

# THE PLEA BARGAINING MACHINE<sup>1</sup>

George E. Bisharat

Professor of Law, UC Hastings College of the Law, University of California, San Francisco.

E-mail: bisharat@uchastings.edu

## RESUMO

Nos Estados Unidos, se você perguntar a um advogado ou juiz “O que há de mais característico do sistema jurídico dos EUA?”, a resposta certamente será uma das duas, ou possivelmente ambas. A primeira referência seria o julgamento pelo júri, o trial by jury – isto é, quando em torno de doze membros da comunidade são levados ao Tribunal, as evidências são a eles apresentadas, e então eles determinam se o réu é culpado ou não. A segunda resposta seria: têm-se nos Estados Unidos um “sistema adversarial”. Um sistema adversarial é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências perante o tribunal, de modo que neste sistema o juiz é relativamente passivo. O juiz não possui a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo. O juiz atua como um neutro, como um árbitro assegurando que as regras não são violadas durante a produção de evidências. Assim, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que é uma forma de combate regulada, muito mais do que um simples vale-tudo. Meu objetivo aqui é explicar esse aparente paradoxo, onde um sistema que se descreve como “um sistema do julgamento pelo júri” na realidade vem a ser a “máquina da plea bargaining” – the plea bargaining machine.

**Palavras-chave:** Plea Bargain; Processo penal; Antropologia do Direito.

## ABSTRACT

In the United States, if you asked a lawyer or a judge in the United States, “What is most distinctive about the US legal system?” the answer is almost certain to be one of two things, or possibly both. The first reference would be to a trial by jury – that is, when usually twelve members of the community are brought into the court, evidence is presented to them, and they determine whether the defendant is guilty or not guilty. The second claim would be that we, in the United States, have an “adversarial system.” An adversarial system is one in which the parties, the prosecutor and defendants, are adversaries and they engage in a form of combat or conflict. The parties are solely responsible for bringing evidence before the court, while the judge in this system is relatively passive. The judge has no responsibility to investigate or independently bring facts to the case. The judge plays the role of a neutral referee or umpire to make sure that the rules are not violated in the production of this evidence. So, it is a form of combat, but it is important to recognize that it is a regulated form of combat rather than a free-for-all. My purpose here is to explain this apparent paradox, whereby a system that describes itself as a “jury trial system,” in fact becomes “the plea bargaining machine.”

**Key-words:** Plea Bargain; Criminal Process; Anthropology of Law.

<sup>1</sup>Versão inicial deste texto constituiu palestra do autor no III Seminário Internacional do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC), realizado na UFF, Niterói, em fevereiro de 2013. Uma versão dessa palestra, em inglês, foi publicada em DILEMAS - Vol. 7 - no 3 - JUL/AGO/SET 2014 - pp. 767-795. O atual texto que aqui se publica foi traduzido da versão publicada em inglês por Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho e Gabriel G. S. Lima de Almeida. A Revisão Técnica foi feita por Roberto Kant de Lima.

## INTRODUÇÃO

### O *Trial by Jury System*<sup>1</sup> - ou a Máquina da *Plea Bargain*?

Nos Estados Unidos, se você perguntar a um advogado ou juiz “O que há de mais característico do sistema jurídico dos EUA?”, a resposta certamente será uma das duas, ou possivelmente ambas. A primeira referência seria o julgamento pelo júri, o *trial by jury* – isto é, quando em torno de doze membros da comunidade são levados ao Tribunal, as evidências são a eles apresentadas, e então eles determinam se o réu é culpado ou não. A segunda resposta seria: têm-se nos Estados Unidos um “sistema adversarial”. Um sistema adversarial é aquele onde as partes, o acusador e o acusado, são adversários e participam de uma forma de combate ou disputa. As partes são individualmente responsáveis por apresentar evidências<sup>2</sup> perante o tribunal, de modo

que neste sistema o juiz é relativamente passivo. O juiz não possui a responsabilidade de investigar ou de trazer fatos ao processo. O juiz atua como um neutro, como um árbitro assegurando que as regras não são violadas durante a produção de evidências. Assim, é uma forma de combate, mas é importante reconhecer que é uma forma de combate regulada, muito mais do que um simples vale-tudo.

Entretanto, este evento, o julgamento pelo júri, que é uma referência tão típica, quase nunca acontece. A quase totalidade dos processos criminais nos Estados Unidos, mais do que 90% deles, é resolvida não por uma disputa adversarial, mas por uma negociação cooperativa, conhecida como *plea bargaining*. A *plea bargaining*, também chamada *plea bargain*, é uma negociação entre o promotor, aquele que acusa, e o advogado do acusado sobre a resolução do caso, com a ocasional participação do tribunal.

Meu objetivo aqui é explicar esse aparente paradoxo, onde um sistema que se descreve como “um sistema do julgamento pelo júri” na realidade vem a ser a “máquina da *plea bargaining*” – *the plea bargaining machine*.

Meus argumentos são baseados, principalmente, em minha experiência como defensor indicado para atuação<sup>3</sup>

a expressão apurar a verdade dos fatos, pois se uma coisa for um fato, é porque passou por um tratamento prévio que a tornou um fato para os envolvidos na disputa. Na tradução, portanto, foram seguidas essas diferenças quando o autor detalha os procedimentos de transformação de evidências em provas no processo. (Nota do Revisor Técnico – RT)

<sup>3</sup>No original: “deputy public defender”. Embora não haja sistema norte-americano uma Defensoria Pública do Estado,

<sup>1</sup>Como se verá, o Trial by Jury System dos EUA que será descrito e analisado pelo autor difere, em muito, do instituto do Julgamento pelo Tribunal do Júri, que existe no Brasil. No entanto, para não tornar o texto pesado de expressões estrangeiras, decidi manter daqui em diante a tradução da expressão em língua portuguesa.

<sup>2</sup>No sistema do júri defesa e acusação selecionam fatos sociais que julgam relevantes e os apresentam, inicialmente, ao juiz e ao adversário, para que sejam aceitos como evidências (evidence) no momento do julgamento diante do júri. Essas evidências, quando aceitas, são submetidas durante o julgamento a questionamentos pelas duas partes, transformando-se, então em fatos e provas judiciais nas quais os jurados devem se basear para formular sua decisão, seu veredicto. Assim, há uma nítida diferença entre evidence, fact e proof, com diferentes status legais atribuídos após seu tratamento pelos procedimentos do judiciário. Isso em muito difere tanto do senso comum, como da linguagem jurídica brasileiros, que não fazem diferença entre provas, indícios e fatos, até que a decisão final do juiz as estabeleça em definitivo. Por exemplo, é intraduzível em inglês

em São Francisco. Eu mesmo atuei em centenas de casos de julgamento pelo júri e milhares de negociações de *plea bargaining*; e testemunhei centenas de outros casos onde as negociações foram realizadas por outros advogados. Por isso, esta não é uma abordagem histórica: não pretendo explicar como surgiu a *plea bargaining* ao longo do tempo, embora a argumentação vá convergir com diversas análises históricas do surgimento da *plea bargaining*. O objetivo da apresentação, assim, é abordar como a *plea bargaining* funciona hoje e o que as pessoas que participam destas negociações pensam a seu respeito.

Esta apresentação também não é uma comparação sistemática, e não sou um especialista em práticas e procedimentos relativos ao processo criminal do Brasil. No entanto, pesquisei alguns pontos acerca do sistema de justiça criminal brasileiro, e alguns tópicos da prática dos EUA foram propositalmente incluídas aqui para evidenciar as diferenças entre os dois sistemas. Espero que isto permita aos verdadeiros especialistas em procedimentos e práticas do Brasil um conjunto de referências para que possam realizar suas próprias comparações.

Primeiro, tratarei das práticas do julgamento pelo júri. Então mudarei o foco para a própria negociação de *plea bargaining*. Farei deste modo porque o julga-

mento pelo júri e o *plea bargaining* estão intimamente ligados. A *plea bargaining* só pode ser verdadeiramente compreendida se entendida sua relação com o julgamento pelo júri. Fecharei com algumas hipóteses do por que do sistema jurídico dos EUA continuar a se representar como um “sistema adversarial” definido pelo tribunal do júri, quando na verdade ele é a máquina da *plea bargaining*.

## A Estrutura do Sistema de Justiça Criminal dos Estados Unidos

Este argumento é de alguma maneira simples de se visualizar. Nos Estados Unidos, a organização política e jurídica é um sistema constitucional federativo onde todos os cinquenta estados são dotados de autonomia própria<sup>4</sup>. Todos os poderes que não são explicitamente delegados ao nosso governo federal pela constituição são reservados aos estados. O “poder da polícia”<sup>5</sup>, que compreende o poder de definir os crimes e processá-los, é um dos poderes reservados aos estados. Possuímos um sistema de justiça criminal federal, mas há relativamente poucos crimes federais. Anualmente, a grande maioria dos processos criminais ocorre no âmbito dos estados.

Não irei fingir que não há variações de procedimentos e práticas processuais de estado para estado. Entretanto, estas variações entre os estados não são grandes, ao menos se comparadas com as diferen-

como no modelo brasileiro, a cidade de San Francisco, California, possui um Public Defender Office, no qual o autor do artigo trabalhou durante alguns anos. (Nota do RT)

<sup>4</sup>No original, the fifty states are distinct sovereigns (Nota do RT).

<sup>5</sup>No original, police power, que não corresponde á definição de “poder de polícia” do direito administrativo brasileiro. (Nota do RT)

ças entre, por exemplo, o sistema estadunidense e o brasileiro. Por exemplo, todos os cinquenta estados e o sistema federal se utilizam de julgamentos pelo júri em casos de infrações que levem ao encarceramento. No entanto, 39 dos 50 estados permitem júris compostos por menos de doze pessoas, de no mínimo 6 pessoas, no caso de infrações de menor potencial ofensivo (chamadas *misdemeanor offenses*, que geralmente levam a punições de dois anos ou menos, embora isso varie em cada estado). Quarenta e oito estados exigem um júri unânime para condenação, enquanto dois não o fazem. Há diversas outras diferenças processuais como essas entre os estados.

