

# PLEABARGAIN E DISPARIDADE DE ARMAS: A COROA DE LOUROS DA ACUSAÇÃO

## PLEABARGAIN AND GUN DISPARITY: THE LAUREL WREATH OF THE PROSECUTION

### Diego dos Reis Braga

Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela USP. Advogado

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9886-1399>

[diegobraga.direito@gmail.com](mailto:diegobraga.direito@gmail.com)

### Rafaella Marineli Lopes

Mestranda e especialista em Direito Constitucional e

Eleitoral pela USP. Advogada.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8837-6659>

[rafaellamarineli@gmail.com](mailto:rafaellamarineli@gmail.com)

#### RESUMO

Tempos difíceis enfrenta o processo penal brasileiro. A propositura de uma reforma lenta e gradual necessária vem sendo substituída por mecanismos aleatórios na tentativa de resolver litígios criminais de forma rápida e barateada. O *pleabargain*, instrumento americanizado, é um desses mecanismos cujo custo barateador pode vir a custar muito caro a quem acordar com ele.

**Palavras chave:** *Pleabargain*, poder da acusação, devido processo legal.

#### ABSTRACT

Hard times faces the Brazilian criminal process. The introduction of a necessary slow and gradual reform has been replaced by random mechanisms in an attempt to resolve criminal disputes quickly and cheaply. The *pleabargain*, an Americanized instrument, is one such mechanism, the cheap cost of which can be very costly to wake up.

**Keywords:** *Pleabargain*, power of accusation, due process of law.

*"Barganha – sinônimo: Permuta recíproca de coisas entre os seus respectivos proprietários; troca. Troca de influência ou de benefícios que, geralmente feita de maneira desonesta, ocorre em segmentos políticos. Negócio obtido ou realizado através do uso de subterfúgios; trapaça."*<sup>1</sup>

Como já afirmou **Crespo**, "a barganha, segundo nos dizem, é ilegal (...) evoluiu nos interstícios não regulamentados do sistema judiciário criminal e continua sendo impulsionada não pela lei, mas pelo poder – o vasto e não regulamentado poder dos promotores".<sup>2</sup> Fruto de uma "lei subconstitucional do processo criminal", a barganha dá à acusação o poder de "administrar a lei criminal não escrita, que consiste apenas em suas próprias decisões discricionárias para cobrar determinadas ofensas ou oferecer certos negócios".<sup>3</sup> Nessa justiça penal negociada, talvez a problemática maior esteja nos fatores "quem" será cobrado e "como" referida cobrança será feita.

Em 1946, no caso *People v. Heirens*, do Estado de Illinois, William Heirens foi condenado a uma pena perpétua após diversas acusações de homicídios. Anos depois, Heirens entrou com uma petição elencando uma série de fatos ocorridos ao longo do processo, questionando sua lisura e apresentando inúmeras violações aos direitos e garantias constitucionais. Dentre os numerosos argumentos, Heirens deixou claro que não estava de acordo com a sua condenação, e que diversas de suas confissões foram obtidas quando ele estava em estado de subconsciência, após autoridades policiais lhe injetarem pentotal de sódio, mais conhecido como "soro

da verdade". Alegou que sua confissão não foi livre e voluntária, sendo-lhe retirado o direito a um julgamento justo e imparcial após seus pais serem submetidos a insistentes conselhos para que se declarasse culpado e também pela postura dos seus advogados, que, em vez de lhe darem sua lealdade indivisa, arredaram-se ao lado da promotoria para evitar o seu retorno à sociedade.<sup>4</sup>

Diferentemente do que prevê a Declaração de Direitos da Constituição Americana, em sua Sexta Emenda, do direito do acusado em processo criminal a um julgamento por um júri imparcial, no caso *Heirens* foi realizado um procedimento embasado em diversas provas ilegais e violadoras das garantias constitucionais que resultaram numa negociação judicial por meio de sua confissão. Confissão essa que o próprio William Heirens afirma ter sido obtida após ter sido drogado pelas autoridades policiais, sem que lhe fosse respeitada a condição da sua dignidade humana e o devido processo legal, direito de todo ser humano, por pior que seja o crime e a personalidade criminoso.

