investigado a uma pena privativa de liberdade. De qualquer maneira, alguns autores entendem que “não deve haver acordo de não propositura de denúncia entre Ministério Público e acusado, eis que a ação penal é imperativa”¹⁸.

Há de se concluir pela inconstitucionalidade do acordo de não-persecução penal, tendo em vista que ele impõe pena sem processo, configurando-se como um atentado aos princípios e regras constitucionais e de processo penal. E o mais lamentável é que tal regra foi elaborada inicialmente pelo órgão máximo do Ministério Público, o que evidencia os tempos difíceis que a República brasileira passa¹⁹.

É possível, assim, verificar que a transação penal e o acordo de não-persecução penal (ou ainda outros institutos como a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada) se aproximam da barganha presente no sistema do *common law*. No entanto, tais dispositivos se deparam com um obstáculo na matriz constitucional brasileira, que preza pela aplicação de penas que privem a liberdade de um indivíduo apenas através de processo. Na *civil law* se busca encontrar nas leis e no devido processo legal a resolução dos conflitos que possam resultar no encarceramento, evitando eventuais injustiças que decorreram da discricionariedade dos agentes envolvidos na persecução penal.

A adoção do *plea bargain* meramente pelo seu pragmatismo, contudo, pode implicar na implementação de um sistema, no mínimo, questionável. Isso porque se trata de um instituto que carrega consigo uma série de problemas que podem culminar em uma prestação jurisdicional precária, seletiva e, conseqüentemente, injusta. Não é de hoje que tal modelo de justiça negociada, enraizada na tradição norte-americana, sofre críticas quanto ao seu fundamento ético. Logo, torna-se imperiosa a análise das mais relevantes críticas a essa solução negociada, compreendendo as mazelas do mecanismo através das indagações dos doutrinadores e correlacionando suas opiniões, sempre que possível, com os casos

¹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de Lei Anticrime*. Bahia: Ed. JUSPODIVM, 2019, p. 43.

¹⁹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.



enfrentados pela Suprema Corte dos EUA. Somente assim é possível realizar, com cautela, uma ponderação entre a promessa de elevada eficiência para a justiça criminal e a manutenção de garantias processuais conquistadas ao longo de séculos de batalhas em prol da limitação do poder estatal.

3. CRÍTICAS SOBRE O INSTITUTO DO *PLEA BARGAIN*

Se, de fato, o anteprojeto anticrime fosse integralmente convertido em lei pelo Congresso Nacional, a probabilidade de que a Corte Constitucional brasileira viesse a se deparar rapidamente diante de ações que questionassem a constitucionalidade das soluções negociadas não seria remota. A Constituição de 1988 é explícita quanto aos direitos fundamentais e garantias do réu, e estes poderiam vir a colidir com os acordos de confissão de culpa que seriam realizados com a incorporação do *plea bargain* no ordenamento jurídico do país.

A afirmação da inevitabilidade do enfrentamento pelo STF da constitucionalidade do *plea bargain* não se trata de previsão astrológica do futuro, mas simplesmente a conclusão que pode ser extraída do fato de que o instituto que o Ministério da Justiça pretendia importar é tratado por alguns estudiosos estrangeiros como sendo incompatível com suas Constituições. Não é à toa que Timothy Lynch, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, caracterizou o *plea bargain* como uma prática inconstitucional e que deveria ser abolida. Na ocasião, o autor afirmou que a Suprema Corte errou no caso *Bordenkircher v. Hayes* (1978)²⁰ ao decidir que era lícita a ação de Promotor que ameaça um acusado de prisão perpétua caso ele não aceite o acordo e se declare culpado²¹.

Em que pese as alegações de que o *plea bargain* é essencial para a manutenção dos sistemas penais dos países que a adotam, no Alasca ocorreu essa abolição do sistema de negociação de culpa sugerido por Lynch. Em 1975, Avrum Gross, Procurador Geral do Alasca, proibiu a realização dos acordos no estado. A proibição alcançou todos os crimes e, contrariando as expectativas de muitos, resultou no incremento da produtividade do sistema

²⁰ Mais informações sobre o caso podem ser encontradas no site americano Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1977/76-1334>. Acesso em: 13 abr. 2021.

