

19º Congresso Brasileiro de Sociologia
9 a 12 de julho de 2019
UFSC - Florianópolis, SC

GT37 - Violência, Polícia e Justiça no Brasil:
Agenda de pesquisa e desafios teóricos-metodológicos

Entre Práticas e Normas:
Dilemas na Administração de Casos Penais no Modelo Jurídico-Policial Brasileiro

Michel Lobo Toledo Lima (INCT-InEAC e PPGD-UVA)
Bolsista de pós-doutorado FAPERJ

1. Introdução

Recentemente a questão da inserção do modelo norte-americano do *plea bargain* (barganha judicial em tradução livre) como forma de administração de crimes no Brasil voltou aos noticiários e ao debate público com anúncio do atual ministro da Justiça e da Segurança com a proposta do projeto de lei intitulado “anticrime”, visando, dentre várias medidas, introduzir soluções negociadas, influenciadas pelo modelo estadunidense, no nosso Código de Processo Penal, recolocando em debate e atualizando a agenda de pesquisa sobre o funcionamento das nossas instituições de segurança pública e justiça criminal¹. E é a partir desse reacendimento de debate que trago algumas contradições acerca das formas negociadas propostas para o nosso sistema jurídico-penal, numa abordagem comparativa por contrastes com o direito norte-americano.

Partindo dessa proposta visio a contrastar as tradições jurídicas entre o sistema judicial dos EUA, que provém da tradição da *Common Law* - que tem na jurisprudência sua principal fonte do Direito - e o sistema de justiça brasileiro, oriundo da *Civil Law*, mas com características *sui generis*². Essa comparação por contrastes possui dois fins. O primeiro é explicitar como se dá o funcionamento do sistema penal estadunidense na administração de crimes. A segunda é identificar as contradições da influência do modelo dos EUA no modelo jurídico brasileiro.

Partindo da metodologia de Clifford Geertz, há dois enfoques principais no direito comparativo³: um que pondera que sua tarefa é comparar diversas estruturas de poder, e outra que se destina a comparar os vários processos de resolução de conflito nas diferentes sociedades. Assim, visio formular características de um tipo de sensibilidade jurídica, a brasileira, em termos das conjecturas, preocupações, e estruturas de ação características de outra sensibilidade jurídica, a estadunidense, ou seja, constituir uma concepção do estudo comparativo do direito como um exercício de tradução intercultural, admitindo que o

¹ Embora o projeto de lei anticrime use a expressão “soluções negociadas”, a associação dessas soluções com o modelo do *plea bargain* é feita numa entrevista coletiva com o referido ministro que apresentou o texto à imprensa, sendo uma forma de definição nativa. Veja em: “Moro apresenta projeto anticorrupção e antiviolença com alterações em 14 leis”. Acesso em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/moro-apresenta-a-governadores-projeto-anticrime-com-14-alteracoes-em-leis.ghtml>> Acesso em 10 de abril de 2019 às 22h.

² Parte dessa reflexão é fruto de pesquisa realizada e escrita em minha tese de doutorado: LIMA, Michel Lobo Toledo. “Nem Todo Morto é Vítima”: Práticas e Negociações Jurídico-Policiais na Administração de Homicídios Dolosos. Rio de Janeiro. 2018. 254 p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da UERJ.

³ O direito comparado é uma disciplina jurídica que visa situar ordenadamente se aquilo que se escolheu para um estudo comparativo (uma lei, um princípio, etc.) tem, ou não, correspondência em algum ou múltiplos sistemas jurídicos, de distintos países, tendo por fim a aproximação quase que sistemática de instituições jurídicas de diferentes países, ou seja, é uma percepção comparativa em que independente de lugar e tempo, o homem age da mesma forma, produzindo soluções normativas equivalentes. É uma percepção universalista e generalizante - em que os princípios “gerais” do Direito adquirem maior consistência e legitimidade quando confirmados num estudo comparado de outras sociedades - presentes em obras de juristas como Clóvis Beviláqua e Miguel Reale, por exemplo. Já o método comparado por contrastes, na concepção antropológica de Clifford Geertz, é um método para analisar as particularidades de fatos e de instituições em um dos sistemas e de culturas pesquisadas, e visa explicitar características próprias às instituições jurídicas, no caso as brasileiras, quando comparadas às de outros países. A finalidade é perceber melhor as próprias características na comparação por contrastes com o outro. É uma perspectiva de que o Direito é um saber local, colocando em debate as “raízes” de sua legitimidade.

pensamento jurídico é também construtivo de verdades e realidades sociais e não só reflexo dessas realidades.

A finalidade é explicitar peculiaridades próprias às instituições jurídicas brasileiras, quando comparadas às de outro local. O esforço de compreensão de situações ou de processos de resolução de conflitos requer uma análise de interpretações alternativas do problema em pauta e, portanto, um envolvimento inevitável com a comparação (GARAPON e PAPADOPOULOS, 2008). A análise comparativa é estimulada também pela minha experiência de um período de doutorado sanduíche nos Estados Unidos, na *University of California Hastings College of The Law, San Francisco*⁴.

2. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal: O Caso do Funil Brasileiro

Em minha pesquisa de doutorado utilizei métodos quantitativos de análise, especificamente o longitudinal ortodoxo que visa contabilizar de forma direta quantos e quais casos registrados pela polícia militar se transformam em inquéritos policiais, em denúncias do Ministério Público, em processos judiciais e em sentenças no Judiciário, respectivamente. Essa parte quantitativa da pesquisa compreendeu a organização e análise de banco de dados dos registros de ocorrência da polícia militar referentes ao crime de homicídio doloso em um município do interior do Estado de Minas Gerais, no recorte temporal de janeiro de 2010 a dezembro de 2015, num universo de 488 casos⁵, ou seja, analisei todos os casos de homicídios consumados registrados nesse período, entre quais casos prosseguem e quais não prosseguem em cada etapa procedimental. O acompanhamento do desdobrar desses casos no campo da segurança pública e da justiça criminal se deu até abril de 2018. Enquanto a etnografia me permitiu demonstrar como ocorrem os processos de filtragem institucional de casos, a análise estatística possibilitou-me demonstrar o quanto isso ocorre.

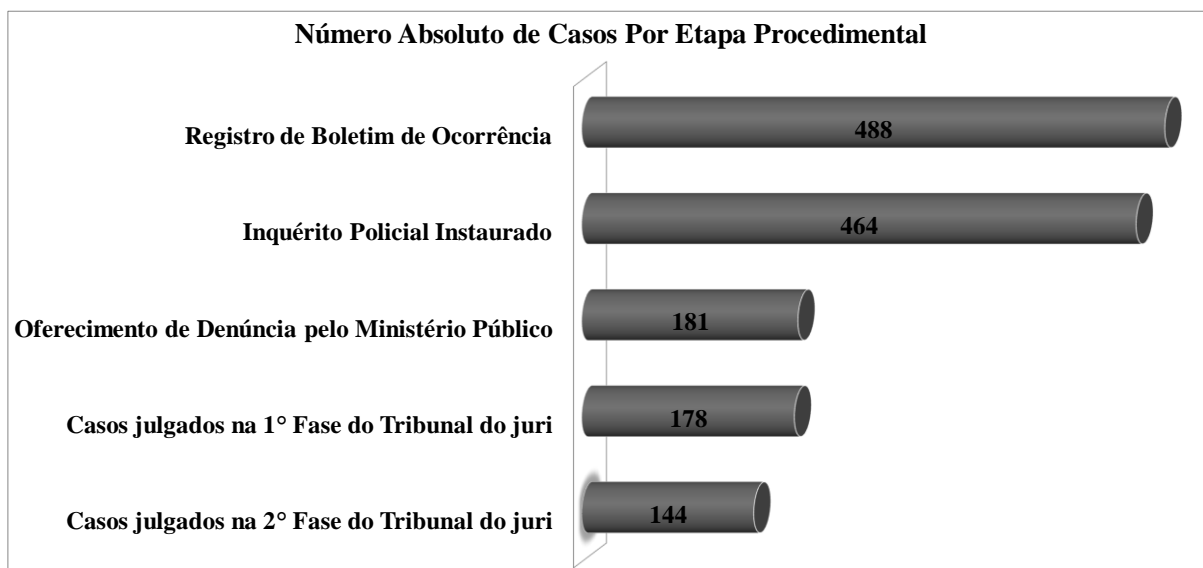
O Gráfico 1, a seguir, demonstra o número de casos de homicídios dolosos em cada etapa processual delimitada por mim no universo analisado. O fluxo de etapas na persecução penal apresenta uma forma de funil, iniciando-se com grande número de casos nos registros

⁴ Período de doutorado no exterior fomentado pela CAPES, de agosto a dezembro de 2017. Nesse período estive sob a orientação do professor, jurista e antropólogo George Bisharat, participando de sua disciplina de outono *Criminal Procedure* lecionada para alunos formandos em Direito, composta por estudo dos aspectos fundamentais do processo criminal norte-americano, com ênfase ao controle judicial das práticas policiais através da regra de exclusão de provas ilegais, incluindo busca e apreensão e interrogatório policial. Também foram apresentados os fundamentos do devido processo processual estadunidense, incluindo o privilégio do réu contra a auto-incriminação, o direito ao advogado e o direito ao julgamento pelo júri, o exame preliminar, junção e indenização, fiança, descoberta, negociação de argumentos e o direito de confrontar e contra-examinar testemunhas. Também participei do curso *Criminal Practice Clinic*, lecionado pela professora Kate Bloch, que era voltado ao treinamento profissional de habilidades intensivas em sala de aula, desenvolvendo experiências de prática criminal estruturada e supervisionada por promotores e em escritórios de defesa pública. Houve simulações do campo profissional com entrevistas de clientes e testemunhas, planejamento de casos e investigação, negociações de argumento, prática de movimentos escritos e orais, exame de testemunhas em audiências e julgamentos e preparação de julgamentos, além de leituras de jurisprudência, exercícios de simulação gravados em vídeo e observação de audiências judiciais nos tribunais de *San Francisco*. Por fim, realizei pesquisa de campo no tribunal criminal - *The Criminal Court* - de San Francisco com observação direta de julgamentos por tribunal do júri.