Explicarei alguns motivos para essa similaridade geral. Primeiramente, nossa constituição federal foi construída a partir do modelo das constituições das treze coloniais originais. Quase todos nossos sistemas estaduais miraram a *common law* britânica como inspiração. Após nossa Guerra Civil, foi aprovada a 14ª Emenda, assegurando que os estados não poderiam privar os cidadãos norte-americanos de sua vida, liberdade e busca da felicidade sem o devido processo legal<sup>6</sup>. Através desta emenda, foi sendo gradualmente assegurado que todos os estados possuíam as mesmas obrigações

quanto aos acusados de crimes, assim como o governo federal, de modo que se promoveu uma uniformização dos procedimentos criminais em todo o país.

## O JULGAMENTO PELO JÚRI

Vamos examinar o julgamento pelo júri dos Estados Unidos a partir de uma série de questões. Primeiro, qual a teoria por trás dos julgamentos pelo júri? Inicialmente, por que o possuímos? Depois, como os júris são formados? De onde eles vêm? Terceiro, que tipo de regras probatórias são utilizadas nos julgamentos pelo júri? Por fim, como se espera que o júri chegue a um veredicto? Respostas detalhadas serão fornecidas adiante. A expectativa é que haja pontos de aprendizado ao longo do caminho, embora o ponto central seja que o julgamento pelo júri é, ao menos aquele conduzido conforme as atuais regras processuais, algo extremamente complicado e caro. Requer uma grande habilidade organizacional e logística para ser realizado, além de possuir um alto custo, em termos de recursos institucionais e sociais. Todos esses custos são vitais para a compreensão da *plea bargaining*.

### *Pretrial Litigation*<sup>7</sup>

Enquanto focamos no julgamento, que no sistema dos Estados Unidos é

<sup>6</sup>No original, *due process of law*, que não corresponde à definição de “devido processo legal” no direito brasileiro. O *due process of law*, nos EUA, como o autor explicará adiante, é um direito dos acusados, que o Estado tem a obrigação de satisfazer apenas quando exigido; enquanto que no Brasil, ao contrário, o processo criminal, nas ações públicas, é um procedimento obrigatório de iniciativa do Estado (Nota do RT).

<sup>7</sup>Optamos por não traduzir a expressão, por entendermos que se trata categoria específica do sistema processual norte-americano, onde ao julgamento é precedido de negociações prévias que discutem a inclusão ou exclusão de evidências que podem ser levadas ao julgamento diante dos jurados, aplicando-se a elas regras processuais de exclusão evidenciária (*exclusionary rules*). (N.T e Nota do RT.).

definitivamente o grande evento em um processo criminal, é preciso estar atento ao fato de que alguns casos envolvem relevante disputa anterior ao julgamento – *pretrial litigation* –, e quase todos os casos possuem algum tipo *pretrial litigation*. Todos os casos de maior gravidade – chamados *fellony offenses*, que são os casos mais sérios envolvendo punições que vão de um ano até à pena de morte, no caso da Califórnia, – possuem uma audiência preliminar. A audiência preliminar é um procedimento realizado no tribunal, onde o promotor é obrigado a apresentar fortes evidências, normalmente na forma de testemunho da vítima perante o tribunal e evidências materiais, de modo a indicar causas prováveis do cometimento do crime por parte do acusado. Assim, é uma prévia do julgamento.

O objetivo jurídico da audiência preliminar é eliminar os casos de pouca relevância e garantir que apenas os casos com evidências substanciais prossigam. Um outro exemplo comum de disputa anterior ao julgamento seria uma moção de alegação preliminar de supressão antecedentes<sup>8</sup>. Muitas infrações no sistema legal norte-americano envolvem alegações de condenações anteriores. Essas sentenças, nas quais uma pessoa foi anteriormente condenada por um crime, podem ser alegadas durante o julgamento e, se comprovadas pela acusação quando do julgamento, podem levar a uma condenação mais severa sobre acusado, maior do que seria

<sup>8</sup>No original: “motion to strike a prior”. (N.T.)

sem que esta alegação de antecedentes tivesse sido apresentada no julgamento. Frequentemente, a disputa na audiência preliminar é focada se no caso há, de fato, antecedentes que podem ser alegados no caso específico em julgamento, de acordo com os preceitos constitucionais. O advogado de defesa irá detalhar o histórico das condenações anteriores e tentar argumentar perante o tribunal que se tratou de uma condenação equivocada, e por isso, não pode ser usada para o aumento da condenação em um caso novo. Há diversos outros tipos de disputas anteriores ao julgamento, mas agora iremos nos voltar ao exame do julgamento pelo Júri.

### A Lógica do *Trial by Jury*

Qual a lógica por trás do julgamento pelo Júri? Porque o utilizamos, afinal? Há duas razões principais. Primeiro, os julgamentos pelo júri são pensados como uma maneira de interpor a comunidade entre o indivíduo e o estado, e assim neutralizar o tremendo desequilíbrio entre estes dois. O poder do estado é grande. Ele possui investigadores, a polícia, acusadores profissionais. Os promotores de justiça possuem a reputação e aura de autoridade do estado. Quando esse poder é dirigido contra um cidadão individualmente, pode ser devastador. O júri se coloca entre o indivíduo e o acusador para desafiar o poder deste último e proteger o indivíduo de perseguições. Este é um dos principais motivos pelo qual possuímos o julgamen-



to pelo júri. É especificamente pensado nos Estados Unidos como uma manifestação da identidade nacional, representada como um conjunto de indivíduos preocupados com a sua liberdade, ameaçada pela autoridade central.

A segunda justificativa para julgamentos pelo júri é que eles nos auxiliam a chegar a sentenças mais precisas nos processos criminais. Doze cabeças são melhores que uma, e possuir diversos julgadores quanto ao mesmo fato é melhor do que se ter a absolvição ou condenação decidida por um juiz sozinho. Os jurados são representantes da comunidade, levam consigo diferentes perspectivas e uma dose de sabedoria popular na tarefa de sobrepesar evidências. Afinal, muitos dos julgamentos criminais envolvem discussões acerca do caráter humano, como, por exemplo, o juízo sobre a honestidade ou veracidade de uma testemunha. Da mesma forma, jurados determinam quais as intenções mais prováveis de um acusado. São questões de prudência, onde a experiência e a vivência humana podem ser essenciais.

Entretanto, e isto é importante, a missão de descobrir a verdade desempenhada pelo júri é conscientemente equilibrada com outras considerações. Um veredicto do júri é considerado uma verdade produzida de uma maneira específica, de acordo com um conjunto específico de regras. Vamos chamá-la de “verdade jurídica”, em oposição a uma verdade absoluta. Ela se manifesta, por

exemplo, em nossa relutância em admitir evidências que derivam de afirmações involuntárias do acusado. Se o réu foi coagido por tortura a uma confissão, não permitimos que esta evidência seja admitida, ainda que se entenda que a confissão foi verdadeira, como no caso de convergir com outras evidências. Nós intencionalmente não permitimos que a evidência tenha força probatória relevante por conta da maneira com que ela foi obtida, preferindo a verdade produzida de acordo com uma fórmula em particular, com respeito a valores e regras, em detrimento da verdade absoluta.

Não discutiremos aqui se essa abordagem lógica de análise é ou não um problema. É questionável a afirmação de que os júris de fato produzem veredictos mais precisos. Mas esta não é nossa preocupação – estamos focando apenas simplesmente em como o julgamento do júri é racionalizado.

Há duas outras características que nossos júris devem possuir. Espera-se que um júri seja composto de “seus semelhantes”<sup>9</sup>, porque ser julgado por pessoas totalmente diferentes de você e que podem não ser simpáticas a sua condição pode parecer injusto. Além disso, um júri deve ser “imparcial”. Imparcialidade significa ser neutro, ao menos no início do processo, não possuindo quaisquer afinidades ou preconceitos em relação a uma parte ou a outra.

<sup>9</sup>No original: “a jury “of one’s peers””. (N.T.)

## A Seleção do Júri.

Partindo do fato de que você está convencido e pronto para dar uma chance ao julgamento pelo júri, qual o próximo passo? De onde vem o júri?

Lembre-se de que o esperado é que seja um “júri formado por seus semelhantes” e também um júri “imparcial”. Você pode imaginar que encontrar um “júri formado por seus semelhantes” pode ser um verdadeiro lamaçal procedimental. Isso significa que se o acusado é um bombeiro, você precisa de doze bombeiros para analisar evidências contra ele? Acusados ricos devem ter jurados ricos? Acusados negros precisam de doze jurados negros? Este é o significado de um julgamento de “um júri formado por seus semelhantes”? Na prática, e sem nenhuma surpresa, a obrigação de ser ter um “júri formado por seus semelhantes” não é muito mais do que possuir jurados do mesma comarca<sup>10</sup> em que o crime foi praticado.

Ainda assim, você precisa buscar essas pessoas em algum lugar. Como nós as levamos para a sala do Tribunal? Como elas terminam sentadas naquelas doze cadeiras? Em cada condado ou distrito judicial, nós temos um oficial local que é encarregado de gerar listas de jurados em potencial. Geralmente, isto é feito a partir de buscas nos registros públicos – lista de registro eleitoral, registros de veículos, de propriedade e

afins. Potenciais jurados são convocados por carta ao comparecimento em tribunal para o serviço. Obviamente, isto não inclui toda a comunidade. Há uma preferência neste processo, em favor das classes médias e altas que votam, que possuem carteira de motorista, que possuem casas e endereço postal, que não são sem teto ou pobres. Por isso, há um *bias* de classe socioeconômica inserido nesta seleção de “semelhantes”.