²¹ LYNCH, Timothy. The Case Against Plea Bargaining. *Regulation*, vol. 26, no. 3, pp. 24-27, fall 2003.



de justiça criminal²². No entanto, cabe destacar que alguns estudiosos afirmam que a barganha não desapareceu do Alasca e que as conclusões sobre a eficiência do funcionamento do aparelho judicial do estado são imprecisas, haja vista as falhas nas pesquisas que avaliaram os impactos da proibição²³.

Enquanto não houver o banimento da barganha do ordenamento jurídico norte-americano, resta limitar a discricionariedade dos agentes envolvidos e suprir as lacunas existentes em virtude da falta de regulamentação do *plea bargain*. Nesse sentido, a decisão proferida no caso *Santobello v. New York* (1971) é crucial para estabelecer o direito do réu de exigir que o seu acordo seja cumprido, independentemente da substituição dos advogados e promotores durante o processo.

Rudolph Santobello foi indiciado por dois crimes em 1969 pelo Estado de Nova Iorque, porém, após acordo com a acusação, aceitou reconhecer sua culpa pelo menor delito, almejando uma sentença mais branda. Passados alguns meses, tanto o seu advogado de defesa quanto o promotor original foram substituídos e, sem o conhecimento do acordo realizado anteriormente, a acusação solicitou a sentença máxima. Mesmo recorrendo, o tribunal de apelação confirmou a sentença, obrigando Santobello a recorrer na Suprema Corte.

Escrevendo para a maioria apertada de 4 a 3, Warren E. Burger, *chief justice* da Corte, ressaltou que o *plea bargain* é um instrumento crucial para o funcionamento da justiça criminal do país e deve, portanto, ser mantido os acordos realizados entre a acusação e a defesa. Foi uma decisão difícil porque o juiz de primeira instância alegou que a recomendação da promotoria não havia influenciado a sua sentença condenatória, mas de qualquer modo a maioria dos *justices* foram favoráveis a Santobello exigindo que o caso retorne para considerar o acordo original.²⁴

Como visto na resolução do caso supracitado, a justiça estadunidense privilegiou a atuação preliminar da promotoria, descartando-se, em prol da barganha, o processo realizado. Assim sendo, a atuação da acusação antes do processo vai ganhando bastante

²² RUBINSTEIN, Michael L.; TERESA J. White. Alaska's Ban on Plea Bargaining. *Law & Society Review*, vol. 13, no. 2, 1979 pp. 367–383

²³ MARENIN, Otwin. The State of Plea Bargaining in Alaska. *Jornal of Crime and Justice*. Volume 18, 1995

²⁴ Todas as informações sobre o caso foram extraídas no site americano Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-98>. Acesso em: 13 abr. 2021.



relevância, aumentando-se cada vez mais a importância desses agentes na execução do programa criminal.

Essa questão da atuação da acusação que passa a concentrar muito poder é uma das facetas das soluções negociadas que mais é criticada. Isso porque a ampliação da força da promotoria culmina, simultaneamente, no incremento da desproporcionalidade entre as partes da ação penal, mitigando-se os direitos e garantias dos réus. Para Aury Lopes Jr, quando um réu não aceita um acordo ele acaba tendo que enfrentar uma verdadeira guerra contra a acusação, além da possibilidade de se deparar com um juízo pouco receptivo, transformando o processo penal em um intercâmbio perverso:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel.²⁵

Outrossim, o autor conclui que “a lógica comercial transforma o processo penal num mercado persa, no sentido mais depreciativo” e que “a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão”²⁶:

A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus – mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão [...] É a

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, n.p.