⁵ Dados oriundos do PCNET – Sistema de Gerenciamento de Procedimentos Policiais via Web.

de ocorrência de boletim policial, e depois de seleções consecutivas, termina com um número bem menor de casos em sua última etapa. Portanto, tendo como base de cálculo os registros de ocorrência, 95,1% dos casos possuem inquéritos policiais instaurados, 37,1% chegam à etapa da denúncia pelo Ministério Público, 36,5% são processados pelo juiz na primeira fase do tribunal do júri, e 29,5% foram julgados na segunda, e última fase, do tribunal do júri. Já considerando o número de casos da etapa anterior com a quantidade de casos na etapa posterior, 95,1% dos registros de ocorrência da polícia militar possuem inquéritos policiais instaurados, 37,1% desses inquéritos são denunciados pelo Ministério Público, 82% dessas denúncias são julgadas pelo juiz na primeira fase do tribunal do júri, e 80,9% dessas decisões são julgadas na segunda fase do tribunal do júri.

Gráfico 1



Fonte: Dados do PCNET.

Muitas pesquisas sobre o fluxo de funcionamento do sistema penal apontam para esse efeito de funil, demonstrando ser uma característica inerente aos sistemas de justiça criminais modernos, não só no Brasil, também se apresentando dessa forma para inúmeros tipos de ocorrências criminais⁶. Porém, destaco que há características específicas no afinilamento de casos penais no Brasil que visou evidenciar para compreender melhor seu funcionamento.

⁶ Veja, por exemplo:

BRINKS, Daniel M. *The judicial response to police killings in Latin America: inequality and the rule of law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.

BRYDEN, D. P. e LENGNICK, S. *Rape in the Criminal Justice System*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, vol. 87, n.º 4.

SYKES, Gresham M. Cases, Courts, and Congestion. In: NADER, Laura. *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine, 1969. p. 327-336

LIMA, Michel lobo Toledo. *Próximo da Justiça, Distante do Direito: Administração de Conflitos e Demanda de Direitos no Juizado Especial Criminal*. Niterói: Autografia, 2017.

RIBEIRO, Ludmila. *Administração da Justiça Criminal na cidade do Rio de Janeiro: uma análise dos casos de homicídio*. Rio de Janeiro: IUPERJ (tese de doutorado). 2009.

Assim, problematizo como o sistema penal brasileiro é orientado pela lógica do contraditório e pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal com características de inquisitorialidade, especificamente o sigilo que o Estado faz de suas ações procedimentais e decisões processuais, implicando um sistema de filtragem implícito de casos penais ao longo da persecução penal, em especial dos homicídios dolosos, objeto de análise do presente trabalho, em que tal triagem se confronta com os princípios constitucionais da igualdade jurídica e da presunção de inocência, bem como contradiz as finalidades do processo penal em regulamentar o próprio processo judicial e aplicar a lei penal igualmente a todas as pessoas.

3. As Lógicas Adversarial e de Mercado Neoliberal no Contexto Estadunidense e as Lógicas Inquisitorial e do Contraditório no Contexto Brasileiro

Para a análise comparativa, primeiro estudo o contexto do modelo norte-americano e, para tanto, utilizo alguns trabalhos de Michel Foucault. No início do seu livro *Vigiar e Punir*, Foucault traz uma descrição de um suplício, de Damians, em 1757 na França, que visava punir o corpo. O suplício como punição era caracterizado por: apreciar (promover um espetáculo com a tortura), comparar (medir o sofrimento do condenado perante o seu crime) e hierarquizar (afirmação de um poder soberano). Em seguida, o autor apresenta o regulamento de 1838 da Casa dos Jovens Detentos em Paris, que descreve padrões de utilização do tempo para os detentos, demonstrando que havia mudanças nas formas de punição dos criminosos. Assim, o autor se propõe a analisar a transição da punição por meio dos suplícios para a punição através das prisões, no fim do século XVIII até metade do século XIX, afirmando haver uma redistribuição da economia do castigo na Europa e nos Estados Unidos. Em *Vigiar e Punir*, Foucault faz uma interpretação e análise econômica do sistema penal europeu, especificamente na França, nesse recorte temporal e temático da economia do corpo. Esse será meu enfoque inicial.

O suplício visava ao controle e à punição do corpo, bem como à obtenção da confissão do crime. A exposição do suplício do condenado perante um público promovia um espetáculo punitivo, demonstrando que a justiça estava sendo aplicada, além de confirmar o poder daquele que pune. Porém, em meio às torturas aplicadas publicamente ao condenado, o supliciado acabava por se tornar um objeto de piedade e de admiração, em meio a tantos sofrimentos físicos e psíquicos, e os juízes e carrascos acabavam por se tornar assassinos e torturadores brutais aos olhos da população que observava, invertendo-se, portanto, os papéis, em que era “indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”⁷.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. Homicídios no Brasil: vários factóides em busca de uma teoria. Trabalho apresentado na Reunião da Latin American Studies Association. Miami/Flórida, março de 2000.

UNDOC. Study on Global Homicide 2013. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2014.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1975. p. 13.

Foucault traz o exemplo da guilhotina na França, em 1791, como meio de transição gradual das formas de punir. Tal tipo de punição visava a uma morte igual para todos (para os delitos do mesmo gênero, independente de quem fosse o culpado), e sem recorrer aos suplícios, longos e cruéis, nos quais “o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”⁸. Até o fim do século XIX, os suplícios são abolidos, e a punição entra no campo da consciência abstrata, na alma, através das prisões, sendo sua eficácia atribuída à sua fatalidade e não mais à sua intensidade visível. Embora os métodos sejam diferentes, a função é a mesma: desviar o homem do crime, porém pela certeza de ser punido e não mais pelo teatro abominável.

Assim, nesse contexto, o objeto crime, a que se refere a prática penal, foi substancialmente modificado. Julgam-se não apenas os atos (definidos como crime pela lei), mas as anomalias, as paixões, as enfermidades, a loucura, as intenções e os desejos. Enfim, há novos elementos puníveis, além do ato tido como criminoso. Com isso, houve a necessidade de um novo corpo de “juízes anexos”: psiquiatras, peritos, laudos médicos, psicólogos etc. São maneiras de qualificar um indivíduo, de individualizar a pena, em que se cria “o conhecimento do criminoso, a apreciação que dele se faz, o que se pode saber sobre suas relações entre ele, seu passado e o crime, e o que se pode esperar dele no futuro”⁹.

A pena implicaria uma apreciação de normalidade e prescrição técnica para uma normalização possível. O criminoso seria o desviante de uma normalidade preestabelecida. Há a visão da prisão como corretiva, como uma cura. Foucault analisa outras instituições, como a escola, os quartéis e a clínica, comparando-as com as prisões, sendo instituições que formatariam indivíduos para o convívio em sociedade¹⁰. São instituições que visam normalizar comportamentos, tornar “corpos dóceis”, em que os sujeitos internalizariam as regras sociais. Há uma economia interna de uma pena que é calculada a partir desses novos elementos puníveis. Não se administra o crime, mas a pena. O quanto se deve penalizar, o quanto a pena é eficaz em cada caso, que tipo de enclausuramento se deve aplicar (prisão, internação, medida de segurança etc.).

A prisão é percebida como forma preventiva de atos, atuando sobre comportamentos futuros. A ênfase está na internalização das regras por todos, na certeza de ser punido em caso de transgressão à lei, em que a polícia seria preventiva, atuando sobre comportamentos futuros, vigiando a população e objetivando, mediante métodos disciplinares, a sua normalização (de comportamentos). A normalização iria além do interior das instituições. A

⁸ FOUCAULT. *Ibid.* p. 16.

⁹ FOUCAULT. *Ibid.* p. 22.

¹⁰ Enquanto Foucault analisa como são possíveis as instituições disciplinares (em especial, a prisão), e quais as razões de sua emergência (normalização de comportamentos nelas e exteriores a elas), Erving Goffman descreve o que são, como funcionam e indica o que produzem as instituições totais, como as prisões, que constroem a normalização de comportamentos em seu interior. Veja mais em: GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Editora Perspectiva: São Paulo, 1974.

certeza de punição em casos de transgressão à lei seria difundida no corpo social. O poder de punir do Estado seria tido como legítimo e natural. É o castigo igualitário (para todos os criminosos), cuja pena é individualizada pela análise da alma (economia da pena). A princípio, há uma boa relação entre custo e benefício para o Estado: a certeza de punição reduziria a criminalidade, pois os indivíduos fariam um cálculo de custo e benefício de uma futura transgressão à lei perante a certeza de ser punido, e o balanço de sua punição. O crime não valeria a pena na maioria dos casos. Porém, esse sistema de normalização implica uma estratégia que envolve o convencimento dos sujeitos nela envolvidos de que as regras aplicadas devem sê-lo de maneira transparente, universal e igualitária para todos, todos diferentes entre si, mas com iguais direitos.

Já na aula de 21 de Março de 1979 de Michel Foucault, publicada no seu livro *O Nascimento da Biopolítica*, o autor faz um estudo econômico do sistema penal norte-americano. Foucault faz uma análise econômica da criminalidade, evidenciando a importância do cálculo de utilidade da justiça criminal frente à criminalidade, em que os reformadores penais buscaram um sistema penal cujo custo estatal fosse o mais baixo possível. Isso resultou em um deslocamento do ponto de vista da análise do crime a partir do criminoso e da pena, própria do fim do século XVIII, para uma análise do crime como reconhecimento do risco de punição por quem comete algum delito. Foucault apresenta como os neoliberais norte-americanos utilizam a economia de mercado, nos anos 1970, por meio de uma interpretação econômica, para estudar fenômenos sociais¹¹. Há uma generalização da forma econômica de mercado na forma de enxergar seu sistema social.