E quanto à imparcialidade? Como sabemos se os jurados são imparciais, neutros ou não? Você não pode saber isso previamente, então a única maneira de descobrir é perguntando. E devido ao fato de que alguns jurados certamente revelarão alguma forma de parcialidade, você precisa testar um número maior do que os doze que você irá selecionar. É preciso possuir uma margem de escolha, também, porque, embora o dever de ser jurado seja entendido como um dever cívico, os tribunais reconhecem que este dever pode, de fato, ser um fardo para as pessoas – como para pais solteiros, profissionais liberais, e pessoas doentes ou com deficiência. Muitos cidadãos, embora atendam à convocação do tribunal, vêem o dever de ser jurado como algo muito oneroso e que toma muito tempo, e por isso, fazem o possível, quando atendem à convocação, para evitar serem escolhidos para funcionar no julgamento.

Deste modo, para compormos um júri de doze pessoas, o número de cida-

<sup>10</sup>No original: “judicial district” (Nota do RT)

dão que são convocados pelo tribunal, de modo a permitir uma margem de escolha, é de no mínimo sessenta pessoas. Aliás, nunca é prudente selecionar apenas doze jurados. O que acontece se um deles ficar doente ou indisposto durante o curso do julgamento e não puder comparecer? Ou você precisa esperar que essa pessoa se recupere para continuar o julgamento, ou começar um novo julgamento com um novo júri, pois você não pode introduzir um novo jurado naquele processo em curso, pois ele só teria assistido à produção das evidências apresentadas dali pra frente. Então, dependendo da duração esperada do caso, e em função da possibilidade de algum jurado adoecer ou ficar indisposto de alguma outra forma, sempre se escolhem, além dos doze jurados, ao menos dois suplentes, e no caso dos casos mais graves, seis suplentes. Em casos ainda mais sérios e com a expectativa de maior duração, selecionam-se doze suplentes. Deste modo, não estamos selecionando apenas os que irão de fato servir como jurados, mas aqueles que serão suplentes também. Suplentes assistem ao julgamento e assistem a produção de evidências assim como os doze jurados, e então, se necessário, substituem um jurado incapacitado, de modo que o processo pode continuar sem interrupção.

Uma vez que são convocados e comparecem os sessenta jurados prospectivos, nomes são escolhidos aleatoriamente, retirando-os de uma bolsa.

Uma vez tirado nome, a pessoa escolhida toma acento em uma das cadeiras do jurados. Isso se repete doze vezes. Esses desafortunados sentados no júri – é como são eles se vêem em geral – são então questionados quanto a sua imparcialidade, inicialmente pelo juiz. O tribunal<sup>11</sup> (como comumente nos referimos ao juiz) os questiona inicialmente para assegurar que os jurados atendem os requisitos mínimos, que atualmente residem no distrito judicial do caso, e que entendem inglês bem o suficiente. Muitos dos jurados em potencial serão dispensados pelo juiz em função de inadequação para esse trabalho causada por suas características pessoais.

Após as perguntas do juiz, os advogados terão a oportunidade de questionar a imparcialidade dos jurados. Advogados têm a autoridade legal de escolha, isto é, excluir jurados em potencial. Há dois tipos de impugnação. A primeira é a impugnação por causa, onde há uma razão explícita e evidente que o jurado em questão não pode servir com imparcialidade no caso. Por exemplo, um candidato a jurado diz “meu carro foi roubado uma vez. Eu não acredito que posso ser imparcial num caso que envolva um roubo de automóveis”. Outro exemplo seria alguém dizer “Minha irmã foi estuprada, e eu tenho sentimentos tão fortes sobre o assunto que eu não acredito que eu possa servir neste caso”. Nesta situação, o juiz dirá “Para

<sup>11</sup>No original, the court (Nota do RT).



além disso, você pode ser imparcial e colocar de lado essa questão, e decidir o caso baseado apenas nas evidências apresentadas aqui?”. E é claro que o jurado responderá “Sim, eu posso, Excelência”. Todo mundo sabe que isso não é verdade, mas é como acontece.

Acontece assim por causa da outra forma de impugnação, que é chamada impugnação peremptória. Uma impugnação peremptória é aquela em que o advogado pode rejeitar um jurado sem justificar, baseado, por exemplo, num palpite. Na Califórnia, em casos de menor potencia ofensivo (misdemeanors), e na maioria dos casos de maior gravidade (felonies), cada advogado tem dez impugnações peremptórias. Se o caso envolve pena de morte, cada advogado possui vinte e cinco dessas impugnações. O motivo pelo qual o juiz diz “Não, o senhor ficará bem, o senhor pode ser imparcial”, apesar da admissão aberta dessa incapacidade pelo jurado, é que o juiz quer que os advogados gastem suas impugnações para que o caso prossiga no menor tempo possível. Este é o jogo, no que diz respeito às regras de impugnação.

A única limitação às impugnações peremptórias é que elas não podem ser usados de maneira discriminatória. Por exemplo, se o acusado é um afro-americano e o promotor exclui todos os afro-americanos dos jurados em potencial, você, como advogado de defesa, pode arguir perante o tribunal que as impugnações estão sendo usadas de maneira

racionalmente discriminatória. Se há uma evidência aparente que isto é verdade, o tribunal então deverá questionar as razões da acusação, como “Porque você excluiu o jurado numero seis?” (o jurado número seis é afro-americano). A resposta do promotor poderia ser “porque ele tem bigode e possui cabelo grande, o que indica que ele é indisciplinado e provavelmente não simpatiza com a polícia”. Juizes em geral aceitam esse tipo de justificativa na dinâmica das impugnações peremptórias. Assim, a suposta proteção contra o uso discriminatório das impugnações peremptórias, na realidade, não é exercida de maneira eficiente.

Cada vez que um jurado é excluído, seja por inaptidões pessoais, seja por impugnação por causa específica, seja por uma impugnação peremptória, os nomes são embaralhados, outro jurado prospectivo é sorteado, e os questionamentos começam todos de novo, pelo juiz e pelos advogados. Dependendo da natureza do caso, de quão sério, complexo ou sensível ele for, esse processo de seleção do júri – da inquirição de todos os jurados até o juramento e início do julgamento – pode demorar pelo menos metade do dia para uma caso de menor potencial ofensivo.. Em casos mais sérios, pode durar semanas ou meses. Quando há múltiplos acusados – imagine, por exemplo, seis pessoas acusadas em um caso, cada uma com um advogado, ou seja, seis advogados de defesa, cada um com suas

travado em um ponto, o tribunal irá incentivá-lo a perseverar na deliberação. Se, no entanto, o júri realmente chegar a um impasse, o juiz irá declarar nulo o julgamento, e o caso começa de novo. Este é um possível desfecho.

## Os Custos do Júri

A partir deste pano de fundo, considere agora o talento administrativo necessário para se orquestrar e conduzir um julgamento pelo júri, e o quão caro é fazê-lo. Primeiro, todos os agentes relevantes – acusados, testemunhas, juízes, auxiliares do tribunal, advogados, jurados – precisam ser reunidos. Compare este julgamento com o de um juiz singular como é comum em outras jurisdições. Neste o juiz talvez prefira apreciar todas as evidências de uma só vez, mas, mantendo um registro adequado, pode ouvir cada testemunha com dias, semanas e até meses de intervalo.

Ao fazer doze membros da comunidade serem responsáveis por apreciar as evidências, torna-se necessário que tudo ocorra de uma só vez, porque fazê-los se reencontrar seria um pesadelo logístico e administrativo, se não impossível. Um oficial de justiça deve trazer o acusado ao tribunal, se estiver sob custódia, e assegurar a segurança do tribunal durante o julgamento. Auxiliares do tribunal e escrivães devem manter o registro de tudo que ocorre. O juiz deve presidir o julgamento. Advogados, que são em geral pagos pelo Estado, devem

comparecer. Em aproximadamente 75% dos processos criminais, o advogado de defesa é indicado pelo tribunal, e pago com recursos do governo.

O júri deve ser convocado pelos métodos que descrevi. Todos esses cidadãos, por sinal, estão faltando ao trabalho. Embora a lei obrigue os empregadores a pagarem aos empregados pelos dias que estão em serviço de jurado, isto não vale para os profissionais liberais, e os patrões não são ressarcidos desses dias que pagaram sem que houvesse compensação da mão-de-obra. E, é claro, mais cidadãos são convocados para a seleção do que aqueles que efetivamente servem de jurados. As testemunhas também sofrem consideráveis inconvenientes. Apenas para citar alguns, uma proposta recente da Associação de Juízes da Califórnia para a redução do número de jurados de doze para oito nos casos de menor gravidade, tem como estimativa economizar anualmente dez milhões de dólares do Estado da Califórnia, isso sem contar o dinheiro economizado pelos empregadores privados. O fato é que simplesmente não podemos arcar com os custos dos julgamentos de nossos processos de acordo com as regras que estabelecemos, ao menos não com a maioria deles.

Devemos notar também um custo não econômico embora significativo do julgamento, que é a carga emocional que recai sobre os advogados, acusados e até testemunhas. Julgamentos

impugnações aos jurados. Eu mesmo atuei um caso de menor gravidade onde a seleção do júri levou três dias, e o julgamento em si levou dois dias, para que se tenha uma ideia de quão custosa a seleção dos jurados pode ser.

Nós chamamos o questionamento dos jurados de *voir dire*, que vem do Frances e significa “dizer a verdade”. A justificativa jurídica para o *voir dire* é revelar preconceitos. É para isso que serve. Na prática, é usado pelos advogados para iniciar sua estratégia e persuadir os jurados de suas posições. Eu posso perguntar, como advogado de defesa: “O senhor, jurado X, já ouviu falar de reconhecimento do acusado pela testemunha? O senhor está ciente de que reconhecimentos partindo de pessoas de cores e etnias diferentes não é confiável?”. Assim, estou começando a expor minha tese de defesa enquanto o questiono. Eles ainda não são nem jurados, mas já comecei a convencê-los de meu argumento no caso<sup>12</sup>.