²⁶ *Idem*.



lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência. Em síntese, a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes. Resulta ser uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças.²⁷

Essa preocupação com o poder da acusação também é partilhada por Zaffaroni, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, o mestre argentino ainda acrescenta que os prejuízos oriundos da adoção da barganha podem ser ainda mais devastadores a depender da condição financeira do acusado, provocando uma verdadeira extorsão contra as minorias. É o que se depreende da seguinte passagem:

No plano processual, o juízo se tornou extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para as pessoas de escassos recursos. A *bargaining* ou negociação é pouco menos do que uma extorsão contra as minorias e todos os segmentos de poucos recursos. Por essa via, o processo penal acusatório tornou-se, em grande medida, uma ficção, pois a decisão fica nas mãos do próprio acusador (o Ministério Público).²⁸

Nesse sentido, torna-se nítido que a população mais pobre estará muito mais suscetível a eventuais arbitrariedades dos membros do Ministério Público do que a pequena parcela da sociedade que possui renda suficiente para arcar com os custos de um julgamento. Dessa realidade surgem outros desdobramentos no que diz respeito ao direito do réu hipossuficiente de ser acompanhado por uma defesa técnica qualificada no momento da barganha. Essa falta de defesa técnica poderia decorrer de equívocos quanto ao aceite de um acordo benéfico ao réu ou, ainda, do interesse da defesa de simplesmente encerrar o caso para redução da agenda.

Situação semelhante ocorreu recentemente no caso *Lee v. United States (2017)*. Jae Lee, sul-coreano, foi morar nos EUA em 1982 e acabou se envolvendo com tráfico ilícito de drogas na cidade de Memphis, localizada no estado do Tennessee. Lee foi preso em uma operação policial que ocorreu em 2009 e a acusação reuniu provas bastante convincentes

²⁷ *Idem*

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 62.



sobre a autoria de seu delito. Mesmo com um caso forte contra Lee, o promotor ofereceu um acordo para reduzir a sentença caso ele se declarasse culpado. Informado pelo seu advogado de que a sua declaração de culpa não importaria em sua deportação, Lee aceitou o acordo. Ocorre que a informação prestada pelo seu advogado foi incorreta, haja vista que ao confessar um crime que implica em consequências migratórias, Lee poderia sim ser deportado.²⁹

O Tribunal de Apelação do Sexto Circuito não deu provimento ao recurso de Lee que alegava não ter recebido assistência jurídica eficaz e que a sua situação se enquadrava integralmente no precedente estabelecido em *Strickland v. Washington* (1984). No caso citado, David Washington foi condenado à pena de morte após não ser encontrado quaisquer atenuantes para o homicídio que ele estava sendo acusado. Porém, o seu advogado de defesa não havia procurado testemunhas de caráter e nem uma avaliação psicológica, duas estratégias que poderiam resultar em atenuantes para se evitar a sentença capital. O caso chegou à Suprema Corte dos EUA e ficou definido que é possível anular uma sentença quando ocorrer uma assistência ineficaz. No entanto, esta somente se configura se o réu comprovar que o desempenho do advogado foi deficiente e que essa falta influenciou o resultado do processo, ferindo o seu direito a um julgamento justo quando representado por um profissional abaixo do padrão objetivo de razoabilidade.³⁰

Voltando ao caso *Lee v. United States*, para os magistrados do Tribunal do Sexto Circuito, referido caso não se enquadrava na segunda parte do precedente *Strickland*, porque não havia quaisquer indícios de que o resultado de seu processo seria diferente caso ele tivesse sido informado corretamente pelo seu advogado de que aceitar a barganha poderia culminar em sua deportação.

Não obstante, na Suprema Corte o caso de Lee foi resolvido com uma maioria esmagadora de 6 a 2 a seu favor. John G. Roberts Jr., *chief justice*, redigiu a *opinion* esclarecendo que a problemática da questão não consistia na possibilidade de Lee ser ou não

²⁹ Todas as informações sobre o caso foram extraídas do site americano Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2016/16-327>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁰ Todas as informações sobre o caso foram extraídas do site americano Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1983/82-1554>. Acesso em: 13 abr. 2021.



absolvido em eventual julgamento, mas sim que ele poderia ter escolhido ir à julgamento, caso tivesse sido orientado adequadamente, ao invés de aceitar a proposta da promotoria.