Para entender melhor essa questão, o autor dá o exemplo da análise econômica neoliberal da relação entre mãe e filho, na qual há custos e investimentos envolvidos pela mãe: qualidade dos cuidados, afeto, educação (não apenas escolar), vigilância, formas de alimentação etc. Esse investimento constitui um capital humano, e, no exemplo, é o capital humano da criança que produzirá renda ao crescer e que não é apenas financeira, mas também constitui renda psíquica e de outras naturezas para a mãe (satisfação, orgulho, cuidados físicos ao envelhecer etc.). O outro exemplo que o autor usa é o da interpretação econômica do casal: há um compromisso contratual entre duas partes que fornecem custos e benefícios aos casais. Esse contrato de longo prazo visa evitar as renegociações de atos constantes do cotidiano, de forma que os pequenos contratos funcionem de maneira implícita,

¹¹ Para Foucault, há duas formas principais de neoliberalismo, com o que ele chama de pontos de “ancoragem” e históricos diferentes. Há a ancoragem alemã, que se desenvolve a partir da República de Weimar e que se prende ao desenvolvimento da crítica do nazismo e à reconstrução do pós-guerra. O outro ponto de ancoragem é o americano, ou seja, um neoliberalismo que se refere à política do *New Deal* e vai se desenvolver e se organizar, principalmente depois da guerra, contra o intervencionismo federal, depois contra os programas de assistência social e outros programas que foram implantados pelas administrações democratas principalmente, focando na reconstrução, planificação, socialização e novos objetivos sociais, implicando uma política voltada para a alocação de recursos, o equilíbrio dos preços, o nível de poupança e as opções de investimento. Neoliberalismo adotado na compreensão da lógica do sistema penal norte-americano é o segundo, de ancoragem americana. Veja: Aula de 31 de Janeiro de 1979. In: *O Nascimento da Biopolítica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 107-109.

mas reconhecida pelos envolvidos na negociação, a exemplo: “passa-me o sal que te passo a pimenta”. Há uma troca de ganhos e renúncias que não precisam ser (re)negociadas cotidianamente, mas que entram em negociação explícita em momentos de tensão. Assim, há uma “decifração em termos econômicos de comportamentos sociais tradicionalmente não econômicos”, pelos neoliberais estadunidenses (FOUCAULT, 2008, p.358).

Foucault destaca que essa análise econômica é utilizada também pelos neoliberais norte-americanos para testar a ação governamental, aferir sua validade e avaliar os custos e benefícios estatais de suas políticas públicas. O autor traz especificamente essa interpretação econômica para o sistema penal norte-americano. Trata-se de calcular economicamente o funcionamento da justiça penal como um todo, e não mais o cálculo (só) da pena, como no modelo europeu demonstrado em seu outro livro, *Vigiar e Punir*. Agora a análise é do custo da prática judiciária para o Estado, calculando a sua utilidade, da forma como funciona, perante seus fins.

Esse deslocamento de percepção implicou um investimento penal não mais na repressão e penalização do criminoso em si, mas na repressão ao mercado e oferta do crime, calculando o que é tolerável ou não na sociedade, dentro de uma balança que envolve custos judiciais (custos políticos, financeiros, de tempo etc.), de um lado, e finalidades processuais penais, do outro (redução da criminalidade; mas não em geral, apenas da criminalidade tida como intolerável socialmente, na percepção estatal).

Essa transição de perspectiva da justiça criminal frente aos crimes se deu em razão de um efeito paradoxal. O cálculo de utilidade da justiça criminal no século XVIII viu na legislação penal a solução de se evocar um sistema penal com o mais baixo custo possível. Essa perspectiva se deu pelo entendimento de que a lei era a forma mais econômica de se punirem criminosos, uma vez que a lei já definia previamente as penas e os procedimentos para se julgar o criminoso, restando ao tribunal apenas aplicar a lei ao caso concreto. Porém, a aplicação da lei só teria eficácia ao se individualizar sua aplicação para cada caso. Isso acabou por promover um inchaço de procedimentos, processos, instâncias, discursos e instituições judiciais em meados do século XIX. A economia judicial prevista no uso da lei acabou por inflar e engessar o sistema penal.

Percebendo o problema, os neoliberais norte-americanos buscaram analisar o crime no interior de uma problemática econômica, e não mais necessariamente como uma questão de delinquência e política penal em si. Assim veio o deslocamento de visão, da transição de lógica, passando de uma classificação de quem comete o crime como sendo um criminoso para aquele que assume o risco de punição. Dentro dessa análise, os neoliberais delinearam as questões: o que seria intolerável tolerar? Como analisar o problema do crime no interior de uma problemática econômica? A resposta foi a redefinição do que é crime: é toda ação que

faz um indivíduo “correr o risco” de ser condenado a uma pena. Diferente de: crime é o que é punido pela lei.

Assim, é superada a ideia de se suprimir o crime da sociedade, objeto e objetivo dos mecanismos de normalização, em que se acreditava na punição (prisão) como forma principal na prevenção de atos, em que o indivíduo acreditaria na certeza de ser punido severamente caso transgredisse a lei e, portanto, não o cometeria. Era a ideia do panóptico (FOUCAULT, 1975. p. 162-187), a lógica de uma transparência, a ideia de um olhar que se fixava em cada um dos indivíduos, a ideia de uma gradação das penas suficientemente sutis para que cada indivíduo em seu foro íntimo, em seu cálculo econômico, se negasse a cometer um crime, uma vez que a pena a que se expunha seria pesada demais. Era uma espécie de anulação geral do crime em que se tinha em mira o princípio de racionalidade, o princípio organizador do cálculo penal no espírito reformador europeu do século XVIII. A expectativa da concretização dessa lógica anterior ao dilema neoliberal estadunidense (e posterior aos suplícios do século XVIII) não se materializou. Segundo o autor, a criminalidade continuava, e até aumentava em muitos países europeus. Com isso, há o abandono da supressão exaustiva do crime e admissão de que a criminalidade é algo que não pode ser eliminado pelos neoliberais norte-americanos. O foco não é mais a administração das penas (para eliminar o crime), mas a administração dos crimes. A ação penal é tida como uma ação sobre um jogo de ganhos e perdas possíveis. Para Foucault, o sujeito governável nesse contexto não é aquele punível, mas o econômico que, nas palavras do autor, é o sujeito que, “no sentido estrito, procura em qualquer circunstancia maximizar seu lucro, otimizar a relação ganho/perda; no sentido lato: aquele cuja conduta é influenciada pelos ganhos e perdas a ela associados”. Adotamos o sentido amplo para prosseguir com a problematização aqui proposta.

No funcionamento do sistema de justiça penal norte-americano, é o Estado que deve comprovar o que alega, ou seja, a sua acusação. O ônus de comprovação dos fatos alegados é do Estado (acusador), no qual o acusado não precisa se manifestar para se defender. Quem chega à justiça criminal tem *a priori* a sua inocência assegurada.

É nesse contexto que se desenvolve a lógica que orienta o funcionamento do sistema penal estadunidense, a partir de um sistema adversarial (BISHARAT, 2014, p. 767-795.) que é aquele no qual as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa, no qual as partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências diante do tribunal, no qual o juiz é relativamente passivo, sem a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo, mas atuando como um árbitro que assegura que as leis e os protocolos não são violados durante a produção de evidências.

Porém, a maioria dos casos judiciais não se resolve pelo sistema adversarial¹², mas numa lógica de mercado neoliberal, na qual há o *plea bargaining*, ou seja, a negociação entre acusação e defesa que leva ao desfecho do caso penal sem um julgamento judicial pelo *trial by jury*. Embora contraditório a princípio, não há *plea bargaining* sem o sistema adversarial. O *plea bargaining* é um instrumento informal do Estado para barganhar com o acusado, fatos e penas a serem aplicadas ao caso, envolvendo tensões entre interesses econômicos da acusação e da defesa. Assim, por exemplo, se o Estado demonstrar muitas evidências contra o acusado, a defesa pode ceder a uma negociação da pena a ser aplicada, evitando uma possível condenação judicial mais severa. A negociação pode ser inversa; por exemplo, o promotor de justiça percebe que possui provas fracas, e na iminência de perder o caso, oferece um acordo com penas mais brandas ao acusado.

A barganha judicial é, portanto, um consenso de conveniências pessoais entre defesa e acusação, seguindo uma lógica de mercado neoliberal. Dentro dessa lógica de mercado neoliberal que orienta o funcionamento da justiça criminal, há o *trial by jury*, que é um direito invocado pelo acusado (diferente do tribunal do júri no Brasil, que é uma parte de um processo judicial obrigatório do Estado), caso se sinta injustiçado ou não concorde com as negociações do *plea bargaining*, convocando seus pares para decidirem o litígio – e não apenas em casos de crimes dolosos contra a vida, como ocorre no tribunal do júri do Brasil¹³.

Para ilustrar o *Trial by jury* como um direito, trago um caso observado em campo, o julgamento pelo júri de Jose Ines Garcia Zarate¹⁴, um imigrante mexicano em situação ilegal nos Estados Unidos há cerca de 26 anos e que fora acusado de assassinar, em julho de 2015, uma jovem de 32 anos num píer de San Francisco. Acompanhei os mais de 30 dias de julgamento desse caso, ao longo do mês de novembro de 2017. O réu era representado por um *public defender* voltado para casos criminais que envolviam imigrantes. Os “não cidadãos” em detenção nos Estados Unidos não tinham o direito a um advogado gratuito nomeado pelo tribunal e, sem poder pagar um, muitos seriam forçados a defender-se contra promotores treinados pelo governo. Então ele era um advogado voltado para esse tipo de causa, uma vez que, segundo o próprio em entrevistas dadas à coletivas de imprensa, metade da população em San Francisco é de imigrantes. Em uma das coletivas que dava à imprensa sobre o caso nos corredores do tribunal, ele afirmou que sempre evitava os processos de barganha em casos que envolviam imigrantes, uma vez que, ao acusado imigrante, aceitar uma barganha judicial implicava assumir-se culpado de algum crime, sendo uma justificativa para sua deportação.

¹² Estima-se que 95% dos processos criminais nos Estados Unidos são resolvidos pelo *plea bargaining*. Veja em: DOUGLAS A. Berman; STEPHANOS, Bibas. *Making Sentencing Sensible*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 37, 42 (2006).

¹³ Código de Processo Penal, artigo 74, parágrafo primeiro.

¹⁴ Veja mais detalhes sobre o caso em “Undocumented immigrant acquitted in Kate Steinle death”: <<https://edition.cnn.com/2017/11/30/us/kate-steinle-murder-trial-verdict/index.html>> Acesso em: 07 maio 2018.