## Os princípios da Evidência no Julgamento

Imagine que finalmente nós temos nosso júri e estamos prontos para iniciar o julgamento. Quais são os princípios e métodos de produção de evidências que utilizamos no julgamento? Primeiro, temos a presunção de inocência. Isto é, ao menos quando iniciamos o processo, o acusado é presumido inocente e o ônus

<sup>12</sup>No original, “sell my case”. (Nota do RT).

da prova reside na acusação. Segundo, geralmente, em nosso sistema jurídico, o ônus de produção das evidências recai sobre a parte que está sustentando as alegações. Num caso criminal, esta é o Ministério Público<sup>13</sup>, nos casos dos Tribunais Estaduais. O caso simplesmente não existiria se o promotor não dissesse: “Esta pessoa é culpada”. O promotor está tomando partido e iniciando o processo, possuindo assim o ônus da prova. O padrão de prova, a medida de quão convincentes as evidências devem ser, é a prova “além de uma dúvida razoável”<sup>14</sup>. Além disso, o acusado tem a garantia contra auto-incriminação. Quarto, características pessoais, referentes apenas ao caráter da pessoa, em geral não são admitidas como evidência. Também, a regra é a exclusão de evidências obtidas de maneira ilegal pela polícia. Continuando, temos o *right of confrontation*, o direito de questionar<sup>15</sup> a testemunha convocada pela parte contrária, e o acusado tem o direito a um advogado. Um indigente que não possa contratar um advogado terá um advogado indicado pelo tribunal, em todos os casos que possam levar a sua prisão.

<sup>13</sup>No original, “District Attorney” (Nota do RT)

<sup>14</sup>No original “beyond a reasonable doubt” (N.T.)

<sup>15</sup>No original, “cross-examine” Quem traz a testemunha, faz a examination-in-chief, ou direct examination e a parte contrária procede a sua contestação, com a cross-examination. Não se pode traduzir por inquirição porque ambos os atos processuais são regulados por regras rígidas, especialmente a proibição de induzir respostas na forma de perguntar, o que não ocorre com a inquirição de testemunhas, ou com o interrogatório do acusado, no Brasil (Nota do RT).

Vamos revisar esses princípios brevemente. A presunção de inocência significa que o acusador deve trazer evidências provando a responsabilidade do acusado para além de uma dúvida razoável. Se ele falhar em prová-la o júri deve declarar o acusado não culpado. O promotor inicia cada uma das fases do processo. O caso geralmente é dividido em três fases: a abertura, onde os advogados apresentam as evidências que trarão ao processo; em seguida, temos a apresentação das testemunhas; e, finalmente, as considerações finais, onde os advogados propõem a aplicação do direito aos fatos do processo.

Outra implicação da presunção de inocência é que o acusado não tem nenhuma obrigação de produzir evidências e pode argumentar ao final da fala da acusação (pelo seu advogado, é claro): “Vocês falharam em satisfazer o ônus da prova. Eu não preciso provar nada. Vocês não mostraram o que precisavam mostrar.” Não é permitido à acusação discutir a decisão do acusado de não apresentar evidências. Isto seria entendido como inversão do ônus da prova, visando criar uma pressão para que a defesa produza provas. Mas não há qualquer ônus da prova para a defesa<sup>16</sup>.

A limitação que tem o promotor demonstra uma espécie de ambivalência

<sup>16</sup>O acusado tem não só o direito de ficar calado (de não se incriminar), como também não pode ser questionado a não ser que decida se apresentar como testemunha. Como explica o autor, essa obrigação, se houvesse, inverteria o ônus da prova, que pesa exclusivamente sobre a acusação (Nota do RT).

na atitude em relação aos jurados. Em nosso sistema, valorizamos os jurados e esperamos que eles cheguem a um veredicto equilibrado, mas também, de alguma maneira desconfiamos deles. Eles não são advogados, e talvez não sejam capazes de manter a disciplina mental dos advogados e juízes. Há diversas outras características processuais, especialmente regras quanto à aceitação das evidências, que atestam essa ambivalência. Nós protegemos os jurados de informações que tememos serem mal interpretadas por eles. Inclusive, chama-se “preconceito”<sup>17</sup> quando, em termos probatórios, um jurado aceita determinada evidência e a usa de maneira equivocada, pensando nela de maneira incorreta.

Nossa preocupação com preconceitos e equívocos, de fato, influencia na ordem dos eventos no julgamento. Se há um questionamento quanto à admissibilidade de uma evidência, ele deve ser resolvido antes de o júri tomar conhecimento e sem que ele esteja presente. Isso porque você não pode “calar o sino depois que ele tocou”<sup>18</sup>. Se o júri ouve o sino, isto é, a evidência imprópria, aos jurados falta disciplina para dizer: “Quando eu pensar neste caso eu irei ignorar esta evidência que acabou de ser apresentada.” Não acreditamos que eles sejam capazes de fazer isso. Por isso, resolvemos as questões de admissibilidade sem a presença dos jurados.

<sup>17</sup>Em inglês “prejudice” ((Nota do RT).

<sup>18</sup>No original “you can’t unring the bell”. (N.T.)

O padrão de prova é a prova além da dúvida razoável. O que isso significa? Se você perguntar a cinquenta advogados diferentes, você terá cinquenta respostas diferentes. Isso porque se trata de uma fórmula que não pode ser quantificada. Nós temos, sim, outros padrões para mensurar a: prova pela preponderância da evidência, prova pela clara e convincente evidência, e sabemos que todas são inferiores à prova além da dúvida razoável. Mas ninguém sabe exatamente o que isso significa. Advogados trabalham com analogias para induzir os jurados a pensarem no “além da dúvida razoável” da maneira que lhes favoreça. Mas esse padrão de prova dificulta o trabalho da acusação e aumenta o grau de incerteza quanto ao desfecho do caso.

Evidências de caráter pessoal são geralmente inadmissíveis. Isso parte da ideia básica que o direito penal não persegue as pessoas pelo que elas são, mas pelos atos que elas cometem. Todos nós podemos ter pensamentos errados, mas não há interesse coletivo em punir meros pensamentos. É apenas quando pensamentos se transformam em ações que cruzamos a linha em que incide a perseguição criminal.

Existem exceções. Por exemplo, se o acusado apresenta evidências de seu bom caráter, a acusação pode rebater com evidências de seu mau caráter. Outra seria quanto a evidências de honestidade e credibilidade. Isso é considerado relevante para toda testemunha que depõe. Uma terceira hipótese é quando fatos da

vida passada do acusado são importantes para provar algo que vá além do simples caráter. Por exemplo, se a identificação da autoria é uma questão relevante, o fato de o acusado já ter praticado crimes no passado com uma “marca registrada” em comum pode ser relevante. A questão então vem a ser quando o valor probatório de crimes anteriores pode significar um impacto prejudicial. Isso, é claro, requer uma discussão fora da presença do júri, como dito acima, pois não podemos confiar na habilidade de “calar o sino depois que ele tocou”.

Dependendo das circunstâncias, alegações quanto à admissibilidade de uma evidência podem ser feitas de maneira direta. Quando se referem a fatos, no entanto, normalmente exigem depoimentos e argumentação.

O que acontece quando uma evidência é obtida de maneira ilícita pela polícia? Nós a excluimos do julgamento. Isto pode ser visto como uma compensação aos direitos individuais violados, como uma maneira de preservar a lisura do processo, e de censurar a conduta da polícia.

O ponto central para se entender a regra da *exclusionary rule* é que ela leva a uma grande incerteza quanto ao desfecho do processo. Por exemplo, como advogado de defesa, eu posso ler o relatório da polícia e concluir que uma busca no caso foi ilegal. O promotor pode ler o mesmo relatório e chegar à conclusão contrária. Uma disputa é necessária para resolver a questão. A polícia pode dar uma versão

dos fatos, enquanto o acusado ou uma testemunha oferecem suas próprias versões. A regra da exclusão traz a necessidade de mais discussão e litigância, além de introduzir uma grande incerteza quanto ao desfecho do caso, ao levantar dúvidas quanto à validade de alguma evidência.

O *right of confrontation* significa o direito do acusado de estar presente no tribunal e olhar nos olhos das testemunhas e ouvir pessoalmente quem o denunciou fazê-lo sob juramento. Os acusados também têm o direito de fazer questionar<sup>19</sup> as testemunhas da acusação, por meio de seus advogados, de modo a desacreditar as versões por elas trazidas. A acusação tem o mesmo direito em relação às testemunhas da defesa. A ideia é que este confronto entre os questionamentos produz verdade. As pessoas podem dizer várias coisas fora do tribunal e também dentro, mas é perante o tribunal, olhando o acusado nos olhos, questionada por ambas as partes – aí é quando a verdade vêm a tona.

Há duas consequências processuais do *right of confrontation* que eu gostaria de ressaltar. A primeira é que o acusado deve estar presente em qualquer fase relevante do julgamento. A outra é a exclusão de evidência chamada de *hearsay*<sup>20</sup>. He-

<sup>19</sup>No original, “cross examination”. Ver nota anterior, sobre o assunto (Nota do RT).

<sup>20</sup>Uma tradução possível seria “de que se ouviu dizer”, ou rumores. Como se trata de uma categoria comum, evidenciada no cotidiano da atuação na cultura jurídica norte-americana, optamos por apresentá-la no original, visto que o autor a define adiante. (N.T.)