De todo o exposto, é possível vislumbrar que as decisões da Suprema Corte nos casos de Lee e de Santobello revelam alguns aspectos relevantes em relação à barganha no processo penal, pois retratam não só os problemas técnicos da sua implementação, como também a correlação de forças entre a manutenção do processo e a preponderância do negócio. No entanto, não há dúvidas sobre a importância que as instituições jurídicas norte-americanas atribuem ao sistema de negociação de culpa. O que pode ser colocado em discussão, contudo, é se a justiça criminal estadunidense considera os acordos mais elementares do que o próprio processo penal. Um caminho para iluminar essa questão pode ser encontrado no julgamento de Anthony Cooper.

4. PREPODERÂNCIA DO ACORDADO SOBRE O PROCESSO NO CASO *LAFLER V. COOPER*

Durante a noite de 25 de março de 2003, Anthony Cooper efetuou diversos disparos contra Kali Mundy sem, contudo, produzir o óbito dela. A motivação da agressão contra Mundy não ficou clara durante o processo e no julgamento foi sustentado em algumas ocasiões que o acusado teria agido em legítima defesa própria ou, ainda, de terceiros. A conduta objetiva de Cooper é que não foi contestada, pois de fato ele havia mirado na cabeça de Mundy, porém errou o seu alvo que correu para escapar com vida, sendo atingida nas nádegas, quadris e abdômen³¹.

Como todos os tiros atingiram a vítima abaixo da cintura, o advogado de defesa de Cooper teria informado a ele que em hipótese alguma haveria como ele ser condenado por agressão com intenção de matar. Acreditando em seu defensor, o acusado não aceitou a proposta de acordo do promotor de recomendar tão somente uma pena em torno de 51 a 85 meses, ignorando outras acusações de crimes e contravenções que ele poderia ainda vir a

³¹ Todas as informações sobre o caso foram extraídas da decisão proferida pelo *justice* Anthony M. Kennedy, que redigiu a *majority opinion* da Suprema Corte quando o caso foi decidido em 2012. A decisão completa da maioria da Corte pode ser encontrada no portal eletrônico da Suprema Corte dos EUA. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/156/#tab-opinion-1970405>. Acesso em: 13 abr. 2021.



responder juntamente com o atentado contra a vida de Mundy, como a posse de maconha e de arma.

Optando pela recusa do acordo, o processo prosseguiu com um julgamento completo e justo perante o júri³² que culminou na condenação de Cooper em todas as acusações que a promotoria realizou, gerando uma sentença mínima obrigatória de 185 a 360 meses de prisão. Diante dessa decisão desfavorável, o réu sustentou junto ao Tribunal de Apelações de Michigan que o seu advogado haveria aconselhado a rejeição do acordo e que isso caracterizaria uma assistência ineficaz. No entanto, o Tribunal não deu razão às alegações afirmando que ele recusou por duas vezes a oferta de barganha da acusação e, conscientemente, decidiu tentar a sorte em um julgamento. No mesmo sentido se pronunciou a Suprema Corte de Michigan ao negar o pedido de Cooper de apresentar uma apelação.

Ato contínuo, Cooper impetrou um *habeas corpus* e conseguiu que o Tribunal distrital reconhecesse a assistência ineficaz que vinha alegando em oportunidades anteriores. Para os magistrados do Tribunal Distrital, o réu perdeu a oportunidade de celebrar um acordo e receber a menor pena que lhe foi oferecida em virtude de um conselho equivocado de seu advogado, restando caracterizado o precedente *Strickland v. Washington* (1984) e implicando na necessidade de que seja novamente concedido o acordo de sentença mínima no intervalo de 51 a 85 meses.

Insatisfeito com a mudança de rumo do caso, o Estado de Michigan recorreu ao Tribunal de Apelações do Sexto Circuito. O principal fundamento do recorrente foi o de que Cooper passou por um julgamento justo, não havendo qualquer motivo para novamente ser oferecido o acordo. Não obstante, as alegações do Estado foram rejeitadas e a ordem concedida pelo Tribunal Distrital foi afirmada.