Portanto, no caso em tela, o *plea bargaining* iria contra os interesses do seu cliente, que tinha o desejo de permanecer nos Estados Unidos. No mais, o *public defender* considerou a proposta da promotora desastrosa, pois buscava uma condenação por homicídio com intenção de matar para tentar negociar um homicídio sem intenção de matar, mesmo sem boas evidências. Daí a invocação do julgamento pelo *trial by jury*. Segundo ele, o que estava em jogo ali não era só a inocência ou culpa de Jose Inês, mas uma declaração feita pelo atual presidente Donald Trump em 2015 – que na época ainda era pré-candidato à presidência dos Estados Unidos – durante uma entrevista ao canal CNN¹⁵, de que García Zárate era um animal que tinha matado uma maravilhosa e linda mulher e que ele já havia sido expulso para o México, mas que o México enviou novamente, pela fronteira, criminosos, narcotraficantes¹⁶. Após ter ganhado as eleições e se tornado presidente dos Estados Unidos em 2017, Donald Trump realizou novas declarações pejorativas perante o caso e o acusado. Em outra entrevista, o advogado declarou, em tradução livre:

Nada sobre a etnia do Sr. García Zárate, nada sobre seu status de imigração, nada sobre o fato dele ter nascido no México tem qualquer relevância sobre o que aconteceu em 01 de julho de 2015. Desde o primeiro dia, este caso foi usado como um meio para fomentar ódio, fomentar divisão e fomentar um programa de deportação em massa.

Era, portanto, uma questão política que afetava o caso, e somente os jurados poderiam julgar. E por isso era tão importante que os jurados não pudessem se comunicar com o “mundo”, sem assistir telejornais, nem acessar redes sociais, nem fazer ligações ou conversar com pessoas fora do processo¹⁷. A inocência de Zárate, para o *public defender*, era óbvia, se tratava de um acidente. O júri de seis homens e seis mulheres deliberou por quase uma semana, quando, no dia 01 de dezembro de 2017, ele foi declarado “não culpado” (*not guilty*). A promotoria havia apresentado a possibilidade de condenação por homicídio em primeiro ou segundo grau.

¹⁵ *Cable News Network*.

¹⁶ O discurso do atual presidente Donald Trump é contrário, principalmente, às políticas das “cidades santuário” nos Estados Unidos, aquelas cujas leis de imigração, inclusive daqueles em situação ilegal, não são rígidas, onde as autoridades locais não colaboraram legalmente, ou em nível de polícia, com a imigração. Tais locais possuem razões econômicas para proteger os imigrantes, seja pela sua mão de obra de imigrantes indocumentados, seja pelo consumo. A dinâmica econômica, de mercado, é o que faz com que essas cidades se oponham a colaborar com as autoridades federais de imigração. Boa parte dessa explicação obtive em *City College of San Francisco*, onde realizei um curso de inglês para imigrantes. As aulas tinham também um cunho pedagógico comportamental, sendo utilizadas para introduzir temas como uso de drogas, de álcool, desemprego, casos de sucesso de mercado entre imigrantes, mercado de trabalho nos Estados Unidos etc., perante os alunos. Poucas horas após a decisão pelo júri em 01 de dezembro de 2017, Donald Trump realizou publicações em seu *Twitter* afirmando que se tratava de um veredicto vergonhoso e que não se admirava que os norte-americanos estivessem tão zangados com a imigração ilegal. Em tradução livre, ele afirmou que: “o assassino de Kate Steinle voltou e voltou pela fracamente protegida fronteira de Obama, sempre cometendo crimes e sendo violento, e ainda assim essa informação não foi usada no tribunal. Sua exoneração é uma completa caricatura da justiça. Construa a parede!”.

¹⁷ Essa era uma advertência que o juiz fazia ao término de cada momento nas audiências, seja nas pausas para almoço ou intervalos, seja no término do dia da audiência.

Desta forma, como o *trial by jury* é compreendido como um direito, o acusado pode abrir mão do seu uso e negociá-lo. O *trial by jury* é uma entrada do caso no processo judicial cujo Estado é o condutor. Os julgamentos pelo júri existem idealmente por ser uma forma de inserir a comunidade entre o indivíduo e o Estado, com o fim de amenizar o grande desequilíbrio entre estes dois, já que o poder do Estado é muito maior, por possuir investigadores, a polícia, acusadores profissionais e os promotores.

Por ser um direito do acusado, o *trial by jury* também é uma moeda de troca no *plea bargaining*, uma vez que, invocado, evoca todo um aparato estatal, desencadeando um custo econômico estatal proveniente da dificuldade em se orquestrar um júri (deslocamento do réu se estiver preso, seleção de jurados, análise de provas, acionamento de oficiais de polícia, escrivães etc.), além das custas emocionais que incidem sobre advogados, acusados, testemunhas e jurados. Com isso, é interessante ao Estado negociar com o acusado e evitar o acionamento do *trial by jury*. A economia processual aqui visa não acionar o *trial by jury*, mas não implica não administrar um conflito em demanda judicial, o que é feito por meio de negociações pré-judiciais de um fato ou durante o julgamento.

Vale ressaltar que, na tradição da *common law*, o controle do abuso do poder é praticado não somente pelos representantes eleitos do povo, porém também pelo banco do júri (*jury bench*), em que os cidadãos aprendem os valores legais que consentem a convivência em sociedade¹⁸. Tal sistema atua em uma identidade entre verdade (*truth*), fatos (*facts*) e lei (*law*), em que os jurados, ao fim do julgamento, pronunciam um veredito, ou seja, dizem a verdade consensualmente construída entre eles. Este veredito incide numa atividade de fazer lei, pois institui precedente que pode ser invocado em outros casos considerados equivalentes (*jurisprudence*)¹⁹. Disso provém a impossibilidade de tradução do termo “a verdade dos fatos” ou “descoberta da verdade”²⁰, utilizada no Código de Processo Penal e na doutrina jurídico-penal brasileira, uma vez que no sistema estadunidense, quando algo é considerado verdadeiro, é, logo, um fato, ou não é um fato, porque não é possível tomá-lo como verdade. Disso provém grande contraste com a tradição da *Civil Law*, em que as atividades processuais visam descobrir uma verdade real, como será descrito mais à frente.

Portanto, o sistema penal norte-americano é idealmente orientado pela lógica adversarial, de disputa no *trial by jury*, mas na prática possui a grande maioria dos casos administrados por uma “máquina” do *plea bargaining*²¹, que é orientada por uma lógica de mercado. O *plea bargaining* é uma prática comum e conhecida entre os cidadãos norte-americanos, sendo um produto derivado do sistema do julgamento pelo júri. Sem o *trial by jury*, da forma como funciona, não haveria o *plea bargaining*. A informalidade é uma de suas

¹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. 1.ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.p. 203.

¹⁹ LIMA, Roberto Kant de. *Cultura Jurídica e Práticas Policiais: A Tradição Inquisitorial*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo/SP, v. n. 04, n.10, p. 65-84, 1989. p. 4.

²⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Lei nº 212, de 9 de maio de 1983).

²¹ BISHARAT, *Op. Cit.*, 2014. p. 767.

características; a negociação geralmente se dá em circunstâncias privadas, e até fora do âmbito dos tribunais (BISHARAT, *Op. Cit.*, p. 767-769), podendo ocorrer em qualquer ponto do processo, seja antes mesmo da entrada do caso no tribunal, seja quando já estiver iniciado um julgamento, transcorrendo todo o tempo do processo. Podem ser negociados os fatos criminais a serem atribuídos ao caso (*charge bargaining*)²² e/ou a pena a ser atribuída na sentença (*sentence bargaining*)²³. Assim, a lógica de mercado é que influencia a maior parte do funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano²⁴. A negociação pode ocorrer em qualquer ponto do processo, uma vez que o *criminal justice system* engloba todo o conjugado das instituições da polícia, juízes, advogados e agentes penitenciários, não havendo separação entre sistema policial e judicial, como no Brasil. Todos esses atores atuam num mesmo sistema criminal, unificado.

Nos Estados Unidos há um sistema de justiça criminal federal, mas existem poucos crimes federais, e a grande maioria dos processos criminais ocorre em âmbito dos Estados. Embora haja variações de procedimentos e práticas processuais entre os estados, elas não são grandes. Sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano, os casos de maior gravidade são denominados *felony offenses* – como os *felony homicide* (homicídios dolosos, numa tradução livre) – e são aqueles que envolvem as punições que vão de um ano de prisão até a pena de morte, como no caso da Califórnia. Para todos esses casos, há uma audiência judicial preliminar na *court* (tribunal), onde o promotor é obrigado a expor fortes evidências, geralmente na forma de testemunho da vítima diante do tribunal e evidências materiais colhidas pelas atividades de busca e/ou apreensão por meio da polícia, de modo a indicar uma *probable cause* (causa provável) do cometimento do crime por parte de um suspeito. O *trial by jury* é o passo seguinte a essa audiência judicial, porém, como já visto, não é uma etapa obrigatória, e a maioria esmagadora dos casos não se resolve por ela. Aqui, vale um breve esclarecimento sobre as evidências e o papel do promotor.

Nesse sistema é o Estado que deve comprovar o que alega, ou seja, a sua acusação. O ônus de comprovação de fatos é do Estado, e o acusado não precisa se manifestar para se defender. Portanto é fundamental para o promotor saber *how to charge* (como acusar) para construir um caso (*case*), já que o ônus de produção das evidências recai sobre a parte que está sustentando as alegações. Há um sistema de justificativas e instruções para orientar as buscas de evidências e apreensões de provas pela polícia, as quais serão utilizadas pelo promotor para fundamentar sua acusação. É por meio dessas duas atividades policiais que as evidências para constituir um caso são obtidas e formam a base para aceitação ou não das

²² Está codificada em *Penal Code* §§ 1192.1–1192.4, 1192.6–1192.7.

²³ Está codificada em *Penal Code* § 1192.5.

²⁴ Parte dessa explicação também foi obtida na oficina *The Plea Bargain Machine*, apresentada por George Bisharat, no III Seminário Internacional do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos, ocorrido na Universidade Federal Fluminense em 27/fev./2013.

provas a serem utilizadas no procedimento criminal. A Quarta Emenda²⁵ é a previsão legal que estabelece a restrição do poder do Estado, a fim de proteger a autonomia dos indivíduos, ou seja, estabelece balizas para que provas obtidas por meio de buscas e apreensões ilegais ou que não correspondem a um mínimo de dúvida razoável sobre uma conduta criminosa sejam inconstitucionais e não aceitas no processo.