O sistema de barganha ou "*pleabargain*" característico da *common law*, é um instrumento utilizado no processo penal que permite a negociação entre a acusação e a defesa sobre o destino do acusado confidente. Para **Langbein**, que comparou o instituto ao antigo sistema de tortura judicial, "a barganha ocorre quando o promotor induz um criminoso a confessar a culpa e a renunciar o seu direito a julgamento em troca de uma sanção criminal mais branda do que a que seria imposta caso o acusado fosse julgado culpado".<sup>5</sup>

Em troca da sua confissão, o promotor oferece ao acusado benefícios, podendo até mesmo fazer uma recomendação de sentença reduzida, a qual o juiz ficará vinculado, ficando dispensado o *parquet* da necessidade de provar a culpa do criminoso, e, o tribunal, de julgá-lo. Trata-se, portanto, de um procedimento cujo resultado final é a condenação do acusado pelo Tribunal embasada unicamente na sua confissão.<sup>6</sup>

A negociação judicial consiste na troca de concessões oficiais pelo ato de autoacusação do réu, que pode se referir "à sentença imposta pelo tribunal ou recomendada pelo promotor, ao delito imputado, ou a uma variedade de outras circunstâncias". O benefício oferecido pelo réu, nas palavras de **Alschuler**, será sempre o mesmo: um argumento de culpa.<sup>7</sup>

A confissão, no entanto, que nesse mecanismo negocial é o centro da atenção processual, nem sempre foi encorajada pelos tribunais, principalmente pela confiabilidade inerente mitigada a ela, e pelo seu histórico ligado ao sistema judicial inquisitivo e à tortura.<sup>8</sup> Nos primeiros tratados sobre Direito Penal, era tida como uma prova melindrosa, pois não bastava a voluntariedade do agente, devendo ser aferido ainda se a mesma havia sido obtida por ameaça, medo, coação ou promessa de favor.<sup>9</sup>

Logo, ao contrário do que alguns autores sustentam, a barganha no processo penal, com base na confissão, era desconhecida (ou não bem aceita) na maior parte da história do Direito comum. Apenas no final do século XIX esse mecanismo negocial se torna um método dominante de resolução de casos criminais, tendo ampla publicidade a partir da década de 1920, após a aprovação dos estatutos de proibição de bebidas alcoólicas. Com a decisão da Suprema Corte no caso *Brady v. EUA*, em 1970, a negociação judicial tomou seu ápice e passou a ser considerada "inerente ao direito penal e sua administração" diante do aumento da complexidade, da duração e do custo dos julgamentos criminais.<sup>10</sup>

Hoje, mais de 90% dos casos criminais nos Estados Unidos são resolvidos pela barganha, algo a que se chamou de "a era esteróide" da justiça criminal,<sup>11</sup> ou ainda "*mcjustice*", expressão cunhada por **Robert Bohm**.<sup>12</sup> Isso porque as taxas de crimes e processos criminais eclodiram a partir da segunda metade do século XX, o que não ocorreu na mesma proporção com todo o aparato da justiça criminal. O "*pleabargain*" vem então solucionar essa deficiência administrativa, minimizando a quantidade de instruções processuais e sentenças criminais que se findam no início do processo criminal, com o acordo feito com o Ministério Público.<sup>13</sup>

Para se ter ideia dessas proporções catastróficas, de 1987 a 2004, os processos criminais estaduais nos EUA aumentaram 67% e, em decorrência disso, a taxa de encarceramento também – estima-se que de 139 presos por 100.000 habitantes em 1980, para 292 em 1990, e 478 nos anos 2000. Em contrapartida, analisando o mesmo período (1987-2004), os tribunais de justiça aumentaram sua estrutura e pessoal em 11%, o que resultou em um acréscimo de 2.600 juízes nos tribunais de todo o país. Também não foi suficiente o aumento da estrutura do programa de defesa pública, que aumentou em apenas 4% o número de funcionários, enquanto o número de casos progrediu em 20%, no período de 1999 a 2007. Já o aumento da estrutura do Ministério Público foi considerável, resultando em 36% no período entre 1992 e 2001.<sup>14</sup>

Em geral, o número de casos ascendeu muito mais rápido que os recursos judiciais para julgamento dos casos criminais. A ausência de estrutura fez com que, em 1980, um em cada quatro acusados fosse a julgamento, enquanto os demais se declaravam culpados e aceitavam a barganha. Em 1999, essa relação passou a ser de um em cada vinte acusados.<sup>15</sup>