*arsay* é qualquer declaração apresentada de maneira indireta perante o tribunal - e não por uma testemunha durante um depoimento - com o objetivo de confirmar uma outra afirmação já feita. Essa declaração em questão, chamada *hearsay*, não é válida por não ter sido produzido nestas circunstâncias especiais de confrontação. Por isso, se uma parte quer que uma declaração seja aceita como evidência, é preciso que seja trazida uma testemunha para depor. Não é suficiente levar uma pessoa para depor sobre o que outra pessoa disse. No caso de haver mais de um acusado, cada um deles tem o *right of confrontation* da testemunha. Assim, teremos um questionamento direto pelo promotor, em seguida outro pelo primeiro defensor, o segundo, o vigésimo – seja qual for o número de acusados.

Se você considerar todas estas regras técnicas de evidência e de procedimentos, deve ficar evidente que um acusado sem nenhuma noção de direito fica em enorme desvantagem se não possuir um advogado. Reconhecendo isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, desde 1963, requer que os Estados indiquem advogados (estes pagos pelo próprio Estado) para que defendam aqueles que não possam como custear um advogado, quando acusados de crimes de maior gravidade. Esse direito foi estendido para todas as acusações de crimes graves e também às de menor gravidade que podem resultar em condenações de penas de privação de liberdade, não



importando a duração destas. Frente às obrigações éticas dos advogados, com o intuito de prevenir conflitos de interesses, múltiplos acusados são defendidos geralmente por advogados diferentes.

## Como funciona um Júri

Nós examinamos como os júris são formados, como os casos são a eles apresentados, e quais as restrições quanto à apresentação de evidências. Agora que o júri tem as evidências, o que se espera que ele faça com elas? Como ele funciona? Jurados são primeiro e principalmente analistas de fatos. Eles julgam a credibilidade das testemunhas. Eles determinam se os elementos do crime denunciado foram estabelecidos pela acusação. Eles decidem se uma defesa relevante foi apresentada.

O juiz, de outro lado, funciona como árbitro perante as duas partes. Ele determina as regras de procedimento e a admissibilidade das evidências. Ele auxilia o júri por meio de instruções, que podem ser orais ou escritas, mas são instruções quanto ao que eles devem fazer e qual a lei aplicável ao caso. O júri também é instruído quanto à conduta adequada dos jurados. Eles não devem ter contato com as partes ou com seus patronos durante o processo. Eles também não podem discutir o caso uns com os outros antes das alegações finais de cada parte.

Os jurados só podem levar em conta as evidências apresentadas perante o tribunal. Se eles vão pra casa e lêem no jornal algo sobre o caso, é uma forma

de infração, e pode levar à reforma da decisão numa eventual apelação. Por exemplo, num caso sobre um motorista acusado de dirigir alcoolizado, se os jurados reunidos em sua sala dizem “estes testes de sobriedade não parecem ser tão difíceis, vamos tentar fazê-los”, eles estão gerando evidências por eles mesmos. Isto é considerado ilegal.

Uma vez que todas as evidências tenham sido submetidas ao júri, ambas as partes encerram a apresentação das evidências e apresentam seus argumentos finais, os jurados são instruídos pelo tribunal. Eles se retiram para uma sala especial e deliberam. Deliberar significa que eles discutem o caso, falam sobre as evidências e espera-se que eles decidam e que eventualmente votem se o acusado é ou não culpado pelas acusações. Eles podem requisitar qualquer evidência material para que as examinem. Eles podem requisitar ainda a transcrição dos depoimentos das testemunhas e, fora essas que foram mencionadas, há muito pouca interferência do juiz ou das partes no processo de decisão.

Em quarenta e oito estados e no sistema federal, há a exigência de unanimidade nas decisões do júri, o que significa que todos os jurados devem concordar com o veredicto. Em casos simples, se as evidências são relativamente claras, isso pode ser feito em algumas horas. Em casos complexos, no entanto, as deliberações do júri podem se prolongar por semanas. Se o júri está

são sempre acontecimentos que mexem com os nervos, que ocupam os envolvidos com intensa preparação até o último minuto. Julgamentos podem ser particularmente estressantes em casos delicados, como de estupro ou abuso de crianças, especialmente para as vítimas. Além disso, são também difíceis para os advogados. Eu já questionei uma criança vítima em um caso de abuso infantil. É uma experiência emocional complexa. Não é algo fácil de ser feito.

A abordagem até aqui foi desenvolvida para demonstrar o quão dispendioso, caro e difícil são as coisas em um julgamento pelo júri. Esses custos são essenciais para que se entenda a *plea bargaining*.

## A PLEA BARGAINING

### A *plea bargaining*

*Plea bargaining*, num sentido mais amplo, significa uma negociação entre as partes, o acusador e a defesa, que tem como objetivo encerrar o caso sem um julgamento, mediante um declaração de culpa aceita por todas as partes<sup>21</sup>. Nós iremos responder quatro perguntas a seguir: Quem participa da negociação? O que está sendo negociado, ou o que cada parte oferece em troca? Quando esta negociação ocorre? Onde ela ocorre?

Depois de responder a estas questões, eu farei minhas observações finais do por-

<sup>21</sup>Em ingles “Plea bargaining, in the most general sense, means negotiations between the parties, the prosecutor and the defense, leading to the disposition or the end of the case, without trial” (Nota do RT)

que nós, nos Estados Unidos, continuamos a dizer que somos um sistema do “julgamento pelo júri”, quando, na verdade, operamos uma “máquina da *plea bargaining*”.

### Os Personagens da *Plea Bargaining*

Primeiramente, quem participa da *plea bargaining*? Os principais atores são o promotor e o advogado de defesa. Juízes também participam ocasionalmente, dependendo de suas preferências pessoais e do estágio em que o caso se encontra. Juízes costumam não estar muito envolvidos no início, participando mais ativamente conforme o caso se aproxima do julgamento. Perceba que o personagem principal, o acusado, normalmente não participa diretamente na *plea bargaining*. É responsabilidade do defensor dar ciência ao acusado das propostas oferecidas para encerrar o caso. O acusado decide aceitar ou não a proposta, mas o acusado não participa a não ser por isso.

Por agora, vamos nos focar em cada um dos atores e delinear alguns pontos acerca de como cada um deles racionaliza sua participação no procedimento. O promotor só pode participar do procedimento de *plea bargaining* se ele possui autoridade para decidir sobre o encerramento, ou não, do caso<sup>22</sup>. Você não pode trocar algo que você não possui. Uma das bases da *plea bargaining* é nossa forte tradição, nos Estados Unidos, de disponibilidade do promotor

<sup>22</sup>Em ingles “authority of the disposition of the case” (Nota do RT)

em oferecer ou não a denúncia e iniciar a persecução criminal<sup>23</sup>. Não há obrigatoriedade da persecução criminal nos Estados Unidos, como se tem em outros sistemas, sendo o Brasil um deles. Os promotores não precisam prosseguir com um caso se não vêem necessidade ou se entendem que não possuem as evidências necessárias para uma condenação.

As vítimas, em nosso sistema, não são partes associadas da acusação. Não possuímos persecuções penais de natureza privada, como se têm em alguns sistemas. As vítimas são simplesmente testemunhas do caso. Elas não possuem qualquer autoridade direta quanto à forma de encerramento do caso.

O promotor, em nosso sistema, integra o Poder Executivo. Numa comarca, o cargo de promotor mais alto na hierarquia (os nomes variam conforme o estado, mas na Califórnia são chamados *district attorneys*) é um cargo eletivo. Assim, o controle acerca do abuso desse poder de disposição do caso que possui o promotor é realizado no âmbito político. Se os cidadãos não estão satisfeitos com a política do *district attorney* no que se refere à *plea bargaining* ou qualquer outra coisa, eles irão votar em outro na próxima eleição. Há muito pouco controle judicial acerca da decisão do promotor em iniciar a persecução criminal. Se não fosse assim, o promotor não teria o que oferecer à outra parte em uma negociação. Por causa dessa tradição, é o

<sup>23</sup>Em inglês “prosecutorial discretion in charging” (Nota do RT)

promotor que detêm a maior autoridade sobre a maneira de decidir o caso.

Formalmente, os advogados de defesa são responsáveis por representar e zelar pelos melhores interesses para seus clientes. Seu papel é representar o acusado. Na divisão do poder de escolha e de autoridade entre o advogado e o cliente, compete exclusivamente ao acusado qual a acusação que vai aceitar, em qual negociação entrar. É ele sozinho que decide se irá oferecer ou não uma admissão de culpa<sup>24</sup>. Na prática, é claro, o advogado tem grande poder sobre esta decisão, e esse poder é exercido na maneira com que ele irá encaminhar a proposta ao acusado. Um advogado que pode influenciar o acusado a fazer aquilo que ele pensa ser o melhor para ele é muito prezado pelos juízes e por outros advogados também, por exercer “bom controle sobre cliente”.

Embora se espere que o advogado represente somente a vontade do acusado, na realidade, a relação cliente-advogado é plena de tensões. Advogados de defesa, em sua prática diária – não da maneira que representam o que fazem, mas na prática – acabam por constranger seus clientes a aceitar negociações de *plea bargaining* que

<sup>24</sup>Como se viu a *plea bargain* gera uma admissão de culpa em relação à oferta que o promotor faz e que define o tipo do crime e sua respectiva punição, negociada entre ele e a defesa.. Não seria adequado, portanto, defini-la como uma “confissão”, pois esta, além de confirmar uma suspeita que se tinha referente a uma verdade anteriormente descoberta, revela o arrependimento do autor por tê-la cometido. Daí nossa preferência por usar a expressão “admissão de culpa” ao invés de “confissão”.

beneficiam os advogados, o tribunal e eles mesmos, às vezes até em detrimento do próprio benefício do acusado

A maneira com que os advogados de defesa comumente racionalizam isso – e sei bem disso porque fui um deles, e porque estou frequentemente no meio deles – é dizendo a si mesmo que eles sabem melhor que os acusados o que é mais benéfico para os interesses dos próprios acusados. “Esse tolo não sabe o que vai acontecer no julgamento. Já fiz cinquenta julgamentos, seis iguais a esse e todos meus clientes foram massacrados e condenados a zilhões de anos. Então se eu forçar a barra para ele aceitar a proposta, é para o próprio benefício dele”. Advogados possuem diversas técnicas para convencer o acusado a aceitar uma proposta.