Numa tradução livre, tal emenda afirma garantir ao povo que o direito à segurança de suas pessoas, casas, documentos e afins, contra buscas e apreensões não razoáveis não será violado, senão por uma causa provável, apoiada por justificação ou mandado, e particularmente descrevendo o lugar a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas. Mas quem, exatamente, está protegido e de quem? Proíbe buscas e apreensões não razoáveis, mas não diz o que constitui uma “busca” ou “apreensão”, ou que tipos de buscas e apreensões não são razoáveis. Afirma que “nenhum mandado será emitido, mas sobre uma causa provável”, mas não explica as circunstâncias sob as quais um mandado é exigido, nem o significado de “causa provável”. Resolver essas ambiguidades, e muitas outras, definiu toda a história da jurisprudência da Quarta Emenda.

Há, portanto, um consenso jurisprudencial que resolve essas questões, ou seja, havendo dúvidas sobre como interpretar um desses pontos, é necessário adequar a construção de um caso penal, para que seja apresentado ao tribunal como um crime, conforme os entendimentos estabelecidos consensualmente nos casos já julgados. A jurisprudência é o padrão de interpretação a ser atingido. Só se tem um *case* quando se encaixa o que se entende por evidência nos julgados anteriores. Disso provém o *probable cause* que se refere a uma probabilidade estatística ou a uma identificação de um comportamento tido como padrão de ocorrência para um tipo de crime, ou seja, visa identificar um padrão de evidência que será aceito judicialmente. É isso que corrobora um grau razoável de suspeita sobre um crime passado ou em ocorrência flagrante que justifique uma busca e apreensão e que torne aceitáveis legalmente as evidências obtidas por meio delas.

Como ilustração, há o caso *Califórnia V.S. Greenwood* de 16 de maio de 1988²⁶, que debateu a questão se a Quarta Emenda proibia a apreensão de lixo deixado para coleta fora do quintal de uma casa, para obtenção de evidência.

²⁵ Article [IV] - The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Vide em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁶ Esse foi um dos vários casos utilizados no curso *criminal procedure* do qual participei em *U.C. Hastings College of the Law in San Francisco* para ilustrar como funciona a construção de um caso penal, com justificativas e instruções para se considerar como legais e aceitas as buscas e apreensões policiais. Toda busca e/ou apreensão policial precisa de uma *probable cause* (causa provável) como justificativa. E essa “probabilidade justa” possui base no senso comum e não só científica. Se, por exemplo, a polícia vir alguém dirigindo acima da velocidade permitida por lei numa estrada, ela terá uma causa provável para crer na ocorrência de um crime, porém, o senso comum orienta que isso só é verdade se alguém estiver dirigindo muito acima do limite permitido ou se houver mais elementos suspeitos para que a polícia se interesse por aquele fato e inicie uma busca e/ou apreensão. Disso provém a motivação justificada para uma ação policial, ou seja, o procedimento criminal aqui não lida com

A definição da suprema corte de uma “busca” para fins da Quarta Emenda foi baseada no local, onde ela só ocorre quando o Estado se intromete no reino da vida privada. Portanto, existe uma expectativa objetivamente razoável de privacidade. Nesse sentido, o foco das proteções da Quarta Emenda está nas pessoas – e em suas expectativas razoáveis de privacidade – e não em lugares específicos. Mas o lugar continua sendo um elemento importante para saber se uma expectativa de privacidade é razoável. O caso tratava de uma suspeita de tráfico de drogas denunciado à polícia por ligação anônima. Uma policial procurou investigar essas informações, conduzindo uma vigilância da casa de Greenwood e pediu a um coletor de lixo do bairro que pegasse os sacos de lixo plásticos que o suspeito deixara na calçada em frente à sua casa e entregasse as sacolas a ela sem misturar o conteúdo com o lixo de outras casas. A policial vasculhou o lixo e encontrou itens indicativos do uso de narcóticos, e utilizou essa informação para conseguir um mandado de busca na casa de Greenwood. Realizada a busca na casa, foi encontrado um pequeno laboratório com vários instrumentos para confecção de drogas ilícitas.

A questão era se a apreensão do lixo e o mandado judicial para adentrar na casa (âmbito privado) a fim de permitir uma busca policial, expedido em decorrência dessa apreensão, eram legais. O entendimento foi de que a polícia agiu com base em causas prováveis para acreditar que Greenwood estava envolvido em atividade criminosa e que o lixo deixado em espaço público para coleta é de fácil acesso a crianças, animais, mendigos e qualquer terceiro, não podendo haver expectativa de privacidade; isso não dá origem à proteção da Quarta Emenda, ou seja, o acesso policial ao lixo, que fora apreendido, gerou uma evidência legal. Assim, esse caso tornou-se a referência para qualquer dúvida referente à apreensão de provas oriundas de lixo pessoal deixado para coleta em espaço público, ou para esclarecer questões semelhantes nesse contexto.

Portanto, ao promotor cabe averiguar se as evidências do caso são ilegais e se corresponde a uma prova além de uma dúvida razoável (*reasonable doubt*) a partir de um consenso das práticas judiciais e da jurisprudência sobre o fato ocorrido à luz da Quarta Emenda Constitucional, para considerar se o caso possui boas evidências perante o tribunal. E essa averiguação é particularmente importante para ele, pois o ônus de comprovação é dele, o que pode demandar certo esforço, dependendo do caso.

E sobre o cargo de promotor, ele integra o Poder Executivo (BISHARAT, George. *Op. Cit.*, p. 783.), sendo um cargo eletivo, ou seja, há pouco controle judicial acerca da iniciativa do promotor em prosseguir com um caso penal, já que não há obrigatoriedade de se apresentar um fato tido como criminoso ao tribunal. Esse controle sobre os usos e abusos, ou não, desse poder de disposição do caso que possui o promotor é realizado em âmbito político. Se os

certezas difíceis, mas com probabilidades que dependam da confiabilidade ou qualidade das informações que indiquem a ocorrência de uma atividade criminosa em curso. Esse contexto da motivação do agir policial é orientado por uma *reasenable suspicious*, ou seja, uma razoabilidade construída num consenso.

cidadãos não ficarem satisfeitos com as suas práticas, eles podem votar em outro na eleição seguinte. Uma taxa baixa de penalidades auferidas por um promotor pode promover uma sensação de insegurança, de impunidade ou de mau gasto de verba pública, podendo gerar um descontentamento da comunidade, por exemplo.

Desse contexto de força e valor de evidências, surge uma série de questões acerca de como o caso será administrado: há lugar para a defesa apresentar uma *motion to suppress* (moção para suprimir algo em âmbito judicial) contra uma evidência obtida por meio de uma busca ilegal? Se sim, com essa prova retirada do processo o promotor irá desistir da acusação ou isso irá apenas abrandar sua argumentação acusatória? O acusado tem muitas “passagens pela polícia” ou processos criminais em curso ou já julgados? Quão competente é o promotor? Quão competente é o advogado de defesa? Quais custos emocionais e financeiros o caso pode proporcionar ao sistema criminal e às partes envolvidas? Se, de um lado, um julgamento por júri é muito caro para o Estado, de outro, ele é muito complexo, e alguns advogados de defesa o evitam. Ou seja, quanto vale um caso para cada contexto? Novamente, para reforçar, há estrita ligação entre *trial by jury* e *plea bargaining*, em que as evidências e o papel do promotor são mais algumas formas de moeda nesse modelo negocial de administração de casos penais.

Se o caso chegar até o *trial by jury*, há três etapas a serem seguidas perante o juiz e o júri: a apresentação do caso e das evidências da acusação e defesa; a apresentação de testemunhas; e as considerações finais, quando acusação e defesa dispõem de seus argumentos para aplicação de previsões legais aos fatos do processo. O *plea bargaining* pode ocorrer em qualquer desses momentos também. Por fim, há a deliberação dos jurados, formando um veredicto por unanimidade, como ocorre na Califórnia.

Desta forma, na lógica que orienta o funcionamento do sistema penal estadunidense, há três características no processo de filtragem de casos penais no fluxo do sistema penal: a filtragem é legal e explícita às partes e ao sistema penal, se dando por negociações legitimadas entre acusação e defesa; pode ocorrer em qualquer momento, antes ou durante o julgamento; e é informal, sem uma rigidez procedimental ou legal, sendo uma informalidade aceita e (re)conhecida socialmente.

Para ilustrar como funciona a barganha judicial e a valoração de um caso, trago duas experiências que tive nas aulas do curso *Criminal Practice Clinic* em *U.C. Hastings College of the Law*. A primeira foi uma “enquete” entre os alunos. Organizaram-se quatro grupos com três alunos cada, e participei de um deles; foi apresentado o seguinte caso hipotético: um homem negro estava comprando camisas numa loja em Oakland, quando, ao sair da loja, o alarme disparou e um dos seguranças verificou que o homem pagou por uma camisa, tendo o recibo de pagamento, mas estava levando mais duas camisas, sem recibos. A pergunta era: “como promotor, você afirmaria que houve crime?” Dois grupos afirmaram que não, por se

tratar provavelmente de um engano, não havendo evidência de que fosse além de uma dúvida razoável. Outros dois grupos afirmaram que sim, com argumento de ser um caso de furto de baixo valor, mas, mesmo sendo um crime, não levariam o caso ao tribunal, pois não valeria os custos de acioná-lo nem seria algo bem-visto pela comunidade. Poderia ser um fato considerado racista, o que atrapalharia a trajetória profissional como promotor perante o público, não havendo quaisquer ganhos nesse caso, ou seja, era um caso sem valor.

Por fim, a outra experiência se trata de uma conversa que tive com um defensor público. Eu o conheci em um seminário que ele apresentou sobre o problema do uso do *plea bargaining* em casos de crimes cometidos por imigrantes²⁷. A professora Bloch, sabendo do meu interesse pelo *plea negotiation* (outro nome comumente dado ao *plea bargaining*), nos apresentou e trocamos contato. Posteriormente, fui convidado por esse defensor para observar um caso que potencialmente entraria numa negociação. Tratava-se de um homicídio ocorrido em San Rafael, com vários réus, e ele representaria um dos acusados na audiência preliminar. Apesar de poder acompanhar a audiência, não pude observar a negociação. Em verdade, nem percebi quando ocorreu. Após a audiência, ao fim da tarde, o defensor conversou comigo em seu gabinete, que ficava em outro prédio, fora do tribunal. Segue a conversa, em tradução livre:

- *Eu*: Boa tarde. Agradeço pelo convite e por me receber aqui.