Esse modelo de justiça penal de "emergência",<sup>16</sup> com resultados previsíveis e imediatistas, apresenta inúmeros problemas

para o processo penal democrático. O instituto do "*pleabargain*" é um subterfúgio e uma solução rápida a um sistema legal de prova e julgamento que está em colapso, e que se nega a encarar uma reforma lenta e gradativa que o coloque nos eixos outra vez. Nas palavras de **Langbein**, "um sistema legal fará quase tudo, tolerará quase tudo, antes de admitir a necessidade de reforma em seu sistema de prova e julgamento".<sup>17</sup>

Observa-se que esse modelo de mecanismo negocial, na mesma intensidade que acelera e expande o Direito Penal, atropela o devido processo legal e sua principal função limitadora do poder punitivo estatal. Coloca-se em evidência a figura de um "promotor-juiz", distorcendo-se os papéis dos atores do sistema criminal e seu equilíbrio, renuncia-se ao processo e ao direito à defesa diante da coercibilidade da proposta; e retorna-se a um processo autoritário que dá primazia à confissão, expondo o acusado a violações de toda ordem em suas garantias constitucionais.<sup>18</sup>

Para os defensores do "*pleabargain*", trata-se de um acordo livre e legítimo entre as partes, uma vez que respeita a paridade de armas e a igualdade processual. Ilusório, contudo, esse pensamento, pois a barganha traz uma verdadeira deturpação do sistema acusatório, concentrando na figura do promotor o poder de acusação e julgamento.<sup>19</sup> A defesa, por sua vez, fica reduzida (de mãos atadas, por bem dizer), ou até mesmo inerte, pois lhe é dada a opção de acatar o acordo mais brando em troca da confissão, ou de arriscar um processo que, no final, pode ser completamente devastador ao acusado; é bem cabível aqui o dito popular "se correr o bicho pega, se ficar o bicho come". Enquanto isso, o juiz deixa de lado sua função decisória, ficando refém da suposta vontade das partes (ou melhor dizendo, da acusação).<sup>20</sup>

Se, por um lado, o juiz e o promotor são beneficiados com a redução significativa da carga de trabalho e a celeridade processual, uma vez que o "*pleabargain*" assegura a imediatidade de resultados, de outro, o instrumento se mostra apto a servir aos interesses do poder<sup>21</sup> em detrimento dos interesses do acusado. Por mais que os acolhedores dessa ideia apontem haver uma renúncia voluntária do acusado, não existindo qualquer violação a direito fundamental, o reconhecimento da culpabilidade antes mesmo de ter havido uma acusação formal pelo Ministério Público e um controle de legalidade do Judiciário, em respeito ao devido processo legal, ocasiona prontamente a relativização da busca pela verdade real, a distorção do processo penal como limitador do poder punitivo e a fragilização do ideal de justiça.<sup>22</sup>

O réu, que no decorrer do devido processo legal já enfrenta inúmeras deficiências diante da disparidade de sua força comparada com a do Estado, na barganha ficará retido à vontade única e exclusiva da acusação que, por vezes, é mais cruel e injusta que a do juiz e seu julgamento. Trata-se de uma resposta de emergência, um "subterfúgio de má qualidade e tenaz", como bem ressalva **Langbein**, pois "preparar e levar os casos a julgamento é muito mais difícil do que negociar – policiais, promotores, juízes, advogados (...) e pior, a preguiça, sustenta a barganha".<sup>23</sup>