Contrariado, o estado recorreu à Suprema Corte dos EUA que aceitou julgar o caso em janeiro de 2011, mas a decisão somente ocorreu em março de 2012. A disputa entre os *justices* foi bastante calorosa e o resultado foi de 5 a 4 a favor de Cooper. O *justice* Anthony M. Kennedy foi quem redigiu a *majority opinion* da Corte que concedeu maior ampliação à

³² Conforme reconheceu o próprio Kennedy na *opinion* redigida. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/156/#tab-opinion-1970405>. Acesso em: 13 abr. 2021.



Sexta Emenda da Constituição dos EUA, estendendo os seus efeitos também para as negociações judiciais. Essa emenda dispõe que³³:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

O teste de Strickland sobre a assistência ineficaz determinava que o processo teria sido diferente se o erro do advogado não tivesse acontecido. No caso de Cooper, o processo aconteceu e o erro do advogado não influenciou na decisão prolatada pelo júri. Nessa equiparação do processo criminal com a negociação judicial, a maioria da Corte compreendeu que Cooper não precisava demonstrar que o resultado do processo teria sido diferente, mas sim o resultado do fato de confessar teria sido distinto se não fosse o equívoco de sua defesa. Em linhas gerais, o resultado do processo de confissão seria diferente se não houvesse a assistência ineficaz de seu patrono.

Sem embargo, tanto o Procurador-Geral quanto o peticionário demonstraram no processo uma visão bastante restrita sobre o direito a um julgamento justo. Para ambos, não há como a situação de Cooper ser aprovada no teste de Strickland porque o réu foi submetido a um processo integralmente em conformidade com as normas vigentes. Como o propósito da Sexta Emenda é justamente garantir o direito a um julgamento justo, não há como Cooper se evadir de sua condenação. Nesse sentido, ainda que tenham ocorrido erros antes do julgamento, estes não devem maculá-lo, exceto se afetar a imparcialidade do julgamento em si.

Refutando essa alegação de que os prejuízos advindos pela recusa equivocada do acordo foram suprimidos pelo julgamento justo que se sucedeu, Kennedy deixa claro que ao invés de curar o erro, o julgamento causou a lesão do erro. Além disso, o *justice* afirma que

³³ A íntegra da tradução da Constituição dos EUA pode ser encontrada em diversas páginas eletrônicas. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.



o *plea bargain* possui um papel elementar no sistema de justiça criminal e que, portanto, o direito à assistência eficaz não pode desconsiderar essa realidade que se manifesta hodiernamente:

No presente caso, o entrevistado foi a julgamento, em vez de aceitar um acordo de confissão, e é concedido que este foi o resultado de assistência ineficaz durante o processo de negociação de culpa. O entrevistado recebeu uma sentença mais grave no julgamento, três vezes e meia mais grave do que ele provavelmente teria recebido se declarando culpado. Longe de curar o erro, o julgamento causou a lesão do erro. Mesmo que o julgamento em si esteja livre de falhas constitucionais, o réu que for a julgamento em vez de aceitar um pedido mais favorável pode ser prejudicado por uma condenação em acusações mais sérias ou pela imposição de uma sentença mais severa [...] os três argumentos do peticionário somam uma alegação geral: um julgamento justo limpa qualquer desempenho deficiente do advogado de defesa durante a barganha. Essa posição ignora a realidade de que a justiça criminal hoje é em grande parte um sistema de fundamentos, não um sistema de julgamentos. Noventa e sete por cento das condenações federais e noventa e quatro por cento das condenações do estado são o resultado de confissões de culpa [...] o direito à assistência adequada de um advogado não pode ser definido ou aplicado sem levar em conta o papel central que a barganha desempenha na obtenção de condenações e na determinação de sentenças. (566 U. S. Opinion of the Court, 2012, p. 7 e 11, tradução livre)³⁴

Contudo, dois magistrados fizeram questão de redigir votos dissidentes, dada a relevância da causa apreciada pela Corte. Discordando da decisão da maioria, o voto dissidente do *justice* Antonin Scalia reconhece esse protagonismo dos acordos, mas de modo pejorativo. Para o magistrado, a Corte estaria inovando no processo penal-constitucional ao estabelecer a “lei de negociação de penas”. Em sua opinião, a evidência que se dá à barganha decorre do fato de que o processo criminal ordinário acabou se transformando em algo extremamente moroso, imprevisível e caro. Nessa linha, ele afirma que uma parcela

³⁴ U.S. Supreme Court, *Lafler v. Cooper*, Opinion of the Court, julgado em 21/3/2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-209/case.pdf>. Consultado em 28 de outubro de 2019. Acesso em: 28 out. 2019.



importante da responsabilidade pela falência do processo penal decorre das imposições da Corte aos Estados na busca de alcançar uma justiça perfeita³⁵.