- *Public Defender A*: Você é bem-vindo. Então, como posso ajudar? Assistir à audiência te ajudou no que precisa?

- *Eu*: Sim. Quero compreender como funciona o *plea bargaining*. O sistema criminal no Brasil funciona de forma diferente, mas vem se inspirando nele.

- *Public Defender A*: Certo. Como dou aula em faculdade e você também é da área [quando nos conhecemos em *U.C. Hastings*, eu havia me apresentado como formado em Direito no Brasil, fazendo um período de doutorado em *U.C. Hastings College of the Law*], acredito que posso te dar uma noção. Você talvez tenha notado que, durante a audiência de hoje, me levantei e me dirigi ao juiz para falar algo com ele. E depois disso, saímos eu, o juiz e o promotor por uma porta. Levamos alguns minutos, voltamos, e a audiência se encerrou pouco tempo depois.

- *Eu*: Certo. Percebi.

- *Public Defender A*: Nesse momento é que tentamos uma negociação. E não fazemos isso na frente de ninguém. Para você entender. O rapaz que estou representando é uma pessoa um pouco difícil. Já cometeu alguns crimes, todos menores, mas agora está num caso maior, grave, de homicídio. E por mais que eu tente aconselhá-lo, ele não segue minhas orientações. É difícil defender alguém assim. Por ser homicídio, eu sabia que o promotor talvez não quisesse negociar os fatos, até porque ele tinha provas razoavelmente boas, mas eu também sabia que ele estava ansioso por negociar e que havia outros autores envolvidos. Poucos aceitariam encarar um júri por um caso desses. Então, naquela hora, negociamos a pena para um caso de homicídio em segundo grau [quando um acusado conspira para cometer um homicídio]. Mas se meu cliente soubesse desses termos da negociação, provavelmente ele se sentiria ofendido e talvez não aceitasse o acordo. O cliente precisa ter conhecimento do acordo e das consequências em aceitar o acordo, mas não precisa saber como isso foi feito. Claro, imagino que você entenda que não posso comentar mais nada em

²⁷ O seminário apresentou duas questões: ao acusado imigrante aceitar uma barganha judicial implica assumir-se culpado de algum crime, sendo uma justificativa para sua deportação, ou seja, o advogado deve esclarecer muito bem essa consequência ao seu cliente. A outra questão é que os “não cidadãos” em detenção nos Estados Unidos não têm o direito a um advogado gratuito nomeado pelo tribunal e, sem poder pagar um, muitos seriam forçados a defender-se contra promotores treinados pelo governo. Assim, o *plea bargaining* estaria sendo usado como uma “máquina de deportação”, num contexto político em que o atual presidente da República dos Estados Unidos é abertamente a favor de políticas duras de deportação de imigrantes, especialmente aqueles em situação ilegal.

específico do que foi conversado hoje mais cedo, com você. Mas numa visão geral, é assim que as negociações ocorrem, por isso comentei sobre esses aspectos com você. E me desculpo por te fazer esperar até mais tarde para conversarmos, mas, como você viu, tive muitos casos hoje.

Já no Brasil, João Mendes de Almeida Júnior²⁸, jurista brasileiro, em seu livro *Processo Criminal Brasileiro*, de 1920, dispõe que o nosso sistema processual penal é um sistema misto, adaptado ao processo criminal brasileiro, ou seja, é um sistema inquisitório de início, em que a acusação, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, é inicialmente escrita e sigilosa; mas acusatório em sua execução, instituindo direitos e garantias, nos atos do processo e do julgamento. Seguindo esse entendimento, muitos juristas brasileiros, escorados em autoridades do campo, descrevem o surgimento da inquirição-devassa como um processo de produção da verdade em Portugal, para casos de delitos graves, que valorizava o testemunho e a busca de uma reconstituição dos fatos passados por meio de provas para se chegar a uma verdade real, e não a construção consensual de uma verdade a partir dos fatos.

O autor dispõe que, a princípio, nossa forma processual foi elaborada e reelaborada pelos juristas no decorrer do século XIX, quando houve três grandes reformas processuais penais no Brasil, nas décadas de 1830, 1840 e 1870, respectivamente. A partir disso, ele conceitua idealmente dois modelos que influenciaram nosso processo penal, o acusatório – em que a acusação é pública desde o seu começo – e o inquisitório – em que a acusação é, primeiramente, escrita e sigilosa, e que no Brasil há um misto desses dois modelos.

Segundo o autor, no sistema acusatório, quando iniciada uma acusação perante o poder judiciário, o acusador recebia do magistrado uma autorização, delegando-o poderes para um inquérito (conjunto de atos e diligências para fins de investigação), segundo regras e formalidades estabelecidas em juízo, instituindo um prazo para que o acusador pudesse proceder com as diligências. Assim, poderia coletar evidências, ouvir testemunhas, requerer autenticações de documentos, realizar busca e apreensão na casa do acusado e de quem considerasse indispensável, além de outros atos necessários para a coleta de provas. Ao acusado, tomando conhecimento da acusação, eram concebidos os mesmos poderes de coleta de provas, para que então ambos se apresentassem no dia do julgamento, acusador em presença do acusado, podendo ser representados por terceiros; as partes eram individualmente responsáveis por apresentar evidências diante do tribunal, numa forma de disputa em que o juiz assegurava as regras. A investigação (*inquisitio*) era posterior à

²⁸ João Mendes era formado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1877, recebendo grau de doutor em 1880. Em 1889 foi nomeado *Lente Substituto da Faculdade de Direito* da referida universidade, ocupando as cadeiras de Direito Eclesiástico, Criminal e Civil. Em 1891, foi nomeado *Lente Catedrática*, da mesma faculdade, da qual foi Diretor de 1910 até dezembro de 1916, ano em que foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, onde atuou até 1922. Em 1901, foi encarregado de estudar as bases para a reforma judiciária do Estado de São Paulo, e, em 1901, foi encarregado de estudar as bases para a reforma judiciária do Estado de São Paulo; em 1910, teve semelhante delegação para instituir as novas bases do Código de Processo Civil e Criminal do Estado.

acusação e contraditória, ou seja, feita pelo acusador na presença do acusado, podendo um vigiar os passos do outro.

Já no sistema inquisitório, houve a introdução do procedimento de *ex officio*, ou seja, atos judiciais realizados por imperativo legal e por função, o que altera a forma da investigação e da formação do inquérito, estipulando, portanto, esse outro sistema (inquisitório). Inicialmente, às partes era mantido o direito de acusação, porém, na ausência de um acusador e na presença de um crime proveniente de um flagrante delito ou oriundo de um “malfeitor” de profissão [alguém “(re)conhecido” por suas práticas ilegais], a acusação passou a ser feita comumente por oficiais públicos, agentes da polícia imperial, que, por assumirem, nesses momentos, o papel de acusador, acabavam por ser os investigadores no lugar dos acusadores. Assim, era instituído um inquérito constituído por oficiais públicos e não mais pelo acusador, em que o juiz ao recebê-lo, e percebendo a ausência de um acusador, delegava aos policiais imperiais que atuavam especificamente nas investigações a formulação da acusação e representação do acusado para que o crime fosse julgado. Aqui, a investigação era feita antes da acusação. Para João Mendes, havia o princípio da acusação como regra, no processo criminal português até o fim do século XIII.

Ainda conforme o autor, durante o século XIII a igreja católica, visando facilitar as investigações contra os crimes de heresia e corrigir os depravados costumes do clero, consagrou um decreto estabelecendo três procedimentos para os seus processos: por acusação (*per accusationem*), por denúncia (*per denunciationem*) e por pesquisa (*per inquisitionem*), sendo que esse último modo deveria ocorrer somente nos casos de clamor público. Assim, nos crimes de heresia, houve a substituição, gradualmente, do processo por provocação do acusador pelo processo *ex officio*, estendendo também as possibilidades de sua aplicação e realizando duas mudanças substanciais: as diligências seriam realizadas em segredo e o processo dos procedimentos por pesquisa seria sumário, de maneira simples e sem formalidade de julgamento (*simpliciter et sine figura iudicii*).

O autor dispõe que, no Brasil, dessas mudanças processuais se construía um processo inquisitório que passava a ação de acusação do acusador para as mãos de um juiz, dando-lhe poder de não apenas assegurar as regras do inquérito e do processo, mas de dirigir e provocar *ex officio* os atos da investigação, agora sigilosa, acobertando o magistrado acusador de suas (ir)responsabilidades como inquiridor. Ao acusador não cabia mais colher as evidências nem disputar com o acusado perante um juiz, mas apenas denunciar um acusado perante o poder judiciário para pôr o juiz acusador em movimento que orientaria as pesquisas preliminares de prova contra um acusado. Estabeleceu-se um processo sumário e escrito, no qual a acusação formal da parte ou do magistrado (na ausência de um acusador, mas na presença de um crime) se dava por um promotor e era estabelecida somente após a formação de culpa do acusado, construída em sigilo e determinada antes do julgamento

formal. Só após essa denúncia do acusado ou acusação *ex officio* do juiz, e formada a culpa em sigilo do acusado, é que o processo seguia um rito ordinário e público, como ocorria no âmbito cível, com a contestação, réplica, tréplica, apreciação de provas, alegações finais e sentença. A investigação ocorria, portanto, sem contraditório, ou seja, sem a presença de um acusador e sem a necessidade, portanto, de que um vigie o outro, já que ao juiz cabia a função e o poder de investigar e acusar em sigilo.

Portanto, comparando por contrastes, o autor determina que o sistema acusatório afirma um fato e, enquanto não o prova, o acusado é presumido inocente, enquanto o sistema inquisitório não afirma o fato, mas supõe a sua possibilidade, presumindo um culpado, buscando e coligindo os indícios e as provas. O primeiro propõe-se a perpetrar uma convicção da criminalidade do acusado perante o juiz; o segundo propõe-se a municiar ao juiz indícios suficientes para que a presunção de culpa possa ser transformada em realidade. Por fim, o sistema acusatório preocupa-se especialmente com o interesse individual lesado e levado ao processo, e o sistema inquisitório preocupa-se, sobretudo, com o interesse público supostamente lesado pelo delito.