Agora, nos voltemos para o juiz, ou o tribunal. Por lei, os juízes possuem autoridade quase absoluta quanto à sentença. Em nosso sistema, os jurados, em alguns casos específicos, como os de pena capital, também possuem algum papel na sentença. Mas na maioria dos casos, os jurados não participam da sentença e, na verdade, é até inadequado discutir a sentença perante o júri. A sentença é papel do tribunal. Isso dá ao tribunal o poder de aprovar os termos de qualquer acordo que envolva uma sentença.

Ocasionalmente, ao menos na Califórnia, se o advogado de defesa e o promotor não conseguirem chegar a um acordo, o advogado de defesa pode

negociar diretamente com o juiz. O juiz pode recusar uma oferta e dar uma sentença inferior à proposta da acusação. Entretanto, nestas circunstâncias, já que o tribunal não possui a disponibilidade sobre a denúncia e sobre a tipificação do crime (que é papel do promotor), e pelo fato do tribunal não possuir poder para obrigar o promotor a desistir da acusação<sup>25</sup>, o acusado deve admitir a culpa por tudo aquilo que foi inserido pelo promotor na peça de acusação. Na Califórnia há uma expressão típica para designar este caso<sup>26</sup>.

Às vezes, os juízes não interferem na negociação no início, deixando que as partes negociem livremente. Mas, conforme o dia do julgamento vai se aproximando, aumenta o interesse do tribunal em economizar tempo e evitar os custos do julgamento, de modo que os juízes tendem a participar mais ativamente das negociações.

Assim como a acusação não pode negociar algo que não possui, o mesmo vale para o acusado. A capacidade de entrar na negociação de *plea bargaining* deriva em parte do fato de entendermos o julgamento pelo júri como um direito. Isto está entronizado na

<sup>25</sup>Em inglês “because the court does not have the discretion whether or not to charge and what to charge (that is the prosecutor’s role), and the court cannot force the prosecution to dismiss any charges” (Nota do RT).

<sup>26</sup>No original, “In California, this is called ‘pleading to the sheet’ or ‘pleading open’”, ou seja, na Califórnia há uma categoria legal que significa que, neste caso, o acusado tem que admitir tudo que está escrito nas páginas da peça de acusação (Nota do RT).

nossa Constituição Federal. Este é um dos direitos que se mantém aplicável em todos os estados, como já descrevi, desde o advento da 14ª Emenda. O acusado de tem o direito de ser julgado perante o júri e, por isso, pode desistir dele ou trocar e negociar este direito. Direitos constitucionais, de modo geral, em nosso sistema, podem ser dispostos, o que significa que se pode desistir deles e se recusar a reivindicá-los. No entanto, quanto aos direitos constitucionais, sob nossa lei, esses podem ser disponíveis sob a pressuposto de aquele que dispõe deles tem “conhecimento, voluntariedade e ciência” em sua renúncia<sup>27</sup>. Isso requer, sim, certa ficção jurídica, para que se imagine que um acusado de um crime “livremente” aceite um proposta de acordo que envolva, por exemplo, cinco anos de prisão, para evitar uma sentença que o condenaria a quinze anos. No entanto, essa ameaça implícita de condenação mais grave é considerada juridicamente irrelevante, e uma admissão de culpa numa negociação de *plea bargaining* não é vista como resultado de coerção.

## O objeto da negociação

Agora, o que está sendo negociado, trocado numa *plea bargaining*? Qual o objeto do acordo? No geral, é simples: a acusação dá ao acusado conseqüências menores, o que normalmente

significa menos tempo preso. Teoricamente, e isso acontece em casos de menor gravidade, é possível que o acusado negocie com o promotor e receba a retirada da acusação. Por exemplo, se o acusado depredou o carro de seu vizinho, e pretende pagar o conserto e o dano causado, havendo concordância do vizinho, pode ser que o promotor desista da acusação, condicionada à compensação da vítima. Assim, a *plea bargaining* pode ter como resultado desde a desistência da ação até, em último caso, quando está envolvida a pena de morte, a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional.

Enquanto o promotor dá ao acusado uma condenação menor ou nenhuma acusação, o acusado oferece ao promotor duas coisas: a economia dos custos do julgamento e a certeza de condenação. A certeza de condenação é de grande valia para os promotores porque eles entendem que alguma responsabilização na área criminal é melhor que nenhuma. Seria possível ele perder o caso, então é melhor ter um acusado condenado a dois ou anos, do que a nada. E baixos índices de condenação das acusações feitas nos tribunais sugeririam um desperdício dos recursos da comunidade, o que poderia trazer-lhes conseqüências políticas.

É importante compreender que, para os promotores, a negociação de *plea bargaining* pode ser o passo imediatamente anterior a uma condenação

<sup>27</sup> Em inglês “(...)these can be waived or given up if the waiver is “knowing, voluntary, and intelligent.” (Nota do RT).

e encarceramento do acusado por longo tempo. Darei um exemplo de como isso funciona. X foi preso acusado de tráfico de cocaína. No estado da Califórnia este é um crime de maior gravidade, uma *felony*, com pena de três, quatro ou cinco anos numa penitenciária estadual. O acusado X está preso sob custódia, como a maioria dos acusados de *felony* no estado da Califórnia. Isso é altamente importante. O acusado X está sob custódia, preso, e está desesperado para ser libertado da prisão, e na audiência preliminar lhe é oferecida uma suspensão condicional do processo, chamada *probation*. A *probation* é um período de liberdade condicional, onde é permitido que o acusado fique em liberdade indefinidamente, desde que cumpridos alguns requisitos. Esses requisitos variam bastante. O mais importante deles é que o acusado não pode cometer outro delito. De modo geral, na Califórnia, é muito comum que os acusados também abram mão de seus direitos de não serem revistados sem uma causa provável em troca da *probation*.

Assim, o acusado X aceita a oferta, admite a culpa, e volta às ruas. O promotor sabe, no entanto, que ele estará de volta logo, logo – duas semanas, cinco semanas, sete semanas, não importa o quanto demore. Quase sempre, o acusado X volta, preso pela prática de um novo delito. Associada à *probation*, há sempre uma sentença suspensa. Como o acusado violou

a *probation* e foi preso novamente, a sentença original terá que ser cumprida e ele perde o direito à suspensão de sentença, sendo novamente preso.

Crucialmente relevante é que, no que diz respeito ao novo delito, o acusado teria direito ao julgamento pelo júri. Com a realização da audiência da revogação da *probation*<sup>28</sup>, no entanto, não há esse direito. O acusado tem direito a uma audiência perante o juiz, mas não perante o júri. O padrão de prova que vai prevalecer, então, é *preponderance of the evidence*, que é o mais baixo em nosso sistema, bem abaixo do padrão do júri, que é *beyond a reasonable doubt*. Assim, evidências obtidas em uma busca ilegal podem ser usadas nesta audiência. O *hearsay*, uma declaração produzida fora do tribunal, também pode ser usado como evidência. Em contraste com o julgamento pelo júri, a audiência de revogação de *probation* é um procedimento sumário, e a revogação da liberdade do acusado é quase inevitável.

Embora haja uma *plea bargaining* antecedendo a audiência de revogação da *probation*, a posição do acusado é muito mais fraca e vulnerável neste novo delito. Assim, para a acusação a *plea* pode ser uma maneira muito mais barata e expedita de conseguir quase os mesmos resultados que se teria com uma condenação pelo tribunal do júri, mas sem tanto esforço, ainda que com

<sup>28</sup>Em inglês “probation revocation hearing” (Nota do RT)



algum atraso. Isso é outro ponto levado em consideração pelos promotores em uma negociação.

A maioria das negociações de *plea bargaining* começa com uma referência a uma “proposta padrão”<sup>29</sup>. A proposta padrão é um tipo de taxa média do mercado para um certo tipo de caso. É o tipo de condenação mais comum para aquele tipo de delito. Esse padrão é definido pelo costume, mas também, nos escritórios da promotoria, por seus supervisores. Os promotores mais jovens, que estão nas instâncias inferiores, normalmente recebem recomendações de seus supervisores, que dizem: “Nesse tipo de caso, essa é a margem de negociação que você pode propor, não vá além disso”.

Esses padrões de proposta são justificados pela necessidade de se evitar uma aparência de arbitrariedade. Seria indecoroso se as punições envolvendo os mesmos delitos apresentassem muita discrepância<sup>30</sup>. O que os advogados geralmente negociam são as circunstâncias agravantes, ou seja, aquelas que fazem o caso especificamente mais grave ou desagradável; ou as atenuantes, coisas que indicam menor culpabilidade, o que justificaria sair de um jeito ou de outro desta margem. Boa parte da *plea bargaining* consiste em discutir se de al-

guma forma e como o caso se diferencia daquele considerado padrão<sup>31</sup>.

## Quanto vale um caso?

Os advogados usam a expressão “saber quanto vale um caso”<sup>32</sup>. É usada como uma forma de mostrar admiração ou elogiar um colega advogado. Se eu digo que certo advogado “sabe quanto vale um caso”, estou fazendo um elogio. O que significa exatamente “saber quanto vale um caso?” Basicamente, significa olhar um caso do início ao fim e analisar o que é mais provável que aconteça em cada etapa, e prever de maneira precisa seu provável desfecho.

Em seguida, veremos quais são as questões que os advogados levam em conta para determinar quanto vale um caso. Há lugar para fazer uma moção (requerimento/pedido) para invalidar uma evidência obtida por meio de uma busca ilegal? Se há, o promotor provavelmente irá desistir da acusação ou irá só enfraquecer sua argumentação? É uma evidência central, ou apenas periférica?