Scalia faz questão de deixar nítido que foi proporcionado a Anthony Cooper um julgamento completo e justo que resultou em uma condenação em todas as acusações por um júri unânime. Para o *justice* não há como aplicar no caso o teste de Strickland e que a decisão da maioria da Corte importava em um amplo afastamento dos precedentes anteriores ao permitir que o direito à assistência eficaz se estenda não apenas a um processo justo, mas também a um “direito judicialmente inventado de negociação judicial efetiva”³⁶.

Outrossim, o voto de Scalia traz à baila inúmeros outros questionamentos sobre o *plea bargain*. O *justice* se pergunta se seria constitucional, então, retirar uma oferta de acordo que já tenha sido aceita ou não fazer nenhuma oferta apesar do caso montado pelo promotor ser fraco³⁷.

Por derradeiro, a opinião dissidente de Scalia encerra acusando a Suprema Corte de elevar o *plea bargain* de um mal necessário a um direito constitucional. De um instrumento embaraçoso, a barganha passou a ser o próprio sistema de justiça criminal, como se fosse um dispositivo inserido na própria Constituição. É o que se depreende da seguinte passagem³⁸:

Nos Estados Unidos, temos argumentos para barganhar em abundância, mas hoje isso tem sido considerado um mal necessário. Ele apresenta graves riscos de sobrecarga do Ministério Público que efetivamente compelem um réu inocente a evitar riscos maciços, declarando-se culpado de uma ofensa menor; e para os réus culpados muitas vezes - talvez geralmente - resulta em uma sentença bem abaixo do que a lei prescreve para o crime real. Mas, mesmo assim, aceitamos a negociação judicial porque muitos acreditam que, sem ela, nosso longo e dispendioso processo de julgamento criminal não poderia sustentar o ônus imposto a ela, e nosso sistema de justiça criminal seria interrompido [...] Hoje, no entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos eleva a barganha de um mal necessário para um direito constitucional. Não é mais um complemento um pouco embaraçoso para o nosso sistema de justiça criminal; em vez disso, como

³⁵ U.S. Supreme Court, *Lafler v. Cooper*, SCALIA, J., dissenting, p. 1. julgado em 21/3/2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-209/case.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁶ 566 U. S. SCALIA, J., dissenting, 2012, p. 4, tradução livre. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-209/case.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

³⁷ *Ibidem*, p. 2.

³⁸ U.S. Supreme Court, *Lafler v. Cooper*. julgado em 21/3/2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-209/case.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.



a Corte anuncia no caso ao lado, é o sistema de justiça criminal [...] O resultado no presente caso é o desfazer de um processo adjudicatório que funcionou exatamente como deveria. O criminoso libertado Anthony Cooper, que atirou repetidamente e gravemente feriu uma mulher chamada Kali Mundy, foi julgado e condenado por seus crimes por um júri de seus pares, e recebeu uma punição que os representantes eleitos de Michigan consideraram apropriado. Nada sobre esse resultado é injusto ou inconstitucional. Ao contrário, é maravilhosamente justo e infinitamente superior ao julgamento por barganha que a opinião de hoje proporciona status constitucional. Eu respeitosa discordo.³⁹

Quanto ao segundo voto dissidente, apresentado pelo *justice* Samuel A. Alito, este foi bastante conciso quando comparado ao voto emitido por Scalia. Alito apenas fez que questão de ressaltar que a interpretação realizada pelo Tribunal sobre a Sexta Emenda foi completamente infundada e espera que os juízes de primeira instância possam mitigar os possíveis efeitos colaterais da decisão equivocada prolatada pela maioria da Corte⁴⁰.