Dessas mudanças entre os dois sistemas vistos, veio o gérmen de um sistema misto, moderadamente adaptado ao contexto brasileiro, no qual nosso sistema de justiça criminal foi constituído a partir da difusão de regulamentos e instituições portuguesas, porém acomodando o sistema inquisitivo nos atos dos procedimentos da instrução e investigação e o sistema acusatório nos atos do processo do julgamento. Posição jurídico-doutrinária aceita e replicada juridicamente pela maioria dos doutrinadores atuais²⁹.

Assim, em contraste com modelo judicial norte-americano, a ação penal no Brasil – especificamente a ação penal pública incondicionada, à qual os homicídios dolosos são submetidos – não é um direito do acusado, mas uma obrigação do Estado, ao tomar conhecimento de indícios de um fato tido como criminoso, não se tratando de uma opção, nem de objeto de negociação judicial, não podendo o Estado desistir da ação penal também após a sua propositura. O Estado, por meio do Ministério Público, pode utilizar as investigações resultantes de autos de um inquérito policial – e geralmente as usa –, que é um documento escrito, sigiloso³⁰ e com fé pública³¹, registrado em um cartório – logo, de caráter puramente inquisitorial – que, em seguida, segundo seus resultados, seria encaminhado ao judiciário pela autoridade policial.

Aqui vale um breve debate sobre o funcionamento da justiça criminal no Brasil. A ação penal é uma obrigação do Estado ao tomar conhecimento de indícios de um fato criminoso,

²⁹ Veja, por exemplo: COSTA, Tourinho Filho Fernando da. *Processo penal*, vol. 1, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal* – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

³⁰ Artigo 20 do Código de Processo Penal: A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

³¹ Artigo 364 do Código de Processo Civil: O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

não se tratando de uma opção, mas de obrigação, não podendo o Estado desistir da ação penal após a sua propositura. Assim, no nosso sistema de justiça, o processo penal é uma prerrogativa obrigatória do Estado com o fim de punir transgressões às normas preestabelecidas em lei, na qual os acusados de algum crime devem comprovar sua inocência, ou seja, o ônus de comprovação de não culpabilidade é do acusado.

De tal modo, temos três características importantes em nosso sistema de justiça criminal: a obrigatoriedade da ação penal³²; o processo judicial ser do Estado; e a inquisitorialidade, na qual quem chega à justiça criminal tem *a priori* parcela de culpa no fato criminoso a ele atribuído, devendo o acusado comprovar sua inocência. Há um forte contraste entre a lógica que influencia a prática e o funcionamento do nosso sistema penal (de culpabilidade *a priori*) com a dogmática jurídica do princípio da presunção de inocência que está previsto em nossa Constituição da República Federativa de 1988³³.

Essa lógica de funcionamento denomina-se lógica do contraditório (LIMA, 2010, p.43), segundo a qual o acusado deve contradizer as acusações feitas pelo Estado como forma de defesa. O dissenso, a contradição, a sobreposição de verdades, o antagonismo de teses é a lógica que influencia o funcionamento do nosso sistema de justiça criminal. Além disso, nosso sistema de justiça provém da tradição da *civil law*, que funda sua legitimidade em uma racionalidade abstrata, considerando os julgamentos técnicos dos juristas melhores que os de pessoas comuns, por deterem um saber jurídico especializado. Assim, a interpretação policial e judicial sobre a lei perante o caso desenvolve um “peso” muito maior do que a lei consensualmente compreendida.

O Código de Processo Penal dispõe e regula três formas de produção da verdade (LIMA, 1999, p. 30): a policial³⁴, a judicial³⁵ e a do tribunal do júri³⁶, cada qual com procedimentos diferentes e sistemas independentes. Tais formas são dispostas hierarquizadas e compõem uma disputa entre si na busca de uma suposta verdade real. No inquérito policial o procedimento da polícia judiciária é administrativo, não sendo um processo judicial e, por isso, inquisitorial (visto que as investigações são sigilosas e acusatórias), não se regendo pelo contraditório³⁷.

Já o processo judicial, por meio da ação penal, é aplicável à maior parte dos crimes, tendo início obrigatoriamente quando há indícios suficientes de que um crime foi cometido e

³² Artigo 42 do Código de Processo Penal: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

³³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³⁴ Procedimento disposto no título II do livro I do Código de Processo Penal.

³⁵ Procedimento disposto no título III do livro I do Código de Processo Penal.

³⁶ Procedimento disposto no capítulo II do livro II do Código de Processo Penal.

³⁷ Embora já se tenha mencionado o termo “princípio do contraditório”, considero esse momento oportuno para esclarecer que a lógica do contraditório é aquela que orienta o funcionamento do sistema de segurança pública e de justiça criminal, não sendo o mesmo que o princípio do contraditório, previsto em lei e que garante o direito de ampla defesa a todos; porém, essa forma de defesa só ocorre, como seu nome pode sugerir, conforme uma lógica de sobreposição de verdades.

com sua autoria presumida, em que atuam acusação e defesa, em função do princípio do contraditório (que é adotado somente quando o caso vira um processo), até a sentença do juiz, que manifesta seu livre convencimento justificado pelo exame dos autos. Já o julgamento pelos jurados no tribunal do júri é um procedimento especial aplicado somente aos crimes intencionais contra a vida humana, tendo início com a aceitação da denúncia do Ministério Público, com posterior decisão de pronúncia, proferida por um juiz, após a realização da produção de informações, análise de provas produzidas durante o inquérito policial e na instrução judicial, sendo também regido pelo contraditório e pela ampla defesa em que uma tese, uma versão de verdade, deve prevalecer sobre outra, e tendo como efeito um julgamento do réu pelo tribunal do júri, findado pelo veredito dos jurados, e não por um juiz.

Assim, a percepção de um crime administrado institucionalmente é definida pelas práticas dos atores que atuam em cada etapa procedimental. Portanto, um crime bem administrado para a polícia civil seria aquele com inquérito instaurado dentro de suas metas corporativas sigilosas (lógica inquisitorial); já para o Ministério Público é aquele com denúncia oferecida a partir de suas metas processuais devidamente construídas para fins de uma ação penal, enquanto para o juiz na primeira fase do tribunal do júri é aquele pronunciado com base na denúncia dentro dos seus parâmetros processuais de construção de sumário de culpa (lógica do contraditório, com resquícios inquisitoriais), e na segunda fase do tribunal do júri é aquele que termina em condenação, segundo os parâmetros burocráticos e valorativos envolvendo três atores principais: o juiz, o promotor de justiça e o defensor público (etapa adversarial, de disputa, mas paradoxalmente orientada pela lógica do contraditório).

Portanto, por exemplo, diferente do que ocorre no modelo norte-americano, no qual o silêncio corresponde a uma declaração de não culpado (*not guilty*), o silêncio no Brasil está vinculado à culpabilidade, em que o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz³⁸. Além disso, no direito brasileiro não há criminalização da mentira dos réus. Isso é um desdobramento do princípio jurídico da não autoincriminação, ou seja, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Ela é uma técnica que pode ser utilizada pelos acusados, uma vez que o réu não tem o compromisso legal de dizer a verdade. Instrumento este vedado para as testemunhas que, se mentirem, sofrem sanção penal por falso testemunho. Por isso, os acusados podem inventar “impunemente” falsas explicações para seus atos e apresentar até mesmo “falsos” fatos para contradizer a acusação, sendo nisso acompanhados por seus advogados.

Desta forma, parto do pressuposto de que há uma articulação atual no campo jurídico, entre a adoção do modelo estadunidense, que é orientado pela lógica de mercado neoliberal, e o modelo jurídico brasileiro tradicional, voltado para a lógica do contraditório. E dessa tensão vem surgindo um modelo híbrido que produz filtragem e negociação judicial de casos,

³⁸ Artigo 198 do Código Penal.

especificamente para os casos de homicídios dolosos consumados, porém sendo um modelo não previsto em lei, mas que legitima tais práticas extralegais, e até ilegais, dos operadores do campo da segurança pública e da justiça criminal, com o fim de desafogar o sistema penal do seu excesso de casos, filtrando e negociando o que é importante, ou não, para seguir no sistema penal.

Assim, desse hibridismo que vem orientando o funcionamento do sistema penal brasileiro, há três características no processo de filtragem de casos penais no fluxo do sistema penal: a filtragem é implícita às partes e à lei (não possuem previsão legal e não são, a princípio, permitidos legalmente), sendo explícita somente entre operadores do judiciário; pode ser anterior à judicialização formal dos crimes por meio de seleção implícita de casos que o Ministério Público faz para denunciá-los ou não, e/ou posterior à judicialização formal do crime, por meio, também, de acordos extralegais sobre como certos casos terão seu desfecho no judiciário; e é informal, sendo uma informalidade não (re)conhecida socialmente (não é publicizada como funciona a clivagem de casos por essas instituições).

Os operadores do sistema de segurança pública e de justiça criminal não atuam simplesmente como investigadores e administradores institucionais de homicídios dolosos, consumados e tentados, no sistema penal. Eles podem “prever” e “predizer” os fatos delituosos e os procedimentos a serem tomados por influência de filtros e tensões institucionais situacionais e de suposições relativas ao caráter do autor, da vítima e dos fatos, em que a categoria “homicídio doloso” não tem um caráter imutável nem puramente legal, dependendo assim da valoração policial e judicial perante os casos, que determina como estes devem ser classificados, legitimados e administrados. São moral e contextualmente hierarquizados, norteados o desdobrar dos processos e procedimentos institucionais, confrontando-se com os princípios constitucionais da igualdade jurídica e da presunção de inocência e com as finalidades do processo penal em regulamentar o próprio processo judicial, assim como aplicar a lei penal igualmente a todas as pessoas. Isso acaba interferindo na quantificação e interpretação da análise estatística dos homicídios dolosos.