Quais são os antecedentes criminais do acusado<sup>33</sup>? São muitos ou poucos os delitos anteriores? Há padrões na sua folha corrida de crimes que podem ser relevantes? Ele tem cometido crimes cada vez mais gra-

<sup>29</sup>Em inglês “standard offer” (Nota do RT).

<sup>30</sup>Em inglês “It is considered unseemly for there to be too much variation in punishments between cases involving the same offense” (Nota do RT).

<sup>31</sup>Em inglês “Much of plea bargaining consists of discussions about whether a case deviates in some way from a standard.” (Nota do RT).

<sup>32</sup>No original: “to know what a case is worth.” (N.T.)

<sup>33</sup>No original, “law enforcement contact”. Nota do RT.

ves, ou os crimes vêm diminuindo de gravidade? Há intervalos em seus antecedentes? Se uma pessoa foi condenada quinze anos atrás e desde então não praticou nenhum delito é bem diferente de um antecedente de condenação de apenas cinco anos. atrás.

O acusado está respondendo a outros processos? Não é incomum que um acusado esteja respondendo a dois ou três casos na mesma jurisdição. São pessoas ocupadas, eles! A vida de muitos acusados envolve recorrentes violações à lei, e às vezes eles são flagrados em dois ou três delitos concomitantemente. Há um desconto por volume no sistema de justiça de criminal: para um acusado que possui três casos é muito melhor negociar todos em conjunto, do que sequencialmente, um de cada vez<sup>34</sup>.

O acusado possui antecedentes que podem ser usados contra ele no julgamento? Nós antes exploramos superficialmente o impacto dos antecedentes no julgamento, mas há várias maneiras de usá-los contra o acusado apesar da vedação de apresentação de evidências relacionadas ao caráter do acusado. Por exemplo, ele pode ser impedido de testemunhar, por ser uma testemunha não confiável, dependendo do tipo de condenação que já sofreu<sup>35</sup>. Dependendo da natureza da condenação, o risco

<sup>34</sup>Em inglês "There is a volume discount in the criminal justice system" (Nota do RT)

<sup>35</sup>Em inglês "defendants who testify may be impeached - that is, shown to be untrustworthy witnesses - with certain kinds of prior convictions" (Nota do RT)

pode ser muito grande para o acusado, diminuindo assim a margem de opções favoráveis para sua defesa.

Havendo vítimas, o quão compreensivas elas são? A vítima é solidária ou tão hostil quanto o acusado? É uma vítima "fantasma" que não irá aparecer, ou uma que irá surpreender ao testemunhar em tribunal? Por "surpreender" quero dizer um depoimento perante o tribunal completamente diferente do que alegou para polícia e/ou para terceiros, anteriormente. Isso realmente acontece em julgamentos. Muitas vezes é imprevisível, mas você pode ter já percebido que isso poderá ocorrer, dependendo da testemunha, nas audiências preliminares.

Se só há testemunhas da polícia, há registros de má conduta dos policiais que possam ser levantados e usados contra ele no julgamento?

Há algum fato especificamente mais grave no crime? Roubo, pelas nossas leis, é tomar algo de alguém por meio de força ou ameaça. Um crime de roubo pode envolver apenas ameaça. Por exemplo, se um acusado de grande porte físico aborda alguém e diz "Tem algum dinheiro aí?", isso pode ser enquadrado com roubo. Mas um roubo à mão armada é completamente diferente. Há circunstâncias fáticas do crime que importam muito. Por exemplo, imagine duas pessoas acusadas de um furto a uma loja: um furtou uma garrafa de Vodka de \$7, a outra levou fraldas

descartáveis de bebê. São fatos muito diferentes, mas o mesmo crime. E um é mais grave que o outro.

Há alguma defesa plausível no caso, particularmente uma que a acusação possa estar ciente pelas evidências que foram disponibilizadas antecipadamente pela defesa?

É o acusado um veterano de guerra, que serviu às Forças Armadas dos EUA? Há uma “desconto para veteranos”<sup>36</sup> na *plea bargaining*. Acusados que serviram na guerra recebem tratamento especial. Assim como hoje em dia algumas companhias aéreas permitem que veteranos embarquem primeiro, então, veteranos tem vantagens em negociações de *plea bargaining*.

Existem diversas especificidades e fatores humanos que podem influenciar o quanto vale um caso. O quão competente é o promotor? O quão bom é o advogado da outra parte? Ele tem peito pra ir a julgamento? Um julgamento envolve apostas altas e muito desgaste, é um ato arriscado. É difícil para os advogados, e muitos deles têm medo de ir a julgamento. Todos sofrem de alguma dose de ansiedade antes de atuar. Para alguns é pior do que para outros. Quando o colega do outro lado tem receio de ir a julgamento é que se consegue as melhores negociações (*bargains*). Ou você sabe que o seu oponente gosta de golfe. Ele vem falando há semanas que vai para a Escócia

<sup>36</sup> No original “veteran discount”. Nota do RT.

participar de um torneio nos campos de golfe escoceses, e estamos justamente na semana anterior à viagem. Você sabe que ele não irá cancelar a viagem facilmente, então ele lhe dará exatamente o que você quer. Isso, diga-se de passagem, é um exemplo real que tive em minha experiência profissional.

Se você tiver a sorte suficiente para ter um caso cujo julgamento caia exatamente na semana entre o Natal e o Ano-Novo, ninguém no tribunal irá querer levar o caso a julgamento. Eles estarão encerrando o expediente ao meio-dia, indo a festas nos escritórios, com bebidas e muita diversão. Além disso, é a época de ser generoso. Se você é esse acusado sortudo, é como uma mina de ouro ou um presentão de Natal.

Ou talvez esteja havendo uma visita de um juiz de fora da comarca. Como em qualquer substituição de juizes, ninguém quer nenhum grande acontecimento ou algo fora do usual. Por isso, nesse dia você não irá querer uma *plea bargaining* no seu caso. Você vai esperar o juiz habitual retornar. Isso porque, digamos, você passa um grande tempo convivendo com o Juiz Y. Acontece que você sabe que o Juiz Y é um aficionado por armas de fogo. Ele é o único juiz em toda jurisdição de São Francisco que gosta de armas. Então, se você tem um caso que envolve armas, você vai querer o juiz Y. Os advogados têm pouco poder para direcionar casos para um lugar ou outro, pois os juizes têm o

controle de onde vão os casos, mas os advogados possuem algum poder de influência, e podem direcionar o caso para onde eles precisam que vá.

Há diversos outros fatores imprevisíveis como os mencionados acima.

Essa noção de o quanto vale um caso revela diversas relações existentes entre o julgamento pelo júri e a *plea bargaining*. Primeiramente, é basicamente um processo de analisar um caso e prever o que é mais provável de acontecer no julgamento, assim como em cada etapa do processo. É preciso muita experiência lidando com muitos casos diferentes para se desenvolver esta previsão do julgamento. Experiência no julgamento pelo júri é vital para desenvolver um julgamento eficaz na negociação de *plea bargaining*. Além disso, um bom advogado de tribunal do júri acaba por intimidar o adversário, extraindo melhores condições do outro lado numa negociação.

Considere ainda, além de todos esses fatores descritos acima, as duas coisas básicas que o acusado pode oferecer durante a *plea bargaining*: redução de custos e a certeza de condenação. Quanto tempo do tribunal a defesa pode consumir com litigância pré-julgamento e com um processo demorado? Quanta dor e quais custos a defesa pode infligir ao sistema? Isso tudo determina o quanto a defesa pode evitar se a acusação concordar com as negociações. É isso o que determina o valor de um caso. Se temos no caso uma moção de

alegação preliminar de antecedentes, uma moção para anular uma evidência, outra moção apresentando um registro de abusos dos policiais envolvidos, todas essas possibilidades somam um grande valor ao caso, muito mais do que um caso sem nenhuma delas.

O quão incerta é a previsão de condenação? Quanto mais incerta, mais provável de a acusação aceitar a *plea*. Se o promotor não tem certeza que terá um veredicto final condenatório, é muito mais provável uma resolução pela *plea bargaining*. Se o promotor enxerga no relatório policial que há alguma possibilidade de legítima defesa em um caso de agressão, o caso será tratado de modo diferente do que seria se os fatos fossem diretos e auto-evidentes.

### O Tempo da *Plea Bargaining*

Quando ocorre a *plea bargaining*? A *plea bargaining* ocorre em qualquer ponto do processo. Na verdade, é tecnicamente possível que ocorra até quando o caso ainda não deu entrada no tribunal. Pode ocorrer inclusive quando já iniciado o julgamento. A *plea bargaining*, assim, perpassa todo o tempo do processo. Os acordos podem ser rápidos, mas é muito mais comum que se dêem gradualmente ao longo do processo. Toda vez que o caso está no tribunal, os representantes dos dois lados e o acusado estão presentes, existe uma oportunidade de *plea bargaining*.

Há alguns momentos específicos do processo em que há um espaço maior

para o acordo. Principalmente quando algum investimento grande será feito, e um acordo evitaria despesas, ou quando uma incerteza surge – ou ambos. Por exemplo, eu, como advogado de defesa, posso ter preparado uma moção para anular uma evidência, pois acredito que foi obtida pela polícia através de uma busca ilegal. Logo antes da audiência, a ansiedade do promotor pode estar elevada; se a moção for aceita, as alegações da acusação serão enfraquecidas, se não forem completamente desfeitas. Então eu digo: “Vamos fechar esse caso, e assim não precisamos ficar aqui por mais uma hora e meia, você consegue sua condenação, mas em troca, para convencer meu cliente a aceitar, você me dá x”. Daí o promotor irá ao menos pensar de modo mais compreensivo do que em outros momentos do caso.