Independentemente da Suprema Cortes dos EUA ter errado ou não, o que importa nesse momento é destacar que Cooper obteve um julgamento justo, completo, demorado e dispendioso para que, ao final do processo, tudo fosse anulado e a barganha seja novamente ofertada. Nisto é possível visualizar que a adoção do *plea bargain* pode acarretar uma preponderância do sistema de acordos sobre o próprio processo penal em si, culminando em uma inviabilização da efetivação da garantia a um processo justo caso haja problemas na fase negocial.

A importação desse sistema estrangeiro para o Brasil, portanto, jamais pode ser realizada sem que existam estudos sérios sobre o impacto que pode gerar para a justiça criminal do país. O fato de o sistema de barganha se transformar em uma ferramenta de pressão do Ministério Público e condenar inocentes é apenas um dentre muitos outros incontáveis problemas que podem acarretar um colapso do direito processual-penal brasileiro.

³⁹ 566 U. S. SCALIA, J., dissenting, 2012, p. 12-13, tradução livre. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/10-209/case.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁴⁰ U.S. Supreme Court, Lafler v. Cooper. julgado em 21/3/2012. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/156/#tab-opinion-1970406>. Acesso em: 13 abr. 2021.



Além da possibilidade de incrementar a crise já existente na justiça criminal, os acordos podem gerar maior espetacularização do processo penal e reduzir ainda mais a confiança da sociedade no sistema. Como explicar à população que um réu julgado por um júri imparcial e com todas as garantias e direitos respeitados não será condenado conforme a decisão de seus pares, mas sim por um acordo realizado dentro de um gabinete?

A eficiência da implementação do *plea bargain* se torna ainda mais caótica se considerar a falta de controle social das atividades do Ministério Público brasileiro. Nos EUA, os promotores de justiça não compõem um órgão institucional, mas sim uma função eletiva que geralmente serve para posteriormente ingressar na política. No Brasil, ao contrário, os membros do Ministério Público não são selecionados através de voto popular, mas sim de concurso público, o que inviabiliza um controle efetivo das políticas adotadas por esses agentes.

Se fosse aprovada a proposta do ex-ministro Sérgio Moro, a jurisprudência e a doutrina brasileira exerceriam, indubitavelmente, um papel fundamental na definição dos rumos da justiça criminal do país. Os inúmeros casos envolvendo discussões sobre a constitucionalidade e aplicabilidade do *plea bargain* que seriam enfrentados pelos magistrados, especialmente pelo STF, conduziriam à conclusão sobre a ineficiência da ferramenta, ou não. Sem embargo, a decisão da Suprema Corte dos EUA, ao mandar oferecer novamente o acordo a Cooper, evidenciou, no mínimo, uma fratura na eficiência da barganha penal. Isso porque ao privilegiar o negócio em detrimento do processo, a decisão implicou na reversão de uma condenação que, para ocorrer, exigiu gastos financeiros com jurados, testemunhas, funcionamento dos tribunais e dos agentes que compõe a justiça criminal, bem como o reavivamento do drama da vítima do fato criminoso.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta apresentada no início do ano de 2019 pelo Ministério da Justiça pretendia incluir no ordenamento jurídico brasileiro um instituto jurídico norte-americano que é interpretado pelo *justice Scalia* da Suprema Corte dos EUA e muitos juristas como um “mal necessário” que privilegia a celeridade em detrimento das garantias processuais. Além disso,



é comum a opinião de que a adoção da barganha penal implica na concentração desmedida de poder nas mãos da agência acusadora dos países que incorporam tal instrumento.

Todos os casos apresentados que foram julgados pela Suprema Corte e que se relacionam com o *plea bargain* apontam para uma valorização exacerbada dos acordos de barganha, ainda que necessário o sacrifício da manutenção do processo penal. As críticas apresentadas por juristas brasileiros se coadunam com os votos dissidentes no caso *Lafler v. Cooper* no que tange ao fato de a barganha se confundir com o próprio sistema de justiça criminal, eliminando quaisquer outros mecanismos de efetuação da persecução penal ao restringir a possibilidade de condenação ao que for decidido entre partes completamente desiguais no caso penal.