Não se pode sustentar que referido mecanismo "abra um novo caminho potencial para a justiça",<sup>24</sup> mas um velho e perigoso caminho já percorrido pela justiça penal norte-americana, que não é recomendado, ao menos academicamente e pelos especialistas que vivenciam a prática penal.<sup>25</sup> O poder da acusação de governar por leis não escritas e sem padrões legais formais gera riscos de uma seleção penal ainda mais "clientelista" a quem se coloca atrás das grades, tendo o promotor, inclusive, uma brecha para manipular a denúncia, cumulando ofensas duplicadas e infundadas que cheguem a um cálculo de pena que lhe seja satisfatório para fins de acordo. Essa contabilização matemática visa atender, de forma injusta e indigna, o melhor interesse da acusação, que, se por um lado tenta desafogar o sistema penal, por outro, acaba por destruir uma de suas pilstras sustentadoras: a do devido processo legal.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Significado de barganha. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/barganha/>> Acesso em: 20 mar. 2019.
- <sup>2</sup> CRESPO, Andrew Manuel. The hidden law of plea bargaining. *Columbia Law Review*, n.5, v. 118.
- <sup>3</sup> Idem, ibidem.
- <sup>4</sup> Caso *People v. Heirens*. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1954/33165-5.html>>. Acesso em: 18 mar. 2019.
- <sup>5</sup> LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. *Faculty Scholarship Series*, 543. Disponível em: <[https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/543](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/543)>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- <sup>6</sup> Idem, ibidem.
- <sup>7</sup> ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, v. 36, iss. 1, article 3. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- <sup>8</sup> No sistema inquisitivo medieval, o acusado somente podia ser condenado caso confessasse voluntariamente a ofensa, ou caso houvesse duas testemunhas oculares que presenciaram a cena do crime (...) A regra das duas testemunhas oculares era difícil de conciliar ou fugir, mas a regra da confissão parecia convidar o "subterfúgio" (...) A lei da tortura cresceu para regular esse processo de geração de confissões. Para Langbein, a tortura como entendemos hoje não é a mesma tortura da idade média. Enquanto para nós a palavra "tortura" é apenas um termo depreciativo, para a idade média era uma "característica rotineira e judicialmente supervisionada do processo penal europeu".
- <sup>9</sup> O mais famoso caso de confissão *Rex v. Warickshall*, de 1783, manteve como inadmissível qualquer confissão obtida "por promessa de favor". Nesse caso, a Corte declarou: "A confissão forçada da mente pelas lisonjas da esperança ou pela tortura do medo vem de forma tão questionável que nenhum crédito deve ser dado a ela." Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand-2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- <sup>10</sup> ALSCHULER, op. cit.
- <sup>11</sup> DRIPPS, Donald A. Guilt, innocence, and due process of plea bargaining. *William & Mary Law Review*, Forthcoming; San Diego Legal Studies Paper, n. 16-202, out. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2674852>>. Acesso em: 19 dmar. 2019.
- <sup>12</sup> BOHM, Robert M. "McJustice": on the McDonaldization of criminal justice. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=235377>>. Acesso em: mar. 2019.
- <sup>13</sup> DRIPPS, op. cit.
- <sup>14</sup> Idem, ibidem.
- <sup>15</sup> Id, ibid.
- <sup>16</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-9.
- <sup>17</sup> LANGBEIN, op. cit.
- <sup>18</sup> VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2710703/mod\\_resource/content/1/VASCONCELLOS%20-%20Barganha%20e%20Justiça%20Criminal%20Negocial.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2710703/mod_resource/content/1/VASCONCELLOS%20-%20Barganha%20e%20Justiça%20Criminal%20Negocial.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- <sup>19</sup> ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/3>>. Acesso em: 4 mar. 2019. p. 110-115.
- <sup>20</sup> LOPES Jr., Aury. *Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>>. Acesso em: 19 mar. 2019. p. 120.
- <sup>21</sup> FISHER, George. Plea bargaining's triumph. *109 Yale L.J.*, p. 229-230, 2000. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol109/iss5/1>>.
- <sup>22</sup> VASCONCELLOS, op. cit.
- <sup>23</sup> LANGBEIN, op. cit.
- <sup>24</sup> CRESPO, op. cit.
- <sup>25</sup> Idem, ibidem.

Recebido em: 18/04/2019 - Aprovado em: 10/09/2019 - Versão final: 29/10/2019

# RESPONSABILIDADE PENAL E A LIMITAÇÃO DA CULPABILIDADE NO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUD ROXIN

## CRIMINAL LIABILITY AND THE LIMITATION OF GUILT IN CLAUD ROXIN'S TELEOLOGICAL FUNCTIONALISM

**Lucas Andrey Battini**

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-graduando em Direito

Penal Econômico e Processo Penal Econômico pela PUCPR. Advogado.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2621-9399>

[lucas\\_\\_battini@hotmail.com](mailto:lucas__battini@hotmail.com)

### RESUMO

O crime, por se fazer presente nas mais remotas sociedades, foi considerado um fato social, o que ensejou, por um lado, a evolução do Direito Penal e, por consequência, da aplicação das penas. Nesse contexto, de um Direito Penal de evolução, limitador e de uma nova proposta, emerge o sistema Funcionalista Teleológico de Claus Roxin, que não fecha os olhos para a própria realidade

### ABSTRACT

In the most remote societies, crime, considered a social fact, was present, which led, on the one hand, to the evolution of criminal law and, consequently, the application of penalties. In this context, from a limiting and evolving Criminal Law and a new proposal emerges Claus Roxin's Teleological Functionalism system that does not close its eyes to the social reality itself