## A Obrigação do Sigilo

Onde ocorre a *plea bargaining*? Isso pode parecer uma pergunta esquisita ou irrelevante, mas na verdade é muito importante. Tipicamente, a *plea bargaining* ocorre no gabinete do juiz, isto é, em sua sala privativa fora da sala de julgamento. O detalhe, no entanto, é que quase sempre também ocorre em sigilo, fora do ambiente público da audiência. A negociação de *plea bargaining* às vezes ocorre no corredor ou outros espaços públicos onde os advogados podem ser vistos, mas as negociações de fato não são testemunhadas por ninguém. Eles tomam a precaução de assegurar que ninguém

está ouvindo o que dizem ou prestando atenção. E, o mais importante, elas ocorrem sempre sem a presença do acusado.

Porque as negociações são feitas de forma sigilosa? Há um consenso muito claro entre todos, promotores, juízes e defensores, de que o sigilo e o segredo são necessários para que haja negociações “bem-sucedidas”. Por “bem-sucedidas” estou me referindo apenas àquelas que terminam em acordo, sem mensurar o quão satisfatório ou não foi para os envolvidos. O sigilo é necessário porque ambos precisam de liberdade para dizer ou fazer coisas que eles suspeitam que o acusado ou o público talvez não aprovassem.

Por exemplo, o advogado de defesa talvez se distancie do seu cliente e diga: “Esse cara é completamente irresponsável, eu sei. Ele é um cretino e não fará nada do que eu disser. Eu farei meu melhor para convencê-lo a aceitar um acordo, mas é melhor você me dar algo para que eu possa convencê-lo a aceitar a *plea*”. Isso pode ser uma estratégia. Em outras palavras, o defensor pode até não se sentir deste jeito em relação ao cliente, ou até pode ser que se sinta. São possibilidades plausíveis. Como você pode imaginar, de qualquer forma, o acusado não gostaria de ser descrito dessa forma diante do promotor.

Pode ser o caso também do juiz perceber o quão fraca é uma testemunha da acusação. O juiz então pode colocar alguma pressão no promotor para que ele ofereça uma proposta. O juiz poderia dizer “essa vítima é ridícula e eu

juro que eu não gostaria de ir a um julgamento que tenha uma principal testemunha como essa”. Nem é preciso dizer que esse tipo de comentário não pode ser feito em público. Mas pode ser útil para que um caso termine num acordo.

A privacidade é necessária também por conta da prática eticamente questionável de negociações envolvendo múltiplos casos. Em muitas negociações de *plea bargaining* mais de um caso é negociado. Em nome da eficiência, o tribunal às vezes agenda diversos casos de um advogado em um mesmo dia, para evitar que os advogados fiquem correndo de uma vara para outra. Por isso, um defensor público pode ter oito casos de audiência preliminar na mesma sessão, e negociar não só um, mas os oito casos de uma vez. Não de maneira explícita, mas implícita, *plea bargaining* nessas circunstâncias podem levar a “eu lhe dou x neste caso e você me dá y no próximo”. Você só pode ter uma negociação duramente conduzida por manhã, então você tem que escolher qual caso será. Um dos seus clientes se beneficia e os outros pagam o preço. Como você sentiria sendo o acusado que está pagando o preço? Este é outro motivo pelo qual o sigilo é necessário.

Os defensores não são de nenhum modo falsários, que enganam e coagem seus clientes para que eles ofereçam uma admissão de culpa. Muitos são pessoas da mais alta integridade e comprometimento. Uma combinação

de integridade e habilidade processuais é arma extremamente poderosa para um defensor, assim como para um promotor também. Se eu, como advogado de defesa, digo para meu colega da acusação que “Eu não acredito que meu cliente é culpado”, e ele sabe que eu costumo blefar, isso não significará muito para ele. Posso falar o que quiser que ele irá me ignorar. Porém, se já fiz outros julgamentos e ele sabe que eu sou um atirador certo e honesto, e que tenho integridade – e que tenho desempenho formidável perante o júri – ele vai ouvir o que digo quando eu disser que “Eu não acredito que meu cliente é culpado”. Deste modo, advogados podem usar sua reputação para favorecer seus clientes.

## CONCLUSÕES

Permita-me concluir com algumas observações sobre o porquê de um sistema que funciona como uma máquina do “*plea bargaining*” continuando a se reconhecer e caracterizar como um sistema do julgamento pelo júri. Primeiro, há uma noção de que é correto representar o sistema dos EUA como sistema de julgamento pelo júri. Isso é verdadeiro porque a *plea bargaining* é um produto derivado, o outro lado da moeda do sistema do julgamento pelo júri. Talvez não tivéssemos a *plea bargaining* se não tivéssemos o tribunal do júri da maneira que temos em nosso sistema jurídico contemporâneo. Em outras palavras, a



alegação de que somos um sistema do julgamento pelo júri não é incorreta, mas talvez não seja completa.

Além disso, no entanto, há uma questão de legitimação, isto é, de como os advogados e juízes apresentam o sistema jurídico de modo que possam exercer autoridade frente ao público. Esse público é formado, talvez, por três audiências relevantes. A primeira é o público leigo de todo os EUA – aqueles que não integram o sistema de justiça. A segunda, os acusados. E a terceira, de algum modo, são todos aqueles que lidam com os Estados Unidos na comunidade internacional. Com o devido respeito a todas três, é muito mais nobre e respeitoso pensar em profissões jurídicas e num sistema de justiça que resolva grandes questões e perseguições criminais relevantes por meio de dramáticas disputas perante o tribunal, em que habilidades intelectuais e oratórias são colocadas em confronto.

Sem dúvida, é por isso que a cultura popular recorre tanto aos julgamentos pelo júri. Você não vê em programas de televisão e filmes a *plea bargaining*. O que você vê retratados são julgamentos. Compare as imagens do dramático herói em uma batalha no tribunal com a realidade da *plea bargaining*, que pode às vezes reduzir os acusados ao status de pepinos no mercado. Não é uma imagem muito bonita.

Parte da responsabilidade ou do sucesso profissional das carreiras jurídicas passa por convencer o público em geral

que nossas profissões exigem o domínio de algumas habilidades específicas. É o que os advogados vendem. Se não temos nenhum conhecimento que nos diferencia dos outros, porque alguém iria nos pagar para alguma coisa? Então temos que marcar bem nossa *expertise* e distingui-la de outras formas de *expertise*. O domínio de habilidades processuais para atuar perante o júri é muito mais específico do que o da habilidade cotidiana de negociar. Se você quiser ser bem representado em uma negociação talvez prefira um mercador de tapetes e não um advogado! Eles são melhores em negociar do que nós. Estou exagerando, é claro, porque já discutimos a relação entre conhecimento jurídico e a habilidade de negociar de maneira efetiva, e mesmo um mercador de tapetes experiente estaria perdido em uma *plea bargaining*, assim como qualquer um que não fosse advogado. Mas do ponto de vista de uma opinião pública, qualquer um pode entrar numa sala dos fundos e negociar, no mínimo tão bem quanto um advogado. Assim, a habilidade para atuar num julgamento é o diferencial das profissões jurídicas em relação a outras formas de especialização.

Com respeito aos acusados, perante os quais precisamos nos legitimar, isto é muito arriscado, pois, como eu disse, a grande maioria dos casos não vai a julgamento. No entanto, ainda é importante para eles enxergar o julgamento como uma possibilidade e ver a negociação da admissão de culpa como um desfecho influenciado fortemente pela

realidade do julgamento, e não como um simples produto de negociação.

A admiração da comunidade global e a inspiração no sistema de justiça dos Estados Unidos é fonte de grande orgulho em nossa profissão. A exportação de institutos e soluções do Direito norte-americano é um grande negócio. Nós comumente recebemos delegações jurídicas de todo lugar do mundo. Em São Francisco, eu mesmo já recebi gente do Japão, da China, do Leste Europeu, do mundo Árabe, e de outros lugares. Raramente nós viajamos para esses países, ao menos não para aprender sobre como o sistema de justiça deles funciona com o objetivo de buscar ideias para reformar nosso próprio sistema. Eles sempre vêm para ver o que fazemos. Quando vamos para o exterior, normalmente é para instruir os outros a melhorar seu sistema de justiça e modelá-lo à imagem do nosso. O retorno que os advogados dos EUA vêm nas respostas da comunidade global, suspeito, são um dos principais motivos dessa excepcionalidade norte-americana.

A excepcionalidade norte-americana é a crença de somos um país dotado de algo único, que somos especiais, e que podemos exigir prerrogativas e assumir papéis no cenário internacional que outros não podem. Isso explica porque uma nação como a minha pode pensar em si mesma como *a nation of laws* e mesmo assim se opor tão incisivamente ao direito internacional. Podemos matar pessoas em qualquer lugar do mundo usando *drones*

armados, violar a soberania dos outros. Ninguém mais pode fazer isso (exceto nosso protegido, Israel). O simples fato é que acreditamos que nossas leis são superiores a de quaisquer outros. Ninguém vai dizer que nosso *drone* é um assassino do direito internacional. O que é direito internacional? Agora, obviamente, esta não é a perspectiva de toda pessoa que vive nos Estados Unidos, mas é uma perspectiva defendida um tanto vigorosamente e de maneira um tanto franca por muitas pessoas poderosas. Nosso ex-presidente, e em alguma medida nosso atual presidente, parecem sustentar essa postura.

Talvez essa relação entre como nos portamos perante a comunidade internacional e como funciona nosso sistema do tribunal do júri não pareça plausível. Eu, pessoalmente, acredito que o orgulho que temos em nosso sistema jurídico e a fé em sua superioridade é uma causa dessa excepcionalidade norte-americana. Para o bem e para o mal, não vejo a menor intenção, seja dos profissionais do Direito, seja de outros – ou de qualquer outro lugar – em questionar a máquina da *plea bargaining*. Ela irá, conseqüentemente, continuar ribombando indefinidamente no futuro.

## George Bisharat

Professor of Law, UC Hastings College of the Law, University of California, San Francisco, Estados Unidos da América do Norte.