Ao ordenar que o Estado ofereça novamente o acordo, a decisão da Suprema Corte no caso *Lafler v. Cooper* demonstrou que o *plea bargain* nem sempre conduz a uma justiça criminal eficiente, pois serviu como obstáculo para a concretização de processo completo e justo que foi realizado em vão. Esse e diversos outros casos são fundamentais para debater a conveniência da importação desse sistema para o ordenamento jurídico do país. Em que pese a proposta apresentada de implementação do *plea bargain* tenha sido rejeitada pelos parlamentares, é possível que tal ideia reapareça em outras promessas de tornar eficaz a justiça criminal, o que torna elementar a discussão equilibrada e aprofundada sobre a introdução, regulamentação, limitação e consequências da adoção desse instituto. Nesse sentido, a ferramenta do direito comparado é fundamental para antecipar problemas e contribuir para o estabelecimento de alternativas, tornando-se imprescindível o estudo da experiência norte-americana e de outros países que adotem instrumentos similares em seu processo penal.

De todo modo, se a implementação da barganha penal no Brasil importar na consolidação de um sistema que substitua o processo penal ou se confunda com a própria justiça criminal, não parece ser conveniente aceitar a sua recepção no país. Qualquer raciocínio que se afaste consideravelmente dessas premissas estabelecidas pode representar ideias que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito que o Brasil pretende ser.



REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*. *Revista de Processo*. vol. 103, p. 95-107, Jul/2001. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_05.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p
- CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: *O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo*. In: CARVALHO, Salo de (org). *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Rev. cienc. polít.* (Santiago), Santiago, v. 24, n. 2, p. 29-48, 2004.
- COUTINHO, Priscila. *A má-fé da justiça*. In: *Ralé Brasileira: quem é e como vive* – Capítulo 14. Editora UFMG, Belo Horizonte. 2009
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Ed. JusPodivm, 7. ed. rev., ampl. e atual. Bahia, 2019, 1.904 p.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, n.p.
- LYNCH, Timothy. *The Case Against Plea Bargaining. Regulation*, Vol. 26, No. 3, pp. 24-27, Fall 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=511222>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- MARENIN, Otwin. *The State of Plea Bargaining in Alaska*. *Jornal of Crime and Justice*. Volume 18, 1995.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M., *Cárcere e fábrica - As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Revan: ICC. Rio de Janeiro, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco*. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. – Editora Atlas. São Paulo, 2018.



- NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIV, 2014.
- OLCHANOWSKI, Nikolai. *Plea Bargaining: análise desde a filosofia da pena*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder. Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais Perspectivas latino-americanas. São Paulo: Clacso Livros, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- RUBINSTEIN, Michael L.; TERESA J. White. *Alaska's Ban on Plea Bargaining*. *Law & Society Review*, vol. 13, no. 2, 1979 pp. 367–383. Disponível em: www.jstor.org/stable/3053259. Acesso em: 25 set. 2019.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de Lei Anticrime*. Ed. JusPODIVM, Bahia, 2019.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Americanistas e Iberistas: A polêmica de Oliveira Vianna com Tavares Bastos*. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 34, nº 2, 1991. Rio de Janeiro, p. 145 – 189.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres– A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos*. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: REVAN, 2007
- WALSH, Dylan. Porque os tribunais criminais dos EUA são tão dependentes do plea bargaining?. Artigo publicado originalmente na revista *The Atlantic* em 02/05/2017. Tradução de Aury Lopes Júnior. *Revista Eletrônica Conjur*, coluna “Limite Penal” 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/limite-penal-tribunais-eua-sao-tao-dependentes-plea-bargain>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- ZAFFARONI, Eugênio. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Revan – Rio de Janeiro, 1991.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.
Rio de Janeiro. Ano 18. Volume 25. Número 2. Maio a agosto de 2024.
Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*). ISSN 1982-7636. pp. 429-452.

www.redp.uerj.br



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

_____ *O inimigo no direito penal*. Coleção Pensamento Criminológico. Tradução de Sérgio
Lamarão – Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007.