Os fatos narrados nos autos dos inquéritos policiais e dos processos criminais, e debatidos nos julgamentos, não derivam tão somente de juízos frios que avaliam com “neutralidade” os atos das partes envolvidas num crime. Elas derivam não só das práticas policiais e judiciais que orientam o que deve ser considerado certo ou errado em termos de conduta moral, como também daquilo que deve ser considerado a prática adequada (RIBEIRO, 1995, p.1). Ainda sobre filtros de casos, certa vez um investigador da polícia do interior de Minas Gerais comentou:

Casos sem arma do crime apreendida ou sem que o autor do crime tenha sido preso em flagrante, mesmo que a autoria tenha sido identificada e haja outros meios de prova, geralmente sequer são denunciados pelo Ministério Público, embora ele tenha a

obrigação de denunciá-los. Por outro lado, se a família ficar fazendo muita pressão, vindo aqui, fizer protesto, procurar a mídia, é quase certo de o inquérito seguir, e logo ser denunciado e julgado pelo judiciário. Lembro que teve um caso de um taxista morto que foi mais ou menos assim. Todos os taxistas se juntaram na frente da delegacia, foi matéria de capa do jornal local, uma confusão. E condenaram o cara que matou o taxista.

Um defensor público, do mesmo município, conversou comigo e comentou sobre o problema da necessidade de clivagem de casos num modelo processual que obriga a promoção da ação penal:

Defensor Público: - Temos muitos casos. Todos sabem que tanto a polícia quanto nós [o judiciário] não damos conta de tudo. A clivagem é necessária. E nós que temos que fazer isso. Se um caso chega ao tribunal do júri, é porque não teve jeito, o cara provavelmente vai ser condenado. O judiciário tenta filtrar ao máximo os casos, antes do júri. Temos certo consenso do que é prioritário. Mas tem promotor que é legalista, não faz acordo, quer litigar à moda antiga. Tudo depende, sabe? Mas se chega ao júri, certas vezes, ainda consigo fazer um acordo com promotor e juiz para, pelo menos, amenizar a pena, mas depende do tipo de caso.

Eu: - Entendi. E como são esses acordos?

Defensor Público: - São informais. Não tem uma previsão legal. Tento ponderar sobre o caso concreto com o promotor e o juiz antes dos debates orais, mas isso se o caso valer a pena.

Eu: - Seriam acordos ilegais, então?

Defensor Público: - De certa forma, sim. Pois se já determinarmos uma forma de pena anterior ao tribunal do júri, se violam o princípio constitucional da soberania dos veredictos do júri e o princípio da igualdade das partes. Mas todos sabem que há esses acordos. É algo comum e reconhecido entre nós. Pergunto-me, por que não tornar esses acordos legais? Já na delegacia mesmo. Seria muito mais fácil pra gente. E aliviaria o judiciário. O sistema norte-americano está aí, nos ensinando.

Há uma ambiguidade no nosso sistema jurídico-penal, que provém da utilização alternada e alternativa entre lógicas e práticas judiciárias que ora se sobrepõem, ora se complementam. Os princípios da doutrina jurídica possuem bases legais, ao mesmo tempo em que são aplicadas conforme lógicas que contrariam a própria legislação, permitindo que haja em nosso ordenamento jurídico práticas que flagrantemente são incompatíveis com a lei.

De um lado, a justiça criminal se apropria judiciariamente do inquérito policial (que não é um processo judicial, mas procedimento administrativo de uma instituição executiva), orientado pela lógica inquisitorial, e o transforma numa ação obrigatória para os agentes de segurança pública envolvidos nas instituições judiciais e policiais incumbidas da elucidação dos crimes, atrelando problemas burocráticos reconhecidos institucionalmente, gerando seleções implícitas de casos, em razão do acúmulo de procedimentos iniciados, porém não concluídos. Este é o artífice de uma escritura juramentada de depoimentos em cartório que pode adiantar a instrução criminal e a formação da culpa ainda na fase administrativa e pré-processual, submissa politicamente ao Poder Executivo (MISSE, 2013, Pág. XXII).

Por outro lado, o inquérito policial vira um sistema disciplinar, com viés normalizador, mas que visa normalizar somente as práticas policiais – que não possuem protocolos escritos de ação, tendo o seu agir como algo sempre em abstrato – por meio de intervenções

judiciárias que assumem um papel fiscalizador. Daqui decorre uma grande questão do afunilamento e seleção dos casos criminais no fluxo da persecução penal. Há uma tensão entre um alto volume de casos penais que a polícia tem a obrigação de registrar e investigar e a seleção dos mesmos ao longo da persecução penal, orientada pela lógica do contraditório, onde o Ministério Público ao assumir um papel de fiscalizador do inquérito policial acaba por compor o momento procedimental com maior filtragem de casos.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal como base da persecução penal não atinge seu fim procedimental e processual, o de elucidar casos penais e aplicar a lei penal em igualdade de condições a todas às pessoas. E o agir do Estado na ação penal acaba não sendo uma soma de interesses individuais (dos envolvidos num crime, família da vítima e autor do crime), mas de interesse dos operadores das instituições jurídico-policiais, o que se opõe frontalmente com o modelo e contexto do *plea bargain*.

4. Considerações Finais

Com essa breve descrição, dentro do espaço aqui proposto, quis explicitar que a consensualidade como forma de administração de conflitos é a base do sistema penal norte-americano, seja para se chegar a uma negociação no *plea bargaining*, seja para se construir os fatos na fase processual do *trial by jury*, caso as negociações não ocorram. Característica estranha e contrária à lógica do contraditório que orienta o funcionamento do nosso sistema jurídico-penal.

No Brasil, o agir do Estado na ação penal acaba não sendo uma soma de interesses individuais (dos envolvidos num crime, família da vítima e autor do crime), mas institucionais, legitimando autojustificativa para o seu agir, numa posição de suspeição permanente contra todos. A noção de público é uma mera perspectiva estatal, fundada em si mesmo.

Assim, destacam-se aqui dois sentidos de justiça ou sensibilidades jurídicas distintas. No Brasil existe um Estado que, “apartado” da sociedade, a fiscaliza por meio de seus operadores e, com sigilo, a coloca em permanente suspeição e em busca de erros e transgressões dos seus membros. Estes, uma vez identificados, são recolhidos em testemunhos e outros procedimentos, reduzidos a termo nos autos de um inquérito policial com características inquisitoriais contra o indiciado, escrito, preparado e homologado por uma autoridade cartorária com fé pública. Por seguinte, é remetido ao promotor de justiça que se satisfeito com os seus elementos, faz a denúncia. Somente então que o acusado toma conhecimento da acusação formal que traz consigo uma avançada presunção culpabilidade, e devidamente materializada na fase judicial.

Portanto, a característica inquisitorial no nosso sistema processual penal implica na busca do Estado por um culpado de um ato criminoso, para, a partir daí verificar os fatos, ao invés de se averiguar primeiro um fato para, a partir dele, identificar um culpado. Desta forma,

o resultado esperado desse procedimento é, quase que inexoravelmente, sua condenação. Há prevalência do Estado e de seus operadores sobre a sociedade, em especial aqueles acusados de algum crime.

No outro caso, norte-americano, as partes se dispõem a negociar a verdade que deverá prevalecer perante a autoridade judiciária, que as administra para um consenso – seja no *plea bargaining*, seja no *trial by jury* - e que findará os procedimentos judiciais. A decisão maior está com as partes. A sociedade prevalece sobre a decisão do Estado.

O caso brasileiro, portanto, permite sugerir que nosso modelo jurídico para a sociedade, para a administração institucional de conflitos e para o exercício do controle social acaba por associar, legitimidade e legalidade, o saber ao poder, atribuindo o papel de decifreadores oficiais de enigmas aos operadores da nossa justiça, como se esta habilidade fosse a única e legítima origem de seu poder. Na prática há a dissociação da concepção de verdade e de lei, ou seja, a legislação possui um caráter puramente normativo, de dever ser, e a sua aplicação nos casos concretos depende, assim, de interpretações que compreendam o caráter contingencial da realidade, o que é totalmente oposto à forma como o *plea bargain* funciona. Disso se propicia uma postura interpretativa em relação à lei por parte dos encarregados de mantê-la ou aplicá-la, sejam os operadores da segurança pública, sejam os operadores do Judiciário.

5. Referências

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. 1920. *O Processo Criminal Brasileiro*. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Aplicação do Methodo Comparativo ao Estudo do Direito*. Revista Acadêmica. Faculdade de Direito de Recife, Recife, 1891.
- BISHARAT, George E. *The Plea Bargain Machine*. In: DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 7- n.º 3 - JUL/AGO/SET 2014 - pp. 767-795.
- VADE MECUM Universitário de Direito. 11ª Ed. Rideel: São Paulo, 2012.
- BRINKS, Daniel M. *The judicial response to police killings in Latin America: inequality and the rule of law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2007.
- BRYDEN, D. P. e LENGNICK, S. *Rape in the Criminal Justice System*. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, vol. 87, n.º 4.
- SYKES, Gresham M. Cases, Courts, and Congestion. In: NADER, Laura. *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine, 1969. p. 327-336
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal* – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Tourinho Filho Fernando da. *Processo penal*, vol. 1, 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

Douglas A. Berman & Stephanos Bibas, *Making Sentencing Sensible*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 37, 42 (2006).

FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

GARAPON, Antoine & PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law Em Uma Perspectiva Comparada*. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008.

GEERTZ, Clifford. *O saber Local: Fatos e Leis em uma Perspectiva Comparativa*. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Editora Perspectiva: São Paulo, 1974.

LIMA, Michel Lobo Toledo. “*Nem Todo Morto é Vítima*”: Práticas e Negociações Jurídico-Policiais na Administração de Homicídios Dolosos. Rio de Janeiro. 2018. 254 p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da UERJ.

_____. *Próximo da Justiça, Distante do Direito: Administração de Conflitos e Demanda de Direitos no Juizado Especial Criminal*. Niterói: Autografia, 2017.

LIMA, Roberto Kant de. *Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público*. Revista de Sociologia e Política nº 13: 23-38 nov. 1999.

_____. *Sensibilidades Jurídicas, Saber e Poder: Bases Culturais de Alguns Aspectos do Direito Brasileiro em Uma Perspectiva Comparada*. In: Anuário Antropológico, v. 2, p. 25-51, 2010.

MISSE, Michel. Apresentação. In: CHAGAS, Paula. *Os Donos do Carimbo: investigação policial como procedimento escrito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26° Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Ludmila. *Administração da Justiça Criminal na cidade do Rio de Janeiro: uma análise dos casos de homicídio*. Rio de Janeiro: IUPERJ (tese de doutorado). 2009.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Homicídios no Brasil: vários factóides em busca de uma teoria*. Trabalho apresentado na Reunião da Latin American Studies Association. Miami/Flórida, março de 2000.

UNDOC. *Study on Global Homicide 2013*. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2014.